
**ПРАВО И ОБЩЕСТВО:
ЭВОЛЮЦИЯ
ВО ВЗАИМОДЕЙСТВИИ**

ЖИДКОВСКИЕ ЧТЕНИЯ

*Материалы
Международной научной конференции*

Москва, 28-29 марта 2014 г.

Москва
Российский университет дружбы народов
2015

УДК 34:316.3(063)

ББК 67+87.7

П68

Утверждено
РИС 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 **Право и общество : эволюция во взаимодействии. Жидковские чтения** : материалы Международной научной конференции. Москва, 28–29 марта 2014 г. / под ред. Г. И. Муромцева, М. В. Немытиной. – Москва : РУДН, 2015. – 552 с.

ISBN 978-5-209-06353-7

В сборнике представлены доклады и выступления участников Международной научной конференции «Право и общество: эволюция во взаимодействии» (Жидковские чтения), состоявшейся в Российском университете дружбы народов 28–29 марта 2014 г.

Издание адресовано научным работникам, преподавателям, аспирантам и студентам юридических вузов.

The present edited volume contains reports and speeches of the participants of International scientific conference «Law and society: the evolution in cooperation» (Zhidkov's readings), which was held in Peoples Friendship University of Russia on the 28th–29th of March, 2014.

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

УДК 34:316.3(063)

ББК 67+87.7

ISBN 978-5-209-06353-7

© Коллектив авторов. Отв. ред. Муромцев Г.И.,
Немытина М.В., 2015
© Российский университет дружбы народов,
Издательство, 2015

ПРЕДИСЛОВИЕ

Коллектив кафедры теории и истории государства и права Юридического института Российского университета дружбы народов в течение 10 лет ежегодно проводит научные конференции в формате «Жидковских чтений», посвящая их памяти доктора юридических наук, профессора Олега Андреевича Жидкова (07.01.1931 – 06.01.2005 гг.), который много лет возглавлял кафедру и внес значительный вклад развитие историко-правовой науки.

В настоящем сборнике представлены научные статьи, основанные на докладах, прозвучавших на Международной научной конференции «Право и общество: эволюция во взаимодействии», состоявшейся 28–29 марта 2014 г. В конференции приняли участие свыше 140 человек из восьми государств. Российские участники конференции представляли 21 субъект Российской Федерации.

На пленарном и секционном заседаниях, круглых столах выступили более 90 ученых, в том числе 30 докторов юридических наук. Приятно отметить, что более 40 специалистов в области теории и истории права, а также отраслевых юридических наук принимают участие в работе нашей конференций уже не в первый раз.

В рамках конференции был обсужден широкий спектр вопросов, в числе которых методологические проблемы исследования происхождения права; правовые реформы, правовые заимствования и эволюция права; взаимодействие государства, права и гражданского общества; эвристический потенциал социокультурного подхода в правоведении и др. Специальное заседание было посвящено 150-летию судебной и земской реформ в России¹.

¹ Работа конференции получила соответствующее освещение в периодической печати. См.: Немытина М.В., Подмарев А.А., Сорокина Е.А., Челельницкий И.В. Обзор международной научной конференции «Право и общество: эволюция во взаимодействии» (28–29 марта 2014 г.) // Вестник Российского университета дружбы народов: Серия. Юридические науки. 2014. № 2. С. 414–427.

В настоящий сборник вошли 77 статей 79-ти российских и зарубежных авторов². Они объединены в четыре тематических раздела, где нашли отражение теоретико-методологические проблемы исследования права и общества, историческая эволюция права и общества в России и зарубежных странах, проблемы и перспективы взаимодействия права и общества в современных условиях.

Коллектив кафедры благодарен коллегам за интерес, проявленный к конференции, и надеется на дальнейшее плодотворное сотрудничество.

² Представленные в настоящем сборнике научные статьи профессорско-преподавательского состава кафедры теории и истории государства и права Юридического института РУДН выполнены в рамках НИР «Сравнительные исследования правовых систем, правовых культур» на период 2013–2015 гг. (тема № 090404-0000).

РАЗДЕЛ I

**ПРАВО И ОБЩЕСТВО:
ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ**

*Г.И. Муромцев**

**МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ
ИССЛЕДОВАНИЯ ПРОИСХОЖДЕНИЯ ПРАВА****

Обращение к данной теме объясняется, прежде всего, очевидным несоответствием между ее теоретической и методологической значимостью, с одной стороны, и не вполне удовлетворительным уровнем ее разработки в отечественной правовой литературе, с другой. Такое положение объясняется, как правило, неадекватной методологией ее исследования, которую отличают зауженное видение проблемы, устарелость данных о причинах и условиях возникновения права в сочетании с правопониманием советского времени, исходившим, как известно, из неразрывной связи права и государства, примата второго над первым.

Данную проблему обычно исследуют в рамках теории и/или истории государства и права. Между тем она является комплексной и, помимо правоведения, входит в предмет исследования таких наук, как археология, этнография, этнология, религиоведение и т.д. Неудовлетворительность ситуации видится в данном случае в рассогласованности подходов представителей правовой науки и смежных с ней отраслей знания, а также в разном взгляде среди

* **Муромцев Г.И.** – доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов.

** Статья выполнена в рамках НИР «Сравнительные исследования правовых систем, правовых культур» на период 2013–2015 гг. (тема № 090404-0000).

самих правоведов. В итоге здесь сочетаются прорывные исследования¹ с работами, отражающими устаревшие теоретические взгляды и исследовательские подходы².

Заявленная тема распадается как бы на две составляющих: историко-теоретическую («происхождение права») и методологическую («вопросы методологии»), каждая из которых требует предварительных разъяснений. Так, в рамках первой из них возникает вопрос, почему в данном случае речь идет о происхождении лишь права, а не права и государства. Ведь это – парные категории. Объяснение видится в том, что в таком подходе отразился угол зрения на проблему. Поскольку одну из этих категорий (в данном случае – государство) можно рассматривать сквозь призму другой (права), то эта другая выходит на первый план уже в названии работы, тогда как категория «государство» остается элементом структуры ее содержания. Примеры такого подхода есть и в отечественной, и в зарубежной литературе³. Методологически он представляется вполне допустимым и обоснованным.

Словосочетание «вопросы методологии» выделено в названии работы в силу ряда причин. Одна из них – подвижность соотношения между теорией и методологией. Так, научные категории в зависимости от их роли в процессе познания могут выступать в одно и то же время и элементами той или иной теории (концепции, доктрины и т.д.), и инструментом познания (то есть методологии

¹ См., напр.: Мальцев Г.В. Пять лекций о происхождении и ранних формах права и государства. М., 2000; Честнов И.Л. Исторические предпосылки государства и права // Сапельников А.Б., Честнов И.Л. Теория государства и права. СПб., 2006. С. 43–71; Разуваев Н.В. Традиционное государство: правовая природа, сущность и типология. СПб., 2008.

² См., например: Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. М., 1999; Общая теория государства и права. Академический курс. В трех томах. 4-е изд. Т. 1. М., 2013. С. 43–48; Теория государства и права. Учебник. Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Первалова. М., 1997. С. 41 и т.д.

³ Так, в «Происхождении семьи, частной собственности и государства» Ф. Энгельс, исследуя проблему происхождения государства, как бы попутно рассматривает и проблему происхождения права. Изданные в конце позапрошлого века «Лекции по общей теории права» Н.М. Коркунова включают также разделы, посвященные государству. Та же картина наблюдается в неоднократно издававшемся уже в наши дни учебнике по «Общей теории права» под ред. А.С. Пиголкина и т.д.

исследования). Все зависит от угла зрения на проблему, целей и задач исследования. Так, происхождение права есть, с одной стороны, важная и не во всем изученная научная проблема, но, с другой стороны, проблема методологическая, поскольку то, как понимаем мы этот процесс, его причины, формы и закономерности, во многом предопределяет характер понимания нами права, эволюции его структуры, механизма действия и т.д.

Методология во всяком научном исследовании во многом предопределяет его результат. Поэтому научная методология – это не только набор методов и приемов исследования неких предметов, процессов и явлений. Она предполагает также необходимость соответствующей рабочей гипотезы, которая должна получить подтверждение в ходе исследования, то есть стать теорией. Таким образом, методология – это, помимо прочего, калька, или обратная сторона теории, вытекающей из исследования, в котором эта методология была применена. Иными словами, всякая научная теория методологична (в том смысле, что предполагает известную методологию), а эта последняя – теоретична, поскольку составляет исследовательскую основу теории.

Подзаголовок «проблемы методологии» в данном случае призван подчеркнуть значимость методологии именно для заявленной темы. Эта значимость обусловлена существенной спецификой ее объекта и предмета, состоящей, прежде всего, в том, что исследуемые явления и процессы отделены от наших дней столь значительным пластом исторического времени, что некоторые этнологи называют эту удаленность астрономической⁴.

Более того, необходимость объяснения причин и предпосылок возникновения права требует обращения к эпохе, предшествующей его становлению, то есть еще более от нас отдаленной. Все это предопределяет существенную историко-культурную специфику исследуемой проблемы, а также особенности используемой при этом методологии.

Среди них следует отметить, прежде всего, почти полное отсутствие письменных источников, которые отражали бы процесс становления права глазами его современников. Там, где эти источники есть (и потому отражают довольно высокие стадии правогенеза), возникает проблема применимости в ходе исследования

⁴ Леви-Строс К. Структурная антропология. М., 1994. С. 117.

правовых категорий, сложившихся в нашей современной правовой культуре, поскольку в их основе – принципиально иной, чем в исследуемую эпоху, характер миро- и правопонимания. Поэтому даже наличие правового текста не гарантирует адекватного его истолкования. Тем более эта проблема возникает там, где право выступает еще в устной форме⁵. Отсюда – известная фрагментарность наших знаний о данной проблеме, наличие пробелов в ряде существенных вопросов, распространенность реконструкции как метода исследования, гипотетический характер ряда выводов и положений и т.д.

Другой аспект этой специфики проявляется в существовании такого числа теорий происхождения права и государства, какого нет ни в одной другой области юридической науки. Присущее им разнообразие подходов отражает не только различия научных, а подчас и политических взглядов их авторов, но также разнообразие эпох, в которые они возникли.

С этой точки зрения представляется возможным разделить их на следующие три группы.

1. Теории древности и средневековья (теологическая, патриархальная, патримониальная и т.д.). В их основе – не столько данные науки, сколько основанное на мифах и верованиях восприятие мира (в том числе права и государства) традиционным сознанием того времени. Обычно в учебниках по теории государства и права раздел о теологической теории их происхождения начинается с изложения взглядов средневекового теолога XIII в. Фомы Аквинского. В действительности такие взгляды сложились в истории гораздо раньше. Мы находим их в доктринах традиционно-религиозных правовых систем Востока (иудаизм, индуизм, зороастризм, ислам и т.д.), возникших в большинстве своем еще до новой эры, а также в христианстве. Все они исходят из божественного происхождения мира, включая право и государство. Однако при их сравнении мы обнаруживаем, что механизм взаимодействия права и религии в ходе этого процесса в указанных системах Востока, с од-

⁵ Так, в Тропической Африке, где действует множество систем обычного права, в местных языках, которых здесь более тысячи, нет ни одного термина, который был бы адекватен европейскому понятию права // См.: Allott A.N. Law and language. London. 1965.

ной стороны, и в христианстве, с другой, не совсем одинаков. Так, на Востоке системы писаного права возникают в рамках структур соответствующих религиозно-философских систем. Поэтому они также воспринимаются как религиозные. Однако в рамках собственно правовых структур слитные нормы божественного закона выступают как вершина и одновременно основа системы норм «рукотворного» религиозного права.

В противоположность этому христианство утверждается в Европе в условиях уже достаточно развитых права и государственности. Отсюда если в странах Востока государство воспринималось элементом той или иной религиозно-правовой структуры, то в Римской империи именно государственная власть определила статус христианства как государственной религии. В странах Западной и Центральной Европы, где с XII в. церковь и государство разделены, каноническое право католической церкви действовало самостоятельно, конкурируя со светским правом⁶.

При этом библейский взгляд на право и государство как на божественные творения господствовал в Европе вплоть до второй половины XVIII – начала XIX вв. Лишь с этого времени ему на смену приходят идеи естественнонаучного эволюционизма, победившие сначала в сфере естественных наук и лишь потом – в науках об обществе. Это означало, что лишь с этого времени при исследовании общества стал использоваться принцип историзма⁷. (В контексте эволюционной доктрины человеческое общество воспринимается как неотъемлемая часть природы)⁸.

⁶ В противоположность этому в других странах православия церковь была интегрирована в структуру государства, а церковное право не играло столь существенной роли в правовом развитии, регулируя отношения, связанные в основном с деятельностью церкви.

⁷ К тому времени данными археологии были подтверждены концепции деления человеческой истории на дикость, варварство и цивилизацию (А. Фергюссон, А. Кондорсе), а также на систему трех веков – каменного, бронзового и железного (К.Ю. Томсен). Это сделало возможным применение эволюционизма к изучению человека и его культуры / Першиц А.И. Предисловие к работе: Тайлор Э.Б. Первобытная культура. М., 1989. С. 6.

⁸ Крупнейший английский этнолог XIX в. Э. Тайлор считал, что «история человечества есть часть и даже частичка истории природы». Тайлор Э.Б. Указ. соч. С. 19. По мнению другого крупнейшего этнолога (уже фран-

Таким образом, на создание предпосылок собственно научного подхода к проблеме происхождения права и государства ушли тысячелетия. Человеческая мысль двигалась здесь от ее восприятия сквозь призму религии к попыткам рассмотрения ее сквозь призму естественнонаучного эволюционизма и, наконец, к исследованию проблемы с собственно правовых позиций. В ходе этой эволюции постепенно сужался предмет исследования. Так, предметом рассмотрения были сначала мироздание, затем общество в целом и, наконец, право и государство.

Тот факт, что утверждение принципа историзма в общественных науках совпало по времени с эпохой буржуазных революций, обусловил влияние на содержание формировавшихся тогда концепций происхождения права борьбы про- и антибуржуазных политических сил. Так, идеологическим обоснованием претензий молодой буржуазии на власть стали концепции естественного права и общественного договора, имевшие целью объяснить не только происхождение права и государства, но и «правильную» организацию власти в обществе. Они имели скорее политико-идеологический, чем научный характер. Практически не имея историко-научного подтверждения, они, однако, включали ряд глубоких исторических догадок (либо мифов), используемых и в наши дни (о возникновении естественного права ранее государства; о его приоритете в сравнении с правом государства и т.д.). Закон исторической преемственности проявился здесь в том, что эти концепции сохранили в ряде аспектов влияние традиционного (т.е. религиозного) взгляда на проблему⁹.

Феодальной реакцией на эти буржуазные теории следует признать взгляды представителей исторической школы права (Г. Гуго, Ф.К. Савиньи, Г. Пухта), сложившейся в первой трети XIX в. в Германии. Они видели источник права в народном духе, под которым

цузского, жившего в XX в.) К. Леви-Строса, «эволюционное направление в этнологии является прямым отражением биологического эволюционизма». Леви-Строс К. Указ. соч. С. 9–10.

⁹ Так, исходившие из концепции естественного права авторы Декларации независимости США 1776 г. рассматривали права человека как продукт божественной воли // Соединенные штаты Америки. Конституция и законодательные акты. Под ред. О.А. Жидкова. М., 1993. С. 25.

понималось слитное в условиях феодализма с нормами обычного права общественное правосознание¹⁰.

2. Следующий период в исследовании проблемы происхождения права связан с ее теоретическим осмыслением на основе принципа историзма. Начавшись с 60-х гг. XIX в., он, по сути, продолжается и в наши дни. В его рамках складываются такие теории, направленные на объяснение проблемы, как марксистская, ирригационная, насилия, неолитической революции и т.д. Их авторы, отталкиваясь от истории древнейших обществ, рассматривали процесс правогенеза сквозь призму современного им правопонимания. Содержание этих теорий определялось степенью изученности древнейших обществ, авторским углом зрения на процесс становления права, наконец, характером правопонимания, сквозь призму которого этот процесс рассматривался. При этом, с одной стороны, то, как понималось право, известным образом предопределяло историческую «точку отсчета» в процессе его становления. И наоборот: новые знания о характере и закономерностях этого процесса обычно имели следствием изменение как самой этой «точки», так и характера правопонимания, положенного в основу теории.

Так, отечественная правовая наука советского времени исходила в этом вопросе из положений работы Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства». Автор разделяет историю человечества на дикость, варварство и цивилизацию, каждая из которых представляет ступень в развитии отношений производства, распределения и обмена продуктов. Право и государство, по Ф. Энгельсу, возникают лишь на стадии цивилизации с появлением классов и частной собственности. При этом право вторично по отношению к государству, поскольку является продуктом его деятельности, а процесс становления права состоит, прежде всего, в санкционировании государством тех обычаев, которые отвечают интересам имущих классов. Такая методология имела, как минимум, два существенных недостатка. Это, во-первых, абсолютизация роли экономического фактора и недооценка других социокультурных факторов (например, религии), воздействующих на процесс становления и развития права и государства.

¹⁰ Подробный критический анализ их взглядов содержится в работе: Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. М., 1884.

Вторым недостатком было рассмотрение права и государства как парных категорий. Право, по Энгельсу, возникает лишь вместе с государством в результате деятельности последнего.

Такое видение проблемы предопределило парадигму дальнейших ее исследований. Из нее исключался период доклассового (=догосударственного) общества, а само право изначально возникло в «чистом», т.е. свободном от религии, виде. Однако необходимость ответа на вопросы, возникавшие в ходе правовых исследований, обусловила внесение в нее корректив. Так, в ходе исследования отечественными учеными проблем государства и права афро-азиатских развивающихся стран формируется взгляд о возможности возникновения права ранее государства¹¹, что обуславливало вывод, что процесс его становления уходит в более глубокие исторические пласты, чем это представлялось ранее¹². Наконец, результатом дальнейших исследований, прежде всего на «стыке» со смежными отраслями науки, становится концепция, относящая начальные стадии становления права к эпохе становления человека разумного и социогенеза¹³. Такой подход создавал основу для понимания права как явления, имманентно присущего всякому обществу и призванного обеспечить его функционирование и целостность на разных уровнях его структуры. Тогда в процессе истории на каждой стадии развития права меняется лишь его форма при сохранении неизменной его сущности¹⁴.

Исследование этого процесса предполагает использование широкого социокультурного подхода, при котором правовед должен одновременно выступать также в роли антрополога, этнолога, религиоведа, психолога и т.д. Иными словами, он должен исполь-

¹¹ См., напр.: Крашенинникова Н.А. Индусское право: история и современность. М., 1983; Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиции. М., 1987.

¹² Сеницына И.Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М., 1976.

¹³ Дробышевский С.А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции / Автореф. дис. ... д-ра юридических наук. СПб., 1994; Бородай Ю.М. Эротика, смерть, табу. Трагедия человеческого сознания. М., 1996.

¹⁴ См.: Сапельников А.Б., Честнов И.Л. Теория государства и права. СПб., 2006. С. 47.

зовать методологию исследования, сложившуюся не только в правовой науке, но и в указанных «пограничных» дисциплинах.

*М.В. Немьтина**

КОРПОРАТИВНО-ПУБЛИЧНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КАК ТЕНДЕНЦИЯ ПРАВОВОГО РАЗВИТИЯ ОБЩЕСТВА

В рамках настоящей статьи ставится цель определения тенденций правового развития современного общества, связанных с существованием иных, нежели государственная, регулятивных систем, и одновременно достижения терминологической определенности в правоведении при обозначении данного явления и связанных с ним социальных процессов.

Для обоснования и исследования обозначенной проблемы корпоративно-публичного правового регулирования необходимо сформулировать ряд тезисов.

1. Право следует понимать как одну из регулятивных систем общества. Приходится, как ни банально, обращаться к этой отправной, базовой дефиниции, поскольку в российском правоведении по сей день право зачастую трактуется и воспринимается в духе концепций этатизма и юридического позитивизма как регулятивная система, установленная исключительно государством.

2. Рассматривая право в качестве регулятивной системы общества, следует признать, что существующие в нем различные публичные образования (корпорации), а не только государство (впрочем, тоже корпорация), создают и транслируют в общество нормативные правовые системы и модели правового поведения, с помощью которых регулируются отношения многочисленных субъектов общественных отношений.

3. При осмыслении проблемы следует исходить из концепций, основанных на понимании интересов, и на этой основе объясняющих природу общества, права и государства, их генезис и эво-

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

люцию. Категория «интересы в праве» охватывает интересы различных субъектов общения, в которых присутствует правовая составляющая.

4. Для понимания движущих сил, тенденций и мотиваций, лежащих в основе развития современного общества, можно использовать методологический подход, предполагающий поиск баланса частных и публичных интересов субъектов правового общения, не сводя при этом частное к отношениям собственности и не отождествляя публичное с государственным.

5. Если в цивилистике как частноправовые трактуются отношения, связанные с частной собственностью, свободой экономической деятельности, то в конституционном праве, например, с категорией «частное» связывают права человека как частного лица. Действительно, частные интересы следует трактовать в смысле возможности обладания человеком правами и свободами, при этом может быть задействован весь спектр прав и свобод человека и гражданина.

6. В Российской Федерации, как и на всем постсоветском пространстве, публичные интересы, в смысле интересов всего общества, а не только государства, должны были сформироваться из совокупности частных интересов индивидов, через институционализацию гражданского общества. В этом смысле следует обратиться к категории «корпоративное», которую можно рассматривать как промежуточную между базовыми категориями «частное» и «публичное» и одновременно как связывающую их.

7. В русле обозначенного контекста можно выделить категории «корпоративно-частное» и «корпоративно-публичное». Если трактовка категории «корпоративно-частное» сомнений не вызывает, связана с частной собственностью, предпринимательским правом, деятельностью экономических корпораций, то категория «корпоративно-публичное» нуждается в обосновании, что и будет предпринято в ходе последующего изложения.

8. Социологически-ориентированные концепции права указывают на то, что механизмы саморегуляции заложены в самом обществе, и признают в качестве права правила, сложившиеся в рамках существующих корпоративно-публичных образований. В русле этих концепций обосновывается необходимость признания пра-

творческой активности публичных образований, выражающих интересы определенных социальных групп.

Категория «корпоративно-публичное» охватывает различные составляющие общества: государство, которое в современных трактовках юристов, политологов, социологов тоже является корпорацией; местные сообщества с системой органов местного самоуправления и соответствующим муниципальным регулированием; объединения индивидов по профессиональным, конфессиональным, партийным, творческим и иным интересам.

Так, Г.В. Мальцев отмечал следующее: «Социальные организации, порождающие особый тип власти, могут возникать на политической (государство, партии, общественно-политические объединения), конфессиональной (церковь, религиозные объединения), экономической (цехи, гильдии, концерны, корпорации, промышленные и финансовые союзы) и т.п. основе. Все они по отношению к членам общества, постоянно находящимся в экономическом, правовом, духовном и др. общении, выступают как внешний авторитет, оказывающий целенаправленное воздействие на первичные отношения власти с тем, чтобы придать им регулируемый характер»¹.

Критериями идентификации субъектов в качестве публичных корпораций являются общность интересов их участников (публично-государственных, публично-партийных, территориальных, этнических, конфессиональных, профессиональных и др.), а также направленность деятельности на достижение публичных целей. Публичные интересы и цели приобретают устойчивый характер посредством институционализации² в рамках организационных и нормативных форм.

На основе использования категории «корпоративно-публичные интересы» становятся объяснимыми и понятными тенденции правового развития стран на постсоветском пространстве, переживших за последнюю четверть века трансформацию интересов субъектов правового общения в рамках новых социально-экономи-

¹ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 297.

² Под институционализацией следует понимать, например, «процесс перехода от спонтанного и экспериментального поведения к предсказуемому, которое ожидается, моделируется, регулируется путем закрепления специальных норм и процедур». См.: Профессиональная этика юриста: учебник для бакалавров / И.Н. Сорочагин, А.Г. Маслеев. М., 2013. С. 125.

ческих и политических укладов. В этих обществах, находящихся в переходном состоянии, наметилось ярко выраженное противоречие между частными и публичными интересами, и одновременно осуществлялся поиск баланса этих интересов в их различных проявлениях.

Векторы развития общества на постсоветском пространстве были следующими: 1) развитие частной собственности и связанного с ней корпоративно-частного регулирования; 2) развитие институтов гражданского общества и институциональное оформление корпоративно-публичных интересов; 3) трансформация корпоративно-частных интересов в корпоративно-публичные, создание на этой основе разного рода общественных (некоммерческих) объединений; 4) поиск баланса интересов институтов государства и общества.

С позиций синергетического подхода каждую страну на постсоветском пространстве можно рассматривать как самоорганизующуюся и саморегулирующуюся систему. Поддержание позитивных тенденций развития и стабильности в этих странах могло быть обеспечено продвижением общества одновременно по всем обозначенным направлениям. Вместе с тем в отдельно взятой стране мог быть нарушен баланс этих векторов развития, что неминуемо обуславливает дестабилизацию отношений в обществе.

Особо значимым являлся тот факт, что публичные интересы на постсоветском пространстве реально представляли уже не только институты государства, но и институты гражданского общества, т.е. иные, кроме государства, публичные корпорации. Внутри этих корпораций «вырастали» новые системы отношений, новые массивы правил и норм, моделей поведения субъектов.

Существование корпоративно-публичного регулирования – факт очевидный. Но можно ли такого рода регулирование рассматривать в качестве нормативной правовой формы, можно ли за иными, кроме государства, публичными образованиями признать правотворческий потенциал – проблема дискуссионная.

Так, основы взаимодействия общества и власти закреплены в Конституции Российской Федерации. Это конституционные положения об идеологическом многообразии, равенстве общественных объединений (ст. 13 Конституции РФ), о свободе мысли и слова, свободе информации (ст. 29), о праве на объединение (ст. 30), об участии граждан в управлении государством, как непосредст-

венно, так и через представителей (ст. 32), о праве на обращение в органы государственной власти (ст. 33). Вышеперечисленные конституционные положения формируют полноценный механизм правового общения субъектов правоотношений, который должен развиваться и совершенствоваться.

Современное общество обладает мощным потенциалом самоорганизации и саморегулирования. Наряду с идущим от государства законодательством существуют локальное нормотворчество и корпоративно-публичное регулирование. Перспективы и возможности корпоративно-публичного регулирования, его правообразующие возможности целесообразно рассмотреть на примере деятельности: 1) бизнес-сообщества как «наиболее продвинутой» части общества, его ресурсов и потенциала; 2) профессиональных корпораций, которые активно стремятся выразить свои интересы и транслировать их в социальное пространство, прежде всего профессионального юридического сообщества.

Как отмечают исследователи, «правовые рамки, регламентирующие взаимодействие бизнеса и власти, в известной степени подпадают под влияние корпоративных норм и правил, создаваемых самим бизнес-сообществом, – так называемых обычаев делового оборота, традиций и этических норм, принятых в различных слоях и группах общества»³.

Внутри бизнес-сообщества необходимо формирование консолидированного мнения путем установления договорных отношений с партнерами и достижения соглашений. Необходим диалог объединений предпринимателей и власти в различных формах: консультации, совместный мониторинг законодательства и правоприменения, обращения с петициями. Весьма актуален вопрос об участии представителей власти в деятельности бизнес-союзов, или «встроенный лоббизм», ключевыми составляющими которого являются диалог и партнерство. Остальные его компоненты – в какой степени должны совпадать цели бизнеса с направлениями развития страны, какие институты обеспечивают учет интересов всех заинтересованных сторон при формировании ключевых стратегических документов развития и законодательных актов, а также вы-

³ Бизнес и власть в России: теория и практика взаимодействия. М., 2011. С. 97.

работке мер по их реализации – определяются существующей в стране культурой взаимодействия государства и общества.

Когда речь идет о взаимодействии государства и бизнес-сообщества, всегда встает проблема продвижения интересов. При этом необходимо решение системных задач, а не продвижение интересов конкретных компаний. Следует предельно четко обозначить, что отдельно взятые корпоративно-частные образования, какими бы мощными они ни были, как бы ни влияли на экономику России, а иногда и на ее политику, сами по себе субъектами право-творчества не являются. В то же время выросшему внутри них массиву нормативного регулирования может быть придан публичный характер.

Регламентация предпринимательской деятельности, корпоративно-частное регулирование, основывается в первую очередь на нормах российского законодательства. Одновременно внутри деятельности корпораций складывается корпоративно-частное регулирование, отвечающее потребностям экономического развития и выраженное в локальных нормативных актах.

Очевидно, что корпоративно-частные интересы бизнес-сообщества могут трансформироваться в публичные и институционально оформиться в рамках созданных ими самими корпоративно-публичных образований. В этой связи вполне реальной видится деятельность юридических лиц частного права, направленная на трансформацию корпоративно-частных интересов в корпоративно-публичные в рамках институтов гражданского общества. Речь идет об объединении бизнес-структур, работающих в определенных секторах экономики, выстроивших системы отношений на рынке услуг, в торговле, производстве, банковской сфере, о создании ими корпоративно-публичных образований в различных организационно-правовых формах. Экономические корпорации, работающие в одной сфере (вид экономической деятельности), могут создавать общественные (некоммерческие) объединения (союзы, ассоциации и пр.), в рамках которых они могут аккумулировать свои корпоративно-частные интересы, вырабатывать корпоративно-публичные правила, согласовывать их с другими подобными объединениями и государством.

Если юридическим лицам частного права удастся согласовать свои интересы в рамках системы юридических лиц публично-

го права (а к ним можно отнести институты и структуры не только государства, но и общества), то из интересов отдельного сектора экономики они перерастают в интересы определенного сектора общества, что придаст импульс процессу правообразования, позволит перейти с уровня корпоративно-частного на уровень корпоративно-публичного регулирования как на новую орбиту.

Таким образом, корпоративно-частные образования не обязаны «достучаться» до законодателя со своими проблемами, им достаточно согласовать свои позиции друг с другом и придать реально сложившимся правилам, обычкновениям, обычаям делового оборота публичный характер.

Здесь возникает еще одна проблема. Если экономические корпорации, бизнес-сообщество, и без того занимая господствующее положение на рынке товаров и услуг, объединятся и через собственные системы корпоративно-публичного регулирования будут диктовать условия неограниченному кругу лиц, не приведет ли это к ущемлению прав граждан? Критерием признания действия корпоративно-публичных норм должна быть общая польза, общая не для десятков, сотен, тысяч частных собственников, реализующих свои экономические интересы, а для миллионов граждан.

«Общая польза», «общие блага», сущностные, качественные характеристики осуществляемого регулирования – это критерий, позволяющий отделить публичное от частного. В отечественной теоретико-правовой науке хорошо разработаны сущностные характеристики правовых норм в смысле их этической составляющей, соответствия принципам свободы и справедливости.

Так, В.С. Нерсесянц утверждал следующее: «Право не просто всеобщий масштаб и равная мера, а всеобщий масштаб и равная мера именно и прежде всего свободы»⁴. И далее: «Понимание права как равенства (как всеобщего масштаба и равной меры свободы людей) включает в себя с необходимостью и справедливость»⁵.

В обществе, в противовес бизнес-сообществу, должны действовать параллельно и другие корпоративно-публичные образования, которые отстаивают интересы рядовых граждан, широких

⁴ Нерсесянц В.С. Философия права. Учебник для вузов. М., 1997. С. 27.

⁵ Там же. С. 28.

слоев населения, потребителей товаров и услуг, профессиональных сообществ.

В странах на постсоветском пространстве сложились и действуют достаточно мощные профессиональные корпорации. Это корпорации врачей, юристов, представителей других профессий. Механизм регулирования профессиональной деятельности строится на нормативной основе. Существуют своды норм профессиональных корпораций – этические кодексы.

Согласно современным теориям, утверждал Г.В. Мальцев, «мы переживаем сейчас переход от “морали добродетелей”, ставящей акцент на моральности человека, к “институциональной морали”, возвышающейся над индивидами как внешняя форма технологической необходимости»⁶.

Нормативную базу этического поведения юриста в нашей стране в последние два десятилетия составляют как законодательные и иные нормативные правовые акты, идущие от государства, так и этические кодексы профессиональной корпорации, представителей различных ее сфер. В этом смысле вызывают большой интерес и требуют серьезного осмысления этические кодексы судьи, адвоката, нотариуса, других представителей профессии.

Проблема соблюдения этических принципов представителями профессиональной корпорации юристов не раз становилась предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации.

Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 16.12.2010 № 1580-О-О, отказав в принятии к рассмотрению жалобы С.М. Лябихова, в которой обосновывается нарушение его конституционных прав неопределенностью нормативных положений «честность», «разумность» и «добросовестность» при формулировании обязанности адвоката по отстаиванию прав и законных интересов доверителя, вместе с тем определил правовую природу Кодекса профессиональной этики адвоката, отнеся его к *корпоративным нормативным правовым актам* (курсив мой – М.Н.). Конституционный Суд РФ в своем Определении по данному делу прямо определил: «Кодекс профессиональной этики адвоката», принятый первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г., является корпоративным нормативным правовым актом».

⁶ Мальцев Г.В. Нравственные основания права. М., 2008. С. 13.

Данное решение Конституционного Суда РФ заслуживает пристального внимания представителей, поскольку означает признание профессиональных этических кодексов в качестве источника права и интеграцию закрепленных в них корпоративно-публичных норм в сферу права.

Тем самым следует признать, что от теоретических рассуждений по поводу корпоративно-публичного правового регулирования мы переходим к реальному признанию нормативных актов, принятых существующими в российском обществе публичными корпорациями, в качестве правовых регуляторов. Символично и то, что такого рода признание получил этический кодекс профессиональной юридической корпорации. Состоявшееся решение Конституционного Суда РФ дает основания и иным существующим в обществе публичным корпорациям вывести разработанные ими массивы норм на уровень права, получить для них признание в качестве нормативных правовых актов.

*В.П. Малахов**

ПРАВО И ОБЩЕСТВО: МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ СМЫСЛ СОЮЗА «И»

1. Удерживать в мысли одновременно все, что только включается в рассуждение, очень трудно; что-то на самом деле важное, если не решающее, обязательно ускользнет в так называемое «само собой разумеющееся», «очевидное», «не имеющее самостоятельного значения», «всем давно известное», «общепринятое» и т.д., то и дело выпадает из внимания, всегда больше похожего на луч, выхватывающий из темноты фрагмент предмета, нежели на разлитый по нему и всему вокруг него свет.

Средством удержания содержания мысли (и закрепления его в понятии), как и ее передачи, является язык.

Сегодня проблема качества связи языка и мышления заметно потеряла свою остроту, язык десакрализован, перестал вызывать трепет и почтение; в языковой вольности для многих скрыта наде-

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

жда, что в общении постоянно возникающие неопределенности, недоговоренности смогут все же компенсироваться посредством удержания диалога в общем смысловом поле, в контексте. Однако это надежда легкомысленная. На самом деле словесная оболочка нашего мышления по-прежнему играет гораздо более существенную роль, чем теперь многим кажется.

Проблема адекватности и полноты словесного выражения мышления о предмете особенно актуальна для теорий высокой степени отвлеченности, к которой относится и общеправовая теория, несмотря на старания придать ей предельно возможную практическую направленность и, в сущности, превратить ее только в понятийное (словесное) приложение к юридической практике, забывая, что связь языка и практики взаимная. Источенный, обильный язык порождает изощренную и высоко ситуативную практику (как это свойственно гражданско-правовой сфере); огрубленный, суконный язык способен обслуживать только примитивную, «деревянную» практику. По практике можно судить о языке, по языку можно судить о практике.

Критерии отчетливости мышления в пределах теорий высоких порядков достаточно известны, в отличие, например, от философии, которая выходит на такой уровень отвлеченности, на мышление такими смысловыми единицами, содержательная четкость которых уже принципиально не может быть установлена. Тем не менее, смысловые провалы в теории всегда остаются, что придает ей известную динамичность, но вместе с тем требуют своего заполнения, а не просто иррационального проскока от одного смысла к другому.

Словесно выраженные понятия, идеи, суждения – только готовые формы и своеобразные «резервуары», в которые поступает новое содержание, пока не прервется процесс мышления. Сам же этот рациональный процесс протекает посредством связывания этих смысловых единиц, комбинирования их, нахождения новых связей и т.д.

Если указанные смысловые единицы имеют очень разнообразное языковое выражение, то включаемые в мышление связи (связки), смысловые и логические, имеют несоразмерно более скудную языковую оболочку. Именно эти связи, вернее, их словесные выражения, включаются в мысль, имея обедненное содержание, по-

сколькx значение, как правило, придается только логическим их свойствам, число которых, как известно, весьма ограничено. Как следствие, эти связи давно приобрели характер универсальных инструментов мышления, хотя и бессмысленных вне тех элементов мышления, которые они связывают.

Вследствие словесной ограниченности смысловых связей в мышлении весьма силен интуитивный, контекстный аспект, что делает мышление о любом предмете лишь относительным, только до некоторой степени рациональным, а, значит, не очень-то убедительным и достаточным. Этот факт стал для постмодернистской теории и философии чрезвычайно значимым и превалирующим в общей характеристике мышления.

Хотя мыслительные проскоки обусловлены не только недостаточной отрефлексированностью смысловых (и даже логических) связей, тем не менее, именно с ними проблемы мышления связаны наиболее существенно, именно они делают мышление дискретным, скачкообразным, а сами проскоки и оправдываются так называемой интуитивной ясностью говоримого. Поэтому нередко мышление представляет собой своеобразное челночное движение, постоянный возврат к началу, т.е. к необходимости переосмысления осмысленного. Видимо, этот процесс и зафиксирован, например, Х. Арндт, которая доказывала, что мышление не результативно, оно – лишь процесс, но все же при этом процесс, ведущий к пониманию, делающий его вообще возможным¹.

2. Мыслительный проскок происходит и в случае постановки вопроса о связи права и общества посредством словесного выражения этой связи – «право и общество». Высокая вероятность этого проскока обусловлена именно использованием союза «и».

Союз «и» употребим в диалектическом мышлении, для обозначения неразрывности и взаимоопределимости категорий (общее и особенное, сущностное и явленное и т.д.), но при этом он ничего не соединяет и не разделяет, и сам по себе является «пустым местом».

Логический союз «и» обозначает связи двух или нескольких суждений как истинные или ложные. Здесь мышление не является

¹ См.: Арндт Х. Ответственность и суждение. М., 2013; Она же. Жизнь ума. СПб., 2013.

процессом, ведущим к пониманию (а мышление только с пониманием и связано). Этот аспект связи права и общества не вызывает интереса.

В грамматике союз «и» называется соединительным, хотя вряд ли он указывает на связь. Скорее, им обозначается некоторая рядоположенность, что, конечно, не может быть ассоциировано с мыслительным процессом. В содержательном же анализе, всегда носящем максимально конкретный характер, ориентированный на особенность предмета мышления, союз «и» является разделительно-соединительным, т.е. сначала разъединяет (указывает на различие), а уже потом обозначает возможность возвращения к связи, но уже того, что перед этим мыслилось как самостоятельное друг от друга.

Следует задать вопрос: применительно к любому ли случаю это верно, т.е. всегда ли разделение ведет к соединению? В частности, можно ли назвать «и» обозначением единства права и общества? Нет, в данном случае методологический смысл союза «и» состоит только в разделении, противопоставлении. Вводя союз «и» в обозначение связи права и общества, мы отделяем право от общества, право выступает как внешнее по отношению к обществу. Существующая связь права с обществом при этом является только функциональной, но не сущностной. Функциональный подход не знает ограничений в дифференциации функциональных связей между явлениями, феноменами, состояниями и т.п., существенное и несущественное, свойственное праву или обществу по их природе или носящее искусственный, принудительный характер, не соотношенный с природой и сущностью права или общества, не является проблемой в рамках данного подхода. Это различие в функциональном аспекте только принимается как уже установленное.

3. Указанный проскок – несомненно, методологического плана, потому что по его причине возникают совершенно определенные теоретические следствия, прежде всего связанные с необходимостью (неизбежностью) переосмысления (переопределения) того, что такое общество и что такое право в случае их связанности союзом «и».

В тезисе «право и общество» заключена исключительно юридическая постановка вопроса, поскольку признаком отделенности от общества и направленности на него (конструирующей

или обслуживающей) обладает только юридическое, государственное право. Отделенность права от общества – признак неорганичности системы права общественной жизни. Не случайно одной из аксиом юриспруденции является принудительный характер действующего права.

Однако юридическая интерпретация проблемы «право и общество» отражает хотя и главный, но только частный случай связи права с обществом. Т.е. юридическая постановка вопроса имеет свои ограничения, а потому для общеправовой теории она недостаточна. Кроме того, в такой интерпретации проблема связи права и общества является, в сущности, вариацией проблемы связи государства и общества. Тогда право – элемент надстройки над базисными отношениями (говоря языком марксистов), совокупность юридических институтов, оформляющих политическую волю государства с помощью юридической техники.

Если не так, тогда право и общество связаны как идеальное и реальное, как масштаб действительности и сама действительность, т.е. право является формой общественного сознания. Но в таком случае юридическая постановка вопроса уже становится недостаточной для понимания существа связи права и общества.

Если право – область идеального, а общество – реального, тогда право – область свободы его субъекта. В случае с юридическим правом – это область свободы государства, т.е. его воли и силы. Право оказывается лишь областью оценок, но не совокупностью специфических общественных свойств.

4. Выделяют несколько значений слова «общество», например: общество – социологическая категория, указывающая на совокупность социальных отношений; общество – социальное целое, развивающееся по своим собственным законам; среда, где формируется общественное мнение; субъект коллективного действия, направленный на взаимодействие с властью в целях осуществления функций государства и т.д.²

В контексте формулы «право и общество» наиболее существенным является понимание общества как совокупности социальных отношений, развивающихся и существующих по своим собст-

² См.: Понятия о России: к исторической семантике имперского периода. Т. I. М., 2012.

венным законам. Эти «собственные законы» отличают общество как от природы, так и от отделившейся от него организации публичной власти в форме государства, а вместе с ним – и от права; право функционирует по своим законам, а общество – по своим. И тогда остается признать, что в функциональной связи с обществом право первично, оно – регулятор общественной жизни.

5. Прояснение смысла союза «и» в рассматриваемой связке понятий (слов) требует далее перейти к пониманию права в неюридической форме. Имеется в виду право социальное (или общественное, негосударственное), обычное, групповое и т.п., т.е. право, имманентное обществу, но вовсе не имманентно связанное с государством.

В самом общем виде право представляет собой совокупность средств организации, обладающих определенными свойствами. В таком значении сможет быть определено и юридическое право. Но, будучи имманентным обществу (общественной жизни), право должно быть понято также и как определенная совокупность свойств общественной жизни, лишь отраженных в правовых формах, чего не скажешь о юридическом праве. Они-то и есть кантовские условия свободы, того, с чем юридическое право сущностно не связано.

Если право – имманентная форма организации общественной жизни, тогда общество – это и правоотношения между людьми, сложившийся и самовоспроизводящийся правопорядок. Право представляет собой формообразование общества, историко-культурный путь (средство, способ) перехода к нему от жизни в общности, для которой право не является еще имманентной формой жизни.

Право – форма придания отношениям самостоятельного существования от людей, масштаб, готовая граница отдельного (содержательного). Люди еще только должны или могут войти в эти формы, отношения, по традиции ли, вследствие предписания, под принуждением, по соображениям целесообразности и т.п. Право – способ отделения отношений от их субъектов (наподобие отделения белка от желтка). Юридическое право доводит этот процесс до логического конца, не просто отделяя отношения от субъектов, но отчуждая их от субъектов (разумеется, если этот субъект – не государство).

Таким образом, можно сделать вывод, что формула «право и общество» принципиально невозможна для выражения понимания

права в неюридических формах, права негосударственного, поэтому от союза «и» в данном случае следует отказаться.

б. Связь права с обществом может быть выражена, помимо уже рассмотренной, словосочетаниями «право в обществе» и «право общества». Пожалуй, эти варианты исчерпывают существо вопроса.

Связь юридического права и общества, повторим, в своей основе процесс субъективный, управляемый, конструируемый. В сущности, она не представляет собой особой теоретической проблемы, но имеет преимущественно праксиологический, инструментальный смысл, вследствие чего теория быстро обретает характер догмы, т.е. достаточной для практического применения совокупности утверждений относительно действующего права.

В выражении «право общества» заложено понимание права как имманентного общественной жизни способа ее устройства (самоорганизации), складывающегося, воспроизводящегося и изменяющегося в самом обществе, его силами. Право как форма общества исследовано намного хуже, чем юридическое право, в основном социологами и отчасти философами. Преобладает исторический аспект, право общества понимается как безопасное культурное прошлое. В юридической теории это право иллюстративно, существа государственного права сколько-нибудь явственно не искажает и не оттеняет. В частности, поэтому проблема гражданского общества для общеправовой теории чужеродна, мало понятна, является политологическим вкраплением, представляет собой своеобразное правовое иносказание.

В выражении «право в обществе» в свернутом виде заложено и юридическое понимание права, и более широкое понимание, в том числе понимание «права общества». Речь в данном случае идет о способности права в любой его форме функционировать в соответствии с закономерностями существования общества, его тенденциями, установками и т.д. Особенно важно эту способность обнаружить в юридическом праве. Если она есть, тогда государство становится полноценно правовым.

Ставя вопрос о «праве и обществе», мы должны признать, что системообразующей их связью является функциональная, а доминантным направлением действия права выступает принуждение. При постановке вопроса о «праве общества» внимание должно концентрироваться на генетической и детерминистской связи. До-

минантным направлением действия права в данном случае является нормирование. Ставя вопрос о «праве в обществе», мы выделяем в качестве системообразующей корреляционную связь, а доминантным направлением действия права должны признать регулирование.

7. В данной статье внимание было сконцентрировано на союзе «и», на том, какие смысловые нагрузки выражаются с его помощью. Вряд ли в результате анализа вне внимания не осталось уже теперь точно ничего; наверняка концентрация на данном союзе привела к ослаблению внимания ко многим другим смысловым нюансам формулы «право и общество». Мышление и есть непрерывное осмысление, уточнение мысли о предмете, т.е. предметом мышления рано или поздно становится оно само, но как только это происходит, предмет теряет свою самостоятельность от мышления.

К слову, это коренное свойство мышления – рефлексивность – проявило себя и было осознано далеко не сразу; и для философии, и для науки оно традиционно было неотличимо от познавательного процесса. По мнению ряда ученых, правоведов и философов³, именно с этим процессом отличения мышления от познания (осознания предмета) связан идейный переход от модерна (классической рациональности) к постмодерну (постклассической рациональности).

Современное мышление – мышление, следящее за самим собой, а не просто увлеченное своим предметом.

³ См., например: Арндт Х. Жизнь ума. СПб., 2013; Гиренок Ф.И. Фигуры и складки. М., 2013; Мамардашвили М.К. Классический и неклассический идеалы рациональности. М., 2004; Тимошина Е.В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л.И. Петражицкого. М., 2012; Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012 и др.

*А.И. Экимов**

О «ПРАВОВОМ ПОЛЕ» И «САМОЦЕННОСТИ ПРАВА»

Одна из проблем любой науки – формирование понятийного аппарата, позволяющего адекватно отражать изучаемые ею явления. И поскольку процесс познания явлений бесконечный, то столь же неограниченным во времени является процесс формирования и уточнения понятий. Это в полной мере характерно и для отечественной науки теории государства и права, ведущей свой отсчет от «Лекций по общей теории права» (1886 г.) Н.М. Коркунова.

За последние годы в юридической науке появилось немало новых понятий, содержание которых не подвергалось специальному научному обсуждению, так как их смысл всем казался очевидным, само собой разумеющимся. Остановимся на некоторых из них.

В постсоветский период в широкое словоупотребление вошло понятие «правовое поле». Неплохо бы разобраться со смыслом этого понятия, с вопросом, кто и какими «семенами» засеивает это «поле» и что вырастает на нем. Надо думать, что образное выражение «правовое поле» предполагает, что «семена» на нем – это правовые идеи, правовые принципы, правовые аксиомы и правовые нормы в различных конфигурациях и различных сочетаниях. Правда, сразу же возникает вопрос, о каком праве речь идет, когда говорят о правовом поле – праве в широком или узком смысле. А может быть и о том, и о другом? Если речь идет о праве в широком смысле, то правовое поле здесь имеет место только в виде правовых идей, правовых принципов и правовых аксиом. Деятельность на этом правовом поле выступает как разного рода операции с ними. Не таким образом характеризуется правовое поле, когда речь идет о праве в узком смысле? В этом случае правовое поле составляют, прежде всего, нормы права, которые не «работают» вне зоны действия правовых принципов и аксиом. В силу последнего фактора толкование норм права невозможно вне контекста правовых принципов и аксиом. «Чистой правовой нормы», которая не

* **Экимов А.И.** – доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов, Заслуженный юрист РФ.

связана с правовыми принципами, аксиомами не бывает. Под их влиянием, а равно под воздействием других правовых норм конкретная правовая норма и получает свое действительное бытие. Именно поэтому на правовом поле иногда появляются совершенно другие «растения», чем те, которые имелись в виду. Кстати, некоторые политические деятели говорят не о «правовом поле», а о «правовой поляне». Что имеется в виду под «правовой поляной», вообще остается загадкой.

Не так уж редко приходится слышать выражения типа «не выходить за пределы правового поля», «оставаться в правовом поле» и т.д. О чем в этих случаях идет речь? Чаще всего правовое поле в этом случае отождествляется с соответствующими правовыми принципами и аксиомами. Но сложилось и другое толкование этого понятия, когда оно используется для описания механизма правового регулирования, охватывающего не только юридические нормы, но правоотношения, правоприменительные акты. Кроме того, можно говорить и о социологической трактовке этого понятия, которая рассматривает правовое поле как своего рода социальную систему, где взаимодействуют, сталкиваются, пересекаются интересы множества людей и вырабатываются правила их поведения. И поскольку интересы людей разнообразны и противоречивы, то нормы призваны упорядочить поведение людей путем навязывания всем участникам правоотношений единых стандартов поведения. С социологических позиций правовое поле – это механизм согласования при непосредственном или косвенном участии государства интересов (или подчинения интересов одних социальных групп интересам других социальных групп) во имя обеспечения самосохранения соответствующего общества. В этой социологической трактовке правовое поле – это лишь те общественные отношения, которые урегулированы правовыми нормами, правовыми принципами и правовыми аксиомами. И если с помощью последних невозможно решить правовую проблему, тогда говорят, что она находится за рамками правового поля.

Еще один вопрос – о правомерности использования понятия «самоценность права», на котором акцентируют внимание некоторые юристы (С.С. Алексеев, В.П. Малахов, Л.И. Загорская). Вводя это понятие, они исходят, видимо, из идеи «повысить» значимость права в жизни общества, показать его роль, отличную от других

социальных регуляторов. Однако решая вопрос о том, обладает ли право самоценностью или не обладает, нельзя игнорировать тот смысл, который обычно вкладывают в понятие самоценности вообще. Что такое самоценность? Это ценность лишь для самого себя. Антропоцентрическое видение мира допускает, что самоценностью вправе себя считать человек. Чаще всего принято говорить о самоценности человека как о его значимости для самого себя. С этих позиций самоценность – это своего рода психологический фактор, который характеризует то, что происходит внутри невидимого для других душевного мира человека. Но с такой позиции невозможно артикулировать положение о самоценности права, не представляя его в виде «живого, одушевленного права» с некими присущими только ему ощущениями.

В принципе, конечно, о самоценности можно говорить по отношению не только к человеку, но и к любому живому существу, если оно способно, познавая окружающий мир, создавать «образ» самого себя. Нередко современные специалисты наделяют сознанием животный мир, а некоторые – даже растительный мир. Если бы такое явление действительно имело место, тогда можно было бы говорить о самоценности животных и растительного мира. Еще дальше идут умозаключения писателей-фантастов, наделяющих разумом роботы, нашу планету и даже космос. В этом случае тоже логично было бы рассуждать об их самоценности. Применительно к роботам такая идея была озвучена еще в начале XIX в. английской писательницей Мэри Шелли в ее всемирно известном романе «Франкенштейн, или Современный Прометей».

Кстати, в художественной литературе идея о самоценности оживленной материи достаточно популярна. Вполне соответствует идее самоценности мифическая история Древнего Египта об умершем боге Озирисе, который был способен к оживлению. Но что касается права, по крайней мере, в его позитивистской трактовке, то идея о его самоценности – это не более, чем фигура речи. О практической пользе этой идеи приходится говорить ровно в той степени, в которой речь шла об идее «искусство для искусства». А вот вредоносные последствия идеи о самоценности права, если ее проводить последовательно, а не только декларировать, вполне реальны. Тогда правовой массив должен наполниться бесчисленным множеством правовых норм, инструментальная польза от ко-

торых весьма сомнительна. Абсолютизация идеи самоценности права, понимаемого в позитивистской трактовке, далеко уведет и от «светлой идеи» создания правового государства. Ведь не для самого же себя создается правовое государство. Иногда и власть называют самоценностью. Полагаю, что в этом отношении особняком стоит позиция известного советско-российского правоведа С.С. Алексеева, в философском ключе обосновывавшего идею самоценности права¹. Он солидаризировался с мировоззренческим постулатом И. Канта о том, что сама природа, естественные начала жизни человека направляют людей к тому, чтобы осуществить единственно прочное правовое устройство, основанное на принципах свободы. Право, по И. Канту, – это замысел и явление природы, которая не сводится только к вещественно-материальному, механическому миру окружающих нас явлений, предметов. Согласившись с тем, что природа обладает разумом, С.С. Алексеев вполне логично выдвигает идею о самоценности права, которое порождено природой и в которое природа вдохнула свои живительные начала.

В принципе, такую же позицию занимает и В.А. Малахов, хотя, в отличие от С.С. Алексеева, не объявляет себя последователем И.Канта. В.А. Малахов пишет: «В реальной жизни право всегда преследует отдельные цели, навязанные ему религией, моралью, политикой, соображениями целесообразности. Это действительно важное назначение права и его существенная функция. Но если мы не способны в праве увидеть цель, адекватную его собственной сущности, если его ценность сведена к практической пользе и не связывается с осознанием самоценности и привлекательности права, то мы не понимаем сущности права. Принцип самоценности права предусматривает, чтобы выходные, фундаментальные ценности, которые реализуются в праве, находились в нем самом, чтобы реализация правовых идеалов, правовых способов бытия признавалась самостоятельной целью духовной и практической жизни человека»². Согласимся с тем, что такая интерпретация самоценности права не укладывается в общепринятое понятие само-

¹ Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на Земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. М., 1998. С. 34 и сл.

² Малахов В.А. Философия права. М., 2002. С. 98.

ценности. Автор считает, что тот, кто не осознает самоценность права, тот не понимает сущности права. Это достаточно спорное положение, если оно вообще хотя бы в какой-то степени приемлемо. Инструменталистские концепции права ничуть не принижают его роли в обществе, но они позволяют четко уяснить, каким целям служит право в том или ином обществе, что именно можно достигнуть с его помощью. Да и вряд ли «реализация правовых идеалов, правовых способов бытия» должна становиться самостоятельной целью духовной и практической жизни человека. Именно сам человек, а не правовые идеалы и правовые способы бытия находятся в центре общественной жизни. Недаром в недалеком прошлом в нашей стране имели влияние теории об отмирании права. Полагаем, что абсолютизация роли права в жизни общества не менее опасна, чем его игнорирование.

Ученые-юристы, которые пишут о самоценности права и при этом не разделяют мировоззренческие установки кантовской философии, нередко отождествляют это понятие с понятием ценности права. Но тогда становится вовсе бессмысленным употребление двух понятий для обозначения одного и того же. В действительности право обладает только инструментальной ценностью и всегда выступает лишь в качестве «рукотворного» средства достижения человеческих целей, плохих или хороших.

Д. Ролз выдвинул, в отличие от других ученых, по существу, новую концепцию понимания ценности права, вследствие чего и проблема так называемой самоценности права получила у него новое звучание. Дело в том, что Д. Ролз рассматривает ценностную оценку права через призму защищаемых им прав и свобод³. И это верно, поскольку право не выступает в конкретных общественных отношениях как нечто целое. Оно в сознании людей присутствует в виде прав и свобод, правовых идей, правовых принципов и правовых аксиом. Остановившись на правах и свободах людей, Д. Ролз обосновывает идею справедливой ценности прав и свобод. В идеале, рассуждает ученый, все люди со сходными способностями и мотивацией должны иметь равные шансы. Но вовсе не так обстоит на деле, когда те, кто имеет большие личные средства, могут использовать свои преимущества при реализации прав и

³ Ролз Д. Теория справедливости. Новосибирск. 1995. С. 202.

свобод. Так, люди, находящиеся в лучшем положении, способны оказывать большее влияние на ход законодательного процесса, чем те, у которых положение значительно хуже. Для сохранения справедливой ценности прав и свобод, полагает Д. Ролз, должны быть приняты меры компенсации. Например, в обществе, допускающем частную собственность на средства производства, «должно сохраняться широкое распределение собственности и богатства...»⁴.

Признание справедливыми прав и свобод объединяет людей в их взглядах на общественные проблемы. Но разные возможности людей в отношении реального использования ими своих прав и свобод порождают недоверие к праву, игнорирование его ценности. И тогда для сохранения ценности прав и свобод появляется, как отмечает Д. Ролз, необходимость в соответствующих мерах компенсации⁵. Ученый подчеркивает, что одним из главных недостатков конституционного правления была неспособность обеспечить справедливую ценность политической свободы.

Подлинная ценность права раскрывается лишь тогда, когда оно становится средством для утверждения справедливых и гуманных начал во взаимоотношениях личности и власти. С одной стороны, оно должно уберечь людей от неправильного поведения (правовые запреты), а с другой стороны – стимулировать поведение, в котором заинтересованы коллективы, все человеческое сообщество (правовые предписания, дозволения). Как отмечает В.Г. Графский, «реализация ценностных свойств (стандартов) права возможна только при надлежащем использовании его инструментальных потенциалов, которые зафиксированы в обычаях, тексте закона, судебном ритуале. Именно благодаря солидарному содействию права с моралью, обычаями и традициями частно-семейной или публичной жизни становится возможным длительное существование ценностных ориентаций в праве и социальной деятельности индивидов, таких как справедливость, свобода, равенство, человеческое достоинство и др.»⁶. При такой ситуации

⁴ Ролз Д. Теория справедливости. Новосибирск. 1995. С. 202.

⁵ Там же.

⁶ Графский В.Г. Традиции и обновление в праве: ценностное измерение перемен // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. М., 1996. С. 79–87.

о самоценности права, как и любого иного средства, созданного человеком для достижения своих целей, говорить совершенно беспредметно.

*Р.В. Шагиева**

ПРАВОВАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ ОБЩЕСТВА

В обществоведческой литературе последних лет утверждается, что все многообразие элементов, из которых складывается общество как целостная система, сводится к трем группам: во-первых, к человеческим индивидам и их общностям, объединениям, организациям, во-вторых, к информации, в-третьих, к веществу, вещам и энергии¹. При этом важно заметить, что вещи включаются в общество только посредством людей, их деятельности и отношений друг с другом. Между вещами, точно так же как и между людьми, существуют определенного рода отношения, включая, как отмечает Э. Дюркгейм, «солидарность вещей», или «вещную солидарность», которая «прямо связывает вещи с личностью, но не личности между собой»². Вполне правомерно сделать вывод, что основным элементом любой общественной системы являются люди, а центральным звеном ее структуры выступают отношения людей³. В частности, в «атомистической» теории общество рассматривается как совокупность действующих личностей и отношений между ними⁴.

* **Шагиева Р.В.** – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Российской таможенной академии.

¹ См.: Гомеров И.Н. Государство и государственная власть: предпосылки, особенности, структура. М., 2002. С. 325.

² Дюркгейм Э.О разделении общественного труда. Метод социологии. М., 1996. С. 123–124.

³ См.: Афанасьев В.Г. Системность и общество. М., 1980. С. 110.

⁴ См.: Введение в обществознание: Учеб. пособие / В.П. Лютыи, Б.Н. Мальков, Н.В. Михалкин и др. М., 2002. С. 23.

Думается, что правовая система как подсистема общества в этом смысле складывается, прежде всего, из взаимодействующих в правовой сфере субъектов правоотношений⁵. Во всяком случае, конструкция правовой системы должна включать комплекс частей – субъектов и объектов общественной и индивидуальной их жизнедеятельности, а также структуру – связи, разграничения и зависимости между субъектами по поводу нужных им объектов, т.е. правоотношения. Тогда *правовая система общества* предстает как комплекс взаимодействующих в рамках правоотношений субъектов, которые активно осуществляют принадлежащие им субъективные права и обязанности на основе познанных принципов, ценностей и норм правовой жизни в целях обладания различными социальными благами способом, официально признаваемым обществом и государством в качестве правильного и справедливого. В качестве такового способа существования правовой системы может выступать только многообразная *правовая деятельность*, основанная на способности ее субъектов в целях удовлетворения разнообразных интересов свободно реализовывать свою волю в рамках, определяемых функциональным (правовым) статусом.

Поскольку мы представляем систему как целенаправленно функционирующую конструкцию, способную к разрешению проблемной ситуации при определенных внешних условиях, постольку функционирование правовой системы общества в целом следует, по сути, рассматривать как осуществляемое посредством всех правовых явлений *влияние* на общественные отношения. В юридической литературе эта совокупность всех правовых форм влияния на сознание и поведение людей обозначается понятием «правовое воздействие», в структуре которого большое место занимают правосознание, правовая культура, правовые принципы, правотворческий процесс и, конечно, механизм правового регулирования. Образуя целостную систему, действуя в комплексе, все эти право-

⁵ Некоторые авторы (В.Д. Первалов, А.П. Семитко) усматривают, как уже отмечалось, в индивидуальных и коллективных субъектах права центральное звено или даже ядро правовой системы (см.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.М. Корельского., В.Д. Первалова. М., 1997. С. 471).

вые явления осуществляют правовое воздействие на сознание и поведение людей⁶. Таким образом, правовое воздействие (как функционирование правовой системы в целом) вполне правомерно рассматривают как результативное, нормативно-организационное влияние на общественные отношения как специальной системы собственно правовых средств (норм права, правоотношений, актов реализации и применения), так и иных правовых явлений (правосознания, правовой культуры, правовых принципов, правотворческого процесса)⁷.

Однако правовое воздействие охватывает как собственно юридические, так и неюридические каналы влияния. На основании этого мы предлагаем различать внешнее и внутреннее (собственно юридическое) функционирование⁸ правовой системы. Такие виды правового воздействия, как информационное, ценностно-воспитательное (ориентационное), превентивно-психологическое, культурологическое и т.п., характеризуют внешнее (неюридическое) функционирование правовой системы как системы открытой, взаимодействующей с другими социальными системами. «Право, – отмечал еще Л. Петражицкий, – есть психический фактор общественной жизни, и оно действует психически. Его действие состоит, во-первых, в возбуждении или подавлении мотивов к разным действиям и воздержаниям (мотивационное или импульсивное действие права), во-вторых, в укреплении и развитии одних склонностей и черт человеческого характера, в ослаблении и искоренении других, вообще в воспитании народной психики в соответствующем характеру и содержанию действующих правовых норм направлении (педагогическое действие права)»⁹. В современной литературе на данное направление правового воздействия также не-

⁶ См.: Демин А.В. Теория государства и права: Курс лекций. М., 2002. С. 149; Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. проф. М.М. Рассолова. М., 2004. С. 444.

⁷ См.: Комаров С.А. Общая теория государства и права. М., 1996. С. 286.

⁸ В философской литературе внутренне и внешнее функционирование различается применительно к человеческой деятельности, рассматриваемой как система (см.: Каган М.С. Человеческая деятельность: (Опыт системного анализа). М., 1974. С. 48–49).

⁹ Петражицкий Л.И. Психологическое введение в теорию права. М., 1908. С. 7.

изменно обращается внимание: «Правовое воздействие характеризует право в действии, все направления и формы влияния права на общественную жизнь, в том числе и на функционирование права в качестве духовного фактора»¹⁰. И хотя внешняя сторона функционирования правовой системы и собственно юридическое воздействие взаимопроникают, наибольший интерес представляет ее внутреннее функционирование, благодаря которому свободное осуществление субъектами правовой деятельности своей правовой власти, своих субъективных прав и юридических обязанностей, т.е. правореализация в рамках правоотношений способствует приведению в определенный порядок жизни гражданского общества как негосударственной ассоциации граждан. Точнее, внутреннее функционирование правовой системы общества не может быть ничем иным, кроме действия права в его высшей ступени – правореализации¹¹.

В юридической науке давно утверждалось, что реализация права – это часть, более высокая степень его действия¹². В последнее время в юридической литературе общепризнанным считается, что реализация права – важный элемент правовой системы, показывающий, в каких формах и какими средствами акты и нормы воплощаются в конкретных правовых отношениях субъектов¹³. Речь идет о конституировании правопорядка, поскольку для него, как известно, недостаточно простого наличия правовых норм. Суть правопорядка состоит в том, что на основе права складываются реальные общественные отношения. Исходя из этого можно определить место и роль правовой деятельности в правовой системе общества.

В ряду категорий, охватывающих системно-правовую сферу жизни, правовая деятельность как ее функционально-субстанциональная основа занимает достойное место. Рассматриваемая

¹⁰ Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 145.

¹¹ А.В. Поляков определяет действие права как его системное функционирование (см.: Поляков А.В. Общая теория права: Курс лекций. СПб., 2001. С. 431).

¹² См.: Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972. С. 171.

¹³ См.: Синюков В.Н., Григорьев Ф.А. Правовая система: Вопросы правореализации: Учеб. пособие. Саратов, 1995. С. 109.

сквозь призму функционирования правовой системы общества, т.е. в рамках действия права (в том числе и его высшей ступени – правореализации), категория «правовая деятельность» приобретает особое методологическое значение. Во многом благодаря правовой деятельности правовая система общества предстает как нормативно-деятельностная система, состоящая из взаимодействующих в ней субъектов, реализующих свои интересы социально приемлемым (правовым) способом бытия, целью которого является содействие благотворному развитию духовных, политических, экономических и социальных отношений.

Можно согласиться с Н.И. Матузовым, что правовое государство немислимо без высокоразвитой, демократической и четко работающей правовой системы, способной эффективно защищать интересы общества и его граждан. Но помимо охранительно-защитительной функции она призвана выполнять также многообразные регулятивно-организующие, стабилизирующие и стимулирующие задачи, связанные с обеспечением нормальной жизнедеятельности людей, развитием экономики, науки, культуры, образования, социальной сферы, реализацией прав и свобод личности¹⁴.

На наш взгляд, эти и многие другие направления осуществления правовой деятельности являются функциями правовой системы общества, причем функции системы есть интегрированный результат функционирования образующих ее компонентов. Именно так определяют функции социальных систем (как действия для достижения цели, как способ проявления активности и т.д.) в отечественной литературе¹⁵.

Вопрос о функциях правовой системы общества наиболее слабо исследован в юридической науке. Связано это с многообразием правовых систем (семей), отсутствием четкого представления об их разнообразных структурах и компонентах, отождествлением функций правовой системы общества с функциями права и право-

¹⁴ См.: Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2004. С. 103.

¹⁵ См.: Афанасьев В.Г. Общество: системность, познание и управление. М., 1981. С. 18, 26; Он же. Системность и общество. М., 1980. С. 35, 132; Протасов В.Н. Правоотношение как система. М., 1991. С. 28.

вого регулирования, неопределенностью самого термина «функция»¹⁶.

Характерная качественная определенность реализации норм права воплощается в том, что это *правомерно-поведенческий, деятельностный процесс*. Вокруг поведения, деятельности группируются социально-политические, идеологические, организационные и другие факторы реализации правовых норм, мотивы и личностные свойства ее участников. Через поведенческо-деятельную призму реализация норм права предстает со стороны ее внутреннего единства.

В механизм правореализации правовая деятельность входит двояким образом. Рассматриваемая в качестве одной из форм проявления субстанции правореализации, она предстает как деятельность *правомерная*. Если же подходить к ней с «механизменных» позиций, то ее следует выделять в качестве одного из элементов (рычагов) механизма правореализации – как деятельность *правореализующую*, в одном из двух функциональных предназначений:

как результат сообразования собственного волеизъявления с правовыми явлениями (с нормами, наличными субъективными правами и обязанностями – при саморегуляции, либо, кроме уже перечисленных правовых явлений, с актом правоприменения – при индивидуально-правовом регулировании);

как само индивидуально-правовое регулирование формирующегося правоотношения в целях творческой организации дальнейшего его осуществления.

С этой точки зрения характеристика правовой деятельности дополняется некоторыми факультативными признаками, которые обнаруживаются при ее анализе в контексте правореализации.

Правовая деятельность, рассматриваемая через призму юридического механизма правореализации, неизбежно осуществляется на том или ином уровне правореализационной деятельности, каждый из которых выполняет свою функциональную роль в правореализации, и эти роли неоднозначны. Конечно, в реальной действительности все правореализационные уровни сцеплены

¹⁶ См.: Каргашов В.Н. Теория правовой системы общества: Учеб. пособие: В 2 т. Т. 1. Ярославль. 2005. С. 68.

один с другим; многообразие правовых норм, обстоятельств, возникающих в ходе их воплощения в жизнь, порождает множество комбинационных построений, в которых одно звено правореализации нерасторжимо связано с другим, либо делает его возможным (невозможным) и т.д. Но уровневое описание правовой деятельности как правореализационной позволяет придать ее «плоской» общетеоретической модели объем, жизненность, расчленив ее содержание на пласты, показав их взаимосвязи, что приближает эту модель к реалиям сегодняшнего дня.

По мере внедрения в общественную жизнь общедозволительного типа правового регулирования под признаки правомерной деятельности должны подпадать не только соответствующие закону, но и любые другие, прямо им не запрещенные действия субъектов права, гарантированные государством. В современных условиях в рамках регулятивных правоотношений многообразие правовой жизни как юридически признанной свободы индивидов и их объединений расширяется и обогащается за счет многовариантности и неоднозначности всех незапрещенных действий, а также за счет тех волеизъявлений их субъектов, которые имеют общую положительную направленность на охраняемые государством интересы.

Правовая деятельность как деятельность правомерная – это совокупность всех тех действий и операций участников правоотношений, которые соответствуют праву и направлены на достижение обозначенных в нем целей. Исследование официальной судебной практики доказывает, что воля законодателя, выраженная официально в текстах нормативных правовых актов, не является единственным мерилom в поисках правового. Правовые нормы извлекаются из иных юридических источников (правовых обычаев, принципов права и др.).

*О.М. Мещерякова**

**НАЦИОНАЛЬНАЯ ИДЕНТИЧНОСТЬ И ПРАВОВАЯ
КУЛЬТУРА: ПРОБЛЕМА ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ
И ВЛИЯНИЯ НА НАЦИОНАЛЬНОЕ ПРАВО
КАК РЕГУЛЯТИВНУЮ СИСТЕМУ ОБЩЕСТВА**

На сегодняшний день такие понятия, как «национальная идентичность», «национально-культурные особенности» и другие связанные с ними вопросы, являются не только темой круглых столов и научных конференций, но и основными вопросами повестки дня законодательных органов различного уровня.

Если рассматривать проблему в комплексе, то возникает некая цепочка взаимовлияющих факторов, которые определяют характер правовых систем и права в целом. К важнейшим из таких факторов относятся национальная идентичность и политическая культура. Оба эти фактора, с одной стороны, и право, – с другой, находятся в тесной связи.

При изучении права основное внимание уделяется регулятивным началам в жизни общества. Регулятивные начала появились в ходе самоорганизации человечества. Можно выделить три основных способа регулирования – запрет, дозволение, позитивное обязывание.

Однако общесоциальное и регулирующее воздействие права тесно связано с таким понятием, как политическая культура, которая, в свою очередь, определяется национальной идентичностью. Частое употребление понятия «политическая культура» не способствует уточнению и прояснению его содержания. Понятие «политическая культура» используется как для описания поведенческих методов в отношении политики, так и для описания политических действий и мышления, которые считаются демократическими.

Таким образом, политическая культура – это воплощение демократического политического поведения.

Вместе с тем политическая культура не свободна от влияния со стороны государственной идеологии.

* **Мещерякова О.М.** – доктор юридических наук, профессор кафедры международного права Российского университета дружбы народов.

Политическая культура представляет собой совокупность политических установок и способов поведения, которые можно рассматривать в качестве консенсуса основных политических и экономических тенденций страны¹.

Доказательством этого тезиса может служить неоднозначность политической культуры Германии до и после воссоединения.

Политическая культура немцев, проживающих в Боннской республике (ФРГ) и в ГДР, несмотря на общую национальную идентичность, не была общей.

Если первые послевоенные годы характеризовались концентрацией сил на восстановлении экономики, а также интересом ликвидации нужды и обеспечения частной жизни, то в эру К. Аденауэра стала все сильнее проявляться тенденция к идентификации западногерманского населения с основными ценностями того политического и экономического строя, который ФРГ для себя создала.

В ГДР руководящая партия СЕПГ считала своей задачей средствами тоталитарного господства развивать ту политическую культуру, которая была заимствована из марксистско-ленинской идеологии и имела целью создание социалистического общества и соответствующей ему человеческой личности.

В данном случае традиционная немецкая лояльность государству, которая относится к основным характеристикам немецкой национальной идентичности, была перенесена на господство СЕПГ. Таким образом, немцы, несмотря на общую национальную идентичность, жили в условиях различной политической культуры.

Следовательно, регулятивное воздействие идеологии и права оказывает влияние и на политическую культуру, которая формируется под их воздействием.

С распадом политической системы ГДР политическая культура также проходит процесс изменения.

Однако это – длительный процесс, который не закончился и сегодня, поскольку восточные немцы в значительной степени отличаются от западных, они испытывают значительные трудности в адаптации не только к новой политической системе, но и к изменившимся условиям социальной жизни.

¹ Мещерякова О.М. Политическая культура Германии до и после // Социально-гуманитарное и политическое образование. <http://www.humanities.edu.ru/db/msg/45739>.

Тем не менее, как это ни парадоксально, политическая культура ГДР была больше связана с немецкой национальной идентичностью, с традициями, воспринятыми из германской истории. Общество ГДР в силу традиционной немецкой лояльности государству было, если можно так выразиться, более германским, чем общество модернизирующейся и подвергшейся американизации ФРГ.

Поэтому политическая культура и национальная идентичность тесно связаны, но они не могут быть свободны от регулятивного воздействия права и идеологии.

В этой связи возникает также вопрос о национально-цивилизационной идентичности.

Анализируя этот феномен, следует отметить, что цивилизационный аспект рассматриваемой проблемы характерен, прежде всего, для «незападных» обществ, в том числе и для Российской Федерации.

Принципиально важная политическая роль цивилизационной идентичности связана с тем, что в современных условиях для целого ряда обществ она является одним из ключевых факторов их политической интеграции, консолидации, политического развития и самоопределения.

В настоящее время можно говорить даже о концепции национально-цивилизационной идентичности.

В отличие от цивилизационной идентичности, определяемой принадлежностью индивида, этноса или нации к определенной локальной цивилизации, национальная идентичность сформировалась в период образования наций.

Национально-цивилизационная идентичность характеризуется определенной системой социо-культурных ценностей и норм поведения, которые отличают самовосприятие как индивидов, принадлежащих к той или иной национально-цивилизационной общности, так и восприятие ими определенных социо-культурных ценностей или демократических принципов защиты прав человека.

Так, например, «незападными» обществами крайне негативно воспринимается норма ст. 21 Хартии Европейского Союза об основных правах², согласно которой в Европейском Союзе запре-

² В ст. 21 Хартии Европейского Союза об основных правах перечисляются основания, по которым не может быть дискриминации.

щается дискриминация по признаку сексуальной ориентации³. Здесь можно говорить об общеевропейских принципах защиты прав человека.

Однако если речь идет о европейском интеграционном процессе, то разумеется, нельзя говорить ни о какой общеевропейской идентичности.

Любая такая попытка обречена на неудачу, так как национализм – это, с одной стороны, – обретение определенной этнокультурной общностью собственного политического статуса, а с другой, – один из принципов структурирования политического пространства.

Национализм направлен на защиту существующей идентичности, в то время как процесс наднациональной интеграции ставит статус этой идентичности под сомнение, что и является камнем преткновения в процессе объединения Европы. Именно поэтому националистическая активность превратилась сегодня в одну из существенных тенденций развития Европы.

Существенным обстоятельством, позволяющим говорить о новой фазе эволюции националистической активности в странах Европы, можно считать нарастание центробежных тенденций в регионах проживания коренных этнических групп.

Немаловажным фактором роста националистической активности стала иммиграция. Массовый приток в государства Европы выходцев из стран третьего мира вызвал социокультурный шок и спровоцировал националистическую реакцию на уровне государствообразующих этносов⁴.

Все эти тенденции наглядно показывают, что своеобразие стран и регионов, которые сложились исторически, должно быть сохранено как на государственном уровне, так и в рамках интеграционных сообществ.

Какова роль интеграционного процесса в эволюции националистической активности в Европе? Как влияет националистиче-

³ Хартия Европейского Союза об основных правах // Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора / отв. ред. С.Ю. Кашкин, М., 2011.

⁴ Подробнее см.: Baldwin-Edwards M., Schain M.A. The politics of immigration: Introduction // West-European politics. 1994 Vol. 17. № 2, P.7.

ская активность на формы и темпы европейской интеграции? Вот главные вопросы, требующие ответа в контексте проблемы национальной идентичности.

Следует отметить, что интеграционный фактор националистической мобилизации носит неоднозначный характер. Объектами воздействия здесь являются этнокультурные единицы как национально-государственного уровня, так и регионального уровня.

Таким образом, ключевой элемент проявления данного фактора – многоуровневый характер переживаемого Европой интеграционного процесса.

Одновременно со становлением наднационального уровня принятия решений идет процесс становления субнациональной единицы – региона, являющегося в соответствии с одной из существующих интеграционных концепций важным структурным компонентом европейской интеграционной модели.

Тем не менее, несмотря на создание в 1975 г. Комитета регионов, «Европы регионов» не существует. Открытие некоторыми регионами своих бюро экономического представительства в Брюсселе с целью обеспечения продвижения своих интересов вне обычных каналов способствовало распространению идеи европейского строительства на двух уровнях.

Однако чаще всего эти инициативы принадлежат сильным в экономическом отношении регионам, занимающим привилегированное положение даже в рамках своих национальных государств.

Так, например, Каталония, сумевшая наладить межправительственное сотрудничество с Баден-Вюртембергом, Ломбардией, Роной-Альпами, стремилась обеспечить доступ своим инвестициям на внутренний европейский рынок⁵.

Разумеется, сегодня экономическая жизнь вышла за рамки национального государства, ее ареной является весь мир.

Однако политическая, культурная и социальная жизнь по-прежнему разворачивается в национальных рамках: нация незаменима как средоточие политических решений и культурной деятельности.

⁵ Подробнее см.: Baldwin-Edwards M., Schain M.A. The politics of immigration: Introduction // West-European politics. 1994 Vol. 17. № 2. P. 17.

Культура связана с идентичностью каждой нации, с ее исторической памятью. Поэтому интеграция не должна представлять угрозу для национальной идентичности и разрушать национальную идею.

Таким образом, единой, общеевропейской идентичности не существует. Однако если речь идет о диалоге «Запада» и «Востока», то, безусловно, обычно говорят о «европейской демократии», «европейских ценностях», «европейской культуре», т.е. о цивилизационном аспекте в целом.

*Е.А. Юртаева**

ПРАВО И ОБЩЕСТВО: О СРЕДСТВАХ, МЕХАНИЗМАХ И ПОТЕНЦИАЛЕ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ

Развитие общества – этот объективно-субъективный процесс политической и социально-экономической эволюции – неизменно влечет за собой постановку и решение новых задач. Для развития российского общества такой актуальной в настоящее время задачей, по-видимому, следует считать необходимость налаживания взаимопонимания между обществом, с одной стороны, и органами государственной власти как производителями позитивного права, законодательства – с другой. Постановка такой задачи, в частности, диктуется тем, что сложившиеся в стране общественные отношения все больше характеризуются отсутствием стабильных каналов взаимодействия органов власти и общественных институтов, неразвитостью последних вследствие правовых препятствий для их функционирования.

Между тем взаимодействие общественных институтов с органами государственной власти или местного самоуправления, их участие в выработке государственных решений по важнейшим социальным, экономическим и иным общественно значимым вопросам видится чрезвычайно важным. Для активизации различных

* Юртаева Е.А. – кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

секторов общества (бизнеса, общественных объединений, некоммерческих организаций и др.) можно предложить некие универсальные инструменты, которые помогут реализовать их потенциал.

Для первичной оценки взаимоотношений общества и права не мешает понять, кто в этих отношениях выступает субъектом и что есть объект. Несмотря на то, что в конституциях, пожалуй, всех государств зафиксирован главный деятель государства («Мы, народ» – этими словами начинаются тексты основных законов в большинстве государств, что дает основания считать, что субъектом права в государстве является народ), исследователи-конституционалисты находят немало различий в том, что понимается под интересами общества и каковы задачи, которые решает государство посредством правового регулирования. Поскольку значимые правовые решения принимают органы государства, даже учитывая порядок их формирования, следует констатировать, что субъектом во взаимоотношениях общества и права выступает не народ, не общество. Что тогда выступает как объект? Принимаемые правовые решения показывают, что в поле зрения органов государственной власти – целые области управления (экономика, социальная сфера, правоохранение и др.) и много частных вопросов. Но даже при беглом обзоре всего многообразия актов государственного регулирования, судя по тому, каковы предметы этих правовых решений, можно судить, что государственные органы не имеют целостного представления об управлении обществом как объекте своей деятельности, не сформировано должное понимание принципов и закономерностей его функционирования.

Общество в структуре взаимодействия с правом выступает в разных ипостасях. Общественные институты – это довольно разнохарактерный конгломерат участников социального процесса. Говорить о них в целом довольно затруднительно. Из числа наиболее законодательно оформленных и формализованных с институциональной точки зрения общественных структур можно выделить, например, общественные палаты, разнообразные общественные комиссии или советы, некоммерческие организации.

Как показывает опыт, их потенциал и возможности довольно ограничены. *Общественные палаты* формируются управляемо, их главы назначаются, а члены (о чем свидетельствует практика, особенно в субъектах РФ) часто выступают только как носители ста-

туса, а их деятельность не всегда соответствует запросам общества.

Деятельность *общественных наблюдательных комиссий* в силу их специальной области деятельности существенно сдерживается государством, что подчас приводит к приостановке их работы и как следствие – к выходу из состава комиссий инициативных граждан.

Общественные советы (или консультативные советы) создаются и действуют практически при всех министерствах и ведомствах; в ряде случаев они работают, но нередко они существуют формально. Примерно так же можно оценить деятельность *попечительских, наблюдательных или экспертных советов* при местных органах власти; похожим образом проявляет себя и процедура проведения общественных (публичных) слушаний, которая используется выборочно как тематически, так и по территориям использования.

Некоммерческие организации (НКО) в настоящее время немногочисленны, а на их работе сказывается недостаточность материальных ресурсов. Из общего количества зарегистрированных НКО работают не больше 10%, из которых видимый результат имеется от деятельности не более 3–5%; вовлеченность граждан в сферу НКО как в трудовую деятельность также мала (около 1,1% экономически активного населения)¹. При этом заметим, некоторые области социальной жизни удается поддерживать «на плаву» именно или только благодаря деятельности НКО (например, массовый спорт, физкультура и здоровый образ жизни являются исключительной заботой общества, поскольку государство из этой сферы практически ушло, сосредоточившись на профессиональном спорте).

Наряду с институализированными формами общество проявляет себя и неформально. К примеру, представляется заметной общественной инициативой *движение наблюдателей* в избирательном процессе. Эта инициатива активно развивается с конца

¹ См.: Мерсиянова И.В., Якобсон Л.И. Негосударственные некоммерческие организации: институциональная среда и эффективность деятельности. М., 2007. С. 13, 23–27; Некоммерческие организации Москвы «цифры и факты»: аналитический обзор. М., 2011. С. 13 и сл.

2011 г., и служит явным показателем увеличения влияния граждан и общества на социальную жизнь. Однако независимые наблюдатели, как правило, не рассматриваются в качестве полноценных участников диалога в избирательном процессе, равных, например, членам избирательных комиссий, хотя они не менее заинтересованы в обеспечении честной и открытой избирательной процедуры.

Относительно новый институт общественной активности – это *социальные сети*. Бесспорной оказалась их польза для обнаружения и общественного «преследования» асоциальных проявлений, получивших немалый резонанс (например, вскрытие фактов коррупции и иной негативной практики посредством интернет-сайтов *gulagu.net*, *РосПил* и др.). Несмотря на этические особенности проявлений электронной культуры², немалым видится потенциал электронной коммуникации в реализации иных (позитивных) инициатив; социальные сети в качестве общественного института обеспечивают поддержку гражданских проектов, например, правотворческих (точнее – правоинициатирующих), чему, надо заметить, не способствует отсутствие соответствующей правовой базы³.

Бизнес как участник взаимодействия общества и права, конечно, является заметным игроком. Реально общественно-инициативным можно считать мелкий бизнес; крупный бизнес, как правило, не поддерживает общественные инициативы, поскольку его участие в качестве «донора» в отсутствие правовых гарантий защиты позитивной гражданской активности связано с рисками для безопасности ведения бизнеса, вплоть до риска его прекращения.

Общую оценку общественных институтов через призму их правового сопровождения государством можно сформулировать как недостаточно эффективное. Причин для такой оценки немало, но главная состоит в том, что, несмотря на то, что государством (в том числе посредством закрепления в правовых актах) деклари-

² См.: Баева Л.В. Электронная культура: опыт философского анализа // Вопросы философии. 2013. № 5. С. 78, 81–82.

³ Наличие отдельных актов проблему до конца не решает. См., напр.: указ Президента Российской Федерации от 7 мая 2012 г. № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления» // СЗ РФ. 2012. № 19. Ст. 2338.

руется поддержка общественных инициатив, потенциал самоорганизации и самореализации граждан пока учитывается недостаточно. Отдельные успешные примеры самоорганизации общества через добровольчество, работу в некоммерческом секторе, создание малых социальных предприятий, участие в местном самоуправлении и благотворительности, которые нуждаются в поддержке, популяризации, продвижении со стороны государства, подчас государством, наоборот, сдерживаются.

Говоря о потенциале взаимодействия общества и права в общетеоретическом плане, можно обозначить круг проблем, которые нуждаются в особом внимании при создании условий для реализации этого потенциала, в том числе посредством права и его регулирующих механизмов.

Во-первых, это выяснение цели существования и направления движения современного российского государства: оно ориентировано на развитие или имеет иные цели? Развитие предполагает задействованность всего арсенала средств – не только политических, правовых, но и общественных.

Из этой глобальной вытекает другая тоже общая, но более конкретная проблема. Это проблема социального целеполагания. Формирование и провозглашение государством социального курса необходимо рассматривать как важнейшую его функцию: общество не может и не должно развиваться без публично заявленных целей своего развития, без обнародования важнейших общественных ценностных ориентаций. Несмотря на наличие в стране долгосрочных стратегических планов развития⁴, проблемы ориентирования общества они не решают.

Во-вторых, видится необходимой ревизия тенденции развития государства в направлении монополизации власти. В обществе, ограниченном в инициативе и активной деятельности, формируется восприятие властеотношений как, с одной стороны, единой функционирующей бюрократической когорты, которую воплоща-

⁴ Такова, например, концепция долгосрочного развития РФ, утвержденная распоряжением Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2008. № 47. Ст. 5489.

ют государственные органы, и, с другой стороны, подчиненных этой власти – граждан. Следствием становится укрепляющаяся в обществе мысль о том, что государственное управление функционирует главным образом в частных, но не в общественных («гражданских») интересах. Но для позитивного развития общества необходима иная корреляция: граждане, будучи плательщиками («налогоплательщиками»), являются заказчиками, а государство – это исполнитель.

В-третьих, сохраняет актуальность определение фактического соотношения между обществом и государством. Неясность целей деятельности государства и производимого им законодательства продуцируют недостаточно ясные социальные ожидания. Кроме того, нет понимания и в их желательной соотносимости: взаимоотношения общественных институтов и институтов государства – это взаимоотношения частей в интересах общего или иное⁵. Взгляд на общество как функциональную подсистему с собственными перспективами развития⁶, которое выполняет компенсирующую задачу в социальной жизни, более предпочтителен, чем восприятие его как подопечного государства.

В-четвертых, традиционную оценку модели взаимоотношения государства и общества в отечественной политической системе как патерналистской, по-видимому, есть основания подвергнуть сомнению. Применительно к России утверждение об инфантильном обществе опровергается современным опытом. Фактические примеры свидетельствуют об ином: общество готово участвовать в решении важных государственных вопросов – инициативно, активно, результативно, ответственно. Однако юридические условия, которые позволяли бы обществу (общественным институтам) делать это конструктивно, как равноценные партнеры государства, недостаточны.

Нормативные условия для выстраивания отношений взаимодействия институтов общества и органов государства через посредство права в целом имеются (например, они созданы законами об общественных объединениях, о госпоставках, об общественной

⁵ См.: Политическая социология / Под ред. Ж.Т. Тощенко. М., 2012. С. 334.

⁶ См.: Бехманн Г. Современное общество. М., 2010. С. 98.

палате и др.). Однако имеются сферы, где отсутствие законов препятствует реализации гражданами и общественными институтами их конституционно-правовых прерогатив (например, есть потребность в урегулировании вопросов общественной экспертизы проектов нормативных правовых актов, участия общественности в инициировании, обсуждении или принятии нормативных правовых актов). Видятся необходимыми, кроме того, меры (законодательные – в том числе или даже в первую очередь) по эффективной защите граждан, осуществляющих общественный контроль, включая введение ответственности за воспрепятствование законной деятельности граждан, вовлеченных в осуществление контроля.

В целом без поддержки государства развитие общественных институтов существенно замедляется; без правовой, налоговой и других мер поддержки рост общественной активности еще более затруднен. Как показывает опыт, основные правовые проблемы развития общества порождены противоречивым развитием политико-социальных практик и обеспечивающего их законодательства. Необходимо, кроме того, и единообразное понимание важнейшей правовой оценки деятельности общественных институтов и инициатив – их законности. Если исходить из целей, задач, условий, а также конституционно-правовых положений, законность формальных или неформальных институтов общества должна определяться тем, чем они занимаются, а не тем, кого они представляют: только деятельностью должна определяться сущность и социальная роль общества и его институтов⁷. Необходимо понимать, что не вполне удовлетворительное состояние законодательства и особенности отечественного правоприменения – это одно из тех условий, которое сдерживает или препятствует развитию общества в позитивных правовых рамках.

⁷ См.: Козырев Г.И. Политическая социология. М., 2013. С. 253–269.

*Н.В. Варламова**

СОЦИАЛЬНАЯ ЛЕГИТИМНОСТЬ КАК ПРЕДЕЛЬНОЕ ОСНОВАНИЕ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ПРАВОПОРЯДКА

Проблема действительности права (как отдельных норм, так и правопорядка в целом) в XX в. была едва ли не главной из обсуждаемых теоретиками (прежде всего – в рамках юридического позитивизма)¹. Однако все попытки построения модели правопорядка как упорядоченной системы принудительно обеспечиваемых правил поведения сталкивались с проблемой бесконечного регресса санкций (*regressus in infinitum*), когда обязательность *n*-ной нормы обеспечивается *n+1*-нормой, предусматривающей применение санкции в случае ее нарушения, что, в свою очередь, требует наличия *n+2*-нормы, устанавливающей санкцию за нарушение правила, выраженного в *n+1*-норме, и так до бесконечности. Аналогичные проблемы возникают и с установлением действительности *n*-ной нормы, когда она увязывается с ее созданием в порядке, установленном *n+1*-нормой, и так далее опять-таки до бесконечности. На эту логическую безысходность обращали внимание многие теоретики (в России одними из первых – Б.Н. Чичерин² и Л.И. Петражицкий³).

Все попытки выхода из тупика путем разнообразных логических ухищрений⁴ привели лишь к «замораживанию» проблемы,

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

¹ См., например: Тимошина Е.В. Концепция нормативности Л.И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. 2011. № 5. С. 46–71.

² См.: Чичерин Б.Н. Общее государственное право. М., 2006. С. 32.

³ Петражицкий Л.И. Очерки философии права // Петражицкий Л.И. Теория и политика права. Избр. тр. / Под ред. Е.В. Тимошиной. СПб., 2010. С. 283–284, 288–289.

⁴ Например, «разведение» проблем действительности правовых норм и их принудительного исполнения Г. Кельзеном (См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сборник переводов. Вып. 1. М., 1987. С. 40) или самореферентные правила (self-referring rules) Г. Харта (См.: Hart H.L.A. Self-

что равнозначно имплицитному признанию ее нерешаемости. Причина этого кроется в том, что право (правопорядок) в этих теоретических построениях рассматривается исключительно как мир должного (система требований должного поведения) и объясняется «из самого себя», сугубо нормологически, без обращения к сфере сущего.

Формально-логическая невозможность вывода нормативного суждения (требования должного) из фактической посылки, равно как и формулирования утверждений о фактическом состоянии (сущем) на основании имеющихся нормативных предписаний (установленных требований должного), сомнения не вызывает⁵. Однако невозможность простого логического перехода от нормативных суждений к фактическим не исключает сложной диалектической связи между сущим и должным. Нормативность любого социального регулятора и права в том числе следует понимать как совокупность требований должного, обусловленных сущим и легитимированных им.

Все известные трактовки права явно (социологические учения) или имплицитно (легизм) вынуждены учитывать взаимообусловленность должного и сущего, и конечные основания действительности правопорядка, как правило, оказываются метаюридическими⁶. Они обычно ищутся в сфере фактического (например, эмпирическая интерпретация государственной власти в духе конст-

referring Laws // Hart H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York. 1983. P. 170–178).

⁵ Этот логический постулат известен как закон Юма, хотя существуют различные интерпретации соответствующего фрагмента из его «Трактата о человеческой природе» (См.: Юм Д. *Трактат о человеческой природе* / Юм Д. Соч. в 2 т. Т. 1. М., 1996. С. 510–511; Финнис Дж. *Естественное право и естественные права*. М., 2012. С. 60–67).

⁶ Р. Алекси, разделяя все позитивистские понятия права на две группы: те, в основе лежит социальная действительность права, и те, которые основаны на его надлежащем установлении, специально оговаривается, что каждый из указанных элементов в понятиях той или иной группы является именно основным, т.е. другой элемент не исключается полностью (См.: Алекси Р. *Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму)*. М., 2011. С. 16).

рукции суверена Дж. Остина⁷, которую развивали Г.Ф. Шершеневич и марксистско-ленинская теория права, действительность нормы как условие ее действительности у Г. Кельзена⁸, окончательное правило признания Г. Харта⁹, этические эмоции Л.И. Петражицкого¹⁰, социальная общность в которой «процессы конституирования посредством права и создания права совпадают»¹¹ Г.Д. Гурвича) или метафизического (естественный закон как основание правопорядка, идея которого восходит к Дж. Локку¹² и И. Канту¹³). Общую идею, а пожалуй, и результат таких поисков выразил А. Росс: «Обязанность перед системой не может проистекать из самой этой системы, но должна следовать из правил или принципов, находящихся за рамками системы»¹⁴.

Представляется, что искать основания действительности правопорядка надо в сфере фактического, акцентируя взаимообусловленность сущего и должного. Любая система требований должного призвана конституировать и обеспечивать определенное состояние сущего, будучи, в свою очередь, содержательно зависимой от его природы. Наиболее очевидна эта зависимость требований должного от состояния сущего в так называемых технических нормах – правилах взаимодействия человека с искусственными или природными объектами. Обеспечивающие их санкции всегда носят, если можно так выразиться, предельный характер. Наруше-

⁷ См.: Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. 5th ed. Vol. 1. Landon. 1885. P. 220–224.

⁸ См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 21–22; Вып. 2. М., 1988. С. 89–93.

⁹ См.: Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007. С. 104–121.

¹⁰ См.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.

¹¹ Гурвич Г.Д. Идея социального права // Гурвич Г.Д. Философия и социология права. Избр. соч. СПб., 2004. С. 147.

¹² См.: Локк Дж. Опыты о законе природе // Локк Дж. Соч. В 3 т. Т. 3. М., 1988. С. 8.

¹³ См.: Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. М., 1965. С. 133.

¹⁴ Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Российский ежегодник теории права / Под ред. А.В. Полякова. № 2. 2009. С. 464.

ние установленного порядка взаимодействия (само по себе возможное) автоматически влечет за собой уничтожение субъекта или объекта либо исключает само взаимодействие. Технические нормы не требуют искусственного (специально социально организованного) обеспечения (принуждения к исполнению). Обеспечивающая их предельная санкция из мира сущего, а не из мира волеустановленного должного; она является собой естественную и неизбежную реакцию сущего на нарушение объективно необходимых правил взаимодействия с ним.

В определенном смысле аналогичны техническим нормам мононормы первобытного общества, которые во многом были еще не социальными нормами в собственном смысле слова, а естественными правилами взаимодействия человека с живой и неживой природой и себе подобными. За любое отступление от «установленного порядка» с неотвратимостью мстила сама природа.

Первым проявлением «социализации» мононорм первобытного общества стала их сакрализация, свидетельствующая о том, что они утратили качество самоисполнимости, и для их поддержания уже необходимо специальное социально организованное принуждение. Примитивные языческие верования и явились таким первым собственно социальным способом обеспечения порядка. Предельная санкция в виде вымирания рода при его нарушении не исчезла, она просто приобрела, так сказать, отложенный характер, что и вызвало необходимость собственно социальных (снабженных социально организованными санкциями) норм, призванных не допустить реализации предельной санкции.

Именно предельная санкция, понимаемая как выход за рамки данного нормативного порядка, разрушение его, и есть то, что, в конечном счете, обеспечивает его обязательность. Она принадлежит миру сущего, демонстрируя взаимосвязь сущего и должного: требования должного установлены для обеспечения определенного состояния сущего, которое с тех или иных позиций легитимировано как должное. «Отложенность», не автоматичность, но, в конечном счете, неизбежность предельной санкции делает необходимой систему искусственных (социально организованных) санкций, чтобы ее избежать, предотвратить разрушение установленного нормативного порядка.

Ш.Л. Монтескье, обосновывая необходимость разделения властей в государстве, писал, что иначе «свободы не будет»¹⁵, определяя таким образом предельную санкцию (разрушение правопорядка, гарантирующего свободу в обществе), которая призвана удерживать все ветви власти от выхода за пределы своих полномочий. Но «свободы не будет» не сразу и не автоматически при осуществлении каким-либо из государственных органов не свойственных ему функций, отсюда – необходимость целого комплекса специальных норм, снабженных собственно юридическими санкциями (в данном случае – известных как система сдержек и противовесов).

Предельная санкция предопределяет предельное основание действительности правопорядка. В конечном счете, основанием действительности всей нормативной системы является ее легитимность – признание значимости данного порядка¹⁶ и стремление избежать предельной санкции. Таким образом, предельная санкция и конечное основание действительности правопорядка взаимосвязаны и демонстрируют неизбежный «выход» системы права в мир сущего, что лишний раз подтверждает социальность (социальную обусловленность) права.

Легитимация нормативного порядка – это процедура его объяснения и оправдания (с точки зрения нормативного порядка более высокого уровня), обеспечивающая согласие подчиняться ему (в том числе согласие претерпевать реализуемые в его рамках меры принуждения). Ценности высшего уровня, на основании которых легитимируется нормативный порядок, могут быть разными. В зависимости от того, какие из них признаются надлежащими (собственно правовыми), и формируются различные концепции права. Признание самоценности порядка (любого по содержанию образующих его норм) в его противоположности хаосу лежит в основе нормологических интерпретаций права (легистского неопозитивизма Г. Кельзена и Г. Харта), абсолютизация ценности нормоустанавливающей инстанции ведет к классическому легизму (таковой здесь будет государство, суверен), социологическому

¹⁵ Монтескье Ш.Л. О духе законов. М., 1999. С. 138–139.

¹⁶ См.: Вебер М. Основные социологические понятия // Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 636.

позитивизму (определенный социум), теологическим вариантам естественно-правовой школы (Бог). Содержательное определение ценностей, на обеспечение которых должен быть направлен порядок, присуще этическим трактовкам права (те или иные нравственные принципы) и либертарной концепции (индивидуальная свобода и формальное равенство в свободе).

При этом во всех аксиологических интерпретациях права имплицитно присутствует ценность порядка как такового (упорядоченности, определенности социального взаимодействия) и, более того, она является интенционно первичной. Неслучайно правовая определенность – важнейший принцип права. Все иные ценности либо абсолютизируют субъекта, обеспечивающего установление и поддержание порядка (суверен, социум, Бог), либо выражают притязание на определенное качество порядка (справедливость, свобода).

Отдельные правовые нормы обеспечиваются не предельной санкцией (угрозой разрушения легитимного правопорядка), а волеустановленными, и их действительность требует обоснования в рамках данного нормативного порядка, т.е. посредством логических операций с установленными правилами должного поведения.

Если легитимность правопорядка преимущественно базируется на ценностях, воплощающих требования к его содержанию, то проблема действительности образующих правопорядок норм существенно усложняется. Одних формальных оснований (установление надлежащей инстанции в надлежащем порядке) оказывается недостаточно. Установленные правила должны содержательно соответствовать (по меньшей мере – не противоречить) ценностям, лежащим в основе легитимации порядка. Возникающие при этом трудности разноплановы и до конца непреодолимы. Возможно, поэтому позитивизм и остается господствующим направлением правовой мысли.

Во-первых, сама легитимация порядка на основе содержательной ценности достаточно проблематична, особенно в современных социально неоднородных, мультикультурных, многоконфессиональных обществах. Во-вторых, большинство легитимирующих ценностей (этических принципов) неоперациональны, т.е. не могут быть развернуты в систему правил поведения, однозначно следующих из того или иного принципа (ценности), являющих-

ся их конкретизацией. Неслучайно представители естественно-правовой школы обычно придерживаются слабой (мягкой) модели этической действительности права, восходящей к знаменитой формуле Г. Радбруха¹⁷. Такова, например, позиция Р. Алекси в рамках его версии инклюзивного (мягкого) непозитивизма¹⁸. По мнению Р. Алекси, «только случаи крайней несправедливости в силу их относительно четкой распознаваемости могут перевесить аргумент правовой определенности и стабильности»¹⁹; «просто несправедливая норма может быть юридически действительной»²⁰. Причем критерий крайней несправедливости применим только по отношению к отдельным нормам правовой системы, а не к правопорядку в целом²¹.

Наконец, в третьих возможен конфликт между самими материальными основаниями действительности норм. Справедливость находит свою конкретизацию в совокупности различных моральных требований (принципов), которые могут вступать в противоречие друг с другом²². Разрешение такого конфликта происходит путем сопоставления значимости каждого из пришедших в столкновение принципов (их «взвешивания»), а фактически (несмотря на сложные математизированные построения «формулы веса» Р. Алекси²³ или конструкцию Геркулеса Р. Дворкина²⁴) отнесено на усмотрение правоприменителя.

¹⁷ Когда действующее позитивное право оказывается столь вопиющим образом несовместимо со справедливостью, что полностью отрицает ее, оно как неправовое по своей природе не должно применяться, «ибо право, включая и позитивное, нельзя определить иначе, чем порядок и совокупность законов (Satzung), призванных по сути своей служить справедливости» (Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 234).

¹⁸ См.: Алекси Р. Дуальная природа права // Российский ежегодник теории права / Под ред. Полякова А.В. № 2. 2009. СПб., 2011. С. 19–33.

¹⁹ Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). С. 82.

²⁰ Там же. С. 115.

²¹ Там же. С. 83.

²² См.: Алекси Р. Дуальная природа права. С. 27; Alexy R. A Theory of Constitution Rights. Oxford, 2002. P. 44–110.

²³ См.: Алекси Р. Формула веса // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010 / Под ред. А.В. Полякова. СПб., 2011. С. 208–228.

²⁴ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004.

Представляется, что трудности обоснования действительности норм при содержательной легитимации правопорядка минимизируются в рамках либертарной концепции права. Сама ценность индивидуальной свободы может оказаться наиболее приемлемым основанием легитимации, поскольку в силу своей формальности допускает (и гарантирует) возможность для отдельных лиц и групп ориентироваться и на другие ценностные системы. Формальные и материальные основания действительности норм в данном случае не находятся в противоречии, ибо базируются на общем принципе формального равенства как равенства в свободе, равной меры взаимного признания свободы друг друга участниками правового общения, а значит и ее соразмерного ограничения. Принцип формального равенства операционален; применительно к той или иной ситуации (отношению) он может быть конкретизирован и «развернут» в непротиворечивую систему формально определенных правил поведения – правовых норм (позитивного права). На его основе могут быть идентифицированы в качестве правовых или неправовых как отдельные нормы, так нормативные порядки в целом.

Отсутствие у нормы формального основания действительности определяется достаточно просто и однозначно, так как это увязывается с нарушением конкретных норм, предписывающих порядок ее установления. С материальными основаниями действительности дело обстоит сложнее, ибо они проистекают не из норм, а из принципов, которые, в свою очередь, не предписывают определенное решение, а только склоняют к нему²⁵. Принцип «формулирует основание для рассуждения в определенном направлении, но не диктует конкретного решения»²⁶. Поэтому нарушение материальных оснований действительности всегда представляет собой дискуссионную проблему, и здесь можно говорить лишь о том, насколько определяющие их принципы ограничивают судебское усмотрение. Представляется, что принцип формального равенства в силу своей операциональности лучше справляется и с этой задачей.

²⁵ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. С. 63.

²⁶ Там же. С. 50.

*Е.Г. Лукьянова**

КОНЦЕПЦИИ ЗАКОНА И ОБЩЕСТВЕННОЕ РАЗВИТИЕ

Существующие в арсенале политико-правовой мысли воззрения на закон сводятся в две теории: материальную и формальную. Последняя, сложившаяся на рубеже XX в., является господствующей в отечественном правоведении, суть ее в игнорировании сущностных и содержательных аспектов закона.

Наиболее показательна формальная концепция закона может быть проиллюстрирована словами В.В. Ивановского, который в конце XIX в. писал: «Содержание закона или его материальная сторона для сущности закона не имеет значения и потому может быть разнообразного характера. Сказать, что закон должен иметь какое-либо *определенное* содержание, что он должен, напр., устанавливать или регулировать правоотношения, это значит ставить государственную власть в известные пределы, приурочивать выражение государственной воли к определенным предметам, ограничивать, следовательно, государственный суверенитет и впадать, таким образом, в логическое противоречие»¹. Закон есть выражение государственной воли, резюмирует автор².

В логике формальной концепции – провозглашение полной свободы и неограниченности законодательной власти в деле законотворчества, отрицание возможности судебного контроля законов на предмет их конституционности: за основными законами отрицается правовой характер, например у Г.Ф. Шершеневича и В.В. Ивановского. Обязательность законов по формальной теории обеспечивается принудительной силой государства.

* Лукьянова Е.Г. – кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник сектора теории права и государства Института государства и права Российской академии наук.

¹ Ивановский В.В. Новые учения о законе // «Юридическая летопись». Ежемесячный журнал (под ред. Н.Д. Сергеевского). 1892. Т. 10. С. 211, 213; Ивановский В.В. Учебник государственного права. Казань. 1909. С. 132.

² См.: Ивановский В.В. Указ. соч. С. 211.

В рамках формальной концепции складывается конституционное понимание закона как акта высшей юридической силы, принятого высшим органом государства (органом народного представительства) в заранее установленном порядке и определенной форме.

Несмотря на тот факт, что конституционалистами руководили довольно прогрессивные намерения, а именно стремление ограничить исполнительную власть, поставить ее под контроль законодательного учреждения и тем самым обеспечить правовой характер государственности, они внесли большой вклад в обоснование и утверждение формальной, а впоследствии волюнтаристской теории закона.

Но существа формальной концепции конституционное понимание закона не меняет. Формальная трактовка закона является непоследовательной, неизбежно эволюционируя в волюнтаристскую, что наиболее показательно иллюстрируется советской юридической наукой, характеризующей закон как выражение «воли (произвола) господствующего класса», «воли (произвола) народа», «государственной воли общества», которые на деле сводятся к воле лиц, осуществляющих функции законодательства.

Яркой чертой формальной теории закона выступает его апологетика. Закон рассматривается как практически единственная форма права, все положительное право сводится к законодательству, закон признается высшей и наиболее совершенной формой права, орудием прогресса, имеющим воспитательное значение. «Высшая форма права – закон, – пишет В.Ф. Залеский, – отличается безусловной принудительностью (исключая случаев фактической невозможности принуждения и технического несовершенства его организаций); ясностью, точностью и определенностью своих требований; наивысшей степенью целесообразности, какую только можно потребовать от цвета интеллигенции данного народа; и высшей степенью прогрессивности, так как эта форма права не только может быстро изменять свое содержание соответственно изменяющимся требованиям жизни, но и оказывает во многих случаях несомненно благотворное влияние на общество, имеет воспитательное значение, является орудием прогресса как приспособ-

собление общества к внешним условиям жизни»³. XX век в полной мере покажет все возможности и преимущества закона как высшей и наиболее прогрессивной формы для выражения произвола.

Причины апологетики закона, как и формализации его понятия, в значительной мере лежат в плоскости интересов государственной власти. Это со всей определенностью не понимали русские конституционалисты, отстаивавшие формальное понимание закона, воодушевленные проведением в жизнь принципа господства права. И со всей определенностью понимал в начале XX в. Ю.С. Гамбаров, который писал, что учение о всеилии закона, т.е. о единоличном его господстве в праве, было порождено немецким государственным абсолютизмом в XIX в., в период его упадка, раз именно тогда ему потребовалось поставить себе на службу юриспруденцию, породив тем самым формально-догматическую методологию. Позже представление о законе как единственном и наиболее эффективном источнике права было поддержано интересами нарождающегося полицейского или бюрократического государства, «с точки зрения которого всякое право есть только приказ государственной власти, обращенный к самой бюрократии для направления ее деятельности или в сущности – уполномочения ее на бесправие»⁴. Остается сделать вывод, что столь продолжительное господство формального понятия закона свидетельствует о все еще подчиненном положении юридической науки.

Однако в истории человечества и политико-правовой мысли, включая российскую, доминировали иные воззрения на закон – материальные, связанные с попытками очертить содержание закона и раскрыть его сущность. Закон в материальном понимании выступает формой или видом права, трактуемым абсолютно как самостоятельная и независимая сущность (истина), раскрывающаяся в виде справедливости, свободы и равенства, более конкретно: в виде правил, определяющих равную и справедливую меру свободы людей в обществе. Правила, определяющие равную и справедливую меру свободы лица в обществе, по существу своему могут иметь только общий характер. Отсюда общность закона как его материальный признак.

³ Залеский В.Ф. Власть и право. Философия объективного права. Казань. 1897. С. 293.

⁴ Гамбаров Ю.С. Задачи современного правоведения. СПб., 1907. С. 10.

Если акт, исходящий от государственной власти, содержит положения, не являющиеся правовыми, т.е. не относящиеся к праву или правонарушающие, то такой акт не может именоваться законом в данном законпонимании, а напротив, называется беззаконием. Принятие неправовых или незаконных актов обуславливает практические последствия особого рода – признание таких актов недействующими и не подлежащими применению, что, в свою очередь, требует формирования специального социально-правового института, называемого конституционной юстицией.

От иных форм или видов права закон в материальной концепции отличается характером своего образования: создание закона происходит целенаправленно, в относительно короткие сроки, специальными субъектами и на будущее.

Для того чтобы гарантировать правовой характер создаваемого акта, субъекты, процедура его создания обставляются рядом требований, которые могут быть относительно разными в разных странах и в разное время, но смысл их один – они выступают формальными гарантиями обеспечения правового характера акта, именуемого законом. Разработанные человечеством формальные гарантии обеспечения правового характера акта, получающего название «закон», выступают как формальные его признаки. Формальные признаки закона, как, впрочем, и форма любого явления, относительны, придание им абсолютного значения неправильно теоретически и практически нецелесообразно.

В вышеописанном понимании закон разрабатывается в рамках естественно-правовой теории. Например, ее рационалистическая версия (XVII–XVIII вв.) связывает понятие закона с естественными правами и свободами человека, закон воплощает их, защищает от посягательств свободу человека. А для русского законоведения характерно раскрытие содержания закона через понятие «правда», которое в русском языке означает одновременно истину и справедливость (равенство).

Власть верховная (законодательная), пишет М.М. Сперанский, посредством законов возвещает правду и долг ее в порядке общежительном⁵. Такую же мысль высказывает другой выдающийся русский законовед К.А. Неволин: «Закон по существу своему есть

⁵ См.: Сперанский М.М. Руководство к познанию законов. СПб., 2002. С. 53.

1) вообще правда <...> 2) определеннейший образ бытия правды в существах к ней способных, суть обязанности и права; почему обязанности и права составляют определеннейшее содержание закона. Для этого содержания закон 3) служит формой»⁶. Правда у Б.Н. Чичерина, раскрывающаяся через начало справедливости и равенства, – это разумное начало, которым руководствуется законодатель, разграничивая области свободы отдельных лиц⁷.

Смысл закона как одной и на определенном этапе развития общества наиболее совершенной формы права – обеспечить общественное признание права и противодействовать произволу. В силу ряда причин, лежащих как внутри теории естественного права, а в большей части вне ее, естественно-правовая теория, во второй половине XIX в., а несколько позднее материальная концепция закона подверглись острой критике. Возникает и распространяется позитивизм, объявляющий недоступными для понимания существенные аспекты явлений и фокусирующийся на познании внешних, формальных сторон явлений, а с ним и формальная теория закона. Но естественно-правовые идеи долгое время и довольно прочно интегрированы в позитивистские учения, подтверждением чему является признание многими позитивистами общего характера закона как его материального признака.

Развитие концепций закона, как и любых идей человечества, всегда и везде было связано с тенденциями общественного развития. Связь эта – не односторонняя обусловленность идей социально-политической ситуацией, а – циклическая детерминация. Не только идеи определяются действительностью, но и действительность определяется идеями. Прав был Б.Н. Чичерин: «История управляется идеями и объясняется только ими»⁸. Где сознание остановилось на известной точке, там и жизнь остается неподвижной⁹. Формальные теории, порождаемые в определенной мере политическим волюнтаризмом, и ведут к нему, оправдывая его в социально-политической практике и игнорируя материальные (объективные) аспекты закона, в конечном счете, обуславливают стаг-

⁶ Неволин К.А. Энциклопедия законовещения. СПб., 1997. С. 33.

⁷ См.: Чичерин Б.Н. Философия права. Избранные труды. СПб., 1998. С. 70.

⁸ Чичерин Б.Н. Наука и религия. М., 1999. С.146.

⁹ См.: Там же.

нацию общественного развития. Напротив, предъявляя определенные требования к содержанию закона, доктрина будет, несомненно, способствовать повышению правового качества законодательной деятельности и в какой-то мере изменению характера и направлений общественного развития.

М.Ю. Спири^{*}

СОЦИАЛЬНЫЕ ИСТОКИ И ИСТОЧНИКИ ПРАВА: УРОВНИ МНОЖЕСТВЕННОГО И ЕДИНИЧНОГО

Вопрос о соотношении истока и источника правового регулирования является в определенной степени вопросом о путях происхождения права и формах его выражения вовне как с позиции философии права, так и с точки зрения теоретической юриспруденции в целом.

Анализируя категории «исток права» и «источник права», необходимо разграничивать их логически и генетически. Социальные истоки (или факторы возникновения и развития) права носят внешний характер по отношению к праву как регулятивной системе. К их числу следует относить основания права: категории относительной свободы (меры свободы), социальной справедливости, формального равенства, обоснованного и разумного принуждения, стремления к социальному порядку (упорядоченности социальных отношений)¹. Очевидно, что эти категории не являются регулятивными, но носят глобальный устанавливающий характер в отношении всего права. Как пишет Т.В. Кашанина, в качестве истока права необходимо рассматривать объективную реальность как систему обстоятельств, обусловивших появление права и его действие². Однако в этом случае истоки права понимаются слишком широко:

^{*} **Спири** М.Ю. – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права; международного права юридического факультета Самарского государственного университета.

¹ См.: Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2008. С. 43–53.

² Кашанина Т.В. Структура права. М., 2013. С. 125.

фактически вся социальная реальность, окружавшая и окружающая человека, входит в состав данной категории. Как представляется, социальные истоки права необходимо ограничивать собственно регулятивной сферой общественной жизни; в этом случае к истокам права будут относиться лишь те элементы объективной реальности, которые детерминируют именно правовую систему, т.е. истоки права носят не умозрительный, но философско-правовой характер.

В отличие от социальных истоков источники права всегда являются внутренними и определяют саму сущностную природу процессов правового регулирования; они носят волевой характер, включены в состав механизма правового регулирования и являются важной частью предмета теоретической юриспруденции.

Сама система источников права представляет собой достаточно сложное структурное образование, для которого характерна своя иерархия и особенности генезиса. Приблизиться к познанию сущности права возможно лишь при условии достижения многостороннего, гармоничного представления об источниках права как о системе данных единиц, без сведения их видов к чисто механистическому перечислению нормативных правовых актов различной степени юридической силы. Таким образом, необходимо разграничивать две принципиально различные категории источников права: первичные (неформальные) и вторичные (производные или формально-юридические).

По мнению некоторых авторов, первичные источники права следует обозначать терминами «социальные истоки права», «корни права», «причины права» и, следовательно, выводить их за пределы предмета общей теории права как науки³. При этом часто возникает соблазн идти дальше и исключать эти категории также из предмета всей теоретической юриспруденции, что приводит к юспозитивистскому пониманию источника права как исключительно формально-юридического источника права (формы права) (в лучшем случае) либо как нормативного правового акта, обла-

³ См., например, характерную позицию А.В. Мицкевича: *Общая теория государства и права. Академический курс в 3 т. / Отв. ред. М.Н. Марченко. 3-е изд., перераб. и доп. Т. 2. М., 2010. С. 264–265.*

дающего регулятивными возможностями исключительно в силу наделения его ими органами государственной власти.

Как представляется, основная причина такого восприятия первичных источников права состоит в ненормативных способах их выражения, изучение и объяснение которых являет собой значительно большую сложность по сравнению с системой формальных (вторичных) источников права. В то же время, как справедливо указывал Н.Н. Алексеев, первичные источники права как «нормоустановительные факты» обладают фундаментальным, «материнским» значением по отношению к производным, формально-юридическим средствам выражения правовой информации («условным установлениям»)⁴.

Французские учёные П. Рубье и Ж.-Л. Бержель обозначили всю систему первичных источников права термином «содержательный источник права», который выступает объектом исследования философии права и социологии права (т.е., теоретической юриспруденции)⁵. Такой содержательный источник выступает одновременно источником права в материальном и идеологическом смыслах, «фактором, который влияет на формулирование правовых норм»⁶, составляющих систему объективного (в том числе позитивного) права. Похожие мысли высказывает сербский учёный Д. Митрович, разделяя материальные и ценностные источники права как разновидности т. н. «неправового» (общественного и ценностного) значения источника права. При характеристике материальных источников он обращает особое внимание на факторы создания права и на «чисто общественные источники» («чисто друштвени извори») биолого-общественных, экономических и политико-культурных норм. Ценностные источники права обозначаются как метаюридические или этические, как «природа вещей» в праве. При последующей характеристике таких источников Д. Митрович фактически размышляет об основаниях права⁷.

⁴ Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1998. С. 144–145, 155.

⁵ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Пер. с франц. М., 2000. С. 97.

⁶ Дробышевский С.А., Данцева Т. Н. Формальные источники права. М., 2011. С. 24.

⁷ Митрович Д.М. Теорија државе и права. Београд. 2010. С. 209–211.

Современные немецкие и швейцарские исследователи (Т. Бюлер, Р. Бауманн, Б. Рютерс) в похожем ключе рассуждают о трёх типах источника права:

1) *Rechtserzeugungsquelle* (социальный, «производящий» источник права, который охватывает как само социальное поведение лиц, так и представления этих лиц о таком поведении как о правильном либо неправильном, которые и определяют качества возникающего права);

2) *Rechtswertungsquelle* (ценностный источник права);

3) *Rechtserkenntnisquelle* (познавательный источник права как средство изучения норм позитивного права и реализации этих норм в общественных отношениях)⁸. Нетрудно заметить, что познавательный источник права здесь воспринимается в качестве «памятника права» или особой характеристики логики права.

Многие современные российские теоретики права аргументированно указывают как на сам факт существования, так и на необходимость исследования не только формально-юридических, но и первичных источников права. Так, в своей известной монографии М.Н. Марченко выделяет основные системные виды неформальных источников права: естественные, социальные, материальные и философские источники⁹. В.В. Оксамытный указывает на религиозно-духовные, материальные, идеальные, политические, исторические и познавательные первичные источники права¹⁰. В работе В.В. Лазарева, С.В. Липеня и А.Х. Саидова определяются материальный, социологический, идеологический, исторический и нормативный смыслы неформального источника права¹¹.

⁸ См.: Bühler Th. Rechtsquellentypen.-Zürich: Schulthess, 1980; Bühler Th. Rechtsquellenlehre.-Zürich: Schulthess, 1985. Bd. 3. Rechtserzeugung Rechtserfragung Legitimität der Rechtsquellen; 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. 6. überarb. Aufl. München. 2011.

⁹ Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 46–51.

¹⁰ Оксамытный В.В. Общая теория государства и права. М., 2011. С. 291–292.

¹¹ Лазарев В.В., Липень С.В., Саидов А.Х. Проблемы общей теории jus. М., 2012. С. 195–198.

Т.В. Кашанина, в свою очередь, справедливо указывает на то, что следует выводить факторы, влияющие на характер права (экономические, идеологические, политические), за пределы категории «формально-юридический источник права»¹².

Таким образом, выделяются два основных типа первичных источников права: социологический (материальный) и идеологический (ценностный или идеальный), которые в своей сумме определяют качество нормативной регуляции формально-юридических (вторичных) источников права.

Особенно следует отметить, что охарактеризованная система истоков права и первичных его источников располагается на двух уровнях правового регулирования, которые условно можно обозначить как «уровень множественного» и «уровень единичного». Неформальные истоки и источники права, находящиеся на «уровне множественного», используются для реализации абстрактной совокупности возможных актов социального поведения (особенно при определении родовой и видовой принадлежности этих планируемых актов). Истоки и источники права «уровня единичного» имеют принципиальное значение для объяснения характера и результатов правового регулирования индивидуальных (казуальных) отношений между конкретными лицами.

Достаточно характерным примером различного действия этих двух групп первичных источников права выступает ситуация имущественного отношения купли-продажи, урегулированная соответствующим договором. Здесь, с одной стороны, можно увидеть абстрактные («уровень множественного») группы неформальных источников права для всех потенциальных участников договорного отношения, а с другой стороны, для конкретных лиц, уже вступивших в данное единичное отношение в определенной точке времени и пространства, существуют свои, «уточненные» («уровень единичного») виды первичных источников права.

Здесь стоит согласиться с Ж. Дабэном в том, что «предназначение любого общего правила состоит в том, чтобы приобретать индивидуальные свойства, поскольку если оно имеет общий характер в части своей абстрактной формулировки, то в части сво-

¹² Кашанина Т.В. Указ. соч. С. 124.

его применения (к конкретным лицам) оно неизбежно будет индивидуальным»¹³.

В логически следующем из вышеуказанных рассуждений вопросе определения взаимосвязи первичных и производных от них формально-юридических источников права стоит обратить внимание на важный концептуальный вывод П.П. Музыченко: источниками права, по мнению данного исследователя, выступают «исторически обусловленные экономические, социально-политические, культурологические и юридические факторы общественного развития, которые объективируются в процессе правообразования и сводятся к конкретному юридическому образу нормативно-правового акта, правового обычая, правового прецедента и доктрины»¹⁴. Очевидно, что подобный «юридический образ» любого производного (формально-юридического) источника права может (и должен) возникать как в рамках коллективного восприятия права, так и на уровне индивидуального правосознания, на которые уже оказали свое устанавливающее воздействие объективные закономерности развития общественных отношений (исток права) и сам характер правового регулирования, основанный на их влиянии.

Таким образом, как социальные истоки права, так и его источники первичного и производного характера необходимо воспринимать через призму диалектического сочетания множественного и единичного в правосознании, в конкретном социальном поведении и в оценке регулятивных возможностей любой правовой системы при реализации лицами своих субъективных прав и законных интересов.

¹³ Dabin J. *Theorie generale du droit*. P., 1969. P. 81.

¹⁴ Музыченко П.П. Нове бачення проблеми джерел права // Юрид. вісник. 1998. № 3; *Общетеоретическая юриспруденция* / Под ред. Ю. Н. Оборотова. Одеса. 2011. С. 112.

*В.В. Трофимов**

МИКРОСОЦИОЛОГИЯ ПРАВА: ЭВОЛЮЦИЯ И ПОТЕНЦИАЛ НАУЧНОГО ПОДХОДА

Право и общество – это взаимосвязанные и взаимодействующие явления: право берет свои истоки в недрах общества (о чем писал в своей работе «Основы социологии права» (1913 г.) Е. Эрлих¹), общество обретает качества стабильности и упорядоченности благодаря праву как регулятивной системе (С.С. Алексеев). Это, казалось бы, сегодня вполне очевидные и неоспоримые аспекты. Подобное понимание, должно, по меньшей мере, способствовать осуществлению социально ориентированного правотворческого процесса и созданию эффективно действующего права. Однако это продолжает оставаться определенным желаемым результатом и в полной мере на практике не реализуемым. Причин подобного положения много, но одна из них – это сохраняющееся на уровне юридического мировоззрения абстрактное представление как о праве, так и об обществе. Право зачастую рассматривается как система формальных (абстрактных) норм, регулирующих столь же абстрактные общественные отношения. Известные определения общества также не носят конкретизированного характера. Общество определяется как *обособившаяся часть материального мира*, представляющая собой исторически развивающуюся форму жизнедеятельности людей; или *определенный этап человеческой истории* (общественно-экономические формации)². Все это в малой степени позволяет понять реальную роль права в жизни общества и тем более понять каким образом «общественное» выражается в праве.

* **Трофимов В.В.** – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права Тамбовского государственного университета имени Г.Р. Державина.

¹ Эрлих Е. Основы социологии права // Антология мировой правовой мысли. В 5 томах / Отв. ред. О.А. Жидков. Т. 3. М., 1999. С. 623.

² См.: Плетников Ю.К. Общество // Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 451–452.

Преодолению данных познавательных (и получающих свое отражение в практической плоскости) дефектов может способствовать микросоциальный подход в правовых исследованиях, **микросоциология права**. Микросоциология права – это научное направление, изучающее микросоциальные закономерности правообразования, правотворчества и правореализации, а также всего комплекса составляющих сложноорганизованной системы правовой жизни – жизни людей, связанной с правом, первоначальными и производными, положительными и отрицательными, статическими и динамическими правовыми явлениями. Микросоциология права – это подход, способный достигнуть глубин социальной материи права, познать предельно-конечные основания права и таким образом объяснить его исходное строение (фактически на социально-молекулярном уровне). *Объектом* исследовательского интереса микросоциологии права предстает правовая жизнь на микроуровне, протекающая в форме конкретных правоотношений различных видов, основанных либо на принципах равенства и автономии воли, либо на принципе власти – подчинения, поскольку во всех случаях реальными агентами и проводниками правовых импульсов выступают индивиды – первоначальные субъекты права, обладающие сознанием, психикой, волей, разумом. В свою очередь, *предметом* микросоциологии права станет весь спектр правовых взаимодействий в микросоциальной сфере. Данные взаимодействия имеют свои конечные и текущие результаты в виде вновь сложившихся в результате взаимодействий правовых форм, либо в виде перманентной реализации права посредством совершения действий в свою пользу (управомочивающие нормы), или действий в пользу другого (обязывающие нормы), либо во вред другому лицу (запрещающие нормы). Таким образом, если предметом социологии права является социосфера права и социальное в праве³, то для микросоциологии права – это микросоциальная сфера права и микросоциальное в праве.

Одним из первых в юридической науке на микросоциальный уровень правовых явлений и процессов обратил внимание русско-французский правовед Г. Д. Гурвич. В русле предлагаемого в рабо-

³ См.: Бачинин В.А. Основы социологии права и преступности. СПб., 2001. С. 30.

тах социологического понимания права⁴ правовед намечает среди целого круга проблем, которые должна раскрыть социология права как особая дисциплина, призванная изучить «всю социальную реальность права», проблемы *микросоциологии права*, под которой понимал изучение различных видов «социальности» (*способов взаимосвязей с Целым*) в их юридическом выражении⁵.

Решая проблему поиска права в системах социального взаимодействия (социально-интерактивных системах), ученый отмечал, что «любая группа, в которой доминирует активная социальность и которая реализует позитивную ценность..., утверждает себя в качестве нормативного факта, порождающего собственное правовое регулирование»⁶.

По сути, рассматриваемая научная теория объявляла «правовыми» каждую ячейку, каждый институт общества, способных создавать «нормативные факты», выражающие позитивные ценности и в которых преобладает активный элемент – преследуемая цель⁷.

Сам термин «микросоциология» не является новым в социальном знании. Им пользовались еще в начале XX в. некоторые

⁴ «Право, – по Г.Д. Гурвичу, – представляет собой попытку реализовать в данном социальном образовании идею справедливости (т. е. привести к начальному и варьирующемуся в существенных моментах сочетанию присущие данному социальному образованию противоречивые культурные ценности) путем многостороннего императивно-атрибутивного регулирования, основанного на прочной связи между правом требования и обязанностью; обязательность этого регулирования обусловлена нормативными фактами, которые дают социальную гарантию эффективности, а в некоторых случаях обеспечивают выполнение требований путем внешнего принуждения, что однако не предполагается как обязательное». – Гурвич Г.Д. Социология права // Гурвич Г.Д. Философия и социология права: избранные сочинения / Пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. СПб., 2004. С. 608.

⁵ См.: Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 565–802.

⁶ Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 733.

⁷ Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 705. – См. о научной биографии и, в частности, социолого-правовых взглядах Г.Д. Гурвича подробнее: Антонов М.В. Социология права Георгия Давидовича Гурвича // Правоведение. 2003. № 2. С. 218–234.

представители немецкой психологической школы в социологии, например Г. Зиммель, Л. фон Визе, польские социологи У. Томас, Ф. Знанецкий и др. Прообразы микросоциологического метода познания явлений социальной жизни присутствуют в исследованиях одного из самых ярких представителей в социальной антропологии А.Р. Рэдклифф-Брауна⁸.

Микросоциология получила наибольшее распространение в США. Главой американских микросоциологов являлся доктор Дж. Морено. Кроме него к этой школе также относятся Е. Дженнингс, Г. Ландберг и др. Характеризуя значение микроструктуры в жизни общества, Морено писал: «Открытие того, что человеческое общество обладает действительно динамичной, центральной структурой, лежащей в его основе.., может быть в один прекрасный день сочтено за краеугольный камень всей социальной науки»⁹. Морено отмечает первостепенное значение микроструктуры во всей жизни общества; она, с его точки зрения, «оказывает решающее влияние на любую сферу, в которой фактор человеческих взаимоотношений является активным агентом – в экономике, в биологии, социальной патологии, политике, правительстве и подобных сферах социального действия»¹⁰.

Микросоциологи утверждают, что микроскопические отношения людей имеют динамический характер, они постоянно изменяются, в то время как внешние, макроскопические отношения носят застойный характер, к тому же они регламентируются официальными законами, уставами, традициями и т.п., не терпящими изменений. И, тем не менее, продолжают микросоциологи, изменения в микросоциальной сфере требуют перемен и в макроструктуре.

Юристы-функционалисты, стоявшие на тех же позициях в отношении понимания структуры общества (Т. Парсонс, Р. Мертон, Н. Луман), выделяют при этом роль коммуникативного про-

⁸ См.: Николаев В. Сравнительная социология А.Р. Рэдклифф-Брауна в кн.: Рэдклифф-Браун А.Р. Метод в социальной антропологии. М., 2001. С. 297–391.

⁹ Цит. по: Бахитов М.Ш. Об одной «новейшей» социальной утопии. М., 1958. С. 30.

¹⁰ Цит. по: Указ. соч. С. 55.

цесса. Посредством него осуществляется взаимовлияние и взаимодействие активных микроструктур, каждая из которых по своему стремится достичь общезначимых целей, которые в то же время являются и целями всей системы.

Сформулированная Талкоттом Парсонсом (считает себя учеником Питирима Сорокина) «теория социального действия» в качестве одного из главных выводов содержит установление, что атмосфера внутригруппового взаимодействия оказывает на поведение индивидов значительно большее влияние, чем официально зафиксированные образцы поведения. Система правовых ценностей не является объективированной или предустановленной, она есть результат взаимодействий: индивидуальный акт поведения только тогда совпадает с нормой, когда он соответствует ожиданиям других в отношении действующего лица. Социальная роль действующего лица «определена нормативным ожиданием членов группы». Именно это взаимодействие ожиданий лиц имеет предопределяющее значение для ориентации человека в предусмотренной нормой ситуации¹¹.

Обществовед Никлас Луман, придерживаясь научной социологической традиции, подчеркивает, что правовая система «состоит из всех социальных коммуникаций, формулируемых со ссылками на законы и нормы». В связи с этим Н. Луман развивает функционалистскую идею ценностно-нормативной интеграции, одним из выводов которой является то, что интеграция/консенсус, невозможные в рамках всего общества, возможны на локальном уровне, преимущественно в системах взаимодействия (автоном-

¹¹ См.: Парсонс Т. О социальных системах. М., 2002. – В.В. Посконин считает, что: «философско-методологический и социологический анализ права, предпринятый Т. Парсонсом, является по существу, анализом его предельных, содержательно-проблемных граней, которые выступают более отчетливо тогда, когда понятие «право» органично вписывается в систему непосредственно соотнесенных с ним категорий. В результате изучение логического начала в познании права, «оснований» права, правовой системы требует сочетать теоретико-познавательный подход с этико-аксиологическим, на это ориентирует и «ценностно-нормативная» модель права Т. Парсонса». Посконин В.В. Правопонимание Толкотта Парсонса. Ижевск. 1995. С. 136.

ных, комплексных, самореферентных группах), а затем могут распространяться на подсистемы межгруппового взаимодействия¹².

В советской науке подобный подход подвергался довольно обстоятельной критике (думается, прежде всего, по причине исходных социально-философских оснований в форме исторического материализма, не предполагавшего исследование микросоциальных процессов). Если мы обратимся к трудам советских теоретиков права, теоретиков права социалистических стран, посвященных проблеме сущности права, то натолкнемся на примерно одинаковое отрицательное отношение к немарксистским схемам, объясняющим устройство феномена права. К примеру, в монографии А. Нашиц «Правотворчество. Теория и законодательная техника» в одной из глав приводится обстоятельный критический анализ теории западногерманского профессора В. Майхофера. Согласно этой теории, правовую идею следует искать в материи, подвергаемой правовому регулированию, под которой он имеет в виду жизненные ситуации, связывающие людей между собой в рамках их субъективно-объективных и межсубъективных экзистенциальных отношений. Купля, аренда, кража, мошенничество приводятся им в качестве примеров подобных положительных или отрицательных жизненных ситуаций. На этом уровне складывается неформальное право общества, образующееся из непозитивных прав и обязанностей участников микросоциальных отношений (продавца – покупателя, врача – пациента, учителя – ученика). Главным объектом критики Нашиц было то, что структурный анализ Майхофера останавливается на микросоциальном уровне, на котором, с точки зрения марксизма, не вызревала социальная сила, способная обеспечить признание прав и обязанностей на уровне «всеобщего»¹³. В.А. Туманов высказывает аналогичное возражение: «Экзистенциализм ищет основу права в сфере человеческого бытия, но, – констатирует ученый, – не приходит к пониманию сущности

¹² Цит. по: Феофанов К.А. Никлас Луман и функционалистская идея ценностно-нормативной интеграции: конец вековой дискуссии // Социологические исследования. 1997. № 3. С. 57.

¹³ См.: Нашиц А. Правотворчество. Теория и законодательная техника. М., 1974. С. 29–30.

права как социального явления, т.к. “ситуация”, в которой он видит основу права, не выходит за рамки “микробытия”¹⁴.

При всей справедливости многих аргументов, выдвигавшихся в критическом плане правоведами по отношению к микросоциальной концепции права, сегодня, тем не менее, нельзя не признать, что основной массив критики был обусловлен идеологическим мотивом. Имело место тотальное неприятие любых немарксистских схем мировоззрения, касавшихся как общеправовых вопросов о «смысле бытия» и законах развития мироздания, так и представлений об обществе, его структуре, факторах общественной жизни. В настоящее время правовой науке, социальной по своей природе, необходимо осваивать новые инструменты познания социальной реальности, применять «недогматический» подход к познанию социальной сущности права, а также социальным аспектам его образования и действия.

Г.Д. Гурвич, формируя философские основы микросоциологии, призывал к необходимости сочетания «недогматической диалектики и расширенного эмпиризма». «Недогматической» автор называет диалектику, очищенную от всякой «предвзятой философской концепции». Сущность «гиперэмпирической» точки зрения в том, что при анализе общества невозможно выделить первичную материальную основу и вторичные, зависимые от нее образования в виде политических учреждений или форм духовной жизни людей. В связи с этим монистический взгляд на общество должен быть заменен плюралистическим взглядом. Существуют «мириады микродетерминизмов» и множество «одномерных детерминизмов», и, тем не менее, общественная жизнь не носит закономерного характера, заявляет Г.Д. Гурвич. Общественная жизнь складывается из взаимодействия множества причин, условий, влияющих друг на друга иногда непосредственно, иногда через другие причины. Но ни один из детерминизмов, по утверждению микросоциологов, не в состоянии занять решающего положения. Это под силу лишь человеческой свободе, без которой все детерминизмы ни к чему не ведут¹⁵. Сравнивая социологию с физи-

¹⁴ См.: Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве // Туманов В.А. Избранное. М., 2010. С. 304.

¹⁵ См.: Бахитов М.Ш. Указ. соч. С. 36.

кой, правовед отмечал, что так же как и в физике есть различия между макрофизикой, характеризующейся константными величинами, и микрофизикой электронов, волн и квантов, социологию возможно свести к простому и неделимому, поскольку именно «социальные электроны» обуславливают динамику права¹⁶.

Примечательно, но эти утверждения, сделанные в первой половине XX в., перекликаются с «новым образом детерминизма», формируемым в рамках современной синергетической парадигмы истолкования реальности. Раскрывая механизмы самоорганизации и эволюции сложных систем, последователи И. Пригожина отмечают признаки «локализации процессов в среде в виде структур», «внутренней устойчивости и неустойчивости эволюционных процессов на определенных стадиях», причем «внутренние механизмы самоорганизации глубоко связаны с ролью хаоса на микроуровне и с его конструктивными и деструктивными проявлениями на макроуровне»¹⁷.

Думается, что и в правовой жизни общества, одним из признаков которой является сочетание стихийных (спонтанных) и организованных (формально-юридических) начал, значение микро-социального уровня достаточно существенно. Как справедливо отмечает А.В. Поляков: «право формируется как специфический социальный язык и как универсальная форма социального взаимодействия (коммуникации)»¹⁸. Многие микросоциальные закономерности находят свое проявление в различных элементах правовой системы общества, формализуются в них и в то же время продолжают оставаться источником и основой ее преобразования и развития.

¹⁶ Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 703.

¹⁷ Князева Е.Н., Курдюмов С.П. Основания синергетики. СПб., 2002. С. 49.

¹⁸ Поляков А.В. Общая теория права. Курс лекций. СПб., 2001. С. 148.

*М.В. Антонов**

КОНЦЕПТ ПРАВОВОГО ОБЩЕНИЯ ВО ФРАНЦУЗСКОЙ ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЕ

Вопрос о нахождении общих терминов, которые бы объединили различные взгляды (позитивистский, юснатуралистический, реалистический и проч.) на природу права в едином дискурсивном пространстве, остается актуальной задачей для теоретического правоведения. Критика положения, при котором представители разных подходов к праву («типов правопонимания») не могут найти общего языка, атрибулируя термин «право» различным явлениям и сущностям (ценностям, фактам, эмоциям и т.п.), стала достаточно распространенной в современной российской¹ и отчасти зарубежной теории права². С этим связана, в частности, эволюция интегральной юриспруденции. Как на Западе (Г.Дж. Берман, Дж. Холл и др.), так и в России (в частности, В.Г. Графский, В.В. Лазарев, А.В. Поляков) авторитетные правоведы посвящают свои публикации поиску «интегрирующего начала», способного дать возможность описывать право в терминах, которые были бы приемлемыми для сторонников разных подходов к пониманию права³. Но это направление не свободно от проблемных моментов, которые связаны с отсутствием детально проработанной методологии⁴. В этом отношении для тех, кто намерен продолжать проект

* **Антонов М.В.** – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Санкт-Петербургского филиала НИУ «Высшая школа экономики».

¹ См. об этом, напр.: Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012.

² Напр.: Бертель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 38–77.

³ См. обзор литературы по проблематике: Поляков А.В. Энциклопедия права или интегральная юриспруденция // Правоведение. 2012. № 4. С. 198–217.

⁴ Об этом см.: Варламова Н.В. Российская теория права в поисках парадигмы // Журнал российского права. 2009. № 12. С. 68–84; Антонов М.В. Об интегральной юриспруденции и энциклопедии правоведения // Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания / Отв. ред.: В. Графский. М., 2013. С. 88–98.

«интегративной юриспруденции»,⁵ важным может представляться изучение того, как в истории философии права (политико-правовых учений) эта задача решалась в других странах в разные эпохи⁶. В свете данной задачи в настоящей работе будет представлена проблематика социального измерения права, которая была поставлена во французской правовой доктрине первой половины XX в. Сразу отметим, что речь идет не об общем социологическом направлении в правоведении, а о том комплексе идей, в рамках которого была поставлена задача изучения права как функции социального общения (коммуникации, интеракции...)⁷. Идея социального общения послужила тогда для представителей институциональной теории права, социологической и антропологической юриспруденции общим деноминатором для обозначения фактической связанности участников общественных отношений теми рамками, которые задаются самими параметрами существования той социальной группы (групп, классов, союзов...), к которым они принадлежат.

Развитие французской правовой доктрины на рубеже XIX–XX вв. было отмечено появлением нескольких влиятельных направлений⁸, общим моментом для которых был интерес к социаль-

⁵ Здесь мы не делаем различия между «интегральной» и «интегративной» юриспруденцией, поскольку это различие не значимо для развиваемых здесь идей, хотя в других аспектах оно может иметь важное методологическое значение. См.: Графский В. Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: Актуальный и все еще незавершенный проект // Правоведение. 2000. № 3. С. 49–64.

⁶ При этом следует отметить, что историю разработки «интегральной» проблематики в правоведении имеет и Россия – здесь, в частности, можно вспомнить таких дореволюционных ученых, как А.С. Яценко или Б.Н. Кистяковский.

⁷ Если здесь акцентируем внимание на развитие данного направления мысли во Франции, это не означает, что при этом мы игнорируем аналогичные интеллектуальные движения в других странах (США, Германия и др.). Другая оговорка, которую следует сделать – говоря о «французской» правовой доктрине, мы не ограничиваемся географическими границами собственно Франции и принимаем во внимание франкоязычных социологов, историков и философов права из Бельгии, Канады и других стран.

⁸ См. описание истории развития французской правовой мысли: Bonnecase J. La pensée juridique de 1804 à l'heure présente. 2 vol. Bordeaux. 1933.

ному измерению права, к фактическим механизмам конструирования правовой связи между лицами на основе их включенности в комплексные социальные образования⁹. Тем самым формировался методологический ответ господствовавшему в XIX в. строго формально-юридическому пониманию права: юриспруденции понятий, экзегетике.

Схожие процессы в означенный период времени имели место в России, Германии, Австрии, Швеции, США. Развитие школы свободного права (Г. Канторович, Э. Фухс и др.) и связанного с ним направления социологической юриспруденции (О. Эрлих) наиболее отчетливо проявилось в немецкоязычной юриспруденции; именно идеи германской и австрийской юриспруденции о свободном нахождении права получили освещение на страницах дореволюционной российской юридической литературы (работы П.И. Люблинского, А.В. Завадского и других юристов)¹⁰. В этом же направлении развивались концепции Н.А. Гредескула, Ю.С. Гамбарова и ряд других российских юристов, развивавших схожие «свободно-правовые» идеи. Тут можно упомянуть и социолого-правовые идеи С.А. Муромцева и Н.М. Коркунова¹¹. Французской юриспруденции в этом отношении уделялось несколько меньше внимания, хотя сформулированные Ф. Жени, Э. Ламбером, Р. Салейлем и некоторыми другими правоведами концепции по многим параметрам не уступали теоретическим разработкам немецкой и австрийской юриспруденции.

Реакция французской юриспруденции на экзегетику и формализм в правоведении на рубеже XX в. проявилась в таких направлениях, как «свободное исследование права» у Ф. Жени, социологический анализ права у Э. Дюркгейма (считавшего право «видимым символом социальной солидарности») и его школы, ис-

⁹ Г.Д. Гурвич демонстрирует это на многочисленных примерах из современной ему французской юридической науки и практики: Gurvitch G. *Le Temps Present et l'Idée du Droit Social*. Paris. 1931.

¹⁰ Липень С.В. Идеи «свободного права» в юридической науке дореволюционной России. Канд. дисс. ... к.ю.н. М., 1994.

¹¹ См.: Поляков А.В. Российский правовой дискурс и идея коммуникации. СПб., 2005; Немытина М.В. Право России как интеграционное пространство. Саратов. 2008. С. 19 и далее.

следование психологических механизмов правового взаимодействия у Г. Тарда, ряде других концепций¹². На этой базе развились и влиятельные учения Л. Дюги, Л. Буржуа и других теоретиков солидаризма, которые ставили своей задачей понять социальную роль права в призме его «солидаризирующей», интегрирующей функции как средства общения (коммуникации) между членами общества¹³. Среди важных моментов, позволяющих понять общую тенденцию к «социализации» философии права, – в смысле обсуждения социального измерения права как ключа к познанию его природы, – можно указать на публикацию в 1910 г. монографии Раймона Салейля «О юридической личности», в которой он обосновал задачу теоретической юриспруденции по исследованию социальной солидарности гомогенных групп, которая противопоставляется видению изолированных социальных единиц в индивидуалистическом мировоззрении¹⁴. Некоторые сочувствовавшие идеям социализма авторы (Э. Леви, М. Леруа, Ж. Сорель) с помощью идеи солидаризма обосновывали необходимость правового реформирования профсоюзной деятельности, понимая профсоюзы как самостоятельные юридические организмы, способные к автономному правотворчеству¹⁵.

В том же ключе, хоть и с несколько других позиций, развивался анализ правового общения в контексте институциональной школы права, представленной М. Ориу и другими известными французскими правоведами, оказавшими значительное влияние на становление российской теоретико-правовой и конституционно-правовой науки¹⁶. Также следует упомянуть французскую традицию антропологической юриспруденции, представленную М. Моссом и другими важными мыслителями, которые в русле изучения элементарных экзистенциальных структур общества

¹² Davy G. *Le droit, l'idéalisme, et l'expérience*. Paris. 1922.

¹³ Amiel O. *Le solidarisme, une doctrine juridique et politique française de Léon Bourgeois à la Ve République* // *Parliament*. 2009. N. 11.

¹⁴ Saleilles R. *De la personnalité juridique*. Paris. 1922.

¹⁵ Herrera C.M. *Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy* // *Droit et société*. 2004. N. 56/57. P. 111–128.

¹⁶ Ориу М. *Основы публичного права*. М., 1929; Gray C. *The Methodology of Maurice Hauriou. Legal, Sociological, Philosophical*. Amsterdam; New York. 2010.

развивали ту же самую идею права как средства социетального общения, социальной интеграции¹⁷. Дальнейшее осмысление правового общения во французской правовой доктрине привело к возникновению социолого-правового направления, показательным моментом формирования которого является учение Г.Д. Гурвича об «идее социального права»¹⁸.

Общим моментом в произведениях авторов, представлявших различные варианты «коммукативного» подхода к пониманию права, было стремление описать право в терминах социального взаимодействия. Эта идея прослеживается не только в солидаристских доктринах Р. Салейля, Л. Дюги и других авторов – она, очевидно, присутствует и в институциональной школе Ориу и его последователей. Интересно наблюдать аналогичную постановку вопроса и в исследованиях ряда французских антропологов, в частности, у М. Мосса в его известнейшем «Очерке о даре» и других произведениях, где он указал на социальный обмен (потлач, кула), который изначально лежит в основе правовой жизни¹⁹. В таком обмене сочетаются как экономические, так и правовые, идеологические, религиозные и иные элементы, характеризующие социальное взаимодействие как тотальное социальное явление.

Важность этой идеи для развития нового интегрирующего понимания права подчеркивал один из сторонников такого понимания, русско-французский правовед Г.Д. Гурвич²⁰. Такая идея может выступать как методологический прием исследования основных направлений развития и тенденций французской правовой доктрины. Сам термин варьировался в различных концептуальных построениях (социальное право, право сотрудничества, интеграционное право, право солидарности и проч.), но сама по себе идея в описываемом ракурсе систематически воспроизводилась во фран-

¹⁷ См.: Le Roy E. Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du Droit. Paris. 1999.

¹⁸ Гурвич Г.Д. Идея социального права // Гурвич Г. Д. Избранные сочинения по философии и социологии права. СПб., 2004. С. 41–192.

¹⁹ Мосс М. Очерк о даре // Мосс М. Общества. Обмен. Личность. М., 1996. С. 85–111.

²⁰ Гурвич Г.Д. Магия и право // Гурвич Г. Д. Избранные сочинения по философии и социологии права. С. 473–556.

цузском научном дискурсе. Феномен «общения» (взаимодействия, коммуникации и проч.) проявляется в элементарных правовых связях, устанавливающихся в межсубъектном взаимодействии.

Общим моментом, позволяющим отчасти охарактеризовать развитие французской правовой доктрины в XX в. и в настоящее время, является отношение теоретиков к изучению социального (взаимо)действия субъектов. В названных концепциях онтологические основания права осмысляются в ракурсе социетальных практик субъектов; такие онтологические основания служат исходным звеном для дальнейшего анализа как общетеоретических, так и прикладных проблем правовой науки. Воззрения различных школ и мыслителей на этот предмет не являются тождественными, в некоторых моментах наблюдаются серьезные расхождения²¹. Вместе с тем многие теоретические построения во французской правовой доктрине исходят именно из онтологической структуры права²². За счет этого данные построения могут быть противопоставлены тем концепциям, где первостепенное значение уделяется исследованию гносеологической или аксиологической структур права, как в правовом нормативизме или в юснатурализме.

Все эти направления в той или иной степени сохранились в современном французском теоретическом направлении. Во второй половине XX в. названная идея была связана с философскими идеями П. Бурдьё и М. Фуко, что привело к возникновению достаточно оригинальных построений во франкоязычной философии права. В частности, идея свободного поиска права, в рамках которой судья выступает связующим механизмом в реализации правового общения, в немалой степени перекликается с идеями М. Тропера и основанной им школы неореализма²³. Антропологический анализ функции права как средства социального общения в раз-

²¹ См.: Amselek P., Grzegorzczak C. (eds.) *Controverses autour de l'ontologie du droit*. Paris, 1989.

²² На этом аспекте делал особый акцент один из выдающихся французских философов права XX века Мишель Виллей: *Villey M. La Formation de la pensée juridique moderne*. Paris. 2013.

²³ Антонов М.В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // *Российский ежегодник теории права*. 2011. Т. 4. С. 321–345.

личных культурных контекстах прошлого и современности представлен в исследованиях Н. Рулана, анализирующего юридические институты с позиций «правовой аккумуляции» как единого процесса коммуникации²⁴. Здесь следует упомянуть и «коммуникативную теорию права» бельгийского правоведа М. Ван Хука²⁵.

Важным моментом современной французской правовой теории является то, что основные философско-правовые и теоретические вопросы исследуются не только и не столько в абстракции, сколько применительно к решению актуальных проблем правового регулирования. Так, интересную попытку приложения концепции социального права Г.Д. Гурвича к вопросам трудового и профсоюзного права представляют труды Ж. Ле Гоффа²⁶; философское осмысление правовой коммуникации позволяет Б. Мелкевику найти новые ракурсы проблемы границ осуществления субъективного права и оснований выбора между индивидуальными и коллективными интересами при принятии юридически значимых решений²⁷. Все это демонстрирует актуальность данной проблематики для современной философии права. Но вопрос о направлениях развития идеи социального общения во Франции во второй половине XX в. выходит за пределы настоящего доклада.

Раскрытие одной из философских основ французского теоретического правоведения первой половины XX в., – идеи социального общения (идеи солидарности, социального права и проч.) – позволяет проследить эволюцию представлений французских теоретиков от отторжения формализма в праве к поиску синтеза формального и содержательных начал права. Вместе с тем сама по себе эта идея не свободна от проблемных моментов, на которые обращали внимание ее критики (в частности, Г. Кельзен), и, по нашему мнению, не может использоваться как «единственно вер-

²⁴ Рулан Н. Юридическая антропология. М., 1999.

²⁵ Ван Хук М. Право как коммуникация. СПб., 2012.

²⁶ Антонов М. В. Креативный плюрализм Г.Д. Гурвича (о книге Жака Ле Гоффа) // Правоведение. 2013. № 2. С. 263–270.

²⁷ Мелкевик Б. Философия права в потоке современности // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 527–545; Антонов М.В. *Vierge Melkevik. Philosophie du Droit*. Quebec, 2010. Vol. 1, P. 649 // Правоведение. 2012. № 3. С. 260–268.

ный» вариант понимания права, способный снять противоречия других «типов правопонимания». Рассмотрение истории философии права в России, Франции и других странах в аспекте становления идеи «социального общения» может представлять полезный инструмент для сравнительного анализа философско-правовых построений различных мыслителей, которые по-разному выражали один базовый методологический постулат о необходимости изучения права как средства социальной связи.

*А.М. Михайлов**

ОСОБЕННОСТИ ВОЗДЕЙСТВИЯ ПРАВОВОЙ ИДЕОЛОГИИ НА ОБЩЕСТВЕННОЕ И ИНДИВИДУАЛЬНОЕ СОЗНАНИЕ

Любая идеологическая форма стремится нерациональными средствами (ценностно, аффективно) оправдать, легитимировать свое собственное видение определенного объекта, навязать адресату, минуя рефлексию, единственно верное, истинное, законченное, исчерпывающее и – непоколебимое никакими рациональными аргументами – «описание» и оценку (положительную, либо отрицательную) определенных явлений и процессов – «как они есть на самом деле». Действительность рассматривается идеологическим сознанием как освоенная, ценностно означенная, для него присутствует лишь узнавание известных идеологических клише.

Идеологическая форма всегда нацелена овладеть сознанием адресата как единой целостностью, стремится стать действующим основанием его мировоззрения: она не требует от реципиента осмысленного понимания собственных суждений, и – тем более – оснований, средств и способов воздействия, она требует принять ее как единую систему, не оспаривая ни одно из ее утверждений, не предлагая скорректировать что-либо из ее содержания.

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

Идеологическая форма для своего действия должна стать принципом, аксиомой мировосприятия субъекта. Именно поэтому в правовой системе первичными формами выражения правовой идеологии выступают аксиомы и принципы права, интегрирующие нормативные структуры системы права в единые целостные общности¹.

Любая идеологическая система воздействует не на рациональные структуры сознания, а на иррациональные его основания², в «сфере расположения» которых исключена какая-либо форма рефлексии: адресату навязывается жесткая «сетка», которая достаточно быстро «срастается» с сознанием и автоматически накладывается на действительность, в силу чего каждое явление подпадает под заранее заданный стереотипный набор описаний и оценок.

В силу того, что любая идеология воздействует на эмоционально-аффективный «пласт» сознания адресата, ее язык отличается высокой образностью, метафоричностью, крайней аморфностью значений. В отличие от понятийного аппарата науки, рациональная форма которого стремится к «прозрачности» коммуникации («обнажение» предмета), язык идеологии, напротив, стремится «заколдовать» пространство дискурса и посредством множественности коннотаций овладеть как можно более широким кругом адресатов, нисколько не противодействуя разноголосице значений в восприятии адресатами базовых концептов идеологической системы. Право, не имея материально выраженных референтов, вполне подходит в качестве инструмента идеологии³.

Любая идеология является мыслительным, рационализированным и концептуализированным выражением социального интереса, основанным на «универсализации» тех аспектов действительности, которые благоприятствуют его осуществлению. По-

¹ См.: Чернобель Т.Г. Правовые принципы как идеологическая парадигма // Журнал российского права. 2010. № 1. С. 88.

² Ср.: «Идеи только тогда становятся силой, заставляют людей действовать, когда они преломляются в их психике, в их чувствах, настроениях, воле, в их симпатиях и антипатиях, влечении и отвращении». Политическое самообразование. 1968. № 2. С. 44. Цит. по: Лукашева Е.А. Социалистическое правосознание и законность. М., 1973. С. 126–127.

³ См.: Посконина О.В. Никлас Луман о политической и юридической подсистемах общества. Ижевск. 1997. С. 115.

сколькx идеология всегда выражает интересы больших социальных групп и формирует претендующие на всеобщность картины желательного мироустройства, постолькx любая идеология предполагает практическую деятельность, целенаправленное движение к обозначенному общественному идеалу. «Будучи нормативной, идеология предлагает идеал, который нужно реализовать. Далекая от того, чтобы быть только чистым сознанием, идеология создает только такие идеи и ценности, которые могут приказать перейти к действиям. Поэтому «идеология есть лозунг срочной и тотальной мобилизации»⁴.

Поскольку социальный идеал, рисуемый в сознании идеологов и тиражируемый апологетами, всегда носит всеобщий характер, охватывает все сферы жизнедеятельности общества, постолькx идеологическое воздействие с необходимостью носит синкретичный характер: идеологическая система не заинтересована в дифференциации или даже рассинхронизации действия социальных регуляторов, напротив, она стремится синтезировать юридические, нравственные, корпоративные и традиционные нормы в новое целостное образование, способное охватить своим воздействием все грани и уровни общественного и индивидуального сознания в движении к заданной ценностями цели. Именно поэтому социальные системы, в основании которых лежит та или иная идеологическая система, всегда носят неотдифференцированный характер, правовые подсистемы в них лишь аналитически выделяются и не встроены в самостоятельные социальные институты (яркими примерами являются социалистические и теократические системы социального регулирования).

Любая идеологическая форма выражает интерес большой социальной группы, а поскольку интерес всегда воспринимается его носителем как естественный, изначально присущий «внутренней природе» человека, то и идеология, будучи выражением интереса, никогда не признает себя в качестве продукта культуры, обусловленного обществом и его историей; напротив, любая идеология воспринимает себя как явление «природы», т.е. как нечто «естественное», очевидное, «само собой разумеющееся», что ведет к оестествлению тех или иных ценностей. Для юспозитивиста есте-

⁴ Денкэн Ж.-М. Политическая наука. М., 1993. С. 85.

ственные ценности порядка и определенности; юснатуралисты «измеряют» право справедливостью; представители социологической концепции естественной ценностью в праве видят социальное действие.

За счет натурализующей функции любой идеологической системы в сознании ее носителя идеальное отождествляется с естественным, со «здравым смыслом»⁵, что в масштабах общества способно кардинально изменять традиционные представления о разумном, справедливом, оправданном и приводить к соответствующим социальным действиям: гипноз харизмы ломает традицию.

Ни одна идеология не признает собственную ограниченность, ценностную пристрастность, историко-культурную обусловленность, а потому и неуниверсальность собственных идей, напротив, идеология всегда постулирует собственную объективность и всеобщий характер⁶, отсылая к концептам, изначально трансцендентным для индивидуального опыта субъекта и принципиально недоступным для эмпирической или логической проверки (Бог, природа, разум, общая воля, «дух народа», абсолютный дух, закономерности всемирной истории, общечеловеческие ценности, интуитивная очевидность и т.д.).

«Механизм» идеологического оформления сознания адресата основывается на естественно присущей каждому человеку потребности в базовых представлениях, позволяющих ориентироваться в мире идей, ценностей, концепций: человек так или иначе вынужден осмысливать ту социальную реальность, в которой он живет, основываться на определенных – осознаваемых или интуитивно ощущаемых – ценностях, ставить перед собой цели и выбирать средства их достижения. Идеологическая система утоляет «жажду» индивидуального и общественного сознания по абсолютным стандартам, она всегда предоставляет соразмерные обыденному сознанию ответы на «вечные» экзистенциальные вопросы: по-

⁵ Анкин Д.В. Идея // Современный философский словарь. Под общ. ред. В.Е. Кемерова. М., 2004. С. 265.

⁶ Ср.: Маркс К., Энгельс Ф. Немецкая идеология // Избранные сочинения. Т. 2. М., 1985. С. 44; Кленнер Г. От права природы к природе права. М., 1988. С. 47.

сколькx идеология предназначена для массового восприятия и усвоения, постолькx слова идеолога должны быть простыми и доходчивыми⁷. В основании таких «истинных» ответов лежит не сознательный, рационально обоснованный выбор личности, а иррациональная вера в истинность тех или иных социокультурных ценностей, идей, интерпретаций.

«Приблизиться» к некритичному сознанию адресата и постепенно «овладеть» им идеологическая форма может лишь при помощи многократной и грубой по допущениям редукции многоликой и бездонной для познания социальной действительности, в которой идеология акцентирует один или несколько факторов, способных объяснить природу и генезис общественных явлений, выявить их «последние смыслы», наиболее глубинную сущность. Именно в эти факторы идеология «вкладывает» ценностное основание, «одевая» свою субъективность в объективные одежды самоочевидных «явлений и процессов»: идеологическое сознание не может различить объект и его оценку, воспринимая их в неразрывном единстве. В итоге идеологическая форма выступает от лица объективной действительности «как она есть на самом деле», эффективно «объективирует» собственные ценности, которые всегда исторически и культурно обусловлены и лишь поэтому имеют значение.

Будучи «включенной» в социальные практики и институты, идеология в отношении индивидуального сознания обладает принудительным характером, выражающемся в его подавлении и переносе ответственности индивида за принятие решений на трансцендентные формы. Через элиминацию рефлексии, отчуждение сознания адресата от уникальности настоящей действительности, данной в индивидуальном эмпирическом и когнитивном опыте, идеологическая система предоставляет ему не только устойчивое ощущение комфорта, но и органично, неосознаваемыми «нитями» «скрепляет» с идеальными формами, имеющими надличностное содержание, многократно превосходящее индивидуальный опыт «здесь и сейчас».

Поскольку идеология предоставляет готовые для неосмысленного «употребления» смыслы существованию индивидуально-

⁷ Козлихин И.Ю. Современная политическая наука. СПб., 1999. С. 26.

го адресата, постольку она служит эффективным, наиболее простым и самым распространенным способом борьбы с «бессмысленностью существования»: «окутанное» ею послушное сознание реципиента никогда не ощущает «брошенности в мир», своего непреодолимого отчуждения от внешней реальности, экзистенциальных одиночества и оставленности, когда теряется почва под ногами.

Идеологические формы за счет глубинной мировоззренческой общности способны наиболее тесно скреплять «вокруг общих ценностей и их носителей»⁸ коллективы их адептов в целостное духовное единство с четкой идентификацией «своих» и «чужих» (интегрирующая, организаторская функция). Ощущение духовной общности еще более убеждает приверженца идеологии в ее истинности, которая эмоционально определяется через мировоззренческий комфорт и значительное количество единомышленников. Вполне обоснованно исследователи указывают на непреходящее значение правовой идеологии в укреплении основ правовой системы – ведь в переходные периоды развития политико-правовых форм именно первая за счет своего мобилизующего потенциала выступает мощнейшим средством легитимации последней.

Помимо этого, справедливо отмечалось, что политические институты объективно востребуют идеологические формы, «ибо управление одних другими всегда требовало и требует оправдания, идейного обоснования или идеологической фальсификации»⁹. Поскольку в основании любого социального института лежит традиция, невозможная без социальной легитимации, а основной функцией любой идеологии является легитимация, оправдание существующего положения вещей, постольку возможно утверждать, что ни один социальный институт не действует без идеологического основания¹⁰.

Посредством психической способности к достраиванию полной «картины мира», изначально фрагментарные представления выстраиваются в целостное, системное образование. В силу

⁸ Козлихин И.Ю. Современная политическая наука. СПб., 1999. С. 26.

⁹ Явич Л.С. Идеология // Историческое и логическое в познании государства и права. Л., 1988. С. 44.

¹⁰ См.: Сапельников А.Б., Честнов И.Л. Теория государства и права. СПб., 2006. С. 160.

стремления к тотальному господству в сознании адептов и в социальной действительности любая идеологическая форма представляет собой целостную «систему координат», в которой каждому поведенческому или когнитивному проявлению субъекта заранее дана однозначная положительная или отрицательная оценка.

За счет закрытости, законченности, системного характера идеологической формы¹¹ – в зависимости от степени детализации и глубины проникновения в сознание – направляется или даже программируется мыслительная и поведенческая деятельность адресата с идеологическим сознанием, который более уже не способен ни корректировать, ни критически относиться к «кормящей матери», ставшей основанием сознания, его «плотью и кровью». Поэтому справедлива позиция Л. Альтюссера, который считал идеологии целостными структурами, с которыми человек себя идентифицирует¹². «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. Зиновьев¹³. Императивно указывая своим приверженцам определенные цели и средства их достижения, идеология «задает им и соответствующие модели поведения (регулятивная функция)»¹⁴. В этом заключается активный характер идеологии, ее способность направлять деятельность субъекта¹⁵.

Основные полагания идеологической системы воспринимаются носителем идеологического сознания не просто в качестве ценностей, но предстают для него самоочевидными истинами, «символами веры», рефлекслирующее «прикосновение» к которым невозможно: «сомневаться в существовании своего бога – значит

¹¹ Лукашева Е.А. Указ. соч. С. 129; Вопленко Н.Н. Правосознание и правовая культура. Учебное пособие. Волгоград. 2000. С. 9.

¹² См.: Семигин Г. Идеология // НФЭ. Т. 2. М., 2001. С. 82.

¹³ Зиновьев А.А. Коммунизм как реальность. [http://www.gumer.info/bibliotek Buks/History/zinov/05.php](http://www.gumer.info/bibliotek/Buks/History/zinov/05.php) (дата обращения: 20.04.2014).

¹⁴ Козлихин И.Ю. Указ. соч. С. 26.

¹⁵ См., например: Гак Г.М. Общественное бытие и общественное сознание // Формы общественного сознания. М., 1960. С. 12, 13.

сомневаться в себе самом» (Л. Фейербах)¹⁶. Так, юснатуралисты верят в право разумной природы, в универсальные и непреложные законы общественной жизни, над которыми не властна публичная политическая власть; юспозитивисты, напротив, убеждены, что действительность официального позитивного права есть объективный факт, с которым невозможно не считаться, наличие политического суверена, сообщающего нормативный характер праву, принимается на основе очевидности и общепринятости¹⁷, в отличие от «пустых иллюзий» и «философских спекуляций» школы естественного права; представители социологического подхода верят в «живое» право, объективно существующее в общественных отношениях, не сознавая, что само общество и социальные отношения – абстракции.

Носитель идеологического сознания глубоко убежден в истинности своих представлений и всецело доверяет, полагается на эту внутреннюю интуицию правильности той или иной оценки или действия – любая идеология вырастает в душах своих творцов из глубины переживания¹⁸. «Идеология, – писал Ф. Энгельс в письме к Ф. Мерингу, – это процесс, который совершает так называемый мыслитель, хотя и с сознанием, но с сознанием ложным. Истинные движущие силы, которые побуждают его к деятельности, остаются ему неизвестными, в противном случае это не было бы идеологическим процессом»¹⁹. Рациональный дискурс не способен прорваться сквозь «железный занавес», незримо для его носителя воздвигнутый иррациональным, ценностно-укорененным предрассудочным убеждением.

¹⁶ Фейербах Л. Сущность христианства // Фейербах Л. Избранные философские произведения. М., 1955. Т. 2. С. 50.

¹⁷ Грязин И.Н. Текст права. Таллин, 1983. С. 48.

¹⁸ Степун Ф.А. Чаемая Россия. СПб., 1999. С. 39.

¹⁹ Энгельс Ф. Письмо Ф. Мерингу, 14 июля 1893 г. // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 39. М., 1955. С. 82.

*В.И. Ерыгина**

**ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВАЯ КОНЦЕПЦИЯ
ПОЛИТИЧЕСКОЙ ПАРТИИ КАК СПЕЦИФИЧЕСКОГО
СОЦИАЛЬНОГО ИНСТИТУТА¹**

В истории политико-правовой мысли были известны разные концепции общества и тех отношений, которые в нем складываются: от «войны всех против всех» до солидарности, толерантности и т.п. Общество, раздираемое противоречиями, в ходе своего эволюционного развития рано или поздно приходит к осознанию того факта, что составляющие его люди объединены общностью территории, языка, культуры, потребностей, интересов. Из всех интересов именно политические можно поставить выше других, так как их осознание и выражение поднимает общество на новую ступень самоопределения, способствующую объединению разрозненной толпы в народ, имеющий общее гражданство, созданию государства как высшей формы самоорганизации общества. До XVIII в. включительно существовали теории, основывающиеся на механическом представлении о природе общества как единой, нераздельной субстанции, находящейся в состоянии покоя. Правовая наука XIX в. заменила старые теории новыми представлениями об обществе как совокупности различных, постоянно действующих элементов. Одними из таких элементов, объединяющих людей по определенным политическим интересам, явились политические партии, которые в отличие от других социальных организаций создавались ради достижения власти в государстве путем борьбы за места в органах государственной власти. Политические партии стали наиболее организованными устойчивыми социальными институтами, выполняющими посреднические и представительские функции во власти.

* **Ерыгина В.И.** – кандидат исторических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Белгородского государственного национального исследовательского университета.

¹ Статья подготовлена при поддержке Российского научного фонда в рамках выполнения проекта «Теория представительной демократии в истории политико-правовой мысли России конца XIX – начала XX вв.»

Во второй половине XIX в. партии явились объектом специального научного исследования в различных странах, в том числе и в России. Исследованием понятия политической партии и ее роли в качестве посредника между обществом и государством занимались многие российские мыслители второй половины XIX – начала XX вв. Для того чтобы раскрыть основные признаки, политико-правовую сущность и практическую значимость партий для формирования гражданского общества и правового государства, необходимо проанализировать концепции политических партий, сложившиеся в российской юридической науке в указанный период.

Российские мыслители второй половины XIX – начала XX в. высказывали двойственное отношение к политическим партиям. С одной стороны, они считали, что партии в силу их происхождения как части общества разделяют его на враждебные друг другу группы населения, между которыми ведется непримиримая борьба за власть, что, в конце концов, приводит к краху самого государства. «Группировки, образовывавшиеся в глубинах нарождавшегося гражданского общества, по-прежнему считались «виновными» во всех его раздорах и назывались не иначе как «сорняками»².

С другой стороны, многие ученые сходились во мнении, что политические партии являются необходимыми элементами демократического строя, выражающими политическую волю народа или, по крайней мере, отдельных его групп. Партии вызревали в недрах парламента, и фактически фракции законодательных органов власти признавались партиями с определенными функциями обсуждения законопроектов и бюджета.

Подобное двойственное отношение к политическим партиям прослеживается во взглядах известного правоведа, профессора А.Д. Градовского, который наряду с резкой критикой партий и их борьбы вынужден был признать, что они являются необходимыми условиями представительного правления. Последствия образования партий и борьбы между ними, по мнению А.Д. Градовского, таковы, что общество, в конце концов, «распадается на враждебные лагеря», в нем появляется «раздвоенность, неприязнь, взаим-

² Исаев Б.А. Теория партий и партийных систем: Учеб. пособие для студентов вузов. М., 2008. С. 102.

ная ненависть сторон», «возможность междоусобия и расстройств общественного организма». Вместе с тем одним из необходимых условий образования партий А.Д. Градовский называет свободное участие населения в политической жизни страны. «Партии вызываются к существованию появлением в обществе вопросов, переданных на его свободное обсуждение». «Партия есть уже мнение, перешедшие на почву действия, следовательно нуждающиеся в известной сфере»³.

Поскольку в обществе существуют противоположные взгляды и идеологические течения, вполне закономерна межпартийная борьба, которая «соединяет всех живым образом вокруг единого для всех, полномочно властвующего центра – государственной власти; этим она заставляет всех реально почувствовать, что мы – одно, именно потому, что у нас у всех один, для всех общий, источник права – наша государственная власть, переходящая в руки самого народа»⁴. Борьба между партиями, по мнению мыслителя, должна быть спором различных пониманий общих целей, стоящих перед обществом и государством, а также творческим сотрудничеством разномыслящих. Негативной же стороной образования партий является то, что правительство поставлено «лицом к лицу с систематическою оппозицией», на которую «уходят лучшие силы страны, что парализует правительственное действие»⁵.

Политическая борьба необходима, но она, по словам И.А. Ильина, происходит нормально только на публично-правовом пути, т.е. «через планомерную организацию народа – к полномочию властвовать от лица государства»⁶.

Используя социологический метод и структурно-функциональный подход, можно рассмотреть партии как один из институтов общества, и с позиций юридической науки оценить положение, место партий между общественными и государственными структурами. Оно, несомненно, зависит от типа политического режима и формы правления. В демократическом обществе партии равны и

³ Градовский А. Политика, история и администрация. СПб., 1871. С. 45–46.

⁴ Жилин А.А. Справка «Записка об ответственности министров». Пг., 1916. С. 7.

⁵ Там же. С. 31.

⁶ Ильин И.А. Партийная программа и максимализм. М., 1917. С.6.

имеют двойственное положение, они являются посредниками, связующим звеном между обществом и государством. В авторитарном обществе есть правящая партия, занимающая главенствующее место в государственном аппарате и оппозиционные партии, подвергающиеся гонениям. В тоталитарном обществе существует только одна партия, объявляющая себя «руководящей и направляющей силой общества», подавляющая любое инакомыслие, сливающаяся фактически с государством.

Эволюцию партий как специфических социальных институтов в демократическом обществе проследил на страницах своего труда «Демократия и политические партии» М.Я. Острогорский. Он показал, как по мере расширения избирательного права и увеличения потребности в создании особой организации для выборов возникали свободные организации, создававшиеся на партийной основе.

Острогорский считал, что их появление в США и Англии явилось губительным для общественной жизни, так как посредничество между народом и его уполномоченными, выбор которых он лишь утверждал, свело до минимума ответственность избранных перед доверителями и отдало действительную власть в руки партийных «руководителей, которые, под предлогом приведения в порядок общественного мнения, сделали, таким образом, хозяевами положения»⁷.

Рассуждая теоретически, Острогорский пришел к выводу, что «партия по своей природе является свободным объединением граждан, которое, как и всякое другое объединение, не поддается внешнему воздействию, поскольку оно не противоречит общему закону». По мнению Острогорского, внутренняя жизнь партии не должна контролироваться государством, т.е. последнее не имеет права «ни штемпелевать политических убеждений, ни устанавливать условий, при которых этот штемпель может быть наложен». В начале XX в., как утверждает ученый, ни в одной свободной стране не было даже попыток государства вмешиваться в дела партий.

В отличие от других стран в России, несмотря на введенную Манифестом 17 октября 1905 г. свободу создания союзов, в том

⁷ Острогорский М.Я. Демократия и политические партии. М., 2010. С. 633–634.

числе политических партий, тем не менее, правительство жестко контролировало их деятельность, деля партии на легальные и нелегальные. В отличие от России в США, как писал исследователь американских партий, государство не подавляет ни одной партии, но все регламентирует.

Система партий с момента своего создания регулировалась правом, и, в отличие от других общественных организаций, это регулирование было намного более скрупулезным, что было связано с тем, что партии выражали, прежде всего, политические интересы населения, т.е. интересы, вторгающиеся в сферу влияния государства.

Однако в научной литературе встречались и иные взгляды по вопросу правового регулирования деятельности партий. Так, по мнению Ю.С. Гамбарова, политические партии как общественные группы, представляющие собой только часть народа или общества, являются не юридическим, а только социальным фактом, лишенным всякой юридической санкции и предоставленным исключительно действию так называемых «конвенциональных норм»⁸.

Ю.С. Гамбаров дает толкование понятию политической партии, которое во многом соответствует современному пониманию сущности данного явления, однако указанное положение партии вне правового поля уже не соответствует реалиям сегодняшнего времени, в частности, положение об отсутствии регламентации деятельности политических партий со стороны государства. Во многих странах, в том числе и в России, уже давно действуют правовые нормы, регулирующие создание и деятельность этих организаций.

Современное понятие политических партий основано на законодательных требованиях индивидуального или фиксированного членства, минимальной численности, обязательности регистрации и участия в выборах, отчетности за получение и расходование денежных средств, наличия территориальной структуры и т.д.

Согласно статье 23 Федерального закона РФ «Об общественных объединениях» не допускается отказ в государственной регистрации общественного объединения по мотивам нецелесооб-

⁸ Гамбаров Ю.С. Политические партии в их прошлом и настоящем. Изд. 2-е. СПб., 1905. С. 1–13.

разности его создания⁹. Регистрирующие органы не могут давать собственные оценки создающимся политическим партиям об их «благонадежности», «лояльности правящему режиму» и т.д., иначе тем самым они нарушат конституционное право граждан на объединение.

Политические партии имеют свою специфику, отличную от других общественных объединений, на что обращали внимание ученые еще в начале XX в. Во-первых, политические партии обеспечивают участие в управлении делами государства большой массы населения. Во-вторых, они формулируют политические требования и занимаются политическим воспитанием масс. В-третьих, им принадлежит эксклюзивное право выдвижения кандидатов на выборах представительных органов государственной власти всех уровней и должностных лиц. В-четвертых, партии имеют особую организационно-правовую форму с заданными параметрами численности, территориальной структуры, руководящими органами и их ротацией. В-пятых, политические партии включаются в государственный механизм посредством их участия в парламентской деятельности, обсуждении законопроектов, формировании правительства. В-шестых, партии, подавляя вначале «индивидуумов» внутри себя жесткой дисциплиной, пытаются диктовать свою волю другим организациям и всему обществу и затем встают над ними.

Острогорский писал об этой особенности партии так: «Чем более совершенна организация, тем более она деморализует партию и принижает общественную жизнь». В конце концов, отмечая недостатки партийной системы, он вынужден был признать, что «группировки граждан во имя политических целей, которые называют партиями, необходимы везде, где граждане имеют право и обязаны выражать свои мнения и действовать; но нужно, чтобы партия перестала быть орудием тирании и коррупции»¹⁰.

⁹ Об общественных объединениях: Федеральный закон № 82 от 19 мая 1995 г. (в ред. ФЗ от 28.12.2013 № 396) // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». Законодательство. Версия Проф.

¹⁰ Острогорский М.Я. Демократия и политические партии. М., 2010. С. 633–634.

Как выход из такого положения Острогорский предлагает вместо партий с жесткой дисциплиной создавать группировки, которые бы свободно организовывались и реорганизовывались в зависимости от изменившихся проблем жизни и общественного мнения. Тогда партии переставали быть целями, а становились бы средствами решения вопросов для избирателей. В данном случае гражданин не отдается целиком какой-то одной партии, он может выбирать любую партию, сохраняя при этом свою свободу. Но таким образом, партия теряет одну из важнейших своих особенностей – постоянство, регулярность, организованность. В-седьмых, партии подлежат более жесткому законодательному регулированию, чем общественные организации, которые вообще могут не регистрироваться, не подавать регулярно сведений о себе, в том числе финансовые отчеты т.п.

Таким образом, являясь специфическим социальным институтом, политическая партия выполняет двойную функцию: она объединяет «различные оттенки общественного мнения, превращая их в единое тело с единой душой», и обеспечивает «регулярную игру политических сил», уравнивая их. Кроме того, политическая партия, играя посредническую роль между обществом и государством, доносит требования народа до своих представителей в законодательных (представительных) органах государственной власти для того, чтобы они были учтены в законодательстве.

Главную роль в парламенте играют партийные фракции и комитеты, в рамках которых происходит выработка проектов законов и их обсуждение, предпринимаются шаги по реализации предвыборных программ. Партии также осуществляют общественный или партийный контроль за исполнением законов.

Однако практика деятельности молодых партий в России свидетельствует о том, что многие из них не осознают в полной мере своей ответственности за ту миссию, которая на них возложена. Они не реализуют тот потенциал общественных интересов, мнений, который созрел в обществе и требует своей мобилизации, своего выражения, представления на уровне государства. Этим партиям или предстоит пройти нелегкую школу демократии, или сойти с политической арены, расписавшись в своем бессилии.

*Е.Л. Кдлян**

ФОРМИРОВАНИЕ ПРАВОВОЙ АКТИВНОСТИ ЛИЧНОСТИ КАК ОСНОВНАЯ ЦЕЛЬ ЗАКОННОСТИ

Законность как системное образование обладает значительным потенциалом воздействия на общественные отношения, поведение всех субъектов правовой системы, в том числе и личности.

Требования законности, обладая нормативным характером, являются разновидностью правил поведения людей. Они дают индивиду стратегию поведения в правовой сфере, намечают общую линию действий по овладению навыками правомерного поведения, направляют на строжайшее соблюдение правовых запретов, стимулируют поиск наиболее рациональных вариантов поведения, допускаемых нормами права.

Законность, воздействуя на личность, формирует параметры ее правового поведения. Правомерное и противоправное поведение являются сторонами одного явления – поведения правового. Как отмечал В.Н. Кудрявцев, правовое поведение содержит в себя как норму, так и патологию поведения в сфере права, т.е. все виды человеческого поведения, влекущего юридические последствия¹. Иными словами, суть правомерного поведения заключается в следовании норме, в совершении действий в рамках правовой нормы, а суть противоправного поведения – в нарушении нормы. «Правомерное и противоправное поведение представляют собой единство противоположностей – как две противоречивые и неразрывные стороны правовой действительности, каждая из которых не существует в отдельности»².

Законность, воздействуя на личность, формирует ее поведение в определенном направлении. В правовом государстве такое воздействие нацелено на конечный результат – правомерное поведение, что достигается путем создания необходимых ориентиров,

* Кдлян Е.Л. – кандидат юридических наук, доцент Сочинского государственного университета.

¹ См.: Кудрявцев В.Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982. С. 36.

² Оксамытный В.В. Правомерное поведение личности. Киев. 1985. С. 80.

рамок, пределов для правомерного поведения и противодействия противоправному поведению личности.

Одним из требований законности к правовому поведению личности является достижение его правомерности. Однако мы не можем ставить знак равенства между законностью и правомерным поведением, так как правомерность является одним из его признаков.

Н.Н. Вопленко характеризует правомерность как упорядоченное соответствие общественных отношений системе законов и основанных на них подзаконных актов, которая производна от свойств государственной обязательности и гарантированности требований законности³. Основные возможности и функциональная нагрузка законности направлены на достижение именно правомерного поведения и минимизацию противоправного. Дифференциация правомерного поведения во многом зависит от степени реализации требований законности.

Таким образом, требования законности (в случае реализации или нереализации соответствующих требований) можно также рассматривать в качестве критерия, основания подразделения правового поведения на противоправное и правомерное, а также их дифференциации на соответствующие формы.

Одной из важнейших особенностей правомерного поведения является то, что оно является общественно необходимым и общественно полезным поведением. Правомерное поведение создает основу стабильности и организованности общества, формирует предпосылки для его развития и совершенствования, способствует укреплению законности и конституционности.

Правомерное поведение с учетом его мотивации, затратности усилий индивида можно подразделить на две основные формы: правовую активность и позитивную правовую пассивность. Однако есть и пограничные состояния правомерного поведения, например маргинальное.

Правовая активность обладает такими признаками, как объективное соответствие поведенческих актов правовым предписаниям; наличие такого качества, которое предполагает хорошее

³ См.: Вопленко Н.Н. Законность и правовой порядок. Волгоград. 2006. С. 20.

знание права, понимание ближайших целей правовых норм, полное совпадение личного интереса адресата нормы с государственным в сознательном следовании предъявляемым требованиям⁴. Достижению свойств правовой активности способствуют специальные требования законности.

Во-первых, правовая активность проявляет себя преимущественно как практическая деятельность в рамках режима законности. Требования законности оказывают свое воздействие на формирование свойств правовой активности через правосознание, правовую культуру.

Во-вторых, в специально-юридическом значении правовая активность характеризует, прежде всего, степень участия «невластных» субъектов в работе механизма правового регулирования, то есть индивида.

В-третьих, в наиболее общем плане содержание правовой активности личности составляет правомерная реализация субъективных прав и юридических обязанностей. Социально-правовая активность личности – это позитивная деятельность, заключающаяся в активном использовании прав, неукоснительном исполнении обязанностей, строгом соблюдении запретов. В конечном итоге данная деятельность направлена на создание соответствующих предпосылок и пользование социальными благами, удовлетворение личных и общественных потребностей.

Таким образом, реализация требований законности непосредственно связана с процессами обеспечения и защиты прав и свобод личности, созданием необходимых условий для соблюдения запретов и исполнения обязанностей.

В-четвертых, правовая активность – это не просто какой-то особый вид правомерного поведения, а его более высокая форма. Правовая активность связана с поиском наиболее эффективных средств и способов осуществления личностью своего правового статуса. Она основывается на убежденности в высокой социальной ценности права и законности, необходимости сознательного и всемерного соблюдения их требований.

⁴ Тюрина Н.И. Правомерное поведение как объект юридического исследования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов. 2003. С. 11.

Воздействие законности на процесс формирования правовой активности личности не ограничивается лишь обеспечением формального соответствия ее поведения нормам права. Это минимум возможностей законности, низший предел, недостижение которого свидетельствует о состоянии беззакония, отступлении от норм права. Требования законности оказывают влияние на сознание, волевые поведенческие акты индивида.

Как отмечает А.А. Фатьянов, волевые действия детерминированы различными внешними факторами (не может быть абсолютно ни на чем не основанных желаний и хотений), однако важным (если не важнейшим) является создание таких правовых условий, при которых человек самостоятельно формирует направления или цель собственной деятельности⁵.

Под таким углом зрения реализация требований законности является необходимым условием для проявления правовой активности. Законность ставит перед личностью, когда речь идет о ее правовой активности, более высокие задачи, что находит свое выражение в соответствующих требованиях.

Иными словами, всякая форма правомерного поведения соответствует требованиям законности, но только правовая активность есть воплощение всех ее требований в полном объеме. Следовательно, наличие определенной совокупности требования законности в поведении личности – это один из возможных критериев выделения такой формы правомерного поведения, как правовая активность.

Другой формой правомерного поведения является позитивная правовая пассивность. Она предстает в виде предусмотренного законом пассивного поведения – бездействия, когда его субъекты, без особой активности, равнодушно соблюдают законы, хотя внутренне нередко с ними не согласны. Фактически это принудительное или вынужденное поведение. Однако в теории права большинство авторов относит правовую пассивность к правомерному поведению⁶. По мнению Е.Л. Ковалевой, конформистское

⁵ См.: Фатьянов А.А. Воля как правовая категория // Государство и право. 2008. № 4. С. 7.

⁶ См., например: Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права. М., 2005. С. 708; Абдуллаев М.И., Комаров С.А. Проблемы теории госу-

(пассивное) поведение выступает как следствие приспособления личности к внешним обстоятельствам, пассивного соблюдения норм права в силу подчинения своих действий (либо бездействия) поведению окружающих по инерции⁷.

Отметим, что в любом случае значительный объем деяний, который охватывается категорией «правовая пассивность», является допустимой формой правомерного поведения. Но речь, конечно, идет о позитивном правовом бездействии, т.е. соблюдении правовых запретов.

Нормы таких отраслей права, как уголовное и административное, содержат правовые запреты. Правовые запреты составляют значительный массив правовой материи. Индивид должен их знать. Соблюдая установленные государством запреты путем воздержания от противоправных действий, индивид обеспечивает реализацию требований законности. При этом реализуется достаточный и необходимый для нормальной жизнедеятельности объем субъективных прав, таких как право на жизнь, на жилище, на свободу и личную неприкосновенность, на частную собственность, право на отдых и др. Такую форму правовой пассивности часто называют законопослушным поведением⁸.

Таким образом, когда речь идет о позитивной (правомерной) правовой пассивности, то, как минимум, осуществляются такие требования законности, как неукоснительное и точное выполнение личностью положений законов, подзаконных актов, иных источников права, а также правоприменительных актов, в сферу действия которых подпадает ее поведение; соответствие правового поведения личности интересам общества, государства и других лиц; необходимость усилий личности по овладению и использованию правовой информации о состоянии законности в стране, регионе, муниципальном образовании.

дарства и права. СПб., 2003. С. 444; Теория государства и права / Под ред. А.С. Пиголкина. М., 2005. С. 526.

⁷ См.: Ковалева Е.Л. Правомерное и противоправное поведение: их соотношение: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 207.

⁸ См.: Оксамытный В.В. Правомерное поведение. Общая теория государства и права: Академический курс в 2 т. / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М., 1998. С. 562–563.

Воздействие на процесс реализации требований законности правовой пассивности может быть как прямым, так и косвенным. Эффективность воздействия законности на ход обеспечения прав личности, когда она проявляет пассивность, во многом зависит от содержания того или иного субъективного права. В процессе осуществления тех или иных правомочий, входящих в структуру субъективного права, пассивность в реализации хотя бы одного из них приводит зачастую к неосуществлению его в целом, невозможности вступления в действие соответствующих требований законности. Это можно рассмотреть на примере реализации избирательного права, права на участие в митингах, забастовках и демонстрациях и пр.

Не только уклонение от борьбы за наиболее полное и адекватное закрепление этих прав в действующем законодательстве, соответствующего требованиям международно-правовых стандартов, но и пассивность в осуществлении их правомочий сказываются на уровне эффективности процесса обеспечения данных прав личности. В частности, в случае их реализации правовая пассивность, проявляемая в таких формах, как неявка на избирательные участки, отказ от участия граждан в политических акциях и действиях по отстаиванию своих правомочий, безразличие к правовым аспектам деятельности политических партий и общественно-политических движений, полная или частичная информационная инфантильность в правовой сфере, оказывает существенное воздействие на конечный результат процесса их осуществления, на деятельность структур, наделенных властными полномочиями по обеспечению требований законности в поведении индивида.

Правовая пассивность личности в реализации всех требований законности влияет и на ход восприятия ценностных характеристик, значимость тех или иных субъективных прав в жизнедеятельности индивида, в нормальном функционировании правовой, политической и экономической систем общества, необходимости соблюдения законности в процессе реализации субъективных прав.

Таким образом, степень реализации (нереализации) требований законности – это один из критериев, оснований подразделения правового поведения личности на правомерное и противоправное. Основной целью законности как фактора воздействия на правовое

поведение личности является формирование ее правовой активности. Законность ставит перед личностью, когда речь идет о ее правовой активности, более высокие задачи, чем просто соблюдение правовых предписаний. Всякая форма правомерного поведения обладает качеством законности, но не всякая, а только правовая активность есть воплощение всех ее требований в полном объеме.

*О.И. Чаплюк**

О НЕКОТОРЫХ АСПЕКТАХ ПРИРОДЫ НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА

Проблематика исследования категориальных аспектов, сущности, природы, процессуальных и субъектных основ правотворчества всегда характеризуется особой актуальностью в процессе развития юридической науки и практики. Такое теоретико-практическое внимание к правотворчеству обуславливается прежде всего его значимостью для надлежащего функционирования и развития как общества, так и государства. Именно посредством правотворчества обеспечивается надлежащее правовое регулирование всех сфер общества.

Любая позитивная или негативная динамика, происходящая в жизнедеятельности современного общества, каждого отдельного государства не только определенным образом модернизирует все процессы, которые являются основой их функционирования, а и способствует интенсификации правотворчества на национальном уровне.

Целесообразно отметить, что указанная категория имеет особый не только правовой, но и многоаспектный характер, поскольку, с одной стороны, она является зависимой от развития окружающей социальной действительности, а, с другой стороны, благодаря своему правовому результату в форме нормативных правовых актов служит основой для дальнейшей эффективной

* **Чаплюк О.И.** – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Киевского университета права Национальной академии наук Украины.

модернизации государственно-правовой действительности. Поэтому, исходя из особой теоретико-практической, общесоциальной миссии национального правотворчества, хотелось бы исследовать природу этого правового явления. Ведь это важно для дальнейших научных исследований этой категории, феноменологического характера, особенностей осуществления, содержания, а также других концептуальных характеристик, определяющих целенаправленность национальной правотворческой деятельности.

В целом сущность категории природы сводится к ее пониманию как такового, что присуще каждому явлению с момента его возникновения¹. Не является исключением и национальное правотворчество, что характеризуется особенной генезой возникновения и развития. Неопровержим факт, что источником для характеристики природы национального правотворчества являются сложные факторы разного рода характера, то есть объективного, субъективного, процессуального, а также национального и международного. Именно они не только способствуют развитию национального правотворчества в конкретно взятом государстве, а и определяют степень его интенсификации и, что самое важное, характер и природу возникновения и дальнейшего развития.

Что касается природы национального правотворчества, то следует отметить особенный характер источников этого явления.

Национальное правотворчество за своей сущностью является деятельностью специально уполномоченных субъектов с обязательным участием институтов гражданского общества, направленной на выявление и изучение особенностей общественных отношений, которые требуют правового регулирования, принятия и введения в действие норм национального права, регулятивное действие которых распространяется на территорию определенного государства и его граждан, отражает внутреннюю политику государства и состояние развития гражданского общества.

Это определение указывает на особый характер национального правотворчества, а именно его осуществление как в правовых, так и территориальных пределах конкретного государства, а нормы национального права распространяются исключительно на территорию и граждан государства, в котором они формируются.

¹ Философский энциклопедический словарь. М., 2000. С. 364.

Вполне утвердительно указывает В. Василенко на то, что сферой действия норм, которые закреплены в источниках национального права, является исключительно сфера внутрисударственных отношений, а их адресатами выступают исключительно субъекты национального права². Исходя из этого можно утверждать, что природа национального правотворчества формируется на основе тех объективных и субъективных процессов, что возникают и осуществляются в пределах государства.

Например, факторы национального, культурного, идеологического и религиозного и даже географического характера конкретного государства и народа обуславливают природу национального правотворчества и обосновывают ее принадлежность именно к ней, то есть в территориальных границах которой осуществляется. Именно выяснение и отражение национальных интересов социальных институтов общества в законодательстве государства свидетельствует о высоком уровне обеспечения основных прав, свобод и интересов граждан, проживающих на территории соответствующего государства. Об этом отмечал еще К. Победоносцев, утверждая, что для обеспечения эффективности закона необходимо, чтобы он соответствовал реальным потребностям народности, именно в той сфере, к которой относится, чтобы он полностью соответствовал экономическим условиям и интересам самого народа³. В этом контексте можно утверждать о социальном характере (подтексте) правотворческой деятельности на национальном уровне.

Не менее эффективно определяют природу национального правотворчества содержание, а также уровень развития общественных отношений, что складываются и возникают в процессе жизнедеятельности народа, общества и государства потому, что истоком их появления является «общение», «функционирование» всех без исключения социальных, политических и других, институциональных элементов общества и государства. В этом аспекте следует отметить объективность природы национального правотворчества.

² Василенко В.А. Основы теории международного права. К., 1998. С. 194.

³ Теория государства и права: хрестоматия. В 2 т. Т. 2 / авт.-сост. В.В. Лазарев, С.В. Липень. М., 2001. С. 229.

Возможно утверждать, что определенное влияние на природу национального правотворчества имеет состояние и содержание международного сотрудничества, что обеспечивает повышение экономического, социального, культурного уровня развития государств, поскольку государства, реагируя на международное развитие и пытаясь соответствовать новым требованиям, предъявляемым международным сообществом, формируют нормы национального права, которые должны соответствовать международным нормам и стандартам. Целесообразно отметил А. Ющик, утверждая, что новые требования технологического, организационно-управленческого и юридического характера обуславливают необходимость соответствующих изменений в национально-государственном устройстве и правовом регулировании деятельности различных человеческих сообществ⁴.

Важную роль для определения природы национального правотворчества имеют субъективные факторы, которые, по мнению А. Соколовой, характеризуют позицию законодателя в законодательном процессе, уровень его правовой культуры, профессионализма, а также идеологические, политические, религиозные, психологические, моральные ценности и ориентации⁵. Возможно утверждать, что от уровня их профессиональной подготовки будет зависеть качество процесса познания в необходимости урегулирования общественных отношений и формирования эффективного национального законодательства.

Следует отметить, что природа национального правотворчества является совокупностью свойств, обусловленных особенностями его характера, содержания, целью и значением. На основе такого понимания и анализа вышеперечисленных условий целесообразно отметить, что природа национального правотворчества, по нашему мнению, имеет сложный характер, что определяется ее свойствами и заключается в следующем: имеет объективный характер, ведь активизация правотворческой деятельности зависит

⁴ Ющик О.І. Національний законодавчий процес в умовах глобалізації // Національна держава і право в умовах глобалізації: зб. наук. ст. К., 2007. С. 56–57.

⁵ Соколова А.А. Социальные аспекты правообразования. Минск. 2003. С. 45.

от уровня развития общественных отношений, международного сотрудничества, от объективной потребности регулирования общественных отношений внутри государства и международных отношений; социальный характер, обусловленный национальными интересами и потребностями граждан, проживающих в конкретном государстве; субъективный характер, связанный с воздействием на сознание субъектов правотворчества и формирования у них осознания в необходимости создания норм национального права.

Таким образом, природу национального правотворчества обуславливают факторы, отражающие внутреннее состояние и развитие государства, потребности ее граждан. Кроме того, природа национального правотворчества происходит именно от национальных потребностей и интересов, которые имеют объективный характер, а также существуют внутри государства и отражают менталитет, идеологию, культуру и потребности народа, находят свое выражение именно в нормативно-правовых актах, в совокупности составляющих национальное законодательство определенного государства.

*Е.А. Петрова**

РОЛЬ ПРАВА В СОВРЕМЕННОМ ИНФОРМАЦИОННОМ ОБЩЕСТВЕ: НОВЫЕ РЕАЛИИ

Эволюция общественных отношений объективно приводит к изменению всех социальных явлений и институтов, в том числе и права. Современный период развития общества характеризуется как информационный. Исследователи подчеркивают, что сегодня мы переживаем информационную революцию, суть которой заключается в интеграции в едином информационном пространстве по всему миру программно-технических средств, средств связи и телекоммуникаций, информационных запасов или запасов знаний как единой информационной телекоммуникационной инфраструк-

* **Петрова Е.А.** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Ивановского государственного университета.

туры, в которой активно действуют юридические и физические лица, органы государственной власти и местного самоуправления¹.

При этом в литературе не существует единства мнений по поводу определения информационного общества. Так, И.Л. Бачило определяет информационное общество как «общество, базирующееся на принципе “информация для всех”»². Более подробную дефиницию предлагает И.М. Рассолов: информационное общество – это «общество, в котором главным условием благополучия каждого человека и каждого государства становится знание, полученное благодаря беспрепятственному доступу к информации и умению работать с ней, а сам информационный обмен не имеет ни временных, ни пространственных, ни политических границ»³.

В качестве базовой составляющей информационного общества называют информационное взаимодействие, которое обуславливает и иные признаки данного типа социальной структуры. Так, например, в качестве признаков информационного общества указывают:

– полноценное развитие информационной инфраструктуры, обеспечивающей возможность доступа к отечественным и зарубежным информационным ресурсам (порталы, терминалы, банки данных, компьютерные сети и др.);

– наличие внутреннего информационного рынка и его интеграция с мировым информационным рынком;

– существование высокого уровня международного информационного обмена⁴.

Информационное общество предполагает и специфическую форму управления социальными процессами. А поскольку главным «управляющим» институтом в современном государственно-организованном обществе выступает государство, то и оно должно встать на новые информационные «рельсы». Так, выделяют следующие этапы развития общества и соответственно государства: доиндустриальное общество – контрольное государство; индустриальное общество – правовое государство; постиндустриальное

¹ Копылов В.А. Информационное право. М., 2002. С.10–11.

² Бачило И.Л. Информационное право. М., 2012. С. 321.

³ Рассолов И.М. Информационное право. М., 2011. С. 18.

⁴ Там же.

общество – социальное государство; информационное общество – электронное государство⁵.

Происходящие социальные изменения получают отражение и в нормативных источниках. В России в 2010 г. распоряжением Правительства РФ была утверждена государственная программа «Информационное общество» на период 2011–2020 гг.⁶. В ней в качестве основных ожидаемых результатов указываются: обеспечение создания на всей территории РФ современной информационной и телекоммуникационной инфраструктуры; высокое качество предоставления государственных услуг в электронном виде, осуществление подавляющего большинства юридически значимых действий в электронном виде; обеспечение прав и основных свобод человека, в том числе права каждого человека на информацию; достижение такого уровня развития технологий защиты информации, который обеспечивает неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны, безопасность информации ограниченного доступа; высокая степень интеграции РФ в мировое информационное общество и др. Итоговым результатом Программы должно стать наличие широкого спектра возможностей использования информационных технологий в производственных, научных, образовательных и социальных целях. А еще раньше в 2002 г. была утверждена Федеральная целевая программа «Электронная Россия» на период 2002–2010 гг.⁷, реализация основных положений которой (создание единого Портала государственных услуг *gosuslugi.ru*; официальных сайтов государственных организаций и т.п.) и сделало возможным переход к программе развития информационного общества в России.

Очевидно, что новый тип современного общества («информационный») и государства («электронный») приводит к форми-

⁵ Ковалева Н.Н. Информационное право России. М., 2008. С. 32.

⁶ Распоряжение Правительства РФ от 20.10.2010 № 1815-р «О государственной программе Российской Федерации «Информационное общество (2011–2020 годы)» // СЗ РФ. 15.11.2010. № 46. Ст. 6026. <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 31.12.2013).

⁷ Постановление Правительства РФ от 28.01.2002 № 65 «О федеральной целевой программе «Электронная Россия (2002 – 2010 годы)» // СЗ РФ. 04.02.2002. № 5. Ст. 531; СЗ РФ. 21.06.2010. № 25. Ст. 3166.

рованию и нового типа права, что, на наш взгляд, проявляется в нескольких аспектах.

Во-первых, в определенной степени изменяются способы внешнего закрепления правовых норм. Хотя традиционные формы права сохраняются (нормативно-правовой акт, нормативный договор и т.д.), но правовая информация в «электронном» государстве неизбежно должна существовать в электронном виде. Ярким свидетельством тому в РФ выступает наличие «Официального интернет-портала правовой информации» (www.pravo.gov.ru), который с 10 ноября 2011 г.⁸ стал официальным источником опубликования основных правовых актов РФ (федеральных конституционных законов, федеральных законов, международных договоров РФ, указов Президента РФ и др.). Появление, наряду с печатными, официального электронного источника опубликования имеет большое практическое значение, т.к. делает правовую информацию более доступной для населения, упрощает поиск необходимых актов и ускоряет процесс их обнародования.

Во-вторых, в информационном обществе право начинает регулировать новые сферы общественных отношений, связанные с реализацией конституционно закрепленных права на информацию и свободы информации⁹. В качестве примеров можно привести такие сравнительно «молодые» законы, как Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹⁰; Федеральный закон от 09.02.2009 № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления»¹¹; Федеральный закон от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об

⁸ См.: Федеральный закон от 21.10.2011 № 289-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» // СЗ РФ. 24.10.2011. № 43. Ст. 5977.

⁹ П. 4 ст. 29 Конституции РФ закрепляет: «Каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом».

¹⁰ СЗ РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448. <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 30.12.2013).

¹¹ СЗ РФ. 16.02.2009. № 7. Ст. 776. <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 30.12.2013).

электронной подписи»¹²; Федеральный закон от 28.12.2013 № 443-ФЗ «О федеральной информационной адресной системе и о внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹³ и др.

Отличительной особенностью большинства подобных законов является наличие статей, содержащих определение понятий, т.к. многие из используемых в данных актах дефиниции являются новыми специальными терминами. Например, закон «Об информации...» в статье 2 содержит 20 определений: информация, информационные технологии, документированная информация, электронный документ, сетевой адрес, провайдер хостинга и т.д. Причем в статье эти периодически вносятся дополнения: так, ст. 2 закона «Об информации...» в первоначальной редакции 2006 г. содержала только 11 дефиниций. Изменяются даже названия законов: если до 1 июля 2013 г. действовал Федеральный закон от 10.01.2002 № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи», то сейчас – Федеральный закон «Об электронной подписи».

Принятие подобных законов и необходимость урегулирования все новых сфер информационного взаимодействия привели, по мнению ряда ученых, к появлению самостоятельной отрасли *«информационное право»*.

Так, например, Н.Н. Ковалева считает информационное право новой комплексной отраслью права и определяет ее как совокупность правовых норм, относительно охраняемых государством, возникающих в информационной сфере производства, преобразования и потребления информации. При этом в качестве основных критериев отграничения данной отрасли от других она указывает следующие: значительный массив законодательства; экономическая и социальная заинтересованность государства в развитии информационных отношений; возникновение и бурное развитие правоотношений в информационной сфере, влекущее за собой постоянное расширение отношений субъектов и объектов; наличие са-

¹² СЗ РФ. 11.04.2011. № 15. Ст. 2036.

¹³ <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 30.12.2013). Начало действия документа – 01.07.2014.

мостоятельного предмета правового регулирования¹⁴. И.Л. Бачило относит информационное право к отраслям так называемого «третьего уровня», которые имеют свой предмет (в данном случае – «информационные отношения»), но комплексные по методам регулирования правовых отношений своей предметной области. «...Эта отрасль, – пишет она, – является новой комплексной отраслью публичного права, входит в семейство административного права; законодательство этой отрасли привлекает и активно использует нормы конституционного, административного, гражданского, уголовного права»¹⁵.

Не вдаваясь в дискуссию по данному вопросу, отметим лишь, что, по нашему мнению, нужно весьма осторожно относиться к выделению новых отраслей в целом и информационного права в частности, чтобы не размыть систему права как таковую. Появление же массива законодательных актов в информационной сфере свидетельствует лишь о формировании новой отрасли законодательства. Хотя, как подчеркивает И.Л. Бачило, именно предметная область законодательства символизирует рождение отрасли права и дает ей название¹⁶.

Наконец, в-третьих, усиливается роль права в вопросах защиты самой информации и защиты субъектов от информации. Ведь в информационном обществе, как справедливо подчеркивают исследователи, информация трансформировалась в мощный реально ощутимый ресурс, имеющий даже большую ценность, чем природные, финансовые, трудовые и иные ресурсы; информация стала товаром, который продается и покупается; информация превратилась в оружие, с помощью которого возникают и прекращаются информационные войны¹⁷.

Статья 9 закона «Об информации...» устанавливает допустимость ограничения доступа к информации только федеральными законами в целях охраны основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

¹⁴ См.: Ковалева Н.Н. Указ. соч. С. 7–9.

¹⁵ Бачило И.Л. Указ. соч. С.26, 36.

¹⁶ Там же. С. 24.

¹⁷ Копылов В.А. Указ. соч. С. 10–11.

Говоря о защите информации, в первую очередь мы имеем в виду защиту информации, составляющей тайну (государственную, коммерческую, профессиональную и т.д.), и иной конфиденциальной информации. Здесь особую актуальность приобретает (в связи с развитием информационных технологий и Интернета как «среды свободного распространения информации») проблема защиты персональных данных лица. Поэтому очень важным было принятие Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»¹⁸, закрепившего два главных условия обработки персональных данных: соблюдение конфиденциальности лицами, получившими доступ к персональным данным (ст. 7) и получение согласия субъекта персональных данных на предоставление его персональных данных (ст. 9).

Что же касается защиты *от* информации, то здесь интересен Федеральный закон от 29.12.2010 № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию»¹⁹, который определил виды информации, причиняющей вред здоровью и (или) развитию детей, и установил условия её распространения. Так, например, в п. 2 ст. 5 Закона указываются виды информации, запрещенной для распространения среди детей, в частности: побуждающая детей к совершению действий, представляющих угрозу их жизни и (или) здоровью; способная вызвать у детей желание употребить наркотические средства, психотропные и (или) одурманивающие вещества, табачные изделия, алкогольную и спиртосодержащую продукцию, принять участие в азартных играх, заниматься проституцией, бродяжничеством или попрошайничеством и др. А в п. 3 ст. 5 перечисляется информация, распространение которой среди детей определенных возрастных категорий (до 6, 12, 16 лет) ограничено, например: представляемая в виде изображения или описания жестокости, физического и (или) психического насилия, преступления или иного антиобщественного действия; вызывающая у детей страх, ужас или панику; содержащая бранные слова и выражения, не относящиеся к нецензурной брани, и т.п.

¹⁸ СЗ РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3451. <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 23.07.2013).

¹⁹ СЗ РФ. 03.01.2011. № 1. Ст. 48. <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 08.07.2013).

Большим недостатком данного закона, на наш взгляд, выступает положение, согласно которому классификация информационной продукции осуществляется ее *производителями* и (или) *распространителями самостоятельно* до начала ее оборота на территории РФ (ст. 6), что, учитывая весьма абстрактные критерии классификации, ведет к субъективному их толкованию и отсутствию единства правоприменения.

Есть и конституционно установленные меры защиты от «вредной» информации. Так, в соответствии с п. 2 ст. 29 Конституции РФ не допускаются пропаганда или агитация, возбуждающие социальную, расовую, национальную или религиозную ненависть и вражду; запрещается пропаганда социального, расового, национального, религиозного или языкового превосходства. В целом при регулировании вопросов защиты информации и от информации важнейшая задача законодателя состоит в том, чтобы обеспечить оптимальный баланс между конституционно гарантированными свободой информации и защитой прав и интересов личности, общества и государства.

Таким образом, мы видим, что в условиях современного информационного общества изменяются формы права в сторону перевода их на «электронные рельсы», расширяются сферы правового регулирования за счет разнообразных информационных отношений, усиливается роль права в защите «базиса» информационного общества – информации.

*Е.Н. Пилипенко**

К ВОПРОСУ О ПРИМЕНЕНИИ НОРМАТИВНЫХ ПРЕДПИСАНИЙ

Актуальность темы обусловлена ее практическим и теоретическим значением для усовершенствования правовой системы и правосудия как ее важного элемента. Именно в его рамках на данный момент осуществляются коренные правовые преобразования.

* **Пилипенко Е.Н.** – старший преподаватель кафедры истории и теории государства и права Бердянского университета менеджмента и бизнеса.

Практическое значение данного исследования проявляется в социальном предназначении правоприменительной формы деятельности государства вообще и правосудия в частности, так как именно в решениях суда отображается качественность принятых государством законов. Теоретическое значение постановки и изучения данной темы состоит в том, что правоприменение, являясь важнейшим фактором влияния на правовое регулирование общественных отношений, остаётся малоизученным. В частности, исследованию основных требований правильного применения нормативных предписаний недостаточным образом уделяли внимание ученые в предыдущие периоды развития юриспруденции: в основном рассматривали такие категории правоприменения, как обоснованность, целесообразность, законность, в то же время остаются малоизученными принципы справедливости, добросовестности, пропорциональности и разумности.

Необходимым условием признания обществом нормативно-правовых актов является их обоснованность, которая означает, что принятие правоприменительного решения должно основываться на всестороннем и полном исследовании всех фактических обстоятельств дела, имеющих юридическое значение.

По мнению Н.В. Глинской, обоснованность принятого решения составляет результат его обоснования и предусматривает подтверждение правильности всех выводов, содержащихся в конкретном правоприменительном акте, ссылкой на соответствующие нормы права, а также совокупностью доказательств и взаимосвязанных с ним убедительных доводов¹. Отметим, что обоснование правоприменительных актов должно быть не однократным действием, а продолжающимся во времени явлением, имеющим свою структуру, которая включает в себя предмет обоснования, доказательственную базу, логические доводы принимаемого решения.

Принцип обоснованности правоприменительной деятельности затрагивает все стадии правоприменительного процесса, а не только акт правоприменения. Использование данного принципа позволяет установить объективную истину юридического дела,

¹ Глинська Н.В. Обґрунтування рішень у кримінальному процесі: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук : спеціальність 12.00.09. Харків. 2003. С. 12.

избежать неоправданного и недобросовестного затягивания правоприменительного процесса, предотвратить его осложнение выполнением мелких формальностей.

Целесообразность применения нормативного предписания обеспечивает его оптимальность, достижение того социального эффекта, который закладывался при принятии нормативного акта.

Требование целесообразности объясняет общую направленность и цель правоприменения. Ценностная направленность правоприменения означает соответствие этого процесса основополагающим принципам права, составляющим основу права: равенство, справедливость, свобода, гуманизм².

Поскольку нормативно-правовой акт не способен урегулировать все особенности конкретной жизненной ситуации, то правоприменительный акт благодаря использованию принципа целесообразности предоставляет возможность участникам общественных отношений избрать наиболее эффективный способ разрешения юридического конфликта. Акт правоприменения способствует проявлению инициативы и самостоятельности субъектов, предлагает различные варианты поведения, но исключительно в рамках закона. Подчеркнём, что недопустимо нарушать законодательные требования, ссылаясь на целесообразность.

Закон предоставляет правоприменительным органам возможность субъективного суждения при разрешении дела, ценность которого состоит в том, что данный факт позволяет учитывать особенности данной конкретной ситуации³.

Основной правовой идеей, заложенной в основу всего права в целом, является требование строгого и неуклонного применения права во всех социальных явлениях. Идеологической основой этого требования является положение про всеобщую обязательность закона.

Принцип законности определяет тенденции развития правоприменительной деятельности и отображает связь между реаль-

² Малишев Б.В. Застосування норм права (теорія і практика): навч. посіб. К., 2010. С. 25.

³ Гнатюк М.Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук: спеціальність 12.00.01. К., 2007. С. 15.

ным поведением и нормами права, а точнее отношения соответствия между реальным (фактическим) поведением и требованиями права как нормативно-регулятивной системы⁴.

Правоприменительное решение должно приниматься в пределах компетенции органа правоприменения, в порядке и форме, предусмотренной законом. При осуществлении применения права к конкретной жизненной ситуации необходимо избрать предусмотренную законом норму, придерживаться ее содержания, осуществить верную правовую квалификацию дела.

Немаловажное значение имеет также обеспечение контроля и надзора за законностью правоприменительной деятельности, выражающееся в праве на обжалование незаконных актов, установлении строгой юридической ответственности должностных лиц.

Подчеркнем, что правоприменительные акты, принятые в строгом соответствии с принципом законности, содействуют разрешению социальных противоречий, учитывают справедливые и объективные индивидуальные потребности, а также интересы общества в целом.

С требованиями целесообразности и законности в значительной мере взаимосвязан принцип справедливости. Общеизвестно, что справедливый закон требует справедливого применения. Как указывает А.В. Аверин, достижение справедливости в правоприменительном процессе зависит не столько от процессуальной регламентации действий правоприменителя, сколько от уровня правовой культуры и правосознания его самого и других участников дела⁵. В связи с указанным возрастает значение принципа справедливости не только в правоприменительной деятельности, но и при издании акта правоприменения.

Справедливость как правоприменительное требование предусматривает беспристрастность к лицу, в отношении которого выносится решение, и предупреждение произвола при рассмотрении дела.

⁴ Невзоров І.Л. Принцип законності в правозастосувальній діяльності: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук: спеціальність 12.00.01. Харків, 2003. С. 16.

⁵ Аверин А.В. Истина и судебная достоверность (Постановка проблемы). 2-е изд., доп. СПб., 2007. С. 82.

Принцип справедливости приобретает особое практическое значение в правоприменительной деятельности судебных органов, в частности, когда законодательство предоставляет возможность правоприменителю действовать по собственному усмотрению, например, провозглашение судьей приговора с назначением виновному меры наказания ниже низшего предела. Справедливым будет тот приговор суда, в котором наказание назначено с учетом предусмотренных законом индивидуальных особенностей преступления и лица, его совершившего. В данном случае определение пределов правоприменительной деятельности тесно связано с уровнями правосознания лица, издавшего акт правоприменения.

Одним из основных требований правильного применения нормативных предписаний выступает добросовестность, которую следует рассматривать как верность принятым на себя обязанностям, а также уважение и доверие к другим участникам правоотношения. Добросовестность означает стремление старательно выполнить свои обязанности и защитить права. Отсутствие данной категории в правоприменительной деятельности может нейтрализовать социально-полезный эффект нормы права. Нарушение указанного принципа может привести к следующим последствиям: субъективное право, приобретенное недобросовестно, не подлежит судебной защите, а в случае такого его приобретения имущество подпадает под категорию недействительных сделок; юридическая обязанность, недобросовестно выполненная или прекращенная, не считается исполненной, а ее субъект продолжает считаться обязанным.

К применению норм права предъявляется требование пропорциональности, предусматривающее учет противоречивых интересов всех участников правоотношений.

Выбирая необходимый вариант поведения, правоприменительный орган должен сравнить интересы тех, кому вынесение акта правоприменения будет выгодно, а кому – вредно. В результате проведенного анализа правоприменительный акт должен представлять собой справедливый компромисс между удовлетворенными и оспоренными интересами.

Принцип пропорциональности содержит требования, адресованные в первую очередь законодателю, однако этот принцип адресован также и судьям, которые, применяя закон, выступают в

роли оценщиков ограничительных действий законодателя, они разрабатывают систему критериев о пределах правоприменительного вмешательства законодателя в то или другое право⁶.

Многие юристы, а равно и неюристы, ассоциируют принцип пропорциональности в первую очередь – и главным образом – с уголовным правом и соразмерностью наказания преступлению. То, что справедливое наказание означает наказание, пропорциональное совершенному преступлению, кажется вполне очевидным. Эта идея подкрепляет понимание пропорциональности как принципа, определяющего должное соотношение между двумя элементами: между наказанием и преступлением, между благами, которые заслуживает лицо, и его заслугами, трудом, потребностями либо, наконец, должностным положением, между теми благами, которые отдает и получает одна сторона, и благами, которые отдает и получает другая. Согласно этому подходу решение о пропорциональности требует проведения сравнения преступления и наказания, благ и заслуг, благ и затраченного труда, благ и потребностей, благ и ранга, а также результатов сделки для обеих ее сторон⁷.

Одним из критериев соблюдения принципа пропорциональности является требование разумности в правоприменительной деятельности, которое означает взвешенный и сбалансированный учет интересов всех его участников, а также публичного интереса.

Под разумностью в общенаучном значении необходимо понимать присущую человеку познавательную способность, предполагающую нормальную деятельность его сознания, направленную на установление, упорядочение, систематизацию и выявление смыслового содержания, внутренних и внешних связей вещей и явлений⁸.

Разумность отображает качественную сторону интерпретации, которая осуществляется во время правоприменения и свойст-

⁶ Погребняк С.П. Принцип пропорційності в судовій діяльності // Філософія права і загальна теорія права. 2012. № 2. С. 49.

⁷ Шлинх Б. Баланс и пропорциональность. К проблеме баланса фундаментальных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2(87). С. 57.

⁸ Волосатова Л.В. Принцип разумности в реализации субъективных гражданских прав. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 195.

венна ему именно в связи с тем, что она является деятельностью, в основе которой находится такое свойство человеческого сознания, как разум; в случае толкования как деятельности, которая осуществляется разумным лицом, проявление разумности означает, что интерпретатор представляет собой рассудительного, сдержанного и толкового субъекта⁹.

Принятие решения по делу и провозглашение приговора требует от судьи обязанность осуществлять правосудие разумно, основываясь на жизненном опыте, предусматривающем мудрый выбор подлежащей применению правовой нормы.

Нарушение основных требований правильного применения нормативных предписаний неизбежно влечёт наступление правоприменительной ошибки. Неверное правоприменение преграждает реализацию прав, свобод и законных интересов участников правоотношений.

Наиболее опасны правоприменительные ошибки в судебной и правоохранительной деятельности. Так, например, судебные ошибки связаны с неточностью действий, неадекватностью мышления и выражаются в нарушении норм права. Ошибки влекут изменение или отмену актов применения правовых норм. Судебная ошибка рассматривается как дефектный юридический факт – процессуальное действие, нарушающее правовые нормы¹⁰. Под ошибкой понимается неправильное установление фактических обстоятельств дела, неточная правовая квалификация, а также нарушение прав и обязанностей участников судебного процесса при осуществлении процессуального действия, в результате чего происходит незаконное процессуальное поведение, выраженное в принятии противоправного решения.

Таким образом, вся правоприменительная деятельность и правосудие, в частности, которое основывается исключительно на законе и внутреннем справедливом и разумном убеждении судьи, с учетом законодательно установленных требований добросовестности, никогда не будет своевольным и противоправным. В то же

⁹ Прийма С. Принцип розумності тлумачення норм права // Вісник Національної академії правових наук України. 2012. № 3(70). С. 40.

¹⁰ Материалы научно-практической конференции, посвященной 80-летию профессора М.А. Вукот / отв. ред. Н.В. Кузнецов. Саратов. 2003. С. 130.

время игнорирование и невосприятие основных требований правильного применения нормативных предписаний может привести к наиболее опасной юридической проблеме: действующие нормы станут чисто формальными правилами, которые не будут использоваться в правоотношениях и при осуществлении правосудия. Очевидно, что данная ситуация будет более вредной для общества, нежели простое игнорирование закона.

*П.И. Костокрызов**

ОБЩИНА И ПРАВО: ИЗ АРХАИКИ В ПОСТСОВРЕМЕННОСТЬ

Община – древнейшая форма организации социальной жизни *Homo Sapiens*. Можно с достаточной долей уверенности утверждать, что она существует столько же, сколько и само человечество. Но несмотря на столь почтенный возраст, общинные институты нельзя считать отжившим явлением, интересным лишь с исторической точки зрения. Ведь и в наше время община продолжает играть немалую роль в жизни значительной части населения планеты. Это характерно прежде всего для стран «третьего мира», в которых государственные структуры не достигли уровня развития, достаточного для того, чтобы полностью взять на себя все социально-регулятивные функции. Часть этих функций, как и в традиционном обществе, остается на долю общин.

В рамках темы нашей конференции наибольший интерес представляет правотворческая и правоприменительная деятельность общин. Этот вопрос достаточно глубоко исследован в отечественной юриспруденции с исторической и этнографической точек зрения, т.е. применительно к традиционным обществам или «пережиткам», сохранившимся у отдельных народов как часть их культурного наследия. Гораздо меньше внимания российская юридическая наука уделила другому аспекту проблемы, а именно

* **Костокрызов П.И.** – старший преподаватель кафедры истории государства и права Уральской государственной юридической академии.

функционированию общинных институтов в современных цивилизованных обществах.

В данной статье мы обратимся к опыту некоторых стран Латинской Америки, где активно действуют органы общинного правосудия. Сразу оговоримся, что речь пойдет не об оторванных от цивилизации индейских племенах, а о тех общинах, которые составляют часть современного социума. Их члены заняты в современных отраслях экономики и ведут образ жизни, вполне обычный для людей, живущих на рубеже индустриальной и постиндустриальной эпох. Сохранение такой, казалось бы, архаичной структуры, как община, объясняется прежде всего тем, что за двести лет независимости государственные институты многих латиноамериканских стран так и не смогли достичь уровня развития, необходимого для того, чтобы обеспечивать удовлетворительную защиту граждан от преступности и доступность правосудия для всего населения. Некоторые государства региона принято даже относить к так называемым *failed states* – «несостоявшимся государствам», для которых характерны высокий уровень преступности, в том числе организованной, слабость и коррумпированность государственного аппарата, неспособность властей эффективно контролировать всю национальную территорию.

Общины, существующие в латиноамериканских странах, подразделяются на три группы. К первой относятся поселения индейцев или метисов, в большой степени сохранивших индейскую культурную идентичность, как правило, моноэтничные и существующие в течение длительного времени на одной территории. Вторую составляют сельские населенные пункты с креольским населением (значение имеет не столько расовый состав, сколько культурная самоидентификация – это могут быть те же метисы, но принадлежащие к «западной» цивилизации). Наконец, третья группа включает общины, стихийно возникшие в городах в относительно недавнее время. Соответственно различается и право, действующее в общинах, принадлежащих к разным группам.

Системы норм, применяемые общинным правосудием, в науке чаще всего обозначают термином «обычное право». Что же стоит за этим понятием? Предполагается, что составляющие его нормы представляют собой обычаи, т.е. исторически сложившиеся

правила поведения, ставшие общеобязательными в результате многократного применения. Одним из существенных признаков обычая является неписаная форма его существования. Часто ставят знак равенства между выражениями «обычное право» и «неписаное право». При этом считается само собой разумеющимся, что по своим социально-регулятивным качествам оно намного уступает писаному. Так, С.С. Алексеев отождествляя неписаное право с неразвитым, указывал, что оно «в полной мере не проявляет своих свойств и достоинства нормативного институционального регулятора»¹. В общем и целом с этой оценкой можно согласиться, однако при попытке более детального рассмотрения проблемы вырисовываются интересные подробности, которые позволяют внести в нее некоторые уточнения.

Так, неписанные обычаи играют весьма важную роль в целом ряде национальных правовых систем, которые никак нельзя отнести к неразвитым – например, в британской, где даже конституция, как известно, в значительной мере состоит из таких обычаев. Представляется закономерным вывод, что степень развитости правовой системы определяется не столько формой фиксации норм (писаной или неписаной), сколько уровнем развития общественных отношений, которые она призвана регулировать.

Разумеется, речь идет не об отрицании того очевидного факта, что регулятивный потенциал писаного права несравненно выше, чем обычаев, передаваемых в устной форме, а лишь о том, что сами обычно-правовые системы должны рассматриваться не как нечто единое, а дифференцированно с учетом того, на какой ступени общественного развития стоит соответствующий социум. Иными словами, необходимо иметь в виду, что обычное право, как и писаное, не представляет собой застывшее, «законсервировавшееся» явление, а развивается вместе с обществом. Процесс этого развития продолжается и в наше время. Таким образом, обычное право, функционирующее в современных обществах, существенно отличается от обычно-правовых систем древности или изолированных племен, сохраняющих первобытный образ жизни.

¹ Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 202, 229.

В нормативных комплексах, применяемых органами общинной юстиции в латиноамериканских странах, можно выделить отдельные временные «пласты», соответствующие разным историческим этапам их становления. В первом приближении выделяется три таких «пласта». При более подробном рассмотрении каждый из них может быть ещё детализирован.

1. Этническое право, т.е. архаические обычаи народа или племени, представители которого составляют общину. Этот компонент наиболее значим для общин, отнесенных нами к первой группе, в сельских и городских креольских общинах он отсутствует или не играет существенной роли.

2. Нормы позитивного права. Латиноамериканские общины существуют в правовой среде, ведущим элементом которой являются национальные системы права, принадлежащие к романо-германской правовой семье. В колониальный период это было право Испании, затем – право соответствующих независимых государств. Многие нормы позитивного права стали частью права общин и применяются уже без отсылки к законам, по традиции, превратившись таким образом в обычаи.

3. Новые обычаи и конвенциональные нормы. Это правила поведения, вырабатываемые в общинной практике наших дней. Причем если обычаи формируются как бы «сами собой», то конвенциональные нормы создаются сознательно, путём принятия решений общинными властями. До некоторой степени этот процесс может служить аналогом законодательной деятельности государства. Именно этот компонент в наибольшей степени отражает динамизм обычного права, его приспособляемость к меняющимся условиям человеческого существования. Он является основным способом нормотворчества городских общин (третьей группы), возникших в результате целенаправленной совместной деятельности жителей. Таким образом, община в латиноамериканских странах и в наше время остаётся тем социальным «органом», который создаёт право.

Но действующее в общинах право не исчерпывается тремя перечисленными выше группами норм, так как даже в совокупности они не могут полностью охватить все сферы отношений, нуждающиеся в правовом регулировании. Правовая система, основан-

ная на обычае, неизбежно сталкивается с проблемой многочисленных пробелов и неурегулированных вопросов. Выход найден человечеством довольно давно – органы, уполномоченные отправлять правосудие, принимают решение по справедливости. Что является справедливым, устанавливается в каждом конкретном случае общинными судьями, при этом они должны убедить в справедливости своего решения остальных общинников, т.е., для того, чтобы такое решение стало в полном смысле правовым, оно должно иметь основание в общинном правосознании. Можно ли считать правосознание источником права – отдельная научная проблема², которую здесь нет возможности обсуждать, однако представляется бесспорным, что в случае общинного правосудия правосознание является источником правовых решений.

Итак, на примере латиноамериканских стран мы можем видеть, что община в современном мире представляет собой не отмирающий анахронизм, а вполне актуальную и востребованную форму социальной организации. Будучи по происхождению институтом традиционного общества, она при определенных условиях сохраняется и успешно трансформируется в институт гражданского общества. При этом правоприменительные органы общины и соответствующие нормативные системы развиваются параллельно с государственными правовыми системами, не уступая им, а порой и превосходя их в степени легитимности и доверия в глазах населения.

² См., например: Алексеев С.С. Указ. соч. С. 264–269.

*А.М. Ширвиндт**

**TEXTSTUFENFORSCHUNG ЮРИДИЧЕСКОЙ
РОМАНИСТИКИ НА СЛУЖБЕ У СОВРЕМЕННОЙ НАУКИ
ЕВРОПЕЙСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА?**

Расцвет идеи общеевропейского права и ее практическая реализация в рамках объединенной Европы привели к тому, что сегодня даже специалист с трудом ориентируется в колоссальном массиве разнородных правовых документов как государственного (или надгосударственного), так и негосударственного происхождения, вращающихся в общеевропейском правовом дискурсе. Так, в сфере частного права помимо директив и регламентов, охватывающих все новые аспекты гражданско-правового регулирования¹, велико значение Конвенции ООН о международной купле-продаже товаров, Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, Принципов европейского договорного права, Проекта общей системы координат, Исследования возможностей реализации будущего инструмента в сфере европейского договорного права (*Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*)², Проекта Регламента Европейского парламента и Совета по общеевропейскому праву купли-продажи (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*)³ и некоторых других проектов⁴.

* **Ширвиндт А.М.** – кандидат юридических наук, ассистент кафедры гражданского права Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, консультант Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ.

¹ См. об этом, например: Ширвиндт А.М. Ограничение свободы договора в целях защиты прав потребителей в российском и европейском частном праве // Вестник гражданского права. 2013. № 1.

² http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf (дата обращения: 20.04.2014).

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF> (дата обращения: 20.04.2014).

⁴ О европейских негосударственных кодификациях частного права см., например: Ширвиндт А.М. Режим соглашений об ответственности за нарушение обязательства в негосударственных сводах гражданского права // Вестник гражданского права. 2014. № 1.

Многие из названных текстов существуют в нескольких редакциях. Эти документы занимают различные места в системе источников права.

Неодинаковы и их фактический авторитет и интенсивность влияния на правотворчество, правоприменение и научную дискуссию. Дополнительные трудности в осмыслении текущего положения дел, в определении соотношения различных инструментов связаны со склонностью их разработчиков оставлять свои решения без (развернутых) мотивов. При таких обстоятельствах остро ощущается потребность в систематизации всего этого необозримого правового материала⁵.

Историк частного права, романист и компаративист Р. Циммерман предложил навести порядок в накопившемся массиве общеевропейских юридических текстов при помощи приемов *Textstufenforschung* (исследования слоев текста), относящейся к методологическому арсеналу юридической романистики⁶. Этот общий подход был опробован на целом ряде конкретных институтов – как самим автором концепции, так и его коллегами и учениками⁷ – и претендует на роль постоянного элемента в алгоритме оценки новых явлений европейского частного права⁸. О каком же

⁵ См.: Zimmermann R., Jansen N. Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht: Textstufen transnationaler Modellregelungen // Archiv für die civilistische Praxis. 2010. Bd. 210. Heft 2. S. 247; Zimmermann R. Die Auslegung von Verträgen: Textstufen transnationaler Modellregelungen // Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag. Tübingen. 2010. S. 1354 («die neue Unübersichtlichkeit des europäischen Privatrechts»).

⁶ Zimmermann R. Textstufen in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts // European Journal of Business Law. 2009. Vol. 20. No. 10. P. 319–323.

⁷ Zimmermann R., Jansen N. Op. cit.; Zimmermann R. Die Auslegung von Verträgen: Textstufen transnationaler Modellregelungen; Kleinschmidt J. Die Bestimmung durch einen Dritten im Europäischen Vertragsrecht – Textstufen transnationaler Modellregelungen // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. 2012. 76.

⁸ Eidenmüller H., Jansen N., Kieninger E.-M., Wagner G., Zimmermann R. The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law // Edinburgh Law Review. 2012. Vol. 16. No. 3. P. 305–307, passim; Zimmermann R.

инструментарии идет речь, и действительно ли он может быть использован при исследовании современного материала?

Эмансипация римского права как исторической дисциплины, связанная с окончательной утратой им непосредственного практического значения вследствие кодификации гражданского права в Германии в конце XIX в., стимулировала возрождение критического отношения романистов к своим источникам. Прежде всего, под сомнением оказались фрагменты из сочинений классиков (юристов I–III вв. н.э.), содержащиеся в главном источнике наших знаний об античном римском праве – Дигестах Юстиниана, антологии старых сочинений юристов, составленной в начале 30-х гг. VI в. н.э. и наделенной силой закона. В 80-е гг. XIX в. романисты начинают «очищать» тексты классиков от искажений (интерполяций), привнесенных составителями Дигест.

Чрезмерное увлечение этой новой, да еще и весьма плодотворной работой в течение нескольких десятилетий постепенно привело к тому, что источниковедение римского права превратилось в «охоту за интерполяциями», основанную на произвольных посылах, предвзятом отношении к источнику и свободную от какой бы то ни было четко определенной методологии. Реакцией на эту порочную практику и стало исследовательское направление, именуемое «*Textstufenforschung*», «исследование слоев текста», с которым связана радикальная смена источниковедческой парадигмы юридической романистики в середине XX в. Труды ряда ученых (Э. Леви, Ф. Шульц, Г. Нидермайер, Г.Ю. Вольф и др.) была продемонстрирована ошибочность прежних интерполяционистских установок и сформулированы основные правила методически корректной критики источников, по сей день лежащие в основе источниковедения римского права. Программой работы, систематизировавшей достижения предшественников и задавшей на-

Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts – Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht // Juristische Blätter. 2012. S. 11–14; Zimmermann R., Jansen N. Op. cit. S. 247; Auf dem Weg zu einem Europäischen Kaufrecht (CESL) – Der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht http://www.mpipriv.de/de/pub/forschung/privatrecht_vereinheitlichung/europaeisches_kaufrecht.cfm (дата обращения: 20.04.2014).

правление дальнейших исследований, стала монография немецкого историка права и романиста Франца Виакера «*Textstufen klassischer Juristen*», «Слои текста в произведениях классических юристов» 1960 г.⁹.

Отличительной чертой этого направления – которая и отразилась в его названии – стало пристальное внимание к конкретной истории каждого текста от его создания в I–III вв. н.э. до включения в Дигесты Юстиниана.

Принципиально важно с этой точки зрения прежде всего то, что классические тексты претерпевали изменения еще до того, как попадали в руки компиляторов, и что, следовательно, констатация неклассических вкраплений в текст не дает однозначных оснований для вывода о наличии юстиниановской интерполяции, с одной стороны, а доказательство того, что компилятор не прилагал руку к тексту, еще не повод считать его полностью классическим, с другой стороны.

Необходимо далее признать, что характер и причины изменения текстов были различными на разных этапах их истории и что, следовательно, перенос источниковедческих установок и методов, сформулированных в ходе работы с материалом одного периода, на иные слои текста недопустим. При этом периодизация истории отдельных текстов не ограничивается, разумеется, выделением «юстиниановского» и «доюстиниановского» этапов, а различает ряд самостоятельных периодов с III по V в. со своими особенностями. Более того, в действительности история каждого отдельно взятого текста уникальна, и выработка каких бы то ни было общих ориентиров, которые служили бы свидетельствами искажения любого текста с момента первого выхода в свет до начала VI в., не представляется возможной. При восстановлении истории текста исследователь должен по возможности принимать во вни-

⁹ Wieacker F. *Textstufen klassischer Juristen*. Göttingen. 1960. О причинах появления *Textstufenforschung*, ее основателях, целях и методах, полученных результатах помимо этой монографии см.: Spengler H.-D. *Textstufenforschung* // *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike. Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte*, Bd. 15/3. Stuttgart. 2003. S. 394–396; Stein P. Franz Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen* [...] // *Journal of Roman Studies*. 1962. Vol. 52. P. 246.

мание и историю его издания и переиздания с учетом общей эволюции издательского дела в Античности.

Исследование слоев текста в отличие от многих более ранних подходов не столько стремится «очистить “классические”» тексты от более поздних примесей, сколько воспринимает историю юридических текстов как самостоятельное и самоценное направление науки, а также по возможности регистрирует отражение в истории текстов истории права.

Понятно, что главное препятствие для создания полноценной истории всех доступных нам текстов с соблюдением требований *Textstufenforschung* заключается в том, что их абсолютное большинство дошло до нас в одном единственном варианте – в редакции юстиниановской кодификации VI в.

Чем же именно эта источниковедческая традиция привлекла исследователя, работающего с современным правовым материалом объединенной Европы?

Судя по контексту, в котором Р. Циммерман и его единомышленники говорят о необходимости использования этой методологии, *Textstufenforschung* призвана навести фокус на историю создания каждого правового текста и даже каждого отдельно взятого положения, поспособствовать воссозданию действительно существующих генетических связей между различными документами и решениями¹⁰ или, иначе говоря, обнаружению в более поздних текстах более ранних «слоев». В этом плане задачи современного исследователя, стремящегося уяснить смысл европейских правовых документов и привести их в систему, действительно, в какой-то мере совпадают с теми, которые решаются романистами в рамках исследования слоев текста.

¹⁰ Так, Г. Альпа, описывая эти связи, говорит о «генеалогическом древе» (Alpa G. *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi // Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*. P. 10), а О. Ландо, отмечая близость Конвенции ООН о международной купле-продаже товаров, Принципов международного договорного права УНИДРУА и Принципов европейского договорного права, ввел в научный оборот слово «тройка» («*troika*»), получившее с его легкой руки хождение в мировой литературе (Lando O. *CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law // The American Journal of Comparative Law*. 53. 2005. P. 382, 385, 386 et passim).

Есть и еще одна общая черта, которая характерна для условий работы как романиста, так и цивилиста, занимающегося европейским правом: и тот, и другой в абсолютном большинстве случаев не обладают достоверными сведениями о мотивах, стоящих за отдельными вторжениями в оригинальный текст на каждом этапе его истории, поэтому и тот, и другой стремятся к реконструкции этих мотивов по косвенным свидетельствам.

Вместе с тем имеется и существенное различие между исследовательскими ситуациями, в которых находится романист, с одной стороны, и специалист по европейскому частному праву, с другой. Дело в том, что главный вызов, обращенный к исследователю античного римского права, – верно определить принадлежность находящегося в его распоряжении текста к той или иной исторической эпохе при крайней скудности источниковой базы. Что же касается цивилиста, занимающегося европейским правом, то ему доступны все интересующие его тексты, он может полностью наблюдать все этапы истории того или иного решения. Понятно поэтому, что основной набор приемов романистической *Textstufenforschung*, как раз и нацеленных на реконструкцию плохо обеспеченной источниками истории текстов, не актуален для науки европейского частного права.

В целом складывается впечатление, что за всей этой исследовательской программой стоит довольно очевидная идея, не нуждающаяся в опоре на источниковедение юридической романистики, – что тексты имеют свою историю и что ее воссоздание сулит новое знание. Нетрудно заметить, что речь здесь идет не о специфической методологии науки римского права, а об общем достоинстве наук о духе.

*Т.В. Росик**

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА В СИСТЕМЕ ФАКТОРОВ ПРАВОВОГО ВЛИЯНИЯ НА ОБЩЕСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Поскольку судебная практика – это явление многогранное и многоплановое, которое изменяется и совершенствуется под влиянием развития общества, отдельного внимания заслуживают вопросы функционального предназначения судебной практики, с помощью которых возможно установить ее место в системе факторов правового влияния на общественные отношения. Исследование функций судебной практики, их реализации, места в системе факторов правового влияния на общественные отношения будет способствовать раскрытию роли судебной практики в современных условиях развития государственно-правовых явлений.

В юридической литературе понимание функционального назначения судебной практики непосредственно связывается с пониманием судебной практики в целом. Обобщая состояние научного исследования функций судебной практики, можем отметить, что они рассматриваются как:

- 1) система направлений деятельности судебных органов по реализации собственных функций (М.Н. Марченко);
- 2) совокупность функций, обеспечивающих реализацию задач судебной практики (А. Дришлюк);
- 3) система средств осуществления правосудия в государстве (С.С. Змиевская);
- 4) основа понимания роли и ценности судебной практики в системе средств правового воздействия (А.Н. Плагинов);
- 5) средство реализации и обеспечения потребностей общества в правосудии (П.А. Гук);
- 6) реализация правовой материи в жизнедеятельность общества (А.П. Войтович);
- 7) условие эффективности осуществления судебной деятельности (М.И. Байтин);

* **Росик Т.В.** – соискатель Института государства и права им. В.М. Коорецкого НАН Украины.

8) средство реализации принципа разделения государственной власти с целью сбалансирования всех ветвей государственной власти (Н.Д. Железнова);

9) форма обобщения содержания и результата профессиональной деятельности судей (В.В. Дудченко);

10) средство реализации функционального предназначения государства в сфере судопроизводства (С.В. Ломакина).

В результате можно сделать вывод, что понимание функций судебной практики зависит от характера понимания судебной практики в целом. Обобщая эти подходы, мы установили:

1) при широком понимании судебной практики как особого социально-правового явления, отражающего содержание и результат деятельности судебных органов по осуществлению правосудия, функции судебной практики соответственно представляют собой направления деятельности судебных органов;

2) при узком понимании судебной практики как особой сферы деятельности судебных органов по рассмотрению судебных дел функции судебной практики являются производными от функций судебных органов и обеспечивают реализацию основных задач по осуществлению судопроизводства;

3) при признании судебной практики в качестве источника права функции судебной практики характеризуются как происходящие от функций источников права, отражающие правообразующий, правоприменительный и правоинтерпретационный характер судебной практики;

4) в случае научного отграничения судебной практики от источников права функции судебной практики характеризуются с позиции характера деятельности судебных органов по осуществлению судопроизводства, где функции судебной практики не связаны с правообразующими и правофиксирующими направлениями.

Такое состояние научного понимания функций судебной практики является следствием определенной научной дискуссии по разграничению иных явлений и процессов юриспруденции, в частности источников и форм права, судебной деятельности и судебной практики, функционирования судебных органов и т.д.

Однако существующая дискуссия в понимании функционального предназначения судебной практики негативно влияет на

состояние и перспективы научного исследования указанного явления, смежных явлений и процессов, приводит к неопределенности в понятийно-категориальном аппарате юридической науки. Кроме того, следует согласиться и с мыслями ученых о том, что существующая доктринальная неопределенность теоретико-правовых вопросов функций судебной практики приводит к недостаткам в судопроизводстве, обобщении результатов судебной практики и совершенствовании норм права. По нашему мнению, сегодня в юридической науке остро стоит вопрос выработки единого универсального теоретико-правового понимания функций судебной практики, которое обеспечило бы единый методологический подход к пониманию функционального назначения судебной практики, ее места и роли в системе факторов правового влияния на общественные отношения.

Понимание самого понятия «функция» не является однозначным. В методологическом плане такая неопределенность в понимании функций значительно затрудняет исследование. В научном, науковедческом и этимологическом плане под функцией понимается или система основных направлений деятельности по решению конкретных задач¹; или особая сфера деятельности, обязанность, работа, назначение чего-либо²; или система положений, которые определяют роль, выполняемую определенным институтом³. Учитывая это, мы хотели бы отметить, что целесообразным является использование обобщенного понимания понятия функции, под которым следует понимать систему направлений воздействия (деятельности) по выполнению определенных задач. Это является наиболее распространенным науковедческим подходом к пониманию понятия «функция», которое мы возьмем за основу своего понимания функций судебной практики.

¹ Актуальні проблеми становлення та розвитку місцевого самоврядування в Україні: Кол. монографія / В.О. Антонечка, М. Баймуратова, О.В. Батанова та ін. За ред. В.В. Кравченка, М.О. Баймуратова, О.В. Батанова. К., 2007. С. 507.

² Словопедія. Сайт українських словників. Режим доступу: <http://slovo.org.ua/> (дата обращения: 20.04.2014).

³ Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) / О.Ф. Скакун. Х., 2007. С. 621; Смирнова Т.С. Правове регулювання місцевого самоврядування в Україні. К., 2001. С. 132.

Прежде всего, мы должны обратить внимание на особенности признаков функций судебной практики, что в дальнейшем даст нам возможность сформулировать и обосновать собственное определение указанного понятия. В основу признаков функций судебной практики целесообразно вложить основные свойства судебной практики в контексте ее функционирования в правовой системе. К таким признакам можно отнести следующие:

1) представляют собой основные направления влияния судебной практики на общественные отношения. Такое воздействие происходит в результате наличия правового статуса актов судебной практики, наличия средств обеспечения реализации судебных актов и т.д.;

2) обусловленные соответствующей степенью развития судебной системы и происходят от особенностей развития общества;

3) отражают уровень и характер развития правового сознания и правовой культуры граждан;

4) связанные с функциями судебных органов по осуществлению правотворчества, правоприменения и правоинтерпретации;

5) имеют системный характер и нацелены на выполнение задач судебной практики;

6) имеют практический характер и обеспечивают соответствующее влияние на общественные отношения, явления и процессы правовой действительности.

Основываясь на указанных признаках функций судебной практики, считаем целесообразным предоставить соответствующее определение понятия функций судебной практики. Так, функции судебной практики представляют собой систему направлений влияния судебной практики на общественные отношения и на явления правовой действительности, обусловлены уровнем развития правосознания граждан, их правовой культуры, имеющие системный характер, и связаны с функциями судебных органов по осуществлению правотворчества, правоприменения и правоинтерпретации.

*И.В. Чечельницкий**

СУДЕБНОЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВО И СПРАВЕДЛИВОСТЬ

На рубеже XX – XXI веков пристальное внимание юристов – ученых и практиков было приковано к проблеме определения роли судебного правотворчества в правовой системе Российской Федерации. Несмотря на полярность мнений сторонников (М.Н. Марченко, О.П. Сауляк, П.А. Гук) и противников (В.С. Нерсисянц, А.Р. Султанов) судебного правотворчества, существующих в науке, практика показывает, что оно несет в себе мощный положительный импульс, поскольку способствует устранению пробелов, коллизий и недостатков в действующем законодательстве, «лечит» систему права. Это позволяет говорить о существенной роли судебного правотворчества для достижения справедливости.

Профессор О.П. Сауляк справедливо утверждает, что «судебная практика в современной России, безусловно, является источником права и в материальном, и в формальном аспектах. Это не хорошо и не плохо, это реальность, с которой нужно считаться»¹. Схожей позиции придерживаются и другие авторы².

На современном этапе развития российской государственности судебное правотворчество стало важнейшим элементом правовой системы России и представляет собой профессиональную субсидиарную деятельность судебных органов по созданию, изменению и отмене норм права, которая направлена на разрешение конфликтов и установление социальной справедливости.

* **Чечельницкий И.В.** – аспирант кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов, помощник депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации.

¹ Сауляк О.П. Правопорядок: контуры новых подходов к исследованию. М., 2009. С. 157.

² См.: Гук П.А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С.12; Асатиани Д.В. Принцип равенства в правотворческой процедуре // Правовая политика и правовая жизнь. 2012. № 4. С. 15–16; Чердниченко С.П. Судебное правотворчество: сравнительно-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 6.

При этом следует отметить, что для судебного правотворчества характерны определенные признаки: 1) субсидиарный (дополнительный) характер по отношению к правотворчеству органов законодательной власти; 2) как правило, подзаконный характер (однако судебный нормоконтроль Конституционного Суда Российской Федерации позволяет говорить о том, что подобное правотворчество превалирует над законотворчеством); 3) побочный характер правотворческой деятельности судебных органов по отношению к их основной функции по осуществлению правосудия; 4) более точечный, конкретизирующий характер правовых предписаний по сравнению с законодательными актами; 5) своеобразие судебного правотворчества как источника права (суды не создают нормативные правовые акты, они формируют прецеденты и судебную практику).

Дискуссионным является вопрос о видах судебного правотворчества. Оптимальным представляется подход к классификации с точки зрения субъектов данного процесса:

правотворчество Конституционного Суда Российской Федерации и конституционных (уставных) судов России;

правотворчество Верховного Суда Российской Федерации в форме постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации;

судебный нормоконтроль судов субъектов Российской Федерации;

правотворчество международных судебных органов.

Судебное правотворчество играет важную роль в утверждении справедливости. Суд – возможно, единственный орган в системе государственной власти, основная цель которого заключается в достижении справедливости. Обращаясь к учению о справедливости Аристотеля, можно вспомнить, что ее сущность заключается в уравнивании или распределении определенных благ в обществе. Основная задача суда заключается именно в уравнивании или распределении прав, обязанностей, ответственности, материальных и духовных ценностей между субъектами права.

Следует согласиться с классиком мировой литературы И.В. Гете в том, что судебная власть играет важнейшую роль для достижения справедливости в обществе: «Где ж чувству чис-

тому развиться, Что к справедливости ведет?» если «Судья, свою утратив власть, Примкнет в конце концов к злодеям»³.

Справедливость представляет собой универсальную меру поведения человека, выступает нравственной основой ценности права и правотворчества, является краеугольным камнем решения наиболее актуальных вопросов юридической науки.

Анализ исторического развития представлений о справедливости показывает, что их трансформация приводила к кардинальному изменению существовавшего государственно-правового строя, формированию совершенно новых социальных и политических реалий, вместе с тем и социальные потрясения изменяли содержание представлений о справедливости.

Опросы населения, которые проводил фонд «Общественное мнение» в 2007 и 2011 г., показали, что более 60% населения России считают современное российское общество несправедливым⁴. В апреле 2014 г. в ходе опроса «Левада-Центра» 35% граждан России ответили, что приоритетным направлением развития государства должно стать восстановление социальной справедливости⁵.

Отказ от «советских ценностей» и построение нового типа отношений, сопряженных с созданием рыночной экономики, привели к тому, что в современном российском обществе «возник конфликт ценностей, когда мораль теряет очевидность, не может поддерживаться силой традиции, и люди, раздираемые противоречивыми мотивами, перестают понимать, что есть добро и что есть зло»⁶. Возник своего рода кризис справедливости, который вызван тем, что воспринятые нашим обществом «демократические принципы и нормы формировались в странах-донорах столетиями, тогда как в постсоветской России они вводились “с сегодня на завтра”»⁷.

³ Гете И.В. Фауст. // http://www.lib.ru/POEZIQ/GETE/faust_holod.txt.

⁴ Справедливость не торжествует // <http://fom.ru/obshchestvo/10263> (дата обращения: 05.04.2014).

⁵ Болевые точки 21.04.2014 // <http://www.levada.ru/21-04-2014/bolevye-tochki> (дата обращения: 30.04.2014).

⁶ Москалькова Т.Н. Противодействие злу в русской религиозной философии. М., 1999. С. 3.

⁷ Муромцев Г.И. Конституционализм: проблемы методологии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 22.

Актуальность принципа справедливости в современной правовой системе находит отражение также в правотворческой и правоприменительной практике судебных органов России. В период с 1994 г. по июнь 2014 г. Конституционный Суд Российской Федерации обращался к принципу справедливости примерно в каждом десятом из принимаемых им решений (1842 из 17974)⁸, Верховный Суд Российской Федерации – примерно в каждом пятом решении (14599 из 79920)⁹. Каждое 3 решение Европейского Суда по правам человека, вынесенное за 2013 г. в отношении Российской Федерации, касается обеспечения справедливости (40 из 129)¹⁰.

Судебное правотворчество точнее может отражать существующие в обществе реалии, поскольку суды в ходе осуществления правосудия постоянно сталкиваются с конфликтными ситуациями, подлежащими регулированию в соответствии с действующим законодательством, и в случае выявления спорных элементов в законах могут оперативно отреагировать. Особое значение для реализации принципа справедливости имеет судебный нормоконтроль Конституционного Суда Российской Федерации.

Например, в своем Постановлении он устранил существовавшую на протяжении 8 лет несправедливость, которая заключалась в том, что военнослужащие, уволенные со службы, и члены их семей в случае невозможности получить положенное им жилье, ежемесячно получали денежную компенсацию за оплату съемной квартиры за счет средств федерального бюджета, только если они встали на учет до 1 января 2005 г.¹¹. Вставшие в очередь на получение жилья после указанной даты были лишены такой серьезной социальной гарантии, что, по мнению Конституционного Суда Российской Федерации, не отвечало требованиям справедливости.

⁸ Официальный сайт Конституционного Суда Российской Федерации.

⁹ Информация приведена по данным справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» по состоянию на 9 июля 2014 года.

¹⁰ Официальный сайт Европейского Суда по правам человека // <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home> (дата обращения: 17.04.2014).

¹¹ Федеральный закон от 27.05.1998 № 76-ФЗ «О статусе военнослужащих» // Собрание законодательства Российской Федерации. № 22. 1998. Ст. 2331.

8070 человек, на которых распространилось действие принятого Постановления Конституционного Суда Российской Федерации, добились справедливости лишь благодаря его эффективному правоотменяющему правотворчеству.

Законодатель объективно не может предусмотреть всего многообразия существующих жизненных ситуаций в нормативном правовом акте, поэтому судебные инстанции призваны осуществлять правоконкретизацию, «индивидуализацию» правовых норм путем их толкования. Судебная практика обобщается и отражается в разъяснениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации, что позволяет исключить издание различных по существу судебных актов по одинаковым делам, порождающих социальную несправедливость. Судебное правотворчество в форме разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации по различным категориям дел играет важнейшую роль для справедливого правоприменения и восстановления социальной справедливости.

Например, Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)»¹² содержит положения, помогающие судам при квалификации совершенного преступления отграничивать убийство от умышленного причинения тяжкого вреда здоровью, что на практике позволяет не допустить назначения несправедливого наказания, не соответствующего тяжести совершенного преступления.

Судебный нормоконтроль судов России является эффективным методом обеспечения прав граждан в случае принятия нормативного или индивидуального правового акта, противоречащего Конституции Российской Федерации или попирающего права человека. Именно органы судебной власти в порядке правоотменяющего правотворчества могут отменить подобный акт, установив тем самым поправную справедливость.

В качестве примера можно привести деятельность суда по интеллектуальным правам, который имеет право отменять право-

¹² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.01.1999 № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. № 3. 1999.

вые акты, решения и действия (бездействия) федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности¹³.

Особую роль в реализации принципа справедливости в области судебного нормотворчества играет международное прецедентное правотворчество, к которому относится, в частности, деятельность Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) по принятию решений, обязательных для исполнения государствами – участниками Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.¹⁴.

Так, в деле «Лагутин и другие (*Lagutin and Others*) против Российской Федерации» по жалобе заявителей на несправедливое их осуждение в связи с провокацией купли-продажи наркотиков со стороны сотрудников органов внутренних дел ЕСПЧ прямо указал, что «суды страны должны обязательно отменить несправедливые обвинительные приговоры, вынесенные на основании оспариваемых негласных операций, и, следовательно, освободить осужденных от выдвинутых против них обвинений, поскольку несправедливые обвинительные приговоры все еще серьезно влияют на заявителей. Любое другое решение противоречило бы верховенству права»¹⁵.

Следует отметить, что далеко не всегда прецедентное правотворчество ЕСПЧ направлено на установление справедливости. Порой оно может противоречить национальным интересам России и нормам российского законодательства. Особенно остро данная

¹³ Федеральный конституционный закон от 06.12.2011 № 4-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» и Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации» в связи с созданием в системе арбитражных судов Суда по интеллектуальным правам» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 50. Ст. 7334.

¹⁴ Конвенция о защите прав человека и основных свобод: заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 2. Ст. 163.

¹⁵ Дело «Лагутин и другие (*Lagutin and Others*) против Российской Федерации»: Постановление Европейского Суда по правам человека от 24.04.2014 // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2014. № 3 (03). // Режим доступа: из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс».

проблема встает в условиях обострения отношений на мировой арене в связи с ситуацией на Украине, когда Россия находится под действием третьего пакета санкций со стороны США и государств Европейского Союза. ЕСПЧ может превратиться из механизма обеспечения справедливости в средство политической борьбы и давления на Российскую Федерацию.

Подводя итог рассмотрению судебного правотворчества в качестве одного из основных способов реализации принципа справедливости, можно сделать следующие выводы.

Судебное правотворчество является составной частью правотворчества в Российской Федерации и опосредует деятельность судебных органов России по созданию, изменению, отмене норм права.

Судебное правотворчество может осуществляться в различных формах судебными инстанциями на региональном, федеральном и международном уровнях.

Судебное правотворчество играет первостепенную роль в установлении справедливости, поскольку может эффективно регулировать общественные отношения в тех случаях, когда законодательство «молчит» или противоречит требованиям справедливости.

Как отмечал Х. Перельман, «хорошим судьей будет тот, кто обращается ко всему арсеналу юридических средств для обеспечения торжества справедливости», а «...суд не является надзирателем за исполнением законодательства – он является правовой совестью, которая должна следить за тем, чтобы право было справедливым»¹⁶.

Вместе с тем судам необходимо чрезвычайно осторожно подходить в каждом конкретном случае к процедуре судебного правотворчества, поскольку, как обоснованно отмечает А.И. Экимов, «несомненно существует немало ценностей, которые представляются находящимися «выше права» (например, справедливость, свобода, истина), но закон – это средство борьбы за их достижение, форма, в которой они существуют» и «тот, кто игнорирует средства осуществления цели, тот ставит под сомнение и саму

¹⁶ Перельман Х. Три аспекта справедливости // Правоведение. 2013. № 2 (307). С. 216.

цель»¹⁷. Именно поэтому суды не должны извращать законодательство в угоду сиюминутным интересам.

Судебное правотворчество для нашего государства – институт новый, поэтому при его использовании необходимо «учитывать собственный правовой опыт и традиции как основу развития России»¹⁸.

Судебное правотворчество может применяться лишь в целях восстановления попорченной справедливости и с учетом национальных, исторических, культурных традиций многонационального народа Российской Федерации. В таком случае оно может стать эффективным инструментом достижения справедливости.

*Н.Г. Павлова**

«ПРАВОВАЯ СИСТЕМА» И «ПРАВОВАЯ СЕМЬЯ»: МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ СООТНОШЕНИЯ**

Категория «правовая система» в юридической литературе используется в двух значениях. Во-первых, в значении «национальной правовой системы». Их, как известно, столько же, сколько и стран в мире. В данном случае категория «правовая система» разрабатывается преимущественно теорией государства и права. Во-вторых, правовой системой обозначают группу национальных правовых систем, имеющих признаки, позволяющие говорить об их относительном единстве. Таких правовых образований на правовой карте мира немного.

¹⁷ Экимов А.И. Политические интересы и юридическая наука // Государство и право. 1996. № 12. С. 4.

¹⁸ Немытина М.В. Право России как интеграционное пространство. Саратов. 2008. С. 71.

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

** Статья выполнена в рамках НИР «Сравнительные исследования правовых систем, правовых культур» на период 2013–2015 гг. (тема № 090404-0000).

Так, Рене Давид выделяет три основных правовых системы современности, К. Цвайгерт и Х. Кётц – семь, А.Х. Саидов – восемь, М.Н. Марченко – пять. Здесь правовая система используется в значении правовой семьи и попадает в фокус сравнительного правоведения, являясь основным объектом его исследования. Таким образом, сложилась ситуация, когда одна и та же категория используется в отношении разных правовых образований, что несомненно требует методологического решения.

В отечественной литературе начиная с середины XX в. категория «правовая система» в значении национальной правовой системы интенсивно разрабатывается, и в настоящее время она прочно вошла в научный оборот¹, а также закрепились в юридической практике и в законодательных актах. Так, в ст. 15 Конституции Российской Федерации использовано нормативное понятие «правовая система».

Однако диапазон применения категории «правовая система» в указанном значении в теоретических исследованиях является достаточно широким. Это вызвано рядом обстоятельств. Главными причинами разнообразия в понимании и определении правовой системы являются нечеткость рамок содержательной стороны объекта исследования. Так, А.Х. Саидов полагает, что для понимания правовой системы ключевыми являются категории «правопонимание», «правотворчество» и «правоприменение»².

В свою очередь, Ю.А. Тихомиров определяет содержание этой категории следующим образом: «Правовая система государства есть структурно организованный нормативный массив, ориентированный, формируемый и действующий на основе общих принципов»³.

По мнению Ю.А. Тихомирова, элементами, составляющими правовую систему, являются: 1) цели права; 2) принципы построения

¹ Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности. Ташкент. 1988; Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М., 2000; Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996; Лазарев В.В. Теория государства и права. М., 2000; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. М., 2001.

² Саидов А.Х. Указ. соч. С. 117.

³ Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 45.

ния; 3) порядок правотворчества; 4) законы; 5) подзаконные акты; 6) акты местного самоуправления; 7) одобренные международно-правовые связи и отношения.

Такое узкое нормативное содержание правовой системы, на наш взгляд, не дает полного представления об этом феномене. Оно фактически отождествляет понятие «правовая система» с понятием «система позитивного права».

Более широкое понимание правовой системы встречаем у С.С. Алексеева, который выделяет следующие ее элементы: 1) собственно объективное (позитивное) право; 2) юридическая практика; 3) правовая идеология⁴. Той же позиции придерживается профессор Г.И. Муромцев. Правовую систему он определяет как «научную категорию, дающую многомерное отражение правовой действительности конкретного государства на ее идеологическом, нормативном, институциональном и социологическом уровнях»⁵.

По мнению Г.И. Муромцева, правовая система включает в себя следующие разнородные элементы: 1) доктринально-философский (правопонимание, понятия, категории права и т.д.); 2) нормативный, т.е. совокупность действующих в обществе правовых норм; 3) институционный, т.е. юридические учреждения – правотворческие и правоприменительные и 4) социологический, т.е. правоотношения, применение права, юридическая практика.

Очевидно, разнообразие в определениях правовой системы прежде всего объясняется тем, что правовая система – явление сложное, многогранное. Какое-либо одно определение не может исчерпать характеристики всех его свойств.

С другой стороны, иногда категория «система» применяется авторами к явлениям правовой реальности в плане целостного, системного рассмотрения права или родственных ему интегративных образований, что дает исследователям возможность называть правовой системой ту или иную целостность правовых явлений (система позитивного права, система нормативных актов, система источников права и т.д.).

⁴ Алексеев С.С. Право: Опыт комплексного исследования. М., 1999, С. 47.

⁵ Муромцев Г.И. Основные правовые системы прошлого и современности / В кн. Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 1999. С. 282.

Еще одной причиной множественности определений категории «правовая система», на наш взгляд, является нарушение единства критериев при выявлении ее содержательной стороны.

Таким образом, главными причинами разнообразия в понимании и определении правовой системы являются следующие: разному толкуемое содержание данного понятия, отсутствие единого на каждом конкретном уровне исследования критерия выделения его структурных элементов; многогранность, многоуровненность самого явления – правовая система.

Необходимо отметить, что когда мы прибегаем к использованию категории «правовая система», то прежде всего выделяем ее интегративные свойства, механизм взаимодействия разноплановых правовых явлений, рассматриваемых как единое целое. Достоинством этого понятия является то, что в его рамках можно выявить не только особенности правовых явлений в той или иной стране, но и структурные связи между ними, увязать собственно правовые нормы, систему законодательства, составляющие центральное звено каждой правовой системы, с другими ее структурными элементами: правовой идеологией и психологией, правотворчеством и правоприменением.

Правовая система в значении правовой семьи, как уже было отмечено выше, является специфической категорией сравнительного правоведения.

Основоположники системного подхода в сравнительно-правовых исследованиях (Р. Давид, К. Цвайгерт, Х. Кётц и др.), как верно отмечает В.Е. Чиркин, совершили прорыв в научных исследованиях, создав новое направление. Они выделили и проанализировали различные правовые общности современности, назвав их системами, или семьями, рассмотрели исторические системы прошлого и остатки их элементов в современных условиях (индуизм, иудейство и др.). Термин «правовая система» и «правовая семья» при этом часто используются как тождественные.

Категория «правовая семья» служит для обозначения группы правовых систем, имеющих сходные юридические признаки, которые позволяют говорить об относительном единстве этих систем. При изучении иностранного права и использовании сравнительного метода понятие «правовая семья» дает возможность сконцентрировать внимание на известных «моделях», представ-

ляющих определенные типы права, в которые входит более или менее значительное количество этих систем. Терминологическое обозначение этих групп различно. Например, французский ученый Р. Давид использует термин «семья правовых систем»; К. Цвайгерт, К.Г. Эберт – «правовые круги»; С.С. Алексеев – «структурная общность». Термин «правовая семья» наиболее распространен в отечественной и зарубежной литературе.

Под правовой семьей в научной и учебной литературе понимается совокупность национальных правовых систем, объединенных общностью исторического формирования, структуры, источников, ведущих отраслей и правовых институтов, правоприменения, понятийно-категориального аппарата и юридической науки⁶.

«Распространенные в компаративистике словосочетания «правовая семья», «семья систем права», «правовая система» – это не понятия, а всего лишь условные названия для обозначения соответствующих групп правовых феноменов», – отмечал еще Р. Давид. Автор указывал, что «понятию «правовая семья» не соответствует никакая-либо биологическая реальность; оно используется лишь в дидактических целях, чтобы выявить сходство и различия систем действующего права»⁷.

Однако попытки разобраться в понятиях, продолжаются и по сей день. Любопытна точка зрения В.Е. Чиркина, который утверждает, что в современном правовом мире существуют и действуют три правовые системы: мусульманская, тоталитарно-социалистическая и либеральная, «...частично социальная капиталистическая система»⁸.

В рамках трех правовых систем, по мнению автора, существуют различные семьи права. Так, в систему мусульманского права В.Е. Чиркин включает семью классического, древнего мусульманского права (семью правового фундаментализма или радикализма, например, в Омане или Саудовской Аравии, внутри которой, в свою очередь, существуют суннитская и шиитская семьи) и семью мусульманского права «рационализированных» мусульманских государств (Египет, Ирак и др.). Право последних автор на-

⁶ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М., 2000. С. 118.

⁷ Давид Р. Основные системы современности. М., 1988. С. 40.

⁸ Чиркин В.Е. Указ. соч. С. 261.

зывает «модернизированным мусульманским правом», так как там имеются элементы влияния права их прежних метрополий, а иногда и идеологическое влияние социалистического права.

Тоталитарно-социалистическую систему, по мнению В.Е. Чиркина, сложно разделить на семьи, так как ее общие принципы очень устойчивы. Автор предполагает, что в данном случае, возможно, имеют место зачатки новой семьи в правовой системе тоталитарного социализма.

И, наконец, в правовой системе современного «либерального, частично социального капитализма» это – англосаксонская и романо-германская семьи права⁹.

Критерием деления на правовые системы, по В.Е. Чиркину, является цивилизационно-формационный подход. Точнее, критерием для выделения правовой системы предлагается культурологический подход, а для классификации правовых семей – формационный (во главу угла ставятся принципиальные вопросы общественного строя, собственности, социальных отношений, власти).

Подобные попытки дать интегрированный критерий для классификации правовых систем в отечественной компаративистике встречались и ранее. Так, ещё в 90-х гг. прошлого века А.Х. Саидов настаивал на необходимости учитывать марксистско-ленинскую типологию права при классификации правовых систем. Автор предлагал глобальную типологию правовых систем (исторический тип права), основанную на социально-экономических критериях, и внутривидовую классификацию семей, построенную на юридических критериях¹⁰. В философском плане правовая типология рассматривалась им как единство общего (исторический тип права) и особенного (правовые семьи). В более поздних работах¹¹ А.Х. Саидов классифицирует правовые системы по традиционным критериям (как это принято в западной компаративистике, начиная с К. Цвайгерта и Х. Кётца): юридические, а категории

⁹ См.: Чиркин В.Е. Указ. соч. С. 261–263.

¹⁰ Подробнее см. Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности. Ташкент. 1988. С. 29; Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира. М., 1993.

¹¹ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности). М., 2000 и др.

«правовая система» и «правовая семья» использует как синонимы.

В свете сказанного позиция В.Е. Чиркина по вопросу о классификации правовых систем и правовых семей в значительной степени сочетается с позицией А.Х. Саидова 25-летней давности, что, на наш взгляд, означает регрессивный поиск. Особенно спорно, утверждение о том, что «правовые системы имеют элементы антагонистичности. Мусульманские правовые системы не соединяются с европейскими системами. Отсюда – гармонизации правовых систем быть не может, а вот правовых семей напротив, может»¹².

Поворот научного интереса юридических исследований, как отечественных, так и западных, в сторону культурологического подхода понятен. Если в XX в. успехи правового развития и формального (юридического), и сущностного (уровень защиты прав человека) в странах Западной цивилизации казались универсальными (об этом свидетельствуют в том числе и волны вестернизации права и в Азии, и в Африке, и на Ближнем Востоке), то сегодня это не столь очевидно. Разрыв в уровнях правового развития между западным и восточным правовым миром еще достаточно велик (в силу неотдифференцированного от морали, религии, нравственности права на Востоке), но это, на наш взгляд, лишь дело времени. В целом культурологический подход, направленный на выявление цивилизационных особенностей, поиск самоидентификации правовых систем (а это может привести и к изоляции, потому что характерно для закрытых обществ), мало соответствует целям и задачам сравнительного правоведения: изучать и сопоставлять различные правовые массивы и системы между собой, определять тенденции общеправового развития. А таковые уже появляются: ограничение суверенитета государств в пользу общечеловеческих норм мирового сообщества; приоритет признанных норм и принципов международного права перед нормами внутреннего права; прямое обеспечение международно-правовой защиты прав и свобод человека и др.¹³.

¹² Чиркин В.Е. Указ. соч. С.260–261.

¹³ См. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 10.

Возвращаясь к вопросу о корректности использования категорий «правовая система» в значении национального права, «правовая система» в значении правовой семьи и «правовая семья», следует заметить, что разрешение этой методологической путаницы видится в следующем. Категорию «правовая система» следует использовать лишь в значении национального права, а в отношении групп правовых систем со схожими признаками – «правовая семья».

*Д.А. Алешин**

СОЦИАЛЬНАЯ КОНТЕКСТУАЛЬНОСТЬ ПРАВА В УСЛОВИЯХ ПОСТМОДЕРНА

Сегодня мы оказались в доселе невиданной исторической ситуации, качественное осмысление которой пока крайне затруднительно: движение ускорилось, семантические связи усложнились, периферия заняла место центра, ценности пошатнулись, повседневность возведена в культ, высокое стало низким, а большое – маленьким. Это новая ситуация, которую трудно подвергнуть анализу и свести к общему знаменателю – ситуация постмодерна.

В современной научной литературе предпринято множество попыток дать определение постмодерну. Тем не менее, ответить на вопрос «Что такое постмодерн¹?» весьма сложно и, как кажется, на данный момент такой ответ не может быть исчерпывающим. Это становится особенно очевидным, если вспомнить, когда были от-рефлексированы предыдущие эпохи. Премодерн² был критически

*Алешин Д.А. – магистрант кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов.

¹ Постмодерн – совсем не то же самое что постмодернизм. Постмодернизм – это важный интеллектуальный дискурс эпохи постмодерна. Постмодернизм возможен только в рамках постмодерна, но при этом данный дискурс не является доминирующим, так как в постмодерне не может быть доминирующего дискурса.

² Тип общества, предшествующий модерну, традиционное общество.

осмыслен только с наступлением модерна, а модерн³, в свою очередь, – постмодерна.

И все же важно уяснить, что постмодерн – это прежде всего новый миропорядок и новая парадигма, к которой в данный момент осуществляется переход от предыдущей парадигмы модерна. А потому основы нового мира строятся на оппозиционных модерну принципах⁴, таких как изменчивость, децентрация, фрагментарность, контекстуальность.

В условиях постмодерна меняются фундаментальные представления об онтологических и гносеологических основах мира. Научное знание, в том числе и правовое, воспринимает все общие принципы ситуации постмодерна, исходит из множественности исследовательских подходов и их контекстуальности. Дискуссия о постмодерне не ограничивается обсуждением этого явления только в рамках гуманитарных наук. Постмодерн – явление обширное, а потому затрагивает все научное знание. В новую эпоху меняется представление о знании. Любое знание трактуется как категория множественного, отсюда – научное знание существует во множественности форм.

Классическая юриспруденция основана на системе рациональности эпохи модерна с такими ее основными постулатами, как рационализм, логоцентризм, функционализм, догматизм. Но с началом новой эпохи сама реальность начала указывать на несоответствие устаревших рационалистических концепций модерна существующему положению вещей. Это, в свою очередь, повлекло за собой глубинные изменения в гуманитарных науках. Новые социокультурные условия указывают на необходимость пересмотра отношения к классическим основаниям и правового анализа. Поэтому вслед за западной правовой наукой и в отечественный юридический дискурс были введены неклассические постулаты новой эпохи.

³ Модерн (*modern* (англ.) – современный) – это общество, измененное в результате индустриализации, и противопоставляющее себя традиционному обществу.

⁴ основополагающие принципы модерна: универсальность, однородность, ясность.

Одним из важнейших понятий неклассической правовой мысли (и в целом гуманитарного знания) является контекстуальность. Когда мы говорим о контекстуальности применительно к такому социальному явлению, как право, то имеем в виду социальную контекстуальность.

Контекстуальность в самом широком смысле следует понимать как контекстуализм – эпистемологическую установку, согласно которой «знания, полученные путем дедуктивных выводов, основываются на представлениях, не находящих опоры в опыте»⁵. «Следовательно, о знании или незнании можно говорить только с учетом ситуативного контекста, на фоне которого протекает познание»⁶.

Типы контекстуализма могут различаться в зависимости от типа контекста, значимость которого признается определяющей для познавательного процесса. Так, в современном гуманитарном знании обычно выделяют два типа контекстуализма: континентальный и англо-американский. В континентальном гуманитарном знании в центре внимания находится исторический и социальный контекст; англо-американские же контекстуалисты работают в основном с «обыденным» и «скептическими» контекстами⁷.

Такой взгляд на контекстуализм в англо-американском мире сформировался под натиском вызовов новой эпохи и кризиса научного знания. Контекстуализм в англо-американской эпистемологии, с одной стороны, можно считать причиной релятивистских тенденций в гуманитарной науке, с другой стороны, его можно рассматривать как своеобразный ответ набирающим силу скептицизму и релятивизму в их радикальной форме⁸.

⁵ Contextualism // The Cambridge Dictionary of Philosophy. 2nd ed. / ed. by R. Audi. Cambridge. 1999. Цит по: Лисина Ю.А. О контекстуальности познания в современной англо-американской философии // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2008. № 86. С. 29.

⁶ Лисина Ю.А. Указ. соч. С. 29.

⁷ См.: Там же.

⁸ См.: Cohen S. Contextualism Defended // Contemporary Debates in Epistemology. Blackwell, 2005. P. 56; Лисина Ю.А. Указ. соч. С. 29.

Пример радикального релятивизма в рамках американской постмодернистской критической школы права приводит В.Г. Графский: «Один из тезисов этого весьма скептического и нередко нигилистического подхода к праву сводится к следующему: поскольку социальная жизнь в гораздо большей степени усложнилась и стала гораздо более иррациональной, чем это предполагает существующая манера ее законодательного регулирования, то все соответствующие юридические доктрины и теории обречены на весьма поверхностные суждения и обобщения»⁹.

К счастью, западная правовая наука не утвердилась в положении радикального релятивизма; контекстуализм в своей современной версии стремится найти точки соприкосновения со скептицизмом и в то же время продемонстрировать правомерность познания на основе повседневного опыта.

На примере американской критической школы права можно проследить обращение к социальной контекстуальности как основополагающему методу познания права. Ее представитель Т. Стритер выделил характерные черты критической школы: во-первых, возврат к исследованию роли общих концепций и мировоззрений в контексте их влияния на право; во-вторых, развитая концепция правового «недетминизма»; в-третьих, восприятие права как попытки либерализма избавиться от собственных ограничений¹⁰.

Важнейшей задачей критической школы права является деидеологизация права. Право рассматривается как средство идеологического воздействия, которое легитимировало классовое общество, пусть и замаскировав его классовый характер. Контекстуальность в том значении, которое ей придавалось американскими юристами, сыграла важную роль в реализации этой задачи. Контекстуализация гносеологических основ права выступает в роли инструмента, выполняющего функцию «размывания» идеологии.

⁹ Графский В.Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще не заверченный проект // Правоведение. 2003. № 3. С. 54.

¹⁰См.: Кашин А.А. Дискурс постмодернизма в американском праве // Юриспруденция. 2009. № 13. С. 13–19.

Такой эффект вполне возможен, если помнить, что по версии постмодернистов общество переживает распад культурной однородности и пребывает в многомерном мире, который объединяет совершенно разные понимания человеческого существования. Отсюда и понимание права становится предельно неоднородным и дискурсивно обусловленным. Как указывает В.В. Сорокин, «постмодернистское сознание аннигилирует прошлое и упраздняет будущее – значимым является только настоящее, “актуальное”, “метаисторическое”: в нем нет ни нового, ни старого, но все может быть привлечено и использовано для карманных нужд текущего момента. Контекст делается важнее юридического текста, правотворчество подменяется произвольной интерпретацией уже сотворенного, и это перетолкование уже существующего становится преимущественным видом деятельности постмодернизма»¹¹.

В целом, англоамериканскую версию контекстуализма можно выразить в популярной формуле эпохи постмодерна: «здесь и сейчас», т.е. социальная контекстуальность права рассматривается как сиюминутная данность, где множество условий влияют на право, а потому важным становится повседневный контекст.

Лучше всего описать такое понимание социальной контекстуальности можно на примере судебного процесса. Так, А.А. Кашин отмечает, что для критической школы права важным было исследование *extra-legal factors* – обстоятельств, формально не связанных с применением права, однако оказывающих реальное воздействие на результат правоприменения¹². Такими факторами могут стать биография и личный опыт судьи, его политические предпочтения. Судья, выросший в бедности, может сочувственно относиться к малоимущим людям, а может, наоборот, считать, что его собственный опыт показывает, что бедные должны сами нести ответственность за свое положение. В то же время на отношение судьи к конкретному делу влияет и множество других разнородных факторов повседневности.

¹¹ Сорокин В.В. Юридическая глобалистика: Учебник. Барнаул. 2009. С. 39.

¹² См.: Кашин А.А. Указ. соч.

По мнению представителей критической школы права, юридические проблемы должны решаться с учетом ситуативного контекста, что влечет за собой замену легального (основанного на законе) правосудия правосудием творческим¹³.

Отечественная доктрина также часто обращается к проблематике социальной контекстуальности права, но для нее определяющей в познавательном процессе является историческая составляющая контекстуальности. Доминирующей долгое время являлась точка зрения, согласно которой право – это исторически детерминированное явление, а сущность и проявления всякого юридического знания конкретно-историчны¹⁴.

Постепенно отечественная юриспруденция пытается отойти от такой установки, обозначив проблематику неоднозначности трактовки социальной обусловленности права. А.В. Петров правильно подмечает, что «практически во всех системных изложениях теории права есть разделы об историческом процессе возникновения права. Однако разделы о формировании права как актуальном процессе, как правило, отсутствуют»¹⁵.

Сегодня отечественная юриспруденция ввела в свой дискурс социокультурный контекст, вступив таким образом в эпоху постмодерна. Современные отечественные неклассические концепции правопонимания зачастую делают упор как на социокультурный, так и на исторический аспект контекстуальности права. Так, Л.И. Честнов пишет: «Право – не просто мера свободы формально равных индивидов, что свойственно в той или иной степени любой нормативной системе, но исторически и социокультурно конкретная мера возможного, должного и запрещенного поведения, сформированного в данном конкретном социуме. Интеграция исторического измерения права, наследующего идеи исторической

¹³ См.: Касьянов В.В., Нечипуренко В.Н. Социология права. Ростов н/Д., 2001. С. 190.

¹⁴ См.: Мамут Л.С. Историзм – условие научности знаний о праве (тезисы) // Стандарты научности и *homo juridicus* в свете философии права: Материалы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / Отв. ред. В.Г. Графский. М., 2011. С. 120.

¹⁵ Петров А.В. Структура содержания права // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2012. № 2 (1). С. 280.

школы права, с социологией права в данном случае чрезвычайно важна и полезна»¹⁶. В этом его поддерживает А.В. Поляков, постулируя социокультурную и историческую обусловленность права¹⁷.

Тем не менее, понимание социальной контекстуальности права в отечественной юриспруденции испытывает влияние и англо-американской версии контекстуализма. Все чаще слышны призывы обратиться к повседневному ситуативному контексту. Современная правовая наука стремится переосмыслить социальную контекстуальность права, приходя к ее пониманию в самом широком смысле. Два представления о социальной контекстуальности складываются в интегрированную схему, а молодая правовая наука постсоветской России испытывает искушение постмодерном.

Потому уже сегодня, говоря о социальной контекстуальности права, мы прежде всего имеем в виду то, что право не может мыслиться автономно, а всегда включено в систему сложных социальных связей. Множество связей и условий, факторов, действий непосредственным образом влияют на право, изменяя его. Рассматривать право контекстуально значит пытаться отразить конкретную текущую ситуацию, в которой оказалось право во всем многообразии своих проявлений; обозначить те смыслы и элементы социальной жизни, которые формируют представление о праве, влияют на него и изменяются вместе с ним.

Хотелось бы надеяться, что отечественная правовая наука будет развиваться именно в этом направлении, приближаясь к осознанию социальной контекстуальности права в самых разных ее смыслах, используя все эпистемологические возможности, которые перед нами открывает эпоха постмодерна с присущей ей неклассической рациональностью.

¹⁶ Честнов И.Л. Критерии современного правопонимания: современная ли интегративная концепция права? // *Философия права в России: история и современность: Материалы третьих философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца* / отв. Ред. В.Г. Графский. М., 2009. С. 262.

¹⁷ См.: Поляков А.В. *Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций*. СПб., 2004.

*Д.Б. Калиш**

САМОРЕГУЛЯЦИЯ ОБЩЕСТВА И ГОСУДАРСТВЕННОЕ ВМЕШАТЕЛЬСТВО: ПРОБЛЕМЫ ОПТИМИЗАЦИИ

Начиная с Нового времени история правовой мысли и политическая практика демонстрируют конкуренцию либеральной и этатистской моделей взаимодействия государства и общества.

Э. Ваттель характеризовал их следующим образом: в рамках этатистской модели «государство воплощает общество; оно является всем, и человек выступает лишь в качестве дополнительного атрибута, “слепой детали” огромного и могущественного механизма». Такой подход Э. Ваттель называет «крестьянским», характерным для государств, все еще приверженных абсолютизму. В рамках же либеральной модели «государство рассматривается в качестве слуги, “младшего служащего”, миссией которого является поддержание внешнего мира и социальной безопасности»¹.

Индивидуальную свободу Э. Ваттель противопоставлял свободе государства, отмечая следующее: «Все люди приобретают от природы свободу и независимость, которых не могут лишиться, кроме как по собственной воле. Граждане не пользуются ими в полной мере, поскольку они частично передали их государству». Само же государство «остаётся полностью свободным и независимым по отношению к индивидам и иностранным государствам до тех пор, пока добровольно не покорится им»².

Таким образом, можно сделать вывод, что взамен отчужденных прав государство должно предоставить гражданам гарантии сохранения правопорядка и обеспечения законных индивидуальных и общественных интересов.

* Калиш Д.Б. – магистрант кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов.

¹ Цит. по: Ducpetiaux Ed. Mission de l'Etat: ses regles et ses limites. Bruxelles. 1861. P. 7.

² Vattel Em. de. Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains. Tome 1. Leyde. 1758. P. 56.

Последовательным приверженцем либерализма был В. Гумбольдт. Неотъемлемым условием существования и совершенствования человека он считал свободу, отмечая, что «разум не может желать для человека иного состояния, помимо того, при котором не только каждый индивид располагает абсолютной свободой саморазвития в соответствии со своими силами и особенностями», но «даже внешняя среда ... получает форму, которую ей придает каждый индивид в соответствии с его свободной волей и мерой его желаний, ограниченный лишь пределами его возможностей и прав»³. Тем самым провозглашалась исключительная способность индивида воздействовать на окружающую его действительность. Индивиду в данном случае отводится главенствующая роль по отношению к государству и его органам, которые призваны действовать без ограничения свободы человека и лишь в рамках отведенных им полномочий.

Говоря о сторонниках допущения государственного вмешательства в жизнь отдельных граждан и общества в целом, В. Гумбольдт полагал, что их склонило к такой позиции представление о том, что «государство может даровать нечто большее, чем просто безопасность, и что пагубное ограничение свободы, будучи возможным, не является обязательным следствием подобной политики»⁴.

Э. Лабулэ, анализируя взгляды В. Гумбольдта относительно назначения государства, пришел к выводу, что тот сводил роль государства к двум функциям: защищать государственный суверенитет от внешних угроз и поддерживать мир и безопасность в рамках самого государства. Иными словами, В. Гумбольдт «наделяет государство армией, флотом, дипломатическими каналами, финансами, правоохранительными органами, и в то же время изымает из его компетенции религию, образование, общественную мораль, коммерцию и промышленность; данное разделение

³ Humboldt W. von. *The Sphere and Duties of Government*. Translated from the German of Baron Wilhelm von Humboldt, by Joseph Coulthard, Jun. London. 1854. P. 14.

⁴ Ibid. P. 19.

осуществляется на основе двух принципов: свободы действий и разнообразии положений»⁵.

Как отмечает Д.В. Пожарский, провозглашение подобной минимизации государственного вмешательства является следствием ряда причин, в том числе того обстоятельства, что «устанавливаемые властью институты и учреждения рано или поздно повлекут различные неудобства, главным из которых станет ограничение свободы, а также то, что действия государства обращены на общество в целом и тем самым вредны для каждого отдельно взятого индивида»⁶.

Сторонники этатизма, среди которых можно назвать Х. Вольфа, Т. Гоббса, Г. Гегеля, И.Г. Фихте и др., напротив, придерживаются мнения, что государству не следует ограничивать свое вмешательство в общественные отношения; оно призвано проводить политику патернализма, контролируя экономику и осуществляя прямое управление обществом. Критики же данного подхода настаивают «на том, что последовательное претворение в жизнь этатистских установок ведет к сужению сферы индивидуальной деятельности и вступает в конфликт с принципами правового государства»⁷.

Однако ряд исследователей отрицали, что государственное вмешательство препятствует реализации индивидуальных интересов. Так, например, по мнению Ш. Дюпон-Уайта, основной задачей государства является установление власти разума, выраженной в законе, а не власти человека, извращенной фантазией.

⁵ Laboulaye Ed. de. L'etat et ses limites: suivi d'essais politiques sur Alexis de Tocqueville : l'instruction publique, les finances, le droit de petition, etc. Charpentier.1863. P. 52.

⁶ Пожарский Д.В. Либеральная концепция целей и функций государства во взглядах Вильгельма фон Гумбольдта // Российское общество и государство: актуальные проблемы на современном этапе: Материалы Международной научно-практической конференции. Владимир, 2009. С. 227.

⁷ Щекотихин В.Н. Этатизм и его роль в укреплении современной государственности: зарубежный опыт и российские тенденции // Вестник Волгоградского государственного университета. Сер. 4. История. Регионоведение. Международные отношения. 2008. № 1 (13). С. 116.

Основное назначение государства заключается «в установлении общих норм, во имя общих целей»⁸.

Без государства индивид слаб, общество же, лишенное государственного вмешательства, не способно к развитию. Государство в данном случае не противопоставляется свободе, поскольку оно представляет собой «тот род авторитета, который освобождает человека, авторитет, который появляется тогда, когда нужно подавить злоупотребление силы»⁹. Таким образом, индивидуальные интересы не будут страдать при расширении функций государства, целью которого ни в коем случае не является ограничение личной свободы.

Представления о том, что любой деспотизм является «раной, нанесенной человечеству», что любое вмешательство государства – это препятствие на пути прогресса, что высшее благо устанавливается принудительно, являются, по мнению Ш. Дюпон-Уайта, лишь предрассудками. Причины такого отношения к государству могут заключаться в «предчувствии жертв, которые государство может потребовать от граждан». Однако Ш. Дюпон-Уайт полагал, что провозглашение прав человека и одновременное ограничение прав органов власти является «общей ошибкой»¹⁰.

Говоря о природе государственной власти, Ш. Дюпон-Уайт указывал, что «власть является необходимой, нерушимой», прогресс «может изменить название и режим, но он не сможет затронуть сами основы власти». Государство представляет собой власть, существующую благодаря обществу и в его интересах; власть более не выступает как синоним патернализма, но в качестве системы государственных органов, имеющей целью сохранение правопорядка и достижение общего блага¹¹.

Вместе с тем государство не является лишь «хранителем того, что уже существует, применителем возникших ранее законов», ему «присуще свойство устанавливать новые законы, то есть пред-

⁸ Dupont-White Ch. L'individu et l'État. Troisième édition. Paris. 1865. P. 67.

⁹ Цит. по: Хлебников Н.И. Право и государство в их обоюдных отношениях. Варшава. 1874. С. 417.

¹⁰ Dupont-White Ch. L'individu et l'État. Troisième édition. Paris. 1865. P. 63.

¹¹ Ibid. P. 67.

видеть то, что будет, подготавливать то, что должно быть»¹². Не следует также отождествлять государство с насилием, поскольку сама природа государства иная и не заключается в подавлении индивидуальных и коллективных интересов, но направлена на развитие всего общества.

А. Мишель, анализируя идеи, высказанные Ш. Дюпон-Уайтом, резюмирует, что «социальный и политический прогресс состоят в приобретении известных прав: права повиноваться только закону, права участвовать в правительственной деятельности и проч. Но эти права одновременны появлению государства, и там, где они развиваются, развивается, в свою очередь, государство»¹³. Таким образом, Ш. Дюпон-Уайт настаивает на равнозначности и единстве исторического пути права и государства.

Дж. Милль, говоря об антагонизме государства и индивида, утверждал, что «нужно ограничить власть правителя над обществом, и это ограничение и есть то, что мыслится под свободой», при этом сама власть рассматривается им «как оружие, которое, впрочем, необходимо». Достижение свободы, понимаемой таким образом, возможно посредством признания определенных прав и установления «конституционных ограничений»¹⁴. Признавая необходимость ограничения государственной власти, Дж. Милль, однако, полагает, что «слова “самоуправление”, “власть народа” не выражают подлинной свободы»¹⁵.

Схожей позиции придерживался Л.Т. Хобхаус. Будучи сторонником либерализма, он, тем не менее, отмечал, что «первым условием всеобщей свободы является так называемая мера всеобщего сдерживания»¹⁶. Индивиды, будучи равными и обособленными, лишены власти, и в качестве решения данной проблемы Л.Т. Хобхаус указывал на необходимость создания правительства,

¹² Dupont-White Ch. L'individu et l'État. Troisième édition. Paris. 1865. P. 7.

¹³ Мишель А. Идея государства. Критический опыт истории социальных и политических теорий во Франции со времени революции. М., 2008. С. 475.

¹⁴ Милль Дж. О свободе / Пер. с англ. А. Фридмана // Наука и жизнь. 1993. № 11. С. 10.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Hobhouse L.T. Liberalism. Oxford University Press. London. 1911. P. 12.

целью которого является защита интересов каждого внутри общества и защита самого общества от внешних угроз. В данном случае предполагается добровольное ограничение прав индивидов (лишь в определенной мере) для блага всего сообщества¹⁷.

Исходя из вышесказанного, Ш. Дюпон-Уайт, Дж. Милль и Л.Т. Хобхаус, хотя и придерживаются различных подходов, признают необходимость совмещения государственного вмешательства и саморегуляции общества для создания эффективного механизма управления.

Таким образом, основные теоретические модели соотношения государства и общества обозначились еще в XVIII в. Доводы, которые выдвигались сторонниками каждой из них, а также предлагавшиеся способы оптимизации саморегуляции общества и государственного вмешательства не утратили своей актуальности и сегодня.

¹⁷ Hobhouse L.T. Liberalism. Oxford University Press. London. 1911. P. 36.

РАЗДЕЛ II

ЭВОЛЮЦИЯ ПРАВА И ОБЩЕСТВА В РОССИИ

*А.А. Дорская**

**МЕСТО ПРАВОВЫХ РЕФОРМ
В ЭВОЛЮЦИИ ПРАВА И ОБЩЕСТВА****

Правовые реформы неизбежны в общественном развитии. Вместе с тем любая правовая реформа представляет собой такой период, когда взаимодействие права и общества является максимальным и концентрированным. Это обусловлено рядом причин.

Во-первых, как известно, поведение каждого человека определяется комплексом социальных регуляторов, среди которых право может не иметь приоритетного значения. Еще в знаменитой записке К.С. Аксакова, написанной в 1855 г., отмечалось, что «Россия никогда не обоготворяла права, никогда не верила в его совершенство, совершенства от него не требовала», она «смотрела на него как на дело второстепенное, считая первым делом веру и спасение души»¹. Современные исследователи подчеркивают, что по прошествии времени мало что изменилось. Например,

* **Дорская А.А.** – доктор юридических наук, профессор; заведующая кафедрой международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

** Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках проекта проведения научных исследований («Правовые реформы в России: типология, логика развития, критерии результативности»), проект № 14-03-00172.

¹ Цит. по: Мартышин О.В. О некоторых особенностях российской правовой и политической культуры // Государство и право. 2003. № 10. С. 24.

В.Е. Пшидаток пишет: «Свобода, честь, достоинство личности и право, как их гарантии, ценностью в России никогда не были, ибо право вторично по отношению к правде и справедливости»². Однако в период проведения правовых реформ даже те, чье поведение правомерно в силу предпочтения других социальных регуляторов, обращают на право большее внимание, участвуют в обсуждении происходящих изменений.

Во-вторых, правовая реформа – это хронологически ограниченный процесс преобразования правовой системы страны, затрагивающий правотворчество, правовой массив, правопонимание, правоприменение, который предшествует или следует за реформированием политической, экономической или социальной сферы и имеет целью качественное улучшение жизни большинства членов общества.

Таким образом, именно в этот период по реакции общества на те или иные правовые изменения можно судить об истинных потребностях общества в правовой сфере, выбрать для права ту роль, которая необходима в данный конкретный исторический момент – либо прогрессивную, когда правовые реформы как бы бросают обществу вызов, являются инструментом вывода его на новый этап развития, придают ему новый импульс для перехода на новый качественный уровень, либо охранительную, когда право должно сдерживать нарастающую в обществе активность или даже агрессию и предотвратить революционный скачок, который всегда приводит к человеческим жертвам.

Роль права в реформировании различных сфер жизни может быть различной. Очевидно, что первый, более распространенный вариант, – когда право является инструментом, обеспечивая проведение политических, экономических, социальных и других реформ. В частности, так произошло в первые годы советской власти. Беспрецедентные для того времени национализация частной собственности, отмена наследования в 1918–1922 гг., исчезновение из признаков преступления вины, разработка социально-экономических прав и свобод, равенство мужчины и женщины в политической сфере, разработка новой концепции международно-

² Пшидаток В.Е. Правосознание и правовые ценности в традиционном правокультурном российском контексте. Ростов н/Д., 2007. С. 8.

го права социалистических стран и многие другие нововведения представляли собой попытку создания новой правовой системы революционными методами и должны были обеспечить сохранение власти большевиков.

При характеристике современной правовой реформы в России, начавшейся более двадцати лет назад, ряд исследователей также называют главной целью обеспечение изменения политического строя³.

Второй вариант – когда право меняет ту реальность, которую оно призвано отражать⁴, то есть правовое развитие опережает и, возможно, достаточно сильно сложившиеся общественные отношения. Ярким примером данного варианта является Судебная реформа 1864 г., которая была подреформой крупномасштабной государственно-правовой реформы правительства Александра II.

Общество настолько поверило в возможность независимой судебной власти, что попыталось замахнуться даже на основы государственного строя. Например, К.П. Краковский, говоря о судопроизводстве по государственным преступлениям того периода, отмечает: «Юридический романтизм “отцов судебной реформы” проявился в том, что при создании механизмов расследования и суждения дел о государственных преступлениях, когда само государство выступало в роли потерпевшего, они были весьма озабочены созданием гарантий общественного доверия к такому суду (идея, чтобы само общество, а не только государство в лице профессиональных судей, участвовало в суждении дел о государственных преступлениях, обеспечение высокого качества предварительного расследования государственных преступлений, система процессуальных прав обвиняемых и др.). Важнейшей гарантией была гласность политических процессов»⁵. Таким образом, Судебные уставы 1864 г. и их реализация изменили отношение к суду и

³ Ильченко Т.Ю. Этапы правовой реформы в России // Современное право. 2013. № 2. С.13.

⁴ Шитаха И. Правовая реформа. Теория и практика: Учебное пособие. Пер. с англ. под ред. Н.Г. Дорониной. М., 1998. С. 10.

⁵ Краковский К.П. Политическая юстиция в России во 2-й половине XIX – начале XX в.: историко-правовое исследование. Автореферат дис. ... д.ю.н. М., 2013. С. 20.

к судьям, превратили общественность в важнейшего участника судопроизводства, способствовали формированию нового поколения российских юристов, которые пронесли в своей профессиональной деятельности идею о праве как одной из высших ценностей.

В зависимости от двух обозначенных подходов можно выделить и две точки зрения на периодизацию проведения правовых реформ.

Первая – выделение этапов обеспечения правом экономической, политической реформ и реформы в социальной сфере: преобразования ограничиваются рамками идеологии; готовятся юридические средства реформирования общества; проводятся социально ориентированные экономические преобразования; осуществляется перестройка политического строя и необходимые социальные изменения⁶. Причем к первому этапу следует отнести и реформу юридического образования.

Вторая точка зрения состоит в выделении этапов чисто правового реформирования. Так, В.Ф. Яковлев предложил выделять революционный этап реформирования права, этап сплошной систематизации и этап совершенствования того, что создано⁷.

Любая правовая реформа – это «встряска» для общества. Причем и удавшиеся, и неудавшиеся реформы исследователи относят к социальным потрясениям⁸. При этом исследователи отмечают, что «по своей основательности и глубине преобразования, степени конфликтности, которые с ними связана, реформы занимают промежуточное положение между революцией и текущим совершенствованием существующей практики»⁹. В этой связи

⁶ Сорокин В.В. Правовая реформа и переходный период в Российской Федерации // Конституция и правовая реформа в России: межвузовский сборник научных статей / под ред. В.Я. Музюкина, В.В. Сорокина. Барнаул. 2004. С. 11-58.

⁷ Яковлев В.Ф. Российская система права: проблемы и достижения // Закон. 2006. № 8. С. 4-8.

⁸ Карпов В.И., Новокшанов О.Н. Формирование правовой культуры личности и общества как основа обеспечения национальной безопасности России в период реформ // Право и государство: теория и практика. 2009. № 10 (58). С. 80.

⁹ Соколов Н.Я. Правовая реформа глазами юристов // Государство и право. 2006. № 6. С. 6.

нельзя не согласиться с точкой зрения о необходимой связи правовых реформ с правовой политикой. Так, А.В. Малько отмечает, например, что «в постсоветской России пытались претворить в жизнь отдельные разновидности правовой реформы, в частности, имеется в виду судебная реформа. Попытки эти еще не достигли тех целей, ради которых они затевались. Во многом причины данного обстоятельства заключаются в том, что судебная реформа выступила лишь элементом более широкого феномена – правовой реформы в целом и проводилась не системно, без полноценной правовой политики»¹⁰. Поэтому правовые реформы должны иметь строго ограниченный временной период, быть неким исключением из правил, тогда как целенаправленная деятельность государства по созданию своего рода «охраноспособных правовых разработок», т.е. апробированных, прошедших «испытание» правовых решений, с максимальной точностью прогнозирующих правовые последствия¹¹, должна быть постоянной.

Здесь неизбежно встает вопрос о возможности периодичности или даже цикличности проведения правовых реформ. Однозначного ответа в данном случае быть не может. Как отмечает О.В. Григорьев, «люди в силу самой своей природы стремятся к преодолению препятствий, постижению нового и незнакомого во имя поставленных целей. Степень трансгрессии для каждой цивилизации различна, для одних – это естественное состояние, постоянная величина, причина, заставляющая все материальные и духовные феномены перманентно изменяться. Для другой – трансгрессия выступает в качестве временного, исключительного фактора развития, социально блокируется, идеологически осуждается»¹².

¹⁰ Малько А.В., Игнатенкова К.Е. Правовая политика и правовая реформа в современной России (Обзор материалов «круглого стола») // Государство и право. 2009. № 4. С. 100.

¹¹ Трофимов В.В. Правовая политика как научная основа правовых реформ // Государство и право. 2010. № 6. С. 101.

¹² Григорьев О.В. Правовые реформы – ответ на вызовы социальных деструкций // Административное и муниципальное право. 2011. № 8. С. 12–13.

Так, в истории Российского государства и права есть некоторые постоянные объекты реформирования: система органов исполнительной власти, являющаяся наиболее реформируемым элементом государственного механизма¹³, местное самоуправление¹⁴, имущество религиозных организаций (церковное имущество) и т.д. При их исследовании возникает ощущение круга, вырваться из которого государственным органам как главным правотворцам не удавалось, несмотря на меняющиеся эпохи и предпринимаемые усилия. Например, изучение правового режима имущества религиозного назначения показывает, что никакое реформирование, никакая модернизация не способны существенно повлиять на ситуацию, и, пройдя определенный круг развития, сложившиеся изначально институты и нормы вновь оказываются и действительными, и действенными. Пытаясь ограничить объем церковного имущества, государство практически всегда отступало от им же введенных норм. Имущество религиозных организаций, подвергаясь секуляризации, восстанавливалось.

При этом необходимо отметить, что отношение общества к проводимой реформе различно в зависимости от этапа ее проведения. Меняющееся в обществе отношение к правовой реформе является неизбежным. «Явно прослеживается, – пишет Р.А. Рябцев, – циклическая сменяемость правовых настроений общества на различных этапах переходного периода. На первом его этапе господствует правовой романтизм (идеализм), который можно определить, как преувеличение и переоценку роли и места права в жизни общества. Преувеличение реальных регулятивных возможностей права влечет интенсификацию правотворческой деятельности. Считается, что, приняв тот или иной закон, можно переустроить общество. По мере углубления правовой реформы, осложняющегося дезорганизационными факторами, правовой идеализм уступает место правовому нигилизму. Ведь если в законодательстве закрепляются несправедливые нормы, оно вряд ли будет испол-

¹³ Махина С.Н. Система органов исполнительной власти в свете правовых реформ России // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2009. № 1. С. 45.

¹⁴ Хабриева Т.Я. Муниципальная реформа в правовом измерении // Журнал российского права. 2008. № 3. С. 3–15.

няться добровольно»¹⁵. Кроме того, с течением времени интерес к реформе иссякает, она постепенно переходит в разряд обыденности, поэтому именно на этом этапе необходима государственная воля в доведении преобразований до конца.

Говоря о месте правовых реформ в эволюции права, необходимо отметить, что если преобразование правовой системы страны может быть проведено в достаточно короткие сроки, то изменение правосознания – это очень длительный и трудный процесс. Способность к изменениям является частью культуры народа. Например, в российском обществе можно говорить о «заряде традиционализма, успешно перерабатывающем любые инновации»¹⁶.

Наибольших результатов, судя по всему, можно добиться, если вектор развития направлен в сторону построения «подлинно правового и одновременно социального государства»¹⁷. При этом будет ли государство правовым и социальным зависит не только от законодателей, органов власти, но и от каждого члена общества. Так, А.В. Малько и А.Ю. Саломатин утверждают, что на современном этапе в России необходим не просто правовой, а социально-правовой мониторинг. «Могут возразить, – отмечали авторы, – что такая многоступенчатая процедура слишком громоздка и не нужна. Мол, общественность не компетентна в таких вопросах права и с ней не следует советоваться по сложным проблемам правовой политики. Однако следует помнить, что игнорирование общественного мнения – это весьма недальновидная позиция, которая может усугубить и без того существующий в российском обществе правовой идеализм и правовой нигилизм»¹⁸.

¹⁵ Рябцев Р.А. Современная правовая реформа в России и правосудие (теоретико-правовые проблемы изменения правосознания граждан). Автореферат диссертации. ... к.ю.н. Ростов н/Д., 2005. С. 15.

¹⁶ Шатковская Т.В. Гражданско-правовое регулирование имущественных отношений в аспекте российской правовой традиции. Ростов н/Д., 2011. С. 4.

¹⁷ Морозов В.М. Правовая реформа как фактор становления российской государственности // Вестник Владимирского юридического института. 2008. № 4. С. 96.

¹⁸ Малько А.В., Саломатин А.Ю. Социально-правовой мониторинг как инструмент продвижения российской правовой реформы // Бизнес в законе. 2007. № 3. С. 74.

Таким образом, правовые реформы представляют собой периоды, когда право и общество активно эволюционируют. При этом общество способно не воспринять идеи правовой реформы и свести на нет или минимизировать ее результаты либо, наоборот, позволить превзойти ожидаемые результаты.

Однако право, в свою очередь, также способно достаточно сильно изменять существующую реальность, предлагая через создание новых правовых институтов, норм, механизмов переход к качественно другому уровню жизни или сдерживая развивающиеся негативные тенденции в обществе.

*Н.Ф. Медушевская**

РОЛЬ КУЛЬТУРОЛОГИЧЕСКОЙ МЕТОДОЛОГИИ В ИЗУЧЕНИИ СПЕЦИФИКИ ПРАВОВОЙ МЕНТАЛЬНОСТИ

Роль культурологической методологии в развитии правового знания определяется преимущественно двумя моментами. Во-первых, феномены права нельзя свести только к анализу их юридических значений, поскольку правовые явления обладают внеюридическими смыслами, объяснимыми только с культурно-исторических позиций. Во-вторых, применение данной методологической стратегии проясняет события правовой жизни не изолированно, оторванно от целостного социокультурного пространства с его символичностью, метафоричностью и богатством смыслового содержания. Во всех исследованиях правовой культуры, мыслитель сам является частью изучаемой реальности, поэтому любое научное исследование с позиции культурологической методологии является рефлексивным, способствующим связи права и правосознания с абсолютными сущностями и высшими смыслами бытия в целом.

Благодаря культурологической методологии в современной юридической науке стал очевидным поворот к повседневной пра-

* Медушевская Н.Ф. – доктор юридических наук, доцент, доцент кафедры философии Московского университета МВД России.

вовой жизни детерминируется интерес к идее правовой ментальности как воплощению обыденного бытия людей. Ментальность связана с миром коллективного и индивидуального бессознательного, с теми смысловыми кодами, которые определяют душевно-духовную жизнь человека. Она включает устойчивые установки, ценностные ориентации, цели, предрасположенности, мотивы поведения, различные формы сознания и бессознательное, которые стимулируют и определяют восприятие мира отдельным индивидом или социальной группой, объединенных понятием «Мы».

В историческом процессе ментальность влияет на социальные модернизации двояким образом. Ментальные особенности нации могут стать как препятствующим, так и ускоряющим обстоятельством исторического процесса, но при этом всегда придающим ему особенный, уникальный облик, который невозможно воспроизвести нигде и никогда в других исторических обстоятельствах.

Все виды социальной активности будут иметь шанс на успех только тогда, когда станут учитываться эти ментальные особенности.

Обращаясь к русской правовой ментальности, отметим, что для нее характерно сочетание принципа христианско-православного теоцентризма с традициями российского национального сознания и нормами обычного права.

В современной юридической литературе нет однозначности в понимании сущности правовой ментальности. Согласно авторскому подходу, под правовой ментальностью понимается все то, что связано с образованием смыслов, определяющих и детерминирующих правовое (или неправовое) поведение человека, а также его интеллектуальные интенции по поводу права. Правовая ментальность определяет поведение человека по поводу права, лицо правовой культуры данного социума, это язык самой правовой культуры.

Любая правовая ментальность имеет свое культурное ядро, которое доминирует на протяжении долгого периода развития конкретной цивилизационной парадигмы, но на периферии правовой ментальности могут возникнуть смыслы, стимулирующие распад или видоизменение данной правовой ментальности.

Понятие правового менталитета и правового сознания не совпадают, хотя и пересекаются. Правосознание – форма общественного сознания, частью которого и структурным элементом выступает правовая ментальность. Правовой менталитет представляет собой глубокий пласт правовой сферы духовного мира человека и общества, является устойчивым правокультурным явлением.

Чтобы понять сущность права и определить его содержание, необходимо определить те особенности правового менталитета, которые характерны для определенного этноса и сообщают им своеобразие и отличительную специфику. Решить эти вопросы становится возможным благодаря использованию средств и приемов культурологической методологии.

В мире существует достаточное разнообразие типов культур, и в своем большинстве они способствуют движению всемирной истории. В настоящее время популярной стала концепция С. Хантингтона, который выделяет в современном мире западную, синскую, латиноамериканскую, православную, буддийскую, японскую, африканскую, исламскую и индуистскую цивилизации.

Культурологическая методология рассматривает право как бытие и воплощение определенной культурно-исторической традиции, без учета которой модернизация и реформирование права может оказаться в лучшем случае незаконченным, в худшем случае – в тупике. Благодаря анализируемой методологической стратегии правовые феномены уже не могут быть сведены исключительно к строгой юридической форме, они обогащаются всей совокупностью социокультурных средств.

Так, истоки русской культуры берут свое начало в родоплеменном строе жизни древних славян с присущими ему социально-правовыми установлениями и языческими, мифологическими представлениями. Распад этого строя и возникновение русской государственности практически совпадают с христианизацией Руси, в процессе которой происходит формирование нового типа духовности. Вместе с тем заимствование православия из Византии сопровождалось и внедрением в Киевскую Русь некоторых византийских принципов государственного устройства, но и антирационалистических форм духовности.

Рассмотрим применение культурологической методологии на примере формирования идеи правопорядка в российской действительности.

Автор исходит из допущения, что правопорядок является составной частью общественного порядка, характеризуется уровнем законности и правопослушности граждан, соблюдением юридических обязанностей как со стороны населения, так и со стороны власти. Правопорядок непосредственно вытекает из государственного порядка, принятого в данном государстве. Определение правопорядка является важнейшей задачей любой социальной структуры и социальной организации, которая не может существовать без упорядоченности общественных отношений, регуляции общественной жизни, воздействующей на правомерное поведение ее участников.

Правопорядок возникает уже на ранних этапах истории в ранних способах государственного объединения людей. Идея порядка в античном мире сопрягается с космосом и космическим бытием, суть которого – гармония и стабильность. «... Мир сохраняет свое некое видимое или невидимое изначальное постоянство, обусловленное лежащим в его основе Логосом, – он не только хаос и разрушение, борьба и война, но и некий изначальный и метафизический порядок, незримая гармония, высшая божественная справедливость»¹.

Западноевропейские представления о порядке менялись, однако их основой всегда оставалась его трактовка как основы жизнеустройства, без чего социальное бытие утрачивало свою стабильность, незыблемость, фундаментальность и размеренность, а беспорядок, доведенный до хаоса, становился олицетворением конца, смерти цивилизации и деградации жизни.

В России процесс формирования правопорядка существенно отличается от своего западного аналога. Как отмечал Г.П. Федотов, «татарофильская» Москва переняла от Орды монгольские принципы управления и правопорядка, в котором право заменялось идеей произвола, неправовыми способами осуществления властных полномочий. Бесконечные грабежи и поборы со стороны

¹ Исаев И.А. Идея порядка в консервативной ретроспективе. М., 2011. С. 8.

ордынцев развили в русских нежелание производительно работать, поскольку все наработанное легко отчуждалось царскими слугами для выплаты дани.

Хаос становился нормой социальной жизни, которую П.Я. Чаадаев характеризовал следующим образом: «Это все еще хаотическое брожение предметов нравственного мира, подобное тем переворотам в истории земли, которые предшествовали образованию нашей планеты в ее теперешнем виде»². Анализируя в начале XIX столетия исторические тенденции развития России, он писал, что страна пребывает в хаосе, в ней нет гарантий неприкосновенности собственности, отсутствует свобода и осознание личностью значимости свободы и своих прав, высшим смыслом бытия остается жизнь в семье, верность патриархальным устоям. Власть в русской ментальности овеяна ореолом сакральности, а патриархальные семейные отношения распространялись и на социальные институты, высшим из которых являлось государство. Всякий государь, царь – это батюшка, он суров, но справедлив, один знает, что есть добро и зло, а, следовательно, действует, руководствуясь собственными субъективными представлениями, мотивами, желаниями и эмоциями. П.Я. Чаадаев отмечает: «Мы не говорим, например, я имею право сделать то-то и то-то, мы говорим: это разрешено, а это не разрешено. В нашем представлении не закон карает провинившегося гражданина, а отец наказывает непослушного ребенка. Наша приверженность к семейному укладу такова, что мы с радостью расточаем права отцовства по отношению ко всякому, от кого зависим»³.

Первые шаги построения империи при Петре I и Екатерине II стали сопровождаться мерами к правовому оформлению государства с целью преодоления хаоса социальной жизни на основах законности и правопорядка. Многонациональное российское государство нуждалось в объединяющем принципе, на основе которого могла создаваться структура и социальная организация империи. Таким принципом для Петра стала толерантность по отношению ко всем народам, населяющим Россию.

² Чаадаев П.Я. Сочинения. М., 1989. С. 20.

³ Там же. С. 201.

Петр, будучи «*устроителем империи*»⁴, боролся с хаосом как внутри страны, так и в столкновениях с внешним врагом. Идея Рима, появившаяся еще в средние века, становится олицетворением идеи закона, а потому Петр стремится построить российскую государственную машину, устанавливая жесткий правопорядок. В 1700 г. он повелевает Сенату разобраться с указами, тем самым положив начало созданию Соборных законов, или так называемых Указных книг. Работа эта хоть и была начата, но не ликвидировала существовавшую путаницу.

Осознавая необходимость модернизации государственного механизма, только через 100 лет Николай I издает манифест о приведении в порядок российского законодательства, поручив выразить новую философию власти М.М. Сперанскому.

Российское правовое регулирование сочетало в себе стремление догнать Европу, но одновременно приводило к еще более масштабному закабалению населения принудительно-крепостническими методами. Истинный правопорядок невозможно создать без ответственной личности, которая следует нормативным предписаниям не в силу принуждения и насилия, а по зову души и в целях удовлетворения своих экзистенциальных потребностей для преодоления «войны всех против всех». Личность формируется в процессе социализации в социально организованном обществе, в котором есть твердый правовой и государственный порядок, структурированность общественной жизни, гражданская культура и ответственность индивида за себя и свои поступки. Там, где наличествует хаос, человек превращается в бунтаря и анархиста, а его бессилие оборачивается чудовищными поступками, бессердечием, дикостью и отсутствием сострадания.

В России власть проявляла свое господство и принуждение даже в мелочах, не создавая предпосылок для развертывания самостоятельности подданных. Поэтому народ, лишенный прав и справедливых законов, которым сама же власть подчиняется, а не стоит над ними, привык добиваться желаемого силой волевого решения и произвола. Н.Г. Чернышевский писал: «Основное наше понятие, упорнейшее наше предание – то, что мы во все вносим

⁴ Кантор В.К. Санкт-Петербург: Российская империя против российского хаоса. К проблеме имперского сознания в России. М., 2008. С. 69.

идею произвола. Юридические формы и личные усилия для нас кажутся бессильны и даже смешны, мы ждем всего, мы хотим все сделать силою прихоти, бесконтрольного решения; на сознательное содействие, на самопроизвольную готовность и способность других мы не надеемся, мы не хотим вести дела этими способами; первое условие успеха, даже в справедливых и добрых намерениях, для каждого из нас то, чтобы другие беспрекословно и слепо повиновались ему. Каждый из нас маленький Наполеон или, лучше сказать, Батый»⁵.

С эпохи Ивана Грозного особенно разрастается движение русской вольницы, которая в идеалах казачества воплощает российский правовой менталитет с пониманием свободы как воли и достигает своего апогея в Смутное время, эпоху Стеньки Разина и Емельяна Пугачева. Казацкая вольница формировалась на славянских общинных началах, ее отличало полное отсутствие начал права. Власть в казацкой вольнице была не менее деспотична и неограниченна, чем официальная государственная власть, а произвол массы и бесправие личности становились отличительными признаками казацкой вольницы.

Кстати, народная мечта издавна воспевала стихию воли, свободы, вольности. В русских былинах Русь представляется стихией, где свободно и вольно, анархически возникают политические отношения. Русский народ ощущает силу казацкой стихии, «воровских» людей, дикой вольницы и даже склонен ее идеализировать. В казацком идеале преобладает не князь и элита, а народ как главная политическая сила, он символизирует богатырскую силу, но силу анархическую, в которой отсутствует организующее начало и право.

Долгое господство крепостного права, отсутствие личных прав и свобод, как среди крепостного крестьянства, так и среди дворянства, не способствовали развитию дисциплинированности и личной ответственности за свои поступки, препятствовали развитию гражданской ответственности и культуры. Б.Н. Чичерин пишет: «Бог помогает не тем, кто себя превозносит и не терпит границ своей воле, а тем, кто смиренно сознает собственную сла-

⁵ Чернышевский Н.Г. Полн. собр. соч. Т. VII. М., 1950. С. 616.

бость и свой произвол подчиняет закону»⁶. Формирование гражданского сознания предполагает способность к ответственности за свою жизнь и поступки, преодоление социального инфантилизма, надежд на обязательства со стороны государства.

Итак, применение культурологической методологии позволило сделать следующие выводы:

1. Издавна россияне были склонны поэтизировать вольность, которую можно рассматривать как рефлексию народа на хаос, бесправие, произвольность законности, отсутствие в ней системных принципов, определяющих права личности.

2. Осуществление должного правопорядка и преодоление хаоса возможно только при условии наличия развитого правосознания, о котором можно говорить, «когда возникает не только понимание регулирующей роли закона, но и осознание того, что государство – это не стоящая надо всеми сила, а нечто, складывающееся из деятельности его граждан»⁷. Распространенность «авторитарного личностного синдрома» (Л.А. Ясюкова) объясняется эмоциональным невосприятием формального права и является отголоском традиционных имперских ценностей, не учитывающих правовые регуляторы социальных отношений. Отечественное понимание правопорядка не исходит из идеи уникальности личности и ее свободы, которая понимается как ничем не ограниченная воля.

3. Благодаря применению культурологической методологии удается доказать, что право есть нечто большее, нежели совокупность существующих позитивных правовых норм, оно есть выражение цивилизованности и отражение уникальности человеческого бытия в социуме.

⁶ Чичерин Б.Н. Россия накануне двадцатого столетия // О свободе. Антология мировой либеральной мысли (I половина XX века). М., 2000. С. 569.

⁷ Ясюкова Л.А. Правовое сознание в структуре ментальности россиян. СПб., 2008. С. 44.

УРОКИ ЗЕМСТВА

Земская реформа, проведенная Александром II в ряду других реформ 60-х–70-х гг. XIX в., до сих пор остается предметом оживленных дискуссий. В дореволюционной литературе позитивная оценка¹ земств и городов, их перспектив как важного фактора рационализации управления и повышения его эффективности была характерна для сторонников либеральных взглядов или тех авторов, кто видел основу государственного развития страны в укреплении разных форм общин. Критика земств также шла с двух сторон: социал-демократы считали их оплотом буржуазного либерализма², а хранители самодержавия видели в них опасный шаг в сторону народного представительства³.

Спектр суждений остается весьма широким и в наши дни: от обвинений земского либерализма в подготовке условий для краха Российской империи до чрезмерно высокой оценки результатов их хозяйственной деятельности. Это закономерно: создание в 1864 г. органов общественного управления, формируемых посредством выборов представителями всех проживающих на территории уездов и губерний сословий, и возложение на них ответственности за социально-экономическое развитие европейской части страны было серьезным событием и новым вызовом для страны, где последние 150 лет преобладало бюрократическое управление. Осваивая новое дело (которое одобрялось далеко не всем обществом), и

* **Лаптева Л.Е.** – доктор юридических наук, профессор, ведущий научный сотрудник Института государства и права, заведующая кафедрой истории государства и права юридического факультета РАНХиГС.

¹ Кавелин К.Д. По поводу губернских и уездных земских учреждений. Собр. Соч. Т. II. СПб., 1898; Лешков В.Н. Опыт теории земства и его земских учреждений по Положению 1864 года января первого. М., 1865; Его же. О праве самостоятельности как основе для самоуправления. М., 1871.; Свешников М.И. Основы и пределы самоуправления. СПб., 1892.

² Ленин В.И. Гонители земства и Аннибалы либерализма. ПСС. Т. 5.

³ Семенов Н.П. Наши реформы. М., 1885; Головин К. Наше местное управление и местное представительство. СПб., 1884.

земцы, и правительство неизбежно совершали ошибки и становились объектом критики, отголоски которой дошли до наших дней.

Обращение при подготовке реформы к идее местного самоуправления, которое было отнюдь не чуждо российской традиции, вполне понятно: управление столь пространным в территориальном отношении государством, как Россия, не могло осуществляться только по типу централизованного административного управления. Самоуправление в тех или иных пределах допускалось всегда. Даже в периоды наивысшего расцвета российского чиновничьего государства элементы самоуправления сохранялись в городах и сельских общинах.

Исторической особенностью российской общины стала ее ранняя встроенность в систему государственного управления, зависимость от государства и отсутствие политических амбиций. Со времен Московского государства преобладали институты самоуправления, создаваемые государством на основании закона-приказа над теми, что порождались самим обществом.

Проведенная «сверху» реформа местного управления, которая выразилась в создании земских и городских учреждений, частично была обязана своим успехом именно тому, что традиция самостоятельного решения населением своих сословных, общинных проблем в середине XIX в. еще не была утрачена. В результате органы земского управления не возникли в общественном вакууме, а легли на достаточно подготовленную почву.

Удачно была найдена теоретическая конструкция земской реформы 1864 г.: взятая на вооружение общественная теория самоуправления⁴ вполне соответствовала сознанию общества. При всей теоретической и практической спорности утверждения о том, что власть на местах может быть «негосударственной», данная конструкция хороша тем, что позволяет преодолеть барьер отчуждения и привлечь активную часть общества в якобы отделенные от государства учреждения.

⁴ См.: Лешков В.Н. Опыт теории земства и его земских учреждений по Положению 1864 года января первого. М., 1865; Васильчиков А.И. О самоуправлении: Сравнительный обзор русских и иностранных земских и общественных учреждений. В 3 т. СПб., 1869–1871.

Главным уроком, извлекаемым из опыта земской реформы, можно назвать то, что успех модернизации во многом определяется ее соответствием традиционным представлениям об оптимальном общественном устройстве. Проведенное в 1864 г. преобразование местного управления, хотя и было осуществлено в соответствии с передовыми по тому времени европейскими моделями, настолько удачно вписалось в отечественную традицию внешне, что земскую реформу признавали даже такие убежденные почвенники, как К. Леонтьев, который писал, что «земская реформа лучше новых судов», так как «в ней есть что-то “почвенное”, солидное, а главное ... в устройстве земства есть что-то свое, чего нет в судах, эклектически списанных с западных образцов»⁵.

В земской (1864 г.) и городской (1870 г.) реформах в полной мере проявилась не только традиция, но и плодотворность идеи сочетания государственного и общественного элементов в управлении. Вертикаль государственного управления заканчивалась на уровне уезда, иногда доходя до волости. Ее, в свою очередь, дополняли органы территориального общественного управления (самоуправления) – земства, тоже на уровне губернии и уезда. Выразителем корпоративных интересов стали органы дворянского (на уровне губернии и уезда) и крестьянского самоуправления (на уровне сельских поселений и волостей). Органы городского самоуправления решали территориальные и сословные проблемы одновременно.

Таким образом, всесословные земские учреждения заведовали общими для всех жителей вопросами развития территорий, их дополняли местные сословные учреждения, способные сконцентрировать внимание на проблемах отдельных групп населения. Это вписывалось в традицию, не противореча в то же время самым передовым по тому времени моделям управления на Западе. В такой ситуации основная задача государственного управления, представленного губернатором и штатом подчиненных ему губернских и уездных чиновников, в большой мере могла быть ограничена контрольными и надзорными функциями. Надзор за деятельно-

⁵ Леонтьев К.Н. Чем и как либерализм наш вреден // Традиция и русская цивилизация. М., 2006. С. 179.

стью органов местного самоуправления вошел и в компетенцию общих судов.

Становление новой системы местного управления требовало усилий как со стороны общества, так и со стороны правительственной бюрократии. Необходимо было выстроить новый стиль отношений в системе, где органы земского и городского общественного управления были выстроены на правовом начале, тогда как в среде бюрократии правовой этос так и не стал доминирующим.

Включенные в государственную систему элементы общественного самоуправления носили по отношению к ней вторичный, дополнительный характер и допускались постольку, поскольку им передавались определенные государственные (чаще всего фискальные и полицейские) полномочия. Это подразумевало право государства контролировать их осуществление.

Серьезной проблемой оставалось то, что компетенция органов общественного и государственного управления не была четко разграничена, отчего администрация вынуждена была вникать в содержательную сторону деятельности всех субъектов управления в губернии, не имея возможности сосредоточиться на собственных задачах – координации и административном надзоре. Следствием этого становились недоразумения, противоречивые решения, тормозившие развитие местного хозяйства. В этом смысле земства, как и города, действительно становились «пятым колесом в телеге российского государственного управления».

Споры о компетенции стали одним из основных предметов рассмотрения в судах. Как правило, жалобы губернатора на постановления земских собраний, выходящие за пределы, очерченные ст. 2 Положения о губернских и уездных земских учреждениях, становились предметом рассмотрения Сената, который разрешал их строго по букве закона.

Однако до 1890 г. Сенат вторгался и в вопросы целесообразности земских постановлений. Так, в некоторых губернских собраниях при переложении натуральных повинностей в денежные гласные-помещики пытались возложить расход только на земли и имущества крестьян, которые одни несли бремя натуральных повинностей в сельской местности. Однако Сенат отменил такие постановления, указав, что цель переложения – «более уравнитель-

ное распределение натуральных повинностей и лучшее их исполнение», что достижимо лишь если повинности «будут отправляемы на общие средства всего земства»⁶.

Пример взаимодействия элементов системы местного управления можно привести из области мероприятий по борьбе с голодом или, пользуясь языком того времени, по организации народного продовольствия. В этой области правительство традиционно стремилось сохранить контроль над управлением в своих руках. В 1866 г. законодательство о мерах по борьбе с голодом было модернизировано, в результате чего сложилась система, в которой участвовали все местные структуры: земские учреждения, сельское общественное управление и правительственные учреждения. При этом на местном уровне решалась задача сбора, содержания и распределения продовольственных и семенных запасов, тогда как за администрацией оставался общий надзор и финансовый контроль.

Законодатель откровенно дублировал функции общественного и государственного управления: сведения об урожае представлялись губернатору губернскими управами и земскими начальниками независимо друг от друга. То же происходило со списками душ мужского пола при предварительной прикидке необходимого объема сельских и губернских запасов и денежных фондов.

Сотрудничество предполагало обмен необходимой информацией, что было весьма затруднительно, учитывая стремление самодержавия всячески ограничить гласность в деятельности общественных собраний. Такой обмен мог происходить только в рамках предписанных законом процедур и чаще всего – через губернское начальство. Это касалось не только общения между органами самоуправления, но даже между последними и административно-судебными чинами. Насколько это мешало управленческой деятельности, можно судить по приведенному в книге Р. Роббинса случаю, когда во время голода 1891 г. земские начальники слали тогдашнему Казанскому губернатору Полтарацкому срочные телеграммы о необходимости быстрого выделения зерна для

⁶ Мыш М.И. Положение о земских учреждениях со всеми относящимися к нему узаконениями, судебными и правительственными разъяснениями. СПб., 1890. С. 77.

посева. Вообще-то информация предназначалась земствам, и передача ее опоздала на 4 дня⁷.

Существование разнородных институтов местного управления не всегда проходило бесконфликтно. В литературе того времени часто упоминаются жалобы земских учреждений на органы крестьянского самоуправления, которые саботировали земские программы, направленные на деревню, расходуя предоставляемые им целевые средства по своему усмотрению. Нередки были и конфликты земств и городов с дворянскими или мещанскими управами. Но каждое такое столкновение способствовало более четкому осознанию групповых интересов и формированию навыков их защиты в рамках закона, поскольку даже споры органов самоуправления с правительственными учреждениями разрешались в общем порядке – через суд.

Споры между городскими и земскими учреждениями, как правило, вызывались несовершенством законодательства, создавшего путаную систему налогообложения и сборов на общественное управление и нечетко определявшего вопросы компетенции⁸.

Города, поскольку они платили и даже сами собирали земские подати, исходили из того, что земские программы должны распространяться на их население без какой-либо дополнительной компенсации из городской казны. Так случилось с больницами, которые активно создавали именно земства. Городские управы считали, что земские сборы с городских обывателей делают город «данником» земства и тем самым дают ему право не заниматься строительством собственных больниц. В результате споры на этой почве возникали постоянно и даже передавались на рассмотрение Сената, который чаще всего разрешал их в пользу земств⁹.

Разрешить ситуацию мировым порядком мешало запрещение органам общественного управления общаться между собой,

⁷ Из письма Тройницкого к Дурново от 26 июня 1892 г. РГИА. Ф. Хозяйственного департамента, оп. 4, д. 2178, лл. 202–203. Цит. по: Robbins R. *Famine in Russia*. Columbia. 1975. P. 127.

⁸ Так, строительство больниц и для земств, и для городов было задачей не обязательной, а факультативной.

⁹ Взаимоотношения земств и городов в борьбе с эпидемиями // *Земское дело*. 1911. № 3. С. 236.

которое действовало до 1905 г. Конфликт между губернаторами и земскими (городскими) самоуправлениями случался при несогласии, приостановлении или отмене губернатором постановлений земских собраний или городских дум и также подлежал разрешению в суде. Судебная система разрешения споров земств с администрацией была дополнена административной лишь в 1890 г.

Трудно сказать, как сложилась бы история земских учреждений, не будь судебной реформы 1864 г. Не вызывает никаких сомнений, что защита прав местного самоуправления вряд ли оказалась бы столь эффективной без независимого от администрации суда, и это еще один важный урок эпохи великих реформ. Именно независимость суда способствовала тому, что земское общественное управление оказалось способно во многом противостоять произволу местных бюрократов, хотя формально и подлежало контролю со стороны чиновников системы министерства внутренних дел.

Был еще один важный и совершенно неожиданный для правительства итог земской реформы. Он во многом определялся стремлением законодателя представить дело так, чтобы общество, прежде всего дворянство, чувствовало себя активным участником преобразований.

История пореформенной России свидетельствует, что традиционные формы корпоративного и общественного самоуправления сыграли важную роль в становлении российского гражданского общества. Парадоксально, но запрет общения между разными органами общественного и сословного управления привел к широкому применению судебных способов разрешения конфликтов между ними, а переход к системе судебного рассмотрения споров между субъектами местного управления во многом способствовал юридизации отношений в этой важной области. Органы общественного самоуправления постепенно отказывались от привычки надеяться на связи, на «барина» или начальство и привыкали решать возникающие проблемы самостоятельно, под свою ответственность, путем формулировки юридически аргументированной позиции перед лицом независимого суда. Это способствовало становлению правового мышления в обществе, заставляло избегать соблазна нарушить закон, наполняло правовым смыслом деятель-

ность как самих земских и городских учреждений, так и органов дворянского и крестьянского сословного самоуправления.

Неожиданной оказалась и политическая активность новых учреждений. Земства способствовали развитию в среде крестьянства кооперативного движения, становлению профессиональных сообществ земских врачей, учителей, агрономов и т.д. Наконец, уже в 70-е г. наместились первые выступления представителей земского либерального движения. Оно не было таковым в современном смысле слова, не получило четкого организационного оформления, если не считать трех нелегальных съездов, проведенных в конце 70-х – начале 80-х гг. Однако требования, выражаемые в ходатайствах и литературных выступлениях земцев разных губерний, были достаточно однородными, непременно включали соображения о необходимости введения в стране конституционного порядка.

Итак, опыт проведенной 150 лет назад земской реформы позволяет сделать ряд выводов:

1) модернизация тех или иных государственных институтов облегчается, если новое облекается в близкие традиционным формы;

2) эффективное местное самоуправление невозможно без независимого суда;

3) только реальная автономия местного самоуправления способствует росту гражданского и правового сознания населения.

*О.В. Григорьев**

СУДЕБНЫЕ РЕФОРМЫ – ОТРАЖЕНИЕ КАРДИНАЛЬНЫХ ИЗМЕНЕНИЙ В ОБЩЕСТВЕ

Историко-правовая наука весьма прагматична, ибо всегда связана с реальной жизнью, практикой юридической деятельности, работой правоохранительных органов и судебных структур.

* **Григорьев О.В.** – кандидат юридических наук, доцент; преподаватель кафедры теории и истории государства и права Новосибирского института внутренних войск МВД РФ.

Именно новации в правовой сфере, в первую очередь, судебные реформы, демонстрируют перманентную актуальность историко-правовых исследований. Суд – это торжество справедливости и квинтэссенция права как такового, суд демонстрирует то, «какова цена права» в том или ином обществе, насколько декларируемые права и свободы реально могут быть воплощены в жизнь. «Существо идеи правосудия выражено в общепринятом понимании его как специализированной системы законодательства и органов обеспечения верховенства закона и справедливости, системы поддержки законных интересов различных субъектов права, а также системы противовесов другим ветвям государственной власти»¹. При этом судебная власть – наиболее консервативная и устойчивая форма социальной власти. Попытки ее кардинального реформирования обусловлены попыткой принципиального переустройства политического и экономического строя.

Замечено, что все великие изменения в общественном развитии и государственном устройстве сопровождаются судебными реформами. Эти реформы (если они, конечно, продуманы и удачно завершены) знаменуют собой то, что общество и государство становятся принципиально другими. Крупные политические деятели в первую очередь гордились не военными успехами и политическими победами, а именно правовыми реформами, ибо таковые закрепляют то, за что борется политик и полководец. Лучше всех относительно этого сказал Наполеон, когда уже находился в заточении на острове св. Елены: «Моя действительная слава заключается не в том, что я выиграл 40 сражений. Ватерлоо стерло все воспоминания обо всех этих победах. Но что, несмотря ни на что, не сотрется в памяти, что будет жить вечно, так это мой Гражданский кодекс». «Я сеял свободу горстями там, где ввел свой Гражданский кодекс»².

Суд, правосудие и судебная власть – феномены не только не тождественные, но и возникли они в разное время (сначала – суд, затем – правосудие, в последнюю очередь – судебная власть).

Суд как процесс, суд как весы, на которых «отмеряются» доводы стороны, возможно, возник еще в ту пору, когда отмерялись

¹ Малахов В.П. Мифы современной общеправовой теории. М., 2013. С. 76.

² Цит. по: Рулан Н. Историческое введение в право. М., 2005. С. 250.

не правовые свойства, а свойства обычаев, ритуалов и т.п., следовательно, правосудие – это не первая форма «судия».

С появлением права возникает и правосудие. Пока правосудие достигается обычным согласием сторон, оно во власти, как *в силе*, не нуждается. Как только право становится императивным, правом силы, возникает феномен судебной власти, обязывающей, запрещающей что-то обязательно делать и заставляющей в обязательном порядке поступать ровно так, как присудил суд.

Социальная роль *судящего* была высока в цивилизациях, где право и права человека были непререкаемой ценностью.

Как становится ясным из текста Библии, уже 3500 лет тому назад люди стали задумываться о том, что власть не может сосредоточиваться в одних руках, что авторитет *судящего* должен быть настолько высок, чтобы мог сдерживать властные амбиции правителей. К сожалению, далеко не всегда разделение властей совершалось столь идеально, как это описано в Библии: на практике чаще всего правители узурпировали судебные полномочия, старались совместить роль властелина и судьи. Соблазн собрать в своих руках все рычаги власти приводит к тому, что суд обретает несвойственные ему функции и лишается функций, изначально ему присущих. То есть, приобретая властные полномочия, становясь властью, суд и правосудие попадают в ловушку. Распорядительный порок власти лишает суд свойства «*взвешивать на весах*» аргументы сторон, а придает свойства указывать, «*как правильно поступать*». Власть неминуемо поглощает сначала правосудие, а затем и суд. А во многих случаях – *и само право*.

Далеко не все так просто с проблемой значимости судебной ветви власти и в самой теории разделения властей.

Принято считать, что европейскую концепцию разделения властей сформулировали Джон Локк и Шарль Монтескье. На самом деле это совершенно разные теории, сформированные в разное время, в различных исторических условиях и относительно разных побудительных причин.

Локк сформировал свою доктрину в конце XVII в., ее основным мотивом была выработка концепции политического компромисса между буржуазией и либеральным дворянством и разделения между этими двумя силами государственно-властных полномочий. В первую очередь, речь шла об отношении между испол-

нительной и законодательной властью, ограничении прерогатив королевской власти в отношении подданных. Локк отдавал верховенство законодательной власти, полагая, что именно она может быть гарантом единства государственной власти. Судебную власть, как отдельную ветвь власти, Локк не рассматривал, да и вопрос этот и не ставил в принципе.

Строго говоря, впервые выделил судебную власть как самостоятельную ветвь власти Шарль Монтескьё. И время, и обстоятельства, и политические задачи, обусловившие появление концепции Монтескьё, существенно отличались от аналогичных у Локка.

В своем учении Монтескьё объединил наиболее популярные идеи либеральной буржуазии того времени и выстроил их в достаточно последовательную и целостную доктрину. У Монтескьё речь идёт уже о самостоятельности и независимости различных ветвей власти, отсутствии какого-либо «координирующего» центра, ибо ветви власти сами должны уравновешивать друг друга.

Принцип независимости судей, верховенство закона, торжество права – это важнейшие новации концепции Монтескьё. Он искал государственный идеал за пределами Франции, полагая, что наиболее удачно система разделения властей воплощена в Англии. Но это было скорее мечтой, нежели реальностью, противопоставлением ситуации с государственной властью во Франции. Чисто теоретически концепция Монтескьё воплощена в США, но и здесь многие вопросы как внутри страны, так и особенно за рубежом решаются чисто политически.

Но и эта «идеальная модель» не предусматривает решения главной проблемы правосудия, а именно: какова должна быть сама конфигурация судебной власти, на какую силу должно опираться правосудие, в чем, собственно, состоит феномен правосудного как социокультурного явления, каково место *суда* в системе всех социальных отношений, которые складываются между людьми в процессе их взаимоотношений между собой и с государством. Пьер Бурдьё указывает, что «суд функционирует как *нейтральное место*, в котором происходит настоящая *нейтрализация* ставок, посредством их отрыва от действительности и дистанцирования,

превращающих прямое столкновение интересов в диалог посредников»³.

Практически все недоразумения по поводу правосудного и производных от него и сопряженных с ним (судебная власть, суд, разделение властей, правоохранительные органы, борьба с преступностью и др.) обусловлены принципиальным непониманием места суда в системе разделения властей.

В идеале судебная власть не может вообще быть государственной просто по определению, для того чтобы быть реально независимой, она должна быть выведена за пределы государства. Отсюда и то, что судебная власть в идеале не должна «бороться с преступностью» в том смысле, как это делает полиция и другие «правоохранительные органы», а должна определять правовое и законное, дозволенное, отделяя его от неправового и незаконного.

У отдельного человека, сообщества, организации в любом обществе, а в обществе современном, сложном, многофункциональном – тем более могут, по определению, возникать конфликты, как с государством в целом, так и с государственной властью на самых различных уровнях.

Государственная власть не может быть судьей в своем деле. Государство в лице государственного суда не может быть арбитром между государственным органом и человеком, против государственного органа выступающего. Гражданин вправе быть недовольным своим государством и находиться в оппозиции к нему. Это не означает, что он не является патриотом своей страны и не заботится о совершенствовании того самого государства. Противостояние горожан, граждан западноевропейских средневековых городов государству, королевской власти, своекорыстию феодалов создали гражданское общество, механизм самосохранения, защищенности которого кроется в отчуждении власти и в возможности оппозиции ей⁴.

Основная проблема правосудия наметилась в силу причин социально-властного характера. Уже в эпоху вожества, т.е. непо-

³ Бурдьё П. Власть права: основы социологии юридического поля // Социальное пространство: поля и практики. М., СПб., 2007. С. 93–94.

⁴ См.: Малахов В.П. Правовые свойства гражданского общества // История государства и права. 2010. № 4. С. 4.

средственно на предгосударственном уровне развития общества, вожди, оставляя за собой окончательное решение основных проблем, старались передавать текущие судебные полномочия кому-либо другому. Эти вопросы должны были решаться на основании традиции, обычая, а затем и права.

Вождь, с одной стороны, избавлял себя от бремени защищать правонарушителей из числа своих клевретов, с другой стороны, обладая прерогативой помилования, имел возможность всегда пополнять ряды своих преданных сторонников.

В дальнейшем, становясь над судом, правитель выходил и из-под действия права, становясь неподсудным. В.П. Малахов отмечает: «Независимость власти от суда – совсем не то же, что независимость суда от власти. Первое делает проблематичным правосудие, второе его обеспечивает (если не гарантирует). Правосудие есть противовес государству в защите общества. Зависимость суда от государства, с одной стороны, приводит к рутинизации, т.е. к суду без правосудия, с другой стороны, выводит суд из реальности общественной жизни (потусторонность суда). Суд перестает быть процессом, вплетенным в непосредственную правовую жизнь людей»⁵.

Практически во всем мире достаточно рано гипертрофируется значение правовой функции суда – *правосудия* как способы разрешения правовых конфликтов в условиях определенной процессуальной нормы с принятием обязательных к исполнению решений. Действительное *правосудие* заменяется исполнением процедуры. Социальная функция *правосудия* всё более размывается, и тем самым суд попадает в объятия власти правителей.

Со временем организационная сила государства постепенно подавляет свою правовую природу модернизирующей, конструирующей, а потому и силовой политической составляющей. В идеале суд является механизмом возвращения государства к своей первичности – правовой природе. Поэтому судебную власть нельзя рассматривать в традиционном для современной отечественной теории (искаженном, упрощенном) контексте трех ветвей государственной власти. Судебная власть – это не часть государственной

⁵ Малахов В.П. Мифы современной общеправовой теории. М., 2013. С. 81.

власти (в политическом смысле), а самостоятельный и независимый механизм поддержания социального правопорядка. Огосударствление (политизирование) судебной власти у различных народов происходило по-разному и чаще всего это связано с этапом зарождения инквизиционных форм процесса.

Для России в силу исторического пути, пройденного страной, правители рассматривали судебную власть как некую разновидность, причём даже периферийную, власти административной. «Идеалом, к которому в XVIII в. стремилось абсолютистское государство, был суд, приверженный к статутному праву, чьи действия отслеживались органами надзора, неусыпно блюдущими это законодательство. Представления о том, как далеко отстояла от идеала реальность, дают дореформенные суды. Частично это объяснялось неизбежным расхождением жизни с системой, навязываемой ею правителем-реформатором. Но, кроме того, это был и результат двойственности в воззрениях монархов на законность в российских учреждениях. Русский царь никогда полностью не разделял ценностей европейского абсолютного монарха. Он заимствовал западные формы, но пренебрегал ими, когда заблагорассудится»⁶.

Не только судебные реформы, но и любые изменения в системе российского судопроизводства были отражением существенных изменений в социальной жизни общества. Суд, правосудие, судебная власть просто не могли не менять свою архитектонику в новых условиях. Вся проблема российских судебных реформ вплоть до конца XX в. заключалась в том, что суд рассматривался исключительно как элемент государственной власти, порой просто административный орган, обязанный исполнять волю правителя. При таком подходе рассчитывать на действительную эффективность судебных реформ было сложно. Реформы сменялись контрреформами, формально провозглашённые демократические принципы судостроительства – произволом в судебной и правоохранительной системе. На самом деле эффективность правовых реформ в целом, и судебных реформ в частности, обусловлена правовым характером государства, значимостью гражданского общества и

⁶ Уортман Р.С. Властители и судии // Новое литературное обозрение. М., 2004. С. 63–64.

конфигурацией их взаимоотношений. Суд и правосудие – это основное пространство этих взаимоотношений, обеспечивающих законность и справедливость в обществе.

*Н.Н. Ефремова**

ОРГАНИЗАЦИЯ ПРАВОСУДИЯ В РОССИИ КАК ОТРАЖЕНИЕ УРОВНЯ ЦИВИЛИЗАЦИОННОГО РАЗВИТИЯ ОБЩЕСТВА

Форма и тип организации правосудия обуславливается особенностями состояния и уровнем общественного развития той или иной цивилизации, и в то же время являются его отражением. Но не всегда и не постоянно: в периоды судебных реформ или революционного слома старой модели и зарождения новой судебной организации это сиюмоментное соответствие отсутствует. Вновь оно может быть достигнуто лишь тогда, когда новые формы и задачи суда будут обеспечивать новые потребности общества, а их создатели (реформаторы либо революционное правительство) будут идти навстречу последним. Примеры такой синхронизации и десинхронизации иллюстрирует история судебных преобразований, в том числе российская.

Базовыми ценностями правосудия, по крайней мере в западных культурах (а Россия на них, прежде всего, и ориентируется), являются: независимость суда, несменяемость судей, состязательность, демократичность, устность, гласность, публичность процесса, обеспеченность формального равенства, доступность правосудия и др. В силу этого поступательное приближение к надлежащей, правильной, а в конечном счете идеальной модели организации правосудия достигается по мере признания, объективирования и утверждения этих основ. Поэтапное достижение и расширение применения этих принципов в условиях функционирования этнического, сословного, индивидуалистического и гуманитарно-

* **Ефремова Н.Н.** – кандидат юридических наук, профессор; заведующая кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета ГАУГН.

политического типов отечественного права и государства (в соответствии с типологией В.С. Нерсесянца) иллюстрируют судебные преобразования конца XV, конца XVIII, последней трети XIX, конца XX – начала XXI в. Преобразования же начала и конца XX в., осуществленные революционным путем, характеризуют одновременный слом всех старых моделей публично-правовой организации российского общества в целом, включая судебную организацию как ее часть.

По В.С. Нерсесянцу, строительство советского права отвергало саму суть права, а новое советское право понималось как отрицание всякого права¹. Соответственно советское правосудие как форма жизни советского права по определению не могло быть объективным, а суд независимым, что даже формально обуславливалось принципом полновластия советов.

О разделении властей задумались в период «перестройки» и попытки построения социалистического правового государства. Соответствующие изменения в Конституции СССР 1977 г. и РСФСР 1978 г. были внесены в 1989–1991 гг. Уже в постсоветской России, в 1991 г., была утверждена Концепция судебной реформы и полагалась ее реализация. Но и современная организация судостроительства и судопроизводства не соответствует модели, требуемой для правового государства, поэтому судебная реформа так и не завершена по сей день.

Вместе с тем, как справедливо заметил Н. Рулан, «право... рожденное нашим несовершенством и ограниченностью нашего бытия... может также стать одним из инструментов, которые изобретает каждое общество, чтобы попытаться разрешить свои конфликты»². Суд же является изобретением цивилизации, пришедшим на смену произвольному силовому разрешению юридически значимых споров и конфликтов, на совершенствование его направлены усилия реформаторов всех времен и народов.

Жизнедеятельность и устойчивость общественного развития требуют гармонизации социальных отношений, в чем немалая

¹ Нерсесянц В.С. Философия права. Учебник для вузов. 2-е издание. М., 2009. С. 150–151, 215, 353.

² Рулан. Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов. М., 1999. С. 301.

роль принадлежит суду. Однако перманентное расширение, специализация разнообразных общественных отношений, изменение интересов и потребностей людей в развивающемся социуме неизбежно порождают изменение в публично-правовой организации общества в целом, и суда, в частности. Показательными в этом смысле являются попытки модернизации отечественного правосудия в XVIII – начале XX в.

Период империостроительства являлся переходным для российского общества. В первой четверти XVIII в. происходили коренные преобразования социально-экономической и идеологической основ российского государства и права. Правосудие как элемент правовой системы, а его организация как элемент государственного механизма были, соответственно, подвергнуты радикальным реформам.

Правительство Петра I, ставя задачу построения так называемого «регулярного» государства, официальной целью которого было «общее благо» и «государственная польза», пыталось сформировать прогрессивную модель абсолютизма, подобную центральному и западноевропейским монархиям. При этом социально-экономические условия в России значительно отличались от европейских. Становление дворянского и городского сословий, развитие товарно-денежных отношений в рамках сохранявшегося феодального хозяйства диктовали необходимость защиты сословных интересов, что привело к созданию городских и провинциальных судов, а также надворных судов, соответственно для горожан и дворян (в ходе судебной реформы 1719–1722 гг.). Прогрессивным принципом этих организаций судов было отделение их от местных административных органов.

Сословность суда обеспечивала и внутрисословное процессуальное равенство сторон процесса. Эти суды были направлены, прежде всего, на защиту имущественных прав сословий, хотя обеспечение законности также оставалось важнейшей из задач суда. Реформы были вызваны также неудовлетворительным состоянием правосудия допетровской эпохи, хотя, конечно же, не все пороки последней могли быть устранены в новых условиях.

Вместе с тем прогрессивная модель местной юстиции, испытывавшая влияние западных образцов, не прижилась именно потому, что социально-политические и экономические условия для этого

еще не созрели, а кроме того, по окончании Северной войны сложилось тяжелое финансовое положение страны. Вследствие этого с 1722 г. последовала судебная контрреформа, и административные и судебные функции были совмещены в воеводских и губернаторских канцеляриях, а также городских магистратах. Прогрессивным моментом судебной реформы суда была и его специализация, в частности, создание военного суда.

Разделение административной и судебной властей характерно для буржуазно-демократических обществ, соответственно, независимый суд не мог функционировать в феодальном обществе.

Помимо общего несоответствия социально-экономического контекста были и внутренние причины судебной организации, не позволявшие укрепиться новому типу правосудия: отсутствие квалифицированных юридических кадров; хотя Петр I и пытался компенсировать этот недостаток введением в состав коллегиального суда аудиторов, помощников судей, отвечавших требованиям «добраго искусства в правах» и «добрым быть юристом».

На очередную попытку модернизации судостроительства в ходе губернской реформы последней четверти XVIII в., проведенную Екатериной II, несомненно, в большей мере повлияли идеи Просвещения. Кроме того, судебная реформа проводилась уже одновременно с сословной, административной и полицейской, что позволило создать более прогрессивную модель местной юстиции, просуществовавшую с незначительными изменениями до «Великой» судебной реформы 1864–1899 гг.

В русском просветительстве отразились идеалы естественного права отличного от «положительных законов», «общего блага» как цели деятельности хорошего монарха, охраны прав личности (а не только закона), свободного суда и т.д. В контексте нового формата государственности, определяемой как «союз философов и государей», официальная просветительская доктрина определяла отношения монарха и правосудия таким образом: «наше главное попечение будет изыскивать все средства к утверждению правосудия в народе, которое есть первое от Бога нам переданное святым его Писанием повеление...»³.

³ Именной указ 18 июля 1762 г. // Полное собрание законов Российской империи. Собр. I. СПб. 1830. Т. XVI. № 11616.

Осознавая кризисное состояние дореформенной судебной системы, правительство Екатерины II провело судебную реформу более последовательно, на идейных основаниях политико-правового трактата – «Наказа» и правовой основе – «Учреждений для управления губерниями» 1775, 1780 гг.

Фактором, ускорившим реформу местной администрации и суда, была Крестьянская война 1773–1775 гг. Она показала неспособность существующего неразделенного судебно-административного правительственного аппарата (воеводы, губернаторы) обеспечить общественный и правовой (законный) порядок.

В период подготовки реформы в правительственных и общественных кругах наметились две главные идеи об устройстве административного управления и суда: принцип разделения властей и сословности органов суда и управления. Сторонниками второго было большинство дворянства.

Дворянство было недовольно отведенной ему в государственном, особенно местном, управлении, ролью, считая ее недостаточной, выступало с требованиями расширения своего участия в нем, а также предоставления самоуправления в делах местного хозяйства, ходатайствовало о создании выборных дворянских судов. Сословие горожан искало, в свою очередь, юридической защиты от притеснения дворян. Правительство, заинтересованное в развитии торговли и промышленности, не могло не оказывать покровительства этой группе населения, нуждавшейся в определенной самостоятельности экономической деятельности, требующей создания особых судов для горожан. В отличие от реформы Петра I, мотивированной в большей мере субъективными факторами, не учитывавшего в необходимой мере настроений общества, преобразования Екатерины II проводились с учетом наказов дворянства и горожан, поданных в Новоуложенную комиссию.

В свою очередь, требования и недовольство восставших крестьян повлекли некоторые изменения в статусе черносошного крестьянства, заинтересованного в специальном суде и управлении. В результате суд, оставаясь одним из основных институтов государственного управления, на местном уровне обособился организационно от органов администрации, полиции и сословного самоуправления (дворянских собраний, городских дум и сходов для крестьян – однодворцев). Соответственно, для дворян, горожан и

крестьян однодворцев создавались сословные так называемые «нижние» и «верхние» суды, а в качестве апелляционной и ревизионной инстанции для «верхних» – губернские Палаты уголовного и гражданского суда, уже как общесословные инстанции. Суды были коллегиальными и, помимо коронного элемента – председателей и членов суда, включали сословных заседателей, что вновь создавало условия внутрисословного процессуального равенства сторон. Кроме судов общей юрисдикции создавались «особенные» суды – словесные и совестные, соответственно в городах и губерниях.

Совестный суд интересен тем, что его деятельность была основана на принципах, отражавших в определенной мере соотношение категорий права и нравственности, формального закона и естественной справедливости.

Здесь следует отметить, что судебные реформы и Петра I, и Екатерины II отличали общие подходы. Так, с одной стороны, они проводились с учетом отечественного опыта, а, с другой – при некотором заимствовании зарубежных образцов, как более прогрессивных. При Петре I – это схожие с германскими и шведскими ландрихтеры, надворные суды, кригсрехты; при Екатерине – совестный суд, аналогом которого, в известной мере, был английский суд справедливости.

Надо сказать, что именно в судебных реформах Петра I и Екатерины II больше, чем в преобразованиях в иных социально-экономических и политико-правовых сферах, проявились черты просвещенного абсолютизма. Вместе с тем не стоит преувеличивать прогрессивность модели правосудия, созданной на основании «Учреждений для управления губерниями». Одним из значительных ее недостатков оставалось архаичное судопроизводство, которое совсем незначительно смягчалось особым процессом совестного и словесного судов. Были и другие недостатки, проявившиеся особенно в первой четверти XIX в., в эпоху, характеризующуюся либеральной идеологией, детерминировавшей новый этап модернизации, затронувшей, однако, лишь организацию административного управления, в том числе отраслевого-судебного.

Вторая базовая идея законности воплотилась в полной систематизации российского законодательства 1830–1832 гг. Не способствовали достижению надлежащего, «правильного» (как опре-

делил А.Ф. Кони) правосудия и архаичное материальное уголовное, гражданское и другое законодательство. Значительным пороком была и многоинстанционность судебной системы, порождавшая волокиту, мздоимство и прочие недостатки судопроизводства. Либерально-демократические тенденции, едва намечившиеся в рассматриваемый период, получили бурное развитие в середине XIX в. и грандиозно завершились изданием Судебных уставов 1864 г., создавших наиболее прогрессивную модель правосудия, основанную на принципах судоустройства и судопроизводства. Судебная реформа, проводившаяся на их основе в 1864–1899 гг. привела к законодательному оформлению независимой от законодательной и исполнительной судебной власти. Были провозглашены принципы несменяемости судей, участия в правосудии общественного элемента (присяжных заседателей), сочетания назначения (коронных судей) и выборности (мировых судей) в комплектовании судебного состава, всеословности судов, формального равенства всех сословий перед судом, коллегиальности, состязательности, гласности, публичности процесса, устности судоговорения и прочих начал, соответствующих надлежащей организации правосудия. Была создана адвокатура, учреждены следствие и нотариат, реформирована прокуратура.

Однако и эта прогрессивная модель правосудия, основанная на идеях преемственности лучших отечественных и творческого заимствования прогрессивных иностранных элементов системы судоустройства и судопроизводства, оказалась не вполне соответствующей социальной, экономической и политической системам в целом Российской империи. Она значительно опережала своими демократичностью и либерализмом остальные элементы государственного механизма Российской империи. Тем не менее, последовавшая судебная контрреформа не привела к ее существенному изменению. Эта система будет упразднена лишь декретом советской власти в 1917 г.

Однако, справедливости ради, следует отметить, что в условиях имперского устройства новая организация правосудия не будет распространена на всю территорию государства. В так называемых «национальных окраинах» сократились традиционные квазисудебные, религиозные органы и должностные лица, наделенные судебными функциями. Не проводилась судебная реформа и в

Великом Княжестве Финляндском, где сохранялись суды времен шведского владычества. Это было обусловлено особенностями социального, культурного, религиозного, экономического свойства этих регионов.

«Великая» судебная реформа проводилась длительно и поэтапно, что позволяет думать, что судебная реформа, продолжающаяся в Российской Федерации с 1991 г., опираясь на в целом положительный опыт реформы 1864–1899 гг., приведет к созданию надлежащей организации правосудия, соответствующей правовому государству. Этой цели могут способствовать институты гражданского общества, усилия в борьбе с коррупцией и другими негативными факторами, тормозящими этот процесс.

*К.П. Краковский**

БЫЛА ЛИ СУДЕБНАЯ РЕФОРМА 1864 г. СВОЕВРЕМЕННОЙ?

Применительно к судебной реформе 1864 г. сложился целый пласт литературы, где проводится идея о несвоевременности введения новых правовых начал в российский судебный строй.

Для *консервативных критиков реформы* во второй половине XIX в. в лице публицистов М.Н. Каткова¹ и князя В.П. Мещерского,² практиков, вроде В.Я. Фукса³ или придворного ученого-политика К.П. Победоносцева их жесткие оценки реформы, вывод о ее несоответствии правовым традициям России в какой-то мере объяснимы: они были все же в гуще событий, искренне переживали за судьбы русского суда, пусть и «со своей охранительной колокольни».

* **Краковский К.П.** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры государственного управления и права Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ.

¹ Московские ведомости. 1885. 27 мая; 1886. 3 окт., передовая статья. См. подробнее: Твардовская В. А. Идеология пореформенного самодержавия. М., 1978.

² Мещерский В.П. Мои воспоминания. В 5 т. СПб., 1897–1912.

³ Фукс В.Я. Суд и полиция. В 2 ч. М., 1889.

Так, вскоре после вступления на престол Александра III К.П. Победоносцев не преминул написать царю, своему бывшему воспитаннику, что законодательство прошлого царствования «отделило суд от государства, поставило судей ... в какую-то ложную независимость от государства»⁴. В своем печально знаменитом докладе императору «О необходимости судебных реформ» от 30 октября 1885 г.⁵ К.П. Победоносцев представил, по сути, программу судебной контрреформы, включающую, в частности, предложения *отменить то, к чему русский народ еще не готов* – неменяемость судей («аномалии странной и ничем не оправдываемой»), суд присяжных, гласность уголовного судопроизводства, адвокатуру («положить конец адвокатскому произволу»), восстановить ревизионный порядок обжалования (вместо кассации, смысл которой не понятен русскому человеку) – вот, что противоречит правовой традиции русского народа.

Однако план содержал «ключевое требование»: предоставить исполнительной власти «свободу действий» по отношению к судебным органам. Вот это, по мнению охранителей, вполне соответствовало «национальным традициям и правовой культуре народа». К этой идее мы вернемся чуть позже.

Квинтэссенция такого взгляда на реформу суда содержалась в выступлении министра юстиции Н.В.Муравьева при открытии Комиссии по пересмотру Судебных уставов. Господствовавшее в начале 60-х гг. XIX в. общее увлечение теоретическими построениями и западноевропейскими образцами, говорилось в докладе, не осталось без влияния и на составителей Судебных уставов. «Благодаря этому влиянию, Россия получила весьма стройный процессуальный кодекс, вполне пригодный для действия в любом государстве Западной Европы, но недостаточно приспособленный к условиям нашего отечества с его историческим складом...»⁶.

⁴ Письма Победоносцева к Александру III. Т. 1. С. 346.

⁵ К.П. Победоносцев и его корреспонденты. В 2 т. М.; Пг., 1923–1924. Т. 1. Полутом 2. С. 508–514.

⁶ Высочайше утв. Комиссия для пересмотра законоположений по судебной части. Т. 1. Введение в главные основания предполагаемого судопроизводства. Объяснительная записка к проекту новой редакции Учреждения судебных установлений. СПб., 1900. С. 65.

Исходя из такого взгляда, продолжал министр, «я нахожу, прежде всего, что в основу предпринимаемой реформы должно быть положено начало незыблемого утверждения *государственного характера и правительственного направления суда* (выделено нами – ред.) и судебного ведомства. При правильном устройстве суд должен быть, прежде всего, верным и *верноподанным проводником и исполнителем самодержавной воли* (выделено нами – ред.) монарха.

Также понятно, что к таким идеям о неготовности русского народа к реформе суда охотно примыкают *западные авторы*, традиционно рассматривавшие русских как народ, неразвитый в правовом отношении, равно как и далекий от свободы, не привыкший к ней, да и не стремящийся к ней.

А вот для *современных российских ученых*, живущих в условиях правового государства, использование «охранительной лексики» для оценки пореформенного суда и политики правительства по его «исправлению» выглядит несколько странно. Причем как и в XIX в., один из ключевых аргументов «неоконсерваторов» – заимствования из западной правовой культуры противоречат правовым традициям, да и российское общество (крестьянство с его обычно-правовым мышлением) не готово было воспринять эти «в принципе хорошие – но чуждые для нас, русских – правовые ценности».

Действительно, с начала 2000-х гг. в отечественной историографии вновь, как в былые времена, стало набирать силу «неоконсервативное направление»⁷. Из работ этого направления обращает на себя внимание статья Д.Ф. Аяцкова, Ю.В. Галкина и Е.В. Олесеюка «Отечественное правосудие в XIX в.: Практика и уроки ре-

⁷ Биюшкина Н.И. Охранительные отношения в Российском государстве в период правления Александра III (с марта 1881 г. по 1894 г.). Н. Новгород, 2011. Бирюшкина Н.И. Политико-правовое развитие Российского государства в условиях охранительного внутривластного курса (1870–1890-е гг.). Дисс. ... д.ю.н. Н. Новгород, 2011.; Воронин И.В. «Контрреформы» 80-90-х годов XIX в. в административной и судебной сферах. Дисс. ... к.ю.н. М., 2011.

формирования»⁸. Авторы оправдывали то, что было сделано с Судебными уставами в пореформенный период. Они называют это «исправлением допущенных при реформировании *излишеств и перегибов*», к которым русский народ был, очевидно, не готов.

По мнению авторов, «новая полоса преобразований, следовавшая за уставами 1864 г., представляла собой отнюдь не «реакционный курс», и не «контрреформу», а естественное стремление правительства восстановить утраченную управляемость государственного механизма». «Осознание властями необходимости укрепления правопорядка и политической стабильности свидетельствовало об *истинном прогрессе юстиции* (выделено нами – К.К.), соответствующем ее изначальному предназначению. Иными словами, то, что принято называть контрреформами, на деле было, по мнению трио авторов, естественным продолжением реформы, причем наиболее конструктивным по отношению к *деструктивным по преимуществу начальным ее этапам* (выделено нами – К.К.). Деструктивность выражалась в создании новых правовых основ русского суда, которые оказались неприемлемы для российской действительности середины XIX в., не могли быть адаптированы русским народом.

По их логике, мы могли бы «праздновать» в этом году не 150-летие судебной реформы 1864 г., а 115 лет судебной контрреформы Н.В. Муравьева, если бы она была принята. Более того, стали появляться работы, где вообще проводится осторожная апология дореформенного суда (трудно поверить – апология взятки)⁹.

Таким образом, при ответе на вопрос о своевременности реформы альтернатива выглядит следующей: ждать, пока «народ созреет до восприятия правовых ценностей», либо бороться за право, правовой прогресс, внедрение правовых ценностей в ткань жизни общества?

⁸ Аяцков Д.Ф., Галкин Ю.В., Олесеюк Е.В. Отечественное правосудие в XIX в.: Практика и уроки реформирования // Социально-гуманитарные знания. 2003. № 3. С. 241–257.

⁹ См., например: Миронов Б.Н. Социальная история России периода империи (XVIII – начало XX в.). СПб., 2003. Т. 2. С. 56 и след.

Чтобы разобраться в этом вопросе, обратимся к «зарубежному пророку», который научил всех, что нужно *бороться за право*, Рудольфу Иерингу. Его работа «Борьба за право»¹⁰ написана в 1872 г. – ровно посередине периода – между реформами и контрреформами в России¹¹.

Прежде всего, хочется обратить внимание на фразу И. Канта из работы «Метафизические основоначала учения о добродетели», которую приводит Р. Иеринг: «Кто делает из себя червяка, тот не может потом жаловаться, если его попирают ногами»¹². Поэтому первая (принципиальная) оговорка: не следует делать из российского общества «червяка», заранее толкуя о его неготовности к лучшему, и неспособности к прогрессу.

Далее Р. Иеринг отмечает: «Право есть непрерывная работа, при том не одной только государственной власти, но всего народа. Вся жизнь права, взятая в ее целом, являет перед нами такое же зрелище неустанного напряжения и труда со стороны всей нации, какое представляет деятельность последней в области экономического и духовного производства». Он пишет о прогрессе в праве – противопоставляя ему «Савиньи-пухтовский» подход к возникновению права. Иеринг отмечал враждебное отношение Савиньи и его последователей к вмешательству законодательства. «Романтическая школа» (историческая школа права) толковала, что право образуется незаметно, подобно полевому растению. Не соглашаясь с Савиньи, Иеринг настаивал: «грубая действительность учит противоположному, за право нужно бороться» – этот постулат стал одним из главных для «реалистической школы права», которую он основал.

История России 30–50 гг. XIX в. стала свидетельством того, как в государственно-правовую практику внедрялись идеи исторической школы (в изложении Р. Иеринга: «право возникает и разви-

¹⁰ Сразу оговорюсь, что не буду касаться тех аспектов работы Р. Иеринга, которые относятся к борьбе индивида за субъективное право. Обращусь лишь к мыслям о борьбе общества за правовой прогресс.

¹¹ Русские юристы С.А. Муромцев, Ю.С. Гамбаров, Н.М. Коркунов уже пытались ранее развить отдельные положения работ Р. Иеринга применительно к условиям дореволюционной России.

¹² Иеринг Р. Борьба за право. М., 1991. С. 8.

вается без борьбы», «действует тихая сила истины», без потрясений, медленно, но верно, пробивающая себе дорогу»). Последствием было торжество консерватизма и жесткое следование историческим традициям по принципу «ничего не менять». В этом духе Николай I наставлял М.М. Сперанского при начале работы по систематизации права – «ничего нового не вводить» (поэтому предложение М.М. Сперанского о первых двух этапах систематизации – ПСЗ и СЗ – царь принял, а третий – «Уложение» – не утвердил). Неудивительно, что именно к Савиньи послали в начале 30-х гг. XIX в. учиться и готовиться к профессорскому званию две группы русских юристов¹³. Они, по мысли властей, должны были стать в университетах России проводниками этих же правовых идей. Интересно, что сам Р. Иеринг признавался, что получил этот «исторический» взгляд в университете (германском) и долго находился под его влиянием¹⁴.

Но в 60-е гг. XIX в. Иеринг изменил взгляды, обосновав новый подход, новую идею – необходимость «рукотворного» прогресса права, за который нужно бороться. Он писал: «Часто изменение в праве достигается ценой весьма значительного пожертвования имеющимися правами и частными (добавим, и публичными – К.К.) интересами. Новое правоположение объявляет войну этим интересам, с которыми свыклись. Отсюда реакция – механизма самосохранения системы, самое энергичное сопротивление»¹⁵.

Следует вернуться к высказанной выше идее – судебная реформа 1864 г. затронула, нанесла удар по авторитарным привычкам самодержавия – когда сила действовала вместо права – когда, по словам министра внутренних дел Ланского, «администрация ездил верхом на юстиции». Расставаться с этими привычками авторитарной власти было крайне трудно, рецидивы их воз-

¹³ См.: Солодкин И.И. Роль Сперанского в развитии юридического образования в России // Известия вузов. Правоведение. 1962. № 3.

¹⁴ Это лишний раз свидетельствует о важности, высоком значении высшей школы для формирования правосознания будущих юристов, об ответственности преподавателей за правовое будущее страны.

¹⁵ Иеринг Р. Указ. соч. С. 8

рождения видны на всем протяжении пореформенного и предреволюционного периодов.

Р. Иеринг (уверен, что он не был знаком с российской исторической конкретикой), по сути, описал *предреформенную* и предсказал *пореформенную* борьбу вокруг Судебных уставов: «...образуются две партии, каждая из которых выставляет своим девизом святость права: одна права исторического, права прошлых времен; другая – права вечно формирующегося и обновляющегося, исконного права людей на все новые и новые преобразования». И дальше: «Все великие приобретения, на какие может указать история права: отмена рабства, крепостного состояния, свобода земельной собственности, вероисповедания и пр. – все это пришлось добывать лишь путем такой ожесточеннейшей, часто целые столетия продолжавшейся борьбы»¹⁶.

Право в своем историческом движении являет перед нами картину искания, усилий борьбы – словом, тяжелого напряжения. Иеринг проводит прекрасную идею реформы как формы борьбы за право, за новое право.

Важно его замечание, что в этой борьбе решающее значение имеет не вескость поводов, а относительная сила борющихся сторон. В России сначала (60-е – начало 70-х гг. XIX в.) победил «либеральный взгляд». Но в 80-90-е гг. XIX в. консерваторы взяли верх, многое «отыграли» назад под лозунгом восстановления «исконно русских начал правосудия» (отказ от ключевых принципов и положений судебной реформы). Среди этих начал «бюрократизация суда» и стала квинтэссенцией судебной контрреформы.

Проведение самой реформы на просторах России власти растянули на 40 лет, на протяжении этих десятилетий вычищали либеральное содержание Уставов – под лозунгом, что в 1864 г. русский народ еще не был готов к свободе и праву. Особенно хорошо это видно на примерах земской контрреформы и ликвидации мировой юстиции, ограничения подсудности суда присяжных, трансформаций политической юстиции и др.

Вновь Р. Иеринг: «Идеализм здорового правового чувства – корень всего дерева – у одного человека и у всего общества. Разлагающее влияние, какое оказывает на моральные силы народа не-

¹⁶ Иеринг Р. Указ. соч. С. 9

справедливые законы и дурные юридические учреждения – действует под землей – губит корень, а некоторые рассуждают только о кроне, не подозревают о яде, который поднимается от корня»¹⁷. Эта мысль германского ученого-юриста точно характеризует состояние дореформенного российского суда, закона, правоприменения. Реформа 1864 г. была лекарством от этого «Яда». Но, затронув интересы многих, прежде всего, бюрократии, Администрации, – вызвала протест и противодействие, прикрытого лозунгом «несвоевременности» такого радикального преобразования суда.

В завершении можно привести точную мысль из книги современника тех событий полуторавековой давности, в русле известной русской поговорки «Несть пророка в своем отечестве». В 1881 г. французский писатель, историк и путешественник Анатоль Леруа-Больё, опубликовал в Париже монографию «Империя царей и русских». Он утверждал, что судебная реформа почти не уступала по важности отмене крепостного права, а причину ее успеха видел именно в том, что она заимствована из передового западноевропейского опыта. Так вот Леруа-Больё не считал, что, например, присяжных ввели в России рано, что народ не готов. Он писал что, **«если для некоторых реформ ждать зрелости народа, можно ждать бесконечно»**¹⁸.

Мы должны бороться за право, правовой прогресс, не оговариваясь неготовностью к нему народа. Невозможно научиться плавать, не зайдя в воду; невозможно научиться быть свободным в условиях несвободы, если только не бороться за свободу, за право. Впрочем, вопрос о насущной потребности общества правовом прогрессе не снимает с повестки проблему соответствия юридических новелл правовым традициям народа: речь идет о балансе, соотношении правовой традиции и правового прогресса. Но преимущество – за прогрессом; движение вперед должно быть определяющим. Впрочем, и само понятие правового прогресса весьма условно, представления о нем есть иллюстрация длящегося уже не одно столетие противостояния либеральной и консервативной идеологий.

¹⁷ Иеринг Р. фон. Указ. Соч. С. 49

¹⁸ Leroy-Beaulieu A. L'empire des tsars et les Russes. Paris. 1881. P. 663.

*Т.И. Еремина**

ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ В СИСТЕМЕ ПРОСВЕЩЕНИЯ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ

Не претендуя на охват всей проблемы, связанной с выявлением особенностей государственной гражданской службы в учебных заведениях Российской империи, остановимся на рассмотрении некоторых особенностей, дающих представление об этом «особом роде службы».

В российском законодательстве XIX в. был определен принцип свободного доступа к гражданской службе всех русских подданных неподатных состояний. В соответствии с Уставом о службе гражданской Российской империи поступление на службу определялось тремя критериями: происхождением, возрастом и образованием. Лиц бывших податных сословий запрещалось принимать в гражданскую службу. Это ограничение не распространялось на поступление на службу в ученую и учебную часть. Попечителям учебных округов было предоставлено право определения на службу в учебные заведения лиц, происходящих из бывшего податного сословия с соблюдением установленных правил и условий. При этом попечителям не требовалось получать разрешения Сената¹. Для лиц, поступающих на службу учителем, был предусмотрен особый порядок. Для получения звания учителя учебных заведений ведомства Министерства народного просвещения необходимо было пройти специальное испытание (экзамен) независимо от наличия диплома об образовании. Правила и программы для специальных испытаний на звание учителя и учительницы утверждались Министерством народного просвещения². Подобная

* **Еремина Т.И.** – кандидат юридических наук; доцент кафедры государственного права Российского государственного педагогического университета имени А.И. Герцена (Санкт-Петербург).

¹ Свод законов Российской империи. СПб., 1896. По ред. 1906 г. Т. 3. Кн. 1. Ст. 41, 43.

² Пругавин А.С. Законы и справочные сведения по начальному народному образованию. СПб., 1904. С. 548.

практика в системе государственной службы существовала только в отношении тех должностей, которые требовали наличия специальных знаний³.

Иностранцы, хотя и принявшие присягу на подданство России, не принимались на должность учителей приходских училищ. Исключение из этого правила было предоставлено тем из них, кто родился в России и принадлежал к православному исповеданию. Высочайшим повелением 18 марта 1861 г. Министерству народного просвещения было предоставлено право разрешать определение иностранцев православного исповедания в должности учителей приходских училищ без получения на это каждый раз Высочайшего повеления⁴.

Порядок производства в чины служащих учебных заведений ведомства министерства народного просвещения был представлен специальным блоком статей Главы 3 Раздела 2 Устава о службе по определению от правительства. Для определенных категорий служащих по учебному ведомству предусматривался особый порядок чиновпроизводства. Так, на домашних учителей и наставников, не получавших вознаграждения из казны, но состоящих при этом на государственной службе по ведомству народного просвещения, распространялся особый порядок чиновпроизводства, предусмотренный Уставом о службе по определению от правительства⁵. Для учителей, служащих в отдаленных местностях на окраинах Российской империи, законодательством определялись особые, льготные условия службы, в том числе сокращенные сроки в присвоении чинов.

На основании п. 4 статьи 4 Высочайше утвержденных 13 июня 1886 г. Правил об особых преимуществах гражданской

³ Следует заметить, что теоретик государственного управления XIX века И.Е. Андреевский определял в качестве обязательного условия поступления на государственную службу сдачу специального экзамена и прохождение испытания в практически-служебных занятиях (См.: Андреевский И.Е. Русское государственное право. Т. 1. СПб., 1866. С. 470).

⁴ Настольная книга по народному образованию. СПб., 1901. Т. 2. С. 719.

⁵ Свод законов Российской империи. СПб., 1896. Т. 3. Ст. 418, 419, 422–424.

службы в отдаленных местностях, а также губерниях западных и Царстве Польском Министерство народного просвещения по соглашению с Министерством финансов признало необходимым предоставить особые преимущества службы в отдаленных местностях лицам, назначаемым на должности учителей городских и уездных училищ, положенные в X классе⁶. По общему правилу, лицо, занимающее должность, могло иметь чин не более как одним классом выше класса должности и не более как двумя классами ниже класса должности в соответствии со статьей 156 Устава о службе по определению от правительства. Но по учебному ведомству допускалось чинопроизводство двумя классами выше класса должности, но лишь до чина V класса.

Помимо специальных правил чинопроизводства в университетах профессора и преподаватели как лица, находящиеся на гражданской службе, имели право на определенный для них порядок замещения должностей, присвоения ученых степеней⁷. Институт присуждения ученых степеней был одним из инструментов правового регулирования службы в высших учебных заведениях. Наличие двух систем: чинопроизводства и присуждения ученых степеней как регуляторов служебной деятельности преподавателей является специфической особенностью гражданской службы в университетах Российской империи.

Учитывая недостатки гражданского чинопроизводства в части того, что «занятие самой должности поставлено в зависимость от имеющегося у служащего чина» правительство по некоторым ведомствам допускало «назначение на должности лиц независимо от их чинов»⁸. Это исключение распространялось и на службу профессорско-преподавательского состава университетов. В пер-

⁶ Городские, уездные и Мариинские училища. СПб., 1903. С. 109.

⁷ Кричевский Г.Г. Ученые степени в университетах дореволюционной России // История СССР. 1985. № 2. С. 141–153; Якушев А.Н., Климов А.Ю. Исследование развития законодательства в сфере присуждения ученых степеней в Российской империи // Право и образование. 2006. № 2. С. 208–217.

⁸ Евреинов В.А. Гражданское чинопроизводство в России. СПб., 1887. С. 60.

вую очередь к кандидатам на эти должности предъявлялись научные требования.

В виде исключения Устав о службе по определению от правительства (статья 1009) предоставлял право профессору, преподавателю занимать учебные должности в разных ведомствах и в каждом из них служба их признавалась действительной. Для основной массы гражданских служащих статьей 378 того же Устава определялось, что «никто не может быть определен к двум или более должностям вдруг и занимать оные в одно и тоже время».

Всем служащим государственных учреждений Российской империи не разрешалось участвовать в какой-либо финансовой, коммерческой деятельности (распродажах, подрядах, поставках, залогах). Запрещалось принимать на работу лиц, которые ранее имели подобные финансовые дела. Возможность участвовать в активной финансовой деятельности предоставлялась в том случае, если это не относилось к тому ведомству, где человек работал. Учителям такая деятельность разрешалась с позволения попечителя учебных заведений при условии, что эта коммерческая, финансовая деятельность не отвлекала их от основной работы.

Со второй половины XIX в. часть профессуры втягивается непосредственно в капиталистическое предпринимательство. Директором Купеческого банка был профессор политэкономии И.К. Бабст. В состав учредителей Московского промышленного банка входили профессор минералогии и геодезии Г.Е. Щуровский и профессор зоологии А.П. Богданов. Коммерческой деятельностью занимались профессора политэкономии И.И. Янжул, И.Х. Озеров, М.Я. Герценштейн, И.М. Гольдштейн⁹. Подобное «совместительство» государственной должности и предпринимательской деятельности также являлось одной из особенностей службы профессорско-преподавательского корпуса Российской империи.

⁹ Иванов А.Е. Профессорско-преподавательский корпус высшей школы России конца XIX – начала XX вв.: общественно-политический облик // История СССР. 1990. № 5. С. 61.

Еще одним исключением из общего правила была предоставленная профессорско-преподавательскому составу возможность одновременного нахождения в своей должности на «учебной» службе и членом Государственной думы.

Дело в том, что 53-я статья Положения о выборах в Государственную думу (утв. 6 августа 1905 г.) предполагала, что лицо, занимающее на гражданской государственной службе должность с определенным окладом содержания, в случае избрания в члены Государственной думы обязано оставить занимаемую должность. По результатам выборов в Думе оказалось 11 университетских профессоров и приват-доцентов. В Государственной Думе второго созыва было 5 профессоров и приват-доцентов университетов, в Думе третьего созыва – 7. Членами Думы четвертого созыва были избраны 6 представителей университетов¹⁰.

Специальными распоряжениями Министерства народного просвещения преподавателям начальной и средней школы разрешалось совмещать учительскую службу с другими видами деятельности, позволяющими получить дополнительный доход. В ноябре 1906 г. Министерство разрешило учителям начальных училищ на добровольных началах участвовать в деятельности учреждений мелкого кредита. Иногда это было с занятием определенной должности – председателя и членов правлений местных кредитных организаций. Поскольку указанное совмещение деятельности учителей приобретает значительные масштабы, указанное Министерство в 1911 г. вынуждено было предупредить, что участие учителей начальной школы в учреждениях мелкого кредита не должно приносить ущерб их прямым обязанностям. В противном случае «училищное начальство обязано потребовать оставления должности в кредитном учреждении»¹¹.

¹⁰ Грибовский М.В. Участие профессоров и приват-доцентов российских университетов в работе Государственных Дум в начале XX в. // Вестник Томского государственного университета. История. 2013. № 5(25). С. 47–49.

¹¹ Известия по высшим, средним и низшим учебным заведениям. МНП. 1911. № 8–9. С. 191.

В соответствии с законодательством учителя начальных народных училищ могли быть избраны в гласные уездного земства. Разрешения инспектора народных училищ в этом случае не требовалось. Избранные учителя могли участвовать в заседаниях уездного земского собрания в качестве гласных, не оставляя свои учительские должности. При этом министерство народного просвещения обращало внимание на то, что местное учебное начальство должно в этих случаях со своей стороны принять все меры к тому, чтобы во время исполнения учителями обязанностей гласных и участия их в земских собраниях не нарушались учебные занятия в училищах, где они работают¹².

В системе государственной службы в XIX в. складывается законодательно определенная гендерная иерархия, приоритет в подборе кадров отдается, за некоторым исключением, мужским ролям. Доступ женщин к должностям государственной гражданской службы и приобретение ими соответствующих служебных прав и привилегий осуществлялся с середины XIX в. в различных сферах общественной жизни первоначально, как правило, на условиях «вольного найма».

Уступая общественному мнению, в начале XX в. правительственные круги отменяют ограничения для женщин по ряду профессий. В первую очередь, эти изменения произошли в системе гражданской службы по учебному ведомству. Проблема повышения статуса женщин в системе государственной службы по учебному ведомству была связана, прежде всего, с расширением возможности служебной деятельности женщин в учебных заведениях различного типа, а также с получением полного комплекса служебных прав и привилегий, определяемых законодательством по аналогичным должностям для учителей мужчин.

Постепенное «выравнивание» служебных прав учительниц по сравнению с учителями происходило в течение всего периода начала XX в. Но прежде всего эти изменения отразились на положении учительниц с высоким образовательным цензом. В 1901 г.

¹² Сборник законодательных новелл, решений Сената и важнейших правительственных распоряжений по вопросам народного образования за 1913 год. Петрозаводск. 1914. С. 27–28.

женщины с высшим образованием получили право преподавания в старших классах женских гимназий со всеми служебными и пенсионными правами (последние при наличии звания домашней наставницы и учительницы)¹³.

Законом 19 декабря 1911 г. им было предоставлено право держать экзамен на диплом правительственных высших учебных заведениях, приобретать ученые степени магистра и доктора, новое звание «учительницы средних учебных заведений», которое уравнивало их с учителями в вознаграждении.

Представленные выше примеры законодательного оформления особенностей учебной службы показывают, что государственная служба в системе народного просвещения имеет как общие черты, присущие государственной гражданской службе Российской империи в целом, так и ряд особенностей (зачастую как исключения из общих правил), которые были обусловлены, прежде всего, значимостью государственной функции по народному просвещению и законодательно закреплены в отношении служащих учебного ведомства, которым предназначалось эту важную государственную функцию реализовывать.

*С.В. Лонская**

ИСТОРИЯ МИРОВОЙ ЮСТИЦИИ КАК КОНКУРЕНЦИЯ КОНЦЕПТУАЛЬНЫХ ПОДХОДОВ

В 2012 г. в России мировым соглашением были завершены (прекращены) лишь около 2% дел, рассматривавшихся мировыми судьями (как гражданских, так и уголовных; по делам об административных правонарушениях мировое соглашение не

¹³ Лейкина-Свирская В.Р. Русская интеллигенция в России в 1900–1917 гг. М., 1981. С. 61.

¹⁴ Собрание узаконений и распоряжений правительства. 1911. Отд. 1. № 237. Ст. 2253.

* **Лонская С.В.** – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры теории и истории государства и права Балтийского федерального университета имени Иммануила Канта.

предусмотрено)¹. Резонно задать вопрос: все ли благополучно с мировой юстицией, коль скоро она не справляется со своей главной задачей – примирением? По гражданским делам, например, мировые судьи в этом уступают даже районным: в том же 2012 г. в районных судах доля мировых соглашений составила 19,2% от всех прекращенных дел, а у мировых судей – 14%.

С другой стороны, мы видим, что в 2012 г. мировые судьи приняли к производству почти 75% всех дел, поступивших в российские суды общей юрисдикции. Мировые судьи – главная тягловая сила российского правосудия и максимально выполняют свою задачу разгрузки федеральных судов.

Сложившаяся ситуация может вогнать в состояние когнитивного диссонанса тех, кто в мировом судье видит прежде всего примирителя, «судью совести» (а возможно, и медиатора с третьей стороной в одном лице). Напротив, если мы рассматриваем мирового судью в основном как судью по малозначительным делам, наш интерес, пожалуй, переместится в сторону проблематики общего совершенствования судебных процедур, их упрощения, доступности, где мировое соглашение уже не будет центральной проблемой, а количество рассматриваемых дел будет внушать скорее оптимизм, чем разочарование. Все заключается в том, какого концептуального подхода к мировой юстиции мы придерживаемся или, проще говоря, что мы думаем о ней и ее предназначении.

Представляется, что все многообразие образов, идей, проектов, реализованных моделей мировой юстиции эмпирически можно свести к двум концептуальным подходам. Первый – патриархальный – делает акцент на примирительной, посреднической функции мирового суда; второй – прагматический – сосредоточен на том, что это суд ограниченной юрисдикции (суд по малозначительным делам). Термины для подходов условны, но, как думается, наиболее точно соответствуют их содержанию.

Подобного рода взгляд на историю – не через призму институциональную, а через идеи, концептуальные подходы – имеет принципиальное методологическое значение.

¹ Статистические данные см.: Сайт Судебного департамента при Верховном суде РФ. <http://www.cdep.ru/index.php?id=5> (дата обращения: 20.03.2014).

Возможно, предлагаемый взгляд позволит по-новому осмыслить многие историко-правовые сюжеты. Мы коснемся этого на примере истории отечественной мировой юстиции, но факты дают основания полагать, что английский мировой суд – более прагматический, а французский (XIX в.) – более патриархальный. Во всяком случае, в таком ключе историю зарубежных моделей мировой юстиции пока не рассматривали, и такое исследование могло бы вызвать интерес.

Патриархальный и прагматический подходы сложились в России примерно к первой половине XIX в. Дворянские указы Уложенной комиссии, конституционные проекты (М.М. Сперанского, Н.Н. Новосильцева, декабристов), материалы Комитета 6 декабря 1826 г. предлагали различное устройство местного суда. Далеко не всегда речь шла о введении конкретно мировых судей, но аналогии и прямые отсылки к английским и французским образцам либо проводятся самими авторами проектов, либо явствуют из контекста. Практически всегда местный судья в этих проектах – судья по малозначительным, но зачастую – еще и примиритель.

Таким примирителем, например, выступают у М.М. Сперанского волостные суды, существо которых состоит «более в мирном разбирательстве гражданских дел через посредников и во взыскании за маловажные полицейские проступки означенных в законе пеней и наказаний, нежели в формальном и письменном их производстве»².

Очень близко к мысли Сперанского пишет в знаменитой записке В.П. Кочубей. Его «мирные суды» могли бы разбирать незначительные дела, «руководствуясь более совестью и здравым рассудком, нежели формами»³. Впрочем, Кочубей не подчеркивает

² План государственного преобразования графа М.М. Сперанского (введение к уложению государственных законов 1809 г.). С приложением «Записки об устройстве судебных и правительственных учреждений в России» (1803 г.), статей «О государственных установлениях», «О крепостных людях» и Пермского письма Императору Александру. М., 1905. С. 79–80.

³ Записка гр. Кочубея, начинающаяся словами «Не можно ли учредить в уездах мирных судов (Juge de Paix)» // РГИА. Ф. 1167. Оп. 1. Т. 16. Д. 92. Л. 141–142.

примирительный характер этих судов. Только из того, что названы они по-французски и дан буквальный перевод выражения *Juge de Paix*, можно сделать вывод, что автор подразумевает именно французский вариант, где примирение играло важную роль.

М.А. Балугьянский в «Рассуждении об учреждении губерний» пишет о низших судах, земских и городских «расправах», отмечая, что «они суть в самом деле суды низшие первой инстанции для некоторых мелких тяжб и преступлений, дабы уездный суд не обременять множеством дел»⁴. Проект Н.Н. Новосильцева «Государственная уставная грамота Российской империи» в ст. 188 упоминает и совестные, и мировые суды, очевидно, разграничивая их⁵.

Но все это пока лишь поиски. До Судебной реформы 1864 г. два подхода сосуществуют, они пока не получили окончательного институционального воплощения. Судебные уставы 1864 г. делают выбор в пользу патриархального подхода: в их основе – идеи С.И. Зарудного, настаивавшего на особом характере мировых судей как судей совести: «В силу самой необходимости и скудности органических сил судебного ведомства, мировой суд не может быть коллегиальным судебным местом; поэтому мировой судья должен судить один без коллегии и соединять в себе значение примирителя, следователя, поверенного, судьи, нотариуса и судебного пристава, т.е. соединять в себе те разнородные обязанности членов суда и чинов судебного ведомства, не принадлежащих к составу суда, которые в общем порядке судоустройства подлежат строгому разграничению. Таким образом, мировой судья, хотя и входит в ряд общих судебных учреждений, но по особенностям своего положения и значения составляет отступление от общего правила»⁶.

⁴ Неизвестного (М.А. Балугьянского) «Рассуждение об учреждении губерний», с тремя приложениями // РГИА. Ф. 1167. Оп. 1. Т. 16. Д. 81. Л. 69 об.

⁵ Новосильцев Н.Н. Государственная Уставная грамота Российской империи / В кн.: Конституционализм: исторический путь России к либеральной демократии: сборник документов. М., 2000. С. 230–256.

⁶ Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Изд. 2-е. СПб., 1867. Ч. 3. С. X–XI.

Уставы настойчиво, даже нарочито пытаются обособить мировую юстицию от общей, придать мировым судьям особый статус. Технически это не во всем удается: статьи Судебных уставов о мировых судьях изобилуют бланкетными нормами, отсылающими к статьям основной части, в Табели о рангах мировые судьи приравнены к членам окружных судов и т.д. Законодательство противоречиво, и это противоречие во многом вызвано тем, что противоречива сама идея С.И. Зарудного совместить в мировом судье и примирителя, и третейского судью, и государственного агента...

Практика последующих лет показывает, что обособление фактически стирается, статус мировых судей оказывается все ближе к коронным, мировые съезды становятся все ближе по организации работы к отделениям окружного суда, местные обычаи в мировых судах применяются вяло, и Комиссия Муравьева 1894–1899 гг. приходит к выводу, что первоначальная концепция провалилась: «Задача примирителя сторон, защитника местных польз и охранителя общественного порядка не получила в деятельности мировых судей желательного осуществления. В действительности они явились низшими органами суда, исполняющими те же обязанности по отправлению правосудия, как и прочие лица, облеченные судейским званием, и выделение их в особую судебную организацию оказалось лишеным достаточного основания»⁷. Закон о местном суде 1912 г. начал переход от патриархального к прагматическому подходу, оборвавшийся революцией.

Мы можем наблюдать, таким образом, что на протяжении дореволюционной истории российского мирового суда два концептуальных подхода конкурируют друг с другом. В конечном счете побеждает прагматический подход.

Вторую волну этой конкуренции, с таким же исходом, мы видим сейчас, на рубеже XX–XXI столетий.

⁷ Высочайше учрежденная комиссия для пересмотра законоположений по судебной части. Объяснительная записка к проекту новой редакции Учреждения судебных установлений. СПб., 1900. Т. 1. С. 17–18.

Концепция судебной реформы в РСФСР 1991 г.⁸ явно делает упор на примирительной функции мирового суда, даже отождествляет мировой суд с общиной-миром, что в принципе, на наш взгляд, ошибочно.

Концепция насковозь патриархальна. А вот действующее законодательство – исключительно прагматическое, как и судебная практика, в чем мы выше могли убедиться. В отличие от дореволюционной эпохи, где конкуренция подходов развивалась и в идеологической сфере, и в сфере позитивного права, современная эпоха оставила конкуренцию лишь в умах и научных позициях.

История мировой юстиции в России как конкуренция двух концептуальных подходов дает повод по-иному взглянуть, например, на такое явление, как контрреформы 1880-х гг. Что это в отношении мировой юстиции? Результат постепенной победы прагматиков над романтиками-патриархалами?

Пока это только гипотеза, требующая обоснования. Поставим и другие вопросы. Почему эволюция мировой юстиции в России вот уже дважды в истории развивается по одному сценарию? Означает ли это, что прагматический подход более органичен природе и смыслу мировой юстиции? Или же дело в соотношении запросов общества и государства и их взаимодействии в конкретно-исторических условиях? Ведь при всем желании примирять, мировые судьи в современной России скованы структурой их подсудности: ни дела об административных правонарушениях (около трети всех дел), ни гражданские дела приказного производства (а это две трети всех гражданских дел) не могут быть закончены мировым соглашением. Каковы же факторы, влияющие на выбор того или другого концептуального подхода? Пожалуй, здесь есть о чем дискутировать, над чем задуматься исследователям.

⁸ Концепция судебной реформы в Российской Федерации / сост. С.А. Пашин; отв. за вып. Б.А. Золотухин. М., 1992. С. 133.

*Ю.Н. Сушкова**

ОБЫЧНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ЖИЗНЕДЕЯТЕЛЬНОСТИ МОРДОВСКОГО НАРОДА

В регулировании этносоциальных отношений особое место занимает обычное право (мокш., эрз. «кой»). Представляя собой общепризнанные юридические воззрения этноса, его правовые идеалы и ценности, обычное право можно справедливо считать эталоном традиционной народной юридической культуры. Обычное право – одна из древнейших форм этнонормативного регулирования жизнедеятельности народа, отчасти сохранившееся и в настоящее время. О значимости обычая в народном правосознании свидетельствуют многочисленные произведения мордовского фольклора. «...Земля появилась – обычай появился, без обычаев на земле не проживешь, без обычаев на земле жить не будешь. Вся жизнь людьми делается, все обычаи людьми устанавливаются, без обычаев на земле не проживешь, без обычаев на земле жить не будешь...», – рассказывается в одной мордовской песне¹.

Сфера действия обычного права многогранна. Правовые обычаи – целостная система юридических неписаных норм, регулирующая весь спектр социальных отношений главным образом мордовского крестьянства. Обычное право распространяло свое действие на брачно-семейные, наследственные, договорные, обязательственные, имущественные, трудовые, земельные, уголовные и другие общественные отношения. Спецификой обычного права, как традиционного типа соционорматики, выступает его функция в упорядочении личных взаимоотношений как между членами отдельной семьи, так и в целом общины.

Хранительницей и гарантом реализации обычно-правовых норм являлась сельская община. Представляя собой «мини-государство», «крестьянский мир» с широкими властными полномочиями в политике и практике управления крестьянами, община

* Сушкова Ю.Н. – доктор исторических наук, декан юридического факультета Мордовского государственного университета им. Н.П. Огарева.

¹ Устно-поэтическое творчество мордовского народа. Т. 9. Саранск. 1982. С. 11–12.

вырабатывала эталоны моральных и правовых норм, обеспечивало их исполнение, формировало правосознание крестьян. Сельское общество нередко играло решающую роль в разрешении многих частных вопросов крестьянской жизни, в особенности в системе земледелия и землепользования мордвы. Община в качестве властной структуры местного самоуправления определяла использование земель, принадлежавших государству, обеспечивала своевременность уплаты крестьянами всех установленных платежей и повинностей.

В качестве одной из функций общины являлось народное правосудие. Внутриобщинные, а также межобщинные правовые коллизии разрешались в рамках сельских общин в соответствии с нормами обычного права.

Одной из форм общинного правосудия был мирской сход (мокш. «пуромкс», эрз. «промкс»). По осени, отмечал К. Митропольский, мордва ежегодно собиралась где-либо на берегу большого озера для судопроизводства над личностями, подозреваемыми в каких-либо преступлениях, совершенных в течение года. «Судьи, чтобы узнать истину, чинили “суд Божий”: приказывали перевязать серединою бечевы шею обвиняемого и с быстротою перетащить его через озеро из конца в конец непременно три раза; оставшегося в живых признавали невинным»².

На сельском сходе рассмотрению подлежали наиболее важные дела, связанные с реализацией права или исполнением обязанностей субъектами обычно-правовых отношений, а также обычно-правовые конфликты между членами общины, общиной и ее членами, общиной и государством. В правоотношениях между общиной и государством под этноюрисдикцию схода попадали вопросы, возникавшие в связи с исполнением возложенных государством на общину обязанностей, к примеру, рекрутской повинности, выплаты обязательных платежей. На заседаниях схода, где наиболее значимую роль играли сельские старики, разбирали совершенные в общине обычно-правовые нарушения, к которым относились: преступные акты (убийство, воровство, разбойное нападение, грабеж, избиение, хулиганство, клевета и т.д.), нарушение

² Митропольский К. Мордва: мировоззрения их, нравы и обычаи // Мирское слово. 1877. № 13. С. 74.

взятых обязательств (условий договора, сделки). На сельских сходах производились имущественные разделы в случае, когда по тем или иным причинам раздел был не произведен главой семьи – большаком.

На сходе собирались все старики села. Решения обсуждались и принимались «голосом» – «вайгельсэ». При вынесении решения произносили, если считали, что обвиняемый виноват: «Чумо» (Ю.С. – «виноват»), если же приходили к выводу о его невинности: «Аволь чумо» (Ю.С. – «не виновен»).

В случае несогласия с принимаемым решением присутствовавшие на сходе поднимали руки. Согласно нормам обычного права на руках у стариков обязательно должны были быть холщовые рукавицы, «махать голыми руками» считалось неприличным. На сходе председательствующим обычно был старейший. В круг его обязанностей входило: оповещение всех собравшихся о сути дела, приглашение очевидцев, рассмотрение доказательств, организация голосования, оглашение принятого решения, в целом наблюдение за порядком и т.д.

При вынесении решения на сходе рассматривались различные доказательства, в числе которых свидетельства очевидцев, вещественные предметы, подтверждающие утверждения участников разбирательства, произнесение клятвенных заверений. Произнесение клятв (мокш. «вал максома», эрз. «вал максомо») выступало надежным залогом правдивости сказанного, исполнения взятых на себя обязанностей. Причем совершенные на словах соглашения соблюдались отнюдь «не слабее документальных»³.

Большинство клятвенных заверений, практиковавшихся у мордвы, имело древние языческие корни. Судя по сохранившимся историческим и юридическим актам русского делопроизводства XVI–XVII вв., если русское население при спорах с мордвой давало судьям в «божью правду» клятву по «крестному целованию», то мордва – «по своей вере по мордовской», «по своей вере по шерти». В некоторых мордовских деревнях еще в конце XIX в. давали клятву «через лутошку». Перед испытуемым клалась лутошка, то есть очищенная от коры липка, и он должен перешагнуть через нее со словами: «чтобы иссохнуть мне, как эта лутошка, если солгу».

³ Майнов В.Н. Очерк юридического быта мордвы. СПб., 1885. С. 215.

Подобно многим другим народам, мордва имела обыкновение «клясться богом солнца»: «Пусть поразит меня Чипаз, если я вру!». Приведенные клятвенные формулы широко применялись как в государственных учреждениях, так и в быту между общинниками, родственниками и семейными.

При разрешении семейных конфликтов применялись и особые клятвы, в основе которых также лежало божественное санкционирование. Так, клятвенный обряд, совершавшийся как зарок не заводить семейные ссоры, был следующим: «На стол рядом клали два топора, около которых ставили свечу, при этом каждый должен был произнести обязательно по три раза: «Я больше не буду». Огонь гасили и с этого момента все старались жить в мире и согласии. Иначе мог наказать бог». С принятием православия мордва стала клясться также на кресте и иконе: «Икону или крест поцелую – не нарушу обещания». Клятвенные заверения широко практиковались в договорном обычном праве.

Важным структурным подразделением общины была семья, обладавшая собственными правовыми полномочиями. По свидетельству В.Н. Майнова, никогда еще не было примера, чтобы семейские обращались «даже и к волостному, и мирскому сходу, который крайне ею уважается, с просьбой произвести раздел, так как такое обращение навсегда уронило бы в глазах всей округи тех, кто не сумел обойтись сам собою или при помощи посредника; вообще на внутренние, чисто семейные дела ни суд, ни сход не могут оказывать никакого влияния и, например, в деле раздела никто и не подумает идти спрашивать у них разрешения, так как их дело смотреть за тем, что делается вне домов, а не затем, как живут люди в домах, у себя в семьях»⁴.

Семейная этноюстиция являлась по существу механизмом социального контроля общины за соблюдением общинного и государственного правопорядка, предупреждения возможных нарушений сложившихся традиционных устоев.

Общество, наделяя семейные органы власти определенной компетенцией при разрешении возникавших ссор, позволяло достаточно эффективно на основе почитания своих предков и старших членов семьи прививать каждому общиннику необходимые

⁴ См.: Майнов В.Н. Очерк юридического быта мордвы. С. 176.

убеждения. Стержневой принцип семейной юстиции – общеправовой запрет домашних конфликтов в целом. В случае же возникновения споров члены семьи должны были сохранять их в ее рамках. Примирение сторон осуществлялось обычно без вмешательства посторонних, в том числе и общинного схода. Лишь при исключительных обстоятельствах, когда совершенные преступления становились известными, а также в целях защиты интересов сельчан, общинный сход принимал свои меры.

Главную роль в семейных разбирательствах имел большак (мокш., эрз. «кудазор»). Споры между женщинами семьи разрешала, как правило, жена большака (мокш., эрз. «кудазорава»). У мордвы существовал обычай созывать семейные советы, подчас расширенные (с участием родственников). Что касается споров, возникавших между детьми, а также между детьми и родителями, то решающее слово принадлежало родителям. В разбирательствах между мужем и женой лидирующее положение занимал муж, чье решение носило обязательный характер. Однако, согласно общеправовым нормам этноюстиции, обиженная или оскорбленная супруга могла пожаловаться кудазору, который должен был по справедливости рассудить молодых.

Обычно-правовое содержание внутрисемейных отношений во многом определялось типом семьи. Для мордвы в конце XIX – начале XX в. были характерны семьи двух типов: малая семья (состоявшая из мужа, жены и детей, нередко также с дедушкой и бабушкой) и большая семья двух разновидностей (большая семья с отцом-патриархом во главе и подчиненными ему женатыми и неженатыми детьми с их потомством; большая семья артельного типа, состоявшая из нескольких неразделившихся после смерти отца братьев с их потомством и находившаяся под главенством старшего или выборного большака-домохозяина). Нередко в состав семьи входили не только родители и дети с их потомством, но также и другие родственники, домашняя прислуга, «приимыши», «захребетники».

Взаимоотношения членов семьи определились патриархальными традициями, обуславливавшими правовой статус каждого в доме. Регулирование семейных правоотношений осуществлялось преимущественно на основе половозрастного критерия. Старшие члены семьи управляли младшими. Главой семьи становился

обычно самый старший мужчина, обладавший в силу своего возраста необходимым опытом и мудростью для управления семьей.

Обычаи возложения на члена семьи статуса главы дома несколько варьировались. В одних семьях их главой непременно был самый старший и авторитетный мужчина, его назначение не требовало видимого подтверждения со стороны других членов, ибо власть и так находилась в его руках. В других семьях глава избирался на общесемейном совете, оставаясь большаком до конца своей жизни. Лишь в исключительных случаях чувствующий немощь глава семьи мог добровольно передать полномочия другому члену семьи по своему усмотрению.

Большак (мокш. эрз. «кудазор») представлял семью в общине, отвечал за своевременную уплату податей, выполнение работ и обязательств по заключенным договорам, планировал и распределял по своему усмотрению доходы и расходы семейного бюджета. В случае смерти отца с матерью право главенства переходило к старшему сыну с его женой. Если умирал отец, то иногда бразды правления брала мать, то есть старшая женщина. Немаловажное положение в семье имела жена большака (мокш., эрз. «кудазорав»), управлявшая женской половиной семьи. Все хозяйственные работы распределялись ею между находившимися в доме снохами и дочерьми, как правило, по неделям, нередко посредством жеребьевки. Женщины должны были проявить себя работящими, так как это выступало одним из главных их достоинств.

Согласно положениям обычного права в личных взаимоотношениях между мужем и женой превалирующую роль играл муж (мокш., эрз. «мирде»), решавший наиболее значимые семейные проблемы. Жена (мокш. «рвья», эрз. «ни», «урьва») должна была подчиняться порядку, установленному мужем.

Мужчины пользовались большой личной свободой, в представлениях народа глубоко укоренилась идея индивидуального права мужа управлять своей женой. В то же время власть мужчин над женщинами нельзя считать неограниченной, ибо последние, формально не допускавшиеся к принятию юридически значимых решений, нередко оказывали большое влияние на своих мужей. В семье сохранялись некоторые реликты былой материнско-родовой филиации, в том числе «материнского права», например, продолжал бытовать обычай матрилокального поселения молодой

семьи в форме института вхождения в зятя – влазни (эрз. «содамокс совамо»).

Обычно в мордовской семье между мужем и женой складывались хорошие взаимоотношения. Принцип любви и взаимоуважения отражен в материалах мордовского фольклора, этнографических наблюдениях. Оба супруга старались поддерживать партнерские отношения. Авторитет женщины в семье во многом определялся ее ролью в хозяйственном быте. Ее компетенция в сфере управления домашним хозяйством обеспечивала ей определенную самостоятельность и даже равноправие.

Таким образом, этносоциальные отношения у мордвы на протяжении тысячелетий регулировались обычно-правовыми или этническими нормами. Складывавшиеся веками, передаваемые из поколения в поколение, обычаи сосредоточили в себе наиболее целесообразные правовые начала и служили народу не только в общественной и семейной жизни, но и хозяйственной деятельности. Содержание обычно-правовых норм детерминировалось комплексом социально-экономических, этических и этнических факторов. Натурально-потребительская направленность хозяйства мордвы обусловила относительную замкнутость крестьянского быта, консервацию некоторых его архаических устоев, несмотря на определенные процессы трансформации, связанные с развитием рыночных отношений. Эти устои еще до сих пор сохраняются в виде «живой старины». В то же время обычное право представляет собой и «живое право» народа, постоянно обновляющееся, нацеленное и в современных реалиях XXI в. оставаться эффективным этнонормативным ориентиром для мордовского этноса.

*Р.Ю. Почекаев**

**ИЗМЕНЕНИЕ ПРАВОВОГО СТАТУСА
КАЗАХСКОЙ ЭЛИТЫ: ОТ ВХОЖДЕНИЯ КАЗАХСТАНА
В СОСТАВ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ
ДО «ВЕЛИКИХ РЕФОРМ»****

Борьба Российского государства за «золотоордынское наследство», начавшаяся в XVI в. присоединением Казанского, Астраханского и Сибирского ханств, завершилась лишь в XVIII в., когда в состав Российской империи вошли Казахстан (1731 г.) и Крымское ханство (1783 г.). Несмотря на то, что российские правители уже с XIV в. имели опыт взаимодействия с кочевыми подданными, имперская политика в отношении этих новых территорий далеко не всегда была последовательной и непротиворечивой. Особенно ярко это проявилось во взаимодействии имперских властей с казахской правящей элитой.

Дело в том, что, в отличие от всех прочих пост-ордынских государств, которые были Россией завоеваны, Казахстан принял российское подданство добровольно (пусть и под воздействием внешних обстоятельств)¹, поэтому отношения имперских властей с его правителями на протяжении довольно длительного времени строились на договорной основе – как с вассалами, а не с подданными, подобно другим «инородцам» в составе Российской империи.

* **Почекаев Р.Ю.** – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

** Данное научное исследование (проект № 14-01-0010) выполнено при поддержке Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2014/2015 гг.

¹ Истории присоединения Казахстана к России посвящена обширная историография. В качестве примера можно назвать, в частности, одну классическую (Апполова Н.Г. Присоединение Казахстана к России в 30-х годах XVIII века. Алма-Ата. 1948) и одну современную (Ерофеева И.В. Хан Абулхаир: полководец, правитель, политик / 3-е изд., испр. и доп. Алматы. 2007).

Первые десятилетия пребывания казахов в российском подданстве имперские власти вообще не вмешивались в казахские дела, довольствуясь зачастую лишь формальным признанием со стороны местных ханов своей зависимости от России. Лишь в 1770-е гг. имперские власти (как центральные, так и региональные – оренбургские и западносибирские) стали влиять на политику казахских правителей, стараясь поставить их в большую зависимость от российской администрации. При этом первоначально имперские власти делали ставку на представителей «белой кости» – влиятельных ханов и султанов, возводивших происхождение к Чингис-хану, полагая, что те, усилив свою власть, смогут обеспечить реализацию российской политики в Казахстане. Однако многие из казахских правителей, по-своему понимая статус подданства, не только не выполняли обязанностей (уплачивать ясаk, воздерживаться от нападений на других имперских подданных – калмыков, башкир, казаков), но и могли в одностороннем порядке отказаться от российского подданства, признав себя вассалами либо китайской империи Цин, либо Хивинского ханства².

В связи с учащением подобных случаев имперские власти, ранее всячески поддерживавшие своим авторитетом казахских ханов и султанов, в середине 1780-х гг. круто поменяли приоритеты и предприняли первую попытку упразднения ханской власти в Казахстане, передав всю полноту властных и судебных полномочий в руки менее знатных родоплеменных предводителей – биев, в отличие от Чингизидов, считавшихся «черной костью». Этот процесс был закреплен несколькими указами Екатерины II, формально лишь санкционировавшей проведение т.н. «судебной реформы» оренбургского генерал-губернатора О.А. Игельстром³. Однако слишком радикальные преобразования встретили серьезное сопротивление среди казахов, уже в начале 1790-х гг. добившихся восстановления ханской власти – правда, с этого времени ханы уже не просто утверждались российскими властями, а фактически изби-

² См., например: Вяткин М.П. Батыр Срым. М., 1947. С. 169–177.

³ Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. I. Алма-Ата, 1960. С. 59–88. См. также: Лапин Н.С. Деятельность О.А. Игельстрома в контексте казахско-российских взаимоотношений (1780-е – 1790-е гг.). Астана. 2012. С. 206–255.

рались лишь из числа тех потомков Чингис-хана, которые были полностью лояльны Российской империи⁴.

Потерпев неудачу с отстранением от власти потомков Чингис-хана, руководители российской региональной администрации предприняли повторную попытку отмены ханской власти – на этот раз проведя длительную подготовительную работу.

Прежде всего, имперские власти обеспечивали «избрание» (а по сути назначали) в качестве ханов не слишком эффективных правителей, неспособных поддерживать в народе образ ханов как сильных и энергичных властителей, защитников интересов Казахстана перед российскими властями. Это были либо престарелые монархи (как Айшуак, который занял трон в 74-летнем возрасте и после восьми лет номинального правления сам попросил освободить его от ханских полномочий «по причине глубокой старости»⁵), либо такие, при которых постоянно находились представители российских властей (как хан Ширгази, сын Айшуака, чьи действия в качестве хана постоянно контролировались российскими офицерами-приставами⁶), наконец, такие, кто изначально не пользовался популярностью в народе и был вынужден сам обращаться за поддержкой к имперским властям (как Вали, сын Аблая, правивший в Среднем жузе).

Кроме того, политика по разделению власти в жузах между несколькими правителями в каждом из них, также начатая в эпоху Екатерины II, была продолжена – на этот раз речь шла об официальном соправительстве двух ханов, из которых ни один не признавался младшим по отношению к другому: в Среднем жузе – Вали и Букей, в Младшем жузе – Ширгази и Букей. Соответственно, традиционная власть хана как единоличного монарха ослаблялась не только de-facto, но и при прямом участии имперских властей⁷.

⁴ Вяткин М.П. Батыр Срым. С. 303–330.

⁵ Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. I. С. 45. См. также: Ерофеева И.В. Символы казахской государственности (средневековье и новое время). Алматы: Аркаим, 2001. С. 131.

⁶ См., напр.: Шахматов В.Ф., Киреев Ф.Н. Журнал полковника А.З. Горихвостова // Известия АН Казахской ССР. 1957. № 2 (5). С. 106–127.

⁷ Джампеисова Ж. Казахское общество и право в пореформенной степи. Астана. 2006. С. 80.

Поэтому, когда в начале 1820-х гг. была предпринята новая попытка российских властей упразднить ханскую власть, она не встретила такого резкого противодействия со стороны различных слоев казахского населения, каковое было оказано при предыдущей попытке в конце XVIII в. Нормативное закрепление эти преобразования получили в «Уставе о сибирских киргизах» (1822 г.), разработанном сибирским генерал-губернатором М.М. Сперанским для Среднего жуза, и «Утвержденным мнением Комитета азиатских дел относительно преобразования управления Оренбургским краем», основанным на проекте оренбургского военного губернатора П.К. Эссена⁸.

Лишившись права претендовать на ханский трон, потомки Чингис-хана, однако, сохранили фактическую монополию на верховную власть в Казахстане, поскольку именно из их числа избирались окружные и волостные султаны⁹. Вместе с тем «Устав о сибирских киргизах» прямо предусматривал включение всех казахских правителей в чиновную иерархию Российской империи: старшие султаны при вступлении в должность автоматически производились в чин майора российской службы (§ 51), волостные султаны приравнивались к чиновникам 12 класса по Табели о рангах (§ 54), а аульные старшины – к сельским головам. В случае неоднократного исполнения административных обязанностей, т.е. в течение нескольких сроков подряд, султаны имели право испрашивать достоинства дворян Российской империи (§ 52). Тем самым представители казахской элиты из прежних вассалов юридически превращались в подданных российских императоров, однако сохранили свои сословные привилегии, отличавшие их от «черной кости».

⁸ Полное собрание законов Российской империи (далее – ПСЗРИ). Т. XXXVIII. СПб., 1830. № 29127. С. 417–433; Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. I. С. 205–210.

⁹ Любопытно, что российские власти даже сохранили в Казахстане ритуал возведения на ханский трон, только теперь он стал применяться в отношении окружных султанов, см.: Сухих О.Е. Империя напоказ, или Имперский опыт воспитания верноподданнических чувств у казахской знати в XVIII–XIX вв. // Азиатская Россия: люди и структуры империи: сборник научных статей. К 50-летию со дня рождения профессора А.В. Ремнева. Омск. 2005. С. 147.

Компромиссная политика имперских властей по отношению к султанам-Чингиздам стала изменяться уже во второй половине 1820-х гг., когда российские чиновники позволили претендовать на должности волостных султанов и лицам нечингизидского происхождения, которые сумели себя зарекомендовать в глазах имперской администрации, приобрести некие заслуги, почетные, чиновные или воинские звания, либо имперские награды.

В 1836 г. капитан русской службы Шорман Кучуков, не принадлежавший к потомкам Чингис-хана, был избран старшим султаном Баян-Аульского округа. Все более и более укреплявшийся в результате принятия новых нормативных актов (в частности, «Положения об отдельном управлении сибирскими киргизами» 1838 г. и «Положения об управлении оренбургскими киргизами» 1844 г.)¹⁰ контроль российских имперских чиновников над казахами позволил предупредить недовольство потомков Чингис-хана возвышением представителей «черной кости» в ущерб потомкам прежних ханов.

Практика, стихийно складывавшаяся на протяжении почти двух десятилетий, лишь во второй половине XIX в. получила нормативное закрепление: 23 февраля 1855 г. было издано «Высочайше утвержденное положение Сибирского комитета о порядке избрания старших султанов в казахской степи», в соответствии с которым на должности волостных и окружных султанов официально могли выдвигаться претенденты нечингизидского происхождения при условии, что они обладали званием офицеров российской армии, либо уже имели опыт службы в волостных или окружных правлениях, либо иначе были отличены имперскими властями¹¹. В дополнение к Положению 23 мая 1860 г. было принято «Заключение Совета общего областного управления сибирскими киргизами о новых правилах избрания волостных управителей», инициированное западносибирским генерал-губернатором Г.Х. Гасфортом, уточнившее и расширившее правила, содержащиеся в предыдущем Положении. Отметив, что хотя, согласно ранее издан-

¹⁰ ПСЗРИ. Собрание второе. Т. XIII. Отд. I. СПб., 1839. № 11122. С. 272–276; ПСЗРИ. Собрание второе. Т. XIX. Отд. I. СПб., 1839. № 17998. С. 393–401.

¹¹ ПСЗРИ. Собрание II. Т. XXX. Отд. I. СПб., 1856. № 29069. С. 177.

ным предписаниям, волостными султанами должны были в обязательном порядке становиться султаны по происхождению, причем преимущественно – кто-то из сыновей прежних волостных султанов, Совет констатировал, что далеко не во всех волостях имеются султаны-Чингизиды, в результате чего соблюдение такого предписания затруднительно. В связи с этим в «Заключении» было подтверждено право лиц несултанского происхождения на занятие должностей волостных султанов при условии, что они отвечают требованиям, установленным в Положении 1855 г. Более того, совет констатировал, что уже практически с самого открытия округов число волостных султанов в них чингизидского и нечингизидского происхождения было примерно равным (43 – султанского и 33 несултанского происхождения), тогда как в моменту принятия «Заключения» потомком Чингис-хана среди волостных султанов было всего лишь 11, тогда как представителей «черной кости» – 62¹². Параллельно происходило ограничение и налогового иммунитета представителей «белой кости»: в соответствии с Положением Сибирского комитета 1831 г. члены семейств Вали и Букея, ханов Среднего жуза, сохраняли права не платить ясак лишь с первой тысячи принадлежащих им лошадей, 1500 быков и 1500 баранов, тогда как все поголовье, превышавшее эти цифры, облагалось налогом на общих основаниях¹³. В результате в Казахской степи фактически начала складываться новая казахская элита, чьи права и привилегии основывались уже не на происхождении от ханского рода, а на личных заслугах, за которые они награждались имперскими чинами, званиями, орденами и медалями.

После принятия положений 1867–1868 гг. казахские султаны-Чингизиды лишились возможности занимать должности окружных и волостных султанов (пусть даже и путем борьбы на выборах с представителями «черной кости»), которые были отменены. Более того, привилегированное положение потомков Чингис-хана, в частности, налоговый иммунитет, были отменены. Во «Временном положении об управлении в Уральской, Тургайской, Акмолинской и Семипалатинской областях» от 21 октября 1868 г.

¹² См.: Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. I. С. 187–190.

¹³ ПСЗРИ. Собрание второе. Т. VI. Отд. I. СПб., 1832. № 4584. С. 391.

содержался исчерпывающий перечень лиц, которые освобождались от уплаты налогов:

«§ 186. Льготы от платежа кибиточного сбора и других повинностей, дарованные семействам покойных хана Ширгазы Айчувакова и султанов Баймухамета Айчувакова, Ахмеда и Арслана Джантюриных, равно как и семействам киргизов, убитых и раненых в 1844 году в отряде, действовавшем против мятежного Султана Кенесары Касымова, остаются в своей силе.

§ 187. От платежа кибиточного сбора освобождаются также потомки бывших ханов Валия и Букея, по прямой линии, пользовавшиеся льготами от платежа ясака за определенное число скота»¹⁴.

Таким образом, большинство казахских султанов было приравнено по статусу к основной массе казахов, проигрывая в правах и привилегиях даже представителям менее знатных родов, но отличенных российскими чинами или наградами. Учитывая, что далеко не все казахские султаны обладали и значительным состоянием, подобные изменения их статуса имели для них весьма негативные последствия, заставив ряд султанов более активно участвовать в деятельности органов волостного управления, либо же делать карьеру на российской службе.

Казалось бы, можно сделать вывод, что лишение представителей «белой кости» сословных привилегий в 1860-е гг. стало логическим завершением длительной политики имперских властей по ограничению казахской элиты властных полномочий и окончательной интеграции Казахстана в состав России наравне с другими регионами. Однако такой вывод был бы не вполне корректным.

Во-первых, к этому времени представители рода Чингисхана уже не могли представлять никакой опасности для имперских властей, поскольку лишились возможности занимать ханский трон (и, соответственно, выйти из подчинения российским монархам, признав власть других сюзеренов), утратили монополию на занятие административных должностей в казахских степях, были существенно ограничены их налоговые иммунитеты.

Во-вторых, как можно увидеть, отмена особого статуса потомков Чингисхана в Казахстане происходила в эпоху «Великих

¹⁴ Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. I. С. 335.

реформ» в Российской империи, когда аналогичные процессы по превращению сословного общества в единую совокупность подданных императора (пусть и с фактическим сохранением многих сословных привилегий дворянства) происходили во всех регионах России.

Таким образом, можно рассматривать эволюцию статуса «белой кости» в Казахстане не только как отмену прав, привилегий и льгот представителей этого сословия, но и как повышение статуса остальных слоев казахского населения, получивших больше возможностей для участия в политической жизни, деятельности органов управления и пр.

В заключение стоит отметить, что даже после формальной отмены привилегированного статуса потомков Чингис-хана они продолжали пользоваться традиционным уважением в Казахской степи. В частности, известно высказывание казахского политического деятеля Кунабая Ускенбаева, отца выдающегося казахского просветителя Абая Кунабаева (примечательно, что Кунабай и сам в свое время занимал пост окружного султана, хотя и принадлежал к «черной кости»): «В нашей мирской жизни все решают Чингизиды, в религиозной – ходжи»¹⁵. Эти слова были произнесены в 1879 г., т.е. уже спустя значительное время после формальной отмены особого статуса Чингизидов. Таким образом, официальная отмена привилегированного положения потомков Чингис-хана в силу традиционного уважения к ним со стороны населения Казахстана не лишила их былого авторитета в степи на бытовом уровне, хотя их политическое значение с этого времени фактически было утрачено.

¹⁵ Цит. по: Исламизация и сакральные родословные в Центральной Азии: наследие Исхак Баба в нарративной и генеалогической традиции / Отв. ред. А. Муминов, А. фон Кюгельген, Д. ДеУис, М. Кемпер. Т. 2. Генеалогические грамоты и сакральные семейства: насаб-нама и группы ходжей, связанных с сакральным сказанием об Исхак Бабе в XIX–XXI веках. Алматы. 2008. С. 42–43.

*М.М. Горбунова**

**ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
ПОПЕЧИТЕЛЬНЫХ О ТЮРЬМАХ КОМИТЕТОВ
В РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ XIX В.**

Уголовно-исполнительная система России (далее – УИС) занимает особое место в структуре правоохранительных органов нашего государства. Она функционирует в целях обеспечения правопорядка, а также защиты прав и свобод личности посредством исполнения уголовных наказаний. В силу своей специфики деятельность ее не остается без пристального внимания общественности. Проявление такого интереса к УИС в целом зависит от демократизации современной общественной жизни и возрождения идей гуманизма и «человеколюбия».

На сегодняшний день отечественная пенитенциарная система переживает период масштабного реформирования, начало которому было положено Концепцией развития уголовно-исполнительной системы России до 2020 г., утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации¹. Одними из приоритетных целей, стоящих перед реформаторами, являются обеспечение открытости и прозрачности деятельности учреждений и органов УИС, ее подконтрольности институтам гражданского общества путем активного взаимодействия российской пенитенциарной системы с общественностью.

Действительно, помощь общества в решении задач, стоящих перед УИС, неоценима. Истоки взаимодействия пенитенциарной системы с институтами гражданского общества уходят своими корнями в далекое прошлое, к моменту учреждения в Российской империи в начале XIX в. Общества попечительного о тюрьмах и образования по его подобию губернских комитетов. Именно с это-

* **Горбунова М.М.** – адъюнкт факультета подготовки научно-педагогических кадров Владимирского юридического института Федеральной службы исполнения наказаний России.

¹ Концепция развития уголовно-исполнительной системы РФ до 2020 года: Распоряжение Правительства РФ от 14.10.2010 № 1772-р // Собрание законодательства РФ. 2010. № 3. Ст. 5544.

го момента ведет отсчет история российской тюремной филантропической деятельности. Поэтому для успешного достижения целей Концепции, а также для повышения эффективности деятельности современной УИС в период проведения реформы значимым условием является использование опыта попечения за тюремной системой Российской империи.

Необходимость изучения и сохранения исторического наследия объясняется тем, что они представляют собой неотъемлемую часть развития человеческих цивилизаций, становления общественных и государственных институтов, выступают верной гарантией обеспечения и защиты прав и свобод граждан. Сохранение и почитание этой памяти имеет исключительно важное значение при достижении таких социальных целей как закрепление основ государственной власти, обеспечение интересов личности и государства, а также поддержание устойчивого правопорядка в обществе².

В этой связи обращение к исследованию правовых основ деятельности попечительных о тюрьмах комитетов в исторической ретроспективе является не только желательным, но и обязательным условием формирования и совершенствования современного законодательства об общественном контроле за пенитенциарными учреждениями.

Правовые основы организации и деятельности попечительных о тюрьмах комитетов – это совокупность исходных начал, выраженных в различных формах, в соответствии с которыми строится и функционирует система попечительных органов.

Первым правовым актом, закрепившим основы благотворительной деятельности в тюрьмах царской России, стали Правила для Попечительного Общества о тюрьмах (далее – Правила), утвержденные Указом Императора Александра I от 19 июля 1819 г. Данные Правила положили начало функционированию Общества попечительного о тюрьмах (далее – Общества), установив предметом его ведения нравственное исправление преступников, улучшение состояния заключенных. По мнению И. В. Упорова, Правила Общества попечительного о тюрьмах как таковые не являлись

² Детков М.Г. Тюрьмы, лагеря и колонии России. М., 1999. С. 1.

нормативным правовым актом, но все же их можно рассматривать как один из первых более или менее цельных действующих юридических документов, где определялись цели и задачи тюремной благотворительности³.

Правила официально утвердили деятельность такого органа как Комитет Общества попечительного о тюрьмах (далее – Комитет), основной обязанностью которого явилось привлечение средств на нужды тюремной благотворительности. Также Правилами определялся перечень обязанностей членов Общества, наиболее значимыми из которых являлись: постоянный надзор за заключенными, размещение их по роду преступлений, наставление их в правилах христианского благочестия и доброй нравственности.

Ряд положений данного нормативного документа предписывал Комитету назначать в столицах, губернских, портовых и уездных городах частные комитеты по «попечению и старанию о различных частях общего дела»⁴ с целью организации благотворительности непосредственно на местах. Так, с 1822 г. во многих регионах России начали функционировать местные попечительные о тюрьмах комитеты. К 1826 г. было создано 7 губернских комитетов, а с 1826 по 1837 гг. начали свою деятельность еще 38 комитетов. С 1834 г. открылись уездные комитеты, число которых к 1844 г. составляло 217⁵.

Помимо Правил, правовую основу функционирования деятельности попечительных комитетов составляли распоряжения Его Величества Императора. В основном они регулировали вопросы создания либо упразднения какого-либо органа, а также назначения на должность либо освобождения от ее замещения. Примером могут служить распоряжение Николая I об учреждении Владимирского губернского попечительного о тюрьмах комитета в

³ Упоров И.В. Пенитенциарная политика России в XVIII – XX вв.: историко-правовой анализ тенденций развития. СПб., 2004. С. 158.

⁴ Полное собрание законов Российской империи. СПб., 1830. Собр. 1. Т. XXXVI. Ст. XXII.

⁵ Общество попечительное о тюрьмах. Энциклопедия Санкт-Петербурга. <http://www.encspb.ru> (дата обращения: 15. 04. 2014).

марте 1833 г.⁶, а также распоряжение о создании Псковского губернского попечительного комитета в ноябре 1832 г.⁷.

В 1831 г. нормативную базу, обеспечивающую деятельность попечительных комитетов, дополнила Инструкция, утвержденная Министерством внутренних дел совместно с Обществом попечительным о тюрьмах г. Санкт-Петербурга. Она представляла собой первые правила внутреннего распорядка общеимперского значения⁸. Так, в обязанности комитетов входил надзор за тюремными смотрителями, за несением ими службы; надзор за тем, чтобы заключенные постоянно воспитывались в христианских правилах и доброй нравственности; контроль за соблюдением арестантами постов и другие обязанности.

Правовое регулирование хозяйственной деятельности попечительных о тюрьмах комитетов в основном осуществлялось указами Сената. К примеру, в 1844 г. на основании одного из таких указов комитеты получили в свои руки из государственной казны денежные суммы, предназначенные для покупки продовольствия, лекарств и одежды для заключенных. Что касается ведомственных актов, то наиболее широкое распространение получили предписания председателя Попечительного общества о тюрьмах (например, предписание председателя Попечительного общества о тюрьмах № 392 от 17.12.1845 «Об открытии губернских тюремных комитетов в России»).

Несмотря на столь значительный объем нормативных документов, деятельность попечительных о тюрьмах комитетов носила довольно размытый, несистемный характер. По мнению автора, во многом это было связано с тем, что подобные организации тюремного призрения не получали должной поддержки со стороны государственных структур и являлись своего рода «экспериментальной площадкой» для только что зарождающейся тюремной благотворительности.

⁶ Государственный архив Владимирской области (ГАВО). Ф. 90. Оп. 10. Д. 1. Л. 2–5.

⁷ Псковский губернский попечительный комитет о тюрьмах. Архивы России. <http://www.rusarchives.ru> (дата обращения: 15. 04. 2014).

⁸ Печников А.П. Тюремные учреждения Российского государства (1649–1917 гг.): Историческая хроника. М., 2004. С. 21.

С целью укрепления попечительной деятельности Общества и повышения эффективности работы попечительных о тюрьмах комитетов в 1851 г. был принят Устав Общества попечительного о тюрьмах (далее – Устав)⁹.

Устав во многом расширил круг обязанностей попечительных о тюрьмах комитетов. С этого момента они должны были оказывать помощь пересылаемым арестантам, выкупать заключаемых за долги разного звания людей, обеспечивать одеждой, обувью и продовольствием арестантов, заботиться о выздоровлении больных и следить за состоянием тюремных больниц. На основании положений Устава Общество относилось к ведению Министерства юстиции, а сам министр являлся президентом Общества.

Также данный нормативно-правовой акт определил: круг лиц, управляющих Обществом; состав комитетов и отделений, была введена новая должность директоров комитетов и отделений; правовой статус членов комитетов; порядок совещаний и производства дел в комитетах и отделениях; социальные гарантии членов Общества.

Впервые попечительные о тюрьмах комитеты выступили совещательным органом в решении вопроса о принятии на службу в тюрьмы смотрителей и их помощников.

Из анализа данного правового акта можно сделать вывод о том, что государство осознало полезность и ценность деятельности Общества и его попечительных комитетов и делегировало ему часть своих полномочий по опеке и надзору за арестантами.

Позднее, в 1855 г., в целях совершенствования попечительной деятельности и улучшения мест заключения император Николай I в очередном Указе принимает решение о переводе Попечительного о тюрьмах общества из ведения Министерства юстиции в ведение Министерства внутренних дел. В результате подобных действий произошло слияние функций государственного аппарата с общественной организацией, вследствие чего Общество превратилось в общественно-государственную организацию, полностью подконтрольную и подотчетную государству.

⁹ Свод законов Российской империи. СПб. Книга 5. Т. XIV. гл. IV.

В 1857 г. Устав о содержании под стражею был изложен в новой редакции, которая наделила Общество доминирующим влиянием в области тюремного управления¹⁰.

В конце XIX в. Устав общества попечительного о тюрьмах был включен в Свод учреждений и уставов о содержащихся под стражею 1890 г. Но основные функции Общества и комитетов при этом не изменились, а лишь дополнились контролем за отоплением и освещением тюрем.

Совершенствование нормативно-правовой основы деятельности попечительных о тюрьмах комитетов не привело к улучшению материальной базы тюрем и нравственного облика арестантов. Напротив, наблюдался процесс ухудшения общего состояния мест заключения. Во многих губернских и уездных городах комитеты и отделения не исполняли надлежащим образом свои должностные обязанности, вследствие чего благотворительная активность в отношении тюрем существенно падала. Например, в тюрьмах Владимирской губернии к середине XIX в. так и не было налажено производство, которое могло бы приносить доход исправительным учреждениям и самим арестантам¹¹.

И.Н. Федотова считает одной из причин безрезультатности работы попечительных о тюрьмах комитетов отсутствие заинтересованности у членов этих организаций. Судя по всему, те, кто вступал в попечительные комитеты, делали это в основном из соображений престижа, а не ради облегчения участи арестантов¹².

Для решения возникших проблем в 1879 г. на законодательном уровне было создано новое тюремное ведомство – Главное

¹⁰ Абдулмеджидов М.Г. Участие общества в осуществлении социализаторской функции пенитенциарных учреждений царской России // История государства и права. 2012. № 9. С. 45.

¹¹ Государственный архив Владимирской области (ГАВО). Ф. 90. Оп. 10. Д. 15. Л. 10.

¹² Федотова И.Н. Комитеты Общества попечительного о тюрьмах: задачи, состав, практическая деятельность (на материалах Владимирской губернии первой половины XIX в.) // Вестник Владимирского юридического института. 2006. № 1. С. 151.

тюремное управление, которое взяло на себя обязанности по содержанию тюрем. С этого момента столичные попечительные о тюрьмах комитеты были выведены из Общества попечительного о тюрьмах и образовали самостоятельные отдельные благотворительные учреждения, сфера полномочий которых ограничивалась исключительно филантропическими задачами: попечение об освобожденных арестантах, об их детях и т. п. Губернские и уездные комитеты сохранили свои прежние обязанности, но их помощь в организации тюремного попечения была уже менее востребована.

Таким образом, идеи о создании и успешном функционировании тюремной благотворительности в тюрьмах царской России так и не смогли полностью реализоваться на практике. Несмотря на то, что активная деятельность подобных благотворительных организаций постепенно угасала и носила формальный характер, все же они явились, по словам Л. С. Аладыной, «первой попыткой привлечения общественности к проблеме пенитенциарных учреждений России»¹³.

Идеи тюремной филантропической деятельности, на наш взгляд, должны поддерживаться и в современном обществе, но с учетом ошибок прошлого. Поэтому изучение правовых основ тюремной благотворительности в историческом аспекте позволяет сделать вывод о роли общественности и государства и их возможностях по обеспечению цивилизованного развития учреждений и органов уголовно-исполнительной системы современной России.

¹³ Аладына Л.С. Уголовно-исполнительная политика Российского государства (вторая половина XVIII – первая четверть XIX в.). Владимир. 2003. С. 34.

*С.В. Ворошилова**

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ЖЕНСКИХ ТЮРЕМНЫХ КОМИТЕТОВ ПО ЗАЩИТЕ ПРАВ ОСУЖДЕННЫХ

Правовое положение осужденных в России XIX – начала XX века регламентировалось Сводом учреждений и уставов о содержащихся под стражей¹, согласно которому забота о нравственном исправлении преступников и улучшении положения заключенных возлагалась на Российское Попечительное о тюрьмах Общество, созданное в Петербурге 11 октября 1819 г. Это общество было учреждено в ходе тюремной реформы, которая проводилась в России при активном участии члена Лондонского общества Вальтера Венинга.

19 июля 1819 г. Александр I утвердил «Правила для Попечительного Общества о тюрьмах», согласно которым средствами к исправлению заключенных были названы постоянный надзор за заключенными, распределение их по роду преступлений, наставление их в духе «христианского благочестия», занятие их подобающей работой, заключение провинившихся и буйных в уединенные места².

В состав Общества, которое состояло при министерстве юстиции, согласно его Уставу, входили: президент, члены обоего пола, обязывающиеся осуществлять ежегодные взносы в пользу заключенных, и благотворители, осуществляющие единовременные пожертвования. Пожертвования могли осуществляться различным имуществом, деньгами, одеждой, продуктами³. Первоначально в Общество вошли 30 человек: 19 мужчин и 11 женщин.

* **Ворошилова С.В.** – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры истории государства и права ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия».

¹ Свод учреждений и уставов о содержащихся под стражею (изд. 1890 г.) / СЗРИ. Т. XIV. Ст. 64.

² Государственный архив Саратовской области (далее – ГАСО). Ф. 387. Оп. 1.

³ Свод учреждений и уставов о содержащихся под стражею (изд. 1890 г.) / СЗРИ. Т. XIV. Ст. 69.

В состав женской половины Общества вошли княгини С.С. Мещерская, А.С. Голицына, А.М. Щербатова, Н.С. Трубецкая, а также госпожи П.М. Толстая, Е.И. Бахерахт, А.С. Паттерсон и другие⁴.

Исполнительными органами Общества были попечительные о тюрьмах комитеты в губернских, уездных и портовых городах, женские (дамские) отделения губернских комитетов. На особом положении находились Попечительства над арестантскими отделениями.

Для попечения над заключенными женщинами при губернских комитетах создавались дамские отделения, состоявшие из женщин и действующие на основании тех же правил. В состав дамского комитета входили председательница, двенадцать или более членов и секретарь.

Вместе с тем дамские комитеты не могли распоряжаться хозяйственными и денежными делами и были обязаны подчиняться мужским комитетам, которым сообщали сведения о своей деятельности⁵. Во главе дамского комитета стояла председательница, которая утверждалась в должности императором. Членами комитетов могли быть дамы дворянского и купеческого сословия, пользующиеся в обществе авторитетом и ежегодно вносящие взносы⁶. Так, например, в 1893 г. императором были утверждены в должности директрис Санкт-Петербургского дамского комитета супруга статс-секретаря Е.В. Сабурова, Дерптского дамского отделения – супруга директора Дерптской учительской семинарии М.П. Тихомирова, Саратовского дамского комитета – супруга управляющего Саратовской контрольной палатой Л. Пашенко⁷.

В обязанности попечительных комитетов входило умножение капитала Общества через единовременные вклады и ежегодные пожертвования, наблюдение за правильным размещением арестантов по полу, званию, возрасту и роду преступления, снабжение их одеждой, обувью, продовольствием, наблюдением за

⁴ Никитин В.Н. Тюрьма и ссылка. СПб., 1880. С. 27.

⁵ Там же. С. 22, 26, 41.

⁶ ГАСО. Ф. 387. Оп. 1. Ед. хр. 2. Л. 4.

⁷ См. Тюремный вестник 1893. № 2. С. 48.

содержанием мест заключения в исправном состоянии, сооружение церквей при тюрьмах и попечение над тюремными больницами, исправление нравственности арестантов, занятие их работой, попечение о пересылаемых в Сибирь, выкуп заключенных за долги⁸.

Деятельность Попечительных комитетов, в том числе и дамских, распространялась как на тюрьмы, так и на смирительные и рабочие дома, право посещения которых предоставлялось всем членам комитета.

В 1855 г. Попечительное о тюрьмах Общество и существующие при нем комитеты были причислены к Министерству внутренних дел, а министр внутренних дел стал его президентом. В 1895 г. Общество перешло в ведомство Министерства Юстиции.

В 1893 г. Санкт-Петербургский, в 1895 г. Московский, а в последующих годах и губернские тюремные комитеты были упразднены и учреждены мужские и дамские тюремно-благотворительные комитеты, совершенно устраненные от участия в хозяйстве мест заключения. За ними была оставлена лишь благотворительная деятельность: содействие в приискании средств к жизни лицам, освобожденным из под стражи или отбывшим срочное заключение, попечение об участии выпущенных из заключения несовершеннолетних, призрение детей впредь до освобождения из под стражи их родителей, оказание помощи семьям заключенных и осужденных в ссылку, попечение о выкупе лиц, заключенных за долги, помощь их семьям.

По свидетельству В.Н. Никитина, члены дамского Комитета сами учили арестанток Закону Божьему, грамоте, ремеслам, брали их на поруки, выкупали, трудоустраивали⁹. Заботясь о судьбе пересыльных, которых для предотвращения возможных побегов заковывали в кандалы, бывшая председательница Петербургского дамского тюремного комитета Т.Б. Потёмкина 21 июня 1841 г. отправила М.Х. Бенкендорфу ходатайство об освобождении от оков «женщин, увечных, престарелых, богомольцев и просрочивших

⁸ ГАСО. Ф. 387. Оп. 1. Ед. хр 7. Л. 36; Ед. хр. 413. Л. 33.

⁹ Никитин В.Н. Указ соч. С. 33.

паспорта». После обсуждения данного вопроса в Комитете Общества попечительного о тюрьмах 22 ноября 1841 г. было принято решение освободить от ножных оков, которые должны были весить не более 5,5 фунтов, лишь «маловажных арестанток»¹⁰.

Особым направлением деятельности тюремных комитетов являлось открытие и содержание приютов для несовершеннолетних преступников, детей арестантов, а также нищих и оставшихся без попечения. Так, при Петербургском тюремном замке по инициативе дамского тюремного комитета в июне 1843 г. был учрежден приют для так называемых «вольных девочек», дочерей бывших и настоящих арестантов от 5 до 16 лет. Содержащиеся в нем девочки обучались грамоте и рукоделию, а по достижении 16-летнего возраста пристраивались на работу¹¹.

Подобные приюты были открыты в Москве, Красноярске, Тобольске, Юрьеве, Иркутске, Чите и других городах.

В 1844 г. на благотворительные средства, пожертвованные членом тюремного комитета Образцовым, был основан Саратовский приют для арестантских детей, в который поступали дети в возрасте от 4 до 12 лет. Попечительствовала над приютом председательница дамского отделения Саратовского губернского попечительного о тюрьмах комитета М.А. Столыпина¹². В феврале 1873 г. в Саратове, по инициативе М.Н. Галкина-Врасского был открыт учебно-исправительный приют для несовершеннолетних преступников, бесприютных сирот и нищих, где содержались дети обоего пола.

Благодаря активной деятельности тюремных комитетов, обучение грамоте не только малолетних, но и взрослых заключенных, становится обязательным. Представительницы дамского комитета проводили чтения и собеседования с осужденными, заботились о пополнении тюремной библиотеки¹³. Сохранившиеся отчеты свидетельствуют о следующей деятельности Дамского отделения Саратовского попечительного о тюрьмах комитета, создан-

¹⁰ Никитин В.Н. Указ. соч. С. 122.

¹¹ Никитин В.Н. Жизнь заключенных. С. 91, 94–95.

¹² ГАСО. Ф. 387. Оп. 1. Ед. хр. 20. Л. 7.

¹³ ГАСО. Ф. 387. Оп. 1. Ед. хр. 341. Л. 15.

ного в 1840 г.: помощь семьям лиц, ссылаемых в Сибирь; помощь семьям лиц, освобожденных из заключения; пожертвования на изготовление платья и обуви; обеспечение заключенных и вышедших из под стражи работами за вознаграждение; содействие к отправлению на родину; содержание при тюрьме фельдшерицы и акушерки; обучение неграмотных чтению и письму; чтения и беседования; особое попечение о приюте¹⁴.

Санкт-петербургский дамский комитет не только старался поддержать и облегчить положение заключенных женщин в тюремном Замке, но и стал инициатором оказания помощи нуждающимся детям на о. Сахалин. 11 июня 1880 г. был создан дамский комитет для «вспомоществования» нуждающимся семействам каторжных на о. Сахалин, которому было присвоено официальное название «Северо-Сахалинского отделения Петербургского Дамского Кружка»¹⁵. В состав комитета вошли княгини А.Д. Шаховская, А.А. Маркевич, А.Х. Добровидова, которые и должны были распределять между наиболее нуждавшимися присланные из Петербурга пожертвования.

Следует отметить, что пожертвования деньгами, одеждой, предметами первой необходимости, книгами и т.д. регулярно отправлялись на Сахалин из Петербурга. В 1889 г. председательница Петербургского дамского комитета Е.А. Победоносцева выступила с инициативой открытия на о. Сахалин «родильного покоя», что, к сожалению, не встретило поддержки у местного руководства¹⁶.

В 1872 г. дамский тюремный комитет принял решение о создании в Петербурге «убежища», целью которого являлось предоставление жилья освобожденным женщинам с последующим их трудоустройством. В этом «убежище», которое было открыто 5 октября 1872 г., женщины обучались грамоте, работали в прачечной или швейной мастерских, изучали Закон Божий. Часть заработанных денег выдавалась в качестве пособия женщинам, покинувшим «убежище».

¹⁴ ГАСО. Ф. 387. Оп. 1. Ед. хр. 341. Л. 15.

¹⁵ Тюремный вестник. 1894. № 11. С. 531.

¹⁶ Там же. С. 535.

1 июня 1874 г. был утвержден «Устав убежища для выходящих из заключения женщин», в соответствии с которым в «убежище» на добровольной основе принимались женщины, признанные нуждающимися. Поступившие в «убежище» женщины получали платье, белье и обувь одного покроя для всех, без различия сословий и состояний.

Женщинам, пробывшим в убежище не менее 4 месяцев, могли выдаваться рекомендации и «удостоверения о хорошем поведении». Если женщине находили место с жалованием, достаточным для самостоятельного существования, она покидала убежище. Но и в этом случае, при необходимости, ей продолжали выдавать денежное пособие для уплаты долгов и на обзаведение приданым при выходе замуж.

Денежные средства «убежища» согласно Уставу состояли из: 1) сумм отпускаемых дамским комитетом; 2) части заработанных женщинами денег; 3) частных пожертвований и пособий со стороны общественных учреждений и правительства; 4) из так называемых «кружечных» сборов. Кружки для сбора частных пожертвований могли выставляться в различных местах столицы. По сведениям, приведенным В.Н. Никитиным, в «убежище» Петербурга, которое являлось единственным в России, с 1873 по 1877 г. находилось 146 женщин¹⁷.

Таким образом, женские (дамские) комитеты, существовавшие при Обществе попечительном о тюрьмах, своей деятельностью способствовали облегчению положения заключенных женщин и скорейшей реабилитации тех, кто выходил из-под стражи. Создавали и содержали приюты для детей и убежища для освобожденных из-под стражи, помогали нищим и оставшимся без попечения.

Вместе с тем следует отметить, что в отличие от Дании, Англии и Швейцарии, где патронат существовал с начала XIX в. и активно поддерживался государством, в России дело покровительства и помощи освобожденным из заключения развивалось с большим трудом.

¹⁷ Никитин В.Н. Тюрма и ссылка. С. 419.

К 1 января 1913 г. Главным тюремным управлением было зарегистрировано 117 обществ, большая часть из которых возникла в 1909 г. Деятельность этих обществ была очень скромна. Так, например, в 1909 г. помощь необходимыми предметами, одеждой и продуктами питания, а также содействие в поиске жилища было оказано менее чем 1000 чел.¹⁸

Среди причин недостаточной организации патроната в России Е.М. Баранцевич отмечает слабое по сравнению с другими европейскими странами государственное финансирование. В Англии, в соответствии с Законом 1862 г. каждая гиней, полученная обществом в виде членского взноса или добровольного пожертвования (за исключением вкладов по завещанию), влекла за собой выдачу такой же суммы из казны, что существенно увеличивало приток пожертвований и число самих обществ¹⁹.

*И.В. Михеева**

ОХРАНА ПАМЯТНИКОВ ИСТОРИИ И КУЛЬТУРЫ В РОССИИ: ВЛАСТЬ И ТРАДИЦИИ ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА

Сегодня государственная охрана памятников истории и культуры объявлена одной из приоритетных задач государственной политики и является крупным правовым институтом. Структура этого института включает целый ряд юридических норм. Они содержат обоснование необходимости государственно-правовой охраны, цели и направления ее реализации, обозначают систему правомочных органов, пути, формы и методы осуществления

¹⁸ Познышев С.В. Основы пенитенциарной науки. М., 1923. С. 267.

¹⁹ Баранцевич Е.М. Патронат в жизни России (средства борьбы с преступностью). Томск. 1914. С. 325.

* **Михеева И.В.** – доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой конституционного и административного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Нижний Новгород).

охраны (выявление, учет, регистрация, ограничение, запрещение и т.д.).

По словам С.С. Алексеева, «правовой режим выражает степень жесткости юридического регулирования, наличие известных ограничений или льгот, допустимый уровень активности субъектов, пределы их правовой самостоятельности»¹. Под государственной охраной объектов культурного наследия современный базовый закон подразумевает систему правовых, организационных, финансовых, материально-технических, информационных и иных принимаемых органами государственной власти мер, направленных на *выявление, учет, изучение* объектов культурного наследия, предотвращение их разрушения или причинения им вреда, контроль за *сохранением и использованием* объектов культурного наследия. Таким образом, можно сказать, что правовой режим охраны памятников истории и культуры предполагает правовую регламентацию отношений, включающих в себя выявление, сохранение, использование, изучение, популяризацию культурных ценностей и их государственную охрану.

Государство с помощью создаваемых правил и специальных органов реализует представленный режим. В основных направлениях деятельности этих органов акцент сделан на самом государстве. Именно оно «разрабатывает», «создает», «проводит», «реформирует», «обеспечивает», «реализует», «контролирует», «создает условия для граждан» и т.д. Это оправданно. Государство вынуждено реагировать на вызовы быстро развивающихся общественных отношений.

Полномочия органов государственной власти (законодательных, исполнительных, судебных) и сфера их реализации обширны: принятие законов, осуществление широкой правоприменительной, мониторинговой деятельности, включая создание консультативных, экспертных структур на базе органа власти, нормотворческая деятельность по установлению действия памятнично-охранительного режима, обоснование правовых позиций, рассмотрение споров по делам, связанным с охраной памятников истории и культуры и пр.

¹ Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 186.

И здесь важно помнить, что закон «живет» работающим механизмом его реализации, который в свою очередь обеспечивается органами государственной власти. В то же время государственная политика, не поддерживаемая обществом, обречена на неудачу. Тем более что проводимые в настоящее время экономическая, административная, судебная и др. реформы направлены, прежде всего, на человека и имеют социальную значимость.

В этом смысле важно понять, какая роль отводится обществу в государственных концепциях, когда государство должно обеспечить условия существования общества, какое место общественные институты занимают в структуре государства, какую роль они играют в выстраивании государственной политики в сфере охраны памятников.

Гражданское общество – это особая система отношений между людьми. Это не просто общество собственников, потребителей с высоким чувством собственного достоинства. Это, прежде всего, общество тех, кто способен взять на себя ответственность за судьбу своей страны. Такое общество не может быть установлено государством посредством закона, но государство может способствовать формированию гражданского общества, создавая экономические и политические условия жизни людей по принципам свободы и справедливости.

Деятельность государства в сфере сохранения историко-культурного наследия, особенно в последнее время, активизируется – официально публикуются ежегодные государственные отчеты о сохранении и охране памятников истории и культуры. Издано Постановление Правительства РФ от 30 марта 2013 г. № 286 «Об организации независимой оценки качества работы организаций, оказывающих социальные услуги»². Граждане при этом постепенно переходят в категорию клиентов, которым государство оказывает услуги, в том числе в рамках их же, граждан, конституционного права на доступ к культурным ценностям (ст. 44 Конституции РФ). Забывается при этом коррелирующая этому праву и обозначенная в той же статье Конституции обязанность «каждого заботиться о сохранении исторического и культурного наследия, беречь памятники истории и культуры».

² СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1703.

На сайтах органов государства размещается открытая информация, программные документы с задачами активизировать гражданское общество, привлечь его к охране и сохранению культурно-исторического наследия.

Что же с обществом? Создавая правовое поле существования гражданского общества, не получается создать гражданское поле для права. Будучи клиентом «сервисного» государства, демотивированные к общественной, собственно гражданской, деятельности граждане подчас дистанцируются от государства и невольно удаляются от участия в управлении делами государства.

Создание гражданского общества как первостепенная задача современного государства остается демагогическим шаблоном, поскольку гражданское общество вмешательства государства не требует. Это в рамках гражданского общества независимо от государства и принятых им актов формируются нормативные модели поведения участников общественных отношений, которых придерживаются граждане и вынуждены придерживаться органы, их должностные лица и действовать на основе принципа справедливости.

В 2013 г. исполнилось 400 лет Нижегородскому ополчению. В Нижнем Новгороде стоит памятник гражданину Минину, гражданину, как достойному сыну Отечества. История дает нам примеры достойной позиции гражданина, ответственного за то, что происходит с его народом, государством, наследием. В этом смысле у нас есть чему поучиться у истории³. Потому интересно обратиться к имеющемуся опыту взаимодействия российского государства и общества в сфере сохранения памятников истории культуры и, прежде всего, обратить внимание на деятельность общественных структур.

В дореволюционной России была сформирована иерархичная система научных обществ, занимающихся сохранением историко-культурного наследия России. Вообще место общества в иерархии зависело от нескольких факторов. Прежде всего, от наличия в нем членов императорской фамилии в качестве, например,

³ См., например: Галай Ю.Г. Минин в памяти нижегородцев. Нижний Новгород. 2012.

председателя. Так, благодаря этому ведущими считались Московское археологическое, Русское географическое, Русское генеалогическое, Петербургское общество архитекторов и ряд других.

Еще одним, не менее важным фактором являлось финансовое положение общества. Это определялось присутствием среди членов общества состоятельных лиц, имевших возможность профинансировать научные исследования. Безусловно, значимым фактором являлся и научный потенциал общества. Так, председательство в Московском археологическом обществе таких выдающихся личностей, как известные археологи, ученые, историки А.С. Уваров и П.С. Уварова, а также членство в нем корифеев отечественной науки В.О. Ключевского, М.П. Погодина, С.М. Соловьева, И.Е. Забелина, В.А. Городцова, архитекторов и историков архитектуры К.М. Быковского, Л.В. Даля, Ф.Ф. Горностаева, художников А.М. Васнецова и И.С. Остроухова и др., определили его центральную роль среди самых крупных обществ России⁴.

Наиболее интересным для нас является то, что положение общества определялось и принадлежностью или подведомственностью определенному министерству. Приоритет имели Министерство императорского Двора и Министерство внутренних дел. Научные общества при университетах, как и сами университеты находились в ведении Министерства народного просвещения, епархиальные – в ведении Св. Синода и т.п.

Вопросы охраны памятников в XIX в. были возложены главным образом на Министерство внутренних дел. Но это было многофункциональное министерство. Охрана памятников истории и культуры была одним из множества направлений деятельности этого серьезного ведомства. Потому включение в эту сферу представителей научного сообщества приветствовалось. К рекомендациям ученых и общественных деятелей прислушивались министры.

Так, например, к концу XVIII столетия к России был присоединен Крым, «земля которого содержала в себе ценные предметы древностей, начиная с VII века до н.э.». Они издавна привле-

⁴ См. подробнее: Комарова И.И. Справочник научных обществ в России // <http://www.snog.ru/?an=komarova> (дата обращения: 20.04.2014).

кали к себе внимание любителей-коллекционеров. Поэтому, по настоянию ученых, особенно академика Г. Келлера, Александр I в 1805 г. издал Высочайшее повеление об ограждении от разрушения памятников старины. В его развитие тогдашний Херсонский военный губернатор приказал своим подчиненным наблюдать, чтобы частные лица, путешествующие по Крыму, не собирали «древние редкости»⁵.

Академик Келлер был послан на осмотр древностей в Крыму в 1821 г. Управляющий Министерства внутренних дел в ответ на записку Келлера по итогам своей экспедиции решил передать на поддержание развалин ряда перечисленных им крепостей 10 000 рублей⁶.

Дореволюционные российские Общества принимали самое активное участие в сохранении памятников старины, а порой «подводили» органы управления к принятию необходимого нормативного акта. Так, Циркуляр МВД от 10 ноября 1894 г. с распоряжением об обязательном доставлении археологических находок в Археологическую комиссию стал результатом настоятельных обращений императорской Археологической Комиссии к министру МВД Российской империи с целью направлять все археологические находки в обязательном порядке в Археологическую Комиссию⁷.

Вопрос о сохранении памятников неоднократно рассматривался и разрабатывался на Археологических съездах. Члены Московского и Петербургского Археологических обществ составили специальную комиссию для создания проекта кодифицированного акта по охране памятников, которая выработала «Основные положения по пересмотру действующих постановлений об охране древних памятников и зданий». Эти положения легли потом в основу законопроекта об охране памятников старины, прошедшего в начале XX в. осуждение в Государственной думе Российской империи. Именно научные общества и учреждения, представи-

⁵ Записки Одесского общества истории и древностей. Одесса. 1872. Т. VIII. С. 363–403.

⁶ ПСЗ I. Т. XXVIII. № 29105.

⁷ РГИА. Ф. 1284. Оп. 60. Д. 58. Л. 1–4 об. Л. 5–10.

тели научной общественности активно участвовали в его обсуждении⁸.

Архивные документы свидетельствуют о том, что в дореволюционной России (во всяком случае, в XIX – начале XX в.) именно общественные организации активно «продвигали» основные составляющие охраны памятников.

Справедливости ради заметим, что представители научной общественности предпринимают активные попытки конструктивно взаимодействовать с властью и сегодня.

Между тем повлиять на принимаемые решения удается далеко не всегда. Например, обязанность органов исполнительной власти субъектов РФ основываться в принятии решения о придании объекту недвижимости статуса «памятника» порой «удачно» коррелирует с его правом привлекать специалиста (аттестованного Министерством культуры эксперта) по собственному выбору, того, кто «способен» дать «нужное» заключение. По факту в современной России основная роль в деле охраны памятников старины принадлежит органам государственной власти, хотя, обращаясь к истории нашего государства, хочется утверждать, что само общество тоже может быть ответственным за охрану и сохранение отечественного наследия.

Государство создает правила, по которым общество живет, регламентирует различные стороны общественной жизни. Но общество, будучи субъектом управления со стороны государства – система, способная к самоорганизации. Гражданское же общество отличается высокой степенью саморегулирования. Исходя из исторического опыта, возможно, следует задаться вопросом о том, как современное государство может продолжить традиции охраны и сохранения российского историко-культурного наследия, разделив ответственность за состояние памятников истории и культуры между государством и гражданами как членами гражданского общества, гражданами, уверенными в том, что их обязательно услышат. Другое невозможно.

⁸ См.: Михеева И.В. Правотворческая деятельность Министерства внутренних дел Российской империи по охране памятников истории и культуры в XIX – нач. XX века. Нижний Новгород, 2000. С. 156.

*Г.С. Стародубцев**

ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ РОССИЙСКОЙ ЭМИГРАЦИИ (1920–1937)

Тема юридического образования российской эмиграции на протяжении десятилетий была запретной в советской правовой науке. Этим объясняется полное отсутствие отечественной литературы о научных изысканиях юристов российской эмиграции. Преобразования в СССР второй половины 80-х гг. способствовали крушению догматических и стереотипных представлений в политике, идеологии, культуре и науке. Они наглядно проявились по отношению к недозванным ранее проблемам – таким, как русская эмиграция, наука русского зарубежья, правовые взгляды ученых-эмигрантов.

После долгих десятилетий глухого молчания эти темы стали актуальными в современной жизни. Многие газеты и журналы пишут об эмиграции, ее судьбах, возвращаются на родину произведения науки и культуры русского зарубежья. Открываются целые пласты русской культуры, возникают из небытия забытые и неизвестные имена деятелей культуры и науки – наших соотечественников, ранее преданных изгнанию и проклятию, отлученных от родной земли. Плодотворно осуществляются диссертационные исследования касательно различных аспектов русской эмиграции. Из-под пера историков, филологов и философов вышло в последние годы немало количество диссертаций, которые были успешно защищены. В стороне от этого процесса пока находится лишь юридическая наука, крайне слабо проявляющая интерес к юристам российской эмиграции, юридической науке и образованию русского зарубежья.

Вышеизложенное придает актуальность данной теме, которая определяется современной социокультурной ситуацией в стране, важностью осмысления феномена юридического образования русской эмиграции, необходимостью объективного анализа право-

* **Стародубцев Г.С.** – доктор юридических наук, профессор кафедры международного права Российского университета дружбы народов.

вого наследия российского зарубежья с целью определения его места и роли.

Наблюдавшийся прежде политизированный подход к русской эмиграции как к предательству и диссидентству насильственно отторгал, искажал, замалчивал образование, науку и культуру зарубежья, поэтому значительная часть его, а именно правовое наследие, только в последние годы возвращается на родину и становится достоянием соотечественников.

Современная российская юридическая наука переживает сложный процесс переосмысления старых представлений, освобождается от идеологизированных штампов и ищет новые подходы к изучению многих теоретических и практических проблем. В этой связи чрезвычайно важно обратиться к эмигрантской юридической мысли, которая продолжала лучшие традиции и высокий профессионализм дореволюционного юридического образования в России.

Разработанность данной проблемы в отечественной юридической науке невелика. Автору неизвестны попытки кого-либо из правоведов серьезно заняться научными разработками в этой области. В процессе написания статьи ему пришлось опираться на труды общего характера, касательно литературы эмиграции, пытаясь при этом вычлнить крупницы информации по исследуемой здесь проблематике.

Хронологические рамки статьи охватывают период с 1920 по 1937 г. Исходный год отсчета совпадает с началом массового юридического образования русской эмиграции, конечный – с его ликвидацией. Выбор именно этого временного отрезка обусловлен тем фактом, что в этот период русское юридическое образование за рубежом получило наибольшее развитие. Этот период интересен еще и тем, что именно тогда эмиграция столкнулась с проблемами организации высшего юридического образования. Необходимость функционирования русских юридических факультетов за рубежом, обеспечения их литературой, подготовка научных кадров явилась мощным стимулом для активной научно-исследовательской работы. 20-е гг. ознаменовались значительной издательской деятельностью в области права.

Процесс становления юридического образования в русском зарубежье начался сразу же после октября 1917 г. Его наиболее

интенсивное развитие приходится на 1922–1928 гг. В середине 20-х гг. русское юридическое образование достигло своего апогея.

Образование российской юридической научной диаспоры явилось прямым следствием военных неудач белых армий в 1918–1922 гг.

Российская эмиграция по своей численности и интенсивности формирования – явление уникальное в мировой истории. Эта своеобразная этнокультурная общность сложилась стремительно всего лишь за несколько лет. По образному замечанию юриста-международника Б.Э. Нольде, общность, изгнанная с Родины и создавшая свою собственную «страну» без физических и юридических границ, получила наименование Зарубежная Россия, или Русское Зарубежье.

К 1922-му г. в основе своей сложилась Зарубежная Россия, в рамках которой оформилась российская научная юридическая диаспора. С 1922 г. можно уже говорить о сложившихся центрах русского зарубежного юридического образования. В Азии это был Харбин, остававшийся по существу русским городом¹. В Европе таковыми являлись Берлин, София, Прага, Париж и (первое время) Константинополь (но последний был, скорее, пересыльным этапом, без пустивших прочные корни учреждений).

Организационной формой сотрудничества интеллектуальных сил русской эмиграции и центральным органом русских ученых стал «Союз Русских академических организаций за границей». Он поставил себе целью продолжить дело русской науки и русского образования среди эмиграции.

Исторически первым пристанищем российской правовой интеллигенции в Европе стал Константинополь. В марте 1921 г. в Константинополе была создана Русская академическая группа. В силу временности пребывания в Константинополе российская юридическая диаспора серьезным образом здесь себя не проявила.

¹ Выпускница юридического факультета в Харбине 1929 г. Н. Резникова писала: «Можно сказать с уверенностью, что на всем земном шаре не было другой страны, в которой русская эмиграция могла чувствовать себя в такой степени дома, как в Харбине... Русский язык был официально признан». Резникова Н. В русском Харбине // Новый журнал. 1988. № 172–173. С. 385.

В 1920–1924 гг. интеллектуальной «столицей» русского зарубежья был Берлин. В 1920–1923 гг. одним из активнейших деятелей «русского» Берлина стал профессор международного права А.С. Яценко. 3 июня 1920 г. он принял деятельное участие в учредительном собрании русских ученых Берлина, основавшем по инициативе Академической группы в Белграде Русскую академическую группу в Берлине. Группа ограничивалась лекциями для русских студентов, обучавшихся в Париже. Только в 1921 г. Б.Э. Нольде прочитал лекцию «О современном положении Франции», Г.Д. Гурвич «Об идее неотъемлемых прав лица», М.Я. Лазерсон «О праве и правизне»² и т.д.

Другим центром русской заграничной правовой науки все межвоенное время оставался Париж. В нем нашли свое постоянное пристанище А.Л. Байков, А.М. Горовцев, Г.Д. Гурвич, М.И. Догель, А.Н. Мандельштам, Б.С. Миркин-Гецевич, Б.Э. Нольде, А.А. Пиленко, М.А. Таубе, В.Б. Эльяшевич и др. Ученые активно занимались преподавательской деятельностью. Юридические дисциплины читались в русских учебных заведениях и французских университетах. Вопросы права находили свое отражение в статьях, публикуемых в многочисленных русскоязычных журналах и газетах.

В рамках Русской академической группы в Париже прошли защиты ряда магистерских диссертаций. Юристы-международники Б.Э. Нольде и А.Л. Байков выступали официальными оппонентами на защите диссертации харбинского ученого В.В. Энгельфельда «Очерки государственного права Китая», состоявшейся 3 ноября 1925 г. Председателем на защите был М.И. Догель. Оппонентами другого харбинского ученого Г.К. Гинса по диссертации «Водное право и предметы общего пользования», защита которой состоялась 29 апреля 1929 г, выступали В.Б. Эльяшевич и П.П. Гронский.

Русская академическая группа в Париже организовала особый дополнительный курс на русском языке по юридическому отделению, главным образом для русских студентов, обучавшихся в парижском университете. Занятия были открыты 17 января 1921 г.

² См.: Съезды Русских академических организаций за границей. Прага, 1923. С.40, 42, 43.

в присутствии всех русских профессоров. Б.Э. Нольде от имени своих коллег и русских студентов «выразил глубокую благодарность... за широкое гостеприимство, оказанное Францией русскому высшему образованию»³.

Курсы были прочитаны без перерыва до конца семестра. Б.Э. Нольде читал цикл лекций под названием «Институции русского публичного права».

Кроме дополнительных курсов по юридическому факультету академическая группа создала еще народный университет в виде ряда отдельных лекций. Под эгидой группы были созданы русский юридический факультет в Париже и франко-русский институт. В первом из них А.Л. Байков читал курс лекций «Энциклопедия права», М.И. Догель «Частное международное право в связи с русским гражданским правом» (1926 г.), И.Н. Ефремов «Посредничество и арбитраж в международном праве», Г.Д. Гурвич «Общее учение о государстве». Во франко-русском институте Б.С. Миркин-Гецевич читал курс лекций под названием «История международно-правовых отношений России в XIX и XX столетии», а А.А. Пиленко – «Советское международное право».

Учеными читались лекции и в университете в Сорбонне. Так, в 1925 г. по понедельникам в марте числились лекции М.И. Догеля «Развитие науки международного права в русской литературе». Парижская газета «Возрождение» за 14 ноября 1925 г. сообщала, что «русскую четырехчасовую лекцию по теме “Принципология русского права” читает А.М. Горовцев».

«Столицами» русского зарубежного высшего юридического образования в 20-е гг. являлись Прага⁴ и Харбин. В них были созданы юридические факультеты, в которых на русском языке и по программам российских дореволюционных университетов обучались выходцы из России.

18 мая 1922 г. состоялось торжественное открытие Русского юридического факультета в Праге. Событие огромной историче-

³ Съезды Русских академических организаций за границей. Прага. 1923. С. 30–31.

⁴ «Если Париж в настоящее время является общественно-политическим центром, то Прага представляет просветительный центр Зарубежной России», – писала парижская газета «Возрождение» за 1 декабря 1925 г.

ской важности для судеб российской эмиграции, зарубежной русской юридической науки, отечественной науки в целом свершилось.

Процесс создания юридического факультета был далеко непрост. Открытию факультета содействовало решение чешского правительства, так называемая «Русская акция», предоставлявшее студентам, не закончившим обучение в России, завершить его в Чехословакии. На это выделялись деньги, преподавание должно было вестись по-русски по программам российских дореволюционных университетов, Университетского Устава 1884 г.

Эмигрантские газеты восторженно приветствовали «Русскую акцию» чешского руководства. Белградская газета «Новое время» от 27 сентября 1921 г. писала: «Студенты едут в Прагу учиться. Слава Богу. Русское сердце радуется и не может не радоваться: грамотная, культурная Россия, Россия будущего, молодая понесла огромные потери во время войны... А России будущего грамотные люди нужны»⁵.

Душой и движущим «мотором» нарождающегося факультета был профессор П.И. Новгородцев. 29 октября 1921 г. в заседании юрико-экономической факультетской комиссии им были поставлены «вопросы об организации юридического и экономического факультета»⁶. Открытию факультета предшествовало 26 заседаний, на 25 из них он был председательствующим.

По поводу открытия факультета П.И. Новгородцев неоднократно встречался с представителями министерств иностранных дел и народного просвещения Чехословакии. Этому вопросу посвящено практически полностью заседание юрико-экономической секции Высших Русских Дополнительных курсов от 14 февраля 1922 г. Накал страстей, бушевавших в нем, был настолько велик, что заседание было отражено двумя протоколами № 14 и № 15 от одного же числа. П.И. Новгородцев высказал мысль, что «наличные преподавательские силы позволяют открыть юридический факультет немедленно, не привлекая новых преподавателей и не создавая, таким образом, новых штатов»⁷.

⁵ ГАРФ. Ф. 5837. Оп. 1. Д. 15. Л. 195.

⁶ ГАРФ. Ф. 5764. Оп. 1. Д. 4. Л. 12.

⁷ ГАРФ. Ф. 5765. Оп. 1. Д. 4. Л. 29.

В основу обучения студентов было положено русское национальное право, которое преподавалось в России до 1917 г. Изучалась также логика, психология, русская история, история экономических учений, экономическая география, советское право, международное право и др.⁸. Всего преподавалось 23 предмета, в том числе чешский язык. Факультет открылся как частное высшее учебное заведение с оплатой за полугодие в 60 чешских крон. Академический сенат Карлова университета в Праге на своем заседании 7 июля 1922 г. единогласно постановил установить протекторат над Русским юридическим факультетом⁹.

Уже с самого начала факультет числился солидным учебным заведением.

В 1929 г. факультет прекратил образовательную деятельность, выпустив за весь период своего существования 384 дипломированных специалиста. Последующие годы он функционировал как научное и координационно-методическое юридическое учреждение. Официально он был упразднен в 1933 г.

Деятельность Русского юридического факультета в Праге – уникальное явление в истории высшего образования. Созданный за пределами России на земле братской Чехословакии, финансируемый из ее бюджета, работавший по программам уже не существующей страны, – факультет являет собой своеобразный памятник дружбы между нашими славянскими народами и государствами.

Поучителен учебно-методический и научный опыт факультета. Неиссякаемая энергия российской профессуры и студенчества, несмотря на крайне тяжелые моральные и материальные условия, обеспечили весьма эффективное функционирование высшего учебного заведения.

Юридический факультет в Харбине ведет свое начало с 1 марта 1920 г. Именно тогда были открыты Высшие экономико-юридические курсы, имевшие в своем составе 98 слушателей, которые 3 июля 1922 г. были переименованы в юридический факультет.

⁸ Русские в Праге 1918–1928 гг. Прага. 1928. С. 84.

⁹ Ковалевский П.Е. Зарубежная Россия. Париж. 1971. С. 97.

Юридический факультет представлял собой интересное явление в истории русской высшей школы. Он наряду с Русским юридическим факультетом в Праге давал российское высшее юридическое образование в эмиграции. В его жизни давали себя чувствовать и русская эмиграция, и советское, и китайское, и маньчжурское, и японское влияния, отложившие в его деятельности определенные напластования.

В последующие годы он развернулся чуть ли не в целый университет: помимо юридического отделения было экономическое отделение с тремя подотделами: восточно-экономическим, коммерческим и железнодорожным, профессорская и преподавательская корпорация его превышала 50 человек, а число студентов доходило почти до тысячи. Юридический факультет дал жизнь Маньчжурскому юридическому факультету и создал Восточные курсы.

Юридический факультет осуществлял свою деятельность на основании общего университетского Устава дореволюционной России 1884 г. с последующими изменениями. В соответствии со ст. 57 этого Устава на юридическом факультете были созданы 12 кафедр.

На юридическом факультете получали образование лица одиннадцати национальностей. Это русские, украинцы, латыши, евреи, грузины, армяне, татары, китайцы, японцы, корейцы и монголы.

1925–1928 гг. стали расцветом факультета. С открытием экономического и восточного отделений оказалось возможным привлечь ряд новых научных сил. Во второе десятилетие своего существования русский юридический факультет в Харбине вступил в далеко не лучшей своей форме. Оккупация Маньчжурии Японией в 1931 г., а потом наводнение 1932 г. подтолкнули факультет к тяжелой полосе существования. Новое положение вещей, возникшее в связи с образованием марионеточного государства Маньчжоу, очень осложнили общественно-политическую ситуацию на самом факультете.

1934–1935 учебный год можно считать началом последнего периода в жизни факультета; отчасти его характер определялся уходом советской профессуры, а отчасти таким важным для местной русской колонии фактом, как продажа КВЖД с вытекающими

отсюда последствиями. Отлив русского населения из Харбина и обеднение его резко уменьшило количество студентов и тем самым свело на нет перспективы для дальнейшего существования факультета. 1 июля 1937 г. он был ликвидирован.

Каковы же основные итоги деятельности юридического факультета в Харбине? Всего юридический факультет окончило 297 человек, из них по юридическому отделению – 170 человек. Больше всего закончили юридический факультет в 1925 г. – 44 человека, меньше всего в 1923 г. – 6 человек.

Подытоживая изложенное, можно сделать следующий вывод. Стараниями и талантом российских ученых в 20–30-е гг. за границей были созданы высшие юридические учебные заведения, стоявшие на уровне лучших образцов университетов дореволюционной России. С успехом была решена задача сохранения русской юриспруденции и передачи русской правовой науки молодому поколению.

*А.Е. Епифанов**

**РЕГЛАМЕНТАЦИЯ КУЛЬТУРНОЙ ПОЛИТИКИ
В ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫХ ВОЗЗРЕНИЯХ
Н.И. БУХАРИНА**

Общая культурная отсталость явилась одной из наиболее серьезных проблем, с которыми пришлось столкнуться большевикам. Прежде всего, с политической точки зрения, руководство культурной политикой в стране приобрело важнейшее значение. От ее эффективности, целенаправленности, форсированной реализации партийных установок во многом зависела судьба политической власти, захваченной в октябре 1917 г. К этому времени в России проживало 163 млн человек, из которых 29,1 млн составляло городское население, а 133,9 млн. – сельское. Численность рабочих в классовой структуре населения не превышала 15%. В годы

* **Епифанов А.Е.** – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Волгоградского государственного университета.

НЭПа этот процент снизился до 10,4¹. К началу 1917 г. в стране насчитывалось не более 30% грамотного населения².

Революция, а затем гражданская война разрушили систему русского народного образования, нанесли непоправимый ущерб отечественной культуре. Не только для движения вперед, но даже для достижения дореволюционного культурного уровня, были необходимы годы, огромные материальные затраты. Н.И. Бухарин понимал важность не только культуры, но и необходимость разработки основных принципов политического, государственного руководства процессом ее развития. Сущность и предназначение культуры он понимал достаточно широко, вкладывая в это понятие достижения человечества как в материальной, так и в духовной сферах. Однако его представления о культуре носили сугубо классовый характер. Он полагал, во всяком случае в годы «военного коммунизма», что после установления диктатуры пролетариата предстоит разрушение буржуазной культуры и создание культуры новой, пролетарской.

Анализ опубликованных работ Н.И. Бухарина показывает, что программных работ в этой области, полно и всесторонне разъясняющих не только позицию партии, но и его самого, не существует³. Вместе с тем сохранившаяся часть его теоретического наследия, касающаяся понимания места и значения культуры в жизни общества, позволяет проанализировать идеи, представления и даже концепции Н.И. Бухарина о принципиальной возможности регулирования культуры⁴. Формирование воззрений Н.И. Бухарина на проблемы культуры происходило в течение всей его жизни, но их оформление и осмысление совпало с началом революционной деятельности, учебы и эмиграции (1906–1917 гг.). Окончательное формирование марксистских убеждений Н.И. Бухарина, в том числе и в области культуры о целях и методах политико-правового воздействия на нее, принципах взаимоотношений меж-

¹ См.: Народное хозяйство СССР за 60 лет. Юбилейный статистический ежегодник. М., 1977. С. 7–8.

² См.: История СССР (XIX – начало XX вв.): Учебник. М., 1981. С. 393.

³ См. подробнее об этом: Биггарт Дж. Бухарин, «культурная революция» и истоки сталинизма // Отечественная история. 1994. № 2. С. 90–104.

⁴ См., например: Бухарин Н.И. Этюды. М., 1988.

ду государством и культурой, произошло во время революции и гражданской войны. Одним из методов осуществления культурной политики он считал партийную пропаганду. На практике широко применялись более эффективные методы контроля над культурой: цензура и монополия⁵.

Совместно с Е.А. Преображенским Н.И. Бухарин написал комментарий к партийной программе, принятой на VIII съезде РКП (б) в 1919 г. – «Азбука коммунизма»⁶. В том числе и потому, что в программе партии были поставлены лишь самые общие, достаточно абстрактные задачи в области культуры. Их главное предназначение, основная цель состояла в осуществлении политических мероприятий по пропаганде «коммунистических идей и использованию для этой цели аппарата и средств государственной власти»⁷.

Согласно «Азбуке коммунизма», для Н.И. Бухарина был характерен крайний радикализм при решении такой общекультурной проблемы, как взаимоотношение государства и церкви, отношения государства к религии и к ее служителям. В области образования и воспитания детей вообще ее авторы пошли еще дальше, вплоть до полного отрицания соответствующих прав родителей. Н.И. Бухарин оставался непоколебимым сторонником государственной монополии в сфере образования.

Известно, что Н.И. Бухарин был сторонником пролетарской культуры, активно сотрудничал с Пролеткультом⁸. Есть мнение, что у него существовала собственная концепция культурной революции, не совпадающая с ленинской. Причем главное ее отличие состояло в том, что и культурную революцию Н.И. Бухарин рассматривал как особую разновидность классовой борьбы⁹.

⁵ См. об этом: Пайпс Р. Россия при большевиках. М., 1997. С. 355–379.

⁶ См.: Девятая конференция РКП(б). Сентябрь 1920 года. Протоколы. М., 1972. С. 125.

⁷ См.: КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК (1898-1986). Т. 2. 1917–1922. М., 1983. С. 83.

⁸ Троцкий прямо обвинял Бухарина в покровительстве («протекторате») Пролеткульту. См: Судьбы русской интеллигенции. Материалы дискуссий. 1923-1925 гг. Новосибирск. 1991. С. 95.

⁹ См.: Бигарт Дж. Бухарин, «культурная революция» и истоки сталинизма // Отечественная история. 1994. № 2. С. 101.

Таким образом, на этом этапе сформировались основные идеи и представления Н.И. Бухарина о принципах взаимодействия государства и культуры, основных направлениях, целях, формах и методах государственной культурной политики. При этом решающая роль отводилась администрированию, более того, насильственным действиям, как того и требовала теория и практика диктатуры пролетариата¹⁰.

В годы НЭПа произошло серьезное, но, наш взгляд, не кардинальное, переосмысление Н.И. Бухариным своих взглядов на проблемы советской культурной политики, культуры в целом. После смерти В.И. Ленина Н.И. Бухарин на некоторое время стал официальным теоретиком партии, в течение длительного времени (с 1917 по 1928 гг.) возглавлял главный печатный орган компартии газету «Правда», принимал активное участие в теоретической разработке актуальных, в том числе и культурных, проблем новой экономической политики.

Н.И. Бухарин ходил в элиту советского партийного руководства и международного коммунистического движения: в 1919–1924 гг. кандидат, а в 1924–1929 гг. член Политбюро ЦК партии; в 1919–1929 гг. – член Исполкома Коминтерна. Эти обстоятельства позволяли Н.И. Бухарину не только широко пропагандировать свои взгляды, но и в какой-то мере определять политику коммунистической партии в области культуры¹¹.

Свое видение задач культурной революции в наиболее концентрированном виде Н.И. Бухарин изложил в программном докладе «Ленинизм и проблема культурной революции» (1928 г.)¹². Наряду с постановкой общих задач культурной революции Бухарин впервые затронул и такие проблемы культуры, как необходимость научной революции, напомнил о достижениях в советской литературе и искусстве, анализировал проблемы нравственности, быта и т.п.

В докладе была сделана попытка сформулировать основные задачи в области культурной политики в условиях НЭПа. По мне-

¹⁰ См.: Биггарт Дж. Указ. соч. С. 101.

¹¹ Подробнее об этом см.: Темирбаев К.М., Украинцев В.В. Очерки истории советской культуры: Пособие для учителей. М., 1980. С. 78–145.

¹² Бухарин Н.И. Избранные произведения. М., 1988. С. 368–390.

нию Бухарина, предстояла серьезная работа по формированию норм новой, социалистической морали, созданию «духовной культуры», перестройке бытовых поведенческих стереотипов и т.п.¹³.

Вместе с тем известно, что Н.И. Бухарин достаточно скептически относился к этике как учению о морали и системе нравственных норм поведения человека. Пролетариат в своей общественной борьбе, утверждал он, должен исходить из соображений строгой технической необходимости. «Если он хочет добиться коммунизма, – писал он, – то ему нужно сделать то-то и то-то, как столяру, делающему табуретку. “Этика” превращается у него мало-помалу в простые и технические правила поведения, нужные для коммунизма, и, поэтому по сути дела *перестает быть этикой*»¹⁴.

Сфера культурной политики, по мнению Н.И. Бухарина, должна расширяться, взять под свое управление и контроль не только решение проблемы «элементарной грамотности», но и заботу о здоровье народа, борьбу с алкоголизмом, сифилисом, способствовать развитию физической культуры, обучать население правилам составления семейного бюджета, рационализации быта и т.д.¹⁵. Главным инструментом распространения новой социалистической культуры должна стать пропаганда¹⁶.

Серьезным препятствием для реализации политических задач культурной политики Н.И. Бухарин считал «кадровый голод», нехватку коммунистов, способных реализовать ее в полном объеме, без искажения. «Каждый руководитель – и в первую голову *коммунист* – должен быть примером *пионера культуры*, – считал он, – самым внимательным образом вылавливающего все недостатки и решительным образом их исправляющего»¹⁷.

Н.И. Бухарин был по-прежнему убежден, что только государственное, а еще лучше партийное руководство, является глав-

¹³ Бухарин Н.И. Избранные произведения. М., 1988. С. 384–385.

¹⁴ Бухарин Н.И. Теория исторического материализма. М., 1921. С. 278–279.

¹⁵ См.: Бухарин Н.И. Ленинизм и проблема культурной революции // Бухарин Н.И. Избранные произведения. М., 1988. С. 384–386.

¹⁶ Там же. С. 386.

¹⁷ Там же. С. 388.

ным инструментом воздействия на политику в области культуры, на ускорение культурной революции.

Приверженность революционным, а следовательно, насильственным, принудительным методам при решении культурных задач сохранилась у Бухарина навсегда, даже когда дело касалось таких тонких и относительно самостоятельных сфер культуры, как наука, искусство, литература.

В своей статье «Злые заметки», опубликованной в «Правде» (1927 г.), Н.И. Бухарин подробно разъяснил свое понимание понятия «есенинщина» – «это отвратительная напудренная и нагло раскрашенная российская матерщина, обильно смоченная пьяными слезами и оттого еще более гнусная»¹⁸.

Заклеймив творчество великого русского поэта как «вредоносное», «гнилое», идеологически вредное, Бухарин мотивирует свои резкие оценки тем, что партийная пропаганда отстала от жизни, не успевает применять новые формы контроля над литературой и искусством¹⁹. Отмечая, что литература «вообще и поэзия в частности имеют поистине огромное воспитательное значение», он прямо указывает: «Нам нужна литература бодрых людей, в гуще жизни идущих, храбрых строителей, знающих жизнь, с омерзением относящихся к гнили, плесени, гробокопательству, кабацким слезам, разгильдяйству, кичливости и юродству»²⁰.

Признавая трудности осуществления культурной политики (снижение качества вузовского образования, уровня профессиональной подготовки студентов, общие разрушения в «сфере производства квалифицированных интеллектуальных сил»), Бухарин считал культурную политику государства в целом правильной и эффективной.

«*Интенсивность* (т.е. качество – А.Е.) культуры, – утверждал он, – пала. Но *экстенсивность* (широта, масштабы распространения – А.Е.) ее колоссально возросла, несмотря на бывшую материальную разруху»²¹. Достижениями культурной политики признавались и изменение социальной психологии, и невероятный

¹⁸ Бухарин Н.И. Этюды. М., 1988. С. 203.

¹⁹ См.: Бухарин Н.И. Указ. соч. С. 204, 207, 208.

²⁰ Бухарин Н.И. Указ. соч. С. 204, 208.

²¹ Там же.

рост выпуска политической и хозяйственной литературы, рост сети клубов, кружков, совершенствование методов массовой агитации и пропаганды²². На их основе прогнозировался небывалый культурный расцвет в будущем. Они также позволили создать огромное «*селекционное поле*», обеспечивающее «возможность культурного развития и культурного подбора максимальному числу людей»²³.

Таким образом, политико-правовые воззрения Н.И. Бухарина в изучаемой сфере свидетельствовали о том, что политические цели советского государства по-прежнему преобладали над общекультурными. Культура рассматривалась как инструмент осуществления партийной политики. Допущенные просчеты и ошибки, например, в сфере высшего образования выдавались за несомненные, заранее спланированные успехи. «И если на *первых полах* мы не будем иметь достаточно «полноценных студентов», – уверял Н.И. Бухарин, – то эти недостаточно «полноценные» будут иметь одно неоспоримое преимущество над старым студенчеством: они будут всеми своими корнями связаны с жизнью, с практикой, с активным участием в общественном строительстве»²⁴.

На этапе завершения партийной и политической карьеры (1929–1938 гг.) началось постепенное переосмысление как политических, так и культурных представлений Н.И. Бухарина. После отстранения со всех партийных постов он, тем не менее, не потерял сразу возможности публично высказывать свою точку зрения, отстаивать свои убеждения, взгляды, в том числе и на проблемы культуры. В 1929 г. он был избран действительным членом (академиком) Академии наук СССР. В 1932 г. стал первым директором Института истории науки и техники АН СССР²⁵. На XVII съезде ВКП (б) был избран кандидатом в члены ЦК, а затем назначен ответственным редактором газеты «Известия» (1934–1936 гг.).

²² Бухарин Н.И. Указ. соч. С. 204, 208.

²³ Там же. С. 258.

²⁴ Бухарин Н.И. О мировой революции, нашей стране, культуре и прочем (ответ профессору И. Павлову) // Академик Н.И. Бухарин. Методология и планирование науки. Избранные труды. М., 1989. С. 258.

²⁵ См. подробнее об этом: Есаков В.Д., Левина Е.С., Академик Н.И. Бухарин // Бухарин: человек, политик, ученый. М., 1990. С. 370–394.

В 1935 г. был включен в состав Конституционной комиссии СССР. В феврале 1937 г. Н.И. Бухарин был исключен из ЦК и партии, а 18 марта 1938 г. расстрелян²⁶.

В августе 1934 г., выступая на первом съезде советских писателей, Н.И. Бухарин получил еще одну, теперь уже последнюю возможность, публично высказать свою точку зрения на проблемы социалистической культуры²⁷. Выступая на съезде, Н.И. Бухарин размышлял: «...Колоссальны и необозримы наши задачи, и невероятно огромна наша историческая ответственность... Жестокая, некультурная провинция еще царит у нас ... Материалом поэтического творчества может и должно служить все многообразие жизни... Если мы этого не сделаем, то перед нами возникает опасность ведомственного отчуждения, бюрократизации поэтического творчества. Культура, культура и еще раз культура! А те, кто хочет на деле создать «Магнотрой литературы», те, вооружившись целомудренным отношением к искусству, должны сделать все, чтобы быть хозяевами во всех кладовых мировой культуры...»²⁸.

Несмотря на некоторое смягчение бухаринских оценок литературного творчества советских писателей и поэтов, нет веских оснований для утверждений о качественном изменении отношения Н.И. Бухарина к культуре как явлению классовому.

Таким образом, можно констатировать, что и мировоззрение Н.И. Бухарина и его представления о политико-правовом регулировании культуры, культурной политики видоизменялись, эволюционировали с течением времени. Они не были застывшей, мертвой концепцией, но их содержание зачастую определяли не столько взгляды, идеи и общий уровень мировоззрения самого Бухарина, сколько политическая ситуация в стране, руководстве партии, идеологическая целесообразность. В целом, он до конца жизни остался сторонником государственного руководства культурой, видел в ней объект политического манипулирования массами.

²⁶ См. подробнее: Бухарин Н.И. Избранные произведения. М., 1990. С. 9–10; Реабилитация: Полит. Процессы 30–50-х годов. М., 1991. С. 235–259.

²⁷ Эренбург И. Собрание сочинений в девяти томах. Т. 9. М., 1967. С. 40.

²⁸ Первый Всесоюзный съезд советских писателей. Стенографический отчет. М., 1934. С. 497–503.

Классовое содержание культуры для него было всегда выше ее истинной, мировоззренческой и духовной ценности.

*П.И. Квачева**, *С.Д. Багдасарян**

**ДЕВИАНТНОЕ ПОВЕДЕНИЕ В КРЕСТЬЯНСКОЙ СРЕДЕ,
КАК ПРОЯВЛЕНИЕ ПРОБЛЕМЫ ВЛИЯНИЯ ВЛАСТИ
НА ПОВСЕДНЕВНОСТЬ ЧЕЛОВЕКА
(на примере 1920-х гг. юга России)**

Неорганическая модернизация общества и государства вызывает исследовательский интерес в рассмотрении вопроса: как революция влияет на повседневность человека в регионе, удаленном от столичных бурных политических преобразований, революционных процессов?

Взаимосвязь эволюции личности, общества и государства, предполагает ответ: что лежит в основе их развития? «Элементы и процессы в истории общества гораздо сложнее, чем в истории природы, и поэтому следить за их законами гораздо труднее; но во всех сферах жизни законы одинаковы»¹. Личность – это результат сложных и последовательных социально-исторических процессов, которые отражаются в его общественном поведении. «В современном индустриальном мире такая глубокая зависимость связывает индивида лишь с обществом в целом – с национальным государством – а также, по-видимому, касается сохранения основ политического строя»². Мы же считаем, что, даже осознавая свою принадлежность к нации, субъект в первую очередь осознает свою

* **Квачева П.И.** – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права ФГБОУ ВПО «Сочинский государственный университет».

* **Багдасарян С.Д.** – кандидат исторических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права ФГБОУ ВПО «Сочинский государственный университет».

¹ Чернышевский Н.Г. Полное собрание сочинений: В 15 т. / Под общ. ред. В.Я. Кирпоткина. Т. 6. М., 1963. С. 11.

² Геллнер Эрнест. Условия свободы. Гражданское общество и его исторические соперники. М., 1995. С. 95.

принадлежность к той группе, в которой он находится постоянно, и даже к нескольким группам. Такими группами могут выступать семья, рабочий коллектив, люди, объединенные одной профессией, социальной средой и т.п. Причем чем меньше такая группа, тем большее значение она имеет для человека.

В переломные периоды развития государственности, особенно в годы войн и революционных преобразований, общество откликается коренной ломкой сложившихся отношений в социокультурной среде, что выливается в развитие социальных девиаций. Историческая ретроспектива позволяет на примере 1920-х гг. юга России проследить проблему развития асоциального поведения в крестьянской среде, как проявление проблемы влияния власти на повседневность человека.

Первая мировая война и последовавшие революционные преобразования 1920-х гг. привели сначала к отвержению правовой системы царского периода, а потом к провозглашению новых целей классовой борьбы в обществе и государстве. Такая задача требовала от советской власти быстрыми темпами трансформировать российское общество, в котором большинство составляло крестьянство. Такая стремительная деформация привела к радикальным изменениям не только правового и общественно-политического пространства, но и к слою культурного традиционного образа жизни крестьян, распространению социальной анонии – алкоголизма, изменению морально-нравственного облика человека. Личность в крестьянской патриархальной среде оказывалась в условиях слома традиционных форм повседневности. Поэтому предметом научного исследования статьи стало распространение девиантного поведения личности как реакции на внутреннюю политику государства в регионе юга России – Дон, Кубань, Ставрополье.

Крестьянская повседневность в любую историческую эпоху включала употребление алкоголя как своеобразного социального антидепрессанта. Как утверждает источник 1926 г.: «стремление пить у людей появляется от скучной жизни. Алкоголь делает жизнь легче. Отсюда стремление – выпить и забыться»³.

³ Доклад А.А. Сольца на собрании юнкоры газеты «Молодой ленинец» 24 апреля 1926 г. // Молодой ленинец. 1926. 28 апреля.

В досоветский период жители российской деревни пили регулярно и не ограничивали себя в средствах на алкоголь, раз уж последний рассматривался как неперемное условие праздника. Статистические исследования подтверждают, что крестьяне всего 12 из 90 губерний Российской империи в течение двух неурожайных лет, – в 1905 и 1906 г., – истратили на водку «сумму, превышающую стоимость почти всех кораблей Балтийского и Тихоокеанского флотов империи вместе взятых, а также вооружений, уничтоженных и захваченных японцами в Порт-Артуре, при Цусиме, Ляояне, Мукдене и в местах других сражений»⁴. Эти данные противоречат исследованиям 1913 г. Д.Н. Воронова: «...деревенское потребление определяется главным образом обрядовыми мотивами, установившимися общественными обычаями, а не развитою личною склонностью к алкоголю, как это имеет место в городах – доказывается ничтожным числом среди крестьянского населения как регулярных потребителей, для которых вино является обычным спутником пиши, так и алкоголиков, привычных и запойных»⁵. О том же с уверенностью писал признанный бытописатель дореволюционной деревни А.Н. Энгельгардт: «между мужиками отпетые пьяницы весьма редки. Я вот уже год живу в деревне и настоящих пьяниц, с отеками лицами, помраченным умом, трясущимися руками между мужиками не видел»⁶.

Специальная комиссия при Обществе охраны народного здоровья в Российской империи, занимавшаяся изучением проблемы алкоголизма, констатировала в начале XX в., что основными потребителями водки выступали горожане, а не сельские жители. По данным комиссии, если в деревне ежегодно на взрослого мужчину приходилось $1\frac{1}{5}$ ведра хлебного вина (то есть водки), то в обычном городе – 4 ведра, а в столицах – и вовсе 7 ведер⁷.

С началом своего строительства советское государство стало рассматривать алкоголь как одно из наследий царского режима

⁴ Миронов Б. Причины русских революций // Родина. 2009. № 11. С. 19.

⁵ Цит. по: Литвак К.Б. Самогоноварение и потребление алкоголя в российской деревне 1920-х годов // Отечественная история. 1992. № 4. С. 75.

⁶ Энгельгардт А.Н. Из деревни. 12 писем. 1872–1887. СПб., 1999. С. 32.

⁷ Литвак К.Б. Самогоноварение и потребление алкоголя в российской деревне 1920-х годов // Отечественная история. 1992. № 4. С. 74.

эксплуатации населения. Борьба с алкоголем заняла достойное место рядом с антицерковной пропагандой: «не должно было остаться места таким пережиткам «проклятого прошлого», как пьянство и тем более алкоголизм»⁸.

Казалось бы, условия благоприятствовали замыслам. Ведь, еще в годы Первой мировой войны в России был введен «сухой закон»; тем самым царское правительство заложило мощный фундамент под антиалкогольные инициативы советской власти. Государственная политика запретов привела к появлению самогонаварения – «чертового изобретения»,⁹ которое наиболее распространилось в сельской местности. Расцвет самогонаварения в доколхозной деревне объяснялся не только относительно слабым контролем властей, но и доступностью сырья.

В деревне эпохи нэпа, пережившей тяжелейшие военнореволюционные испытания, наблюдавшей крушение существовавшего веками уклада жизни и нервно реагировавшей на социальную и налоговую политику большевиков, создались идеальные условия для различных форм девиаций. В той или иной мере пило подавляющее большинство сельского населения, вне зависимости от возраста, профессии, имущественных и социальных различий. Источники полны категоричных свидетельств о том, что «самогон и водка окутывают деревню смрадным туманом»,¹⁰ что здесь «замечается увеличение пьянства»,¹¹ что старики и молодежь «пьют зверски»¹². Кстати, нельзя не согласиться с И.Б. Орловым в том, что «специфической чертой деревенского пьянства эпохи нэпа явилось раннее приобщение к алкоголю молодежи как следствие бурного развития самогонаварения в деревне»¹³.

⁸ Орлов И.Б. Советская повседневность: исторический и социологический аспекты становления. М., 2008. С. 151.

⁹ Российский государственный архив экономики. Ф. 396. Оп. 3. Д. 576. Л. 39.

¹⁰ Советская деревня должна быть культурной, здоровой и чистой! // Крестьянская газета. 1928. 13 октября.

¹¹ Российский государственный архив социально-политической истории. Ф. 17. Оп. 86. Д. 95, без нумерации.

¹² Батрак. Задушенный хутор // Крестьянская газета. 1928. 30 ноября.

¹³ Орлов И.Б. Указ. соч. С. 171.

Действительно, современники констатировали «наличие пьянства»¹⁴ среди молодых крестьян, указывая: «молодежь в деревне темная. По воскресным дням больше пьяная бывает»¹⁵. Следует лишь добавить, что причиной ширившегося алкоголизма среди молодых жителей села стала не только доступность самодельных горячительных напитков, но и аномия общественного сознания вследствие грандиозных социальных потрясений и радикальных преобразований традиционного крестьянского жизненного уклада.

Взросшие размеры пьянства в постреволюционной деревне сопровождались, разумеется, и увеличением расходов на самогон и водку, также появившуюся в продаже.

Еще в досоветские времена представители российской общественности справедливо утверждали, что, «если бы деньги, которые крестьяне расходовали в праздники на алкоголь, они употребили бы на улучшение своего хозяйства, они привели бы российское сельское хозяйство в цветущий вид»¹⁶. Такого же рода мнения отражены и в советской прессе. В частности, в январе 1929 г. корреспондент газеты «Молот» З. Лерт писала, что казаки расположенной под Новочеркасском станицы Грушевской в течение предыдущего года потратили на выпивку 34 956 руб. и еще 21 тыс. руб. потратили на оплату услуг священников. В то же время, по самообложению¹⁷ казаки сдали всего лишь 8 284 руб. 24 коп. (эта статистика была получена Лерт от местных школьников, проводших соответствующее исследование)¹⁸.

Самогонование и пьянство, распространявшиеся в селах и городах СССР, серьезно беспокоили представителей власти и советской общественности, заставляя их принимать соответствующие меры.

¹⁴ Работу в деревне надо увязать с задачами социалистического строительства // Молодой ленинец. 1926. 3 марта.

¹⁵ Миша О. Никому нет дела до культурной работы // Молодой ленинец. 1925. 26 сентября.

¹⁶ Миронов Б. Время – деньги или праздник? Трудовая этика российских крестьян // Родина. 2001. № 10. С. 64.

¹⁷ Самообложение – один из налогов в 1920-х – 1930-х гг., часть средств от сбора которого должна была направляться на решение местных задач.

¹⁸ Лерт З. В голубых домах // Молот. 1929. 6 января.

В данном случае следует различать собственно антиалкогольные мероприятия и действия по борьбе с самогонованием, так как в 1920-х гг. здесь наблюдалась довольно двусмысленная ситуация. Наиболее последовательно и бескомпромиссно проводилась «борьба с самогонщиной»¹⁹, поскольку варка самогона сокращала запасы хлеба в деревне и, следовательно, затрудняла реализацию государственной налогово-заготовительной политики. Против самогонщиков применялись как административные и уголовные меры, так и методы общественного воздействия. Согласно ст. 140 УК РСФСР 1922 г., за самогонование и хранение алкоголя без цели сбыта предусматривался крупный штраф (от которого милиции полагались премиальные отчисления, что должно было стимулировать активность правоохранителей в борьбе с самогонщиками). За те же деяния, но еще и повлекшие за собой продажу спиртосодержащей продукции, законом было установлено наказание в виде лишения свободы на срок не менее 1 года с конфискацией части имущества, а для рецидивистов – на срок не менее 3 лет с конфискацией всего имущества. При конфискации, в первую очередь, изымался самогонный аппарат.

Все перечисленные меры борьбы с самогонованием и установленные законом наказания применялись в селах и станицах Юга России неоднократно. Так, 4 октября 1922 г. Черкасский окружной исполком разослал всем станичным и волостным исполкомам циркуляр, в котором приказывал «строго следить за самогонщиками», наказывая их в первый раз штрафом в размере от 1 тыс. до 25 тыс. руб., во второй раз привлекая к суду²⁰.

Нередко над самогонщиками устраивались открытые судебные процессы, дабы продемонстрировать всем мощь советского правосудия и неотвратимость наказания для действующих и потенциальных изготовителей спиртного. В частности, в марте 1926 г. на 1-м госруднике города Шахты прошло «громкое дело (показательный процесс) 13 самогонщиков, систематически спаи-

¹⁹ Центр документации новейшей истории Ростовской области. Ф. 97. Оп. 1. Д. 25. Л. 1.

²⁰ Государственный архив Ростовской области. Ф. р-2716. Оп. 1. Д. 1. Л. 46.

вавших рабочих и ближайшее к руднику население самогоном»²¹. Поскольку самогонщики, торговавшие своей продукцией, приравнивались к спекулянтам, еще одной мерой воздействия на них являлось лишение избирательных прав. Например, в списке «лишенцев» по станции Ольгинской за 1921 г. значились два самогонщика²². В целях активизации борьбы с самогоноварением на Юге России, как и в других регионах страны, проводились специальные кампании.

Такая кампания стартовала в Северо-Кавказском крае в начале 1928 г. и, уже к февралю того же года дала следующие результаты: было оштрафовано 1 589 самогонщиков на общую сумму 20 663 руб. (суммы штрафов получались не такие уж и большие – всего примерно по 13 руб. на брата), отправлено на принудительные работы 164 чел., привлечено к уголовной ответственности 166 злостных самогонщиков, конфисковано 653 самогонных аппарата и 17 896 литров самогона. Кроме того, в рамках кампании был объявлен «трехдневник добровольной сдачи самогона», в ходе которого в крае было сдано 213 аппаратов и 54 литра самогона: как видим, население не очень охотно поддержало инициативу властей²³.

Как ни парадоксально, наиболее эффективным средством борьбы с самогоноварением стала отмена «сухого закона» и введение государственной монополии на торговлю спиртным. С декабря 1924 г. в СССР началась продажа 30-градусной водки, с октября следующего года была введена казенная винная монополия.

Поступление в продажу изготовленной на госпредприятиях водки не привело к полному исчезновению самогоноварения. Прежде всего, цена казенной алкогольной продукции не всегда была ниже, чем стоимость самогона; к тому же, как справедливо заметил К.Б. Литвак, «наличие в хозяйстве самогонного аппарата делало бессмысленной покупку водки» (впрочем, по его же словам, «возможность такая появлялась только при известном достат-

²¹ 13 самогонщиков перед судом // Молот. 1926. 27 марта.

²² Государственный архив Ростовской области. Ф. р-1198. Оп. 1. Д. 2. Л. 22. 22 об.

²³ Первые итоги борьбы с самогоноварением // Молот. 1928. 8 февраля.

ке сырья – хлеба. Если же его не хватало, то алкоголь приобретал заметное место в деревенском товарообороте»²⁴).

Иной раз водка вообще не поступала в деревню, где ее не очень охотно брали, а распродалась в городах²⁵. Отсюда различия в содержании в источниках оценок государственной винной монополии как средства борьбы с самогонварением. Одни очевидцы утверждали, что после появления водки в свободной продаже «самогон пошел на убыль»,²⁶ другие же, напротив, били тревогу по поводу «все более прогрессирующего и все более углубляющегося развития самогонварения»²⁷. Бесспорно, однако, что во второй половине 1920-х гг. масштабы изготовления и потребления самогона в советской деревне (в том числе в селах и станицах Дона, Кубани, Ставрополья) были меньше, чем в начальные годы того же десятилетия.

1920-е гг. стали показательны в развитии государственной советской политики в отношении общества, которое было разделено по классовому признаку. И личность не входила в систему этих отношений, когда на первый план выходили задачи по строительству коммунистического будущего. Крестьянство находясь в менее привилегированном положении, на эти новые общественные отношения отзывалось социальным протестом, который и влиял на развитие асоциального поведения.

²⁴ Литвак К.Б. Самогонварение и потребление алкоголя в российской деревне 1920-х годов // Отечественная история. 1992. № 4. С. 82.

²⁵ Как отмечали советские журналисты, «все количество водочных изделий Госспирта, получаемое местными кооперативными организациями на весь район, расходовалось исключительно в городе», так что для продвижения водки в деревню потребовалось вмешательство властей (На борьбу с самогоном // Молот. 1925. 17 ноября).

²⁶ Центр документации новейшей истории Ростовской области. Ф. 5. Оп. 1. Д. 70. Л. 62.

²⁷ Центр документации новейшей истории Ростовской области. Ф. 36. Оп. 1. Д. 9. Л. 24.

*О.Г. Григорьева**

МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАВОВАЯ ПОМОЩЬ ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ В СССР

Интерес к советскому периоду нашей истории в современном российском обществе огромен. Несколько поколений россиян – дети советской эпохи – только теперь имеют реальную возможность объективного освещения истинных причин и истоков многих государственных, правовых, экономических и социальных событий, имевших место в СССР.

В последние десятилетия умы исследователей занимают многие аспекты советской истории, в том числе проблема признания, уважения и защиты в СССР прав и свобод человека и гражданина. Отношение к этим категориям в советском государстве было весьма специфичным. Если западные государства, считая права и свободы личности естественными, данными от природы, не мешали их реализации индивидуумами, то СССР провозглашал своим гражданам тот объем прав и свобод, который считал достаточным и необходимым на конкретном историческом этапе. Причем их конституционное и иное законодательное декларирование зачастую было формальным¹.

До середины XX в. в практике международных отношений вопросы соблюдения прав человека считались внутренним делом каждого государства, в которое международное сообщество было не вправе вмешиваться. Ситуация стала меняться с образованием в 1945 г. ООН² и принятием в 1948 г. Всеобщей декларации прав

* **Григорьева О.Г.** – кандидат юридических наук, доцент кафедры правового обеспечения управленческой деятельности Московского государственного института международных отношений (университет) МИД России.

¹ Основной закон РСФСР // СУ РСФСР. 1918. N 51. Ст. 582; Основной Закон (Конституция) СССР 1924 г. // Вестник ЦИК, СНК и СТО СССР. 1924. N 2. Ст. 24.

² Устав Организации Объединенных Наций (Нью-Йорк, 1945 г.) // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XII. М., 1956.

человека³, а также развитием международного права в последующие годы в виде ратификации различными государствами межгосударственных пактов и конвенций, регламентировавших различные аспекты прав и свобод личности.

СССР подвергался критике со стороны западных политиков за невыполнение собственных обязательств и нарушение прав человека. Во многом советские законодательные нормы о правах и свободах человека формировались под давлением международного сообщества, влиянием неизбежных международных интеграционных процессов. Именно международные стандарты явились основным импульсом развития института прав человека в СССР, так как отечественные государственно-правовые традиции этому не способствовали.

Наиболее показательным в этом отношении является развитие института международной правовой помощи по гражданским делам, в котором зависимость формирования правовых норм и правоприменительной практики от требований международного сообщества проявлялась особенно ярко. Именно такая зависимость способствовала интенсивному правотворчеству, разработке механизмов реализации международной правовой помощи по гражданским делам в СССР.

Во многом развитие института международной правовой помощи по гражданским делам стимулировала эмиграция из СССР. В 1918–1922 гг. Советскую Россию покидали военные и гражданские лица, бежавшие от голода и победившей в ходе революции и гражданской войны советской власти. В 1941–1944 гг. – «невозвращенцы» – лица, перемещенные за границы СССР в ходе Второй мировой войны и уклонившиеся от репатриации на родину. Для эмиграции периода «холодной войны» (1960–1980-е гг.) характерен выезд из страны творческой интеллигенции. Эмиграция порождала массу правовых конфликтов, связанных с наследованием, расторжением брака, взысканием алиментов на несовершеннолетних детей, разрешить которые советским судам, органам нотариата, загсам путем применения лишь внутригосударственных

³ Всеобщая декларация прав человека: принята Генеральной Ассамблеей ООН (Нью-Йорк, 1948 г.) // Права человека. Сборник международных договоров. Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 1978.

правовых механизмов было не под силу. Поэтому обращение к компетентным органам зарубежных государств за оказанием правовой помощи по гражданским делам, а также взаимное исполнение аналогичных просьб с их стороны было неизбежно.

История формирования института международной правовой помощи по гражданским делам в советском праве охватывает период с Октябрьской революции 1917 г. по декабрь 1991 г. Эти даты в истории нашего государства имеют эпохальное значение, поскольку ознаменовали смену общественно-политического строя на территории России.

Несмотря на то, что без малого восьмидесятилетний период на фоне всей истории отечественного государства и права может показаться весьма незначительным, он насыщен историческими событиями, оказавшими влияние на формирование института международной правовой помощи по гражданским делам в советском праве. Среди таких событий: социалистическая революция и, как итог, – смена общественного и государственного строя, две мировые войны, важнейшие реформы в системе государственного управления и законодательства, перестройка, распад СССР, переход к демократическому и правовому государству.

В конце второго десятилетия прошлого века произошли события, которые кардинальным образом изменили дальнейшую судьбу нашего государства. Прежде всего, это Октябрьская социалистическая революция 1917 г., в результате которой на месте Российской империи появилось новое государство – Советская Россия с принципиально новыми государственным строем, политическими и международно-правовыми идеями. Изменили политическую карту мира и оказали существенное влияние на развитие международных отношений Первая мировая война и заключенный по ее окончании в 1919 г. Версальский мирный договор.

На данном этапе вопросы межгосударственного правового сотрудничества перед Советской Россией не ставились, поскольку первоочередные внешнеполитические задачи были направлены на свершение мировой революции, объединение пролетариата всех стран на основе отмены эксплуатации и частной собственности. Отрицание частноправовых начал в правоотношениях исключало необходимость правовой защиты имущественных прав и свобод советских граждан и организаций.

Историческое значение третьего десятилетия XX в. в становлении института международной правовой помощи по гражданским делам сложно переоценить. Анализ объективных государственно-правовых и экономических процессов, имевших место в СССР в 1920-х гг., позволяет утверждать, что на данном историческом этапе в советском государстве сложилась прогрессивная международно-правовая концепция, закрепившая стремление к правовому сотрудничеству по гражданским делам с другими государствами на основе двусторонних соглашений, а также принципа взаимности в отсутствие таких соглашений.

Более того, сформированные на данном этапе международные и законодательные основы международной правовой помощи по гражданским делам, правовые механизмы ее реализации, компетенция учреждений юстиции и органов внешних сношений в данной сфере в последующие десятилетия во многом оставались неизменными.

Образование в 1922 г. Союза Советских Социалистических Республик обусловило разделение компетенции между Союзом и союзными республиками, в том числе и в сферах внешних сношений, международного и внутригосударственного отраслевого правотворчества.

В межгосударственных отношениях этот период характеризуется постепенным международным признанием Советского государства, его стремлением к расширению географии дипломатических отношений на фоне стабилизации экономики и внутригосударственных механизмов. СССР заключил более сорока двусторонних договоров о мире, торговле, консульских конвенций с иностранными государствами, которые стали международно-правовой основой для реализации правовой помощи по гражданским делам. В эти же годы СССР делает попытки определить пути внешних сношений по правовым вопросам в отсутствие дипломатических отношений на основе взаимности.

Нэп возродил частноэкономические отношения и участие в них иностранного элемента⁴, которые нуждались в правовой защи-

⁴ О порядке вывоза и перевода за границу валютных ценностей: Декрет ВЦИК СНК РСФСР от 19 апреля 1923 года // Собр. Узак. РСФСР. 1923. № 32. Ст. 360; О порядке допущения иностранных фирм к производству

те, в том числе путем реализации международной правовой помощи по гражданским делам.

В международных соглашениях СССР и его внутреннем законодательстве нашло закрепление правовое положение иностранных граждан и организаций, сформулировано отношение государства к их имущественным правам и праву на доступ к советскому правосудию.

Быстрыми темпами идет законотворчество во всех отраслях советского права. ГПК РСФСР 1923 г.⁵ закрепил первые формы международной правовой помощи по гражданским делам, а гражданские и брачно-семейные кодексы⁶ – регулирование имущественных, наследственных, алиментных отношений, вопросы заключения и расторжения брака, в том числе с участием иностранного элемента.

В течение 1920-х гг. активно идет процесс формирования компетенции Народных комиссариатов иностранных дел и юстиции, советских органов внешних сношений, судов, нотариальных контор в сфере оказания международной правовой помощи⁷. Характерным является восполнение многих законодательных пробелов в регулировании данных правоотношений циркулярами, письмами, инструкциями НКВД и НКЮ.

1929 г. («год великого перелома») в истории СССР ознаменовал принципиально иной подход к развитию экономики страны форсированными темпами на фоне мирового экономического кризиса капиталистических государств. Изменилась также и социальная политика советского государства. 1929 г. положил начало наиболее трагическому периоду жизни советского народа, связанному с индустриализацией, коллективизацией, массовыми репрессиями.

торговых операций в пределах Р.С.Ф.С.Р.: Декрет ВЦИК СНК РСФСР от 12 апреля 1923 года // Собр. Узак. РСФСР. 1923. № 31. Ст. 345.

⁵ Гражданский процессуальный кодекс Р.С.Ф.С.Р.: утв. Постановлением ВЦИК РСФСР от 10 июля 1923 года // Собр. Узак. РСФСР. 1923. № 46–47. Ст. 478.

⁶ Кодекс законов о браке, семье и опеке от 19 ноября 1926 года // СУ РСФСР. 1926. № 82. Ст. 612.

⁷ О порядке заключения и ратификации международных договоров Союза ССР: Постановление ЦИК СССР от 17 мая 1925 года // СЗ СССР. 1925. Ст. 258.

Активизация международно-правовой политики СССР в этот период была обусловлена следующими причинами.

Отголоски первой волны эмиграции и нэпа, а также необходимость привлечения иностранных специалистов для подъема промышленности страны породили массу правовых конфликтов в наследственных, брачных, алиментных правоотношениях, которые ввиду наличия в них иностранного элемента не могли быть решены исключительно в рамках советской юрисдикции. В этой связи реализация международной правовой помощи по гражданским делам была объективной необходимостью.

Другим обстоятельством, в немалой степени способствовавшим развитию института международной правовой помощи по гражданским делам в этот период, стало стремление СССР закрепить отношения союзничества с другими государствами перед лицом фашистской угрозы. В середине 1930-х гг. СССР совершил обмен нотами с рядом государств о вручении судебных и несудебных документов и передаче и исполнении поручений иностранных судов, которые регулировали отдельные формы международной правовой помощи по гражданским делам и способы внешних сношений при ее оказании⁸. Данные соглашения положили начало межгосударственному правотворчеству, направленному на регулирование международной правовой помощи по гражданским делам.

В механизме советского государства были конкретизированы полномочия государственных органов, полномочных осуществлять правотворчество и правоприменение в сфере международной правовой помощи по гражданским делам.

⁸ Обмен нотами об исполнении судебных поручений по гражданским делам на условиях взаимности между СССР и Францией (Москва, 1930 г.) // Официально опубликован не был; Обмен нотами о порядке исполнения судебных поручений между СССР и Соединенными Штатами Америки (Москва, 1935 г.) // Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР. Отдел второй. 1936. № 4. Ст. 44; Соглашение между СССР и Францией о передаче судебных и нотариальных документов и выполнении судебных поручений по гражданским и торговым делам (Москва, 1938 г.) // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. IX. М., 1938.

Военные годы (1941–1945) естественным образом переориентировали внешне- и внутривластные цели и задачи СССР. Международно-правовая политика советского государства в целом и реализация международной правовой помощи по гражданским делам в частности на это время потеряли свою актуальность.

Победа СССР в Великой Отечественной войне кардинальным образом изменила вектор развития международных отношений в целом. С 1945 г. под эгидой ООН на базе основополагающих принципов международного права в совокупности с активной позицией СССР на международной арене формируется новый мировой порядок.

В послевоенные годы вопросы защиты наследственных и брачно-семейных прав приобрели особую актуальность. Причинами тому стали процессы невозвращения тысяч военнопленных и лиц, насильно вывезенных на работу в Германию («вторая волна эмиграции»), нахождение на территории СССР пленных солдат и офицеров, а также экономическая и культурная интеграция со странами народной демократии.

В силу этих причин международная правовая помощь по гражданским делам заняла значимое место в системе внешней политики СССР.

Со второй половины 1945 г. и до 1957 г. возможность оказания международной правовой помощи по гражданским делам ставилась в зависимость от наличия дипломатических отношений между СССР и другими государствами. При этом не требовалось прямого указания на нее в международных договорах СССР.

В послевоенные годы советское отраслевое законодательство о международной правовой помощи по гражданским делам и механизмы ее реализации оставались неизменными.

В 1956 г. на XX съезде КПСС наряду с осуждением культа личности И.В. Сталина обсуждалось международное положение СССР, роль социализма как мировой системы, был подтвержден ленинский принцип мирного сосуществования государств с различным социальным строем.

Другим значимым событием, обусловившим прогрессивный вектор развития международной правовой помощи по гражданским делам на последующие десятилетия, стало назначение в 1957 г. на должность министра иностранных дел А.А. Громыко,

с именем которого связаны успехи советской дипломатии эпохи «холодной войны».

С 1957 г. политика СССР в отношении международной правовой помощи по гражданским делам приобрела принципиально новые черты. Именно в этот период складывается международно-правовая доктрина государства в соответствии с установленными мировым сообществом стандартами, закрепление которой происходило в двусторонних международных договорах СССР о правовой помощи и правовом сотрудничестве⁹ и отраслевом советском законодательстве.

На данном историческом этапе в результате правовых реформ середины 1960-х гг. завершилось оформление международной правовой помощи по гражданским делам в самостоятельный правовой институт, располагающий собственными источниками в виде целого комплекса много- и двусторонних международных договоров и актов национального законодательства, государственным механизмом, призванным осуществлять правотворчество и правоприменение в данной сфере, гарантиями права заинтересованных граждан на обращение за оказанием такой правовой помощи.

⁹ Договор между СССР и Венгерской Народной Республикой об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам (Москва, 1958 г.) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 5; Договор между СССР и Румынской Народной Республикой об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам (Москва, 1958 г.) // Ведомости Верховного Совета СССР. 1958. N 21. Ст. 329; Договор между СССР и Народной Республикой Албанией об оказании правовой помощи по гражданским, семейно-брачным и уголовным (Москва, 1958 г.) // Ведомости Верховного Совета СССР. 1959. № 10. Ст. 72.

РАЗДЕЛ III

**ЭВОЛЮЦИЯ ПРАВА И ОБЩЕСТВА
В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ**

*К.Е. Сигалов**

**ХАРАКТЕР СОБСТВЕННОСТИ КАК ВЕДУЩИЙ
ПАРАМЕТР ГЕНЕЗИСА ПРАВОВОЙ ЦИВИЛИЗАЦИИ**

Мир многообразен и многолик, столь же многообразны и многолики правовые цивилизации. По мнению Самюэля Хантингтона, цивилизация – это «наивысшая культурная общность людей и самый широкий уровень культурной идентификации, помимо того, что отличает человека от других биологических видов. Она определяется как общими объективными элементами, такими как язык, история, религия, обычаи, социальные институты, так и субъективной самоидентификацией людей»¹. Эти параметры немаловажно действуют для всех феноменов социального бытия, в том числе и бытия правового, причем в различных социумах занимает различное место в иерархии ценностей.

Как отмечает А.В. Поляков, «в одних обществах право представляет собой высшую социальную ценность, подчиняя себе остальные ценности, в том числе моральные и религиозные. В других – отгесняется на второй план и играет роль вспомога-

* **Сигалов К.Е.** – доктор юридических наук, доцент, директор Центра правового регулирования финансово-экономических отношений Института проблем эффективного государства и гражданского общества Финансового университета.

¹ Хантингтон С. Столкновение цивилизаций. М., 2005. С. 51.

ную»². Правовая культура есть правовая среда обитания людей, существенная составляющая духовности той или иной цивилизации, определяющая условия бытия общества. «Цивилизация предполагает формальные механизмы упорядоченного, правового поведения, а не основанные на чьей-то милости, идее или доброй воле»³.

Собственность всегда была не только важнейшей сферой ответственности права, но и «отправной точкой», правового механизма. Именно она определяла «конфигурацию» самой власти, а также способы и приемы, с помощью которых власть управляла собственностью и обеспечивала порядок в обществе.

Право и правовые идеи являются отражением экономических отношений в обществе. Эти экономические отношения складываются объективно, они обусловлены господствующей производственной технологией и выражаются в тех формах собственности, которые преобладают в данной цивилизации. Исторический путь, пройденный страной, в огромной мере определяет и характер собственности, и конфигурацию власти, эту собственность защищающую.

Экономическое бытие права в определенный исторический период (т.е. в каждое конкретное время) и в определенной цивилизации (т.е. в каждом конкретном пространстве) имеют свою специфику и свое проявление. Для Западной цивилизации собственность и право были неотделимы. Полноценное развитие законов, регулирующих отношения собственности, возникло еще в Древнем Риме. Иеремия Бентам считал, что «собственность и право рождаются и должны умирать вместе. До появления законов не было никакой собственности: уберите законы – исчезнет всякая собственность»⁴.

Собственник желал, чтобы его право было защищено всегда и везде, вне зависимости от жизненных обстоятельств и физической возможности эту собственность охранять. Римское право су-

² Поляков А.В. Общая теория права. Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004. С. 255.

³ Мамардашвили М.К. Сознание и цивилизация. М., 2004. С. 20.

⁴ См.: Правовая мысль. Антология. Автор-составитель В.П. Малахов. М., 2003. С. 293.

мело создать систему отношений, предусматривающую пользу отдельных лиц и защиту частной собственности.

Пространственные факторы, как правило, объективируют внешние параметры бытия цивилизации, темпоральные – внутренние. Пространственные факторы включают в себя климат, природу, географическое своеобразие местности, население как данность, его численность, условия проживания, род занятий. Темпоральные – ментальность народа, представления о характере развития, договорные или традиционно-обычные характеристики отношений, значимость и ценность времени как такового, оперирование им в реальных жизненных ситуациях и прогнозах на будущее и своем месте в этом будущем. Характер собственности в равной мере определялся и пространственными, и темпоральными факторами. Зарождение собственности, ее начальные параметры – суть пространственные характеристики, развитие, наследование и перераспределение – темпоральные. Правовые и государственные феномены, ориентированные на пространственно-временные факторы складываются в глубокой древности. Складывающиеся еще в родоплеменном обществе два центра власти и два способа управления обществом характеризовали различные общественно-производственные технологии, различный способ ведения хозяйства, различные стимулы для его развития.

Пространственные параметры существования оказывали существенное влияние на становление как самой цивилизации, так определение ее правовых и политических факторов. Все условия жизни Востока не способствовали формированию частной собственности в силу специфики цивилизационной производственной технологии, необходимости задействовать большие массы людей в общественных работах. Роль личности в этих условиях была ничтожной, дистанция между отдельным человеком и властью – гигантской.

Древние греки были избавлены от жесткой необходимости позиционировать свое поведение, весь строй своей жизни от обязанности выполнять коллективные работы, зависеть от чьей-либо воли, в первую очередь от условий своего существования. Цивилизационная производственная технология предусматривала возможности индивидуализированной жизни и работы. Объединение

греков происходило исключительно для политических и военных целей.

Небольшие и изолированные друг от друга полисы предусматривали весьма активную политическую жизнь. Дистанция между народом и властью была, таким образом, не столь значительной, как на Востоке, а сама власть не носила характер закрытости и сакральности, ибо каждый из граждан мог быть избранным в органы власти, сам стать этой властью.

Явлений и отношений, которые появились в эпоху античности, никогда не было на Востоке, да они и не могли там возникнуть. В условиях античного способа производства центром земледельцев (земельных собственников) являлся город. Собственность отдельного лица, частная собственность существует наряду с общинной. Поскольку единственной сохранившейся большой совместной работой является война и политика, город организован не по производственному принципу, а как военная и войсковая организация.

В противоположность античному, в условиях азиатского способа производства индивиды относятся к земле – основному средству производства и объекту труда – как владельцы и как члены того или иного коллектива. При этом объединяющее единое начало выступает как высший собственник и или единственный собственник, в силу чего общины выступают лишь наследственные владельцы. Город создается как центр высшего единого начала и только там, где место особенно благоприятно для внешней торговли⁵. Данный способ производства получил последовательное развитие не только в Азии.

Для Западной цивилизации со времен античности было характерно наличие частного интереса, сферы отношений, когда человек вынужден сам обеспечивать свое собственное материальное существование, позиционировать свои отношения с другими индивидами, обществом в целом, государством и его институтами. Это заставляет всех участников данных отношений устанавливать границы таких отношений, их статус, права, обязанности и ответственность по отношению друг к другу. Это не исключает наличие

⁵ См.: Правовая мысль. Антология. Автор-составитель В.П. Малахов. М., 2003. С. 462–464.

коллективного, общественного и государственного интересов, столь же характерных личности, но производных от частного интереса. Частный интерес, фиксируя специфику общественно-производственной технологии, особенности общественных отношений и менталитет личности общества, сообщает конкретному праву неповторимые черты, особый характер и всю архитектуру правовой культуры. Тем не менее, сколь бы ни были свободными экономические отношения, они всегда должны регулироваться правом – именно поэтому-то они и становятся свободными. Как только право «упускает из виду» какую-либо сферу экономической жизни, в эту сферу немедленно врывается «право сильного», произвол, насилие и прочие проявления «неправ».

Вплоть до начала XX в. для значительной части мира, прежде всего, внеевропейского, понятие собственности касалось небольшой части населения. Обладать собственностью было привилегией господствующего класса, а иногда – только государя. Все остальные сами были собственностью тех, в чьих руках была военная сила и государственная власть, или просто собственностью как таковой не владели. В этих случаях экономическую жизнь организовывало государство в соответствии со своими требованиями: обороной, внутренним порядком, обеспечением жизни монарха и его приближенных, оправданием собственного существования.

Частный интерес как основа и движущая сила экономической жизни формирует отношения, складывающиеся между людьми, устанавливает степень самостоятельности и независимости каждого из членов общества. Эта самостоятельность и независимость может быть защищена не только и не сколько государственной властью и административным ресурсом, а именно правом, ибо самостоятельному и независимому человеку комфортнее и удобнее именно таким образом регулировать свои отношения с другими людьми, обществом и государством.

Практическая целесообразность имеет здесь огромное значение. Китайское государство регулировало в жизни буквально все стороны жизни человека, восточный деспот обязан был знать о жизни своих людей абсолютно все. Западное государство мало интересовалось частной жизнью человека, первоначально оставляя эту функцию за церковью, а затем и вообще оставив в покое част-

ную жизнь человека. Более того, именно приватность, частный характер жизни стал краеугольным камнем западной цивилизации. Государство ограничивало себя сбором налогов, внешней обороной и внутренней безопасностью. Западный феодал, даже имея своих крепостных, мало интересовался, что и на каком поле растет у его крестьянина, его интересовал не процесс, а результат. Контролировать каждый шаг человека считалось нецелесообразным. Именно поэтому экономическая и политическая целесообразность довольно рано привели к отмене крепостного права на Западе.

Главный правовой параметр экономического бытия права – это отношение к собственности. Собственность становится такой, когда из разряда «общей», т.е. ничьей, она становится частной, принадлежащей кому-либо. В этом случае отношения собственности нуждаются в регулировании, сама собственность – в защите. Иной статус приобретает и собственность, остающаяся в общественном пользовании – она тоже становится ценностью, и обладание ею нуждается в регулировании.

Можно заметить, что отсутствие частной собственности урезает сферу действия права. На Западе собственность, как и право, возрождается не вдруг и не сразу. Жак Ле Гофф отмечает: «Собственность как материальная или психологическая реальность была почти неизвестна в Средние века. От крестьянина до сеньора каждый индивид, каждая семья имели лишь более или менее широкие права условной, временной собственности, узуфрукта. Каждый человек не только имел над собой господина или кого-то обладающего более мощным правом, кто мог насильно лишить его земли, но и само право признавало за сеньором легальную возможность отнять у серва или вассала его земельное имущество при условии предоставления ему эквивалента, подчас очень удаленного от изъятого. Норманнские сеньоры, переправившиеся в Англию; немецкие рыцари, водворившиеся на востоке; феодалы Ильде-Франса, завоевавшие феод в Лангедоке под предлогом крестового похода против альбигойцев или в Испании в ходе Реконкисты; крестоносцы всех мастей, которые выкраивали себе поместье в Морее или в Святой земле, – все они легко покидали родину, потому что вряд ли она у них была. Крестьянин, поля которого представляли собой более или менее обратимую концессию со стороны сеньора и часто перераспределялись сельской общиной, согласно

правилам севооборота и ротации полей, был привязан к своей земле только волей сеньора, от которого он охотно ускользал сначала бегством, а позже путем правовой эмансипации. Индивидуальная или коллективная крестьянская эмиграция была одним из крупных феноменов средневековой демографии и общества».⁶

Понадобилась целая эпоха, когда экономическая основа создавала материальные условия существования представителей разных слоев общества как личностей. Когда медленно, но неуклонно формировалось представление о том, каково место человека в этом мире, насколько Божественное предопределение способствует или препятствует его собственным замыслам, и насколько автономен от других людей, общества и государства может быть каждый индивид. Право представляет собой идеальный механизм защиты частной жизни. Возрождение порождает новые экономические условия жизни, которые развивают в людях индивидуализм, а индивидуализм, в свою очередь, ведет к обращению к праву.

Но Русь–Россия – это особый мир, уникальная, неповторимая цивилизация, вобравшая в себя как западные, так и восточные черты. Формы собственности всегда носили особенный, отличный как Запада, так и от Востока, характер. Именно уникальный характер русской собственности обусловил социальную структуру общества, принципы общественных отношений – т.е. тип деятельности, и, соответственно, специфику власти на Руси. Многие из того, что было характерно для Западной Европы, не было характерно для Руси, не было применимо в социально-экономических и политических реалиях. Если в Германии технический термин, обозначающий право собственности, появился в XIII–XIV вв., то в России термины «собственность» и «право собственности» появляются значительно позже – в XVIII. При этом следует согласиться с А.Я. Гуревичем, что «отношения власти и собственности в средневековой России существенно влияли на формирование структуры общества и сознание людей»⁷.

⁶ Гофф Ле Ж. Цивилизация Средневекового Запада. М., 1992. С. 162–163.

⁷ Гуревич А.Я. Территория историка // Одиссей. Человек в истории. 1996. С. 107.

Огромные территории, экстенсивные сельскохозяйственные технологии, рискованный характер земледелия, общинный характер пользования землей создавали российскую специфику восприятия пространства. Русское представление о пространстве никак не сопрягалось с представлениями о границах и о владении этим пространством как ограниченной территорией. Земля никогда не была частной собственностью. Характер дворянского землевладения сложился только в XVIII в., до этого времени ни вотчины, ни поместья не могли считаться полноценной собственностью их хозяев, ибо таковые полностью зависели от верховного правителя.

В России всячески блокировалось (и «сверху» и «снизу») развитие института частной собственности. Собственность – это свобода, а свобода – это собственность. Вследствие отсутствия собственности отсутствовала и свобода. Отсутствие свободы порождало и специфику русского права и специфику российской государственности. То, что природа российской государственности отлична от западной, видно даже этимологически. Русское слово «государство» восходит к «государю», термину частноправовому, собственнику рабов и вещей. Западные обозначения государства (английское *state* или французское *etat*) являются публично-правовыми понятиями «состояния, упорядоченности». Английское слово «власть» (*power*) означает и силу. Русское слово «власть» восходит к глаголу «владеть». Западные государства уже в раннем средневековье четко разделяют публичную власть государя и его частную собственность, *imperium* и *dominium*. Если характер западной цивилизации заставил население найти формы совместного гражданского выживания через появление статутов, городского самоуправления, то на большей части России зачатки городского самоуправления появились только во второй половине XIX в.

Л.Л. Кофанов*

**ПИФАГОРОВО ПРАВИЛО «У ДРУЗЕЙ ВСЕ ОБЩЕЕ»
И ДВА КАЗУСА ЧРЕЗВЫЧАЙНЫХ СИТУАЦИЙ
В МЕЖДУНАРОДНОЙ ПРАКТИКЕ АНТИЧНОГО
СРЕДИЗЕМНОМОРЬЯ, ИЛИ О НОВЫХ ПОДХОДАХ
К ИСТОРИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА**

Когда речь заходит о древнегреческом философе Пифагоре, основавшем в конце VI в. до н.э. знаменитую пифагорейскую школу в г. Кротоне на юге Италии, называвшейся некогда Великой Грецией, то обычно вспоминают о его теории чисел, согласно которой все в природе выражается через то или иное число, понимаемое как некое мистическое выражение сущности вещей. Иногда к этому добавляют его учение в области теории музыки. Однако что касается его достижений в области теории права вообще и международного права в частности, то об этом известно в гораздо меньшей степени, во многих учебниках и пособиях по истории и теории государства, права и политических учений об этом ничего или почти ничего нет¹.

Между тем в самой античности именно Пифагора считали основателем не только самой идеи философии, но и политико-правовой теории как таковой. Согласно данным источников, Пифагор по прибытии в Италию примерно в 530 г. до н.э. настолько увлек своими идеями греков юга Италии и Сицилии, что *«пленил своими рассуждениями более двух тысяч человек; ни один из них не вернулся домой, а все они вместе с детьми и женами устроили*

* Кофанов Л.Л. – доктор юридических наук, профессор кафедры международного права Российской академии правосудия.

¹ О политической теории пифагорейцев см.: Minar E. Early Pythagorean Politics in Practice and Theory. Baltimore. 1942. P. 98–113; Нерсесянц В.С. Политические учения древней Греции. М., 1979. С. 28–49; Morrison J. S. Pythagoras of Samos // Classical Quarterly, 50, 1956. P. 152–156; Von Fritz K. Pythagorean Politics in Southern Italy. New York. 1940. P. 94–102; Петров А.В. Политическая теория в раннем пифагореизме: данные традиции // Античное общество. Проблемы политической истории. СПб.: Изд-во СПбГУ, 1997. С. 54–62.

огромное училище в той части Италии, которая называется Великой Грецией, поселились при нем, а указанные Пифагором законы и предписания соблюдали ненарушимо, как божественные заповеди. Имущество свое они считали общим...»².

Этот удивительный факт подтверждается многочисленными ссылками древних авторов на знаменитое учение Пифагора и пифагорейцев о дружбе, согласно которому центральным принципом является аксиома «у друзей все общее», причем греческий философ Платон, известный своими пифагорейскими воззрениями³, возвел принцип «когда чужое и мое не противоречат друг другу»⁴ в свою знаменитую теорию идеального государства. Он писал об этом так: «А где большинство говорит одинаково об одном и том же, что “эта вещь – моя” или “эта вещь – не моя”, там, значит, наилучший государственный строй»⁵.

Однако сама идея реального существования в древнегреческом и римском мире VI–IV вв. до н.э. каких бы то ни было известных сообществ, основанных не на частной, а исключительно коллективной собственности, в современной научной литературе подвергается резкой, почти уничтожительной критике, как например, известным знатоком италийского пифагореизма Л.Я. Жмудем⁶.

Быть может, философу подобное незнание правовых реалий VI–IV вв. до н.э. отчасти и простительно, однако всякий юрист-романист знает, что именно в V в. до н.э. в Законах XII Таблиц⁷

² Porph. Vit. Pytag. 20.

³ О пифагореизме Платона см., например: Суриков И.Е. Пифагор. М., 2013. С. 238–248.

⁴ Iambl. De vita Pytag. 30. 167–168.

⁵ Plat. De rep. V. 462c.

⁶ Жмудь Л. Я. Наука, философия и религия в раннем пифагореизме. СПб., 1994. С. 89 сл.

⁷ Lex XII tab. V. 10 B: *Serv. in Aen.* 8. 642 «*Донат (говорит): citae значит “разделенные”, как и в праве существует выражение ercto non cito, то есть “когда имущество или наследство не разделено”, ведь citus означает “разделенный”...*»; *Gai.* 3. 154a (= PSI 1182): «*Ибо некогда после смерти отца семейства между ближайшими наследниками сохранялось некое законное и в то же время естественное сообщество, которое называлось ercto non cito, то есть “при неразделенной собственности”;*

зафиксирована норма о т.н. *societas ercto non cito* – сообществе неразделенной, т.е. общей собственности, к каковой римский антиквар Авл Геллий и относил пифагорейское сообщество⁸. Даже в римском классическом праве широко известно «товарищество общей собственности» – *societas totorum bonorum*⁹, поэтому сомневаться в реальности существования этого института в древнем Средиземноморье не приходится.

В связи с этим важно хотя бы в самых общих чертах рассмотреть философско-правовые основы принципа «у друзей все общее».

Согласно пифагорейскому учению, основой всего, в том числе и государства, является гармония, а дружба – есть равноправие в гармонии¹⁰. Ставя дружбу в основу всяких отношений, он говорил, что именно она является основой и семейных отношений, и государства, и межгосударственных связей¹¹. Отсюда восприятие единицы, то есть стремления к единению, дружбе всего со всем как основы справедливости и сути всех вещей. Объединение всего

ведь erctum означает “собственность”, отсюда собственник зовется ercus. Ciere же означает “делить”, откуда мы и говорим “рубить”, “рассекать” и “делить”. Другие же из тех, кто хотел быть в одном и том же товариществе, могли достичь этого у претора посредством определенного легисакционного иска. В данном товариществе братьев и прочих лиц, которые по примеру братьев объединились со своими сочленами в товарищество, отличительной чертой было то, что один, даже если только один человек из сотоварищей, посредством манумиссии делал свободным общего раба, и тот получал свободу от всех (членов товарищества); таким же образом делало вещь общей посредством ее манципации одно лицо, которое получало в манципий...».

⁸ Gell. I. 9. 12: «Нельзя не упомянуть также и то, что всякий, как только был принят Пифагором в число его учеников, все свое имущество и деньги отдавал в общую казну и вступал в неразделимое товарищество наподобие древнего сообщества, которое по определению римского права называлось 'ercto non cito'».

⁹ См.: Gai. III. 148. «В товарищество мы обыкновенно вступаем или всем своим имуществом, или ради совершения одной какой-либо сделки...»; D.17.2.1.1: «При товариществе, объемлющем все имущество, все вещи вступающих в товарищество делаются немедленно общими...»

¹⁰ Diog. Laert. VIII. 1. 33.

¹¹ Iambl. De vita Pytag. 16. 69.

имущества между друзьями Пифагор допускал лишь при достижении высшей степени этих отношений, которые, согласно Аристотелю, были возможны только между братьями и близкими друзьями¹².

Для укрепления дружбы между согражданами одного полиса Пифагор советовал создать общую, составленную из взносов всех граждан казну государства¹³. Идею общности имущества друзей он распространял и на международные отношения. Главными принципами дружбы между народами пифагорейское учение декларировало стремление к взаимному познанию природы каждого народа, установление безусловно равноправных отношений между государствами, исключая порабощение одних другими, стремясь «никогда не изгонять из дружбы доверия»¹⁴.

Античная традиция утверждает, что благодаря последовательному проведению этих принципов пифагорейцам удалось на долгое время устранить смуту во всех городах Италии и Сицилии, не исключая и самих римлян¹⁵.

Аристотель, во многом следуя в своем учении о дружбе пифагорейцам¹⁶, вносит весьма важные уточнения: так, вполне в духе Пифагора он считает дружбу основой и семейных, и государственных, и международных торговых отношений, которые не могут существовать без некоей общности имущества, однако степень такой общности бывает разной и зависит от степени ее полезности, а «что всем на пользу, то и есть право»¹⁷. Главным для регулирования справедливости в дружеских отношениях он считает принцип «уделять каждому свое»¹⁸, впоследствии ставший основным

¹² Aristot. Eth. Nicom. 8. 11. 1159b 25 – 1160a 1.

¹³ Iamb. De vita Pytag. 9. 46–47.

¹⁴ Iamb. De vita Pytag. 33. 232.

¹⁵ Porph. Vit. Pytag. 21.

¹⁶ Как справедливо отмечает Жмудь, именно «Аристотель систематизировал как легендарную, так и философскую традицию... пифагорейцев» (Ук. соч. С. 113). О заимствованиях Платона и Аристотеля из пифагорейства говорили и сами пифагорейцы (Porph. Vit. Pytag. 53): Наконец, пифагорейцы жалуются, что Платон, Аристотель... присвоили себе все их выводы, изменив разве лишь самую малость...

¹⁷ Aristot. Eth. Nicom. 8. 11. 1160a. 10.

¹⁸ Aristot. Eth. Nicom. 9. 2. 1165a. 15: *А поскольку разное [причитается]*

принципом и римского классического права «*quique suum tribuere*»¹⁹.

Античная традиция приводит ряд примеров такой пифагорейской дружбы, когда совершенно незнакомые пифагорейцы из разных государств помогали друг другу значительными имущественными пожертвованиями, бескорыстно спасая незнакомых единомышленников от разорения лишь в силу принадлежности к пифагорейскому братству²⁰. Однако примеры частных взаимоотношений пифагорейцев не могут быть доказательством применения принципа «у друзей все общее» в межгосударственных отношениях.

В связи с этим следует упомянуть недавно опубликованное исследование Пауля Бартона²¹ о широком применении института дружбы в международных отношениях Рима и средиземноморских государств в IV-II вв. до н.э., который на самых разнообразных примерах доказывает практику применения пифагорейской и аристотелевской теории дружбы. Опираясь на это исследование, хотелось бы привести всего два, но, на мой взгляд, весьма значимых конкретных примера реализации и пифагорейского принципа «у друзей все общее» именно на примере взаимоотношений античных государств V-I вв. до н.э.

Первый пример касается событий в Риме начала V в. до н.э., то есть как раз времени процветания пифагорейского учения.

Во время плебейских волнений 494 г. до н.э. римские поля остались незасеянными, и Римская республика оказалась перед угрозой голода. Римляне отправили в целый ряд государств посольства с целью закупки хлеба, однако только в Сицилии у сиракузского тирана Гелона миссия римского посольства достигла своей цели: римляне по очень дешевой цене закупили так необхо-

родителям, братьям, товарищам и благодетелям, то и уделять следует каждому ему свойственное и подобающее).

¹⁹ D.1.1.10.1 (*Ulp.*): *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. (Предписания права суть следующие: жить честно, другому не вредить, каждому воздавать свое).*

²⁰ *Iambl. De vita Pytag.* 33. 237.

²¹ *Burton Paul J. Friendship and Empire. Roman Diplomacy and Imperialism in the Middle Republic (353–146 BC).* Cambridge, New York. 2011.

димый им в чрезвычайной ситуации угрозы голодного вымирания хлеб. Однако на этом их удача не закончилась, Гелон еще точно такое же количество хлеба доставил римлянам на собственных кораблях в качестве совершенно безвозмездного дара²².

Что двигало в данной ситуации сицилийским тираном? Какую выгоду от своего дара он преследовал? Безусловно, он стремился приобрести в римлянах новых друзей и, разделив их беду, заручился возможной будущей дружеской поддержкой. Такую поддержку сицилийские греки получили от римлян очень не скоро, хотя еще долгое время сицилийский хлеб не раз спасал римлян от голода²³. Тем не менее, применение принципа «у друзей все общее», проявляемого в чрезвычайных ситуациях, в данном случае совершенно очевиден.

Еще один пример относится к событиям 228 г. до н.э., связанным с землетрясением на Родосе, который в это время был хотя и небольшим, но ведущим в международной морской торговле хлебом государством, связанным договорами дружбы с большинством крупнейших эллинистических монархий. Помощь разрушенному Родосу пришла незамедлительно: по рассказу Полибия, помощь Селевкидов, Птолемея, сицилийского тирана и многих других государств была совершенно безвозмездна и столь значительна, что на много превысила понесенный родосцами ущерб²⁴.

Конечно, эллинистические монархи были заинтересованы в сохранении роли Родоса в организации международной торговли хлебом, связывающей все восточное Средиземноморье, однако и здесь ясно прослеживается действие пифагорейского принципа «у друзей все общее», понимаемого в значении русской поговорки «друзья познаются в беде».

Умение Родоса дружить особенно хорошо видно в отношениях с Римом. В течение многих веков римляне практически делили с родосцами не только военные успехи (римляне гаранти-

²² Dionys. VII. 1. 3-6.

²³ О снабжении Рима сицилийским хлебом в V-III вв. до н.э. см.: Soraci C. *Sicilia frumentaria. Contributi allo studio della Sicilia in epoca repubblicana* // *Quaderni Catanesi di Studi antichi e medievali*. Vol. II. Catania. 2003. P. 293–299.

²⁴ Polyb. V. 89–90 (228 г. до н.э.).

ровали военные действия на суше, а родосцы – на море), но и свое государственное достояние: во времена Полибия римляне имели в государственной собственности огромное имущество, в управлении которым так или иначе принимали почти все римские граждане. Однако нередко ошибочно считается, что к государственным откупам допускались только римские граждане, что прямо противоречит данным источников о том, что родосцы как друзья Рима осуществляли государственные закупки и поставки зерна римлянам, а также государственные откупа таможенных портовых пошлин на всех островах восточного Средиземноморья²⁵. Здесь также очевидно использование принципа «у друзей все общее».

Возвращаясь к упомянутой выше книге Бартона о роли дружбы в международном праве Рима, следует отметить, что ученый нередко сравнивает Рим с США и их дружбой с ЕС. Он находит довольно много аналогий, однако в целом сравнение не в пользу США. Кратко его идеи выражает приводимая им же цитата из работы другого американского ученого Либоу, который пишет следующее: «Война в Ираке трансформировала Соединенные Штаты из страны, пользующейся огромной симпатией в связи с атакой 9 сентября, в чрезмерно раздутого, чрезвычайно неприятного почти изгоя»²⁶. Говоря об общей собственности современного международного сообщества, следует вспомнить МВФ, некогда задуманный как касса взаимопомощи, но сегодня часто воспринимаемая как опаснейшая западня, как вечная долговая яма. Хотя и сегодня все еще соблюдается международный обычай оказания материальной помощи терпящим бедствие государствам, однако, к сожалению, в современном международном праве следы пифагорейской дружбы более чем неприметны.

²⁵ См. об этом: Кофанов Л.Л. Загадка *ius gentium* и влияние родосского права на формирование римской концепции консенсуальных контрактов // *Ius Antiquum. Древнее право*. 3 (28). 2013. С. 123 сл.

²⁶ Lebow R.N. *A Cultural Theory of International Relations*. Cambridge. 2008. P. 459.

А.Е. Шевченко, О.С. Туренко**

НАРОДНЫЙ СУВЕРЕНИТЕТ – ПРОТИВОРЕЧИЕ ЛЕГИТИМНОСТИ И ЗАКОННОСТИ: ИСТОРИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ И ПРИНЦИПЫ ПРЕОДОЛЕНИЯ

Можно утверждать, что идея народного суверенитета, народовластия является одной из древнейших – той проверенной историей практикой, которая известна с периода становления государственных институций, зарождения цивилизаций. Письменное подтверждение возникновения и развития идеи народного суверенитета в истории становления европейской цивилизации прослеживается с периода античности. Ярким примером воплощения этой идеи можно считать реформы Солона, которые не только закрепили в Афинском полисе принципы демократии, но и утвердили верховенство власти народа над государством и его законами. Таким образом, Афинский полис стал первой государственной формой, основанной на принципе народного суверенитета – его законный порядок базировался на воле народа.

В ходе исторического развития европейского государства идея народного суверенитета обрела глубокое философское обоснование и четкие юридические формы. Эта идея, с периода буржуазных революций, приобретает характер политической теории и утверждается в конституционной практике (законодательстве Республики соединенных провинций и Славной революции в Англии, Декларации независимости Соединенных Штатов).

Однако с момента своего возникновения теория народного суверенитета имеет «природное» противоречие. Особенность этого явления раскрывает В. Иванов, который отмечает, что «...поскольку нация – суверен, то выходит, что суверен самогра-

* **Шевченко А.Е.** – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Донецкого юридического института МВД Украины.

* **Туренко О.С.** – кандидат философских наук, старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права Донецкого юридического института МВД Украины.

ничивает себя. Однако если суверен чем или кем-либо ограничен, хотя бы и самим собой, то он а priori перестает быть сувереном в полном смысле этого слова. И тем более суверен не может быть никому и никак «подчинен». Продолжая известную мысль Эдмунда Берка, нужно констатировать, что теория «народного суверенитета» находится в непримиримом, непреодолимом противоречии с понятиями власти и государства»¹.

Другими словами, в теории народного суверенитета заложена «первичная дихотомия», несоответствие динамики воли народа с законным правопорядком государства. В рамках анонсированной проблемы авторы статьи ставят перед собой цель: очертить исторические тенденции и принципы разрешения противоречия, которые существуют во взаимодействии народной легитимности и государственной законности.

Исторические основы разрешения противоречия легитимности и законности в древнегреческом обществе находили свое начало в рамках мифологического мировоззрения, которое, оперируя сакральными категориями космоцентризма, гармонизовала дуализм этих понятий. Примером такого подхода может служить точка зрения Гесиода.

У древнегреческого мыслителя космический порядок обеспечивали два феномена – справедливости (Дике) и благозаконие (Эвномия). При этом волю Дике в полном объеме мог трактовать и осуществлять только народ, а устанавливая благой порядок, опираясь на трактовку воли Дике, представительный орган народа или *басилевс*.

В отличие от древнегреческой традиции преобладания воли народа римская история политической мысли, с некоторыми оговорками, развивала идею прерогативы неограниченной власти царя. Древнеримская традиция наделяла суверенного правителя – «августа» – неограниченной властью. Как «столб», соединяющий небо и землю, «созидатель» законов Август концентрировал в себе два концепта: «высшего носителя всемирного господства» и «са-

¹ Иванов В. К критике современной теории государства. М., 2008. С. 14–15.

мосозидательный порядок или авторитет»². Благодаря этим качествам Август приобретал значение волевого авторитета, верховного властителя.

Однако императивная воля августа, которая существовала в форме государственных законов, в какой-либо момент могла быть отменена волей народа или же авторитетной властью Сената. Что фиксирует известная формула Цицерона: «*Cum potestas in populo, auctoritas in senatu sit*» (Исполнительная власть находится в Сенате, тогда как власть принадлежит народу). Разъясняя цицероновское высказывание, П. Розанвалон отмечает, что в римском понимании этого выражения «...власть принуждения принадлежит непосредственно и безусловно народу, а орган власти не является чьей-либо собственностью, он является регулирующей функцией, эффективность которой опирается на имплицитном консенсусе»³.

Однако имплицитный консенсус между *potestas* и *auctoritas* для римского государства и общества утвердился в неограниченной власти августа – в сакрализованной доктрине *imperium Romanum*. Эта доктрина привела к тотальному политико-правовому объединению концептов легитимности и законности в форме абсолютной концентрации власти в руках императора, который наделялся эпитетом «*numen*» («таинственная сила», «божество»).

Таким образом, римская политико-правовая мысль в вопросе синхронизации легитимности и законности утвердилась на тотально патриархальных позициях. Римская государственная доктрина легитимизировала законность волей сакрального лица – императора, который воплощал трансцендентную волю и олицетворял в себе единство небесного и земного.

Христианская парадигма разрешала противоречие между легитимностью и законностью также в рамках патриархально-сакральной традиции. Начиная с раннего Средневековья «государ-

² Ильин М.В. Суверенитет: развитие понятийной категории / Суверенитет: трансформация понятий и практик / Под ред. М.В. Ильина, И.В. Кудряшовой. М., 2008. С. 24–25.

³ Розанвалон П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність; пер. з фр. Євгена Марічева. К., 2009. С. 124.

ство, церковь и нация образуют духовное единство»⁴, которое осознавалась как идеальная общности верующих: «*Respublica Christianorum*». Единство трех социально-политических единиц легитимировалось волею Бога и строго иерархичным принципом закона, доктрину которого обосновал св. Августин⁵. Однако, как и в античность, окончательное право толковать волю трансцендентного отдавалось народу.

В этом смысле И.П. Медведев отмечает, что средневековому образу мышления свойственно: божественное происхождение верховной власти, которое понимается в том смысле, что Бог вдохновляет народ, что народ – это инструмент в руках Бога в вопросе об избранности и носителя верховной власти, которая опосредованно исходит от Бога, но непосредственно – от поданных-христиан государства.

При этом перенос суверенитета на личность императора мыслился как временный, на период его жизни, а реальный суверенитет оставался за народом, который мог проявить инициативу в случае вакантности трона или немощи монарха⁶.

Таким образом, гармонизация легитимности и законности в патриархальном мировоззрении происходила за счет иерархичного принципа разрешения их противоречий. Какой-либо законный порядок оправдывался наличием трансцендентного, императивного образа (идеальной формы, что требует своей реализации). Ступени реализации законности (справедливого порядка) имели четкую последовательность – духовенство, светские правители и народ. Какие бы формы политической конкуренции не принимала борьба между первыми сословиями – светской и духовной властью, свое право на законное правление они окончательно получали у воли народа. Поэтому средневековая практика «представительства»

⁴ Шпенглер О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. 2. Всемирно-исторические перспективы; пер. с нем. и примеч. И.И. Маханькова. М., 1998. С. 251–252.

⁵ Туренко О. С. Августинова версія закону – європейський пошук легітимації індивідуального // Схід., 2013. № 6 (126). С. 282–285.

⁶ Медведев И.П. Правовая культура Византийской империи. СПб., 2001. С. 48.

осмысливалась как Богом данный порядок, где король «представлял» свое королевство, епископ – свою Церковь, герцог – своих нижних вассалов и так далее. Но основой легитимности какой-либо власти, принципов коллективной справедливости опять-таки оставался народ – его историческая воля.

Народ имел свое безусловное представление о справедливости (в древнерусской общинной традиции – Правде), которая трактовалась как возвращение к эдемской гармонии жизни в лоне Бога, возвращение к старым традициям прашуров. Разрушить это мировоззренческое убеждение Средних веков ни Церковь, ни государство не смогли. Больше того, все народные восстания или революции проходили под знаменем «возвращения к старому порядку», где воля народа имела высшую силу и неотчуждаемое право легитимизировать власть и закон. Однако механизмом воли новой, легитимной власти в представлении восставшего народа опять-таки был представительный орган или авторитетный правитель, которые получали власть от народа и которые исполняли свою функции (прежде всего устанавливали правопорядок) как сакральное лицо или орган.

В эпоху, когда утвердилась договорная теория возникновения государства и концепт его рациональности, государство стало осмысливаться как «рациональный порядок» (*англ. state; нем. staat; фр. etat; умал. stato*), а политика оценивалась фактором профанного исторического времени⁷. Эти две теории заложили основу ратификации верховенства прав человека в общественной и политической жизни, которые дали возможности по-новому оценить и развить концепт народного суверенитета.

Как известно, теория народного суверенитета окончательно утверждается в политической философии Ж.-Ж. Руссо. Французский философ провозгласил, что суверенитет возникает и правит с момента общественного договора народа, актом его воли, которая утверждается в законах. Суверенитет, отмечает женевец, «...есть исключительно осуществление общей воли ...он никогда не отчуждается и является коллективным существом и может быть пред-

⁷ Мере Ж. Принципи суверенітету. Історія та основи новітньої влади; перекл. з французької Л. Кононовича. Львів, 2003. С. 33.

ставлен лишь самим собой»⁸. Утверждение в политической и юридической теории верховенства прав человека над коллективным и идеи народного суверенитета подорвало сакральность абсолютной власти королей. В результате чего, как замечает Г.И. Мусихин, «...понятие монархии превратилось в сложное комплексное образование, где сочетались патриархальные, религиозные, договорные и правовые элементы»⁹. Развитие общества требовало нового политического концепта, который в ускоренных условиях политического и экономического развития буржуазного общества мог обеспечить синхронизацию легитимности и законности.

Поиск нового мировоззренческого обоснования законного порядка практически был завершён в XVIII столетии. Американская революция отказалась от старой идеи возрождения «старого порядка», которая обосновывала свою легитимность на единстве народных представительных органов с сакрализованной фигурой короля и видоизменилась в полноценную идею народного суверенитета. Провозглашенный принцип Конституции США «Мы, народ Соединенных Штатов...» стал новой формой легитимности, народного суверенитета и отправной точкой формирования права. Как отмечает Ч. Тейлор, американская конституция, которая прямо устанавливала республику в границах модерного морального порядка – как проявление воли народа, уже не нуждались в какой-либо сакрализации первоначального закона, а провозглашала, что первичный и неотъемлемый источник законности и легитимности находится только в воли народа¹⁰.

Опережает действие принципа народного суверенитета разработанная просветителями теория прав человека, которая опиралась на идеализированный порядок «естественного закона» и ссылку на «самоочевидную истину». Теория прав человека мобилизовала американских колонистов на борьбу за свои политиче-

⁸ Руссо Ж.-Ж. Суспільна угода, демократія і представництво / Демократія: Антологія; упоряд. О. Проценко. К., 2005. С. 239.

⁹ Мусихин Г.И. Суверенитет, монархия и революция: история становления и взаимоотношения понятий / Суверенитет: трансформация понятий и практик. М., 2008. С. 51.

¹⁰ Тейлор Ч. Секулярна доба. Книга перша. К., 2013. С. 316.

ские права. Ключевым механизмом в этом процессе стали представительные органы власти, которые обеспечивали переход от теории прав человека и иллюзорной воли народа к государственной практике.

При этом был утвержден либеральный в своей основе принцип суверенной правомерности новых поколений. Было обосновано, что каждое новое поколение может быть субъектом легитимности реформаторских законов и имеет право видоизменять государственное устройство в зависимости от своих аксиологических убеждений и целей. В этом плане показательным является мысль Т. Пейна, который провозглашает, что «...никогда не существовал, и не будет существовать и не может существовать парламент или какая-нибудь человеческая структура или генерация людей, которая имела право или власть подчинять поколения и управлять ими “пока существует мир”. Никто не имеет ни права, ни полномочий навсегда определять методы управления миром или стремления вечно управлять ним... Каждое поколение или генерация имеет право быть свободными в своих делах ко всем поколениям, как и поколения и генерации, что опережали их. Дерзкое и самоуверенное право на вечное управление являются смешным и наглым проявлением тирании»¹¹.

Теория прав человека и право каждого поколения на реформирование государственных институций и правопорядка коренным образом изменила смысл идеи народного суверенитета, а за ним механизмы синхронизации легитимности и законности.

Начиная с Французской революции в европейских странах утверждается принцип, что легитимность политической власти и законности базируется только на воле народа. При этом революционные события раскрыли ключевую особенность воли народа (нации). Она проявляется в крайне динамичных, неустойчивых и хрупких границах, и это качество объективно вызвало у государственной и интеллектуальной элиты так называемый «либеральный страх». Массовое общество неуклонно требовало непосредственного участия в управлении государством, формировании принципов правопорядка. То есть стал вопрос о формировании

¹¹ Пейн Т. Права людини. Пер. з англ. Ігор Савчак. Львів, 2000. С. 19–20.

новых принципов синхронизации общественной легитимности и законности.

Путь к гармонизации этих двух категорий и социально-политических институций был найден в форме прямой демократии, практическое воплощение которой наблюдается в европейских странах в XIX в. В эту эпоху, по мнению Ч. Тилли, «...начинается повсеместный переход к прямому правлению: создаются такие структуры, которые обеспечивали непрерывную связь и непрерывный контроль от центральных институтов к отдельным местностям и даже семейным домашним хозяйствам и обратно... прямое правление приобретало разнообразные формы: от унитарных иерархий централизованной монархии до сегментов федеративных образований. В широком смысле прямое правление заложило крепкую основу под процессы создания гражданства и таким образом сделало демократию возможной»¹².

Прямая демократия, которая существует в рамках массового общества, индивидуализирует народный суверенитет. То есть прямая демократия минимизирует проявления воли народа на отдельные классы и общественные группы и тем усложняет процесс легитимности законности – делает его хрупким, неустойчивым и крайне динамично субъективным процессом «вопрошания». Это свойство прямой демократии в форме тоталитарных государств вызвало консервативную реакцию – уничтожение политического пространства (Х. Арндт), где могли находить свою синхронизацию народная легитимность и законность.

Выходом из создавшегося положения стало утверждение в западной цивилизации гражданского общества, которое выступает легитимной и самоорганизующейся институцией народного суверенитета. С XX столетия гражданское общество играет роль субъекта постоянного контроля и формирования направления развития государства. Теперь для своего структурного и законного существования и позитивного развития государство обязано постоянно находиться в правовой коммуникации с гражданским обществом, в процессе «проговаривания» важнейших законодательных инициа-

¹² Тилли Ч. Демократия. Пер. Т.Б. Менской; предис. Г. М. Дерлугьян. М., 2007. С. 36.

тив. При этом действие обеих субъектов взаимодействия формируется на принципах защиты прав человека, верховенства права, деидеологизации государственной власти, снижения ее бюрократической иерархизации и демократизации социально-политических процессов. Упомянутые принципы взаимодействия гражданского общества и государства формируют правовые механизмы синхронизации противоречий, народный суверенитет и сопутствуют эффективной динамике легитимности и законности.

*Л.Ю. Костогрызова**

К ВОПРОСУ О ФОРМЕ ПРАВЛЕНИЯ В ВИЗАНТИИ

Попытки четкого определения формы правления в Византии предпринимались еще в XIX в. Уже тогда в среде ученых не было однозначного ответа на этот вопрос. В современном византиноведении ситуация не изменилась, кроме того, появилось смешение политических идей с государственно-правовыми нормами¹, иными словами, желаемая форма правления зачастую выдается за действительную. Поэтому проблема до сих пор остается нерешенной, точнее, решенной не до конца.

Исследователи уверены в том, что формой правления в Византии была монархия, но вот абсолютная или ограниченная, – вопрос дискуссионный. Если она являлась ограниченной, то было ли это оформлено законодательно или существовал негласный обычай, соблюдаемый всеми? Попытаемся выяснить, какая форма правления была *юридически* закреплена в этой стране, основанной на праве.

В современной теории государства и права монархия – форма правления, при которой высшая государственная власть принадлежит единоличному главе государства – монарху, который

* **Костогрызова Л.Ю.** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры истории государства и права ФГБОУ ВПО «Уральская государственная юридическая академия».

¹ Медведев И.П. Правовая культура Византийской империи. СПб., 2001. С. 29–30.

занимает престол по наследству и не несет ответственности перед населением². Таким образом, в определении присутствуют три признака монархии: 1) единоличный глава государства; 2) передача престола по наследству; 3) невозможность привлечения монарха к ответственности перед населением.

Отметим, что в Византии все обозначенные признаки *de jure* отсутствовали. Так, хотя императорская власть в сознании ромеев мыслилась в единственном лице, в Восточно-Римской империи имело место так называемое «многоцарствие», допускавшее наличие одновременно двух, трех и более императоров, обладавших с формально-правовой точки зрения равными властными полномочиями³. С одной стороны, это наследие тетрархии позднеримской эпохи, с другой – попытка закрепить престол за человеком, угодным василевсу, что является следствием отсутствия закона о престолонаследии, казалось бы, обязательного при монархии.

Высокие шансы для занятия престола давало порфиророждение. Эпитет «порфирородный», т. е. рожденный в Порфире, особом здании дворца, означал, что родители василевса занимали тогда императорский трон, следовательно, у него имелись права, которые если не юридически, то в силу обычая давали ему ряд преимуществ перед «непорфирородными». Тенденция закрепления этого права прослеживается довольно четко: если в XI в. порфирородные составляли пятую часть василевсов, то в XII в. почти половину, а с 1261 г. и до конца империи на престол всходили лишь двое непорфирородных⁴.

И все же узам родства при наследовании трона придавалось небольшое значение. Так, исследователи отмечают, что если сын взшел на престол после отцеубийства, то он считался наследником не столько по праву родства, сколько потому, что решился на увенчавшийся успехом дерзкий поступок⁵.

² Теория государства и права: Учебник для вузов / Отв. ред. В.Д. Перевалов. М., 2011. С. 106.

³ Величко А.М. Византийская симфония. М., 2013. С. 176.

⁴ Литаврин Г.Г. Как жили византийцы. СПб., 1997. С. 54

⁵ Dagron G. Emperor and Priest: The Imperial Office in Byzantium. Cambridge, 2003. P. 39–40.

Надо сказать, что в Византии сложилась парадоксальная ситуация, когда «смелый и энергичный человек поневоле должен был обращать взоры на престол, так как своими качествами и подвигами возбуждал подозрение в стремлении к узурпации и через это подвергался личной и имущественной опасности, от которой мог избавиться, только взойдя на престол»⁶. Не случайно с 395 по 1453 г. из 107 государей, занимавших трон Византии, только 34 умерли своей смертью, 8 погибли на войне или стали жертвами случая; остальные отреклись, добровольно или уступая насилию, или же умерли насильственной смертью, будучи отравлены, заколоты кинжалом, удушены, искалечены; за 1058 лет насчитывается в общей сложности 65 дворцовых переворотов⁷. Только с 865 по 1185 г. отмечено около 140 попыток захвата власти⁸.

Отсутствие юридически закрепленной передачи власти по наследству являлось фактором, ограничивающим власть византийских императоров, поскольку они вынуждены были искать иные способы легитимации своей власти, как, например, присяга на верность⁹.

Еще одним способом стал обряд венчания на царство и миропомазания, впервые примененный на практике Львом I (457 – 474), пришедшим к власти с помощью войска. Проводимый патриархом обряд стал главным актом легитимации этого и последующих императоров на престоле.

После помазания на царство сомневаться в законности пребывания у власти того или иного человека было невозможно. Независимо от того, каким способом добился власти человек, обряд миропомазания очищал все его грехи, снимал все преступления, на

⁶ Скабаланович Н.А. Византийское государство и церковь в XI в. От смерти Василия II Болгаробойцы до воцарения Алексея I Комнина. Кн. 1. СПб., 2004. С. 258–259.

⁷ Диль Ш. Основные проблемы византийской истории. М., 1947. С. 61–62.

⁸ Медведев И.П. Указ. соч. С. 69–70.

⁹ Одну из таких присяг, содержащуюся в «Синодальном акте константинопольского патриарха Михаила Анхиала 1171 г. о приводе архиереев к присяге на верность императору Мануилу Комнину и его новорожденному сыну Алексею», И.П. Медведев вслед за А. Пертузи даже считает законом о престолонаследии. См.: Медведев И.П. Указ. соч. С. 51–57.

престол всходил обновленный человек, *homo renatus*, всходил в новом качестве, которое постоянно подчеркивалось самими ромеями – в качестве избранника Божьего. Император Константин VII Багрянородный писал своему сыну, что «Бог... возводит на трон василевсов и вручает им власть надо всем... Он избрал тебя... и даровал тебе царство свое как лучшему из всех»¹⁰. Удачно осуществленным заговором против правящего императора находилось приличное объяснение. Приводились подтверждения того, что восшествие на трон императоров-«выскочек» предваряли чудесные события, т.е. Господь заранее давал знать об особом предназначении таких лиц¹¹.

Сами византийцы не склонны были отождествлять сменяемость и выборность императоров с хаосом или анархией, подчеркивая при описании провозглашения императором, что все это совершается не случайно, а по установленному порядку.

Получается, что для ромеев отсутствие закона о престолонаследии не являлось насущной проблемой. В процессе передачи императорская власть казалась абсолютным и почти магическим феноменом, потому и не было институционального критерия для проверки ее легитимности¹². Более того, на наш взгляд, отсутствие закона о престолонаследии было не случайным, т.к. позволяло сохранить преемственность с древнеримской республикой и давало шанс достойному, которому Бог позволил царствовать.

Такой фатализм людей по отношению к стране не мог не пробудить у всякого рода авантюристов желание использовать все средства для достижения заветной цели – власти. Не важно, кто окажется на троне, если все во власти Бога, который и правит страной. Этот топос мышления, по мнению исследователей, был характерен для всего средневековья: божественное происхождение власти понималось в том смысле, что Бог вдохновляет народ, что народ – это инструмент Бога в вопросе об избранности носителя власти; политическая власть опосредованно исходит от Бога, но

¹⁰ Константин Багрянородный. Об управлении империей. М., 1991. С. 33–35.

¹¹ Величко А.М. Византийский монархизм // Правоведение. 2005. № 5. С. 182.

¹² Dagron.G. Op. cit. P. 21.

непосредственно – от граждан государства¹³. С последним связаны самые распространенные способы легитимации нового правителя – его одобрение (в римских традициях) сенатом, народом, синодом и войском, точнее императорской гвардией. Во всех случаях, когда высшая власть обращалась к воле подданных, расточались царские благодеяния: члены сената повышались в должностях, народу раздавались подарки и всем давались щедрые обещания. Понятно, что невыполненные обещания могли закончиться свержением «неугодного» правителя – т.е. так называемое «гражданское общество» ограничивало власть василевса, требуя исполнения данных обещаний.

Особенностью Византии являлось то, что принадлежность верховной власти Богу (Христу) была законодательно оформлена в «Эпанагоге» и «Василиках»: «Верховным законодателем, судьей и правителем церковно-государственного организма является сам Господь... Органами и представителями его на земле являются царь и патриарх...»¹⁴. Это положение не только имело идеологическое значение (богоизбранность Византии, связь василевса с Богом), но и получило внешнее оформление: во время приемов самодержец восседал на двухместном троне: в будни – на правой его стороне, а в воскресенье и в праздничные дни – на левой, оставляя место для Христа, которого символизировал положенный на сиденье крест¹⁵. Т.е. Господь не оставлял избранную Им империю и в какой-то степени ограничивал василевса: тот понимал, что «по воле Божьей» он может в любой момент потерять свою власть – напоминанием об этом служил постоянно носимый им мешочек с пылью – акакия. Правителя также связывал строгий церемониал, заставляя его выполнять порой неприятные вещи, например, накануне праздника Пасхи он должен был в храме Св. Софии омыть ноги двенадцати беднейшим гражданам. Будни василевса были расписаны по минутам, а во время некоторых праздничных церемоний его можно было только пожалеть.

¹³ Медведев И.П. Указ. соч. С. 48.

¹⁴ *Collectio librorum juris graeco-romani ineditorum. Ecloga Leonis et Constantini, Epanagoge Basilii Leonis et Alexandri. Edidit Carolus Eduardus Zachariae a Lingenthal. Lipsiae, 1852. P. 63–64.*

¹⁵ Каждан А.П. Византийская культура. СПб., 1997. С. 105.

Согласно византийским законам, «так как государство, наподобие человека, состоит из частей и членов, то наиважнейшими и необходимейшими членами являются царь и патриарх, почему мир и благоденствие подданных и зависят от единомыслия и согласия царской и патриаршей власти»¹⁶.

Здесь подчеркивается равенство василевса и вселенского (константинопольского) патриарха и их сотрудничество (симфония) – они отвечают за разные сферы жизнедеятельности ромеев. Они не должны вмешиваться в дела друг друга, но – что важно – могут ограничивать друг друга в случаях произвола и злоупотребления властью.

Особенностью византийской монархии стало то, что законы перечисляли полномочия василевса. Так, согласно «Эпанагоге», император – «правовая власть, общее благо для всех подданных, ни наказующая из ненависти, ни награждающая по пристрастию; царь, как справедливый посредник в состязании, каждому воздает должное по заслугам (§1). Задача императора – охрана и обеспечение существующих сил (народных) добрым управлением, восстановление поврежденных сил бдительною заботою, приобретение новых сил мудростью и справедливыми путями и действиями (§2). Цель императора – благодетельствовать (§3)... Император должен защищать и подкреплять, во-первых, все, написанное в Божественном Писании, потом все догматы, установленные семью Святыми Соборами, а также избранные римские законы (§4). Император должен быть отличнейшим в православии и благочестии и прославленным в божественном усердии, сведущим в догматах о Святой Троице и в определениях о спасении...» (§5)¹⁷. Что касается остальных полномочий василевса, то они совпадали с полномочиями императора, перечисленными в «Дигестах» Юстиниана, за исключением того, что при принятии новых законов он должен

¹⁶ Сокольский В.В. О характере и значении Эпанагоги: очерк по истории византийского права // Византийский временник. Том 1. СПб., 1894. С. 29.

¹⁷ Цит. по: Николин А. Церковь и государство (история правовых отношений). М., 1997. С. 41–42; Грибовский В.М. Народ и власть в Византийском государстве. Опыт историко-догматического исследования. СПб., 1897. С. 325–326; Сокольский В.В. Указ. соч. С. 29–30.

был руководствоваться существующими обычаями и духом действующих законов и не допускать введения того, что противоречит церковным канонам¹⁸. Разумеется, василевс сам не должен нарушать законы и каноны, ибо «императору подобает верховное попечение и забота о спасении подданных... император может все новые явления и исправлять и упорядочивать, и приводить к надлежащим условиям и правилам... Император есть блюститель канонов и божественных законов»¹⁹.

В «Василиках», с одной стороны, окончательно формулируется норма, согласно которой император свободен от закона, а любое его волеизъявление имеет силу закона (В.П.6.1-2), с другой стороны, устанавливается, что всеобщие законы обязательны также и для императора, и любой рескрипт, устанавливающий противоречащую законам норму, недействителен (В.П.6.9). Исследователи не видят «дихотомии между этими положениями: хотя рескрипты императора, противоречащие действующим нормам позитивного права, не имеют обязательной юридической силы, сам он остается единственным субъектом правоустановительной деятельности, а его конституции – основным источником права»²⁰.

Не так давно появились работы, в которых ставится вопрос о существовании в Византии неписаной конституции, ограничивающей царскую власть²¹. Если при неограниченной (абсолютной) монархии монарх является единственным высшим органом государства и осуществляет законодательную функцию (воля монарха – источник права и закон), то при ограниченной монархии высшая государственная власть рассредоточена между монархом и другим органом или органами, и может быть ограничена конституцией²². Конечно, в формальном смысле конституции, как «наивысшей правовой формы, в которой официально закрепляются

¹⁸ Медведев И.П. Указ. соч. С. 62. Курганов Ф. Отношения между церковной и гражданской властью в Византийской империи. Казань, 1880. С. 65–66.

¹⁹ Величко А.М. Византийская симфония. М., 2013. С. 128–129.

²⁰ Сильвестрова Е.В. *Lex Generalis* императорская конституция в система источников греко-римского права V – X вв. н. э. М., 2007. С. 57.

²¹ Медведев И.П. Указ. соч. С. 29–57.

²² Теория государства и права... Указ. соч. С. 106–107.

ценности, институты и нормы общественных связей и отношений государственной власти»²³ в Византии не было. Но И.П. Медведев предлагает принять во внимание точку зрения Георга Еллинека (1851–1911), который в «Общем учении о государстве» писал: «всякий постоянный союз нуждается в порядке, согласно которому создается и исполняется его воля, ограничивается его компетенция, урегулируется положение его членов в самом союзе и по отношению к нему. Такого рода порядок называется конституцией»²⁴. В таком случае – у каждого государства есть конституция, которая охватывает совокупность правоположений, определяющих высшие органы государства, порядок призвания их к отправлению их функций, их взаимные отношения и компетенцию, а также принципиальное положение индивида по отношению к государственной власти²⁵. И.П. Медведев говорит о существовании конституции в Византии в виде комплекса весьма аморфных и по большей части не закрепленных законодательством представлений и обычаев, определявших общественное и государственное устройство империи, основные принципы деятельности органов государственной власти и управления, системы народного представительства, роль армии и церкви²⁶.

На наш взгляд, особенностью Византии стало законодательное оформление различных ограничений власти правителя: определение его полномочий, связывание законами и канонами и т.д. Кроме того, на уровне как закона, так и обычая действовал тот самый топос, по которому «воля народа – воля божья», и «недостойный» василевс смещался.

Подводя итоги, следует сказать, что Византия – уникальное средневековое государство с *ограниченной* монархией, причем ограниченной не представительным органом (как это было в государствах Западной Европы), а особым образом. Власть василевса была ограничена во-первых, законом (его полномочия регламентированы), во-вторых, канонами (которые василевс не должен был

²³ Конституция // Большой юридический словарь под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. М., 2000. С. 276.

²⁴ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 486.

²⁵ Там же. С. 486.

²⁶ Медведев И.П. Указ. соч. С. 34.

нарушать), в-третьих, церковью (патриарх – фигура, по полномочиям равная василевсу), в-четвертых, различного рода формальностями, связанными с церемониалом, в-пятых, отсутствием закона о престолонаследии, что напрямую связано с шестым ограничением – волей народа. Но, с точки зрения современного государственного права, мы не можем назвать византийскую ограниченную монархию конституционной, поскольку конституции – в привычном для нас значении этого слова – в Восточной Римской империи не существовало.

*Е.Н. Трикоз**

ФОРМИРОВАНИЕ СТАТУТНОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА АНГЛИИ В ЭПОХУ ВЫСОКОГО СРЕДНЕВЕКОВЬЯ**

Во времена классического феодализма, или Высокого средневековья (период европейской истории приблизительно с 1050 по 1300 г.) происходила существенная модернизация английского права, тесно связанная как с проблемами сугубо национального характера, так и с общеевропейскими процессами глобальных преобразований.

XII–XIII столетия были периодом второго в европейской истории Ренессанса, проявившегося во всех сферах общественной жизни и охватившего многие регионы («нормандский ренессанс» и др.)¹.

Реформы английского права в этот период породили «общее право», способствовали специализации и централизации системы государственного управления, привели к росту судейского корпуса и формированию особой системы уголовно-правовых средств про-

* **Трикоз Е.Н.** – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов.

** Статья выполнена в рамках НИР «Сравнительные исследования правовых систем, правовых культур» на период 2013–2015 гг. (тема № 090404-0000).

¹ Баранов В.Ф. Возникновение и развитие английского общего права в XII – XVII веках: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012.

тиводействия преступности. В их числе такой древний институт, видимо привнесенный еще норманнами-завоевателями, как «*appeal of felony*» – частное обвинение в тяжком преступлении, или *фелонии*². В данном случае право начать судебное преследование предоставлялось по воле господина, вассала или родственников потерпевшего. Однако при неблагоприятном для него исходе дела сторона обвинения подвергалась серьезному денежному штрафу. Альтернативой этому частноправовому средству оставались очистительная присяга (компургация – «*wager of law*»), ордалии (англосакс. *ordol*, лат. *ordalium* – приговор), под которыми понимался «Божий суд», а именно испытания огнем и водой, проводившиеся под надзором священнослужителей римской католической церкви, а также использовался судебный поединок (вооруженное противоборство между истцом и ответчиком) как способ разрешения частных тяжб³.

При короле Генрихе I (1100–1135) в систему публично-правовых средств борьбы с преступностью была введена процедура обязательной доставки чиновниками сотен и графств лиц, подозреваемых в тяжких преступлениях, к месту нахождения разъездных судей (ранняя форма процедуры «*habeas corpus*»)⁴.

² Изначально этот термин (от старофр. *felonie* – «зло, предательство, грех») означал проступок вассала, наносивший ущерб чести и достоинству его сеньора, или же наоборот – правонарушение сеньора по отношению к вассалу; причем такое серьезное преступление каралось лишением феода или переходом вассала с его феодем в непосредственную зависимость от высшего сеньора.

³ Судебный поединок появился в Англии после нормандского завоевания и к концу XIII в. практически не употреблялся, за исключением процессов по приказу о праве («*breve de recto*», «*brief de dreit*») в сеньориальных судах. К тому же IV Латеранский собор в 1215 г. упразднил судебные испытания и отменил поединки для клириков.

⁴ «*Habeas corpus act subjiciendum*» – латинская формула в начале текста судебного приказа, который суд адресовал шерифу или тюремному начальнику с требованием доставки арестованного судье в ближайший округ.

Но свой подлинный и завершённый вид государственная политика борьбы с преступлениями начинает принимать в эпоху издания королевских ассиз⁵ Генриха II Плантагенета (1154–1189).

Так, его «Кларендонская ассиза» 1166 г. произвела важный переворот в уголовной политике королевского совета. Здесь впервые содержалось положение о судебном преследовании «бродяг»: запрет горожанам под угрозой ареста предоставлять какому-либо бродячему человеку (*vaivus*), то есть бродяге (*vagus*), пристанища в бургах более чем на одну ночь (ст. 15); после истечения этого срока бродяга должен быть арестован (*capitur*) и содержаться в заключении (*teneatur*) до тех пор, пока не явится его сеньор (*dominus*) или пока он не найдет надежных поручителей (ст. 16)⁶.

По мнению П.Г. Виноградова, система свободного поручительства («*francoplegium*», или «*frank pledge*»), имевшая дофеодалное происхождение как система круговой поруки, действительно способствовала борьбе с преступностью⁷. Так, в сотнях бейлифы два раза в год объезжали деревни, проводили проверку «свободного поручительства», то есть проверку состава десятков сельского населения, каждый из которых был ответственен за поведение членов соответствующего десятка. В частности, по заявлению бейлифа разъездные судьи могли наложить на сотню или отдельную деревню особый штраф – «*murdrum*», если на их территории было обнаружено мертвое тело и жители данной местности не могли указать виновного или умышленно его укрывали. Иногда сами королевские шерифы могли допрашивать группы взаимно поручившихся людей о скрываемых преступлениях и налагать денежные штрафы.

Важным результатом реформ Генриха II стала передача полномочий местной юрисдикции по уголовным делам в сферу коро-

⁵ Ассиза – это законодательный акт короля, который первоначально лишь минимально уточнял известные обычаи и феодальные нормы; это также заседание королевской курии; коллегия присяжных, устанавливающих фактическую сторону дела; само решение суда или исковое заявление (например, *assisa novae disseisinae*).

⁶ Текст см.: Памятники истории Англии XI – XIII вв. / Пер. и введение Д.М. Петрушевского. М., 1936. С. 60.

⁷ Vinogradoff P. Villainage in England. Oxford. 1892. P. 66.

левской юрисдикции, чему в немалой степени способствовало придание регулярного и официального характера практике суда присяжных⁸. Так, в той же «Кларендонской ассизе» был очерчен круг уголовных преступлений, обвинение в совершении которых входит в сферу королевского правосудия: разбой, тайное убийство или грабеж либо укрывательство данных преступлений (ст. 1); была четко зафиксирована процедура выдвижения обвинения и применения мер пресечения (ст. 2–4), отдельные положения процедуры «*habeas corpus*» (ст. 4, 6) и рассмотрения дела по существу разъездными судьями с участием другой комиссии присяжных (ст. 2, 5 и др.). Содержались также некоторые гарантии объективного судебного рассмотрения и неотвратимости уголовного наказания. Так, если присяжные скрывали преступление или делали нелепое, ложное заявление под присягой, королевские судьи налагали на них денежные штрафы.

Таким образом, наряду с институтом «*appellatores*», т.е. обвинителей, возбуждающих обвинение в частном порядке, получила распространение практика *indictment* – возбуждения обвинения шерифом или королем в результате показаний обвинительных присяжных («*jury of presentment*» или «*grand jury*»). В результате шериф получал особый приказ «*venire facias*», т.е. предписание доставить в суд лицо, подозреваемое в уголовном преступлении на основании показаний присяжных, и произвести конфискацию имущества и земель подозреваемого, если они находятся в подчиненном ему графстве.

В «Кларендонской ассизе» 1166 г. также было положено начало серии королевских предписаний об объявлении вне закона лиц, скрывающихся от уголовного правосудия. В частности, подвергались аресту лица, бежавшие из другого графства, где они были обвинены в грабеже, разбое, тайном убийстве или их укрывательстве, либо в нарушении законов о королевских лесах или же объявлены вне закона (ст. 17).

Всем шерифам предписывалось составлять списки «беглых» и объявлять их на собраниях графств и разъездным судьям, чтобы

⁸ Хатунов С.Ю. Обычай как источник уголовного права в феодальной Англии // Изв. вузов. Северо-Кавказский регион: Прил., Общественные науки. Ростов н/Д., 2003. № 6. С. 81–87.

они разыскивались по всей Англии, а имущество их было конфисковано в пользу короля (ст. 18)⁹. Впоследствии был издан особый Ордонанс о дубинщиках (*Ordinatio de trailbaston*) 1305 г., касавшийся всяких скрывающихся от правосудия нарушителей закона, главным образом грабителей, которым было запрещено давать убежище и которые должны были подвергаться изгнанию, что по сути снова толкало их на путь разбоев.

Становление в средневековой Англии королевской юрисдикции по уголовным делам напрямую было связано с процессом борьбы с феодальными иммунитетам¹⁰. Английские лорды-иммунитеты имели следующие привилегии: получение денежного штрафа, наложенного королевскими судьями на вассала лорда; право конфискации имущества вассалов лорда, совершивших фелонию; право иметь в своей деревне виселицу для быстрой расправы над ворами, пойманными с поличным; право иметь позорный столб; право преследоваться по суду только королем или главным королевским юстициарием¹¹. Но ассизы короля Генриха II нанесли первый удар по жесткой судебной зависимости свободных держателей и рыцарей от сеньориальной курии, так как они получили право подавать уголовные иски непосредственно в королевский суд¹².

Постепенное развитие этих положений привело к их официальному закреплению в Великой хартии вольностей 1215 г. На первый взгляд это выглядит парадоксально, если исходить из общей оценки данного акта Иоанна Безземельного (1199–1216) как договора о самоограничении короны в пользу английских феодалов. Известно, что король лишь приложил свою печать к тексту

⁹ Памятники истории Англии XI – XIII вв. / Пер. и введение Д.М. Петрушевского. М., 1936. С. 60, 62.

¹⁰ См. подробнее: Гутнова Е.В. Ограничение иммунитетных прав английских феодалов при Эдуарде I // Доклады и сообщения истор. фак-та МГУ. М., 1947. № 6.

¹¹ Марчанукова Д.Э. Иммунитетные права феодалов в Англии в период правления Эдуарда I: правооснование, процедура проверки, виндикация: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2001. С. 12–13.

¹² Святовец О.А. проблемы королевской власти в трактате Генри Брактона «О законах и обычаях Англии» // Изв. вузов. Правоведение. СПб., 1997. № 4. С. 41–46.

«*Capitule que barones petunt*» (39 баронских статей) и подписал спустя четыре дня отредактированный текст «*Magna carta*».

Однако и сегодня все еще непросто дать однозначную оценку юридической природы этого великого документа. В подтверждение тому укажем лишь некоторые точки зрения, имеющие место в научной литературе: это «октроированная хартия», «жалованная грамота» (ст. 61 указывает на это фразой *omnia predicta concesserimus* – «все вышеназванное пожаловано»); это договор с условиями, скрепленный клятвенным обещанием (ст. 1); это подобие немецких «статутов о мире», своеобразный мирный договор (ст. 61 и 62 упоминают эпитет *pacem reformatum*); это экстраординарный общегосударственный закон, инициированный не центральной властью, а ее оппонентами; это детальный свод феодальных «вольностей» (прав по фьефным контрактам, иммунитетных привилегий и древних англосаксонских неприкосновенных прав и свобод); это своего рода систематизация и запись древних обычаев и одновременное включение норм феодального (фьефного) права в сферу публичного права Англии¹³. Кроме того, нельзя не учитывать значение исторической перспективы, в контексте которой и через прогрессивную интерпретацию Великая хартия вольностей 1215 г. приобрела характер политического манифеста, своего рода феодальной декларации прав, а также значение юридического и политического пролога Английской революции середины XVII в.

Если исходить из целей, которые непосредственно преследовали создатели сего документа в 1215 г., то бесспорно важнейшей из них была задача сбалансировать права и привилегии короны и крупных иммунитетов, зафиксировать феодальные обязанности коронных вассалов и подтвердить права короны, закрепленные феодальным обычаем и законом (в частности, ассизами Генриха II).

¹³ Обзор см. в: Чиркин С.В. Великая хартия вольностей 1215 г. // Документы по истории зарубежного права / Под ред. Н.А. Крашенинниковой. М., 1987. С. 106, 109–110. См. также: Есаян Э.С. Великая хартия вольностей и ее место в истории английского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тбилиси, 1988.

Для нашего исследования особое значение имеют статьи Великой хартии о разграничении уголовной юрисдикции между королем и отдельными магнатами¹⁴, направленные по сути как первоначальные меры на унификацию системы королевского суда.

Уже к XII в. в Англии сложилась практика, когда всякая частная юрисдикция могла быть лишь результатом королевского пожалования и должна была опираться на его хартию, кроме права феодала держать манориальную курию и курию для свободных («суд пэров»). Но помимо этих двух исключений унификации королевского правосудия и созданию единых процессуальных норм («*suit of court*») мешали еще две феодальные оговорки – *privilegium fori* («привилегия духовенства») и *exemptio villenagii* («исключение вилланства»).

О «суде пэров» (лат. *pares*, англ. *peers* – «равные») как феодальном суде «свободной курии» говорится в ст. 21, 22, 39, 56 и 59 Великой хартии. Такому суду подлежали только представители высших сословий средневекового английского общества. Так, ст. 21 подтверждала привилегию судиться у «своих пэров» (*per pares suos*) за графами и баронами. Вассалы феодалов судились в местных, сеньориальных куриях, которые созывались из других вассалов во главе с сеньором и в которых в отличие от королевских судов не участвовало жюри присяжных. Споры между баронами короля разбирались в особой Королевской курии (*Curia Regis*). В ст. 56 и 59 Хартии говорилось о праве уэльсцев на законный приговор их пэров в Англии или Уэльсе (*legali iudicio parium suorum*), а также о праве короля Шотландии, его родственников и плененных шотландцев на «суд их пэров в курии нашей» (*iudicium parium suorum in curia nostra*).

Наконец, знаменитая ст. 39 Хартии закрепила за любым свободным человеком (*liber homo*) право на «законный приговор равных его [его пэров]» (*per legale iudicium parium suorum*).

¹⁴ Если исходить из текста ст. 14 ВХВ и анализировать социальный состав первых английских парламентов XIII в., то категория «магнаты» включает архиепископов, епископов, аббатов-держателей короля *per baronium*; эрлов (графов), которых всего было 11 (в 1283 г. присоединился 12-й – принц Уэльский), и непосредственных держателей короля *in capite*, среди которых выделялись старшие бароны (*barones majores*).

Собственно формулировка «*legale iudicium*», встречающаяся еще в нескольких статьях Великой хартии, по сути своей была воплощением принципа «верховенства права»¹⁵. Особо дискутируемой в литературе является концовка ст. 39 – «*vel per legem terre*»¹⁶. Нас интересует в данном случае трактовка формулы «закон (или право) страны» (*law of the land*)¹⁷. В научной литературе встречаются четыре основные точки зрения по этому вопросу.

Первая версия, что «*lex terre*» – это общее право (*common law*) прежде всего в территориальном отношении, которое уже к середине XIII в. действовало почти на всей территории Англии. Долгое время в Уэльских марках господствовали свои «обычай марки», представлявшие собой смесь местных и английских норм обычного права, но после завоевания Уэльса в 1284 г. «*common law*» было официально введено и там.

Вторая версия, что «*lex terre*» – это «право страны», совокупность канонических обычаев, которые применялись в местном масштабе, в отличие от «*jus commune*» как общего канонического права, которое применялось в церковных судах всего христиан-

¹⁵ Английский термин «*principle of legality*», или «*rule of law*» отличается от континентального правила «*rule by law*». Он относится скорее лишь к законности судебного решения и согласно классической формулировке А. Дайси означает, что «никто не может быть подвергнут наказанию иначе, как за явное нарушение права, установленное надлежащим судом». Цит. по: Грюнхут М. Английское уголовное право // Современное зарубежное уголовное право. М., 1961. С. 246.

¹⁶ Несмотря на то, что наиболее распространенным переводом является «и по закону страны» (Д.М. Петрушевский и др.), более верным является придание союзу «*vel*» характера разъединительного (С.В. Чиркин, В.А. Томсинов), тогда, в частности, нет дублирования в статье («*legale iudicium*» или «*legem terre*»).

¹⁷ В латинском варианте текста Великой хартии 1215 г. встречается несколько терминов для обозначения категории «право»: «*se jus*» («свое право» – ст. 53), «*rectum*» («право» – ст. 40), «*antiquo et de jure*» («издревле по праву» – ст. 23), «*legem terre*» («закон страны (земли)» – ст. 39, 55), «*legem regni*» («закон королевства» – ст. 42, 45), «*leges partes*» («законы местностей» – ст. 57), а также «*legem Anglie*» («английское право» – ст. 56), «*legem Wallie*» («уэльское право» – ст. 56) и «*legem marchie*» («право марки» – ст. 56).

ского мира, как и римское право, являющееся тоже «*jus commune*» как совокупность теоретических принципов и норм, действующих повсюду¹⁸.

Третья версия, что «*lex terre*» – это феодальный обычай (обычай отдельных земель, фьефов и маноров), противопоставленный общему праву королевских судов – «*jus commune*» (все нормы гражданского и уголовного права и судопроизводства). Однако в XIII–XIV вв. только манориальные суды, ведавшие вилланскими исками, действовали еще на основе местного обычного права и рассматривали дела по «обычаям манора». С.В. Чиркин считает, что при сопоставлении фразы «*lex terre*» (право страны) с этим же термином в ст. ст. 23, 42 и особенно 45 есть основания предполагать, что речь идет об «общем праве», основанном на обычаях, но уже включавшем в свои предписания законодательство королей Англии¹⁹.

Четвертая версия, что «*lex terre*» – это процессуальное законодательство, «право процедуры», так как статья 39 в целом посвящена судебнo-процессуальным аспектам и в частности «приказному праву» короны²⁰. Участникам потенциального судебного процесса по уголовному делу предоставлялась таким образом возможность выбора между сословным судом пэров (судом своей курии) и королевским правосудием²¹. Речь шла именно о свободе

¹⁸ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 428.

¹⁹ Чиркин С.В. Указ. соч. С. 118.

²⁰ Как отмечает С.В. Чиркин, уже в период 1331 – 1363 гг. английский парламент путем толкования придал статье 39 Великой хартии почти современное звучание. Так, «законный приговор равных» интерпретировался как «судебная процедура с участием жюри присяжных»; формула «закон страны» - «надлежащая правовая процедура»; слова «ни один свободный человек» были заменены сначала словом «никто», а затем – «ни один человек, какого бы сословия или состояния он ни был». Чиркин С.В. Указ. соч. С. 124.

²¹ В отношении споров по земельным делам уже в конце XII в. сеньориальные суды, обладавшие правом собрания графства или правом «*placita coronae*», а также обычные курии для свободных не могли принимать исков без соответствующего приказа из королевской канцелярии с точно установленными процессуальными нормами.

выбора, так как ст. 34 хартии запрещала выдавать приказа «*Praecipere quod reddat*», если вследствие этого свободный человек мог потерять свою курию.

В целях унификации уголовной политики государства и стимулирования обращения подданных за защитой именно в королевский суд ст. 40 и 45 Хартии закрепили такие принципы королевского правосудия, как объективный, равный, законный, справедливый и скорый суд. Важное значение имела процедура, предусмотренная в ст. 55 Хартии, а именно учреждение особой коллегии (баронского совета во главе с архиепископом) для пересмотра дел и вынесения приговора (*judicium*) относительно всех денежных штрафов (*finis*) и взысканий (*amerciamenta*), которые были уплачены королю несправедливо и против закона страны («*injuncta et contra legem terre*»).

В ст. 62 хартии объявлялось о всеобщей политической и уголовной амнистии (помиловании), что должно было сопровождаться выдачей «открытых удостоверений» («*testimonials patentes*»).

Во второй половине XIII в. стали появляться более совершенные формы уголовного законодательства. В особенности выделим такой формальный источник, как статут, который принимался королем в совете с органом, предшественником современного парламента²². Так, в правление короля-законодателя Эдуарда I (1272–1307), прозванного высокопарно «английским Юстинианом», был принят 31 статут, в результате чего система «общего права» приняла более завершённый вид. Именно в его правление достигла наибольшего успеха разработка общекоролевского уголовного права и практика антииммунитетных мероприятий. Например, первый Вестминстерский статут 1275 г. содержал ряд положений т.н. Общей части уголовного права (*general principles of criminal law*). Статут также четко отграничил круг тяжких уголовных правонарушений, входящих в категорию государственных преступлений («проступки против приказа короля и королевского мира»).

²² См. теорию вопроса: Богдановская И.Ю. Статут в английском праве: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 1983.

*С.А. Соломонова**

САКСОНСКОЕ ЗЕРЦАЛО – ПАМЯТНИК ПРАВОВОЙ И ОБЩЕСТВЕННО-ПОЛИТИЧЕСКОЙ МЫСЛИ СРЕДНЕВЕКОВОЙ ГЕРМАНИИ

Право является своеобразным мерилom общества, наглядно отображая все происходящие в нем изменения. С течением времени могут измениться форма правления, форма территориального устройства, политический режим, а с ними и условия жизни людей, проживающих в конкретно взятой стране или ее части. В праве зеркально отображаются нужды и потребности общества и, как правило, намечаются те ориентиры, в соответствии с которыми оно может и должно модифицироваться. Разумеется, все это в большей степени применимо к демократическим государствам, где отлажен механизм взаимодействия этих двух явлений.

Крайне интересным представляется опыт Германии¹, которая на всем протяжении своей истории является наглядным примером того, как право эволюционировало в обществе, а последнее, в свою очередь, изменялось под воздействием тех или иных правовых норм. На сегодняшний день интерес к этой стране, к ее истории и праву у россиян заметно возрос. Во многом это связано с изменениями, произошедшими в российском праве и обществе в последние десятилетия, и увеличивающимися частноправовыми связями наших государств.

Если углубиться в историю Германии, то отдельно стоит выделить период германского средневековья с его ленной системой и тенденцией к децентрализации власти, существовавшие в противовес стремлению к усилению власти германских императоров и католической церкви.

* **Соломонова С.А.** – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург).

¹ В названии и тексте данной работы термин «Германия» используется как страноведческий — в качестве общего для обозначения тех местностей, на которые распространялось действие рассматриваемых памятников права.

Из всех европейских государств рассматриваемого периода именно в Германии наиболее явно проявилась феодальная раздробленность, что, разумеется, не могло не найти отражения в праве. Г. Еллинек в одном из своих трудов отметил, что «одна из наиболее характерных черт германо-романского средневекового мировоззрения заключается в стремлении усматривать господство права даже в таких явлениях общественной жизни, которые нам представляются проявлениями грубого произвола»².

Применительно к частному праву Германии нельзя обойти стороной такой памятник права, как Саксонское зеркало (*Sachsenspiegel*)³. В учебной и научной литературе про него либо вовсе забывают, либо уделяют незначительное внимание, а оно, тем не менее, представляет собой одну из выдающихся кодификаций в истории частного права этой страны. Кроме того, большая часть русскоязычных изданий, посвященных данному документу, датируется концом XIX — началом XX в. и в основном содержат обзор не столько исторических аспектов, сколько гражданско-правовых вопросов.

Появление Саксонского зеркала ознаменовало собой важную веху в истории правовой мысли Западной и Центральной Европы. XIII в. крайне интересен с точки зрения изучения наиболее типичных черт германского средневекового права. Несмотря на территориально-политическую раздробленность страны, именно в этот период в Германии в полной мере сложились феодальные производственные отношения, стала развиваться правовая теоретическая мысль, начало формироваться каноническое и городское право. Так, по инициативе Григория IX было опубликовано собрание папских постановлений, появились Магдебургские городские грамоты, Швабское зеркало, Франконское зеркало и др. Последние представляли собой местные систематизации норм обычного права с вкраплениями отдельных положений из имперского законодательства и судебной практики. Благодаря тому, что данные сборники вобрали в себя многое из Саксонского зеркала, они в

² Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 1908. С. 196.

³ Текст Саксонского зеркала в переводе на русский язык см.: Саксонское зеркало. Памятник, комментарии, исследования / отв. ред. В.М. Корецкий. М., 1985.

определенной степени способствовали унификации права по всей стране.

Саксонское зеркало представляет собой запись сложившегося в течение веков обычного права исторической области Восточная Саксония, а также частично обычного права других регионов с небольшими добавлениями из канонического права. Саксонское зеркало является уникальным памятником истории, культуры, общественной и политической мысли Германии эпохи феодализма. Оно обобщает судебную практику и предшествующий правовой опыт и дает наиболее полное представление о системе права своего времени. Кроме того, оно в той или иной степени отражает основы общегерманского права определенной ступени его развития.

На содержание Саксонского зеркала наложили отпечаток политико-правовые воззрения Эйке фон Репгау (*Eike von Repgow*)⁴, который считается не только его составителем, но в значительной степени и его автором. Годы жизни Э. фон Репгау точно не известны, хотя иногда указывают на 1180–1190 гг. как на предполагаемый промежуток времени, в который он мог родиться⁵. О его деятельности имеются исторические документы, относящиеся к 1209–1233 гг., которые свидетельствуют об участии Эйке фон Репгау в важных юридических процедурах.

В одних источниках содержится информация, что Э. фон Репгау никогда не занимал никакой государственной, в том числе судебной, должности, а находился на службе у графа Хойера фон Фолькенштейна (возможно, был его вассалом)⁶. В других источ-

⁴ В отечественной и зарубежной литературе можно встретить и иные варианты написания как имени, так и фамилии автора: Эйко (Eiko, Eico), Хекко (Hekko), Хейко (Heiko) Репков, Репгов, Репхов, Репгоф, Рипихове, Рибикове, Репегоув и др.; более того, иногда к его имени прибавляется не «фон», а «ван» или «де». В данной работе используется наиболее близкая по произношению к оригиналу транслитерация: Эйке фон Репгау. Отметим, что фамилия Репгау, вероятнее всего, происходит от наименования местности, в которой он жил.

⁵ Planitz H. *Deutsche Rechtsgeschichte* / bearb. von K.A. Eckhardt. Graz; Köln, 1971. S. 137.

⁶ Eckhardt K.A. *Eike von Repkow und Hoyer von Valkenshtein*. Göttingen, 1966. S. 7–10.

никах указывается, что он был судьей (шеффеном) и, кроме того, имел серьезный юридический опыт, являясь признанным знатоком права⁷.

Составление Саксонского зерцала относится к первой половине XIII в., при этом точные данные о его подготовке не сохранились. Раздел, посвященный земскому праву, предположительно написан в период между 1224 и 1230 гг. В свою очередь, о времени создания раздела о ленном праве известно только, что он появился вскоре после земского права. По другим данным, время составления памятника датируется 1221–1225, 1220–1235 или 1224–1232 гг.; имеются и иные версии. При этом исследователи признают, что такой труд не мог быть создан за короткое время, ввиду большого объема подлежащего обработке материала.

Работа по формированию сборников феодального права изначально началась по заданию церкви, а затем — и светской власти. Составление правовых сборников стали поручать авторитетным, опытным и образованным людям — знатокам права, к числу которых, несомненно, относился и Эйке фон Репгау. Саксонское зерцало подвело итог германскому праву в том виде, в каком оно сложилось к XIII в. и дало наиболее полное представление о системе права своего времени. К этому моменту возникла идея целесообразности единого права для всех свободных людей, проживающих на одной территории, с учетом их сословной принадлежности.

Сохранилось более двухсот рукописей сборника, некоторые из них — с многочисленными иллюстрациями. Самая ранняя из дошедших до нас рукописей — Кведлинбургская — датируется XIII в. и написана на северонемецком диалекте. Сохранились также рукописи, составленные на средненемецком и южнонемецком диалектах. С XIV в. началась работа по созданию глосс к Саксонскому зерцалу. Первым его глоссатором считается Иоанн фон Бух⁸.

⁷ Grundmann H. Wahlkönigtum, Territorialpolitik und Ostbewegung im 13. und 14. Jahrhundert. München, 1973. S. 56.

⁸ Ibid. S. 156.

Текст земского права впервые был опубликован по Берлинской рукописи 1369 г.⁹, текст ленного права датируется 1474 г.¹⁰ Впоследствии обе части неоднократно переиздавались.

В науке существует предположение, что Э. фон Репгау написал Саксонское зеркало на латыни, а уже потом перевел его на немецкий язык, но подтверждения этому нет. Многие, напротив, ставят под сомнение, что латинский текст, дошедший до нашего времени, принадлежит ему.

Название «Саксонское зеркало» было придумано самим автором. По его замыслу составленный сборник, который впоследствии стал применяться как судебник, должен был подобно зеркалу (зеркально) отражать право Саксонии. Среди причин создания сборника, прежде всего, называют стремление укрепить германское национальное право и не допустить влияния «чужого» (в первую очередь римского) права; в этой традиции Эйке фон Репгау изображается как борец за торжество национального и имперского духа.

Характерной чертой правовой культуры того времени был партикуляризм права, а важнейшим источником права являлся местный обычай. Запись именно саксонского обычного права объяснялась тем, что у населения веками сохранялось представление о единстве права всех саксов и, кроме того, саксонские племена ревностнее других относились к чистоте германского права. Предпринимались даже попытки отрицать знакомство автора с римским правом, а наличие схожих или даже аналогичных норм обосновывалось как простое совпадение¹¹.

В заключение стоит отметить, что в истории частного права Германии намного большую известность, несомненно, получило Германское гражданское уложение (*Bürgerliches Gesetzbuch*)¹², раз-

⁹ Homeyer K.G. Des Sachsenspiegels erster Teil oder das Sächsische Landrecht. S. 1., 1827.

¹⁰ Саксонское зеркало. С. 155.

¹¹ Lieberwirth R. Eike von Repgow und sein Sachsenspiegel. Köthen, 1980. S. 15–18.

¹² В научной литературе также принято сокращение «БГБ» (BGB), образованное от начальных букв немецкого названия Германского гражданского уложения (ГГУ).

работанное и принятое в XIX в., который по праву считается веком кодификаций. В эту эпоху происходит законодательное оформление таких основополагающих принципов права, как формальное равенство, свобода личности, неприкосновенность собственности и др. Вслед за французским Гражданским кодексом ГГУ восприняло эти передовые идеи и приобрело мировую известность, ныне являясь наиболее выдающимся произведением германской цивилистики.

Все эти исторические факты, однако, не могут преуменьшить значение Саксонского зеркала, которое приобрело популярность далеко за пределами исторической области, в которой оно возникло, и было успешно рецепировано многими странами Европы. В отдельных германских государствах оно действовало более 600 лет — до 1 января 1900 г., т.е. до вступления в силу Германского гражданского уложения, а его авторитет был столь велик, что императоры подкрепляли ссылками на него свои распоряжения. Оно оказало немалое влияние на развитие права как в Германии, так и в других странах Центральной и Восточной Европы, в частности Австрии, Белоруссии, Голландии, Польши, странах Прибалтики, Украины, Чехии, Швейцарии.

*А.А. Графшонкина**

ФОРМИРОВАНИЕ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ ШОТЛАНДИИ (IV–XVIII ВВ.)

Судебная система Шотландии отличалась судоустройством от системы Англии, Уэльса и Северной Ирландии. В соответствии с Актом об Унии 1707 г. (Ст. 19) Шотландия сохраняла право на свою правовую и судебную систему. Эта весьма своеобразная система складывалась в течение длительного времени, и чтобы понять ее самобытность, стоит проследить ее становление с самых ранних веков.

* **Графшонкина А.А.** – ассистент кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов.

Истоки создания одного из первых судов Шотландии, позднее превратившегося в Сессионный суд, следует искать еще в IV–V вв., когда существовало «Собрание мудрых», или «Совет мудрых» (пер. автора – А.Г.) (стар. англ. *Witenagemot* или *Witan* «meeting of wise men»¹).

Вплоть до XI в. Совет был совещательным органом при короле, состоявшим из аристократии, крупных землевладельцев и духовенства. Принято считать, что истоками Совета являются древние германские собрания землевладельцев. И первоначальный состав Совета в Шотландии в IV–V вв. также состоял из них. Позже, около VII в., с распространением христианства, когда церковь и государство стали неразрывно связаны, в состав Совета вошло духовенство, рассматривающее вопросы как светского, так и религиозного характера².

Первоначально Совет был достаточно влиятельным органом, способным даже на смещение неугодного короля. Но со временем стал органом, больше регулирующим вопросы управления, налогообложения, правосудия, внешней и внутренней безопасности. Хотя Совет и старался сдерживать власть самодержавия короля, но все же подчинялся и отчитывался только перед ним. У Совета не было установленного порядка и периодичности созыва, он собирался по велению короля, нарушение процедуры созыва приравнивалось к измене. В таком виде Совет просуществовал до Нормандского завоевания, произошедшего в 1066 г.

Наравне с деятельностью Совета с X в. существовала должность Мормэра (*Mormaer*). Впервые эта должность упоминается в контексте битвы при Корбридже 918 г. в источнике «Анналы Ульстера (Ольстера)» (*Annals of Ulster*) — это собрание средневековых ирландских хроник (с 431 по 1540 г.)³. В Средние века она обозна-

¹ Chadwick H. M. *Studies on Anglo-Saxon Institutions*. Cambridge. 1905.

² Garmonsway G. N. *The Anglo-Saxon Chronicle*. London. 1965.

³ В настоящее время существует несколько манускриптов с текстом анналов, наиболее важным из них является манускрипт, хранящийся в Тринити Колледже в Дублине. Кроме того, существует более современная копия, хранящаяся в Боллианской библиотеке в Оксфорде. В настоящее время на сайте Коркского Университета размещена также цифровая версия *Анналов Ульстера*, созданная в рамках проекта CELT (*Corpus of*

чала высший чин в аристократической иерархии, который являлся второй персоной после короля.

Термин «морамэр» произошел из гаэльского и из пиктского варианта латыни и обозначал «лорд моря» (защитник от викингов), также он переводился как «лорд» или «граф». Историкам доподлинно не известно, был ли институт мормэров пиктским или гаэльским, упоминания о нем датируются X в. (пост-пиктским периодом)⁴.

Мормэры управляли вверенной им провинцией и должны были отчитываться перед королем за свои действия, но на практике они единолично правили на «своей» территории.

Позднее Мормэр был наделен судебными полномочиями на вверенной ему территории, а название должности изменилось на «Судья» (лат. *jūdex*, англ. *Judex*) или «Главный судья» (*judex magnus*).

Вероятно, что название института юстициариев «*justiciarship of Scotia*» (позднее трансформировавшегося в Высокий суд юстициариев являющийся Высшим уголовным судом Шотландии (англ. *High Court of Justiciary*) явилось нормандским переводом на латинский манер уже существовавших должностей.

Юстициарием в средние века на Британских островах называли чиновника, выполнявшего функции главы исполнительной либо судебной власти в отсутствие или по поручению Короля на территории Ирландии и Шотландии. Название юстициарий – английский аналог латинского слова и происходит от *justiciarius or justitiarius* ("man of justice", i.e. judge)⁵ (человек правосудия).

Хотя институт юстициария имеет англо-нормандское происхождение, на территории Шотландии, к северу от Форта, аналог юстициария Шотландии сформировался самостоятельно.

К XII – середине XIII в. полностью формулируются как обязанности, так и само понятие юстициария. Он руководил деятельностью военных и отвечал за репутацию королевских шерифов, руководил правосудием и докладывал итоги своей работы лично

Electronic Texts). Mc Carthy D.P. The Irish Annals: their genesis, evolution and history. Dublin. 2008.

⁴ Barrow G. W. S., Alexander Grant. Medieval Scotland. Edinburgh. 1998.

⁵ Barrow G.W.S. The Kingdom of the Scots. Edinburgh. 2003.

королю, в отсутствие которого обладал правом разрешать уголовные и гражданские дела.

Спецификой Шотландии было наличие двух или трех юстициариев. Позже все эти три должности превратились в одного государственного Лорда – Генерального судью.

Каждый юстициарий выезжал при необходимости в округа для рассмотрения дел на вверенной ему территории, осуществляя монаршие правосудие по вопросам, подсудным королю. Со временем юстициарии стали заниматься исключительно уголовными делами.

Так как юстициариев не хватало для всей территории Шотландии, более мелкие дела разрешались на уровне Судов шерифа.

Их история также ведет свой отсчет с XII в. Первоначально с позволения короля судьями на выделенных им территориях были землевладельцы, которые, в свою очередь, передавали статус судьи своим детям по наследству. К концу XIII в. в Шотландии эти территории приобрели официальный статус и стали называться «шерифствами»⁶.

Первое время шериф был представителем короля по вопросам правосудия и управления. Он должен был осуществлять и поддерживать власть короля в противовес власти местного Лорда. Для осуществления судебных функций короля он отправлял правосудие в Суде шерифа. Так как полномочия шерифа передавались по наследству, некоторые «наследники» не особо тяготели к судебным обязанностям и нанимали образованного юриста, который занимал должность заместителя шерифа (*sheriff-depute*)⁷. А тот, в свою очередь, нанимал помощника.

Помимо этих трех основных судов: Совета мудрых, Морамэра, ставшего впоследствии юстициарием, и Суда шерифа на территории Шотландии с XII в. стали функционировать Суды Бурга (которые впоследствии стали Мировыми судами (*Justice of the*

⁶ Границы этих территорий сложились исторически. До объединения Шотландии в единое государство в 843 г. это земли являлись отдельными королевствами, и до 1975 г. данное разделение сохранялось в системе местного самоуправления.

⁷ Романов А.К. Право и правовая система Великобритании. М., 2010

peace courts или *JP courts*) (низшей инстанцией по уголовным делам в Шотландии).

По указу Шотландского короля Дэвида I некоторые города выделились как отдельные административные единицы – «бурги», созданные для притока населения из «Нидерландов», чтобы укрепить торговые связи с Европой.

Согласно отрывочным документам, сохранившимся в национальном Архиве Шотландии (*NAS*), с самого начала своего создания города Бурги управлялись «Судами бургов», собранием «всех хороших людей общины». Позже такие собрания для целей осуществления правосудия стали собираться исключительно из Байльи (*Baillie* или *Bailie*) (должностное лицо местного самоуправления в бурге в Шотландии), в то время как административными делами бурга занимался городской совет⁸.

После завоевания нормандцы многое привнесли в систему государственного управления Шотландии.

Так, Совет мудрых получил новое название Королевской Курии или Королевского Консулата (*лат. Curia regis*). Такое название давалось советникам, служившим изначально ранним французским, нормандским, а позже и английским королям. По своим функциям курия была схожа с Советом Англо-саксонских королей. Отличие заключалось в ее структуре, включавшей большую (*Magnum Concilium*) и малую курии. Большая состояла из знати (*tenants-in-chief*) и королевских военных, а также духовенства, имевшего в собственности земельладения⁹. Она собиралась по особым случаям по созыву короля. В остальное же время функционировала Малая курия, которая включала в себя военную знать и судебных советников короля¹⁰. По сути, Малая курия была передвижным королевским советом, который следовал за первым лицом государства, когда тот разъезжал по своим владениям, лично разбирая дела и осуществляя правосудие на местах¹¹.

⁸ Национальный архив Шотландии. <http://www.nas.gov.uk/guides/burgh.asp>.

⁹ Adams G. B. The Descendants of the Curia Regis. // *The American Historical Review*. Vol. 13. No. 1. 1907.

¹⁰ Там же.

¹¹ Holdsworth W. S. *A History of English Law*. Vol. I. Boston. 1922.

Позже курии стали специализироваться на различных направлениях деятельности, таких как казначейство и судейство. Так выделилась юридически специализировавшаяся группа лордов, занимающаяся только правосудием. К началу XVI в. Лорды консулы и Лорды сессии стали самостоятельно и регулярно проводить заседания и формировать правовые традиции.

Такой порядок осуществления правосудия Лордом консулом и Лордом сессии, входящими в состав Королевской Курии, сохранился до 1532 г., когда при короле Джеймсе V была основана Коллегия юстиции (*College of Justice*) или, как его еще называли, Суд Сессии (*Court of Session*) (крупнейшее объединение юристов Шотландии, его членами являются адвокаты, солиситоры и судьи; из числа последних назначаются 15 судей Сессионного суда).

17 мая 1532 г. Парламент Шотландии подписал соответствующее постановление – Акт о Коллегии юстиции (*College Of Justice Act 1532*)¹².

Структура Коллегии была построена по примеру Парламентов Франции¹³. Она состояла из 14 членов, половину из которых представляло духовенство, половину временные члены из числа аристократии, с председательством во главе Президента суда и Лорда-канцлера. Помимо 14 «Обычных лордов», именуемых Сенаторами (*senators*) или, как их чаще называли, Лорды права (*law lords*), в суде заседало неопределенное количество внештатных судей (лордов) (*extraordinary lords*). Со временем это разделение привело к разногласиям между представителями разных сословий. Первое заседание суда прошло 27 мая 1532 г. в присутствии короля. После 1532 г. Лорды сессии основали свое отделение суда, рассматривающее вопросы гражданского права в Шотландии.

Все 15 судей Сессионного суда заседали одновременно, рассматривая дело, при этом один из судей был ответственен за сбор показаний и опрос свидетелей, прежде чем суд выносил решение. Эта практика привела к созданию Внешней палаты (*outer house* – первой инстанции Сессионного суда Шотландии) и Внутренней

¹² Официальный сайт Национального архива актов Великобритании. <http://www.legislation.gov.uk/aosp/1532/2>.

¹³ Parlements — высшие суды во Франции XV–XVIII веков.

палаты (*inner house* – второй инстанции Сессионного суда Шотландии).

В основу названия «Внутренняя палата» легло обыкновение проведения заседания суда во внутренней комнате самого здания суда. Название «Внешняя палата» произошло от традиции опрашивать свидетелей в специальной комнате рядом со входом в здание суда. Постепенно Лорд, уполномоченный опрашивать свидетелей, стал единолично заседать во Внешней палате и выносить решения самостоятельно. Со временем термин «обычный лорд» стал применим только к лордам Внешней палаты.

Начиная с 1532 г., из-за обязанности юстициария или его заместителя иметь постоянное место заседания в Эдинбурге, его включают в Коллегию юстиции. В это же время все три должности юстициария упраздняются и учреждается одна должность, получившая название генерального юстициария (*Justice General*), который отвечал за всю территорию Шотландии. По факту большинство работ исполнялось судебными заместителями (*Justice deputes*). Кроме того, существовала должность судебного клерка, отвечающего за ведение протоколов в суде. Первоначально должность называлась (*Clericus justiciarie*) – клерк суда.

Статус судебного клерка с годами повышался, и в 1663 г. Тайным советом Шотландии ему был присвоен статус судьи – Лорда судьи-клерка, который впоследствии стал одним из председательствующих судей после создания Высокого суда юстициариев в 1672 г.

С 1672 г. юстициарии оформились в постоянно заседающий суд в Эдинбурге – Высокий суд юстициариев (*Courts Act 1672*).¹⁴

Суд состоял из возглавляющего его Лорда – генерального судьи (*lord justice general*) и Лорда судьи-клерка (*lord justice clerk*), а также комиссии юстициариев, назначаемых Лордами сессии, занимающихся разъездным правосудием.

В 1640 г. Парламент ограничил своим актом состав Суда сессии, лишая духовенство возможности заседать в нем. Несмотря на это, количественный состав суда из 15 судей остался прежним.

¹⁴ Официальный сайт Национального архива актов Великобритании. <http://www.legislation.gov.uk/aosp/1672/40/contents>.

Таким образом, создание судебной системы уходит своими корнями в IV в., когда стал существовать Совет мудрых, затем в X в. постепенно сформировалась должность Морамера. Именно тогда стали формироваться прообразы тех судов, которые возможно наблюдать в качестве звеньев современной судебной системы. Судебная система Шотландии складывалась веками под влиянием тех условий жизни, что существовали в обществе.

Так, например, разделение на Внутреннюю и Внешнюю палаты Сессионного суда произошло вследствие обычая выслушивания ряда дел внутри и вне здания суда.

Актом об Унии или Актом о союзе (*Acts of Union*)¹⁵ 1707 г. объединились два парламента: Англии и Шотландии. Согласно ст. 19 этого документа за Шотландией сохранялась своя особая юридическая система.

Суды Шотландии прошли весьма долгий путь создания, прежде чем превратились в ту систему, которая существует на сегодняшний день.

*Р.А. Насибуллин**

РАЗВИТИЕ ФРАНЦУЗСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О РАЗВОДЕ В КОНЦЕ XVIII–XX ВВ.

Ярким примером влияния на право изменчивых взглядов общества является институт развода во французском законодательстве. Он за двести лет – с конца XVIII до конца XX в. – претерпевал серьезные трансформации.

Во французском королевском законодательстве и каноническом праве до конца XVIII в. действовала норма католической церкви о юридической нерасторжимости брака при жизни

¹⁵ Оригинальный текст Договора «Акт об унии» на официальном сайте Парламента Великобритании.
<http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/legislativescrutiny>.

* **Насибуллин Р.А.** – кандидат исторических наук, доцент, доцент кафедры истории государства и права Уральской государственной юридической академии.

супругов даже по вине прелюбодеяния с полным запрещением развода¹. Брак прекращался только смертью одного или обоих супругов.

Развод в католической церкви заменяется особого рода полумерой – разлучением от стола и ложа (*separatio a mensa et a thalamo*), то есть разлучением супругов от совместной жизни, дозволением раздельного проживания супругов по просьбе одного из них с сохранением юридической силы брака и с запрещением поэтому вступать в новый брак. Решением суда разлученные супруги освобождались от обязанности совместного проживания, но их брак продолжал существовать. Такое разлучение могло быть как временное, так и пожизненное. Постоянное разлучение разрешалось только в случаях прелюбодеяния или содомии (гомосексуализма или лесбиянства). Временное разлучение допускалось в следующих случаях: отход от христианства, покушение одного супруга склонить другого в ересь или совершить противоестественный порок (гомосексуализм, лесбиянство), покушение на жизнь супруга, заразная и продолжительная болезнь, злонамеренное оставление, жестокое обращение, нанесение долго продолжающихся тяжких оскорблений. Разлучение от стола и ложа не допускалось по причине болезни или тяжелого увечья, сумасшествия, бесплодия жены, так как брак предполагает разделение не только радостей, но и горестей жизни и нельзя оставлять в беде другого супруга, а следует его пожалеть, утешить, поддержать.

Французская революция конца XVIII в. провозгласила свободу вероисповедания, секуляризацию брачно-семейного законодательства, то есть отрешение его от церковных понятий и придание ему светского характера. Конвент издал 20 сентября 1792 г. декрет², который упразднил церковный брак и вводил обязательный для всех граждан гражданский брак – это брак, зарегистриро-

¹ Загоровский А.И. Курс семейного права (по изданию 1909 г.). М., 2003. С. 53–54; Суворов Н.С. Учебник церковного права (по изданию 1908 г.). М., 2004. С. 53–55; Герье В.И. Блаженный Августин (по изданию 1910 г.). М., 2003. С. 132–148.

² Саньяк Ф. Гражданское законодательство французской революции (1789–1804) / Пер. с фр. О.А. Старосельская-Никитина. М., 1928. С. 235–243.

ванный государственными органами, без участия католической церкви. «Во имя индивидуальной свободы» он разрешил развод перед чиновником гражданского состояния, который регистрировал гражданские браки, и отменил разлучение супругов от совместного проживания. Закон о разводе представлял собой радикальную ломку существовавшего порядка.

Данный закон противоречил реалиям жизни и правосознанию большинства французов³. Брачно-семейное право консервативно и эволюционно по самому своему существу. Оно касается повседневной жизни людей, которые осторожно относятся к новшествам.

Это радикальное ниспровержение традиции обосновывалось в законе так: «Возможность расторгнуть брак разводом вытекает из личной свободы; невозможность разорвать брачные узы будет означать потерю свободы»⁴. Развод вводился «во имя индивидуальной свободы, несовместимой с нерасторжимостью супружества» и как следствие взгляда на брак как на обыкновенный гражданский договор, который может свободно заключаться и расторгаться.

Закон допускал весьма широкую свободу развода.

1. По определенным причинам как по вине супруга: жестокое обращение, тяжкие оскорбления, распутная жизнь, осуждение одного из супругов к тяжкому или позорящему наказанию, так и без его вины: эмиграция, пятилетнее безвестное отсутствие, сумасшествие.

2. По взаимному соглашению без объяснения действительных причин расстройства семейной жизни.

3. По воле одного из супругов в виду несходства характеров.

Вредные последствия допущенной законом свободы развода обнаружились не в деревнях, где крестьяне отказывались прибе-

³ Раевич С.И. Гражданское право буржуазно-капиталистического мира в его историческом развитии. 1789–1926. Франция, Италия, Польша, Голландия, Румыния, Российская империя, Австрия, Германия, Швейцария: Учебное пособие. М.-Л., 1929. С. 20; Он же. Проблема развода в период Великой французской революции // Советское право. 1928. № 5. С. 64–68.

⁴ Морандьер Л. Жюлио де ла. Гражданское право Франции. Т. 1. М., 1958. С. 424.

гать к разводу, а в больших городах, где свободой развода спешили злоупотребить. Следствием чрезмерно радикального декрета стал значительный рост числа разводов в городах исключительно по капризу одного из супругов.

Французский гражданский кодекс 1804 г. сохранил развод и восстановил разлучение супругов по тем же основаниям, что и развод. По сравнению с революционным законодательством кодекс значительно сократил количество поводов к разводу. Это было ответной мерой на значительный рост количества разводов в революционную эпоху, вызванный неудачным революционным законодательством. Кодекс уничтожил развод по несоответствию характеров. По настоянию Наполеона, который нуждался в разводе с бездетной императрицей Жозефиной для продолжения династии, сохранялся развод по взаимному согласию, без объяснения действительных причин расстройств семейной жизни. При этом кодекс обставил развод такими условиями, которые делали его практически трудно осуществимым.

Закон 1816 г. развод вообще отменил и оставил одно разлучение супругов. Закон 1884 г. снова допустил развод как крайнюю меру при наличии тех причин, которые были указаны в кодексе, однако уже без развода по взаимному согласию супругов. Кодекс допускал развод как исключительную меру, только при наличии вины другого супруга по следующим основаниям (ст. 229–232)⁵.

1. Прелюбодеяние. Причём законом 1884 г. в этом вопросе уравнивались муж и жена. По прежнему закону 1804 г. прелюбодеяние жены считалось во всех случаях поводом к разводу, а прелюбодеяние мужа только в том случае, если он ввел любовницу в семейный дом, где живет вместе с женой (ст. 230).

2. Покушение одного супруга на жизнь другого.

3. Жестокое обращение, хотя и не подвергающее жизнь опасности.

4. Тяжкие оскорбление, все равно, действием, словесное или письменное, раз в нем выражается посягательство на честь супруга

⁵ Французский гражданский кодекс 1804 года с позднейшими изменениями до 1939 г. / Пер. с фр. И.С. Перетерского. М., 1941; Морандьер Л. Жюллио де ла. Указ. соч. С. 423–479; Загорский А. И. Указ соч. С. 57–60.

или на уважение к нему и свидетельствует о чувстве ненависти, презрения и отвращения. Суды тяжким оскорблением признали отказ кого-либо из супругов совершить по требованию другого церковное венчание, добровольное и длительное уклонение от исполнения супружеского долга, злонамеренное оставление одним супругов другого, сознательное заражение скрытой болезнью.

5. Осуждение одного из супругов за совершенное им преступление к позорящему наказанию. В Уголовном кодексе 1810 г. к этим наказаниям относились наказания, влекущие за собой лишение свободы: депортация (ссылка), тюремное заключение (смирительный дом), каторжные работы.

После развода всякий супруг имел право вступить в новый брак. Разведенная жена обязывалась выдержать десятимесячный срок (ст. 228). Это запрещение объяснялось интересами установления отцовства. При немедленном вступлении разведенной в новый брак невозможно было бы установить, от кого – от прежнего или нового мужа – происходит ребенок, который родится через несколько месяцев после нового брака. Виновному в прелюбодеянии супругу запрещалось вступить в брак с соучастником прелюбодеяния (ст. 298).

После закона 1884 г. число разводов во Франции увеличилось за 38 лет почти в 20 раз, составив в 1884 г. – 1 657, а в 1921 г. – 32 257⁶. В 1900–1901 гг. на каждые 100 тыс. жителей приходилось 23 развода, в 1913 г. – 37,7, в 1920 г. – 74,4, 1923 г. – 59, то есть почти в два раза превосходила довоенную⁷.

Французский законодатель, провозгласив свою полную независимость от церковных взглядов на брак, на самом деле остался под их влиянием. Он, отвергая долгое время, с 1816 по 1884 гг., развод и допуская лишь разлучение, был верным католиком. Но и восстановив развод, он в поводах к разводу старался держаться тех

⁶ Гойхбарг А.Г. Сравнительное семейное право. 2-е изд., испр. и доп. М., 1927. С. 72; Блайо Ш.. Расторжение браков во Франции после 1950 г. // Развод. Демографический аспект: Сб. статей / Под ред. А. Г. Волкова и Л. Е. Дарского. М., 1979. С. 48–66.

⁷ Вольфсон С.Я. Семья и брак в их историческом развитии. М., 1937. С. 136.

же правил, которые даны католической церковью для разлучения супругов.

Законодательство западных государств с конца 1960-х гг. подверглось значительным изменениям в сторону все большего расширения свободы развода. Основной тенденцией реформ являлся отказ от идеи «развод – санкция за виновное поведение супруга» и переход к концепции развода вследствие непоправимого распада семьи. Такой подход исключает закрепление в законодательстве каких-либо формальных оснований развода, хотя супруги все же оказываются связанными определенными требованиями закона, так как должны в обоснование распада брака привести определенные доказательства.

Наконец, законодательство стало признавать концепцию «развод – констатация неудачи брака», который заключается лишь в констатации фактического распада брака обоими супругами или одним из них и не требует каких-либо обоснований или доказательств. Развод стал допускаться по взаимному согласию супругов без объяснения причин, вследствие непоправимого распада брака.

Смысл расторжения брака при отсутствии вины сторон видят в том, что это позволяет не вторгаться в жизнь семьи, смягчить взаимную неприязнь супругов, а также в случаях, когда оба супруга желают развестись, – не «придумывать» основания, которые соответствовали бы требованиям законодательства.

Французский закон 1975 г. признал три возможных случая развода⁸.

1. По взаимному согласию (ст. 230–232 ФГК). Оба супруга подают совместное заявление о разводе, не называя причину, без объяснения действительных причин расстройства семейной жизни. При этом к заявлению о разводе супруги должны приложить соглашение, которое регулирует последствия развода: о разделе имущества, распределении детей и их содержании. Стороны не могут подать заявление о разводе в течение первых шести месяцев

⁸ Хазова О.А. Брак и развод в буржуазном семейном праве (сравнительно-правовой анализ). М., 1988. С. 132–137; Никитинский Л.В. Реформа законодательства о расторжении брака во Франции // Проблемы совершенствования советского законодательства. М., 1977. Вып. 9. С. 154–165; Французский гражданский кодекс. СПб., 2004.

брака. Судья дает супругам три месяца на размышление, чтобы дать им возможность еще раз продумать свое решение и попытаться восстановить семейные отношения. По истечении трехмесячного срока заявление должно быть подано вновь, после чего судья выносит решение о разводе.

2. В случае прекращения совместной жизни, если супруги живут раздельно более шести лет или когда один из супругов в течение последних шести лет страдает психическим заболеванием, что совместная жизнь с ним невозможна (ст. 237–241 ФГК). В этом случае развод производится без учета желания другой стороны. При этом на инициатора развода возлагаются обязанности по содержанию бывшего супруга и детей.

3. В случае виновного поведения (ст. 242–246 ФГК). С заявлением о разводе может обратиться один из супругов при вменении другому супругу обстоятельств, которые составляют грубое и повторное нарушение семейных обязательств и делают невыносимой совместную жизнь. В качестве самостоятельного виновного основания развода выделено лишь осуждение одного из супругов за религиозное преступление.

Таким образом, с установлением широкой свободы развода произошел возврат к французскому революционному законодательству и классическому римскому праву, что сопровождается стремительным ростом числа разводов. Легкость развода приводит к тому, что брачующиеся легкомысленно подходят к выбору спутника жизни, ибо они всегда могут развестись. Легкость развода снижает стремление к сотрудничеству в разрешении семейных конфликтов. Тем самым легкость способствует разрушению брака и семьи. Православная церковь считает, что нерасторжимость брака есть идеал, но допускает развод как крайнюю меру, как «неизбежное зло», так как человеческая немощь требует снисхождения, люди не смогут соблюдать непосильные требования. Развод всегда рассматривался как серьезный грех, ибо он приносит тяжкие духовные страдания и супругам, по меньшей мере, одному из них, и особенно детям, лишая их семьи. Церковь в некоторых случаях допускает развод как меньшее зло по сравнению с большим⁹.

⁹ Церковь и Мир. Основы Социальной концепции Русской Православной церкви. М., 2000. С. 118–120.

Таким образом, французское законодательство о сложнейшем и дискуссионном вопросе о разводе за двести лет смогло воплотить все три возможных способа решения этой проблемы: запрещение развода по любому основанию, допуск развода в качестве исключительной меры при наличии уважительных причин и свобода развода. Теоретически предпочтительным может казаться второй, срединный, подход. Он лучше служит интересам сохранения семьи и одновременно учитывает волеизъявление человека. Однако нормы права о разводе должны соответствовать действительному положению вещей, уровню культурного, нравственного, религиозного, социально-экономического, психологического развития общества, народа в конкретные исторические периоды.

*Р.Г. Новикова**

КЛАССИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ИСЛАМСКИХ ФИНАНСОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

На правовой карте мира в VII в. зародилась уникальная правовая система, основой которой стали религиозные догмы ислама. За короткий период времени ислам стал не только религией большого количества верующих, но и основным регулятором общественных отношений. Религиозные догмы явились идеологической основой политического, государственного, а также экономического устройства исламского общества.

Основоположником ислама был Мухаммад (570–632 гг.), избранный Аллахом в качестве своего Пророка, в связи с чем «ислам неразрывно связан с учением Пророка Мухаммада»¹. Мухаммад при своей жизни выступал в роли определенного мерила по всем

* **Новикова Р.Г.** – научный сотрудник конституционного и административного законодательства иностранных государств Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

¹ Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 2. М., 2011.

вопросам, касающихся жизненных ситуаций членов исламской *уммы*, в том числе по регулированию финансовых отношений. Он трактовал откровения, посланные Аллахом, был верховным кади-ем, главой казны халифата, духовным руководителем всей мусульманской общины, следовательно, являлся основоположником не только духовного содержания религии, но и основателем законодательной и судебной власти как исламской религиозной составляющей.

На раннем этапе формирования и развития исламского государства Пророк Мухаммад вывел оптимальные принципы ведения финансово-хозяйственной деятельности исламского общества, определил права и обязанности субъектов финансовых отношений, а также Пророком были определены религиозно-правовые идеи, влияющие на поведенческую мотивацию мусульман в финансовой сфере. Данные установки отражены в основополагающих источниках религии и права в качестве общих принципов ведения финансовой деятельности мусульман и приверженцев других религий, проживавших на территории Арабского халифата. Таким образом, исламская финансовая система сочетала в себе экономические ориентиры уклада жизни населения Аравийского полуострова и населения территорий, входивших в состав Арабского халифата в сочетании со строгими требованиями религиозных предписаний ислама. Сочетание такого характера наиболее ярко выражается в принципах, на которых построена финансовая система первого исламского государства.

Принципы исламского права представляют собой основополагающие идеи, характеризующие исламское право, определяющие целевое назначение его реализации в жизнедеятельности исламского общества, в частности регулирование финансовой сферы. Кроме того, принципы исламского права являются общими нормами, образовавшими правовое пространство, в пределах которого получили реализацию исламские финансовые правоотношения, а также определены закономерности развития самого права. Принципы исламского права представляют собой ту незримую нить, которая связала общественные интересы и их отражение в правовой системе в целом.

Большинство теоретиков единодушны в том, что принципы права являются качественной характеристикой самого права, соответственно, принципы исламского права представляют собой специфику права, основанного на религиозных догмах ислама.

Правовое регулирование исламских финансовых отношений, базируется на принципах, сформированных в период VII–X вв. Незыблемость данных принципов, продиктованная строгим исполнением обязанностей правоверных мусульман в финансовой сфере, закреплённой в основополагающих источниках исламского права, обосновывает их непоколебимость на протяжении множества веков и их практическую реализацию на современном этапе во многих исламских странах.

Для того чтобы определить принципы, регулирующие исламские финансовые правоотношения, необходимо исходить из общего смыслового содержания основополагающих источников классического исламского права, а также из содержания доктринальных разработок исламских правоведов, которые носят обязательный характер как для всей мусульманской общины, так и лиц других конфессий, проживающих на территории исламских стран.

Исходя из множества мнений и представлений, существовавших в рамках исламской доктрины права, можно выделить следующие ***принципы, регулирующие исламские финансовые правоотношения.***

- *Принцип справедливости.* В исламском праве в отношении регулирования финансовых отношений, принцип справедливости обретает большую значимость, нежели в правовом регулировании финансовых правоотношений остальных правовых систем. Это происходит в силу того, что любая финансовая деятельность, как государства, так и всего общества, урегулирована не только правовыми источниками, но и религиозными догмами, которые налагают определенную моральную ответственность, требующую учитывать личностную составляющую участников финансовых правоотношений. В данном принципе выражается общесоциальная сущность права, в частности, правовой механизм получения финансового вознаграждения согласно затраченным ресурсам –

соразмерность затраченного труда и его оплата, внесение денежных средств и соразмерное получение финансового вознаграждения, а также равномерное распределение финансовых средств и т.д.

Известный исследователь Абу Юсуф в «Китаб ал – Харадж» ссылается на проповедь халифа Умара б. ал-Хаттаба: «вы имеете право требовать от меня, чтобы я не взимал с вас харадж иначе как в рамках, установленных для этого норм, и имеете право требовать от меня, чтобы попавшие таким путем в мои руки деньги ваши расходовались только по установленному законом назначению...»².

Отсюда следует, что уже на ранних стадиях существования Арабского халифата были закреплены права налогоплательщиков, права сборщиков налогов и применялись финансовые механизмы по исчислению, распределению денежных средств в казну государства, где халиф, действующий в качестве лица, производящего изъятие денежных средств согласно воле Всевышнего, обязан был отчитываться перед всей исламской *уммой*.

• *Принцип учетности*, где на первый план выступает способность платежеспособности населения. Основная смысловая нагрузка данного принципа сводится к тому, что индивидуумы обязаны выплачивать денежные средства в пользу государства, фонды малоимущих, только в случае наличия *нисаба*, т.е. определенного количества имущества, которое не подлежит налогообложению, в светском правопонимании представляется как необлагаемый налоговый минимум. Так же данный принцип закрепляет обязанность по выплате определенной денежной суммы со своего полученного дохода, в определенной его части-1/40.

• *Принцип общеобязательности* в исламском финансовом праве подразумевает, что все его нормы являются обязательными для исполнения всеми субъектами финансовых отношений, и подкреплены неизбежным наступлением наказания, как со стороны Аллаха, так и со стороны государства. Причем моральная сторона выступает фактором, побуждающим производить выплату денеж-

² Абу Йусуф ал-Куфи. Китаб ал-Харадж. Пер. с арабского и коммент. А.Э. Шмидта. СПб., 2001. С. 209.

ных средств в обязательном порядке трудоспособным населением в пользу государства с целью дальнейшего перераспределения по целевым денежным фондам.

• *Принцип возмездности в исламском финансовом праве* предполагает отсутствие встречного финансового предоставления за выполненные финансовые операции перед государством, но гарантирует получение благоденствия со стороны Всевышнего. Об этом наглядно свидетельствует аят (2: 274) Корана: «*Тем, кто тратит свое имущество и днем и ночью, тайно и явно, уготована награда у Господа. Им нечего страшиться, и они не будут опечалены*»³. Данный принцип является отличительным принципом исламского права, который подчеркивает специфику самого права ввиду ожидания в виде моральной компенсации и воздаяний, идущих от Аллаха плательщиком денежных средств, либо наступления санкций со стороны Всевышнего.

• *Принцип соразмерности* в рамках исламских финансовых отношений означает, что обязательства носят персонифицированный характер, где в первую очередь учитывается способность индивидуумов к исполнению данных обязательств, а также свидетельствует о недопущении чрезмерного изъятия финансовых средств. В частности, нормами исламского права, регулируемыми финансовыми отношениями, закреплена возможность уменьшения ставки налога в случае неурожая, вызванного природными факторами, что свидетельствует об учете форс-мажорных обстоятельств при расчете и учете налога на землю.

• *Принцип дифференциации учетных ставок налогообложения*. Нормы исламского права закрепляют соразмерное налогообложение и дифференцированные налоговые изъятия. Ярким примером может служить содержание аята Корана (7:147) в отношении налога на землю – «*Земли, орошаемые реками и осадками, облагаются ушром, а орошаемые плотинами – половиной ушра*»⁴. Кроме того, примером дифференциации учета ставок налогообложения служит ситуация в отношении изъятия денежных средств в

³ Коран. Перевод с арабского и комментарии М.-Н.О. Османова. СПб., 1992. С. 36.

⁴ Там же. С. 56.

казну государства в зависимости от гендерной принадлежности налогоплательщиков (женщины, дети и др. категории лиц выплачивали основные налоги по заниженной ставке налогообложения).

• *Принцип градации налогообложения земельных наделов.* В силу того, что в большей части население занималось земледелием, в основополагающих источниках достаточно подробно описаны различные вариации оснований определения вида налога в зависимости от категории земли. Налогообложение с земельных наделов строилось на основе доходов, извлекаемых с продукции земледелия, где потенциальная доходность земельного надела с учетом вида возделываемой культуры и трудозатратами на орошение имела значительное влияние при установке налогооблагаемой базы. Из исторических исследований, дошедших до наших дней «Китаб ал-Харадж» Абу Юсуфа свидетельствует об этом: «Умар б. ал-Хоттаб наложил на виноградники десять дирхамов, на финики – пять, а на всякую землю – обрабатывается она или не обрабатывается, – до которой доходит вода, наложил дирхам и махтум. На те земли с пальмами, которые орошает небо, налагается ушр, на те земли, которые орошаются с помощью далва, – пол-ушра...»⁵.

• *Принцип изъятия налога в зависимости от гендерной принадлежности,* где учитывалось, что интересы женщины представляет ее отец, муж, брат либо мужчина-родственник, которые выплачивали все отчисления за нее. Но, если по субъективным причинам женщина являлась одинокой, то учитывалось ее положение, и изъятие налогов и сборов производилось в частичном объеме, так как женщина не в состоянии получать оплату за труд и соответственно, выплачивать налоги, сборы, пошлины на одном уровне с мужчиной. Абу Юсуф в своем произведении «Китаб ал – Харадж» неоднократно указывал, что «дети и женщины полностью освобождаются от налогообложения»⁶.

• В период доктринальной разработки исламского права были выведены *принципы фискального администрирования*, где был определен правовой статус сборщиков налогов, сфера их компе-

⁵ Абу Йусуф ал-Куфи. Китаб ал-Харадж. Указ. соч. С. 64.

⁶ Там же. С. 72.

тенции. Сборщик налогов должен был быть: дееспособным правоверным мусульманином, ориентирующимся в сфере должного изъятия денежных средств, имеющим представление об имущественном положении населения, с которого взыскивается денежная сумма в казну халифата.

Одним из первых исламских правоведов, который дал разъяснения о должных принципах фискального администрирования, был Абу Юсуф. В частности, им передается: «...тот, кто действует несправедливо при сборе садаки, одинаково [повинен], как и тот, кто отказывается ее уплачивать... следует выбрать людей порядочных, верующих и надежных и им поручить сбор хараджа; тот, кого ты назначишь, пусть будет законоведом, знающим, советуемым с авторитетными людьми, безупречным... следует посылать [на места] людей порядочных, благонравных, на религиозность и честность которых можно положиться, с тем, чтобы они наводили справки об образе жизни сборщиков хараджа, о том, что они делают в порученных им областях и как они взимают харадж в соответствии с теми указаниями, которые им были даны, и в соответствии с твердо-установленными для плательщиков хараджа ставками его»⁷.

Исходя из вышесказанного можно утверждать о наличии массива классических принципов-регуляторов исламских финансовых правоотношений, которые представляют собой основополагающие идеи исламского права по поводу создания, (пере-) распределения материальных средств, а так же их изъятия денежных средств с населения в казну исламского государства.

⁷ Абу Йусуф ал-Куфи. Китаб ал-Харадж. Указ. соч. С. 191–198.

Д.В. Зорилэ*

ФОРМИРОВАНИЕ ИМПЕРСКОЙ ФИНАНСОВОЙ СИСТЕМЫ ГЕРМАНИИ В НАЧАЛЕ XX В.

Германия прошла долгий путь объединения, начавшийся распадом Священной римской империи германской нации после наполеоновских войн начала XIX в., и завершившийся принятием Имперской конституции 1871 г.¹

Финансовое обеспечение империи изначально признавалось недостаточным для решения усложнившихся задач имперской власти. Ст. 70 (гл. 12 «Финансы империи») Конституции 1871 г. передала в имперский бюджет лишь таможенные пошлины² и некоторые акцизы (на соль, сахар, пиво и другие)³, которые впоследствии были дополнены имперскими гербовыми сборами (*Reichsstempelsteuern*)⁴. Империя не имела доступа к прямым налогам, и если расходы империи не покрывались указанными доходами, ст. 70 Конституции уполномочивала имперского канцлера назначать подати (*Matrikularbeiträge*, матрикулы) с отдельных государств пропорционально численности их населения⁵. Это по-

* Зорилэ Д.В. – кандидат юридических наук, доцент, докторант кафедры истории государства и права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова.

¹ По ст. 4 Конституции 1871 г. империи были переданы законодательные компетенции в сфере таможни, торговли, ж\д, почты, телеграфа, судоходства, военного строительства, консульского дела. *Bundesgesetzblatt für den Deutschen Bund (BGBl)*. 1871. N 16. S. 63.

² С начала XIX в. въездные, транзитные, выездные таможенные пошлины согласовывались между отдельными германскими государствами в рамках региональных таможенных союзов; с 1834 г. вводятся единые таможенные пошлины Германского таможенного союза, которые с 1871 г. стали регулироваться законодательством Германской империи.

³ Гл. 6 «Таможенное и торговое дело» (ст. 33–40) Конституции 1871 г. *BGBl*. 1871. N 16. S. 63.

⁴ в виде налога на сделки по отчуждению земельных участков, на игральные карты, лотерею, на обращение ценных бумаг, векселей, на дивидендные купоны (*Gewinnanteilscheine*) и некоторые другие.

⁵ *RGBl*. N 16. S. 63.

ложение неоднократно дополнялось и изменялось (в 1879, 1896, 1904, 1906 гг.), но предпринимаемые меры лишь усугубляли проблему недостаточной обеспеченности имперского бюджета⁶.

В землях сохранялись отдельные, исторически сложившиеся финансовые системы, которые принято условно делить на две группы: система налогообложения личных доходов (*allgemeine Personal-und Einkommensteuersystem*), развивавшаяся в основном к северу от Майна, и система налогообложения прибыли (*Ertragsteuersystem*), характерная в основном для южной части страны⁷. Быстрый рост и большие различия в доходах, особенности их распределения, привели к тому, что из системы подушных податей и налоговых классов (*Kopf-und Klassensteuern*) в северной части Германии развилась система налогообложения субъектов (*Subjektsteuersystem*), больше отражавшая социальное расслоение и отвечавшая растущим потребностям в налоговых поступлениях, а также задачам развития промышленности. Приспособленная к более равномерным социальным условиям система налогов на прибыли (*Ertragssteuersystem*) соответствовала интересам земельных собственников юга страны.

На уровне местного налогообложения разнообразие было еще более существенным: так, в восточных провинциях Пруссии к началу XIX в. насчитывалось около 20 систем прямого налогообложения, состоявших примерно из сотни видов налогов. В большей зависимости от государственного налогообложения, чем в Пруссии, Саксонии, в других северогерманских и центральногерманских государствах находилось коммунальное финансовое хозяйство южнонемецких государств с аграрным типом хозяйства и незначительными различиями в доходах основной массы насе-

⁶ Твердохлебов В.Н. Податные реформы и финансовая унитаризация Германии // Экономист. Избранное 1921–1922 г. М., 2008. С. 304–323.

⁷ Различия финансовых систем центральной, северной, восточной Германии были обоснованы различиями их экономических структур и экономического развития: на востоке, где преобладало крупное землевладение, земельной аристократии был противопоставлен слой безземельных сельскохозяйственных работников, в то время как в Саксонии, Тюрингии, Вестфалии, Рейнланде раннеиндустриальное развитие обострило противоречия между предпринимательством и рабочими.

ния. Здесь налогообложение прибыли (*Ertragssteuersystem*) соответствовало скромным задачам и потребностям налоговой политики, коммунальное хозяйство было зависимо от надбавок (*Zuschläge*) к прямым налогам земель, большее значение (на государственном и общинном уровне) имели налоги на потребление, в основном на напитки (в первую очередь, на пиво).

Эти налоги сохраняли особое положение в финансовых системах юга Германии и после образования империи, в то время как другие налоги на потребление – на соль, табак, сахар регулировались в рамках образованного в 1834 г. Таможенного союза, что вело к сближению направленности налоговых реформ, проводимых в землях⁸.

К концу XIX в. стала очевидной необходимость унификации и объединения налогов из-за притязаний империи на финансовые средства земель, взимавшиеся с них в виде матрикулярных платежей или в результате перехода на имперский уровень источников финансовых поступлений земель⁹.

Еще одним побудительным мотивом для проведения общегосударственных налоговых реформ являлась неравномерность обременения прямыми налогами в различных землях. С этим можно было мириться, пока отдельные немецкие государства представляли собой закрытые экономические области, как это было с начала до середины XIX столетия. Неравномерность сглаживалась за счет различий в иных видах налогов¹⁰. Столь же различным был уровень налоговой нагрузки на земельную собственность, на доходы от промысловой деятельности, доходы от капитала. Положе-

⁸ Образцом для законодательства явилась налоговая реформа министра финансов Пруссии Й. Микеля 1891/93 годов, в ходе которой в Пруссии были разработаны современный подоходный налог, налог на имущество.

⁹ Налоги на потребление, которые составляли важную часть бюджетов земель и бюджетов общин в южной части Германии, утрачивали свое значение по мере того, как империя привлекала их к покрытию собственных нужд.

¹⁰ Отдельные земли унифицировали налоги на потребление, которое осуществлялось между ними (в том числе на базе двух- и многосторонних соглашений), и на этом фоне еще более чувствительными становились сохраняющиеся различия прямого налогообложения.

ние становилось особенно неприемлемым для торговли и ремесла в силу того, что вся империя постепенно становилась единым экономическим пространством.

Период до Первой Мировой войны и военное время можно расценивать как подготовительный этап для коренных преобразований, проведенных в период Веймарской республики. Так, в 1906 г. на имперский уровень был передан налог на наследство, который к тому времени был введен во многих землях¹¹. Реформа сопровождалась упорным сопротивлением юнкерства, и в качестве компромисса за землями было закреплено право устанавливать надбавки к имперскому налогу на наследство, поступающие в их бюджет¹².

В 1912/13 гг. был установлен единовременный имперский взнос на оборону (*Wehrbeitrag*), включавший налог на прирост имущества и налог на доходы (закон Бассермана-Эрцбергера)¹³. Предназначенный на покрытие расходов на укрепление армии и флота, на вооружение, взнос должен был стать исходным пунктом в трехгодичном туре налогообложения. В эти годы начал формироваться корпоративный налог как особый налог на доходы юридических лиц¹⁴. В 1913 г. в рамках чрезвычайного имперского взноса на оборону (*Wehrbeitrag*) впервые были обложены доходы акционерных обществ¹⁵.

В 1916–1918 гг. разрабатывается универсальный налог с оборота. В 1916 г. он был введен в рамках имперского гербового сбора как налог на оборот товаров, а в 1918 г. был принят отдельный имперский закон, разработавший комплексную систему налога с оборота (*Allphasen-Bruttoumsatzsteuer*), основного косвенного на-

¹¹ Образцом послужил введенный в Пруссии в 1873 г. налог на наследство и дарения, в Гамбурге введен в 1894 г., в Бадене – в 1899 г.

¹² В ходе реформы 1919–1920 г. налог на наследство полностью перешел на имперский уровень.

¹³ Ropke W. Finanzwissenschaft, Berlin, Wien, 1929. S. 145.

¹⁴ Налогообложение юридических лиц как объединений капитала началось после периода грюндерства 1871/73. В отдельных германских государствах их доходы подлежали вводимому в это время подоходному налогообложению, регулирование которого существенно различалось в отдельных землях.

¹⁵ Ropke W. Ibid. S. 145.

лога имперского бюджета¹⁶. В 1916–1918 гг. с целью преодоления острого дефицита имперского бюджета взимался временный налог на военные доходы (*Kriegsgewinne*), которым облагались также юридические лица (установлен Законом о военном налоге 21 июня 1916 г.); с этой же целью на имперском уровне в 1917 г. введены налог на потребление угля, налог на пассажирские и грузовые перевозки. Увеличение числа имперских налогов требовало обеспечения единообразия практики применения имперского законодательства, что повлекло учреждение в 1918 г. Имперского финансового суда, в компетенцию которого входило разрешение споров между налогоплательщиками и органами власти¹⁷.

Экономическое и социальное неравенство обострялось в этот период на фоне следующих факторов: неравномерность уровня налогового бремени и отличия в источниках налоговых поступлений в разных землях, различия налоговых ставок в пределах одних и тех же налогов (на землю, промысел, капитал), увеличение разнообразия налогов на общинном уровне, изменение структуры экономических сил, связанное с переходом от аграрного к промышленному типу хозяйства.

Веймарская конституция 1919 г. не преодолела недостаток финансовой централизации страны, характеризовавший Конституцию 1871 г.;¹⁸ п. 6 ст. 6 Конституции закрепил за империей исключительные законодательные компетенции по таможенным по-

¹⁶ Unsere Steuern von A bis Z, Das Bundesministerium der Finanzen informiert. Bonn, Ausgabe, 1993. S. 142.

¹⁷ Решающее значение имели конференции министров финансов земель в Майнце, Вюрцбурге 6–11.9.1918. (Protokolle der Finanzministerkonferenzen, Staatsarchiv Hamburg, 1918).

¹⁸ В Национальном учредительном собрании звучала такая оценка: «Во многих областях земли принесли империи большую жертву, отказавшись от своих полномочий, в то время как в области финансов в конституции (1919 г.) наблюдается определенная сдержанность в смысле сохранения государственности земель. Это расценивается как упущение разработчиков конституции, и все же ... в вопросе размежевания финансовых полномочий между империей и землями законодатель сознательно придерживался прежних положений конституции 1871 г.». Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung. Stenographische Berichte, Band 332, 149. Sitzung, S. 4701.

шлинам и косвенным налогам, а ст. 8 – конкурирующие законодательные компетенции по другим видам налогов, поскольку они целиком или частично взимались на нужды империи¹⁹. Принципиальное новшество внесла ст. 14 Конституции, возложив исполнение имперских законов на органы власти земель, поскольку имперские законы не устанавливали иное²⁰.

В 1919–1920 гг. была проведена основополагающая финансовая реформа, названная по имени имперского министра финансов М. Эрцбергера: создано Имперское финансовое ведомство для единообразного взимания налогов²¹; Имперское положение о налогах и иных платежах 1919 г. унифицировало процедуры взимания налогов, поступающих в имперский бюджет²². Ключевым вопросом формирования сбалансированной финансовой системы являлось урегулирование отношений субъектов федерации по налогам, и в этом необходимо было учитывать следующие особенности: 1) фактическое неравенство субъектов – по территории, численности населения, по экономическому потенциалу, 2) сохранявшийся финансовый партикуляризм в землях, наличие отдельных финансовых систем с разными видами налогов, 3) двухуровневая федерация (империя–земли), но трехуровневая финансовая система (империя–земли–общины), 4) несимметричное распределение компетенций между различными уровнями власти (законодательство по налогам, взимание налогов, расходование средств).

¹⁹ «Империя законодательствует по налогам и иным платежам, поскольку они полностью или частично используются на нужды империи. Если империя использует Abgaben или иные Einnahmen, которые ранее взимались в землях, то империя должна учитывать необходимость сохранения жизнеспособности земель». RGBl, 1919. S. 1383.

²⁰ Gerloff W. Die öffentliche Finanzwirtschaft. Frankfurt, Main, 1948. S. 14.

²¹ Gesetz über Reichsfinanzverwaltung 10.09.1919 (Reichsgesetzblatt S. 1591); Reihsabgabenordnung 13.12.1919 (RGBl, S. 1993), Finanzausgleichsgesetz 30.03.1920 (RGBl, S. 402), в редакции 10.08.1925 (RGBl, 1, S. 252).

²² Reichsabgabenordnung 13.12.1919. Закон регулировал процедуру взимания налогов, процедуру обжалования неправомерных актов финансовых органов, налоговые правонарушения. RGBl. S. 1993.

Восполнить недостаток централизации в сфере финансов был призван Закон о налогах земель 1920 г., слушания по которому шли в Национальном учредительном собрании одновременно с Законом о подоходном налоге, Законом о налоге на доход с капитала, Законом о корпоративном налоге (комплексный закон для регулирования налогообложения юридических лиц).

Принятие этого пакета законов можно считать третьим этапом финансовой реформы веймарского периода. Формирование системы имперских финансов наряду с принятием Конституции и заключением мира после Первой мировой войны рассматривалась депутатами как одна из главных задач Национального учредительного собрания²³.

Со стороны противников централизации в ходе дебатов высказывались энергичные возражения, главным образом по второму параграфу этого закона. Недовольство вызывало закрепленное в § 2 правило, согласно которому использование налогов на нужды империи исключало взимание этих налогов землями, если иное не установлено имперскими законами²⁴.

Депутаты утверждали, что § 2 «похоронил» финансовую самостоятельность земель, что он отнимает у земель то, что им предоставляет § 1²⁵ и не соответствует имперской Конституции²⁶. В ходе вторых слушаний закона звучали следующие заявления:

²³ Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung. Stenographische Berichte, Band 332, 148. Sitzung, 4.03.1920. S. 4679.

²⁴ § 2: «Использование налогов на нужды империи исключает взимание подобных налогов землями и общинами (объединениями общин), если имперские законы не устанавливают иное. Взимание надбавок к имперским налогам разрешается землям и общинам (объединениям общин) только на основании уполномочения имперским законодательством». Finanzausgleichsgesetz 30.03.1920. RGBl, 1920, N 7389. S. 402.

²⁵ § 1: «Земли и общины (объединения общин) вправе взимать налоги в соответствии с правом земель, поскольку оно не противоречит имперской конституции и изданным в соответствии с имперской конституцией имперским постановлениям». Finanzausgleichsgesetz 30.03.1920, RGBl, 1920, N 7389. S. 402.

²⁶ Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung. S. 4707.

«При том объеме переданных на имперский уровень налогов § 2 приведет к неограниченной унитаризации публичных финансов всей империи, и законодательные компетенции земель по финансам фактически превратятся из самостоятельных в делегированные, зависимые от усмотрения имперских властей и загнанные ими в узкие рамки, определяемые ими самими... Закон уничтожает экономическую и политическую независимость земель, хотя Конституция 1919 г. предусматривает не унитарное, а федеративное государство»²⁷. «Имперское положение о налогах и иных платежах 1919 г. устранило полномочия земель по процедурным вопросам налогообложения, передав имперскому финансовому ведомству функции по взиманию налогов, теперь ей наносится смертельный удар в материальном праве, закон превращает имперские власти в управляющего (Geschäftsführer) земель и общин»²⁸. «§ 2 противоречит ст. 8, 12 конституции, так как те законодательные полномочия империи, которые по ст. 8 конституции обозначены как конкурирующие, данный закон превращает в исключительные»²⁹. Депутаты предостерегали, что потеря финансовой самостоятельности земель означала потерю их политической самостоятельности и несла опасность чрезмерной централизации³⁰.

Учитывая возросшие задачи, возникавшие перед публичной властью не только имперского, но и иных уровней (в том числе общинного), Закон о налогах земель 1920 г. впервые закрепил положение, согласно которому сторона (империя, земли), обязанная выполнять определенные задачи, должна была нести соответствующие расходы. Империя могла возлагать на земли/общины новые задачи, только обеспечив необходимые финансовые средства³¹. В ходе дебатов звучали также призывы законодательно

²⁷ Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung. S. 4707.

²⁸ Ibid. S. 4686.

²⁹ Ibid. S. 4708.

³⁰ Ibid. S. 4679.

³¹ Империя возложила на общины новые задачи – обеспечение населения продовольствием, жильем, строительство новых больниц, дорожное строительство, восстановление школ, использовавшихся в военное время в качестве лазаретов, социальное обеспечение пострадавших в ходе военных действий.

оградить имущественные интересы налогоплательщиков от возможного повышения землями налогов на имущество с целью компенсации выпадающих доходов от переданных империи крупных налогов на доходы (подходного и корпоративного)³².

Несмотря на серьезные возражения, Закон о налогах земель был принят, что привело к существенной централизации финансовой системы страны, близкой к унитарному государству³³.

*Р.Т. Москвина**

ВЛИЯНИЕ ПРИНЦИПОВ КЛАССИЧЕСКОЙ ШКОЛЫ УГОЛОВНОГО ПРАВА НА ОБЩЕСТВЕННОЕ РАЗВИТИЕ СТРАН ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЫ

В уголовном праве доктрина имеет большее значение, чем в других отраслях права, поэтому невозможно переоценить влияние принципов классической школы уголовного права на уголовное право и судопроизводство. Антифеодалная направленность принципов классической школы уголовного права способствовала утверждению новых буржуазных принципов уголовного права и судопроизводства. Значительное влияние они оказали на социально-

³² Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung. Ibid. S. 4671.

³³ Наиболее важными имперскими налогами наряду с налогом с оборота теперь стали подходный налог (включая налог на заработную плату - *Lohnsteuer*), нововведенный налог на корпорации, налог на имущество, налог на наследство, ряд налогов на потребление. Землям и общинам оставались наряду с частичными перечислениями от указанных имперских налогов промысловый налог, налог на землю, налог на строения, а также местные налоги на потребление. Большое значение для унификации налогообложения имел Имперский закон об оценке имущества для целей налогообложения (*Reichsbewertungsgesetz*) 10 августа 1925 г., который установил единые оценочные параметры для всех видов имущественных налогов империи, земель, общин.

* **Москвина Р.Т.** – кандидат исторических наук, доцент, доцент кафедры истории государства и права Уральской государственной юридической академии.

политическое развитие стран Западной Европы, став ключевыми в перечне прав человека и гражданина, закрепленных в «Декларации прав человека и гражданина» 1789 г.

Идея прав человека сложилась в условиях европейской правовой и политической культуры на буржуазной стадии ее развития¹. В этом контексте и предполагается анализировать влияние доктрины классической школы уголовного права на общественное развитие стран Западной Европы.

Основные идеи этой доктрины: законность, пропорциональность, равенство перед законом, презумпция невиновности, принцип вины, закон не имеет обратной силы были обоснованы философами Просвещения и получили развитие в трудах теоретиков классической школы права: Чезаре Беккариа, Карла Биндинга, Ансельма фон Фейербаха. Так, основной принцип классической школы уголовного права, принцип законности: нет наказания без закона (*nulla poena sine lege*) и нет преступления без закона (*nullum crimen sine lege*) – по словам Чезаре Беккариа означал, что «только законы могут устанавливать наказания за преступления и что власть их издания может принадлежать только законодателю, как представителю всего общества, объединенного общественным договором»².

В «Декларации прав человека и гражданина» 1789 г. принцип законности закреплялся таким образом: «Никто не может подвергнуться обвинению, задержанию или заключению иначе как в случаях, предусмотренных законом, и при соблюдении форм, предписанных законом... Закон может устанавливать наказания, лишь строго и бесспорно необходимые. Никто не может быть наказан иначе как в силу закона, надлежаще примененного, изданного и обнародованного до совершения правонарушения»³. На во-

¹ См.: Муромцев Г.И. Культурно-исторический аспект сравнительно-правовых исследований // Методология сравнительно-правовых исследований. Жидковские чтения: материалы Всероссийской научной конференции / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. М., 2013. С. 17.

² Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / Сост. В.С. Овчинский. М., 2004. С. 91.

³ Декларация прав человека и гражданина. Ч. 2 // История государства и права зарубежных стран: Сб. документов и задач / Сост. А.В. Игнатенко и др. Екатеринбург. 2012. С. 43.

прос, что такое закон, выражение общей воли или произвола властвующего субъекта, составители «Декларации прав человека и гражданина» отвечали однозначно: «закон – есть выражение общей воли»⁴, т.е. выражает и защищает интересы основных слоев населения. Идея законности в таком ее понимании пронизывает большую часть статей «Декларации прав человека и гражданина», что с течением времени позволяет праву превратиться в основной регулятор общественных отношений в странах Запада.

Важнейшее значение, по мнению Чезаре Беккариа, имел принцип равенства перед законом: «они (наказания) должны быть одни и те же что для первого, что для последнего гражданина»⁵. Равенство перед законом, важнейшее завоевание буржуазного права, противопоставлялось принципу сословности феодального права.

В гражданском праве принцип сословности означал то, что каждое сословие имело свои законы и свои собственные суды. В уголовном праве неравенство перед законом выражалось в том, что за одно и то же преступление дворянин наказывался потерей чести, а крестьянин терял и жизнь и имущество.

Закон не имеет обратной силы. «Никто не может быть наказан иначе как в силу закона, надлежаще примененного, изданного и обнародованного до совершения правонарушения» гласила «Декларация прав человека и гражданина»⁶.

Принцип законности был направлен против неопределенности составов преступления, присущей феодальному уголовному праву. «Неопределенность границ преступного»⁷ означала, что любое деяние можно было квалифицировать как преступление, и более того, заключить человека в тюрьму без предъявления обвинения. Широкое распространение во Франции, начиная с царствования Людовика XIII, получила практика «заточения в государственные тюрьмы (а иногда монастыри) по приказам, подписанным королем и снабженным его печатью. Отсюда и на-

⁴ Декларация прав человека и гражданина. Ч. 2 // История государства и права зарубежных стран: Сб. документов и задач / Сост. А.В. Игнатенко и др. Екатеринбург. 2012. С. 42.

⁵ Беккариа Ч. Указ. соч. С. 117.

⁶ Декларация прав человека и гражданина. С. 43.

⁷ Беккариа Ч. Указ. соч. С. 96.

звание этих приказов – *lettres de cachet*, то есть “письма за печатью”». В них не указывались ни сущность обвинения, ни срок заключения. Это был королевский приказ коменданту королевской крепости принять и содержать определенное лицо»⁸. В правление Ришелье было выдано около 50 тыс. приказов, в правление Людовика XV не менее 40 тыс.⁹ Протест против этого вопиющего произвола нашел отражение в наказах сословий при выборах депутатов в Генеральные штаты в 1788 г. По мнению одного из депутатов Учредительного собрания, «Декларация прав человека и гражданина» должна стать действенным оружием в борьбе против королевского произвола и системы королевских приказов об аресте. «Только один народ может заставить деспотизм уважать законы, следовательно, необходимо провозгласить права народа»¹⁰.

Цель наказания – справедливое возмездие, следовательно, наказание должно быть адекватно преступлению (принцип пропорциональности). «Наказания должны соразмеряться с преступлениями не только в отношении своей тяжести, но и способа их выполнения», – утверждал Чезаре Беккариа¹¹. Далее он пишет: «чтобы наказание не являлось насилием одного или многих над отдельным гражданином, оно должно быть публичным, незамедлительным, необходимым, наименьшим из возможных при данных обстоятельствах, соразмерным преступлению, установленным в законах»¹².

Принцип пропорциональности был противопоставлен такому принципу средневекового права, как произвольность и жестокость наказаний. По различным данным, в средневековой Англии от 220 до 240 преступлений, а во Франции – 115 составов преступлений каралось смертной казнью. Чезаре Беккариа видел цель наказания в том, чтобы «воспрепятствовать виновному вновь нанести вред обществу и удержать других от совершения того же.

⁸ Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. СПб., 1995. С. 257.

⁹ Там же. С. 257.

¹⁰ Олар А. Политическая история французской революции. Происхождение и развитие демократии и республики 1789–1804. М., 1938. С. 89.

¹¹ Там же. С. 133.

¹² Там же. С. 156.

Поэтому следует употреблять только такие наказания, которые при соразмерности с преступлениями производили бы наиболее сильное и наиболее длительное впечатление на душу людей и были бы наименее мучительными для тела преступника»¹³.

Считая, что мерилом преступлений является вред, который они приносят нации, Чезаре Беккариа полагал, что «может быть установлена лестница нарушений порядка. Высшую ступень ее составляют те из них, которые разрушают непосредственно само общество, низшую – самое незначительное, какое только может быть, нарушение прав частного лица»¹⁴.

Теоретики классической школы права считали, что только виновный может считаться ответственным за свои действия (принцип вины), таким образом, невменяемые, душевнобольные, несовершеннолетние не подлежат наказанию, как это имело место в феодальном праве.

Презумпция невиновности в буржуазном праве сменила характерную для феодального права презумпцию виновности. Идея Чезаре Беккариа: «Никто не может быть назван преступником, пока не вынесен обвинительный приговор, и общество не может лишить обвиняемого своего покровительства до того, как будет решено, что он нарушил условия, при соблюдении которых ему и обеспечивалось это покровительство»¹⁵ была закреплена в Декларации прав человека и гражданина краткой формулой: «каждый предполагается невиновным, пока не установлено обратное».

Утверждение презумпции невиновности существенно повлияло на положение обвиняемого в судебном процессе, сместив бремя доказывания вины с обвиняемого на обвинителя, что коренным образом изменило судебный процесс. Отмена пытки – стержня инквизиционного судебного процесса – повлекла за собой реформу судебного процесса. Письменный, тайный, пыточный, основанный на формальной системе доказательств судебный процесс сменился состязательным, устным, гласным, со свободной оценкой доказательств. Введение суда присяжных значительно расширило процессуальные гарантии прав обвиняемого.

¹³ Беккариа Ч. Указ. соч. С. 103.

¹⁴ Там же. С. 96.

¹⁵ Там же. С. 108.

Чезаре Беккариа считал, что пытка обвиняемого является неоправданной жестокостью. «Если (преступление) доказано, то за него можно назначить только то наказание, которое установлено законом, и пытка является бесполезной, потому что сознание преступника излишне. Если же преступление не доказано, то нельзя истязать невинного, которым по закону должен считаться всякий, чье преступление не доказано»¹⁶.

Идеи классической школы уголовного права послужили обоснованием реформы уголовного законодательства во многих странах. Уголовный кодекс Франции 1810 г. (где впервые закрепились принципы классической школы уголовного права) оказал в XIX в. огромное влияние на кодексы европейского и американского континентов (УК Испании 1822 г., УК Бразилии 1830 г., УК Швейцарии 1853 г., УК Бельгии 1867 г. и др.)¹⁷.

Таким образом, значение принципов классической школы уголовного права, закрепленных в Декларации прав человека и гражданина и означавших судебную защиту прав, вышло далеко за пределы уголовного права. Новые, буржуазные принципы уголовного права, закрепленные в системе естественных прав человека, обеспечивая судебную защиту прав человека, создавали гарантии их реализации, так как право частной собственности легко нарушается, если не является элементом целой системы прав, получивших название естественных: свобода, собственность, безопасность, сопротивление угнетению.

Нормативная регламентация прав человека (в том числе и права на судебную защиту) еще не означала их фактическую реализацию. Для этого потребовался довольно длительный период времени и синхронные изменения в экономической, социальной, политической и духовной сферах стран Западной Европы. В результате буржуазных революций институционально оформляется принцип разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную. Конституционно закрепляется независимость и взаимный контроль ветвей власти, демократический политический

¹⁶ Беккариа Ч. Указ. соч. С. 109.

¹⁷ См. Жидков О.А. История буржуазного права (до периода общего кризиса капитализма) // Избранные труды / Отв. ред. Г.И. Муромцев, Е.Н. Трикоз. М., 2006. С. 133.

режим в форме плебисцитарной (представительной) демократии. Утверждается и получает развитие частная собственность, экономическая основа демократии.

На протяжении XIX в. демократизируется избирательная система стран Запада, в результате основным социальным группам обеспечивается представительство в органах власти. В это же время зарождаются и получают развитие структуры гражданского общества: политические партии, призванные формировать органы власти и формулировать в своих программах пути развития общества, профсоюзы, выражающие и защищающие экономические интересы трудящихся, органы местного самоуправления и др.

В XX в. плебисцитарная демократия сменилась партисипационной («демократией участия»), выражающей и защищающей интересы меньшинств (этнических, демографических и др.). Экономической основой для этого послужило появление индивидуальной диффузной частной собственности, т.е. собственности, которая проникает во все слои населения и во все формы собственности, а социальной – формирование мощного среднего класса и системно-развитого гражданского общества как совокупности ассоциаций самоуправления и организаций по защите прав человека и как общества граждан, т.е. людей, имеющих реально защищенные права, что позволяет им контролировать деятельность государства в своих интересах.

В этих условиях изменилось и само государство, оно стало правовым, т.е. обеспечивающим права граждан. Правовое государство как государство, обеспечивающее права граждан, способно озаботиться правами человека лишь при наличии в обществе диффузной частной собственности, преобладании в социальной структуре среднего класса, при развитии системного гражданского общества, реальном разделении властей, наличии независимой четвертой власти, т.е. СМИ, а также системной оппозиции. Только при этих условиях государство будет соблюдать права каждого гражданина, ибо у гражданина появляются реальные механизмы давления на государство и его политику¹⁸.

¹⁸ См.: Комлева Н.А., Миронов Д.А. Основы политологии. Екатеринбург. 1988. С. 83.

*И.К. Иванова**

НОВЫЕ ПОДХОДЫ В ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ ВЕЛИКОБРИТАНИИ

С начала XX в. регулирование правоотношений с государственным участием развивается повсеместно, однако развитие публичного права было обусловлено особенностями различных правовых семей. Великобритания – пример формирования публичного права внутри системы общего права, где не проводится деление на частное и публичное право, являющееся фундаментальным для романо-германской правовой семьи. Такой подход отражает общий, универсальный характер английского права, которое должно быть единым на всей территории и одинаково равным и доступным для всех граждан.

Великобритания была настроена критически к опыту других стран в сфере административного права и административной юстиции, полагаясь на возможности собственной конституции и потенциал общего права, которые представлены в конституционной доктрине А. Дэйси. Для становления юридической ответственности исполнительной власти и признания ее составной частью британской конституции потребовалось время. Этот процесс, именуемый переходом к юридической конституции, занял вторую половину XX в. и продолжается до сих пор. С развитием судебного контроля действий и актов административных органов (*judicial review*) конституционные отношения между парламентом, правительством и судами по-прежнему строятся на принципах «законодательного верховенства парламента» и «верховенства права». Однако сегодня можно говорить о возрастании значения судебной власти в английской конституции и одновременно об адаптации сложившейся модели конституции к этой ситуации.

Ранее английская конституция отдавала предпочтение политическим решениям и институтам перед юридическими. Парла-

* **Иванова И.К.** – кандидат юридических наук, научный сотрудник сектора сравнительного права Федерального государственного бюджетного учреждения науки Институт государства и права Российской академии наук.

мент занимал центральное место в политике и в конституционной доктрине, судам отводилось место на периферии. Однако в XX в., когда существенно возрастает делегирование полномочий многочисленным исполнительным органам и агентствам, возможности парламента и средства политической ответственности более не гарантировали «верховенство права».

В конце XIX – начале XX в. в Великобритании господствовало представление о том, что английская конституция, общее право и судебная система в совокупности являются достаточными гарантиями против злоупотреблений власти. Представители общего права рассматривали выделение самостоятельного корпуса административных норм и системы административных судов как привилегию органов публичной администрации по отношению к рядовым гражданам¹.

По мнению англичан, в судах общего права стороны имели равное положение и не были ограничены узко специализированными нормами административного права и процесса.

Английская концепция об одинаково равном применении нормы права в сфере публичного и частного права постепенно стала устаревать. Тем не менее, суды продолжали применять частноправовые доктрины, не учитывая очевидных особенностей публичных и частных правоотношений². В результате ответственность исполнительной власти определялась критериями гражданского правонарушения (деликта) и вины (в форме небрежности).

К середине XX в. недостатки такого подхода стали очевидны, и судьи были вынуждены признать, что использование гражданско-правовых доктрин в публично-правовом споре приводит к несправедливости.

¹Для А. Дайси краеугольным пунктом концепции общего права был тот факт, что все чиновники подлежат юрисдикции общих судов и могут быть осуждены за совершение гражданского правонарушения. См.: Dicey A. *The Development of Administrative Law in England*. L., 1915. P. 148, 152.

²В частности, на этих особенностях акцентировал внимание Рене Давид: «...Отношения между правящими и управляемыми выдвигают свои, свойственные им проблемы и требуют иной регламентации, чем отношения между частными лицами. Общий интерес и частные интересы не могут быть взвешены на одних и тех же весах». См.: Давид Р. *Основные правовые системы современности*. М., 1988. С. 86.

Конституционное содержание принципа «верховенства права» заключается в том, что исполнительная власть вправе действовать только на основании предварительного разрешения парламента. Соответственно, определять компетенцию и полномочия органа публичной власти для выполнения конкретных целей конституция предписывает парламенту, а не судам. По этой причине суды и сегодня предельно внимательны к воле и намерениям парламента и склонны не вмешиваться в сферу конституционной, парламентской ответственности исполнительной власти.

В начале XX в. суды использовали контрольную юрисдикцию (*supervisory jurisdiction*), которая начала развиваться в середине века в недрах общего права, для пресечения административного произвола. В этом случае суд издавал запретительный, прерогативный приказ в адрес королевского чиновника. Сложившиеся к началу XVI в. правила справедливого процесса, известные как принципы естественной справедливости (*natural justice*), суды стали применять по аналогии при осуществлении судебного контроля как процессуальные критерии административного решения.

Современное административное право было создано в Великобритании в XX в. на основе общих принципов, разработанных судами общего права в рамках контрольной юрисдикции. Доктрина превышения пределов полномочий (*ultra vires*) была интерпретирована судьями в интересах расширения контроля, отвечающих запросам общества и потребностям развития демократии в XX в., хотя ранее эта концепция фактически оберегала исполнительную власть от вмешательства судов в сферу ее компетенции.

В 60–70 гг. эта доктрина вытеснила гражданско-правовую доктрину недобросовестности действий (*act of negligence*), которую суды применяли в спорах публично-правового характера, и заняла центральное место в судебном контроле. Ранее ошибки в праве (в результате которых орган публичной власти мог прийти к неверным выводам), в фактах (нерелевантные обстоятельства, положенные в основу решения), несоблюдение требований процессуальной справедливости, допущенные в пределах полномочий органа, оставались вне судебной оценки. Начиная со второй половины XX в. так называемые «ошибки в юрисдикции» (ошибочные действия и решения, не выходящие за пределы компетенции органа), стали предметом судебного обсуждения, что могло привести к

признанию недействительности административного решения *ab initio*. Кроме того, дискреционные полномочия теперь подлежали юридической оценке в судах в соответствии с критериями, выработанными судебной практикой.

В 1948 г. судья Лорд Грин в Апелляционном суде в деле Уэднесбери³ вынес решение, основываясь на оценке обоснованности действий местного органа власти, трактуя «необоснованный» как «все то, как не следует поступать»⁴.

На первых порах критерий «обоснованности» (*reasonableness*) не играл самостоятельной роли, и судьи трактовали необоснованные действия как частный случай превышения полномочий или злоупотребления дискреционной властью. В конце XX в. судья Лорд Диплок сформулировал в 1985 г.⁵ критерии оценки решений и действий исполнительной власти: «незаконность» (*illegality*), «иррациональность» (*irrationality*) и «процессуальная непригодность» (*procedural impropriety*), которые приобрели самостоятельное значение. Наряду с критерием «соразмерности» (*proportionality*) они рассматриваются сегодня как основания судебного контроля, по которым суд может объявить решение органа публичного власти недействительным.

Выделение этих критериев позволило концептуально разграничить судебный контроль и гражданско-правовое судопроизводство. Если орган исполнительной власти действует *незаконно*, т.е. принимает решение, на которое он не правомочен, то это составляет основание для судебного контроля. Но если орган принял *неверное* решение, не превысив полномочий и не злоупотребив властью, пострадавшая сторона может действовать только в порядке обычной исковой процедуры.

³ Associated Picture Houses v Wednesbury Corporation [1948] 1KB223.

⁴ Он пояснил также: «Лицо, наделенное дискреционными полномочиями должно... соблюдать право. Оно должно рассмотреть все обстоятельства, которые обязано учитывать. Если эти правила не соблюдаются, то с очевидностью можно сказать... что действия необоснованны». Цит. по: Carroll A. Constitutional and Administrative Law. L., 1998. P. 276.

⁵ Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC374.

Развитие административного права в Великобритании определялось свободой усмотрения, присущей природе судебной власти, и позицией судей высших судов. Решения Палаты лордов в 60 гг. XX в. были связаны с позицией лорда Рейда. В известном деле Риджа 1964 г.⁶ он отстаивал возможность судить о справедливости управленческого решения по правилам естественной справедливости. Он считал, что поскольку в результате деятельности суда, равно как и юридической деятельности управленческого органа, лицо могут лишиться права, статуса или средств существования, то деятельность суда и администрации должны измеряться одинаковой мерой процессуальной справедливости. В целом, он видел свою миссию в том, чтобы максимально используя свободу усмотрения, трансформировать общеправовые доктрины вместо составления подробных правил в этой области.

Судебный контроль был выделен в отдельное производство и в судах общей юрисдикции. В Правилах Верховного Суда 1981 г. и в последующих решениях высших судов была закреплена процессуальная идентификация соответствующих дел, предусматривающая трехмесячный срок давности, замену иска на иную форму обращения в суд, особое положение заинтересованной стороны, правила участия третьих лиц, особые средства защиты. Позиция Палаты лордов по этому вопросу была сформулирована Лордом Диплоком в деле О'Рейли в 1983 г.: «Разрешать лицу, которое пытается установить в суде, что решение публичного органа нарушило его права, подлежащие защите на основе публичного права, действовать в порядке обычной исковой процедуры – противоречит общественным интересам и является злоупотреблением судебной властью»⁷.

Высшие суды Великобритании в 80-е г. XX в. полностью признавали особенности и различия двух юрисдикций и двух различных нормативных концепций – публичного и частного права. Лорд Диплок первым воспользовался термином «публичное право»⁸, который впоследствии вошел в обиход судей и научный обо-

⁶ Ridge v Baldwin [1964] AC40.

⁷ O'Reily v Mackman [1983] AC237.

⁸ Впервые термин «публичное право» прозвучал при слушании в Палате лордов дела Дорсет Йот Компани в 1970 г. См.: Home Office v Dorset Yacht Co Ltd. [1970] AC1004.

рот. Этим термином обозначают ту область права, которая связана с деятельностью публичных органов, а в более узком смысле – административное право, центральное место в котором занимает судебный контроль.

Деление на публичное и частное право, которым завершилось развитие судебного контроля к 80-м г. XX в., привело к вытеснению защиты прав человека из сферы судебного контроля⁹. Если ранее частноправовые доктрины мешали установлению справедливости в спорах граждан с публичным органом, то в конце XX в. отсутствие частноправовых средств в публичном праве часто и вовсе лишало граждан права на обращение в суд. Кроме того, в Великобритании многие вопросы исключаются из контрольной юрисдикции судов в соответствии с условиями статута либо в силу королевской прерогативы.

Одним словом, развитие публичного права в Великобритании не было соединено с идеей защиты прав граждан. Более того, доминирующей в публичном праве оставалась идея общего интереса и общественной пользы. Таким образом, публичное право не только концептуально и процессуально, но и теоретически разошлось с частным правом. Однако в конце XX в. стало очевидным, что пришло время наводить мосты между публичным и частным правом.

Задача защиты прав и создания ориентированного на права человека подхода в публичном праве (и, соответственно, в судебном контроле) была высказана в начале 70-х гг. XX в. в связи с предложением о принятии Билля о правах в Соединенном Королевстве. Эта тема обсуждалась преимущественно в академических кругах, но в начале 90-х гг. к дискуссии присоединились судьи высших судов. Они сходились во мнении, что принцип «верховенства права» необходимо укрепить с помощью судебной власти, которая должна стать защитницей прав и демократии, не исключая более смелого вмешательства судов в вопросы взаимоотношений

⁹ В соответствии с конституционной теорией в условиях неписанной английской конституции права граждан защищает частное право. В начале XX в. А. Дэйси считал, что английская конституция имеет частноправовую природу и не видел оснований для существования отдельной отрасли публичного права.

гражданина и государства. Судебная практика решительно развернулась в этом направлении. Рассматривая в 1994 г. апелляционную жалобу Лича¹⁰, Апелляционный Суд признал недействительным пункт 33(3) Тюремных правил 1964 г. на том основании, что он противоречит праву на беспрепятственный доступ к суду. Судья Стейн в составленном им решении утверждал, что право на беспрепятственный доступ к суду относится к той категории гражданских прав, «которые даже в условиях нашей неписанной конституции должны рассматриваться как конституционные»¹¹.

Такой подход поддержали Апелляционный суд¹² и Апелляционный комитет Палаты лордов¹³. Лорд Хоффманн в решении Палаты лордов полностью подтвердил положение о том, что общее право признает конституционный характер таких прав, и назвал их «фундаментальными». Эти права характеризуются тем, что их может отменить только акт Парламента. Таким образом, даже если статут предписывает органу исполнительной власти ту или иную деятельность, то в процессе этой деятельности соответствующий орган не вправе нарушать признанные конституционными права, если в законе нет ясного и четкого указания.

Таким образом, еще до принятия Акта о правах человека 1998 г., вступившего в силу в 2000 г., права человека стали играть большую роль в судебном контроле и в определении юридической ответственности власти. Переход к «юриспруденции конституционных прав»¹⁴ в 90-е гг. был связан с решениями и позицией судей высших судов Соединенного королевства. Основы административного права Великобритании были выработаны судами, а не установлены актами парламента.

Вступление в действие Акта о правах человека 1998 г. внесло значительную долю определенности в судебный контроль. В первых, статья 6 (1) Акта предусматривает, что если действия ор-

¹⁰ R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech [1994] QB198.

¹¹ [1994] QB198, at 210.

¹² R v Lord Chancellor, ex parte Witham [1998] QB575.

¹³ R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms [2000] 2AC115.

¹⁴ Tomkins A. Public Law. Oxford, 2003. P. 190.

гана публичной власти несовместимы с Европейской конвенцией, то такие действия незаконны с самого начала, и суд может отменить их в порядке судебного контроля. Во-вторых, концепция конституционных прав, созданная судами в конце XX в., может заменяться концепцией «конвенционных прав», перечисленных в Конвенции и не зависящих от усмотрения судей и общего права.

Возрастание влияния судебной власти в процессе развития контрольной юрисдикции и с принятием доктрины конституционных прав и полномочий на основе Акта о правах человека, тем не менее, не привело к радикальным конституционным изменениям. Положение судов, определяющееся отсутствием в стране конституционного судебного контроля, признанием толкования закона основной функцией судов, независимостью судебной власти и наличием системы судов общего права, не претерпело серьезных изменений. Формирование публичного права не привело к созданию отдельной системы административных судов. Несмотря на функционирование в стране административных трибуналов и специального отделения Высокого суда по рассмотрению споров в порядке судебного контроля, во всех случаях право окончательно решения принадлежит высшим судам общего права.

*Н.М. Примашев**

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СТАТУСА ЯЗЫКОВ В СТРАНАХ ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ

Язык является не только средством общения, но и одним из признаков государства. Именно языковая составляющая в современных условиях приобретает судьбоносный характер в генезисе государственности. На политической карте мира появляются новые образования, формирующиеся по языковому признаку или принципу. Даже в условиях унитарной формы государственного

* **Примашев Н.М.** – кандидат юридических наук, доцент кафедры «Государственного управления и государственной службы» Академии государственного управления при Президенте Республики Казахстан.

устройства в странах Европы происходят изменения статуса государств по языковому признаку.

В последнее время ряд сложносоставных государств, построенных по языковому принципу, стал пополняться. В некоторых из них явно прослеживается курс на языковую федерализацию. В Испании, например, в условиях унитарного государства статус испанского языка начал меняться в сторону ограничения. Так, в Каталонии – в одном из регионов Испании – занятия в школах ведутся на каталонском языке. Этот язык стал рабочим языком государственных служащих и основным языком повседневного общения. Этим путем идет и другое автономное образование Испании – Страна Басков: ее правительство официально поощряет двуязычие граждан, при этом знание баскского языка обязательно для государственных служащих. Даже испанское официальное название региона (Страна Басков – *Pais Vasco*) вытеснено баскским (*Euskadi*), а наименование языка коренных жителей – баскский, *Vascuence* – заменено на соответствующее баскское наименование «эускера» (*Euskera*). Вопрос о статусе местного языка остро обсуждается и в ряде других регионов Испании (в частности в Валенсии)¹.

Правовой статус языков изучается в рамках теории права и государства, конституционного права. Для правового регулирования статуса языка важное значение имеют такие факторы, как его распространенность, количество носителей, лексика, графика и т.д. Как следствие этого в большинстве современных государств существует понятие государственного языка.

Обычно государственным признается тот язык, которому придан этот высокий юридический статус посредством норм национального законодательства, конституционного в том числе. Исходя из такого статуса государственный язык обеспечивается всеми необходимыми атрибутами и механизмами и юридической защитой.

Испанский язык является государственным в ряде стран Латинской Америки. В испаноговорящих государствах статус испанского языка закреплен в их конституциях.

¹ Семененко И.С. Пространство, территория, идентичность // Вестник аналитики. 2013. № 4 (54). С. 118.

В силу исторического развития в латиноамериканских государствах сформированы системы двуязычия, трехязычия или полилингвизма. В 19 государствах континента испанский язык² признается государственным. А в португалоязычной Бразилии испанский объявлен вторым языком.

Высокий статус испанского языка закреплён в конституциях большинства стран данного континента. Только в Восточной Республике Уругвай, Доминиканской Республике и Чили статус государственного языка определяется обычными законами. Например, Закон Доминиканской Республики от 18 июля 1912 г. № 5136 «Об объявлении Кастильского языка (испанского) государственным» действует по сей день.

Статья о государственном языке – испанском – «*El castellano es el idioma oficial*» содержится в Конституции Боливарианской Республики Венесуэла (ст. 9), в Конституции Колумбии (ст. 10), Конституции 2008 г. Многонационального Государства Боливия (ст. 5), Конституции Парагвая (ст. 140), Политической Конституции Перу (ст. 48), Конституции Сальвадора (ст. 62), Конституции Эквадора 2009 г. (ст. 2).

Название «испанский язык» (*el español*) закреплено в статье 6 Конституции Гондураса, в статье 143 Конституции Гватемалы, в статье 76 Конституции Коста-Рики (по статье 15 Конституции претендент на получение гражданства обязан владеть испанским языком), в статье 40 Конституции Панамы, в статье 11 Конституции Никарагуа, а в Пуэрто-Рико такое требование и соответствующая норма закреплены в косвенной форме. Согласно части 5 статьи III Конституции, «чтобы стать депутатом Законодательной Ассамблеи (Парламента), необходимо читать и писать на испанском или английском языке»³.

Специфика правового регулирования статуса языков в странах Латинской Америки заключается в том числе и в их многочисленности. За почти 300-летнее колониальное правление нацио-

² В самой Испании в силу исторического развития основой испанского языка считается кастильский диалект. Поэтому используется альтернативное название испанского языка – кастильский. Такая практика сложилась и в государствах Латинской Америки.

³ www.constitucion.rediris.es (дата обращения: 22.02.2014).

нальный и языковой составы континента подверглись большим изменениям. По мнению специалистов, до испанского завоевания в Латинской Америке насчитывались 600–800 языков⁴. Испания заполняла места сокращающегося по различным причинам автохтонного населения полиязычными рабами, добровольными переселенцами, поэтому в государствах континента имеет место не только полинациональность, но и языковая дисперсия. К сожалению, по мнению специалистов, несмотря на определенный правовой статус и наличие специальной государственной языковой политики 248 из ныне существующих языков находятся на стадии исчезновения⁵.

Национальный состав современных государств представлен в основном тремя группами. Это потомки испанцев, властвовавших там в течение 300 лет, местные индейцы^{6,7} и потомки африканцев, привезенных в колониальные времена. Поэтому неслучайно в качестве объекта исследования в статье избрана практика правового регулирования статуса государственного и других языков в условиях многонационального состава, расовой и сословной мозаики.

⁴ Cevallos D. *Lenguas indígenas en agonía*. www.tierraamerica.net (дата обращения: 22.02.2014).

⁵ *Recuerdan que hay 248 lenguas originarias en serio peligro de extinción en América Latina*. neomundo.com.ar (дата обращения: 22.02.2014).

⁶ Новые земли, открытые испанцами в поисках Индии, обозначались как «*India*», а местное население – «индейцы» (*indígenos*). В последнее время в государственном строительстве обращается внимания и на язык, обычай и другие социальные ценности автохтонного населения. Проблемы правового регулирования указанных составляющих (конституционализация, формирование необходимых институциональных структур и т.д.) поднимаются не только на национальном, но и на континентальном уровне. В 1990 г. для решения этих и других проблем представители 120 индейских народностей Южной и Северной Америки собрались в Кито – столице Эквадора. На этом международном конгрессе было провозглашено намерение решать совместно проблемы индейских народностей и была принята Декларация Кито 1990 г. В результате такой практики и мер в политике и науке появилось понятие «*panindígena*».

⁷ *Recuerdan que hay 248 lenguas originarias en serio peligro de extinción en América Latina*. neomundo.com.ar (дата обращения: 22.02.2014)

По мнению специалистов, из 520-миллионного населения, проживающего в странах Латинской Америки и Карибского бассейна, коренными являются всего 40 миллионов. Доля местного населения в разных странах латиноамериканского континента неодинакова. Так, в Аргентине, Чили она составляет ничтожную часть. И наоборот, в таких странах, как Боливия, Венесуэла, Колумбия, Мексика, Перу, Эквадор, эта доля очень высока. Например, в Боливии⁸ и Гватемале доля аймара и кечуа, народностей майя, соответственно составляет в общей сложности более 60 процентов населения страны⁹.

Учет фактора многонациональности и полиязычия в государственном строительстве проявился в том, что некоторые местные языки получили конституционный статус. Например, согласно статье 2 Конституции Эквадора языки кечуа и шуар являются официальными. Там же закреплено, что «сфера применения необозначенных индейских языков регулируется законом».

Правовую регламентацию языкового разнообразия можно обнаружить в том числе в Конституции Многонационального государства Боливия 2009 г. В статье 5 указанной Конституции перечислены названия народностей и племен, проживающих в этом государстве. Поэтому в Боливии наряду с испанским языком используются 35 языков¹⁰. В Парагвае в качестве второго государственного языка используется гуарани¹¹. В Перу наряду с такими языками, имеющими официальный статус, как испанский, кечуа и

⁸ В соответствии с Конституцией Боливии 2008 г., декретом Президента от 10 июня 2009 г. страна называется теперь Многонациональное государство Боливия (Estado Plurinacional de Bolivia).

⁹ Aparicio Wilhelmi M. La libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas. El caso de Mexico // Boletín Mexicano de derecho comparado. 2009. 124. Enero-abril. P. 16

¹⁰ Aragon Andrade O. Los sistemas jurídicos indígenas frente de derecho estatal en Mexico. Una defensa del pluralismo jurídico // Boletín Mexicano de derecho comparado. 2007. 118. Enero-abril. P. 9–26.

¹¹ Quisbert Quispe M.C., Choque Canqui R. Derecho a la lengua de los pueblos aymara-quechua en Bolivia // El derecho a la lengua de los pueblos indígenas. XI Jornadas Lascasianas. 129–140. www.bibliojuridica.org (дата обращения: 22.02.2014).

аймара, используются и местные языки, статус которых определяется специальными законами.

Разнообразие в правовом регулировании статуса языков, применяемых наряду с испанским, обнаруживается в их официальном обозначении. Например, в Конституции Гватемалы они называются «местными языками» (*lenguas vernaculas*), в Конституции Гондураса – «автохтонные языки» (*lenguas autoctonas*), в Конституции Перу – «аборигенные языки» (*lenguas aborígenes*), в Конституции Коста-Рики – «индейские языки» (*lenguas indígenas*). Согласно статье 10 Конституции Колумбии «языки и диалекты этнических групп» используются в местах их традиционного обитания. В Никарагуа, согласно Конституции, «языки народов проживающих на побережье Атлантического океана», применяются наравне с испанским в оговоренных законом случаях.

Такую практику можно продолжить примером Гватемалы. Языкам трех основных народностей, проживающих в этой стране, – майя, гарифуна и ксинка – Законом от 7 мая 2003 г. «О национальных языках» придан официальный статус. Статья 3 Закона требует «признания, уважения и создания благоприятных условий для развития данных языков».

В вопросе правового регулирования статуса языков отдельной проблемой является языковое положение потомков африканцев, привезенных в колониальные времена. По разным оценкам, общая их численность составляет более 150 миллионов. Их удельный вес в численности населения различается по странам. Наиболее высокая их процентная составляющая обнаруживается в таких странах, как Венесуэла, Доминиканская Республика, Куба и Панама. По расчетам специалистов, в Доминиканской Республике данная группа составляет 84, на Кубе – 65, в Панаме – 14, в Колумбии и Венесуэле – 10 процентов населения¹². В Эквадоре, Перу и ряде других государств этот показатель колеблется в пределах 5-10 процентов.

¹² ¹² Quisbert Quispe M.C., Choque Canqui R. Derecho a la lengua de los pueblos aymara-quechua en Bolivia // El derecho a la lengua de los pueblos indígenas. XI Jornadas Lascasianas. 129–140. www.bibliojuridica.org (дата обращения: 22.02.2014).

Данная группа также имеет официальные наименования на государственном уровне, например, афроперуанец, афроколумбиец, афроэквадорец, гондурасцы черной расы (*etnia negra de Honduras*) и т.п. Проблемы языков этих этнических групп рассматриваются на государственном уровне. Нормы использования их языков, сохранения, расширения сферы их применения имеются в конституциях Колумбии и Эквадора, а в других странах регулируются обычными законами. Например, в Никарагуа принят специальный закон «Об обучении на языках Атлантического побережья», в Коста-Рике – Закон «Об этническом и лингвистическом разнообразии», в Панаме – Закон «О национальностях черной расы» («*De etnia negra nacional*»). Подобные законодательные акты имеются и в других странах континента¹³.

Помимо вышеперечисленного, в некоторых странах созданы уполномоченные структуры по работе с государственными и другими используемыми языками. Например, в Венесуэле в соответствии с Законом «О языках» создан «Совет по языкам».

Таким образом, на основе рассмотренных примеров можно сделать вывод, что в странах Латинской Америки, в испаноговорящих в первую очередь, созданы достаточно прочные основы нормативно-правового регулирования статуса языков. Языковая политика в этих странах не обладает той остротой, которая присуща некоторым странам на разных континентах земного шара. Можно смело заявить, что в латиноамериканских странах языкового раскола государств не произойдет, что важно для стабильности не только в рамках одного континента, но и всего человечества в современных условиях глобализации.

¹³ www.constitucion.rediris.es (дата обращения: 22.02.2014)

РАЗДЕЛ IV

**СОВРЕМЕННОЕ ПРАВО И ОБЩЕСТВО:
ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ
ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ**

*В.Е. Чиркин**

**НЕОБХОДИМОСТЬ, ВОЗМОЖНОСТИ И ПРЕДЕЛЫ
КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
СОВРЕМЕННОГО ОБЩЕСТВА**

Единых понятий общества, права, конституционного права в научной литературе не существует. Политологи и юристы стран Запада обычно отождествляют общество с государством. В некоторых американских словарях говорится, что «государство – это общество, хотя и обладающее рядом особенностей»¹, что «в политическом аспекте общество называется государством»². Французские конституционалисты Ж. и Ж.-Э. Жиккели называют государство «обществом в обществе»³. Существует множество разных характеристик общества – первобытное, феодальное, индустриальное, цивилизованное и т.д. В некоторых конституциях (Болгарии 1991 г., Литвы 1992 г., Ирака 2005 г., Бутана 2008 г.) используется

* **Чиркин В.Е.** – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации; главный научный сотрудник сектора сравнительного права Института государства и права Российской академии наук.

¹ Phillips C.S. The American Political Dictionary. Santa Barbara. 1984. P. 31.

² Roberts G.K. A Dictionary of Political Analysis. N.Y., 1971. P. 202.

³ Gicquel J., Gicquel J.-É. Droit constitutionnel et institutions politiques. 25-e éd. P. 13.

в разных толкованиях термин «гражданское общество». Такой дуализм (общество и гражданское общество) проник и в российскую научную терминологию, причем одни считают, что гражданское общество в России надо еще создать, а другие – что гражданское общество (как и общество) существовало всегда, менялись только его формы⁴.

Неодинаковы в научной литературе определения государства (о государстве в данном случае мы говорить не будем, это выходит за рамки статьи), различны понятия права. Существуют разные концепции правопонимания (легизм, нормативизм, политивизм, реализм, либертариизм и др.), различны подходы к определению и содержанию конституционного права в Великобритании⁵, Франции⁶, государственного права в Германии⁷, своеобразно конституционно-низамное право в странах мусульманского фундаментализма, где конституцией провозглашены Коран и Сунна с фактическим дополнением основных низамов монархов (например, ст. 1 Основного низама об управлении Саудовской Аравии 1992 г.)⁸.

Мы подходим в анализе проблем, обозначенных в заголовке со следующих позиций.

1. В современных условиях общество в той или иной стране – это государственно организованное сообщество людей, совокупность материальных и духовных условий их жизни и система общественных отношений, являющаяся продуктом их совместной деятельности⁹. Современное общество – это индивидуально и со-

⁴ См.: Фирулева Л.Л., Бучкин А.В. Гражданское общество (проблемы типологии) // Социально-политическое развитие России: проблемы, поиски, решения. Ижевск. 1996. С. 6.

⁵ См.: Bradley A.W., Ewing K.D. Constitutional and Administrative Law. 15-th ed. L., 2011.

⁶ См.: Hamon P., Troper M. Droit Constitutionnel. 30-e éd. P., 2007.

⁷ См.: Katz A. Grundkurs im öffentlichen Recht. 18 Aufl. Hamburg. 2010.

⁸ The Basic Law of Government // Highlight of Development in Saudi Arabia. Riyadh. б.г. P. 99.

⁹ Термины «общество» и «общественный строй» близки, но первый включает материальные ресурсы общества, и никакая конституция не может изменить существование или отсутствие на территории данного общества, например, залежей железной руды – достояния общества. Вто-

циально асимметричное, внутренне противоречивое единство, где личности и их различные группировки имеют свои, в том числе социальные интересы, но связаны некоторыми общими интересами (например, не допустить гражданской войны, анархии и распада общества), и такие интересы в обычных условиях (вне революционных событий) объективно являются доминирующими¹⁰;

2. В отличие от сторонников либертарной концепции права, где право – воплощение свободы, мы считаем, что право (в том числе конституционное право) – это система внутренне согласованных юридических норм, установленных или санкционированных публичной (прежде всего государственной) властью¹¹, регулирующих общественные отношения, норм, обеспечиваемых в конечном счете государственным принуждением и служащих юридической основой для создания, обмена и распределения социальных ценностей (благ) в обществе.

3. В современных условиях государство и право – неотъемлемые составляющие общества (существование современных предгосударственных и предправовых сообществ, например, на освобожденной части территории Китая до провозглашения КНР в 1949 г. или в некоторых странах Африки во время борьбы за освобождения от колониальной зависимости сравнительно редкое явление). Однако государство отчуждается от общества, приобретает относительную самостоятельность и даже встает над обществом, иногда оно властно-авторитарными методами с помощью правовых инструментов ломает прежние порядки, изменяя (иногда временно) общество (например, в фашистской Германии). В силу того, что право сопровождается возможностью властного принужде-

рой термин характеризует основы экономически, социальных политических отношений и духовной жизни данного общества.

¹⁰ Международное сообщество – иное явление, оно не рассматривается в данной статье, отношения в нем регулируются международным правом.

¹¹ Свои конституции и иные правовые акты есть у субъектов федераций (в США, России, Бразилии и др.), у некоторых автономных образований (например, Конституция Крыма 1998 г. на Украине), нормативные акты местного значения принимают органы местного самоуправления муниципальных образований, но главное значение для регулирования различных сторон общества в целом имеет государственная власть, право и конституции государства.

ния, оно служит главным инструментом государственного регулирования общественных отношений¹². Следуя в главном развитию общества, право имеет и свои внутренние законы развития.

4. Существуют объективные пределы государственного вмешательства в сферу экономических, социальных политических и духовных отношений и, следовательно, их конституционного регулирования. Эти пределы определяются тем, что наряду с возможностью регулирования как бы извне (правом) существует эволюционное в своей основе (с революционными перерывами) внутреннее саморазвитие, саморегулирование общества. Произвольное, волюнтаристское вмешательство права в этот процесс может вести, как показала практика, к отрицательным результатам. Излишняя зарегулированность стесняет, искажает саморазвитие общества.

5. Несмотря на различия в понимании конституционного права, в общем считается, что оно регулирует основы правового статуса индивидов, их публичных коллективов, организации общества и государства, которые необходимо или целесообразно регулировать и которые поддаются правовому регулированию, хотя сами эти основы выделяются в разных странах по-разному. Вследствие такого подхода конституционное право становится главным правовым средством регулирования основ общественного строя, легального осуществления и правового закрепления коренных изменений в обществе.

После победы буржуазных революций XVII–XVIII вв. необходимость конституционного закрепления новых устоев общества была осознана не сразу. В действующей Конституции США 1787 г. слова «общество» или подобных ему нет, во французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г. это слово было, но представление об обществе в основном совпадало с представлением о новом государстве.

По существу, в конституциях на протяжении полутора веков выделялись только три элемента, относящиеся к собственно обществу: естественные (идушие не от государства и закона) права че-

¹² Это не значит, что право не обладает воспитательным потенциалом и иными функциями. К тому же обычно граждане выполняют нормы права сознательно и добровольно, но все-таки за ними стоит угроза государственного принуждения (в том числе через орган государства – суд).

ловека, власть народа (хотя на практике она понималась и осуществлялась как власть государства), свобода и неприкосновенность «священной» частной собственности. Системного закрепления устоев общества не предлагалось ни практикой конституционного творчества, ни наукой. Господствовали идеи свободного капитализма и «государства – ночного сторожа».

Накануне Первой мировой войны в науке (сначала на уровне статей) была впервые выдвинута идея о необходимости государственно-правового регулирования экономической системы существовавшего в то время капитализма (Дж. Кейнс). Во время Первой мировой войны (Конституция Мексики 1917 г.) и после нее (Веймарская конституция Германии 1919 г. и др.)¹³ в некоторых основных законах появились новые социальные положения. В Конституции Ирландии 1937 г. было впервые сказано о социальной справедливости (ст. 45). Однако такие положения имели единичный и разрозненный характер.

Впервые подход к системному конституционному регулированию устоев общества был обозначен в первой советской Конституции РСФСР 1918 г., что было обусловлено необходимостью закрепить на конституционном уровне основы создаваемого принципиально нового социалистического строя (это был тоталитарный социализм). Системный характер такое регулирование впервые получило в конституциях СССР 1936 г. и 1977 г., где были главы об основах общественного строя. Объективная необходимость в связи с принципиальным изменением характера общества и устойчивая конституционная традиция обусловили закрепление основ нового общества в Конституции РФ 1993 г. в главе с иным названием – «Основы конституционного строя».

После Второй мировой войны необходимость конституционного регулирования некоторых принципиальных элементов общественного строя (в данном случае нельзя отрицать влияния социалистических стран) была признана во многих зарубежных

¹³ Веймарская конституция впервые провозглашала, что «собственность обязывает» (ст. 26), что пользование ею должно быть одновременно «служением общему благу», (ст. 27) а потому в случае необходимости отдельные предприятия и даже целые отрасли промышленности могут быть социализированы.

странах. В Конституции Индии 1949 г. сказано о намерении установить такой социальный порядок, при котором существуют социальная, экономическая и политическая справедливость (ст. ст. 38, 39), в Конституции Кооперативной Республики Гайаны 1980 г. – осуществить переход от капитализма к социализму. Появились главы с новыми названиями, например, «Об экономическом и социальном порядке» (Бразилия, 1988 г.). «Общественный строй» (Боливия, в ред. 2009 г.), «Основы саудовского общества» в Основном низаме 1992 г.

Многие конституционные положения, относящиеся к основам общества, имеют важный ориентирующий и огромный воспитательный, но нередко чрезвычайно общий, установочный, декларативный, а иногда лозунговый характер. Это может снижать непосредственное регулятивное значение таких норм и конституционного права в целом, хотя в последние десятилетия общие положения все шире сопровождаются конкретными установками (например, условия национализации частной собственности, индикативное планирование экономического и социального развития, обязанность государства установить МРОТ, прожиточный минимум и т.д.).

Есть и очень важные юридические пределы осуществления правоприменительными органами положений, относящихся к социально-экономическим основам общества. Как устанавливают конституции зарубежных стран (Албания, Индия, Филиппины и др.), многие основные социально-экономические нормы имеют лишь ориентирующий характер для деятельности правительства и не могут принудительно исполняться судами. Обращаться в суд по таким вопросам нельзя или бесполезно.

Обобщение новых конституций стран мира и анализ научных исследований свидетельствуют о расширении понятия «основы общественного строя». Теперь сюда включаются: 1) принцип высшей ценности человека, 2) основы экономической системы общества, 3) основы социальной системы общества, 4) основы политической системы общества, 5) основы духовной жизни общества.

При такой системе базовые положения о государстве, других территориальных публично-правовых образованиях (включая местное самоуправление), общественных объединениях войдут в часть о политической системе, нормы о религиозных объединени-

ях – в часть о духовной жизни общества, а положения о гражданстве, правах и обязанностях человека и гражданина составят особый раздел.

В современной модели конституции при закреплении основ общественного строя, помимо тех положений, которые уже есть (а некоторые из таких положений могли бы быть исключены или переформулированы), в каждую из названных пяти составляющих могут быть включены некоторые другие базовые нормы. Объем статьи не позволяет рассмотреть все их, сошлемся на опубликованные работы¹⁴ и назовем некоторые примеры.

Краткий принцип *высшей ценности человека как социобиологического существа* можно было бы дополнить предложениями об обеспечении обществом основных нужд каждого человека с исключением излишнего иждивенчества и мотивацией индивидов самостоятельно заботиться о себе и своей семье; что общество, его институты учитывают персональную деятельность человека, вклад индивида в развитие общества.

В часть, посвященную *экономическим основам общества*, можно вставить положения о регулируемой рыночной экономике, социальной функции частной собственности, прогнозировании и планировании развития экономики, иных общественных отношений. Основы *социальной системы общества* могли бы быть дополнены принципами социальной справедливости, социального партнерства, социальной ответственности всех слоев населения. Равенства возможностей в наше время недостаточно, нужно сказать о выравнивании уровня развития различных групп населения и регионов страны и др.

В части об *основах политических отношений в обществе* можно указать, что политическая система регулирует политические отношения на основе состязательности, сотрудничества и компромиссов различных социальных слоев общества и их объединений, сказать о роли политической оппозиции и об исключении насилия из ее деятельности, о публичной власти народа на разных уровнях его организации (суверенная государственная власть, несuverенная публичная власть территориального публич-

¹⁴ См.: Конституция в XXI веке. Сравнительно-правовое исследование. М., 2011. С. 70–72.

ного коллектива субъекта федерации, автономного образования, муниципального образования и ее реализация в соответствии с полномочиями, установленными конституцией); принцип разделения властей дополнить принципами единства государственной власти, subsidiarity и пропорциональности, сказать о роли вооруженных сил и запрете их использования в политических целях и др. Часть об основах *духовной жизни* общества целесообразно, в частности, дополнить положениями о создании общественных советов при СМИ, о возможности запрещения судом изуверских тоталитарных сект и других группировок, противоречащих нравственности, наносящих ущерб собственности и здоровью их членов и детей и др. Нужны положения, которых нет или почти нет в конституциях: о наказании терроризма, коррупции, конфискации имущества коррупционеров, запрете неосновательного обогащения, наказании участников международных преступлений (например, пиратства в открытом море), наказании внутренним законодательством преступлений против мира и человечества, против собственного народа и др.

Выше названы не все главные положения, которые могут быть присущи новой конституционной модели. Жизнь внесет свои дополнения и коррективы, с тем, чтобы такая конституция полнее отвечала вызовам современности.

*С.Ф. Ударцев**

КОНСТИТУЦИЯ: ИСТОРИЧЕСКИЙ СТАБИЛИЗАТОР И УСКОРИТЕЛЬ РАЗВИТИЯ ОБЩЕСТВА

Потенциал конституции как мирового общественного явления фактически неограничен. Потенциал отдельной конституции конкретной страны, как частного случая данного явления, также

* **Ударцев С.Ф.** – доктор юридических наук, профессор; директор НИИ правовой политики и конституционного законодательства Казахского Гуманитарно-Юридического Университета (КазГЮУ).

весьма значителен, если только она не выступает формой сиюминутного соглашения и крайне ограниченного во времени компромисса противоборствующих сил.

Каждая конкретная конституция – равнодействующая множества факторов, отливающаяся в определенный вариант, форму текста с вполне конкретными, хотя и потенциально многообразными смысловыми вариациями и оттенками ее норм, связанными с развитием общества. В этом смысле каждая конституция достаточно индивидуальна, как индивидуальны страна, государство, культура и история народа.

В свое время французский консерватор Жозеф де Местр (1754–1821) не без оснований заметил: «Что же такое конституция? Не является ли она решением следующей задачи?

При заданных населении, нравах, религии, географическом положении, политических отношениях, богатствах, добрых и дурных свойствах какой-то определенной нации найти законы, ей подходящие»¹.

Содержание конкретной конституции исторически определенного государства постепенно раскрывается все более по мере развития общественного сознания, углубления анализа текста конституционных норм и постановки реальной жизнью все новых и новых вопросов, требующих ответа с учетом соотношения ее смысловых аспектов и реальных отношений, ситуаций.

Часто в истории конституция выступала как результат свершившихся революций, переворотов, крупных реформ. Нередко она была следствием установившегося компромисса сил. В некоторых ситуациях конституция трактуется и как средство «стимулирования восстановления общественного порядка» и юридического «принуждения» к общественному согласию².

¹ Жозеф де Местр. Рассуждения о Франции / Пер. с франц. и составл.: Г.А. Абрамов, Т.В. Шмачкова. Науч. ред. М.М. Федорова. М., 1997. С. 88. Сохранено выделение текста как в оригинале.

² См.: Шахрай С.М. К 20-летию Конституции Российской Федерации: из истории российского конституционализма и государственного строительства // Вопросы правоведения. 2013. № 2. С. 18–19.

Неоднозначность потенциала конституционного воздействия

Конституция в своем влиянии на жизнь общества ограничена возможностями законодательства в целом воздействовать на общественное развитие. Как неотъемлемая часть, ядро, основа, политико-юридическая программа действия законодательства, Конституция не может выйти за пределы возможностей законодательства. Законодательство же есть лишь часть, фрагмент, аспект права. Реальное воплощение законодательства в отношении, жизнь людей, в жизнедеятельность общественного организма зависит от соединения, взаимодействия норм законодательства с системой общественных отношений и общественным сознанием. Только в синтезе этих элементов рождается правовая реальность, собственно и являющаяся реальным, живым, а не книжным, не просто формально заявленным правом.

В то же время Конституция не просто часть законодательства, она и часть права. Конституция содержит в себе и элементы других, кроме законодательства, форм права. В фиксации естественных прав человека проявляется связь конституции с естественным правом, в конституционных идеях и доктринах, нашедших отражение в конституции, выявляется правовая доктрина, система правовых идей как специфический источник права. В нормах о местном самоуправлении, самоорганизации и нравственно-правовых нормах и обычаях прослеживается связь конституции с обычным правом, в том числе с развивающимся современным обычным правом. В нормах конституции о международном праве, международной политике и международных отношениях выявляется взаимосвязь конституции с правом следующего за национальным уровнем права – международным правом.

В этом сложном механизме рождения и реализации реального права разных форм и уровней конституции принадлежит значительная роль во влиянии на нормы законодательства, на общественное правосознание и на систему правоотношений.

Конституционная норма, конституционный запрет, признание новых смысловых оттенков, конституционных норм, решение органа конституционного контроля как «негативного» или «позитивного» законодателя в правовом государстве могут изменить направление и скорость движения текущего законодательства и

правоприменительной практики. На тысячи и миллионы правоотношений может повлиять признание конституционным или неконституционным того или иного закона, отдельных его положений.

Но не во всех обществах, странах конституция обладает такой силой. Ее влияние в разных исторических ситуациях и странах может быть *в границах от очень высоких значений до стремления к нулю* как в вопросах стимулирования, подталкивания развития, движения вперед или смены социально-экономического и политического курса, так и стабилизации и консервации курса, системы отношений. Многое зависит от конкретной ситуации, соотношения внутренних и внешних сил, человеческого фактора.

При этом не следует смешивать стабильное и устойчивое к различным воздействиям развитие, движение с консерватизмом и консервацией определенных отношений. Эти понятия и соответствующие им процессы могут совпадать, но, как правило, значительно различаются по содержанию. Понятие устойчивого развития шире и может включать в себя как прогрессивную, так и консервативную политику, разные направления, траекторию и скорость движения с учетом, так сказать, рельефа исторического пути, различные ориентиры-цели и ориентиры-ценности. Консерватизм – один из вариантов, аспектов, граней устойчивого развития, один из возможных наборов средств, которые могут использоваться для обеспечения устойчивого развития.

Не следует смешивать с консерватизмом и отказ от определенных изменений в конституции и законодательстве, поскольку адаптацию к изменившимся условиям можно обеспечивать разными средствами. Например, именно английские консерваторы были нередко инициаторами наиболее крупных реформ. Жизнь всегда сложнее и диалектичнее. Даже классик английского и мирового консерватизма Эдмунд Бёрк заметил, что «Государство, которое не способно видоизменяться, не способно и сохраниться»³. Или, как сказал английский писатель С. Батлер, – «Перемены – это неизменность в меняющихся обстоятельствах».⁴

³ Английский афоризм: Сб.: Пер. с англ. / Сост., пер. с англ., вступ. статья А.Я. Лаверганта. М., 2003. С. 129.

⁴ Душенко К.В. Мысли, афоризмы, цитаты. Политика, журналистика, правосудие: 6000 цитат. 5-е изд. М., 2008. С. 179. «Все должно изменять-

Содержательное и технико-юридическое совершенство конституции в условиях правового государства может усиливать правовое воздействие, оказывать благоприятное влияние на достигаемые для ее воздействия факторы общественного развития. В тоталитарном государстве это совершенство, оказываясь оторванным от реальной, часто не соответствующей ему жизни, может, с одной стороны, показать противоречия, пропасть между конституционными нормами и реальными отношениями. С другой стороны, может служить маскировке, прикрытию нарушений и репрессий тоталитарного режима.

Когда конституционное законодательство и реальная практика его применения не единое целое и не идентичны по содержанию, конституция в значительной мере начинает играть скорее роль политической декларации и декоративной идеологической ширмы, а не высшего юридического и правового документа. В прикрытых такой конституцией «темных углах» произвола и беззакония могут совершаться кровавые преступления государственной власти, произвольно вершиться расправа над инакомыслящими и неугодными, каленым железом выжигаться оппозиция. В 1930-х гг. государственные органы не соблюдали конституцию, подменяя функции суда, однако не знавшие этого читатели конституции не могли не согласиться с правильностью и справедливостью многих ее положений, предполагая, что они также красиво, как написано на бумаге, реализуются и на практике.

Чаще неконституционная деятельность государственных органов, нарушающая права и свободы человека в разных странах мира, как бы на время отключает конституционные механизмы, особенно в непростых политических ситуациях. Проходит некоторое время, и часто вновь конституционные механизмы приходят в движение, восстанавливается баланс сил и полномочий государственных органов. Это свидетельствует о том, что право и политика находятся в сложном взаимодействии, совместно решая проблемы, стоящие перед обществом, порой разными средствами.

Конституция – не самоопределяющая мир субстанция. Она неразрывно связана с функционированием государства и жизнью

ся, чтобы все осталось по-старому», – заметил Д.Т. ди Лампедуза, итальянский писатель. См.: Там же. С. 180.

общества, с политикой. Ее организационная, системообразующая роль отличается высоким, но не беспредельным потенциалом, содержание которого меняется по мере эволюции общества и государства, в разных исторических ситуациях и зависит от многих факторов.

Таким образом, для того, чтобы конституция могла эффективно играть как преобразующую, так и стабилизирующую роль в обществе, общественном сознании, в деятельности государства, его политике, в политическом режиме должны быть определенные условия.

Конституция как средство обеспечения прогресса и развития, как правовой ускоритель

В потенциале конституции как исторического явления, в ее возможности содействовать различной по содержанию политике, содействию или противодействию различным направлениям политического развития содержится возможность закрепления результатов эволюции и революции, обеспечения развития общества в направлении, продиктованном историческим ходом вещей, революцией или радикальными реформами.

Революционизирующая, обновляющая роль конституции обычно исчерпывается достижением поставленных революцией задач и может плавно переходить в роль стабилизатора тех отношений, которые получили развитие благодаря их первичному закреплению в конституции.

Например, в сфере публичного права конституция фиксирует изменение формы монархического государства на республиканскую, иные разновидности монархии, на промежуточные смешанные формы. В сфере частного права она обеспечивает признание или отрицание права частной собственности, в том числе права частной собственности на землю и – в случае их признания – закрепляет, поддерживает, гарантирует их развитие, тем самым поддерживает процесс формирования легальных потоков перераспределения собственности. Конституционные нормы, поддержанные всем текущим законодательством и силовыми государственными органами, правоприменительной практикой, продавливают и удерживают систему новых отношений до тех пор, пока они не станут обыденными и не закрепятся всей сетью (многоуровневой паутиной) многомиллионных общественных связей.

Эта функция может периодически активизироваться путем внесения новых положений в текст конституции, усиливающих, подкрепляющих имеющиеся нормы, или открывающих дополнительные возможности. Активизация конституционного регулирования может происходить и за счет толкования норм конституции, например, путем расширения предмета регулирования той же самой нормы – в результате созревания новых общественных отношений. Повышение уровня технического и экономического развития нередко ведет к включению в сферу действия правовых, в том числе конституционных, норм новых групп общественных отношений, которые подтягиваются по их значению до смежных, ранее регулируемых теми же нормами.

Конституция исторически выступает как *средство обеспечения стабильности при выборе альтернативных возможных путей развития общества с разной степенью отклонения от ранее определенной траектории, а также как правовой переключатель с одной программы развития и скорости исторического движения на другие.*

Конституция как средство стабилизации общественных отношений и правовой стабилизатор

Стабилизирующая роль права общеизвестна, и конституция как ядро и основа правовой системы неизбежно связана с этой общеправовой функцией. Стабильность может обеспечиваться правовыми и внеправовыми средствами, в том числе неправовыми, противоречащими праву. Но цели, исторические оценки, результаты и продолжительность такой стабильности будут различны.

Исторический опыт показывает, что наиболее долговременной, естественной и позитивно оцениваемой является стабильность развития общества, достигаемая правовыми средствами, что не исключает и политического компонента, элемента исторической и политической целесообразности. Однако политический элемент правовой стабильности также должен иметь определенную легитимную основу.

Внеправовыми средствами социальная стабильность может обеспечиваться, например, в религиозных обществах. В некоторых исторических чрезвычайных ситуациях, например, в условиях военной диктатуры, стабильность может обеспечиваться какой-то период времени и неправовыми средствами, что, как правило, поз-

же может стать предметом для судебных разбирательств, в том числе международных трибуналов. Для правовой системы обеспечения стабильности характерен прогнозируемый порядок и предсказуемый в целом результат, «запрограммированный ожидаемый эффект»⁵.

Конституция государства является основой правового обеспечения стабильности общественных отношений и устойчивого развития. Важное значение, стабилизирующее развитие, имеют нормы Конституции, регулирующие экономическую основу, формы собственности, основы внутренней и внешней политики, национальные отношения, форму государства, устанавливающие общие ориентиры направленности деятельности государства (о демократических, светских, правовых и социальных ориентирах государства, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы)⁶.

В современном обществе конституция является одним из средств стимулирования и стабилизации демократического развития. Демократия и усложненная структура современного гражданского общества, состоящего из десятков тысяч обществ, союзов, ассоциаций, обеспечивают переформатирование общественных и частных интересов: атомизацию, перераспределение и новое смешение их, и в результате повышают степень социальной интеграции отдельных людей и их групп, ослабляют социальные различия и противоречия. «Свойственное плюралистическим политическим системам существование и пропорциональное политическое представительство множества проблемно ориентированных групп интересов размывают фронтальные социальные расколы, сводя к минимальному уровню в том числе традиционные классовые противоречия. Членство индивидов в большом количестве разнонаправленных групп и участие во взаимно пересекающихся конфликтах делают общество более однородным, гармонизируя социально-политические отношения»⁷.

⁵ Радбрух Густав. Философия права. М., 2004. С. 88–89.

⁶ См., например: ст. 1 Конституции Республики Казахстан. <http://www.akorda.kz/ru/category/konstituciya> (дата обращения: 22.06.2013).

⁷ Павроз А.В. Теория политического плюрализма: сущность, противоречия, альтернативы. СПб., 2009. С. 10. В то же время многие исследователи

По сути, правовая система и деятельность государственных органов находятся в политико-правовом резонансе со всеми действующими на общество факторами, протекающими в нем процессами. Благодаря этому, в целом успешно регулируются общественные отношения сложной социально-политической системы с многочисленными повторяющимися с некоторыми особенностями, ритмическими действиями.

Конституция в этой системе регулирования общественных отношений с многочисленными пересекающимися и накладывающимися друг на друга ритмами и циклами природных и социальных явлений оказывается одним из центральных звеньев равновесия. Конституция объединяет, охватывает всю систему действующего права своего рода невидимыми нитями идей, принципов, норм, пронизывает правовую систему и обеспечивает согласованное ее действие в условиях циклической динамики и линейного движения, состояния активности и относительного покоя.

В некоторых случаях конституция выступает и как средство торможения социальной динамики, как правовой тормоз, закрывающий или ограничивающий возможность эволюции государства в определенном направлении, например, жестко фиксируя признаваемую государственную форму, она перекрывает движение в сторону трансформации государственных органов в соответствии с моделью другой, противоположной формы государства. Эволюция формы государства допускается в пределах различных вариаций принятой модели, разновидностей обозначенной формы государства, возможно, при определенных условиях, и в сторону смешанной формы государства, но с преобладанием признаков той, которая зафиксирована в конституции (поскольку в «чистом», «дистиллированном» виде формы государства в современном обществе существуют крайне редко). В этом смысле конституция – это *и система зашифрованных в статьях знаков дорожного движения*

ли критически оценивают многочисленные диспропорции и дисбалансы, которые существуют между разными социальными группами (в том числе относительно открытыми и закрытыми) и представляющими их политическими организациями, неравноценное, неравновесное их влияние на политическую жизнь. См.: Там же. С. 53; Ландберг Ф. Богачи и сверхбогачи: о подлинных правителях Соединенных Штатов Америки. М., 1975. С. 388–390.

общества и государства на пути их исторической эволюции, дорожная карта перспективного развития государства и общества.

В разных исторических ситуациях стабильность и устойчивость общественной и политической системы может обеспечиваться как стабилизацией конституции, так и с помощью ее изменения. Правовая политика, умение точно выбрать время и меру для определенных действий в сфере государства и права и в настоящее время, несмотря на расширение возможностей для моделирования ситуаций с помощью новых информационных технологий, остается, в основном, сферой интуиции и искусства управления политическим руководством. Человеческий фактор в конституционном регулировании остается одним из основных.

В.В Кожевников*

К ПРОБЛЕМЕ ВЗАИМНОГО ОТЧУЖДЕНИЯ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА, ПРАВА И ОБЩЕСТВА

Полагаем, что одним из наиболее очевидных и вместе с тем удручающих признаков, характеризующих сегодня российское общественное бытие, является чрезмерно высокая степень отчуждения государства (и права), а в более общем плане – всей властвующей элиты, включая, разумеется, и так называемых олигархов, от народа, который в этой связи испытывает к ней сильнейшее чувство недоверия. Конечно, отчуждение господствующей элиты от народа, в той или иной степени присуще всем государственно-организованным социумам, но в первую очередь оно свойственно странам, переживающим переходный период в своем развитии. С.И. Ожегов под отчуждением понимает «прекращение близких отношений между кем-нибудь, внутреннее отдаление»¹.

Отчуждение – спутник общества на всем пути его существования, которое характеризуется разделением труда.

* **Кожевников В.В.** – доктор юридических наук, профессор; профессор кафедры теории и истории государства и права Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского.

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1984. С. 416.

А.В. Бутаков утверждает, что «отчуждение российских граждан от власти и собственности имеет многовековую практику»². Отчуждение, следовательно, – признак всякого расчлененного общества, и в этом контексте пока что неизбежный фактор прогресса. Без него нет движения вперед, но оно же порождает конфликты многообразного рода, в том числе кровопролитные.

И.В. Галкин трактует отчуждение как осознанное индивидом отношение противоречия между сущим и должным, препятствующее осуществлению индивидом его подлинных интересов и достижению им определенных жизненных целей³. По мнению В.Е. Гулиева и А.В. Колесникова, суть отчуждения в том, что продукт деятельности человека и сообщества обособляются от индивида, группы, общества и выступает как чуждый им, самостоятельно функционирующий фактор общественной жизни⁴.

Такое общее понимание категории «отчуждение» авторы логично и последовательно применяют к государству. При этом они точно и объемно погружают проблему отчуждения государства в сложнейший контекст жизнедеятельности человека и общества – психику человека, общественное сознание, право, демократию, политическую систему, социально-экономическую структуру общества.

Думается, что авторы данной монографии обоснованно связывают проблему отчуждения государства с отчуждением человека. Однако с позиции А.А. Кененова трактовка отчуждения получила односторонний характер, ибо оно состоит также и в том, что ни в одной точке приложения своих сил (государство, право, работа, семья, мораль, искусство и т.д.) человек не воспринимается весь как целостное существо⁵. В другой своей работе В.Е. Гулиев обращает внимание на то, что в переходном российском обществе

² Бутаков А.В. К исследованию новейшей истории российской государственности: Византия история без конца. Омск. 2011. С. 19.

³ См.: Галкин И.В. Правовое отчуждение в политической философии Бенедикта Спинозы // Государство и право. 2012. № 8. С. 124.

⁴ См.: Гулиев В.Е., Колесников А.В. Отчужденное государство. М., 1998. С. 160.

⁵ См.: Кененов А.А. Рецензия на монографию В.Е. Гулиева А.В. Колесникова «Отчужденное государство» // Государство и право. 1999. № 6. С. 123–124.

отчуждение отчасти сохраняет авторитарные черты, отчасти приобрело формы, производные от перестроечных, а затем, – либерально реформаторских подвижек.

Преобладающей среди других является традиционная российская доминанта отчуждения государства от негосударственных сфер общества и этих последних – от государства. В персонализированном аспекте гражданин по-прежнему отторгается властью как субъект, но столь же последовательно, пусть и в иных формах, эксплуатируется (и экономически, и политически) как объект управления и манипулирования⁶.

Интересно заметить, что автор, в отличие от многих ученых, справедливо, на наш взгляд, полагает, что генеральной характеристикой переходного российского общества является псевдоправовое государство и квазигражданское общество. Политическое отчуждение, которое проявляется в разных формах: власти и народа, государства и гражданина, государственного аппарата и центров власти, официально заявленной политики и реальной работы чиновничества, федеральной и региональной властей, их обеих и местной «власти», закона (как норматива) и фактического поведения человека как частного лица и гражданина и т.д. происходит на фоне «десакрализации» власти, ее дискредитации (и определенной делегитимации) в массовом сознании. «Антиправовое сознание» захватывает расширяющийся круг граждан повсеместно, сверху донизу. Антиценностное сознание и поведение все более вытесняет традиционные ценности права и человечности⁷.

В России драматизм положения усугубляется рядом обстоятельств.

Во-первых, для нашей страны это извечная проблема, существовавшая испокон веков. Издавна власть либо противостояла обществу, либо в значительной мере подчиняла его себе. К сожалению, и сегодня власть, причем как на федеральном, так и на региональном и местном уровнях, весьма склонна рассматривать себя в качестве самодостаточной силы, закрытой и абсолютно независимой от населения корпорации. Многие ее представители не-

⁶ См.: Гулиев В.Е. Российская государственность: феноменология отчуждения // Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Проблемы теории государства и права. М., 2005. С. 751–752.

⁷ Гулиев В.Е. Указ. соч. С. 753.

редко ощущают себя совершенно не связанными ни юридически-ми законами, ни этическими нормами, ни общественным мнением.

Во-вторых, можно с сожалением констатировать, что практикуемый, не контролируемый, во многом стихийно протекающий процесс формирования в нашей стране рыночной экономики сопровождается утверждением среди значительной части власть имущих либеральных воззрений и установок, как правило, в крайнем, наиболее радикальном их выражении.

Осмелимся утверждать, что подобные взгляды в определенной степени прогнозируют и официальную государственную идеологию. Между тем они (помимо того, что чужды российскому менталитету) вступают в противоречия с решением задачи преодоления существующего ныне гигантского разрыва между политической и финансово-экономической элитой, с одной стороны, и рядового гражданина, с другой. Это происходит главным образом в силу того, что такие идеи фактически отрицают социальную справедливость в качестве основополагающего принципа устройства гражданского общества, реализация которого призвана объединить население страны, различные его слои для решения общих задач⁸.

П.П. Баранов и А.И. Овчинников справедливо, на наш взгляд полагают, что реформы последнего десятилетия, сопровождающиеся непродуманным копированием западных политических и правовых институтов, привели к конфликтам между официальными и народными представлениями, взглядами и идеалами. Обнищание народа и процесс его отчуждения от государства негативно сказывается и на правосознании населения: правоохранительные органы, система правосудия, законы и подзаконные нормативные акты все чаще воспринимаются населением с опасением и недоверием, отрицательной реакцией⁹.

Отчуждение – феномен, присущий политической системе в целом, особенно государству и праву, определяющий развитие этих институтов и их деформацию. Полагаем, что в настоящие

⁸ См.: Керимов Д.А. Современное государство: вопросы теории. М., 2007. С. 35.

⁹ См.: Баранов П.П., Овчинников А.И. Правосознание и правовая культура. Правовое воспитание // Теория государства и права / Под ред. А.С. Мордовца, В.Н. Синюкова. М., 2005. С. 160.

время изучение этого явления с точки зрения теории государства и права актуально, поскольку отчуждение стало одним из факторов политической и правовой жизни современной России. Общетеоретические положения, приведенные выше, в определенной мере подтверждаются результатами различных социологических исследований. Так, исследование социологической лаборатории МГУ, проведенное совместно с американскими специалистами в 1995 г. методом фокусных групп, показало, что в сознании населения понятия «власть», «государство», «правительство» чаще всего ассоциируются с понятиями «хамство», «диктаторство», «нахальство», «бездарность», «самодержавие», «захват». Чиновники – это не «то стена, не то машина, которая настроена враждебно к своему народу, это люди, которые занимаются ерундой и полезного ничего не приносят».

Об имидже государственных служащих в сознании населения можно судить по ответам на вопрос: «Как вы думаете, в какой степени государственные служащие в нынешних условиях выполнят служебные функции?» Из ответов следует, что, по существу, 80% населения видят свои взаимоотношения с госслужащими либо в негативном свете, или не имеют о них представления вообще. В первом случае это показатель несимпатичного имиджа госслужащего, существующего в сознании граждан, во втором – их серьезного отрыва друг от друга. Все эти данные сигнализируют о явном отчуждении граждан от власти.

Естественно, что при таком уровне недоверия и негативизма говорить о поддержке гражданами органов власти не приходится. А значит, под вопросом и сама эффективность работы аппарата, его сотрудничества в решении насущных и перспективных вопросов.

Отчуждение, по мнению большинства граждан (45% опрошенных), возникает потому, что чиновники руководствуются не интересами рядовых граждан или интересами страны, а только своими личными¹⁰. И хотя исследования проводились более 15 лет назад, их результаты, как думается, не потеряли значимость для осмысления отчуждения государства настоящего времени. Дела,

¹⁰ См.: Комаровский В.С., Тимофеев А.Н. Конфликты граждан с чиновниками: почему и зачем? // Государство и право. 1997. № 10. С. 6–7.

связанные с Министерством обороны, с Олимпийскими играми в Сочи, а также депутатами, которые сложили полномочия из-за недекларированной недвижимости за рубежом, также негативно повлияли на характер общественного мнения населения о государственной власти¹¹.

Думается, что совсем не случайно все больше появляются научных работ, посвященных кризису государственной власти, под которым исследователи понимают такую форму социального противоречия, которая обусловлена недоверием к власти, с одной стороны, и неспособностью власти осуществлять свои функции – с другой. В числе причин кризиса легитимности ученые называют, во-первых, общественный застой; во-вторых, широкое распространение патерналистской ментальности, неравенство в распределении благ и престижа; в-третьих, бюрократизацию власти, национализм, этнический сепаратизм; в-четвертых, проведение непопулярных в обществе реформ (например, так называемая монетизация льгот, проведенная в Российской Федерации в 2005г.)¹². Участники «круглого стола» в МГУ, посвященного теме «Легальность и легитимность», в качестве причин нелегитимности власти указывали на «конфликт элит, борьбу идеологий, стремящихся переформулировать ценности общественного сознания на собственной основе»¹³. По замечанию А.А. Дуденковой, потеря легитимности является следствием повсеместного разочарования в существующей системе ценностей и ломки устоявшихся политико-правовых и социокультурных традиций, сильного эмоционального возбуждения масс и нарастающей непредсказуемости социальной жизни¹⁴.

Следует особо подчеркнуть, что негативное отношение к государственным институтам переносится на правоохранительные

¹¹ См.: Индекс доверия к президенту и премьер-министру в марте 2013 г. www.kommersant.ru/doc/213923 (дата обращения: 03.03 2013).

¹² См.: Безкоровая Ю.Е. Кризис легальности и легитимности государственной власти в контексте формирования «сильного государства» // Государство и право. 2011. № 7. С. 102.

¹³ Легальность и легитимность власти («круглый стол») // Вестник МГУ. Серия 12 «Социально-политические исследования». 1994. № 2. С. 26.

¹⁴ См.: Дуденкова А.А. Легитимность как теоретическая категория: политико-правовой анализ // Философия права. 2005. № 4. С. 67.

органы. Они оцениваются очень низко, и эта тенденция продолжает устойчиво сохраняться¹⁵. Так, опрос населения, проведенный в 2011 г. сотрудниками ВЦИОМ в 83 регионах России (общий объем выборки составил 41500 респондентов), показал, что каждый десятый опасается стать жертвой произвола со стороны сотрудников правоохранительных органов. Причем респонденты, подвергавшиеся преступным посягательствам, существенно чаще указывали на то, что они опасаются сотрудников правоохранительных органов – 21,2% (среди не подвергавшихся преступным посягательствам сотрудников МВД опасаются только 12,8%).

Наиболее распространенной причиной отказа от обращения в полицию для потерпевших являются опасения, что процесс отнимет много времени и нервов (42%), а также неуверенность в получении помощи (38%). Результаты исследования показали, что чаще всего не доверяющие полиции в качестве причины плохой работы сотрудников ОВД называют коррупцию (49%). Достаточно распространенными являются также компетентностные критерии – низкое качество отбора и недостаток профессионализма (по 37%).

Стоит обратить внимание на проблему отношений сотрудников ОВД и граждан: 30% опрошенных говорит о неуважении, еще 25% – о вседозволенности полиции. Около половины опрошенных (52%) склонны доверять полиции в обеспечении своей личной и имущественной безопасности, причем 17% отметили вариант ответа «в целом», еще 35% – «скорее доверяю». Противоположной позиции придерживаются около трети респондентов, крайняя степень недоверия характерна для 14% граждан¹⁶.

В заключение отметим, что проблема политического и правового отчуждения и общества особенно актуализируется в контексте концепции «сильного государства», которая представляется как своего рода реакция общественно-юридической практики и науки на государственность, не справляющуюся со своими задачами и функциями.

¹⁵ См.: Тощенко Ж. Парадоксы и противоречия правового сознания // Безопасность Европы. 2002. № 3(9). С. 573.

¹⁶ См.: Отчет ВЦИОМ о научно-исследовательской работе «Изучение общественного мнения об уровне безопасности личности и деятельности ОВД Российской Федерации» / Рук. Ю.М. Баскакова. М., 2011. С. 33, 86, 102, 105–106.

Каким же видится учеными сильное государство? Во-первых, это государство демократическое, строящее свою деятельность на основе права, руководствующееся во всех своих делах принципами законности. Такой образ действий государства дает достойный пример своим гражданам, которые именно в правомерном поведении начинают видеть единственно приемлемый образ поведения в правовой сфере. Во-вторых, сильное государство – такое, к которому граждане испытывают доверие. В нашей стране оно в огромной степени подорвано как десятилетиями господства авторитарного режима, так и многими обстоятельствами современного периода, с которыми связано ухудшение жизни народа. Легитимность государства во многом обусловлена поведением должностных лиц в сфере права. Как вполне обоснованно утверждается в науке, наиболее отрицательные последствия имеют место в тех случаях, когда право граждан нарушают исполнительные органы, задачей которых являются защита этих прав от любых посягательств. Особенно опасной формой нарушений следует признать ту, в которой участвуют руководители властных структур, ибо злоупотребление властью с их стороны не только причиняет вред гражданину, но и являет собой пример для подражания со стороны подчиненных, порождает нигилизм, неверие граждан в силу российских законов¹⁷.

Думается, что преодоление политического и правового отчуждения – задача вполне разрешимая. Главное, с чего нужно начинать – это формирование нравственных отношений между властью и гражданами как социальной основы взаимного доверия и ответственности друг перед другом. Будет взаимное доверие и политическая ответственность между властью и россиянами, будет могущественная и цивилизованная Россия¹⁸.

¹⁷ См.: Берекашвили Л.Ш. Обеспечение прав человека и законности в деятельности правоохранительных органов. М., 2002. С. 22.

¹⁸ См.: Бутаков А.В. Указ. соч. С. 17, 18.

*И.А. Иванников**

РОССИЙСКОЕ ОБЩЕСТВО И ПРАВО НАЧАЛА XXI В.

Ученый по-своему может осмыслить вопрос, знает ли он современное российское общество, государственную власть и право. Это касается и автора данной статьи, который писал, что «уроки прошлого учат не игнорировать предшествующий опыт государственного строительства в России (СССР). Наше политико-правовое наследие полезно знать каждому российскому государственному деятелю. Лучшие произведения отечественных ученых об идеальных формах государства позволяют увидеть успехи и ошибки государственного строительства XX – начала XXI века»¹. При этом получить целостное представление о современном российском обществе не просто, так как оно находится в быстром перманентном развитии в условиях аккультурации и конвергенции. На мой взгляд, всю новейшую историю развития российского общества с 2000 г. в настоящее время можно разделить на четыре периода.

Первый период – это 2000–2008 гг. – время первых двух сроков президентства В.В. Путина. Унаследовав Россию после дефолта, воюющую, неуправляемую, где власть в республиках приобрела несменяемый клановый характер, В.В. Путин стал решать сложные проблемы выживания государства. Были завершены военные действия на территории Чеченской Республики, созданы семь федеральных округов, Общественная палата Российской Федерации и предотвращен развал Российской Федерации. В этот период возросло влияние в российском обществе верховной власти, военно-промышленного комплекса и правоохранительных органов. Так, по подсчетам известного российского историка В.В. Согрина, при Б.Н. Ельцине военные во властных структурах

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

¹ См.: Иванников И.А. В поисках идеала государственной формы России. Ростов-на-Дону. 2000.

составляли 6,7%, при В.В. Путине 26,6%, а в высшем руководстве – 58,3%².

В то же время В.В. Путин и партия «Единая Россия» подвергались критике со стороны лидеров КПРФ (Г.А. Зюганова, В.И. Илюхина и др.), отдельных либералов и олигархов в связи с ужесточением законодательства о политических партиях, отменой выборов глав субъектов Федерации, а также графы «против всех» в избирательных бюллетенях. Но самое главное – сокращалась численность населения России из-за низкого социально-экономического положения его большинства.

Еще Ж.-Ж. Руссо в «Общественном договоре» и наш отечественный эмигрант советского периода Л.С. Солоневич отмечали, что если в стране сокращается численность населения, то в ней существует реакционный режим. Созданную при Б.Н. Ельцине экономическую, политическую и правовую системы России В.В. Путин менять отказался. Поэтому политические партии России, которые ставили цель восстановление территории исторической России, не были зарегистрированы. Так, в 2002 г. не была зарегистрирована партия «Трудовая Россия», которая ставила цель возрождение государства рабочих и крестьян в границах СССР³. Не была зарегистрирована политическая партия «Коммунисты трудовой России», в программе которой ставилась цель построения государства, где «вся полнота политической и экономической власти принадлежит трудовому народу»⁴. Незарегистрированная «Славянская партия России» добивалась укрепления дружбы славянских народов и воссоединения России, Украины и Белоруссии в единое государство. Не зарегистрирована была и Национально-Державная партия России, которая желала превратить Россию в великую державу. После учредительного съезда партии «Великая Россия» в мае 2007 г. ее лидер был вызван в прокуратуру и приостановил свою деятельность на стадии подготовки партии к регистрации.

² См.: Согрин В.. 1985-2005: три превращения современной России // Отечественная история. 2005. № 3. С. 13.

³ Программа партии «Трудовая Россия» // Российская газета. 30 января 2002.

⁴ Программа политической партии «Коммунисты трудовой России» // Российская газета. 24 октября 2002.

В юридической науке не было доминирующей правовой теории. Значительное ослабление классового подхода в оценке государства и права привело к заполнению этого вакуума идеями теории правового государства, социального государства, либертарно-юридической теории и других.

Второй период – это 2008–2012 гг. – время президентства Д.А. Медведева. Государственной власти пришлось решать демографическую проблему, развивать сельское хозяйство, здравоохранение, образование. России пришлось отразить нападение на своих миротворцев в Южной Осетии и принудить к миру Грузию в ходе недельной войны. Хотя истинный смысл нападения Грузии, согласованный с США и их союзниками в Европе, был другой: будет или не будет Россия защищать осетин? В сфере законодательства можно считать просчетом тот факт, когда 30 декабря 2008 г. были внесены малообоснованные поправки в Конституцию РФ об увеличении сроков полномочий депутатов Государственной Думы РФ с четырех до пяти лет и Президента РФ с четырех до шести лет. Осуществлялась критика верховной власти на местах из-за дефицита социальной справедливости, за необдуманное создание СКФО и включение в его состав Ставропольского края, что привело к обострению нерешенного и вездесущего национального вопроса.

10 декабря 2010 г. русская молодежь впервые вышла в Москве на Манежную площадь и заявила о том, что не желает терпеть свое приниженное положение в русских городах, в которых коррумпированы чиновники, безнаказанно совершают преступления отдельные представители кавказских и среднеазиатских республик. В целях борьбы с коррупцией государственная власть была вынуждена принять антикоррупционные правовые нормы и начать борьбу с преступностью во властных структурах всех уровней. Была произведена либерализация законодательства о политических партиях.

Третий период – с марта 2012 г. до марта 2014 г. начался с уверенной победы В.В. Путина на президентских выборах в третий раз, так как из пяти претендентов, допущенных ЦИК РФ к выборам на этот пост, он был самой предпочтительной кандидатурой. Это время и политических испытаний для власти, вызванных событиями на Болотной площади в 2012 г.

К 20-летию юбилею Конституции РФ в оппозиционных патриотических кругах интенсивно обсуждался вопрос об ее замене и принятии новой Конституции России. Конституцию РФ критиковали за то, что она была принята в годы расцвета правового нигилизма, роста преступности и сепаратизма. В наиболее концентрированном виде эта критика нашла отражение в статье ученого, политика и общественного деятеля С.Н. Бабурина «Конституцию Российской Федерации нельзя не менять!»⁵. Он назвал Конституцию РФ 1993 г. источником проблем российского общества, а статьи 9, 13 и 15 первой главы Конституции – капитуляцией России перед США и странами Западной Европы, так как земля и ее недра уже не есть национальное достояние, а согласно п. 2 статьи 9 находятся в частной государственной и муниципальной собственности. При этом в России нет государственной идеологии (ст. 13), национальное право подчинено международному (п. 4 ст. 15), а сама Конституция РФ противоречит Декларации о государственном суверенитете России от 12 декабря 1990 г.

С осени 2013 г. Россия жила новостями из Киева. События на Майдане в Киеве показали, что украинское общество расколото на сторонников и противников европейской интеграции, на русский мир и западный.

Четвертый период начался с 20 марта 2014 г. и продолжается в настоящее время. Он связан с появлением в России двух новых субъектов Федерации – Крымской республики и города федерального значения – Севастополя. Это – начала новой главы в новейшей истории России, ее правовой системы. Престиж федеральной власти в обществе вырос в марте – апреле 2014 г.

Во-первых, в России повысился авторитет Президента России В.В. Путина после успешного проведения зимних Олимпийских игр в Сочи в феврале–марте 2014 г. и решения крымского вопроса.

Всероссийский центр изучения общественного мнения отметил в середине марта, что «за последний месяц уровень одобрения деятельности президента вырос на 11,4, а с начала года – на 15,1%».

⁵ Бабурин С.Н. Конституцию Российской Федерации нельзя не менять // Русский вестник. 2014. № 1. С. 6.

Статистику, озвученную центром, подтверждают и другие социологи. По данным «Левада-Центра», около 80% граждан России одобряют деятельность Президента, а примерно 60% граждан считают, что дела в стране идут в правильном направлении⁶.

Во-вторых, рейтинг В.В. Путина заметно снизился в государствах Европейского Союза и в США, которым не хочется допускать усиления роли России на бывшем территориальном пространстве СССР. Для них полной неожиданностью стал тот факт, что Россия стала осуществлять независимую внешнюю политику. Произошло изменение политического и правового сознания российского общества. Многие представители интеллигенции, ученые стали поддерживать политику Президента РФ и государственную власть. В то же время появились и критические отзывы, связанные с нерешительностью власти и слабой поддержкой юго-восточных областей распадающейся Украины.

Референдум в Крыму заставляет поразмыслить об изменении практики правотворчества. В одном из самых демократических государств Европы – Швейцарии ни один закон, затрагивающий права и свободы граждан, не принимается иначе как на референдуме, которому предшествует длительное, порой длящееся годами всенародное обсуждение законопроекта. В России таким путем необходимо принять новую Конституцию, уголовный, гражданский, семейный, трудовой, медицинский, образовательный и другие кодексы. И тогда законы России будут отражать уровень развития и интересы общества более оптимально, так как закрепят коллективное суждение о должном, а значит и социальную справедливость, и формальное равенство, и свободу.

Какова роль юристов в этот период? Думается, что от теории надо переходить к практике и наоборот. Общество стало мобильным, а потому общетеоретическая подготовка студентов-юристов должна быть шире и глубже. Ученые должны изучать и анализировать общество, государственную власть и право и на основе обобщений давать обоснованные рекомендации по совершенствованию законодательства.

⁶ Если бы выборы были сейчас, то В.В. Путин набрал бы 85% голосов // Известия. 27 марта 2014.

При этом нужно отметить, что среди российских ученых, как и в обществе в целом, нет единства мнений по многим актуальным проблемам современного развития государства и права. Нужно ограничить лоббирование во властных институтах, которое приводит к решению многих проблем в интересах бизнеса и других корпораций. Российские законы должны быть непротиворечивыми, выполняться с учетом научных обоснований. При этом они в полной мере должны выражать волю народов России. Каждый субъект федерации в России должен иметь свою Конституцию или ни один субъект федерации не должен иметь своей Конституции. Положение дел, когда одни имеют право на Конституцию, а другие нет, нарушает принцип социальной справедливости и формального равенства субъектов Российской Федерации.

Какой прогноз можно сделать в аспекте развития государства и права России? В силу сложных международных проблем, санкций США и государств Европейского Союза после возвращения Крыма в состав России можно предсказать зависимость внутрироссийских процессов в развитии экономической, политической и правовых систем от международной обстановки.

Изоляция России уже нашла отражение в работе американского политолога З. Бжезинского. Возвышение Америки произошло после 1945 г., когда она показала свою силу и закрепились в Европе. До этого Америка «наращивала свою промышленность и военную мощь, пользуясь географической удаленностью от разоряющих Европу имперских и континентальных распрей»⁷. По его мнению, Америка с 1991 г. до 2010 г. была единственной сверхдержавой в мире. Западная Европа и Европейский Союз «почти официально превратились в протекторат Америки, попав к ней же в неофициальную финансово-экономическую зависимость»⁸.

Но сохранит ли США это положение после 2025 г.? В Азии набирают вес Япония, Китай, Индия, Южная Корея, Тайвань, Сингапур и Индонезия. Растет влияние Ирана. В современном мире Европейский Союз не может быть даже вторым по мощи, так как не имеет «весомой центральной политической власти и единой

⁷ Бжезинский З. Стратегический взгляд: Америка и глобальный кризис. М., 2013. С. 20.

⁸ Там же.

финансовой политики»⁹. Глобальное доминирование Западной Европы уже в прошлом. Она зависит от США. Но если ослабнет влияние в мире США, то Европа будет иметь еще меньшее влияние в мире. Если к 2025 г. Америка лишится владычества, то кто придет на ее место? По мнению З. Бжезинского, не будет одного лидера, и в мире начнется глобальный экономико-политический хаос. Россия при ослаблении Америки будет присоединять к себе бывшие союзные республики СССР и укрепит свое геополитическое влияние.

Чтобы сохранить лидерство и господство в мире, США не должны повторить ошибок Гитлера и политического руководства СССР. Гитлер, завоевывая Европу, одновременно воевал с Великобританией и СССР, объявил войну США, «не выйдя из смертельной схватки с СССР и Великобританией»¹⁰. СССР в 1960 г. решил догнать и перегнать Америку, но переоценил свои экономические возможности, погряз в войне в Афганистане. Можно добавить и то, что З. Бжезинский не указал – это невозвращенные затраты на Олимпиаду 1980 г., которую бойкотировали страны НАТО и сателлиты США.

По мнению З. Бжезинского, в мире нет ни одной страны, которая могла бы «примерить корону мирового лидера»¹¹. Китай не сможет быть мировым лидером потому, что в этой стране растет китайский национализм. Китай настроит против себя соседние страны – Японию, Индию, Россию. К тому же у Китая нет ни исторических, ни географических преимуществ, которые есть у США. В случае ослабления Америки возникнут угрозы от России для Грузии, Азербайджана, Белоруссии и Украины. Поэтому Грузия должна вступить в НАТО. Европе придется считаться с Россией. В случае ослабления Америки возникнут угрозы со стороны Китая для Тайваня, а для Южной Кореи от Северной Кореи. Афганистан будут делить Индия, Пакистан и Иран.

Все в мире будет плохо, если Америка потеряет лидерство. Поэтому США «жизненно необходимо выработать новое своевре-

⁹ Бжезинский З. Стратегический взгляд: Америка и глобальный кризис. С. 35.

¹⁰ Там же. С. 121.

¹¹ Там же. С. 122.

менное стратегическое видение, чтобы не дать миру погрузиться в пучину смуты»¹².

Президент США должен стать инициатором обновления политики страны. Европейскому Союзу надо продвигать европейские ценности в России и Турции. Должно быть продолжено движение Запада на Восток. Надо «...воспрепятствовать повышению глобального статуса Китая и избежать общемирового хаоса»¹³. Расширение Запада на Восток приведет к захвату России и Турции. Запад приблизится к границам Японии и Южной Кореи.

З. Бжезинский не забывает никогда о Польше. По его мнению, роль Польши заключается в том, чтобы «открыть двери в Европу перед Россией: она может также подтолкнуть в нужном направлении Украину и Беларусь, тем самым побудить Россию последовать их примеру»¹⁴.

По поводу вступления России в Европейский Союз З. Бжезинский высказывает сомнения. Ее не надо принимать в ЕС, так как Россия может способствовать расколу ЕС, попытается «поглотить Украину»¹⁵.

Таким образом, Россия вступила в сложный период своего развития, который может вывести ее либо к усилению, либо к превращению в разделенную на части колониальную территорию. Возможны и иные варианты развития, которые будут продиктованы соотношением сил в сфере международных отношений.

¹² Бжезинский З. Стратегический взгляд: Америка и глобальный кризис. С. 182

¹³ Там же. С. 274.

¹⁴ Там же. С. 278.

¹⁵ Там же. С. 280.

*А.А. Демичев**

ГОСУДАРСТВО, ПРАВО И ГРАЖДАНСКОЕ ОБЩЕСТВО (ПРОБЛЕМЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ)

В теоретико-методологический арсенал юридической науки давно и достаточно прочно вошли такие понятия, как «государство», «право» и «гражданское общество». Если в целом по первым двум из них большинство ученых пришли к определенному консенсусу и их определения с некоторыми вариациями уже устоялись, то ситуация с «гражданским обществом» несколько сложнее. В настоящее время чуть ли не каждый автор, говоря о гражданском обществе, пытается предложить собственную дефиницию.

Мы не собираемся давать очередное определение, однако отметим, что под гражданским обществом мы понимаем совокупность сфер жизни отдельных индивидов и их различных групп, напрямую неподконтрольных государству, и в которых они свободно реализуют свои частные интересы.

Существенной сложностью определения гражданского общества является то, что в отличие от понятий «государство» и «право», которым соответствуют некоторые элементы объективной реальности, понятие «гражданское общество» носит, с одной стороны, конвенциональный характер – то есть это то, что таким договорились считать, а есть ли это на самом деле или нет – уже другой вопрос¹.

С другой стороны, характер самого понятия «гражданское общество» несколько специфический. Оно носит какой-то «остаточный» характер – существует государство, а гражданское обще-

* Демичев А.А. – доктор юридических наук, кандидат исторических наук, профессор; профессор кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России.

¹ Малахов В.П., пытаясь обосновать реальность существования гражданского общества, сделал такое количество оговорок, что это как раз приводит к выводу об отсутствии гражданского общества в действительности. См.: Малахов В.П. Правовые свойства гражданского общества // История государства и права. 2010. № 4. С. 2–13.

ство – это то, что остается помимо государства, куда механически соединяется все, что ему неподконтрольно.

В рамках данной работы нас не интересует соотношение понятий «государство», «право» и «гражданское общество». Наша цель заключается в другом – мы попробуем выявить, как происходит взаимовлияние и взаимодействие государства, права и гражданского общества.

До появления государства жизнь социума, естественно, была ему неподконтрольна. Означает ли это, что в принципе можно ставить знак равенства между первобытным и гражданским обществом? Если исходить из конвенциональности понятия «гражданское общество», то, конечно, нельзя, так как в ход идут дополнительные критерии: свобода, права личности, подлинная демократия, плюрализм и т.п. Всего этого, несомненно, не было в первобытном обществе. Если же исходить из посылок формальной логики и объективной исторической реальности, то любое негосударственное общество является гражданским.

Кстати, получается, что целью строительства коммунизма являлось гражданское общество, ведь государство должно было отмереть, а интересы населения в целом и каждой личности должны были быть полностью удовлетворены.

Как мы уже отметили, государство и гражданское общество тесно связаны. Однако насколько эта связь линейна? Логично предположить, что чем меньше государство вмешивается в жизнь своих граждан, тем шире сфера гражданского общества.

Тогда закономерным представляется вопрос, являются ли государство и гражданское общество антиподами? На наш взгляд, нет! Антиподом гражданского общества является тоталитарное государство (государство с тоталитарным политическим режимом). Действительно, особенностью тоталитарного государства является постоянный и жесткий контроль над всеми сферами жизни общества, в том числе и теми, которые исторически были относительно автономны от государства: семья, религия, народная культура, проведение досуга и др.

Следует отметить, что в тоталитарном государстве большую роль играют не правовые средства контроля над обществом, а формально существующие, исходящие от государства нормы права, которые не соответствуют реалиям с ведома самого же го-

сударства. Классическим уже давно стал пример, что Конституция СССР 1936 г. являлась на тот момент самой демократической в мире.

Если отбросить такие «крайние» формы, как первобытное общество и тоталитарное государство, то схематично взаимодействие государства, права и гражданского общества представляется нам в следующем виде.

Государство – это надстройка, появившаяся над обществом в силу определенных исторических причин (необходимости решения «общих дел», в результате классовой борьбы и пр.) и отделенная от него. Государство – не абстрактное понятие, а вполне конкретная совокупность органов, обладающих определенной компетенцией и имеющих практическую возможность реализовывать поставленные перед ними задачи. Если говорить о современном государстве, то формой его бытия является право. Структура, функции, полномочия и другие вопросы, связанные с существованием государства, четко регламентируются правом. Как известно, в правовом государстве гражданам разрешено все, что не запрещено законом, а государству запрещено все, что не разрешено законом.

Итак, право – это механизм, посредством которого государство взаимодействует с обществом.

Как мы уже отмечали ранее, гражданское общество – сфера, в которую вмешательства государства нет или оно очень ограничено. Следовательно, и правовые механизмы регулирования здесь не должны действовать. Теоретически это может означать, что гражданское общество – это общество «вне права». Но на самом деле, право здесь играет определенную роль – оно носит каркасный, рамочный характер. В пределах, очерченных правом, индивид свободен.

Если рассмотреть данную ситуацию с позиции механизма социального регулирования, то получается, что «государственная» сфера жизни регулируется отраслями публичного права, а сфера «гражданского» общества отраслями частного права и неправовыми социальными регуляторами – моралью, религиозными, корпоративными и прочими нормами. Таким образом, социальные нормы, регулирующие отношения в «гражданском обществе», существуют двух типов: некие «каркасные» правовые нормы, задающие

определенные рамки для граждан, только в пределах которых они обладают достаточной мерой свободы (семейные, гражданско-правовые, отчасти трудовые отношения) и социальные нормы, внешне неподконтрольные государству.

В реальности же не существует социальных регуляторов, абсолютно неподконтрольных государству. Возьмем, например, сферу религиозных отношений. Ст. 28 Конституции РФ гарантирует свободу совести и свободу вероисповедания. Однако существует ряд запретов на организацию и деятельность отдельных церквей, религиозных сект, культов и т.п. деструктивного характера, подавляющих личность, пропагандирующих жестокость, насилие и прочее. Понятно, что этот запрет абсолютно оправдан, но, все же следует признать, что государство ограничивает свободу вероисповедания.

Любые обычаи, если они не соответствуют интересам государства (или интересам общества с точки зрения государства) запрещаются соответствующими правовыми актами, а следовательно, отношения, с ними связанные, попадают под контроль государства. Пример – традиционные для некоторых народов Кавказа обычаи похищения невесты, вступления в брак с женщиной без ее согласия по договоренности с родителями и др. Все эти обычаи с точки зрения закона представляют собой уголовно наказуемые деяния, преследуемые государством.

Наиболее важные нормы морали по сути уже давно переросли в нормы права и охраняются принудительной силой государства (взять хотя бы библейские заповеди «не убий» и «не укради»). Иногда представления государства и населения о справедливом и несправедливом расходятся, но тогда на арену выходят разные формы суда с участием народного представительства.

В сфере семейных отношений государство также создает достаточно мощный «каркас», только в рамках которого супруги и другие члены семьи могут действовать свободно. Именно государство определяет юридическую возможность создания семьи, а также защищает интересы ее членов. Если, например, брак не зарегистрирован в органах загса, то и качество защиты имущественных прав лиц, проживающих совместно, ведущих общее хозяйство, воспитывающих общих детей и т.д., будет значительно ниже.

В сфере трудовых отношений возможности работодателя и наемного работника еще более ограничены государством, нежели возможности субъектов семейных отношений.

И так можно продолжать достаточно долго. Реально нет ни одной сферы жизни общества, которая в той или иной степени не была бы подконтрольна государству. Таким образом, вновь напрашивается вывод, что «гражданское общество» – это гипотетический образ, которому нет прямого соответствия в объективной реальности.

В этой связи возникает несколько вопросов. До какой степени нужно развивать гражданское общество? Должно ли в перспективе государство исчезнуть? А зачем вообще нужно отказываться от «услуг» государства, сокращать их? Должно ли право являться основой гражданского общества?

Следует отметить, что в Российской Федерации достаточно давно взят курс на построение гражданского общества. Однако, как исторически сложилось в нашей стране, большинство инициатив идет «сверху», а то, что идет «снизу» либо игнорируется, либо вообще преследуется. Многие из того, что идет от государства, со временем формализуется и превращается в часть государственного механизма.

Ярким примером здесь является Общественная палата РФ и общественные палаты субъектов РФ. Как бы ни превозносились эти структуры в качестве элемента гражданского общества, подавляющее большинство представителей этого самого общества понятия не имеют о том, чем занимаются эти палаты и кто в них входит. А если назвать фамилии членов, например, Общественной палаты РФ, то окажется, что очень немногие из них известны широким слоям населения. Получается, что какие-то люди чем-то занимаются, а представляется это как чуть ли не самый важный элемент гражданского общества в России.

Мы полагаем, что истинное гражданское общество должно формироваться «снизу». И не нормы права должны быть первичными – не институты гражданского общества формируются на основе принятых государством норм права, а инициативы граждан должны приобретать правовые формы, реально возникающие общественные структуры должны конституироваться.

Часто граждане вынуждены проявлять различного рода инициативы потому, что государство не в состоянии (или не хочет) решать проблемы, которые действительно волнуют население. Отсюда появляются и различные общественные движения.

Одним из наиболее ярких примеров стало неформализованное общественное движение, охватившее многие регионы России, «Брат за сестру». Оно не преследует никаких политических целей, не финансируется из бюджета, а вызвано именно потребностями общества. Мы полагаем, что именно такие движения являются настоящими ростками гражданского общества в России. И именно такого рода движения должны поощряться государством.

Не все общественные организации «выгодны» чиновникам. Например, возникшее еще в 2006 г. «Общество синих ведерок» до сих пор не регистрируется Министерством юстиции в качестве общественного движения. А ведь деятельность именно этой организации отражает позицию большинства членов общества, понятна населению и одобряется им.

Надо сказать, что некоторые движения, считающиеся идущими «снизу», на самом деле были инициированы властями, получили их признание и частично финансируются из госбюджета (в рамках президентских грантов). Наиболее яркими примерами движений такого рода являются общественные движения «Стопхам» и «Хрюши против!». Несмотря на происхождение этих движений, они оказались восприняты обществом, и простое население уже внесло в них свои коррективы. Поэтому подобного рода движения тоже можно рассматривать как элемент гражданского общества.

Примером совпадения государственных и народных инициатив является возрождение добровольных народных дружин и возникновение миграционных патрулей.

Более сложная ситуация складывается с казачеством. В регионах, где сильны соответствующие исторические традиции, казачество действительно играет существенную роль в организации местной жизни. Однако иногда в деятельности казачьих объединений имеют место нарушения закона. Кроме того, не все население таких регионов одобряет деятельность казаков. И с этим необходимо считаться.

Еще сложнее обстоит дело с различными организациями, объявившими себя борцами с педофилами. В их деятельности нередко случаются ошибки, происходит нарушение закона. По нашему мнению, организации подобного рода должны обязательно сотрудничать с правоохранительными органами и ни в коем случае не нарушать действующего законодательства.

Завершая статью, еще раз акцентируем внимание на том, что взаимодействие государства и гражданского общества опосредуется правовыми нормами. Государству необходимо отказаться от навязывания «сверху» структур гражданского общества. Оно должно приветствовать отвечающие потребностям населения инициативы, идущие «снизу». Но при этом такие инициативы не должны нарушать действующих норм права.

*Т.А. Васильева**

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ГРАЖДАНСТВА И ИНТЕРЕСЫ ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА

1. Рассмотрение проблем гражданства в контексте интересов гражданского общества не характерно для юридической литературы. Такие подходы присущи скорее политологам и социологам, которые трактуют гражданство очень широко как сложный кластер значений, охватывающий правовой и социальный статус, признаки политической идентичности, элементы культурной и политической лояльности, а также надлежащее поведение в обществе¹. В российской юридической литературе институт гражданства рассматривается преимущественно сквозь призму юридико-догматического анализа законодательства и его изменений, без учета социокультурного контекста, современных демографических и миграционных процессов.

* **Васильева Т.А.** – доктор юридических наук, доцент; заведующая сектором сравнительного права Федерального государственного бюджетного учреждения науки Институт государства и права Российской академии наук.

¹ См.: Капустин Б.Г. Гражданство и гражданское общество. М., 2011. С. 53–54.

2. Вместе с тем политика в отношении предоставления гражданства затрагивает широкий круг интересов (устойчивое социально-экономическое и демографическое развитие страны, национальная безопасность, привлечение человеческих ресурсов, уважение прав человека и, в частности, права на семейную жизнь, воссоединение семей), подвержена воздействию политических факторов и затрагивает судьбы значительного числа людей. В силу этого правовое регулирование гражданства должно учитывать общественные ожидания, но не идти на поводу конъюнктурных общественных настроений, обусловленных увеличением числа мигрантов и возрастанием культурной дистанции между ними и коренным населением страны. В современных условиях осуществление такого регулирования предполагает более серьезный учет происходящих в обществе изменений и их последствий, универсальных тенденций эволюции данного института, а также необходимость использования специфического инструментария, что особенно актуально для России, где законодательство о гражданстве и миграционное законодательство разрабатывает ФМС.

3. Определяя приоритеты и основные направления развития законодательства о гражданстве, необходимо четко осознавать, на каких новых граждан может рассчитывать данное государство и в какой мере эти лица могут успешно адаптироваться в стране. В Российской Федерации основной миграционный прирост идет за счет бывших республик Советского Союза. Иммиграция из этих стран достигла максимальных объемов в 1994 г., а затем стала снижаться. В период с 1993 по 2005 г. в миграционных потоках преобладали представители народов и этнических групп Российской Федерации, однако общее число русских в составе иммигрантов постоянно снижалось с 1994 г.²

Во второй половине 2000-х гг. миграционный прирост обеспечивался преимущественно за счет граждан постсоветских среднеазиатских государств³, что способствовало усилению напряженности между основным населением страны и мигрантами. Среди

² Демографические перспективы России / Под ред. академика Осипова Г.В., проф. Рязанцева С.В. М., 2008. С. 546–547.

³ Зайончковская Ж.А. Миграция в современной России. Russian-council.ru/inner/?id_4=1714 (дата обращения: 01.11.2013).

иностранных граждан, постоянно проживающих на территории нашей страны, подавляющее большинство (84%) являются гражданами государств – членом СНГ, наиболее многочисленные группы составляют граждане Узбекистана, Украины и Таджикистана⁴.

С учетом предусмотренных в федеральном законодательстве о гражданстве требований в отношении ценза оседлости именно представители постсоветских государств представляют собой наиболее вероятную категорию потенциальных граждан. Несмотря на этнические, культурные и религиозные различия, эти лица в силу общего советского прошлого продолжают сохранять определенные элементы общности менталитета с гражданами России, хотя и все в меньшей степени.

Не случайно развитие российского законодательства о гражданстве в постсоветский период в первую очередь было обусловлено спецификой России как правопреемника СССР, и только в последние годы стали выдвигаться инициативы, связанные с ее статусом государства приема мигрантов, заинтересованного в привлечении высококвалифицированных специалистов, развитии образовательной и бизнес-миграции⁵.

4. Законодательство о гражданстве и миграционное законодательство тесно связаны между собой, поэтому решения, принимаемые в отношении въезда и пребывания иностранцев на территории страны, должны соотноситься с решениями, принимае-

⁴ Социально-демографический портрет России. По итогам Всероссийской переписи населения 2010 года. М., 2012. С. 85.

⁵ В утвержденной в 2012 г. Президентом Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 г. было зафиксировано, что государство заинтересовано в приеме в гражданство соотечественников и тех мигрантов, которые успешно прошли процесс социальной адаптации и интеграции в нашей стране, а также признано целесообразным введение упрощенного порядка получения гражданства Российской Федерации лицами, имеющими вид на жительство, которые являются предпринимателями, инвесторами, квалифицированными специалистами и членами их семей, а также выпускниками российских образовательных учреждений профессионального образования. См.: Концепция государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 г. URL: www.kremlin.ru/news/15635 (дата обращения: 19.09.2013).

мыми в сфере гражданства. В частности, введение в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 7 мая 2012 г. № 602 «Об обеспечении межнационального согласия»⁶ с 2015 г. интеграционных требований для трудящихся-мигрантов (экзамена по истории России и основам законодательства Российской Федерации) неизбежно ставит на повестку дня вопрос о введении соответствующего экзамена при приеме в гражданство, поскольку требования к лицам, временно пребывающим на территории страны, не могут быть выше, чем те, которые предъявляются к лицам, ходатайствующим о приеме в гражданство. Как показывает практика зарубежных стран, введение интеграционного теста для мигрантов обычно влечет за собой введение соответствующего теста при приеме в гражданство.

5. Несмотря на тесную взаимосвязь миграционного законодательства и законодательства о гражданстве, каждое из них использует свой специфический инструментарий, что не всегда учитывается в российской практике. В частности, выделение предусмотренных в Концепции государственной миграционной политики категорий лиц – инвесторы⁷, квалифицированные специалисты – характерно для регламентации различных миграционных статусов. В законодательстве о гражданстве при установлении упрощенного порядка приобретения гражданства такие категории лиц обычно не выделяются.

Упрощенный порядок предоставления гражданства, допускающий отступление от общих требований при приеме в гражданство, как правило, касается лиц, имеющих особые связи со страной или ее гражданами, лиц, оказавших государству особые услуги

⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 19. Ст. 2339.

⁷ В последние десятилетия правовое регулирование, связанное с бизнес-миграцией, было смягчено в ряде европейских стран (Бельгия, Франция, Италия, Германия, Португалия, Нидерланды). Как правило, для лиц, планирующих учредить собственное предприятие на территории страны или инвестировать в ее экономику, предусматриваются особый порядок въезда и пребывания или специальные программы. При этом на членов семьи предпринимателя распространяются возможности проживания на законных основаниях, трудоустройства и получения образования в государстве приема.

или имеющих выдающиеся достижения в каких-либо областях. Экономический фактор при приеме в гражданство учитывается сравнительно редко. Как правило, особый порядок предоставления гражданства предусматривается в исключительных случаях для лиц, внесших серьезный вклад в экономическое развитие страны (пп. в п. 2 § 7 Закона Словакии о гражданстве); лиц, чья натурализация представляет экономический интерес для страны (ст. 13 Закона Словении о гражданстве) или отвечает ее экономическим интересам (ст. 12 Закона Черногории); для тех, кто перенес в страну свое промышленное производство или оказал ей выдающиеся услуги в экономической и технологических сферах (ст. 12 Закона Турции о гражданстве). При этом такие решения обычно принимаются в индивидуальном порядке на правительственном уровне по инициативе заинтересованного министра.

Представляется, что для привлечения в Российскую Федерацию инвесторов, предпринимателей, высококвалифицированных специалистов в первую очередь необходимо корректировать законодательство о правовом статусе иностранных граждан, а не законодательство о гражданстве. При этом наиболее перспективным способом достижения поставленных целей является разработка пилотных программ по привлечению специалистов (инженеры, специалисты в области информационных технологий, ученые и т.д.) и апробирование их в отдельных регионах.

4. Принимая решения в сфере правового регулирования гражданства, необходимо соблюдать требования согласованности и соразмерности, которые не всегда учитываются в российском законодательстве. Примером этого может служить регулирование двойного гражданства.

Возможность граждан Российской Федерации иметь иностранное гражданство закрепляется на конституционном уровне (ч. 2 ст. 62 Конституции). Вместе с тем в последнее десятилетие были введены ограничения на занятие лицами, имеющими двойное гражданство, определенных должностей, вхождение в составы определенных органов или структур⁸.

⁸ В частности, запрещено иметь двойное гражданство Президенту РФ, членам Правительства, депутатам Государственной Думы и членам Совета Федерации Федерального Собрания РФ, членам Совета безопасности

Следует отметить, что все эти ограничения были установлены посредством внесения изменений в законы, регулирующих статус соответствующих государственных органов и должностных лиц, а также порядок осуществления определенных видов деятельности, без внесения каких-либо изменений в законодательство о гражданстве, что не является оптимальным решением с точки зрения требований принципа правовой определенности и правил юридической техники.

Исходя из имеющихся статистических данных, которые очевидно не отражают всей полноты картины, проблема правового статуса лиц, имеющих двойное гражданство, для нашей страны не столь актуальна. По данным Всероссийской переписи населения 2002 г., из общего числа лиц, указавших свое гражданство, только 0,03% (44 тыс. человек), имели наряду с российским гражданством гражданство иностранного государства, по данным переписи населения 2010 г. таковых оказалось 0,06% (79 тыс. человек)⁹. Кроме того, в Российской Федерации отсутствует учет лиц, имеющих двойное гражданство. Соответственно, нет и полной информации о том, какие должности они занимают и в каких сферах заняты.

Принятые меры не учитывают и современные тенденции в развитии данного института. Сегодня 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 государствами¹⁰. Увеличивается и число стран, признающих допустимость двойного гражданства.

РФ и Счетной палаты РФ, судьям, сотрудникам органов прокуратуры. Лицам, имеющим двойное гражданство, запрещено прохождение военной службы по контракту в органах Федеральной службы безопасности, внешней разведки, федеральных органах государственной охраны, для них введены ограничения на прохождение военной службы по контракту на отдельных воинских должностях.

⁹ Социально-демографический портрет России. М., 2012. С. 85.

¹⁰ См.: Hart de V. 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. 2004. P. 154.

*О.В. Соломатина**

**К ВОПРОСУ О ПРИНЦИПАХ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ
МУНИЦИПАЛЬНЫХ УСЛУГ
(ОПЫТ РОССИИ И СТРАН СЕВЕРНОЙ ЕВРОПЫ)**

Обстоятельства переменчивы, принципы никогда.

О. де Бальзак¹

Правовая регламентация предоставления муниципальных (коммунальных) услуг в разных странах имеет свои характерные особенности, что обуславливает и определенную специфику принципов предоставления таких услуг.

Исходя из того, что организация предоставления муниципальных услуг в России регулируется нормами муниципального права, вполне естественно, что при раскрытии содержания принципов этой деятельности неизбежны ссылки на принципы муниципального права, поскольку принципы конкретной отрасли права лежат в основе деятельности, регулируемой этой отраслью права, а также на принципы местного самоуправления. Многие из таких принципов, хотя и не все, являются общими и для принципов предоставления муниципальных услуг.

В российском законодательстве под принципами местного самоуправления понимаются обусловленные природой местного самоуправления коренные начала, идеи, лежащие в основе организации и деятельности населения, формируемых им органов, и обязательные для федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов федерации и муниципальных образований².

* **Соломатина О.В.** – аспирант сравнительного права Института государства и права Российской академии наук.

¹ Ермишин О. Афоризмы. Золотой фонд мудрости. М., 2006. С. 1280.

² См.: Конституция Российской Федерации // Собрание законодательства РФ, 26.01.2009, № 4, ст. 445; Европейская хартия местного самоуправления. Страсбург, 15 октября 1985 года. <http://conventions.coe.int/Treaty/RUS/Treaties/Html/122.htm> (дата обращения: 06.01.2014).

Из отечественных научных источников следует, что к общим принципам предоставления муниципальных услуг можно отнести такие принципы местного самоуправления, которые связаны с общими условиями организации местного самоуправления (принцип приоритета прав и свобод человека и гражданина; принцип законности); с самостоятельностью местного самоуправления (самостоятельность решения населением всех вопросов местного значения; обеспеченность органов местного самоуправления необходимыми материальными и финансовыми средствами); с формами осуществления населением своего права на местное самоуправление (гласность местного самоуправления; ответственность органов местного самоуправления и их должностных лиц перед населением)³.

Что касается специальных принципов предоставления муниципальных услуг в Российской Федерации, то единые требования к их предоставлению установлены в Федеральном законе от 27 июля 2010 г. «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»⁴. Данным нормативным правовым актом закрепляются такие принципы, как правомерность предоставления услуги; заявительный порядок обращения за предоставлением; правомерность взимания пошлины или платы; открытость деятельности органов публичной власти и организаций, предоставляющих муниципальные услуги; доступность обращения за предоставлением и предоставления муниципальных услуг, в том числе для лиц с ограниченными возможностями здоровья; возможность получения муниципальных услуг в электронной форме, а также в других формах, предусмотренных законодательством Российской Федерации, по выбору заявителя⁵.

³См.: Костюков А.Н. Принципы местного самоуправления // Местное право. 2002. № 3–4. С. 27–46.

⁴Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» / Собрание законодательства РФ, 02.08.2010. № 31. Ст. 4179.

⁵ См.: ст. 4 ФЗ РФ от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ // Российская газета. Федеральный выпуск № 5247.

Рассмотрим некоторые характерные особенности отдельных из названных принципов, начиная с «принципа доступности».

Так, в отдаленных регионах Российской Федерации возникают проблемы реализации данного принципа, связанные с территориальной удаленностью мест проживания потенциальных потребителей муниципальных услуг от мест их оказания, различные препятствия для лиц с ограниченными физическими возможностями (недостаточное количество пандусов, специальных лифтов и т.д.), отсутствие необходимой информации о возможностях получения таких услуг, особенно для малоимущих категорий населения, которые не имеют доступа к электронным информационным ресурсам.

В странах Северной Европы данная проблема сведена к минимуму, поскольку, например, в Швеции с 2011 г. реализуется проект в отношении лиц с ограниченными возможностями здоровья, в соответствии с которым, в частности, использование интернет-ресурсов и современных цифровых технологий дает возможность инвалидам пользоваться практически всеми необходимыми публичными (муниципальными) услугами (услугами личного помощника, обеспечением специальным транспортом и др.). Правительство Швеции оказывает поддержку органам местного (коммунального) самоуправления, предоставляя им субсидии для реализации соответствующих полномочий, что является важнейшим элементом социальной политики страны.

Важную роль играет тот факт, что доступность непосредственно муниципальной услуги должна коррелировать с принципом «правомерности взимания платы» с заявителя, так как взимаемая необоснованно плата или слишком высокая плата за получение соответствующей муниципальной услуги является сдерживающим фактором, ограничивающим возможность ее получения и доступность в целом.

Североевропейские страны наглядно демонстрируют эффективные способы реализации принципа доступности публичных (муниципальных) услуг в процессе внедрения в работу местных органов власти служб «единого окна».

В настоящее время развитие сферы публичных услуг в Северной Европе основывается на так называемом принципе «объе-

динения услуг в едином месте»⁶, то есть потребители обеспечиваются качественными публичными (муниципальными) услугами благодаря упрощенному доступу к их получению, с учетом индивидуального подхода и необходимых потребностей, а также возможности получения полной информации в «одном окне».

В данном контексте представляет интерес опыт Финляндии, где гражданам среди прочего могут предоставляться публичные услуги в единой точке обслуживания – так называемых «Офисах услуг» («Citizen Service Offices»)⁷, которые являются олицетворением принципа «доступности» услуг, так как такие «офисы услуг» располагаются как в густонаселенных, так и в отдаленных районах страны. В «офисах услуг» могут работать и неправительственные организации («non-governmental organizations»), взаимодействующие с органами местной власти в части предоставления жителям муниципальных услуг.

Принимая во внимание опыт развития системы принципов предоставления публичных услуг в Великобритании, которые впервые были закреплены в программе «Хартии гражданина» (Citizen's Charter)⁸, страны Северной Европы с 1990-х гг. XX в. также начали внедрять основные стандарты и принципы предоставления публичных (муниципальных) услуг.

Так, в 1998 г. Парламент Швеции представил программу под названием «Акт об услугах для граждан» (Citizen Service Act), которая была направлена на улучшение качества организации пре-

⁶ См., например: Office of Intergovernmental Solutions, Integrated Service Delivery: Governments Using Technology to Serve the Citizen International, Federal, State, and Local Government Experiences, 1999. Washington, D.C., GSA; Information Centers and One-Stop-Shops: Albania, Montenegro, Croatia, 2007. P. 10. <http://www.social-protection.org/gimi/gess/ShowProjectRessource.do?ressourceId=28876&pid=1435> (дата обращения: 01.01.2014).

⁷ Cooperation with Local Authorities: The Case of Citizen Services. Finland, 2010. URL: http://www.cliqproject.eu/filebank/611-Citizen_services_in_Jyvaskyla.pdf (дата обращения: 07.02.2014).

⁸ J. Kent Pinney. The Citizen's Charter: The United Kingdom's Commitment to customer satisfaction in the public service sector. University of Nevada, Las Vegas. <http://lilt.ilstu.edu/staylor/csdcdb/articles/Volume6/Pinney%201993.pdf> (дата обращения: 26.02.2014).

доставления публичных услуг. Кроме того, закрепление базовых принципов предоставления таких услуг на уровне всего государства позволило местным органам власти разрабатывать аналогичные локальные программы для более успешной реализации своих полномочий по предоставлению муниципальных услуг жителям своих коммун, в том числе способствовало повышению прозрачности и эффективности деятельности местных органов власти.

В Финляндии инициатива внедрения аналогичных хартий по закреплению принципов предоставления публичных (муниципальных) услуг была поддержана в 1997 г. Основными закрепленными в них принципами предоставления услуг были принцип улучшения качества услуг посредством клиентоориентированного подхода, принцип реализации механизма обратной связи и системы исправления недостатков в работе органов власти и организаций, предоставляющих соответствующие услуги. Подобные пилотные проекты были инициированы Министерством труда, Министерством финансов и Финским институтом государственного управления.

Ответственность за реализацию принципов, закрепленных в хартиях услуг, лежит на муниципалитетах, так как полномочия по предоставлению большинства муниципальных (коммунальных) услуг осуществляют местные (коммунальные) органы власти.

Относительно конституционно-правового регулирования деятельности органов публичной власти по обеспечению жителей публичными (муниципальными) услугами и регламентации принципов предоставления вышеуказанных услуг следует отметить, что такие принципы не закреплены на уровне конституций Дании, Норвегии и Исландии, и в них устанавливаются лишь общие положения об уважении и обеспечении прав человека без конкретизации. В то же время в Основных законах Швеции и Финляндии имеются положения, в которых указывается, что органы публичной власти содействуют обеспечению и обеспечивают каждому возможность получения социальных услуг⁹.

⁹ См.: Конституции государств Европы: В 3 т. Т. 3 /Под общ. ред. Окунькова Л.А. М., 2001. Глава 2 параграф 19 Конституции Финляндии от 11 июня 1999 г. (1999/731). С. 374; Глава 1 параграф 2 Акта «Форма

В качестве одного из принципов предоставления муниципальных (коммунальных) услуг можно рассматривать закрепленную в части 1 статьи 62 Акта «О местном самоуправлении Дании»¹⁰ норму, согласно которой местные органы власти, в частности местный совет, отчитываются перед населением не менее одного раза в два года о содержании и объемах предоставляемых услуг, а также о достижении показателей, которых необходимо достигать при предоставлении соответствующих услуг. Аналогичное положение установлено и в главе 4 раздела 29 Акта «О местном самоуправлении Финляндии»¹¹, устанавливающее обязанность муниципалитетов информировать своих жителей о предоставляемых услугах, защите окружающей среды, финансировании, вопросах землепользования и других.

Проблемами разработки и внедрения принципов предоставления публичных (муниципальных) услуг в работу органов местного самоуправления в Норвегии в 1997–1998 гг. занимались органы управления государственной компании «Статсконсульт» («Statskonsult»), а в настоящее время – агентство государственного управления и электронного правительства «Дифи» («DIFI»)¹², подведомственное Министерству местного самоуправления и регионального развития.

По нашему мнению, разработка хартий (программ) предоставления публичных (муниципальных) услуг с введением определенных принципов такого предоставления, а также закрепление в законодательстве стран Северной Европы норм об обязанности органов местной власти отчитываться перед местным населением о порядке оказания муниципальных услуг и предоставлять иную информацию, связанную с услугами, является отражением принципов открытости деятельности органов публичной власти, пре-

правления» Швеции от 27 февраля 1974 г. С. 598.

¹⁰ Consolidation Act № 59 of January 29th 1998. Local Government Act. <http://www.diba.cat/documents/286059/294306/innovacio-fixters-dinamarca-pdf>. (дата обращения: 28.02.2014).

¹¹ The Finnish Local Government Act 17 March 1995, № 365. <http://www.localfinland.fi/en/authorities/localselfgovernment/Documents/Finnish%20Local%20Government%20Act.pdf> (дата обращения: 03.03.2014).

¹² См.: <http://www.difi.no/artikkel/2009/11/about-difi> (дата обращения: 28.02.2014).

доставляющих муниципальные услуги и доступности обращения за предоставлением муниципальных услуг, закрепленных в законодательстве Российской Федерации.

Важным представляется то, что хартии предоставления услуг способствовали лучшему уяснению населением своих прав в процессе получения муниципальных услуг, а также создавали условия для изменения отношений органов публичной власти с населением.

Особую значимость и актуальность приобретает вопрос о соотношении принципов предоставления публичных (муниципальных) услуг и принципов защиты прав потребителей при предоставлении услуг, являющимися также субъектами частноправовых отношений.

Основные принципы защиты прав потребителей услуг были закреплены в Резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 9 апреля 1985 г. №39/248¹³. Российская Федерация проголосовала за указанную Резолюцию и обязалась обеспечивать соблюдение прав и законных интересов потребителей услуг.

К таким принципам защиты прав потребителей услуг относятся: принцип обеспечения права на информацию, принцип обеспечения свободы выбора услуг, принцип обеспечения права на безопасность, принцип обеспечения права на удовлетворение базовых потребностей, принцип обеспечения права на возмещение ущерба, принцип обеспечения права на учет своего мнения.

Отметим, что вышеуказанные принципы принимались в целях содействия всем странам в обеспечении удовлетворения потребностей населения в качественных услугах, поэтому полагаем возможным согласиться с мнением Е.В. Морозовой, согласно которому обеспечение защиты прав потребителей услуг, расширение сотрудничества в области защиты интересов потребителей, организация большего выбора при более низких ценах направлены на формирование особой среды, не только регулирующей отношения между физическим лицом и частной организацией, но и «позво-

¹³ См.: Международные акты о правах человека. Сборник документов. М., 2000. С. 518.

ляющей устранить неравенство потребителя во взаимоотношениях с услугодателем»¹⁴, являющимся органом публичной власти.

В странах Северной Европы реализация названных принципов находит свое отражение в таких законодательных актах как, например, Акт «О системах свободного выбора»¹⁵ Швеции, Акт «О безопасности потребительских товаров и услуг»¹⁶ Финляндии и др.

Таким образом, с развитием отечественного института муниципальных услуг прослеживается все большее влияние актов международных организаций, закрепляющих принципы предоставления услуг, относящихся к сфере защиты прав потребителей, на соответствующее отечественное законодательство и законодательство стран Северной Европы, а также прослеживается корреляция российских принципов предоставления муниципальных услуг с принципами предоставления муниципальных услуг, закрепленными в законодательных актах стран Северной Европы (установление и постепенная реализация принципов открытости деятельности органов публичной власти, доступности обращения за предоставлением и предоставления муниципальных услуг, возможности получения в России муниципальных услуг в электронной форме и др.).

¹⁴ Морозова Е.В. Публичные услуги: теоретико-правовой аспект. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 137.

¹⁵ Act on free choice systems № 962/2008. Swedish Code of Statues. SFS 2008:962. Stockholm: Swedish Code of Statues; 2008. <http://www.government.se/sb/d/15660/a/183490>.
http://www.nsdm.no/filarkiv/File/Artikler/svensk_prim_rvaard_article.pdf (дата обращения 04.03.2014).

¹⁶ Act on the safety of consumer products and services № 75/2004. Finnish Statute Book 75/2004. <http://www.tukes.fi/Tiedostot/Tuoteturva/Kuluttajavirasto/Act%20on%20the%20safety%20of%20consumer%20products%20and%20services.pdf> (дата обращения 04.03.2014).

*Р.В. Зелепукин**

ЛОББИРОВАНИЕ КАК ИНСТРУМЕНТ СОГЛАСОВАНИЯ СОЦИАЛЬНЫХ ИНТЕРЕСОВ В ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ

В результате нормотворческой деятельности различные социальные интересы при непосредственном или опосредованном влиянии становятся юридически оформленными. Учет тех или иных интересов правотворческими органами имеет субъективный характер, в связи с чем подвержен влиянию конкретных интересов.

Когда в результате субъективного усмотрения выборочные узкие социальные группы имеют возможность продвигать свои интересы в систему позитивного права, а иные такой возможности не имеют, создается неравноправная ситуация в отношении одинаковых по своему правовому статусу различных групп общества в части представительства и учета их интересов в правотворческой деятельности компетентных органов. Таким путем нивелируется демократизм правотворческой процедуры, предполагающий активное участие партий, массовых движений, коммерческих структур, объединений граждан в создании законодательства, их инициативу, свободное и широкое обсуждение проектов нормативных актов.

Лоббирование как влияние заинтересованных лиц на институты публичной власти существовало в любом обществе и на любом историческом этапе. Содержание образовалось в ходе длительного исторического процесса, в результате которого произошло отождествление лоббирования с первоначально сложившимся местом его осуществления.

Рассмотрение исторического хода развития феномена «лобби» позволяет сделать вывод, что лоббирование как явление существовало и ранее, задолго до появления самого понятия.

Следует согласиться с С.Е. Заславской и Т.И. Нефедовой, отметивших, что лоббизм существовал и существует фактически в

* **Зелепукин Р.В.** – кандидат юридических наук; доцент кафедры теории государства и права Тамбовского государственного университета имени Г.Р. Державина.

любом обществе, но степень его развитости, цивилизованности и интенсивность использования зависят от политической системы, характера политического режима, уровней политической культуры, правового регулирования лоббистской деятельности и других особенностей каждого конкретного общества и его страны¹.

По нашему представлению, лоббирование в должных условиях правового регулирования может выступать инструментом согласования различных социальных интересов при принятии правотворческих решений.

Исходя из обобщения теоретико-правовых подходов, лоббирование, на наш взгляд, представляет собой организованный процесс влияния на институты публичной власти заинтересованных лиц и их групп с целью учета своих интересов в решениях правотворческого характера.

Однако определение того, что следует понимать под лоббизмом, а что – нет, является очень спорным и дискуссионным. На практике и в различных науках сформировалось множество мнений и позиций относительно понятийного аппарата форм влияния на деятельность правотворческих органов и выделения в нем лоббирования. Исходя из анализа природы интереса, его связи и взаимовлияния с правом, следует констатировать, что всякий раз, когда лицо или группа лиц владеют властью над обществом, будут другие люди или группы лиц, которые попытаются убедить их осуществить эту власть особым способом.

В цивилизованном русле лоббирование может представлять отдельным гражданам и группам граждан возможность косвенно участвовать в создании и подготовке правотворческих решений. Поскольку большинство этих групп может не иметь представителей в институтах публичной власти, заинтересованных в отстаивании их интересов, этот аспект имеет решающее значение. Этим определяется возможность реализовывать различные интересы посредством лоббирования, которые в ином случае могли бы остаться не востребованными.

¹ Заславская С.Е., Нефедова Т.И. Лоббизм в России: исторический опыт и современные проблемы. <http://www.portalus.ru/modules/politics/readme.php?subaction=showcomments&id=1096454775> (дата обращения: 22.05.2013)

Любое нормальное функционирование правовой системы предполагает взаимодействие различных компонентов, в числе которых интересы различных групп населения, способы их отражения и представительства на самых высоких уровнях. Именно это и предопределяет социальную сущность и правовую природу лоббирования.

Исходя из этого отметим, что лоббирование является комплексным явлением социально-правовой жизни любого общества, включая многообразие национальных, материальных, политических, культурных, идеологических его аспектов, разнополярность методов различных групп интересов, которые приходится отражать.

В интересах преломляются различные материальные, исторические, национальные, политические, моральные, культурные и иные условия и традиции. Также интересы влияют на формирование правотворческой воли. При этом позитивное право может закреплять возможность проявления, влияния или учета конкретных интересов в правотворчестве.

В процессе выявления и конкуренции интересов происходит развитие общества и государства, что обосновывает связующую функцию интереса и правотворчества.

Следствием взаимодействия различных социальных факторов, влияющих на правотворчество, является образование форм и каналов различного влияния интересов на внешнее выражение правотворческой деятельности компетентных органов.

По словам М.В. Немытиной, в своем развитии российскому обществу нужно пройти несколько этапов, прежде чем оно достигнет такого состояния, когда частные интересы индивидов и интересов общества (корпоративно-публичные интересы) и государства (государственно-публичные) будут гармонично соединены: осознание частных интересов; консолидация частных интересов; трансформация частных интересов в публичные; согласование интересов общества и государства; гармонизация интересов общества и государства².

² Немытина М.В. Право России как интеграционное пространство. Саратов. 2008. С. 58–60.

А.В. Малько и В.В. Субочев отмечают, что государственные интересы заключаются в нахождении наиболее приемлемых путей и способов реализации общественных интересов, в рациональном сочетании в правовых нормах специфики разнородных интересов, защите интересов, прав и свобод личности³. Очевидно, что право получает свое развитие и воплощение вследствие существующей дифференциации интересов, необходимости их разграничения, а также механизмов реализации.

В современных исследованиях актуализируется проблема обеспечения гармоничного взаимодействия различных социальных групп и максимально эффективного преобразования множества частных интересов в единый общественный интерес⁴. Это обусловлено тем, что развитие демократического, социально ориентированного государства требует такого развития и состояния интересов, чтобы они в совокупности составляли публичные интересы.

Общество несет в себе различные интересы, влияющие на происходящие в нем процессы. Это предопределяет существование различных форм и способов взаимодействия заинтересованных лиц с институтами публичной власти и влияния на их деятельность.

В связи с этим представляется, что сущность влияния интереса на правотворчество имеет социально-групповую природу, так как основой для возникновения множества отношений является дифференциация социально-групповых интересов. В условиях развития демократических режимов право призвано обеспечить компромисс интересов различных социальных групп с учетом конкретных социальных аспектов и степени влияния групп интересов. Так, взаимодействие социально-групповых интересов играет определяющую роль в общественных процессах. Во многом от деятельности групп интересов может зависеть содержание и результаты правотворческого процесса.

³ Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория. СПб., 2004. С. 63.

⁴ Павроз А.В. Группы интересов и политические режимы: неоинституциональный анализ современной России. Дис. ... докт. полит. наук. СПб., 2013. С. 11.

Лоббирование как таковое сопровождало развитие отечественной правовой системы, как и любого государства и общества. Однако уровень проявления лоббирования и его структура имели свои существенные особенности. Во многом это связано с историческими, экономическими, политическим, культурными и иными факторами.

Необходимо обратиться к принципам, руководящим началам, обеспечивающим достижение интересов различных социальных групп и предусматривающих согласование различных интересов в процессе правотворчества в целом, а также учета конкретных потребностей и формирования правотворческой воли в рамках деятельности по принятию, отмене или сохранению норм общеобязательного характера.

Среди таких принципов демократическое общество определяет плюрализм. Плюрализм – принцип демократической политической системы общества, при которой социальные группы имеют органичные (институционные) возможности для выражения собственных интересов через своих представителей, таких как политические партии, профсоюзы, церковные и другие организации. Плюрализм подразумевает под собой многообразие и свободное соревнование этих представителей, их интересов, наличие легально действующей оппозиции, различных политических субъектов и их конкуренцию за власть в рамках закона.

Должное воплощение принципа плюрализма создает условия для обеспечения равной, свободной конкуренции социальных интересов в правотворчестве.

С точки зрения того, что позитивное право может устанавливать порядок учета различных интересов и конечной целью может быть закрепление в позитивном праве положений, соответствующих конкретным интересам, лоббирование представляется целесообразным рассматривать в контексте механизма согласования и гармонизации интересов в правотворчестве.

Важно обеспечить равенство представительства интересов всех слоев населения, обособляющихся по группам. В демократическом обществе и государстве в основе принятия решений в государственном управлении лежит процесс представительства общественных интересов – донесение до государства тех представ-

лений, ценностей, проблем, которые являются существенными для населения.

Обеспечение паритета интересов не должно создавать дополнительные условия для теневого влияния политически и экономически сильных субъектов, формирования и узурпации элитарными группами возможности исключительного влияния на правотворческий процесс. Особую опасность это может иметь в случае преобладания неформального влияния. Подобные риски могут привести к выхолащиванию создания и обеспечения правовыми средствами представительства интересов, популизму в государственной политике по учету интересов различных социальных групп.

Таким образом, рассмотрев согласование интересов как основу лоббирования в правотворчестве, отметим, что конкретные социальные интересы могут проявляться в правотворчестве, когда, во-первых, право устанавливает порядок учета различных интересов, а также, во-вторых, когда конечной целью может быть закрепление в праве положений, соответствующих конкретным интересам. Тем самым происходит влияние на отображение интересов в праве, а право, в свою очередь, может устанавливать порядок учета и достижения интересов различных социальных групп.

Формированию правотворческой воли как субъективного этапа правотворчества свойственно наличие каких-либо интересов. В связи с тем, что институты публичной власти объективно не в состоянии удовлетворить одновременно все интересы сразу, возникает проблема очередности, приоритета их осуществления. Отсюда закономерно стремление различных групп и слоев общества воздействовать на институты публичной власти с целью переориентации решений институтов публичной власти в свою пользу, стимулировать правотворчество, принимать выгодные для себя управленческие решения. В связи с этим лоббирование может выступать инструментом согласования социальных интересов, позволяющих установить (изменить) приоритет удовлетворения данных интересов институтами публичной власти.

Формирование интереса, цели влияния и оформление групп интересов может оказывать влияние на предварительное формирование воли представителей институтов публичной власти и подготовку проекта. Вместе с этим значение имеет влияние на принятие

правотворческих решений на стадии возведения воли компетентных органов в закон, то есть влияние заинтересованных лиц на деятельность правотворческого органа по рассмотрению и принятию нормативного акта. Здесь лоббирование может также проявляться при внесении рассмотрения проекта в повестку дня заседания, его обсуждении и официальном принятии. Лоббирование на стадии официального оглашения принятого нормативного акта не имеет места, так как указанная стадия правотворчества является технической процедурой компетентных органов, где лоббистские интересы уже не имеют своего проявления.

Тем самым, интересы проецируются в правовой среде общества и государства. Так как сущность правотворчества несет в себе различные интересы, являющиеся причиной его возникновения и прекращения, в общественной системе формируются специальные механизмы, которые упорядочивают эту динамику, поддерживают ее. Одним из способов продвижения интересов в политико-правовых процессах является лоббирование. Лоббирование может выступать инструментом согласования социальных интересов, позволяющих установить (изменить) приоритет удовлетворения данных интересов институтами публичной власти.

*Т.О. Дидыч**

УЧАСТИЕ ОБЩЕСТВА В СОВРЕМЕННЫХ ПРАВОТВОРЧЕСКИХ ПРОЦЕССАХ: ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

Проблемы развития законодательства как объект научного исследования всегда находились в центре внимания как отечественных, так и зарубежных ученых. Это обусловлено прежде всего социальным и правовым значением законодательства для регулирования и охраны общественных отношений. Именно законодательство как средство закрепления правовых норм и обеспечения

* **Дидыч Т.О.** – кандидат юридических наук; доцент кафедры теории права и государства юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко.

дальнейшего правового воздействия на общественные отношения потенциально нацелено на развитие и усовершенствование, учитывая развитие и потребности правового регулирования общественных отношений, особенности развития общества, динамику общественных отношений. Тем самым определяется и необходимость его научного исследования вопросов правообразования с целью выработки комплекса научно обоснованных подходов к его пониманию и определению путей совершенствования с целью обеспечения целесообразности, оптимальности и объективной оправданности состояния качества правовой базы. Поэтому, в силу особенности правообразования как явления, определяющего возникновение, развитие и усовершенствование права, оно потенциально требует постоянного своего научного исследования. Проведение такого научного анализа создает возможность сформировать научный фундамент для эффективного развития права, повышения его качественного уровня.

Конституционное закрепление народа единственным источником власти в большинстве демократических стран требует надлежащего механизма реализации этого статуса. В юридической доктрине такой статус народа как единственного источника власти связывается с надлежащим функционированием институтов прямой и представительной демократии, ключевое место в которых занимает правотворчество народа.

Современное понимание правотворческой деятельности имеет многоаспектный и в тоже время неоднозначный характер, предоставляющий возможность рассматривать правотворчество как деятельность, которая осуществляется:

- государством в лице уполномоченных органов;
- обществом с помощью институтов непосредственной и представительной демократии;
- международным сообществом;
- органами местного самоуправления;
- общественными организациями и т.д.

Указанное многоаспектное понимание правотворчества отображает демократический характер деятельности государства, высокий уровень развития гражданского общества, что дает возможность совместить государственно-властную деятельность в сфере

правотворчества и правотворческую деятельность институтов гражданского общества и международного сообщества.

Традиционно в советской юридической литературе правотворчество рассматривалось как монополярная деятельность государства, результатом которой было право, его изменение и совершенствование в виде системы нормативно-правовых актов¹. Однако в современных условиях развития государственности и гражданского общества такое понимание правотворчества оказалось ограниченным, поскольку не отражает роли институтов гражданского общества, в том числе и возможность народа, международного сообщества осуществлять правотворческую деятельность. Это требует рассмотрения правотворческой деятельности как особой сферы юридической деятельности, осуществляемой не только государством в лице уполномоченных им органов, но и институтами гражданского общества. Кроме того, переход от узкого понимания правотворчества как государственно-властной деятельности к широкому пониманию правотворчества как деятельности уполномоченных субъектов государства, институтов гражданского общества и международного сообщества требует переосмысления соотношения правотворческих полномочий указанных субъектов, а также переосмысления особенностей практики такой правотворчества с целью ее взаимоувязки.

В юридической литературе вопросы места и роли институтов гражданского общества и международных организаций в сфере правотворчества исследовались достаточно эпизодически. В работах таких ученых, как Ж.А. Дзейко, Т.В. Кашанина, Н.Н. Пархоменко, О.Ф. Скаун, А.И. Ющик² и других, указанная проблематика раскрывается в контексте общего учения о праве.

¹ Нашиц А. Правотворчество. Теория и законодательная техника / Под ред. Д.А. Керимова и А.В. Мицкевича, послесловие Д.А. Керимова. М., 1974. С. 256; Пиголкин А.С. Теоретические проблемы правотворческой деятельности в СССР. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 1972. С. 34; Правотворчество в СССР / Под ред. проф. А.В. Мицкевича. М., 1974. С. 319.

² Дзейко Ж.О. Законодавча техніка в Україні: історико-теоретичне дослідження: Монографія. К., 2007. С. 360; Кашанина Т.В. Юридическая техника. М., 2011. С. 496; Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології. К., 2008. С. 336; Скаун О.Ф. Теория государства и

Отсутствие единых целостных научных разработок вопросов деятельности негосударственных субъектов правотворчества и их взаимодействия с государством подтверждается взглядами ученых о том, что реформирование правовой системы Украины в русле европейских интеграционных процессов диктует настоятельную необходимость углубления исследований общетеоретических, практических и прогностических вопросов институтов народовластия и их взаимодействия с субъектами государственной власти.

На примере правотворчества институтов гражданского общества отмечается, что особого научного внимания требуют проблемы правотворчества в форме референдума, правотворчества в сфере международного права и т.п.

Поскольку в основу непосредственного народного правотворчества положен институт референдума, то такое правотворчество является зависимым от объективизации этого института в действующем законодательстве³.

Общепризнанным демократическим принципом разделения властей является признание и обеспечение принципа народного суверенитета, содержанием которого является единство, неделимость, полнота и принадлежность всей власти в государстве народу. На вопрос непосредственности, полноты и неделимости народовластия обратил внимание профессор А.Г. Мурашин, который определяет, что посредством института прямого народовластия граждане непосредственно участвуют в управлении делами общества и государства, предприятиями, сами принимают юридически значимые решения. Это сознательная деятельность людей; деятельность, имеющая непосредственный характер; направленная на выражение собственной воли и как результат, эта воля становится юридически значимым актом, который входит в общую систему правовых актов⁴.

права (энциклопедический курс). Х., 2007. С. 640; Ющик О.І. Правова реформа: загальні поняття, проблеми здійснення в Україні. К., 1997. С. 190.

³ Рябченко Т.О. Категорія «референдна правотворчість» у теорії права // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2009. № 6. С. 67.

⁴ Мурашин О.Г. Акти прямого народовладдя у правовій системі: Дис. ... докт. юрид. наук. К., 2001. С. 29.

Т.А. Рябченко выделяет в правотворчестве, осуществляемом в порядке референдума, как имеющее кроме практических особенностей еще и собственно понятийное значение. Указанное понятие ученый раскрывает через понимание его признаков, к которым относятся следующие особенности: 1) это форма властной деятельности народа, связанная с установлением, изменением или отменой правовых норм; 2) осуществляется непосредственно народом путем проведения референдума; 3) самостоятельным субъектом правотворчества выступает народ; 4) содержание референдного правотворчества определяется предметом референдума. Предметом референдума как формы народного правотворчества является не любое решение, а нормативно-правовой акт соответствующей юридической силы; 5) прямое участие граждан в разработке и принятии нормативно-правовых актов; 6) акты референдума имеют высшую юридическую силу, являются обязательными для выполнения в случае признания референдума легитимным на всей территории государства и не требуют какого-либо утверждения государственными органами⁵.

Исходя из вышеуказанных признаков ученый определяет понятие референдного правотворчества как правовую форму властной деятельности народа по установлению норм права, смысл которого заключается в принятии гражданами путем всенародного голосования нормативно-правовых актов, имеющих высшую юридическую силу, воплощающих политическую волю народа и не требующих дополнительного утверждения со стороны органов государственной власти.

Признавая непосредственное правотворчество народа самостоятельным видом правотворчества, ученые сосредоточили внимание на тех формах прямого участия населения в правотворчестве, которые завершаются принятием правовых актов, в частности путем всенародного голосования. Всенародное голосование или референдум понимается ими как форма принятия самим народом законодательных актов.

По способу правотворчества референдум является непосредственным волеизъявлением народа, направленным на установле-

⁵ Рябченко Т.О. Категорія «референдна правотворчість» у теорії права // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2009. № 6. С. 66–74.

ние правовых норм. Изменить правовые акты, принятые в таком порядке, можно только в результате проведения повторного референдума⁶.

По нашему мнению, такое понимание народного правотворчества имеет весьма ограниченный характер и не отражает участия народа в правотворческой деятельности в целом. В данном случае следует говорить о том, что важным элементом организации правотворчества является создание условий, которые бы обеспечили демократическую процедуру обсуждения проектов нормативно-правовых актов; предварительное обсуждение концепции проекта и его будущих принципиальных положений; участие в работе по подготовке проектов нормативно-правовых актов представителей общественности; обязательность проведения социологических исследований на предмет отношения общественности к правотворческим предложениям и т.п.

Кроме народа как основного субъекта правотворчества к институтам гражданского общества, которые осуществляют правотворческую деятельность, следует отнести органы местного самоуправления. Субъектами правотворческой деятельности являются здесь органы местного самоуправления и должностные лица местного самоуправления, которые в рамках вопросов своего ведения принимают (издают) правовые акты, причем, по мнению ученых, правотворчество является отдельной функцией местного самоуправления, содержанием которой является разработка и принятие юридических документов, имеющих нормативно-правовой характер⁷. Правотворческая деятельность субъектов местного самоуправления в Украине, отвечающая экономическим и социальным условиям развития соответствующей территории, имеет важное значение для обеспечения правового регулирования жизнедеятельности территориальной общины.

Правотворчество может иметь не только национальный характер, но и международный. К субъектам международного право-

⁶ Теорія держави і права. академічний курс / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. К., 2008. С. 348.

⁷ Котенко Т.В. Функціональне призначення місцевого самоврядування в громадянському суспільстві: теоретико-правовий аспект. Дис. ... канд. юрид. наук. К., 2013. С. 87–89.

творчества относятся как отдельные субъекты национального правотворчества, которые наделены правом представлять государство в международных отношениях, в том числе и в сфере правотворчества (представители парламента, глава государства и т.д.), так и первичные субъекты, образованные международным сообществом (международные организации, движения и т.п.). Такая форма правотворчества, как принятие международных актов, имеет важное значение, поскольку дает возможность подойти к вопросу правового регулирования отношений на транснациональном уровне. Учитывая практику международного правотворчества, следует признать его субъектами участников международных отношений, которые имеют соответствующую компетенцию на осуществление правотворческой деятельности на основе норм международного права.

Отдельное место в системе правотворчества гражданского общества занимает локальное правотворчество, которое осуществляют владельцы предприятий, учреждений и организаций и/или уполномоченные ими органы, которые компетентны принимать правотворческие акты локального уровня. Локальное правотворчество само по себе является разновидностью правотворчества, акты которого имеют подзаконный характер, должны соответствовать положениям Конституции и другим законодательным актам государства, а также обеспечивают регулирование отношений в пределах предприятий, учреждений и организаций. К ним относятся уставы и положения, которые разрабатываются и утверждаются уполномоченными субъектами при создании предприятий, учреждений или организаций и могут изменяться в процессе их хозяйственной деятельности. Порядок и условия разработки и утверждения этих актов закрепляется в положениях гражданского и хозяйственного законодательства. Кроме того, создание локальных правотворческих актов возможно и в рамках трудового законодательства путем подготовки и утверждения соответствующих положений, инструкций, правил владельцами предприятий, учреждений и организаций и/или уполномоченными ими органами, а также с возможным участием трудового коллектива, его делегатов и т.д.

На наш взгляд, нецелесообразно разграничивать указанных субъектов правотворчества, принадлежащих к институтам гражданского общества, с органами государства, осуществляющими

правотворчество. На сегодня принципиальным является переосмысление роли гражданского общества в правотворческой деятельности как многовекторного явления, непосредственно взаимодействующего и взаимодополняющего правотворческую деятельность государства. В частности, ключевыми вопросами являются: роль и место правотворческой деятельности народа в соотношении с правотворческой деятельностью государства, субъектов гражданского общества, субъектов международного сообщества, наделенных правотворческими полномочиями; содержание и значение правотворческой деятельности субъектов гражданского общества на национальном и международном уровнях; гармоничность и сбалансированность правотворческой деятельности народа и представительных органов, которые наделены правотворческими полномочиями; сферы правового регулирования, где должна быть осуществлена правотворческая деятельность субъектами гражданского общества и государства и т.д.

*И.С. Барзилова**

ПРОБЛЕМЫ РЕЖИМНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

За последнее время в юридической науке значительно актуализировалась проблема правовых режимов. Интерес научного общества был вызван расширением сферы использования режимного регулирования в российском праве для решения вопросов социально-экономического и политического характера. Немаловажную роль играют правовые режимы и в плане происходящих эволюционных процессов в общественном развитии.

Использование в нормативных правовых актах на протяжении длительного времени понятия правового режима не привело, однако, к его конкретизации, что в известной степени явилось фактором дестабилизации при правовой регламентации отдельных

* **Барзилова И.С.** – доктор юридических наук, доцент; профессор кафедры теории государства и права ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)».

групп общественных отношений. В отраслевом законодательстве правовой режим довольно часто отождествлялся с юридической процедурой, правовым механизмом, способом правового регулирования и т.п., что не совсем верно.

Исследования, посвященные правовым режимам, в настоящее время ведутся как в рамках общей теории права, так и на отраслевом уровне. Подобной проблематике были посвящены докторские¹ и кандидатские диссертации², монографии³, статьи⁴.

С точки зрения юридической науки режим состоит из комбинации юридических средств, с помощью которых оказывается воздействие на определенную сферу социальных связей. В отраслях российского права существует множество режимов (например, таможенные, административные режимы, режимы землепользования, режим имущества супругов и т.д.), каждый из которых имеет свои особенности, обусловленные предметом правового регулирования.

Правовой режим, думается, представляет собой совокупность нормативно-правовых установлений и мероприятий, посредством которых создается особая упорядоченность правового регулирования в соответствии с поставленными в действующем зако-

¹ Беляева Г.С. Правовой режим: общетеоретическое исследование. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Курск. 2013; Терещенко Л.К. Правовой режим информации. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2011.

² Шабаева О.А. Поощрительные правовые режимы. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013; Потрашкова О.А. Правовой режим секторов производства (Нou-хау): информационно-правовые аспекты. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009; Шамсумова Э.Ф. Правовые режимы (теоретический аспект). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2001.

³ Беляева Г.С. Правовой режим в общетеоретическом измерении. М., 2013; Правовые режимы: общетеоретический и отраслевые аспекты / под ред. А.В. Малько, И.С. Барзиловой. М., 2012.

⁴ Барзилова И.С. Понятие и юридическая природа правовых режимов // LEX RUSSICA (Русский закон). 2013. № 11. С. 1169–1175; Борискова И.В. Политико-правовые режимы: понятие и актуальные аспекты // Вестник Воронежского института МВД России. 2008. № 3. С. 12–17; Матузов Н.И., Малько А.В. Правовые режимы: вопросы теории и практики // Правоведение. 1996. № 1. С. 16–29.

нодательстве целями и задачами, обуславливающая характер взаимодействия между субъектами в рамках правоотношений.

Унификация применяемых в действующем законодательстве дефиниций правового режима связана, по всей видимости, с выделением специфических особенностей последнего независимо от его отраслевой принадлежности.

Правовые режимы всегда имеют нормативную основу, включающую в себя совокупность соответствующих приемов, средств, способов организации поведения субъектов правоотношений. «Как только право рассматривается в динамике, в функционировании, – пишет С.С. Алексеев, – оно сразу же раскрывается новыми существенными гранями, сторонами своей институциональности, и возникает необходимость многопланового освещения правового регулирования таких его сторон, как механизм, способы, методы, типы регулирования, а теперь еще правовые режимы»⁵. Создаваемая посредством правовых режимов «схема» регулирования общественных отношений позволяет учитывать многие политические, социально-экономические, временные, пространственные и многие другие факторы развития социума.

Деятельность по подготовке, принятию и опубликованию подобных нормативно-правовых актов осуществляется в рамках закона, прежде всего Конституции Российской Федерации, устанавливающей общие принципы правовых режимов, в соответствии с демократическими принципами правотворчества. Более подробно режимы регламентируются различными по уровню и содержанию нормативными правовыми актами. В настоящее время наблюдается определенный отход от ведомственной регламентации правовых режимов, их регулирование переносится на уровень федеральных и региональных законов.

Правовые режимы имеют формально-юридический (закрепляются действующим законодательством) и содержательный аспекты (сами меры, действия, средства, применяемые в их рамках).

Особая роль принадлежит правовым режимам в плане установления правового статуса субъектов, их субъективных прав и юридических обязанностей, определения порядка взаимоотношений между ними, предусматривающего соответствующие юриди-

⁵ Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 243.

ческие процедуры. Не случайно главное место здесь отводится именно способам правового регулирования, среди которых в каждом конкретном случае выделяется главный, решающий, доминирующий, определяющий в конечном счете, характер самого режима, степень жесткости правового воздействия, активности и самостоятельности субъектов. Правовые режимы во многих случаях определяют вектор развития всей юридической сферы, являясь весьма действенным политическим средством.

Важно отметить, что все правовые режимы направлены в конечном счете на упорядочение общественных отношений в соответствии с теми целями и задачами, которые обозначены в нормативно-правовых актах, чем придается известная целостность правореализационному процессу. Создается своего рода правовой «климат», настрой в регулировании отдельных видов социальных связей, достигаемый с помощью средств государственного воздействия, которые заранее включаются в структуру того или иного правового режима. Прежде всего, речь идет об инструментах сугубо правового характера, использование которых ведет к возникновению юридически значимых последствий.

Вместе с тем как часть государственного режима правовой режим может обеспечиваться и средствами экономического, политического, идеологического плана, более объемными и масштабными по своему значению и характеру, во многом определяющими качество используемых правовых инструментов, степень и уровни государственного воздействия.

Экономические, политические, идеологические, культурные и иные средства гарантирующего характера можно рассматривать как своего рода вспомогательный элемент правовых режимов. Это система условий, факторов действующих опосредованно, через призму именно юридических норм, определяющих только «общую канву» праворегулирующего процесса. В контексте данных элементов более уместно говорить о режимах регулирования социальных связей в целом, в которых задействованы не столько правовые, сколько иные социальные нормы (нормы нравственности, морали, этические, религиозные, различного рода корпоративные правила поведения). Обозначенные социальные нормативные регуляторы играют роль гарантий общего характера, обеспечивающих надлежащую реализацию правовых норм, должный уровень

общественного порядка, культуры, что в конечном счете влияет на правопорядок, законность.

Правовые режимы можно рассматривать и в качестве социокультурного явления в юридической действительности, аккумулирующей в той или иной степени сложившиеся и устоявшиеся в обществе традиции. Они позволяют праву как государственно-властному регулятору быть высокочувствительным к природе и имманентной нормативности регулируемых им объектов, не подменяя развитие социальной среды, а усиливая, охраняя ее, создавать необходимые условия и ориентиры, давать общее направление и общие цели. Подобная совокупность правовых установлений и форм правореализационной практики играет существенную роль в поддержании авторитета власти, стабильности общественного порядка, в сглаживании различного рода социальных конфликтов путем согласования, гармонизации существующих законных интересов и потребностей, приведению конкуренции между индивидами в разумные рамки.

В правовых режимах нормативно устанавливается степень государственного упорядочивающего воздействия как на общественных отношения в целом, так и на поведение индивидов. Определяется уровень применения различного рода органичений, обязываний и запретов, а также дозволений, льгот и привилегий; очерчиваются границы использования так называемых юридических возможностей. Степень предоставляемых субъектам правоотношений свобод зависит от существующего в рамках той или иной отрасли типа правового регулирования (преобладание разрешительного в публичных отраслях права, общедозволительного – в отраслях частного права).

В публичных отраслях права в большей степени по сравнению с частноправовой сферой наблюдается терминологическое обозначение применяемых правовых режимов, что связано, по всей видимости, с особенностями используемых здесь методов правового регулирования, применяемом режимном управлении (административное, таможенное право). Повышение роли режимов в области публичного права обусловлено, думается, отходом от практики использования преимущественно ведомственного регулирования, заменяемого законодательством Российской Федерации, законами ее субъектов. При характеристике акцент делается

в основном на ограничивающих правовых средствах (запретах, приостановлениях, ограничениях), юридический же инструментарий стимулирующей направленности (поощрения, льготы) остается без внимания, не обозначается в даваемом конкретному режиму определении.

В публичных отраслях правовой режим может применяться в отношении как конкретного объекта (таможенный режим (процедура) экспорта энергоносителей, режим ввоза и вывоза культурных ценностей, режим государственной границы), так и определенной ситуации (режим контртеррористической операции, режим чрезвычайного и военного положения).

Важность унификации применяемых законодательных дефиниций обусловлена и усложнением в целом юридических понятий и терминов, громоздкостью текстов нормативно-правовых актов. Это создает известные трудности и в плане осуществления интерпретационной деятельности, особенно в контексте активного «внедрения» в российскую правовую действительность такой формы права, как юридический прецедент.

Точность в формулировании дефиниций нормативно-правовых актов позволит избежать возникновения разночтений, тавтологии, неоднозначности в понимании правовых текстов, коллизий между общими и специальными юридическими нормами. Кроме того, правотворческими органами активно «внедряются» в правовую материю абсолютно новые термины, которые требуют определения. Высокую динамику лексики современной российской юриспруденции обуславливают и происходящие миграционные и глобализационные процессы.

Реализация правовых режимов осуществляется системой органов государственного управления различного уровня, осуществляющих в ходе своей деятельности процедурное обеспечение проводимой правовой политики в современной России.

Посредством режимного регулирования государство оказывает существенное влияние на социальные процессы, изменяя в необходимых случаях их направленность, интенсивность, качественные и количественные характеристики. В рамках режимного регулирования фактически определяется значимость объекта с учетом его особенностей и характеристик, а также придается особый статус конкретной ситуации. Это придает известную целост-

ность правовой системе, обеспечивая в конечном счете ее нормальное и единообразное развитие и функционирование при воздействии на нее факторов объективной и субъективной реальности.

Правовые режимы в условиях довольно высокой динамики современных общественных отношений позволяют придать им известную устойчивость. Социальные процессы с помощью режимного нормативного упорядочивающего воздействия одинаково протекают на всей территории государства, характеризуясь определенным постоянством, в той или иной степени прогнозируемыми изменениями. В рамках правовых режимов определяется предназначение предмета правового регулирования, характер должного и возможного поведения. Немаловажное значение в этом плане приобретает и нормативно установленная система гарантирующих средств, включающих в том числе и средства государственного принуждения. Таким образом, достигается заранее запрограммированный социальный эффект.

В заключение хотелось отметить, что совершенствование правовых режимов будет направлено на повышение качества правореализационного процесса, позволит реализовать замыслы законодателя, стабилизировать социальные процессы как на общенациональном, так и региональном уровнях. Эволюционные процессы, происходящие в современном российском обществе, должны обладать определенной «правовой канвой», позволяющей воплотить позитивные преобразования на практике.

*И.У. Аубакирова**

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ И УПРАВЛЕНИЕ В ДИСКУРСЕ О СИЛЬНОМ ГОСУДАРСТВЕ

В теории государства и публичного права концепция сильного государства привлекает к себе все большее внимание ученых и нередко, с учетом возрастания роли государства в современном мире, рассматривается в правовом тезаурусе как одна из ключевых.

* **Аубакирова И.У.** – докторант кафедры теории государства и права и политологии Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова (Казахстан).

Интерес к идее сильного государства и специфике реализации ее в постсоветских странах, таких как Россия и Казахстан, обуславливается и тем, что категория «сильное государство» широко используется наряду с научным и в политическом дискурсе. Например, Президент Российской Федерации В.В. Путин в Послании Федеральному Собранию Российской Федерации от 12 декабря 2013 г. отметил: «Конституция соединила два базовых приоритета – высочайший статус прав, свобод граждан и сильное государство, – подчеркнув их взаимную обязанность – уважать и защищать друг друга».

Как показывает практика, современные модели государственного управления в большинстве развитых государств (в том числе провозгласивших приверженность принципам либерализма) идут по пути усиления государственного воздействия на общественные отношения в попытке противостоять кризисным явлениям и социальным дисфункциям. По мнению Т. Парсонса, «универсалистская правовая система, центральный компонент любого индустриального общества, не может существовать без сильного государства»¹.

Представители различных направлений теоретико-правовой мысли, признавая факт усиления роли государства в современном мире, расходятся в оценках причин и значения этого процесса. По мнению некоторых авторов, «идея сильной государственности вызывает особый интерес ученых в переломные моменты истории, когда старые политико-правовые формы не могут в полной мере обеспечить требования реально складывающихся правовых отношений. В обществе особо остро встает проблема усиления государственности, государственному регулированию различных аспектов общественной жизни начинает уделяться особое внимание»². Безусловно, в условиях переходного периода именно государство становится основным организатором проведения необходимых реформ.

¹ Парсонс Т. Система современных обществ / Пер. с англ. Л.А. Седова и А.Д. Ковалева. Под ред. М.С. Ковалевой. М., 1998. С. 107.

² См.: Проблемы и противоречия развития государственного управления в современной России: Монография. М., 2013. С. 251.

Вместе с тем, на наш взгляд, для некоторых государств, таких как Россия и Казахстан, концепт сильного государства является доминантой исторического развития на протяжении столетий, а не только приметой переходного времени. Формирование и развитие российской и казахской государственностей происходило в условиях военного противодействия внешним враждебным силам и внутренней усобице, поэтому процветание их напрямую связывалось в общественном сознании с дееспособностью, мощью государственной власти.

Как отмечал Н.М. Карамзин: «Россия основалась победами и единоначалием, гибла от разновластья, а спаслась мудрым самодержавием». И далее, о самодержавии: «Народ, избавленный князьями московскими от бедствий внутреннего междоусобия и внешнего ига, не жалел о своих вечах и сановниках, которые умеряли власть государеву; довольный действием, не спорил о правах»³. Генезис и эволюция Казахского ханства, по сути, есть история военного противостояния с джунгарами, и успешность его (противостояния) напрямую зависела от способности центральной власти объединить общество и дать отпор внешнему врагу. Неудивительно, что представление о сильном государстве как всеобщем благе глубоко укоренено в российском и казахстанском обществах.

Сегодня государственно-управленческая модель сильного государства является неотъемлемым элементом и одной из базовых политико-правовых парадигм. Полагаем, что теоретическая и практическая актуальность идеи сильного государства для России и Казахстана на современном этапе объясняется целым комплексом детерминант.

Прежде всего, сильное государство действительно необходимо для успешного реформирования экономики и иных сфер общественной жизни. Модернизация, учитывая всю многоаспектность этого процесса и ужесточение конкурентной среды в современных условиях масштабной глобализации, практически немислима без регулирующего активного участия государства.

³ Карамзин Н.М. Записка о древней и новой России в ее политическом и гражданском отношениях. М., 1991. С. 24.

Доминирующие в постсоветском социальном пространстве этатистские и патерналистские представления позволяют заключить, что общественные и экономические преобразования в случае отстраненности и пассивности государства имеют неэффективный характер (достаточно вспомнить опыт «шоковой терапии» 90-х гг. XX вв.). Прав Н. Юрченко, который отмечает, что «одной из основных особенностей российской ментальности является соотношение личной идентификации с государством как высшей силой, способной решить все проблемы, указать цель и раскрыть смысл бытия индивида. В этих условиях идеологическое обеспечение реализации государственных интересов становится основой модернизационных процессов во всех сферах жизнедеятельности социума»⁴. Данный тезис справедлив и в отношении казахстанского общества.

По нашему убеждению, в современном мире самоустранение государства от решения имеющихся проблем – путь слабого, несостоятельного государства. История многих государств убедительно доказывает, что дефицит управления способен привести не только к ослаблению, но и краху государственности. Для успешного реформирования сфер общественной жизнедеятельности необходимо сильное эффективное государство, обладающее достаточными властными ресурсами и управленческими рычагами и способное мобилизовать общество на решение сложных задач. В связи с этим нам близка позиция В.Д. Зорькина, который отмечает, что «бросить поводья – не значит лучше управлять лошадью, на которой сидишь. Между тем зачастую звучит наивная мысль: “Раз новая инновационная модель немислима в условиях избытка управления, то надо создать дефицит управления – и тогда получим искомое”. Катастрофу мы породим в этом случае – и только»⁵.

⁴ Юрченко Н. Идеология модернизации государственного управления в контексте реализации национально-государственных интересов современной России // Власть. 2010. № 9. С. 60.

⁵ Зорькин В.Д. Правовая трансформация России: вызовы и перспективы // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире / Сборник статей. Ответственные редакторы: В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 71.

Полагаем актуальным мнение авторов: «Развитие демократии, гражданское общество требуют определенных предпосылок, что и должно быть учтено реформаторами... Важнейшей предпосылкой демократии является развитие товарно-денежных отношений, определенный уровень частной инициативы, развитие слоя ответственных собственников, среднего класса, способного выступать не только как поддерживающая стабильность общества основа демократии, но и как продвинутый субъект творчества во всех его формах, включая экономическую»⁶.

В России и Казахстане имеется настоятельная потребность содействия со стороны государства процессам построения гражданского общества, институционализации социальной системы. От дееспособности государственных институтов во многом зависит создание соответствующих предпосылок для укрепления гражданского общества, развития механизма защиты прав человека, реального их наполнения государственными гарантиями (к примеру, построить эффективную экономику, обеспечить высокий уровень социальных выплат, качественное образование и здравоохранение и т.д.).

Как отмечается в научной литературе: «Россия является еще весьма слабо структурированным обществом, которое совсем недавно пережило радикальную трансформацию всей системы ценностей и ориентаций и поэтому не может обойтись без сильного и активного государства. В таком обществе только государство может превратить пассивное большинство в модернизационное большинство»⁷.

Концепция сильного государства позволяет выстроить баланс публичных и частных интересов, не допустить гиперболизации первых в ущерб вторым, что способно негативно сказаться на успешном развитии общества и государства.

Ослабление роли государства в решении проблем общества имело бы губительные последствия в плане социальной дезинте-

⁶ Ахиезер А.С., Козлова Н.Н., Матвеева С.Я. Модернизация в России и конфликт ценностей. М., 1994. С. 221–222.

⁷ Завалев А. Государство и модернизация российского общества // Власть. 2012. № 3. С. 26.

грации, ослабления системных связей в обществе, девальвации правовых и духовных ценностей. В связи с этим нельзя не упомянуть еще один важный аспект, касающийся необходимости сильного государства для эффективного развития России и Казахстана в новом тысячелетии. Потребность в сильном и конкурентоспособном государстве связана также с необходимостью поддержки развития национальной культуры, ее сохранения в условиях распространения западных ценностей в рамках установок «*soft power*». Как показывает практика, в современном глобализирующемся мире сохранение национальной культурной идентичности нуждается в поддержке сильного государства.

Сила государства в силе народа, равно, как и сила народа в силе государства. Следует присоединиться к мнению И.С. Аксакова, убежденного в том, что сильное государство должно опираться на фундамент общественного мнения: «Свободное мнение в России есть надежнейшая опора свободной власти – ибо в союзе этих двух свобод заключается обоюдная крепость земли и государства»⁸. Полагаем, что современное сильное государство – это государство, в котором его мощь основывается на фундаменте диалога с обществом, обратных связей, разнообразного арсенала коммуникативных методов государственного управления.

Наличие сильного государства не означает ущемления свободы личности, а также ограничение принципов правового государства и демократии. В Послании Президента Республики Казахстан народу Казахстана от 28 февраля 2007 г., на наш взгляд, точно выражена идея совместимости сильного государства и демократии: «Сильная государственная власть и демократия – не антиподы. Демократия развивается только там, где строго соблюдается законность». Слабое, несостоятельное государство не способно обеспечить конституционный режим, правовой порядок, права и свободы граждан, облечь их реальными гарантиями.

⁸ Аксаков И.С. О деспотизме теории над жизнью // Просвещенный консерватизм: Российские мыслители о путях развития Российской цивилизации: Политическая антология. М., 2012. С. 506.

Концепция сильного государства не является антитезой идее права. Их взаимосвязь следует рассматривать в диалектическом единстве. Мы полагаем, необходимо говорить о таком сильном государстве, когда государство – не цель, но ценность, обязанностью которого является управлять делами общества в рамках и на основе права. Укрепление государственности не должно выступать в качестве самоцели.

В этом аспекте представляется интересными рассуждения русского исследователя М.О. Меньшикова, на взгляд которого: «быть или не быть сильной власти – это то же самое, что быть или не быть России». При этом силу государственной власти он видит в ее способности достигать творческих, благих целей, поскольку «сила власти не в намерении, а в исполнении». Мыслитель отмечает: «Желая видеть власть сильной, я добиваюсь торжества вовсе не силы, а именно нравственного права, вложенного в понятие власти».

Утверждается, что в самом слове “правительство”, в глаголе “править” заключено понятие права, неразрывного в народном разуме со справедливостью. Следовательно, власть по существу своему никак не может пониматься как «право силы», а всегда есть “сила права”, кроме тех, конечно, случаев, когда власть впадает в злоупотребления». М.О. Меньшиков полагает: «Право неосуществленное перестает быть правом. Но самое священное право, чтобы действовать, должно быть силой – это элементарное требование механики. Отсюда я настаиваю на необходимости власти быть сильной»⁹.

Эти воззрения созвучны размышлениям С.А. Котляревского, в представлении которого связка «сила государственной власти – право» не содержит абсолютно доминирующего компонента: «В глазах Руссо правомерное управление есть механическое выполнение законов, то есть общей воли... Опыт показал, что управление никогда не может ограничиваться такой механической деятельностью, что ему необходимо присуща некоторая самостоя-

⁹ Меньшиков М.О. Власть как право // Просвещенный консерватизм: Российские мыслители о путях развития Российской цивилизации: Политическая антология. М., 2012. С. 546–549.

тельность, оценка момента, выбор средств, хотя бы цели были точно и категорически установлены законом»¹⁰.

По мнению ученого, «в самом законченном правовом государстве известная часть проявлений государственной власти должна оставаться совершенно свободной». И связано это, прежде всего, с тем, что: «международная необходимость накладывает свою руку на различные стороны государственной действительности, и этим лишает возможности всецело подчинить их правовому мотиву. Таким образом, эта необходимость есть одно из главных препятствий, не допускающих полного осуществления той тенденции к правовой связанности функций, которая характеризует собой современное государство – в теоретическом его изображении и в действительности»¹¹. Идея сильного государства для России и Казахстана связана с потребностью выстраивания успешной внешней политики, способности отстаивать внешнеполитические интересы государства во взаимоотношениях с другими государствами и объединениями государств.

По нашему мнению, идея сильного государства как состоятельного, дееспособного, конкурентоспособного и устойчивого государства является не только неотъемлемым элементом концепции государственного управления России и Казахстана, но и единственным возможным вектором развития данных государств в обозримой исторической перспективе с учетом актуальности задач проведения внутренней модернизации, незрелости гражданского общества, неоднозначности и сложности мировых политических и экономических процессов.

¹⁰ Котляревский С.А. Власть и право // Котляревский С.А. Избранные труды. М., 2010. С. 535.

¹¹ Котляревский С.А. Правовое государство и внешняя политика. М., 1909. С. 39–40.

*В.В. Соловьёва**

К ВОПРОСУ О ГРАЖДАНСКОМ ОБЩЕСТВЕ В УКРАИНЕ

На протяжении всего постсоветского периода истории Украины формирование и развитие гражданского общества остается одним из актуальных вопросов, поскольку общеизвестно, что гражданское общество выступает своеобразным фундаментом правового демократического государства. Однако в отличие от известных западных традиционных практик формирование гражданского общества в Украине происходит не только под влиянием глобальных изменений в мире, но и в рамках собственно национальных трансформаций, вызванных процессами модернизации. Такое наложение наднационального и национального факторов создает определенные трудности при формировании гражданского общества. Между тем, несмотря на достаточный объем разнообразных проблем, Украина продолжает двигаться в этом направлении, поскольку генезис мировой цивилизации убедительно показывает, что без существования и последующего развития гражданского общества эффективное развитие государства значительно усложняется, а порой – становится невозможным.

Целью данной статьи является попытка систематизации существующих в Украине проблем при формировании собственно гражданского общества.

Современные общественные науки дают разные трактовки понятия гражданского общества. Это связано как с тем, что само гражданское общество является сложным и многомерным явлением, так и с тем, что термин «гражданское общество» входит в инструментарий разных наук об обществе (истории, правоведения, политологии, философии, социологии), что накладывает на него свой отпечаток, особенно с учетом наличия в этих науках разных традиций и школ. Если такие науки, как философия, социология, политология, не стремятся ограничить понятие гражданского об-

* **Соловьёва В.В.** – доктор исторических наук, профессор; профессор кафедры истории и теории государства и права Бердянского университета менеджмента и бизнеса.

щества объёмом и содержанием, поскольку они призваны охватывать разнородные по своей природе общественные явления, то юридическая наука изучает не все стороны гражданского общества, а концентрируется на институциональном определении.¹

Между тем все размышления о гражданском обществе, как правило, лежат в плоскости его противопоставления всему тотальному и государственному. При определении понятия «гражданское общество» доминирует не системный, а случайный набор признаков. Его структура определяется по «остаточному принципу», т.е. «по исключению» из социальной жизни государственного начала и некоторых аспектов публичного права².

Гражданское общество определяют как совокупность равноправных индивидов³, как совокупность разнообразных общественных отношений между индивидами⁴, или на первый план выходит такой существенный признак гражданского общества, как права и свободы человека и гражданина⁵. Но наиболее удачную системно и методологически выверенную характеристику гражданского общества, на наш взгляд, дал М.П. Орзих, который под гражданским обществом понимает: «во-первых, ассоциацию людей, в которой каждый человек свободен как такой, что имеет неотчуждаемые права, является равноправным с другими членами ассоциации, самостоятелен в выборе гражданского состояния; во-вторых, это негосударственные (институализированные в общественные объединения) ассоциации людей по социальной, этнической, религиозной и другой принадлежности, политическим, экономическим, профессиональным и иным интересам; в-третьих, это формирование на указанных основаниях общественных (негосударственных)

¹ Цвік М.В., Петришин О.В., Авраменко Л.В. та ін. Загальна теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. Х., 2009. С. 540.

² Кальной И.И., Лопушанский И.Н. Гражданское общество: истоки и современность. СПб., 2002. С. 133

³ Алексеев С.С., Архипов С.И., Корельский В.М. и др. Теория государства и права для юридических вузов и факультетов. М., 1998. С. 82.

⁴ Мацюк А.Р. Громадянське суспільство – соціальна основа держав демократії // Українське право. 1996. № 1. С. 24.

⁵ Рабінович П.М. Громадянське суспільство і правова держава (загальнотеоретичні міркування) // Українське право. 1996. № 3. С. 32.

отношений, что развиваются и функционируют на самоуправляющихся началах, а также путем самопроявления интересов и воли отдельных индивидов и их ассоциаций, которые действуют в правосвободном (свободном от государственно-правового влияния) пространстве общества⁶.

Опыт различных стран с демократическим режимом свидетельствует о том, что конституционно-правовые регламентация и регулирование в них направлены на поддержку гражданского общества, а становление и развитие гражданского общества в негосударственной сфере общественных отношений не означает его изолированности от государственно-правовых институтов, а, наоборот, допускает или предполагает устойчивую и интенсивную взаимосвязь гражданского общества и государства. Институты гражданского общества сотрудничают с институтами государства, формируя интересы групп общества, они обращаются к государству с предложениями и замечаниями относительно регулирования определенного направления жизнедеятельности общества.

Связь гражданского общества и государства проявляется через права и свободы. С одной стороны, конституционное провозглашение и закрепление прав и свобод является политико-правовой основой разграничения гражданского общества и государства. С другой – права и свободы представляют собой звено, объединяющее государство и гражданское общество: благодаря наличию у граждан политических прав они влияют на государство и осуществляют контроль за его деятельностью.

Интересы человека, его свобода – главная цель гражданского общества. Свобода человека может проявляться как в сфере экономики (экономическая свобода), в сфере политики (политическая свобода), так и в духовной сфере (моральная свобода). К тому же перед личностью не стоит вопрос об обязательном их использовании. Личность имеет право «быть или не быть», т.е. на основании свободы воли самостоятельно принимать те или иные решения, выбирать тот или иной вариант поведения (юридическая сво-

⁶ Основы правознавства: навч. посіб. / за ред. С.В. Ківалова, М.П. Орзіха. Одеса. 2003. С. 67–68.

бода)⁷. Государство же берет на себя ответственность обеспечить справедливость и равенство в отношениях с каждым гражданином. Устанавливая в законодательной форме границы свободы общества и личности, само государство также не свободно от ограничения собственных решений и действий.

Государство в условиях действия этого принципа не имеет права в своей деятельности выходить за установленные им границы отношений между личностью и обществом. Если защита личности, ее прав и свобод от посягательств со стороны государства является задачей общества, то защита личности, ее прав и свобод от общества с его разнообразными политически влиятельными группами, которые также способны посягать на личность, ее права и свободы, – обязанность государства.

Наличие гражданского общества обеспечивает свободу личности и суверенитет по отношению к власти, предшествует возникновению тоталитаризма и этатистских тенденций в общественном развитии, поскольку ударение делается на самоценность индивида, его личную значимость. Основные же функции власти сводятся к защите прав и интересов каждого человека, созданию необходимых условий для его самореализации.

Однако, анализируя ситуацию в современной Украине в аспекте обеспечения конституционных прав и свобод человека и гражданина, имеем все основания утверждать, что права и свободы, несмотря на их детальную регламентацию в Конституции Украины, пока не стали действительно высшей ценностью для государства, т.е. в основном они имеют декларативный характер, поскольку государство и общество не в состоянии выработать эффективные правовые механизмы их признания, легализации, реализации, гарантирования, охраны и защиты.

Гражданское общество предусматривает разветвленную сеть общественных организаций. Специфика этих организаций заключается в том, что они создаются не государством, а самими гражданами, их корпорациями и существуют автономно от государства, но в соответствии с требованиями действующего законодатель-

⁷ Орлова И.В. Гражданское общество и личность: политико-правовые аспекты. М., 2005. С. 63.

ства. Как подчеркивает К. Кумар, «гражданское общество является той средой, в которой современный человек законным путем удовлетворяет свои потребности, развивает свою индивидуальность, приходит к пониманию ценности групповых акций и общественной солидарности»⁸.

В своем наипростейшем виде гражданское общество является совокупностью формальных и неформальных организаций, которая объединяет отдельного индивида или семью (домохозяйство) с государством (властью) и бизнесом (частным сектором экономики).⁹ В идеале они должны стать промежуточным звеном между государством и гражданином. Общественные организации призваны отстаивать интересы простого человека, лоббировать те или иные позиции социальной группы или класса.

Свобода ассоциаций и уважение их прав обеспечивает государству гармоничное объединение разных прослоек и групп общества, т.е. основу стабильности в государстве.

Отличительной чертой организаций, которые входят в состав гражданского общества, является их неприбыльный (некоммерческий) характер и добровольное участие в них граждан, выражающееся в работе без оплаты труда или с заработной платой меньшей, чем в коммерческом секторе. Источники финансирования негосударственных организаций – фонды, международные благотворительные организации, церкви.

Опять же, практика формирования гражданского общества и его институтов в Украине не лишена деформаций. Речь идет о взаимном недоверии власти и негосударственных общественных организаций (НГО). К факторам, порождающим данную ситуацию, можно отнести следующие: 1) искусственная политизация НГО, а именно: а) создание и использование крупными политическими игроками так называемых «низовых структур общественной поддержки» в ходе избирательных компаний; б) создание провластных НГО, задача которых – имитировать наличие общественной поддержки власти; 2) отсутствие конструктивного диалога между властью и НГО; 3) финансовая зависимость НГО от западных

⁸ Кумар К. Гражданское общество. М., 1994. С. 21.

⁹ Аузан А., Тамбовцев В. Экономическое значение гражданского общества // Вопросы экономики. 2005. № 5. С. 29.

доноров, которая, с одной стороны, стимулирует общественную активность и содействует деятельности по защите членов НГО, а с другой – опосредовано содействует формированию негативного образа власти; 4) раздробленность НГО.

В Украине ежегодно отмечается тенденция увеличения количества общественных организаций. Так, в 2011 г. насчитывалось 3208 организаций, а в 2012 г. уже 3307, из которых: 199 политических партий, 3108 общественных организаций. Вместе с тем количественный рост общественных организаций не увеличил количества привлеченного к их деятельности населения. Влияние этих организаций также является незначительным.

По данным социологического исследования, которое было проведено компанией GFK по заказу Украинского Фонда Демократии «Сначала люди» в 2011 г., 9% населения готовы принимать участие в решении хотя бы одной из проблем своего общества в роли организатора или активиста, еще 39% – в роли простого участника. В таких видах работы, как благоустройство улиц, охрана природы, сохранение зеленых зон в городах, улучшение экологической ситуации, готовы принимать участие от 32% до 37% граждан старше 18 лет, т.е. четко прослеживается проблема низкого уровня ответственности и привлечения граждан к общественной жизни в государстве, при их достаточно устойчивом индивидуальном желании присоединиться к решению конкретных проблем своего общества¹⁰; 5) специфика мультипартийности, которая привела к тому, что значительное количество партий и НГО стали не столько формой самореализации, сколько способом трудоустройства и построения карьеры.

Понятно, что гражданское общество не исчерпывается только деятельностью НГО. Это целый комплекс взаимосвязей НГО и власти, СМИ, профсоюзов. Ныне мы видим постепенное увеличение социальной направленности в деятельности отечественных НГО, что соответствует современному пониманию основного назначения «третьего сектора». Однако, несмотря на регулярные совместные мероприятия НГО и власти, в их взаимодействии и в настоящее время отсутствует качественный прорыв.

¹⁰ http://peoplefirst.org.ua/img/PDF/LIFE_VALUES_PRIORITIES_AND_PROBLEMS_OF_UKRAINIANS_UK (дата обращения: 20.04.2014).

Важной составляющей формирования в Украине гражданского общества является усиление роли и значения средств массовой информации, гарантирования свободы слова, возможности объективного и непредвзятого освещения реальной общественно-политической ситуации. При этом СМИ выступают и как элемент гражданского общества, и как инструмент связи власти с общественностью. Однако украинская специфика заключается в том, что СМИ преимущественно не являются самостоятельными бизнес-проектами, а входят в структуру крупных финансово-промышленных групп. При таких условиях говорить о независимости масс-медиа весьма проблематично, поскольку они зависят от экономических позиций других отраслей бизнеса и политических перспектив собственников.

Важной функциональной составляющей гражданского общества является местное самоуправление. Именно через его органы начинается реализация всего того, что входит в понятие местной (локальной) демократии, которая является основой демократии в целом. От уровня её развития зависит уровень реализации важных демократических процессов, происходящих в государстве. Сегодня можно говорить только о первых организационных результатах в сфере нормативного регулирования местного самоуправления, которое должно привлечь широкие слои населения к управлению государством на разных уровнях функционирования социума. Очевидно, что в ближайшее время местное самоуправление вряд ли перестанет быть продолжением вертикали государственной власти, но решение вопросов институализации настоящего местного самоуправления остается открытым.

Политической основой гражданского общества является демократическое, правовое государство, которое обеспечивает каждому гражданину возможность принимать участие в государственных делах. Однако сегодня такая конституционная характеристика Украины имеет скорее опережающий и перспективный характер.

Экономическая основа гражданского общества – отношения рыночного характера. Роль экономического фактора остаётся важной для функционирования гражданского общества, поскольку, с одной стороны, оно ощущает значительное влияние частных экономических интересов, с другой – развитое гражданское обще-

ство может стать союзником участников рыночных отношений, что содействует стабилизации государственной политики, перераспределению финансовых и информационных потоков. Однако сами по себе отдельно взятые рыночные реформы и рыночное хозяйство не обязательно должны привести к формированию гражданского общества. Средний класс, который в демократических государствах является основой социально-экономической стабильности и действенным элементом гражданского общества, в Украине только начинает формироваться. На социостатусном поле доминирующие позиции и в настоящее время принадлежат социальному слою, объединяющему крупную буржуазию, высшую хозяйственную, финансовую и административную бюрократию. Среди них основную часть составляют представители теневого капитала. Параллельно с перестройкой механизма социальной стратификации, интенсивным изменением элит происходит массовая маргинализация общества. Поэтому, применительно к Украине, о социальном пространстве нового типа, которое максимально отвечает демократическим ценностям гражданского общества говорить можно с определенной долей условности.

Подытоживая вышеизложенное, согласимся с выводом Е. Карчевской, что перспективы институализации гражданского общества в Украине существует, но с учетом значительного числа оговорок, условностей, факторов¹¹. Тем не менее, формирование гражданского общества является одним из наиважнейших условий продвижения Украины по пути проведения экономических, политических и правовых реформ, которые, прежде всего, будут направлены на демократизацию отечественной жизни, либерализацию экономики, защиту прав и свобод человека и гражданина, становление правового, демократического государства.

¹¹ Карчевська О.В. Перспективи інституалізації громадянського суспільства в Україні // Гілея. 2008. № 17. С. 264.

*О.Н. Громова**

ПАРЛАМЕНТСКИЙ КОНТРОЛЬ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Современный этап развития российского парламентаризма характеризуется повышением значимости законодательных органов власти в жизни общества. Еще С.А. Котляревский отмечал: «Если парламент участвует в осуществлении законодательной власти, он не может быть равнодушным к исполнению этих законов»¹. Проблемы осуществления парламентского контроля традиционно привлекают внимание ученых-государствоведов и практиков, так как эффективная реализация потенциала конституционных положений требует совершенствования правовых основ деятельности представительных органов, в том числе и при осуществлении контрольной функции.

Парламентский контроль выступает значимым показателем демократизма любого современного государства. Парламентский контроль присущ, как правило, лишь демократическому политическому режиму. Совет Европы в Резолюции «Об укреплении демократических институтов как гарантов будущей демократии», принятой Постоянной комиссией 25 ноября 2003 г., отметил необходимость закрепления демократической системы взаимного контроля и разграничения полномочий между органами государственной власти, так как система сдержек и противовесов является необходимым условием формирования доверия общественности к функционированию демократических институтов. В связи с этим предлагалось предусмотреть в национальном парламенте возможность контроля всех исполнительных органов.

Большинство специалистов указывают на зависимость парламентского контроля от формы правления. Контрольные процедуры в той или иной форме свойственны парламентам всех демократических государств, в том числе такая наиболее важная контрольная процедура, как отчеты правительства и его членов. Одна-

* **Громова О.Н.** – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Академии управления МВД России.

¹ Котляревский С.А. Власть и право. М., 1915. С. 306.

ко большее значение парламентский контроль имеет в парламентских государствах и полупрезидентских республиках, здесь они представлены гораздо шире. В президентских же республиках контрольные полномочия менее разнообразны.

В частности, применяются следующие формы парламентского контроля:

- постановка по инициативе правительства вопросов о доверии парламента правительству – применяется, как правило, в парламентских странах, где правительство несет ответственность перед парламентом (обычно перед нижней палатой) за свою деятельность;

- резолюция порицания деятельности правительства парламентом – применяется лишь в парламентских странах, вносится по предложению палаты парламента;

- интерпелляция – применяется лишь в парламентских странах – обращенное к правительству требование дать объяснение по поводу проводимой внутренней или внешней политики либо по какому-либо конкретному вопросу. Может вызвать отставку правительства, если его деятельность в ходе обсуждения и последующего голосования будет признана неудовлетворительной;

- устные и письменные вопросы депутатов к правительству на заседании парламента – с целью получения информации и публичного изложения недостатков в деятельности правительства, его критики, также характерно для стран с парламентской формой правления;

- деятельность расследовательских комитетов и комиссий, которые создаются парламентами всех стран, вне зависимости от формы правления.

Реформирование политической системы России повлекло за собой существенные изменения правового положения представительного органа государственной власти. С принятием Конституции 1993 г. российский парламента – Федеральное Собрание потерял целый ряд полномочий, позволяющих контролировать органы государственной исполнительной власти. Так из сферы ведения Федерального Собрания, в отличие от своих предшественников – Съезда Народных Депутатов и Верховного Совета РСФСР, были исключены распорядительные функции, претерпели изменения контрольные полномочия.

В действующей Конституции Российской Федерации контрольные функции не получили детального отражения. В ней содержатся лишь отдельные, в неявной форме выраженные права по реализации контрольной деятельности, как Государственной Думы, так и Совета Федерации.

В деятельности Федерального Собрания предусматриваются такие виды парламентского контроля, как дача согласия Президенту Российской Федерации на назначение Председателя Правительства Российской Федерации; решение вопроса о доверии Правительству Российской Федерации; формирование Счетной палаты Федерального Собрания; правительственный час, депутатские запросы, назначение членов Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, членов совета директоров Центрального Банка России и ряд других².

Однако необходимо отметить, что далеко не всегда названные полномочия являются действенными. В частности, Конституция РФ предусматривает институт политической ответственности Правительства перед Государственной Думой, а именно согласно п. «б» ч. 1 ст. 103 Конституции РФ к ведению Государственной Думы относится решение вопроса о доверии Правительству или выражение недоверия Правительству. Анализ данного института позволяет говорить о достаточной степени независимости Правительства от Государственной Думы (ст. 117 Конституции РФ в контексте ст. 109 и ст. 111 Конституции РФ). Постановка вопроса о доверии может превратиться в открытый нажим на депутатов (хотя предполагался контроль за органами исполнительной власти), которые становятся перед дилеммой – либо поддержать правительство, либо оказаться перед угрозой роспуска Государственной Думы. Таким образом, своеобразие процессуально-правовых форм парламентского контроля не позволяет Федеральному Собранию превратить их в действенное орудие воздействия на органы исполнительной власти в силу несовершенства российского законодательства.

В зарубежных странах, в частности, в Германии, достаточно активно используется институт обращений к правительству со стороны немецкого парламента (так называемые большие и малые

² Ст. 102, 103 Конституции Российской Федерации. М., 1994.

запросы, вопросы депутатов). Они наиболее часто используются в качестве средства парламентского контроля за правительством. «Большие запросы», как правило, связаны с возникшей крупной политической проблемой, требуют письменного ответа и могут повлечь обсуждение в бундестаге. «Малые запросы» затрагивают конкретные факты, при этом поднятые вопросы парламентом не обсуждаются.

Еженедельно, в течение трех часов, любой депутат может получить ответы на заранее заданные вопросы членам правительства, депутаты могут поставить дополнительные вопросы во время обсуждения. В соответствии с п. 9 Положения о порядке проведения «часа вопросов» вопросы задаются в письменной форме не позднее, чем за сутки до их рассмотрения, если они представляют «особый общественный интерес». В остальных случаях они подаются в секретариат бундестага не позже чем за трое суток до начала его рабочей недели. Кроме того, возможно ежемесячное обращение парламентариев к правительству с письменными вопросами. Вопросы и ответы публикуются в официальном бюллетене Бундестага. Проблемам, вызывающим всеобщий интерес, посвящается «час актуальных вопросов», во время которого каждый депутат имеет не более пяти минут, а министры и члены Бундесрата – не более 10 минут.

Особенностью правового регулирования контрольной функции Федерального Собрания в целом, а также Совета Федерации и Государственной Думы в отдельности является то, что оно выходит за рамки конституционных норм. Более подробно полномочия представлены в текущем законодательстве, развивающем конституционные предписания, в частности, в федеральном конституционном законе «О Правительстве Российской Федерации», федеральных законах «О внешней разведке», «О государственной охране», «О статусе члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» и др.

Институт парламентского контроля в России постоянно развивается. Так, в 2005 г. был принят Федеральный закон № 196-ФЗ «О парламентском расследовании Федерального Собрания Российской Федерации»³. Данный закон стал серьезной мерой по уп-

³ Собрание законодательства РФ. 2006. № 1. Ст. 7.

рочению законодательных, в том числе и конституционных основ осуществления функции парламентского контроля.

В конце 2008 г. в Конституцию Российской Федерации были внесены поправки, касающиеся заслушивания Государственной Думой ежегодных отчетов Правительства Российской Федерации о результатах его деятельности, в том числе по вопросам, поставленным Государственной Думой⁴. В порядке реализации конституционных положений о контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации депутатами Государственной Думы 6 апреля 2009 г. был впервые заслушан и обсужден отчет Правительства о результатах его деятельности за 2008 год.

Институт ежегодного отчета Правительства Российской Федерации перед Государственной Думой должен стать одним из важных элементов в обеспечении сбалансированности полномочий законодательной и исполнительной ветвей власти. Он выступает в качестве гаранта демократических принципов функционирования Российского государства и фактора, сдерживающего от чрезмерной, неоправданной самостоятельности исполнительных органов в распоряжении финансовыми и иными ресурсами государства. Необходимо отметить, что подотчетность предполагает не просто представление информации об исполнении, но также и возможность обсуждения, вопросы к подотчетному и его ответы, в конечном итоге оценку подотчетного поведения субъектов контроля.

Таким образом, в качестве тенденции можно назвать некоторое усиление контрольных полномочий палат Федерального Собрания Российской Федерации⁵.

Федеральный закон № 77-ФЗ «О парламентском контроле», принятый 7 мая 2013 г.⁶ позволил перейти к созданию фундаментальной законодательной основы парламентского контроля. Дан-

⁴ О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации: См.: Федеральный конституционный закон от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ // СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 2.

⁵ Концепции развития российского законодательства / Под ред. Хабриевой Т.Я., Тихомирова Ю.А. М., 2010. С. 149.

⁶ Собрание законодательства РФ. 2013. № 19. ст. 2304.

ный закон является системообразующим и базовым для разрозненных форм парламентского контроля. Он призван укрепить существующий конституционный принцип разделения властей, который заключается в самостоятельности органов, относящихся к различным ветвям власти, их способности обеспечить механизм сдержек и противовесов. Реализуя конституционную норму о том, что единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ, осуществляющий власть непосредственно или через своих представителей, федеральный закон «О парламентском контроле» предлагает четкое определение и расширение контрольных функций представительных органов государственной власти разных уровней.⁷

Названный закон способствует решению нескольких ключевых задач:

- устанавливает общие основы парламентского контроля в Российской Федерации;

- регулирует осуществление парламентского контроля Федеральным Собранием Российской Федерации, его палатами;

- закрепляет ряд исходных положений для организации парламентского контроля законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Российской Федерации; эти нормы могут непосредственно применяться ими и вместе с тем найдут далее более детальное воплощение в региональном законодательстве.

Очевидно, что Федеральный закон «О парламентском контроле» не лишен определенных недостатков. В частности, закон не содержит четкого определения парламентского контроля. Высказывается мнение и о том, что перечень принципов парламентского контроля должен быть расширен. В частности, должны быть закреплены такие принципы, как принцип демократизма, объективности парламентского контроля, соблюдения профессиональных этических норм, принцип научности⁸. Тем не менее, принятый за-

⁷ Кондрат Е.Н. Комментарий к Федеральному закону от 7 мая 2013 г. № 77-ФЗ «О парламентском контроле» (постатейный). М., 2013. С. 26.

⁸ Чертков А.Н. Цели, принципы парламентского контроля и специфика их реализации в субъектах Российской Федерации // Законодательство и экономика. 2013. № 8. С. 56.

кон способствует более четкой регламентации парламентского контроля в нашей стране.

В большинстве государств мира признается, что парламентский контроль за исполнением законов и деятельностью исполнительной власти, наряду с представительской и законодательной функциями, составляет одно из основных направлений в деятельности законодательного органа. Парламент, осуществляя такой контроль, непосредственно защищает интересы всего населения страны.

Анализ опыта зарубежных государств позволяет сделать вывод о том, что парламенты государств с парламентарной формой правления, в частности ФРГ и Италии, обладают реальными полномочиями, позволяющими эффективно контролировать исполнительную власть.

На сегодняшний день актуальным в Российской Федерации остается вопрос об обеспечении сбалансированности законодательной и исполнительной ветвей государственной власти. Конституционно-правовое закрепление парламентского контроля создало здесь реальные предпосылки для повышения авторитета законодательной власти на всех уровнях, и задачей парламентариев является использование контрольных полномочий в полном объеме.

*М.Т. Габдуалиев**

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СВОБОДЫ СЛОВА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Проблема развития и реализации конституционных норм в законодательстве очень многогранна и обширна. Необходимо отметить, что реализация конституционных норм в текущем законо-

* **Габдуалиев М.Т.** – кандидат юридических наук; главный эксперт – начальник отдела конституционного, административного законодательства и государственного управления Института законодательства Министерства юстиции Республики Казахстан.

дательстве имеет свою специфику и зависит от многих факторов (политических, экономических, культурных и др.).

В Республике Казахстан **реализация конституционной нормы о свободе слова** в законодательстве имеет свои особенности и отличается тем, что наибольшее влияние на этот процесс оказало современное политико-правовое развитие страны. Ценность свободы слова для демократического развития общества и становления конституционализма очевидна и не может подвергаться сомнению. Как справедливо отмечает М.А. Дубровина, свобода слова есть действенный индикатор демократизации общества. Ответная свободная реакция общества на проводимые властью преобразования необходима, дабы избежать накопления негативных нарастающих тенденций, ослабить конфронтацию власти и населения и избежать оторванности власти от истинных нужд и устремлений народа¹.

Конституция РК устанавливает, что свобода слова и творчества гарантируется. Цензура запрещается (п. 1 ст. 20). Данное конституционное положение нашло свое развитие в Законе РК от 23 июля 1999 г. № 451-І «О средствах массовой информации»² (далее – Закон РК «О СМИ»), Законе РК от 18 января 2012 г. № 545-ІV «О телерадиовещании»³.

Особенностью Закона РК «О средствах массовой информации» является понимание «средства массовой информации», закладываемое законодателем – это «периодическое печатное издание, теле-, радиоканал, кинодокументалистика, аудиовизуальная запись и иная форма периодического или непрерывного публичного распространения массовой информации, **включая интернет-ресурсы**» (пп. 4 ст. 1).

¹ Дубровина М.А. Защита конституционного права на свободу мысли и слова в современной России. Саратов. 2011. С. 11.

² Закон РК от 23 июля 1999 г. № 451-І «О средствах массовой информации» // Ведомости Парламента РК. 1999 г. № 21. Ст. 771; 2001 г. № 10. Ст. 122; 2003 г. № 24. Ст. 175; 2005 г. № 13. Ст. 53; 2006 г. № 1. Ст. 5; № 3. Ст. 22; № 12. Ст. 77; 2007 г. № 12. Ст. 88; 2009 г. № 2–3. Ст. 7; № 15–16. Ст. 74; 2010 г. № 5. Ст. 23; № 22. Ст. 130; 2011 г. № 1. Ст. 2.

³ Закон РК от 18 января 2012 года № 545-ІV «О телерадиовещании» // Ведомости Парламента РК. 2012 г. № 3. Ст. 24.

Как видим, интернет-ресурсы приравниваются к средствам массовой информации, а под «продукцией средства массовой информации» понимается «тираж или часть тиража отдельного номера периодического печатного издания или аудиовизуальной программы, отдельный выпуск радио-, теле-, кинохроникальной программы, информация, размещенная на интернет-ресурсе» (пп. 5 ст. 1 Закона РК «О СМИ»).

Тот факт, что под средством массовой информации понимается еще и интернет-ресурс, стало причиной того, что судебными решениями стали запрещаться интернет-сайты, а журналисты и редакторы СМИ все чаще привлекаются к административной и уголовной ответственности за размещенные в интернете материалы. Механизм привлечения к уголовной ответственности журналистов все чаще стал применяться на практике.

Так, в мае 2011 г. вышел на свободу после трех лет заключения главный редактор газеты «Закон и правосудие» Т. Абиев, в январе 2012 г. освобожден после трех лет заключения главный редактор газеты «Алма-Ата Инфо» Р. Есергепов. В октябре 2011 г. по обвинению в клевете приговорен к полутора годам лишения свободы условно главный редактор газеты «Адилет» К. Ботабеков, в ноябре 2011 г. приговорен к ограничению свободы сроком на полтора года, тоже по обвинению в клевете, корреспондент сайта www.guljan.org В. Сурганов.

В период вооруженного подавления беспорядков в г. Жанаозень в декабре 2011 г. власть заблокировала все источники информации, включая мобильную связь и Интернет. По сообщению общественного фонда Liberty, был заблокирован доступ к twitter, «в отношении YouTube власти Казахстана применили новую тактику: блокируется доступ конкретно к аккаунту Телеканала K+ на YouTube и к конкретным видео, загруженным ими. Кроме того, в Актау в сотовой сети KCell отключена возможность отсылки SMS и подключения к Интернету. Редакция газеты «Голос республики» известила читателей о том, что форум-партнер издания 16 декабря оказался заблокирован, а на портал газеты, передающий новости из Жанаозена, идет мощнейшая DDos-атака. 16 декабря были заблокированы www.socialismkz.info, www.respublikas.info со всеми зеркалами сайта, guljan.org, www.twitter.ru и другие интернет-ресурсы, освещающие трагиче-

ские события в Жанаозене». Был заблокирован для казахстанских пользователей сайт информационного агентства «Новости Казахстан» – партнер российского информационного агентства РИА-Новости⁴.

Дело в том, что Уголовный кодекс РК устанавливает ответственность за клевету (ст. 129) и оскорбление (ст. 130). Как известно, одним из признаков любого преступления является его общественная опасность. Опасность преступлений отличается от опасности иных правонарушений по своему качеству (характеру) и предполагает реальное причинение или создание возможности причинения не любого, а существенного вреда соответствующим объектам уголовно-правовой охраны.

Распространение заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию, равно как и унижение чести и достоинства другого лица, выраженное в неприличной форме, могут нанести вред личности. Однако реакция со стороны государства на такое правонарушение должна быть адекватной. Адекватность правового регулирования общественных отношений является неотъемлемым условием юридической техники. Теорией права выработаны определенные правила юридической техники, среди которых правила достижения социальной адекватности права (содержательные правила)⁵.

Характер совершения таких деяний, как распространение заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию, либо унижение чести и достоинства другого лица, выраженное в неприличной форме, имеют личностный характер, не представляют той общественной опасности, которые представляют другие преступления, предусмотренные в Уголовном кодексе.

⁴ Доклад Президента Международного Фонда защиты свободы слова «Адил соз» Тамары Калеевой на Круглом столе по презентации обзоров по выполнению Национального плана действий в области прав человека на 2009–2012 гг. в части «Права на свободу слова и получение информации». г. Астана, 27 ноября 2012 г.

⁵ См. подробнее: Кашанина Т.В. Юридическая техника: учебник. М., 2007. С. 104–105.

Для сравнения, в России Федеральным законом № 141-ФЗ от 28 июля 2012 г. «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» клевета вновь стала уголовно наказуемым деянием, спустя всего семь месяцев с того дня, когда в декабре 2011 г. ее перевели в разряд административных правонарушений. Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации в своем докладе за 2012 г. отмечает, что на принятие данного федерального закона ушла одна неделя⁶.

В одном из судебных решений США указано, что «конституционная защита свободы слова и печати основана не наивной вере в то, что слово не может причинить вреда, но на убеждении, что польза, которую приносит обществу свободное обращение идей и обмен ими, перевешивают издержки, связанные с терпимым отношением к предосудительным или опасным идеям»⁷.

Уголовное наказание за клевету и оскорбление не соответствуют степени общественной опасности данных преступлений, которые должны быть декриминализованы. Как справедливо отмечает М.А. Дубровина, «право на свободу мысли и слова – это неотъемлемое право каждого, принадлежащее человеку от рождения, обеспечиваемое повышенной правовой охраной, позволяющее человеку самореализоваться, отражающее прогрессивные тенденции развития правового государства и являющееся принципом построения взаимоотношений человека с государством»⁸.

Необходимо предоставить субъектам права возможность защиты чести, достоинства либо деловой репутации в гражданско-правовом порядке с использованием норм Гражданского и Гражданско-процессуального кодексов. Предлагаем внести изменения в статью 952 Гражданского кодекса РК, дополнив ее 952 пунктами 2-1, 2-2, 2-3 следующего содержания:

⁶ Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2012 год. М., 19 февраля 2013 г. // Российская газета. 2013 г., 29 марта.

⁷ Право на протест: Пособие по осуществлению права на свободное выражение мнений / Дж. Гора, Д. Голдбергер, Г. Стерн, М. Гальперин / Пер. с англ. М.Е. Петросян, А.А. Калинина. СПб., 1999. С. 6.

⁸ Дубровина М.А. Указ. соч. С. 59.

«2-1. Размер морального вреда, причиненного распространением сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию, не может превышать двухсот месячных расчетных показателей.

2-2. Размер морального вреда, причиненного распространением сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию в публичной форме либо в средствах массовой информации, не может превышать одной тысячи месячных расчетных показателей.

2-3. Размер морального вреда, причиненного распространением сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию (в том числе, в публичной форме либо в средствах массовой информации), которое было совершено в период до одного года до обращения за судебной защитой нарушенного права, не может превышать двухсот месячных расчетных показателей».

Дополнения пунктами 2-1, 2-2 статьи 952 Гражданского кодекса РК вызваны необходимостью ограничения возможности присуждения огромных сумм возмещения морального вреда. Так, В 2011 г. СМИ были предъявлены иски о взыскании морального вреда на суммы, в совокупности превышающие 150 млн долларов США. В ноябре 2012 г. газете «Уральская неделя» и ее корреспонденту Л. Ахмедьярову были предъявлены иски со стороны чиновников на 18 млн тенге (120 тыс. долларов)⁹. В настоящее время чиновники стали чаще подавать исковые заявления на журналистов за публикации, освещающие жизнь публичного лица (наличие недвижимости у госслужащего и его родственников, наличие бизнеса, организация тендеров и государственных закупок, посещение чиновником казино и баров и т.д.). Тем самым судебные решения о возмещении многомиллионного ущерба становятся средством банкротства СМИ.

⁹ Доклад Президента Международного Фонда защиты свободы слова «Адил соз» Тамары Калеевой на Круглом столе по презентации обзоров по выполнению Национального плана действий в области прав человека на 2009–2012 гг. в части «Права на свободу слова и получение информации». г. Астана, 27 ноября 2012 г.

Дополнение пунктом 2-3 статьи 952 Гражданского кодекса РК направлено на развитие предлагаемых изменений пункта 2 статьи 952 Гражданского кодекса РК.

Также предлагаем внести дополнения в пункт 2 статьи 952 Гражданского кодекса РК в части того, чтобы суд учитывал при определении размера причиненного морального вреда период времени между фактическим распространением ложных позорящих сведений и моментом обращения за судебной защитой нарушенного права.

Один год является достаточным периодом времени, когда лицо вправе обратиться в суд за защитой нарушенного права и возмещением морального вреда.

Предлагаемые дополнения в пункт 2 статьи 952 Гражданского кодекса РК связаны со следующими обстоятельствами. Очевидно, что моральный вред, причиненный распространением сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию (в том числе в публичной форме либо в средствах массовой информации), скажем, три года назад, а тем более десять лет назад, имеет другой характер. В Казахстане имеются случаи, когда отсутствие срока исковой давности для возмещения морального вреда приводит к тому, что чиновник подает исковое заявление через несколько лет после распространения сведений. За это время вполне возможно, что у журналиста может быть удалена запись на диктофоне, утеряны первоисточники информации и др.

Еще одной из проблем законодательного регулирования института свободы слова, на которую неоднократно указывали правозащитники и журналисты, является то, что государство может воздействовать на СМИ через механизм приостановления и прекращения деятельности СМИ. В соответствии с п. 1 ст. 13 Закона РК «О средствах массовой информации» приостановление либо прекращение выпуска средства массовой информации либо распространения продукции средства массовой информации возможно по решению собственника или суда. В законе установлен очень обширный перечень оснований для приостановления выпуска СМИ.

Хотя в статье 13 Закона «О средствах массовой информации» оговаривается судебный порядок приостановления либо прекращения выпуска СМИ либо распространения продукции СМИ,

в пункте 5 статьи 10 этого закона закреплено: «свидетельство о постановке на учет периодического печатного издания и (или) информационного агентства **решением уполномоченного органа** признается утратившим силу в случае **пропуска срока выпуска продукции** периодического печатного издания и (или) информационного агентства, а также **прекращения** выпуска продукции периодического печатного издания и (или) информационного агентства **в течение трех месяцев**, за исключением случаев приостановления судом выпуска периодического печатного издания и (или) информационного агентства». Как видим, излишняя законодательная регламентация процедуры деятельности СМИ ограничивает конституционное право человека на свободу слова.

Закон РК «О телерадиовещании» устанавливает, что «в целях обеспечения прав физических лиц на информацию, свободу слова, выражение мнения и развития плюрализма мнений, а также сохранения и обеспечения единого информационного пространства Республики Казахстан, освещения государственной политики в сфере социально-экономического развития республики, сохранения и развития культурного наследия страны **формируется перечень обязательных теле-, радиоканалов**, составляющий совокупность культурной, научно-образовательной, познавательно-просветительской и другой социально значимой информации и обязательный к распространению на всей территории Республики Казахстан» (п. 1 ст. 12). Насколько оправдана в век Интернета и спутникового телевидения попытка государства влиять на сознание граждан путем утверждения подобного перечня обязательных теле- и радиоканалов? Очевидно, что человек сам вправе выбирать тот источник информации, которому он доверяет и желает использовать.

*Ю.А. Крохина**

**ВОПРОСЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ОРГАНОВ
ГОСУДАРСТВЕННОГО ФИНАНСОВОГО КОНТРОЛЯ
С ИНСТИТУТАМИ ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА:
СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ**

В условиях становления новых моделей управления социально-экономическим и общественным развитием происходит усиление влияния и возрастание роли государственных органов финансового контроля. Одной из форм данного процесса является активизация взаимодействия и возрастание влияния высших органов финансового контроля (ВОФК) на развитие гражданского общества, что, как свидетельствует анализ международного опыта, обусловлено демократизацией развитых экономик, расширением сферы ответственности органов финансового контроля, ориентацией их деятельности на оценку качества общественного развития. И ВОФК, и общественные институты заинтересованы в том, чтобы оценивать и контролировать последствия действий властей, конечные результаты реализуемых национальных и международных стратегий развития, поскольку это существенно расширяет возможности обеспечения стабильности общественного развития в целом.

Экономические и социальные риски современного мира, новая роль государства, кризис сложившихся и становление новых экономических и общественных институтов существенно расширяют миссию высших органов финансового контроля. Дееспособный современный, обладающий уникальными информационными ресурсами институт государственного аудита способен выполнять как регулятивные, так и конструктивные функции, помогая государству и обществу не только в проведении эффективных институциональных изменений, но и в выборе перспективных траекторий развития страны.

* **Крохина Ю.А.** – доктор юридических наук, профессор; заведующая кафедрой правовых дисциплин Высшей школы государственного аудита (факультета) МГУ им. Ломоносова, профессор кафедры финансового права Финансового университета при Правительстве РФ.

Именно в этом контексте принципиально важна взаимосвязь государственного аудита и общественного контроля. Действенность государственного аудита во многом зависит от того, насколько адекватно и объективно его деятельность отражает общественные оценки и ожидания. Именно в этом контексте институт государственного аудита в российских условиях – это не только система независимой обратной связи, которая дает государству и обществу объективную информацию о реальном положении дел, но прежде всего, инструмент эволюции экономики, который способен эффективно влиять на процессы экономического развития в силу своего универсального характера и особого общественного предназначения.

Еще полтора – два десятилетия назад деятельность большинства институтов гражданского общества была сосредоточена на оценке процесса утверждения бюджета и последующей его реализации, прежде всего посредством взаимодействия с законодательной властью. При этом уровень взаимодействия между институтами гражданского общества и ВОФК был очень низким. Однако, как показывают последние инициативы, имеющие место в Индии, ЮАР, Мексике, Филиппинах и Аргентине, сформировалась устойчивая тенденция расширения взаимодействия между общественными институтами и ВОФК, причем институтами гражданского общества принимаются активные меры для расширения этого взаимодействия.

Специфической, имманентно присущей именно институтам гражданского общества, является *функция общественного контроля*. Это особая сфера социальной ответственности общества. *Защита общественных интересов, противодействие неэффективности деятельности государства и частных структур в социально-экономической сфере, содействие предотвращению фактов коррупции и другие сферы становятся предметом контроля со стороны общества*. Степень реализации этой функции зависит от уровня зрелости гражданского общества, степени развитости демократических институтов. Принципиальную роль с этой точки зрения играют конституционные основы государств.

Включение в конституционные акты статей, посвященных правам граждан в социально-экономической и культурной сфере, особое внимание законодателя к регламентации основных инсти-

тутов гражданского общества были результатом острой политической борьбы, прежде всего партий, представлявших интересы основных групп населения. Следствием явилось формирование и социальная направленность значительного блока законодательства, ориентированного на реализацию прав и свобод человека, и, что особенно важно, обеспечение конституционных гарантий их соблюдения. Важно, что положения конституций в этой части являются нормами прямого действия, что существенно повышает возможности не только их четкой реализации, но и общественного контроля.

Таким образом, конституционные основы формируют условия не только для участия общества в определении приоритетов социально-экономического развития и способах их достижения, *но и для общественного контроля эффективности действий исполнительной и законодательной ветвей власти.*

Разумеется, характер юридической взаимосвязи ВОФК с общественными институтами различается в зависимости от полномочий и функций ВОФК, с одной стороны и от степени институциональной зрелости и активности гражданского общества и представляющих его институтов – с другой. Однако основные принципы, в том числе независимость, ориентация на общественные интересы, институциональная определенность, открытость, несмотря на различие в механизмах реализации, достаточно близки, что подтверждает «генетическую» общность ВОФК и институтов гражданского общества.

Опыт последнего десятилетия свидетельствует о том, что во многих странах мира неправительственные организации, аналитические центры (включая научно-исследовательские институты) и общественные организации активно вовлекались в обретающее все большую популярность движение, направленное на формирование более транспарентной и подотчетной системы государственного бюджетирования. Однако эта деятельность требует системности, профессионализма и хорошей организации.

Следует отметить, что, как правило, и основные общественные институты, и высшие органы финансового контроля действуют на основе специального законодательства (в некоторых случаях выступая даже как конституционные органы), вписываясь в рамки определенного правового поля, которое, с одной стороны, обеспе-

чивает легитимность взаимодействия, но, с другой, обуславливает некоторые ограничения. Что касается институциональных и организационных возможностей взаимодействия ВОФК и общественных институтов, то они очень разнообразны и должны быть адекватны решаемой задаче. Однако во многих случаях институциональная и организационная слабость гражданского общества предопределяют инициативу именно со стороны органов финансового контроля.

Важную роль в расширении правовых, институциональных и организационных возможностей взаимодействия между ВОФК и общественными институтами играют неформальные международные объединения.

Так, международной организацией *Международное партнерство в сфере бюджетирования (МПБ) (International Budget Partnership)* было организовано *Исследование открытости бюджета (Open Budget Survey)*¹, являющееся первым всемирным, независимым, сравнительным обзором прозрачности и подотчетности бюджета.

Последний отчет по Индексу открытости бюджета был опубликован МПБ в 2010 г.², в нем представлена оценка прозрачности и демократичности бюджетного процесса в 94 странах. Согласно отчету почти половина стран вообще не предоставляют значимой информации о госбюджете. Более 80 баллов получили всего семь стран: Южная Африка, Новая Зеландия, Великобритания, Франция, Норвегия, Швеция и США. Меньше всех баллов получили Ирак, Чад и Экваториальная Гвинея (0 баллов). Китай, получивший 13 баллов, отнесен к странам с самым непрозрачным бюджетом, при этом Бразилия (71 балл) и Индия (67 баллов) – к группе стран, предоставляющих существенную информацию.

В рейтинге 2010 г. Россия оценена в 60 баллов, что примерно соответствует оценкам стран Восточной и Центральной Евро-

¹ Website of International Budget Partnership. <http://www.international-budget.org/what-we-do/open-budget-survey/research-resources/?fa=methodology> (дата обращения: 20.04.2014).

² Обзор Открытости Бюджета, 2010 г. http://internationalbudget.org/files/2010_Full_Report-Russian.pdf (дата обращения: 20.04.2014).

пы. По мнению международных экспертов, Правительство РФ предоставляет общественности некоторую информацию о финансовой деятельности, но гражданам трудно отслеживать, как власть управляет средствами государства. Из восьми ключевых бюджетных документов, наличие которых рекомендовано международными стандартами, в России отсутствуют два – обзор среднегодового бюджета и так называемый гражданский бюджет (объяснение в понятной для всех форме планов правительства по увеличению доходов и расходов). Высшую оценку получили Бюджетное послание Президента и отчеты Счетной палаты РФ об исполнении бюджета. Например, годовой отчет Правительства РФ за уровень полноты и доступности информации получил три балла, а отчет Счетной палаты – четыре балла. По оценкам представителей МПБ основными проблемами в открытости системы бюджетирования в России являются следующие³:

- несмотря на высокое качество Послания Президента, сам бюджет ему не соответствует;

- при том, что отчеты Счетной палаты соответствуют основным требованиям и содержат необходимые рекомендации, Правительство недостаточно учитывает их при подготовке проекта бюджета на следующий год.

Обобщения зарубежного опыта свидетельствует о том, что во многих странах участие гражданского общества в контроле того, как расходуются государственные средства, затруднено как раз недостаточной прозрачностью деятельности контрольных органов и недоступностью информации об аудиторской деятельности и выводах, полученных в ходе проверок расходования бюджетных обязательств.

Институты гражданского общества предпринимают инновационные меры, направленные на повышение подотчетности правительств по вопросам использования государственных ресурсов и за счет этого они могут повысить эффективность ВОФК при осуществлении аудита деятельности органов государственной власти.

³ Статья «Бюджет на «тройку». Ведомости, 21.01.2011. http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/253513/byudzhnet_na_trojku (дата обращения: 20.04.2014).

Обобщение зарубежного опыта позволяет выделить следующие рекомендации по развитию дальнейшего сотрудничества между институтами гражданского общества и ВОФК.

1. Институтам гражданского общества следует повышать грамотность общества по вопросам управления государственными финансами. Одновременно ВОФК следует разрабатывать доступные и понятные отчеты, а также своевременно и регулярно их распространять среди общественности, содействуя формированию специальных групп активистов по работе с бюджетом.

2. Институтам гражданского общества, обладающим сетями взаимодействия и опытом выявления возможных случаев коррупции, следует сообщать о них ВОФК. Для того, чтобы воспользоваться преимуществами этих сетей и существующим опытом, ВОФК следует формировать каналы связи, по которым общественные институты могли бы сообщать о возможных нарушениях и предлагать темы для аудиторских проверок. В этой связи мировому сообществу можно предложить ознакомиться с опытом работы «телефона доверия» и общественной приемной Счетной палаты РФ.

В рамках взаимодействия Счетной палаты с общественными институтами интересен опыт ее сотрудничества с Российским союзом налогоплательщиков (РСН). РСН и его региональные отделения не только активно занимаются просветительской работой с населением, информируют общественность и органы власти о фактах нецелевого и неэффективного распоряжения средствами государственного бюджета и собственностью, но и реализуют собственные инициативы, направленные на укрепление системы финансового контроля на местах и усиление прозрачности деятельности местных органов власти в вопросах расходования бюджетных средств.

Кроме того, Счетная палата имеет постоянные контакты с Общероссийской общественной организацией «Ассоциация юристов России» (АЮР), Российским книжным союзом (РКС) и многими другими организациями, что позволяет ей учитывать в своей деятельности интересы достаточно широкого круга заинтересованных сторон, расширять информированность об ожиданиях и запросах представителей гражданского общества. Важным следствием активного взаимодействия Счетной палаты с различными

общественными институтами является расширение и обогащение опыта использования различных методов и моделей сотрудничества.

Для укрепления научно-методической базы контрольной деятельности и повышения эффективности государственного контроля Счетной палатой учреждены Государственный научно-исследовательский институт, Высшая школа государственного аудита, организован Экспертно-консультативный совет при Председателе Счетной палаты Российской Федерации.

3. Институты гражданского общества (наряду с законодательными органами) могут контролировать выполнение рекомендаций ВОФК, а также оказывать влияние на результативность этого процесса. Несмотря на то, что мандат ВОФК, как правило, не позволяет им участвовать в политических процессах, институты гражданского общества могут использовать свое влияние для увеличения общественного, а в некоторых случаях и политического веса рекомендаций, разрабатываемых ВОФК.

Таким образом, дальнейшее развитие взаимодействия между ВОФК и институтами гражданского общества, устранение существующих ограничений, предполагает юридическую регламентацию этого процесса, в том числе принятие определенных правовых норм, институционального оформления и методического обеспечения соответствующей деятельности. Это особенно важно для развивающихся экономик и экономик переходного периода, где процесс формирования экономического законодательства еще продолжается, так же как и создание институтов гражданского общества.

Синхронизация этих процессов создает потенциал для эффективного взаимодействия между властью и обществом в вопросах формирования и использования государственного бюджета в интересах социально-экономического и общественного развития.

*С.М. Хомов**

ФОРМЫ ГРАЖДАНСКОГО КОНТРОЛЯ В СФЕРЕ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ УКРАИНЫ

Факты нарушения законодательства налоговыми органами Украины, их должностными лицами, а также случаи небрежного отношения к выполнению этими лицами своих служебных обязанностей, в результате которых были нарушены права, свободы и законные интересы граждан, а также юридических лиц в сфере налогообложения, всегда представляли интерес для общественности и были предметом гражданского контроля.

Общественный контроль над органами публичной власти, в том числе и налоговыми органами Украины, является обязательным условием, своего рода инструментом обеспечения законности и прозрачности в их деятельности. Именно поэтому развитие демократического государства и общества требует четкого определения форм осуществления гражданского контроля в сфере налогообложения Украины.

Общие проблемы становления, развития и организации гражданского контроля в Украине были предметом изучения таких отечественных ученых, как В.Б. Аверьянов, С.Г. Братель, К.В. Винцукевич, О.М. Ващук, В.М. Гаращук, М.В. Денисюк, Н.М. Ижа, А.С. Крупник, С.М. Кушнир, В.Я. Малиновский, Т.В. Наливайко, П.М. Рабинович, А.В. Радченко и др. Однако несмотря на достижения указанных и иных ученых в изучении данной проблематики многие вопросы, связанные с организацией гражданского контроля в Украине, остаются неразрешенными.

Контроль – это основной способ обеспечения законности и дисциплины в государственном управлении. Одновременно он является важнейшей функцией государства. Без организации и осуществления контроля осложняется эффективная работа государственного аппарата, других государственных и негосударственных

* **Хомов С.М.** – подполковник налоговой милиции, старший оперуполномоченный по особо важным делам оперативного управления ГУ Миндоходов в г. Киеве.

структур, поскольку любое решение в сфере государственного управления заканчивается контролем за их выполнением. Без этого они не будут иметь смысла. Контроль, как отмечает В.М. Гаращук, является тем фактором, который дисциплинирует поведение служащих государственного аппарата и граждан, как в сфере государственного управления, так и в обществе вообще. Это то, что делает «прозрачным» для общества деятельность государства, а для государства – внутриобщественные отношения¹.

Как известно, в системе государственно-общественных отношений различают два вида контроля – государственный и гражданский контроль. Их соотношение и характер взаимосвязи позволяют непосредственно определить, какой режим господствует в государстве – авторитарный или демократический².

Государственный контроль – это деятельность государственных органов, которая заключается в наблюдении, анализе и проверке объектов контроля и направлена на предотвращение, выявление и пресечение действий, противоречащих установленным государством нормам, правилам и стандартам³. Государственный контроль осуществляется на постоянной основе и предусматривает оперативное вмешательство уполномоченных государственных органов в деятельность подконтрольных объектов. Он заключается в наблюдении за функционированием соответствующего подконтрольного объекта, в получении объективной и достоверной информации о состоянии законности в его деятельности⁴.

Государственный контроль осуществляется всеми государственными органами в процессе выполнения поставленных перед ними и подчиненными им органами (должностными лицами) задач. Он является составной частью государственного управления,

¹ Гаращук В.М. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Х., 2003. С. 35.

² Наливайко Т.В. Громадський контроль в Україні як інститут громадянського суспільства: теоретико-правовий аспект. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Львів. 2010. С. 18.

³ Андрійко О.Ф. Організаційно-правові проблеми державного контролю у сфері виконавчої влади. Дис. ... докт. юрид. наук. К., 1999. С. 30.

⁴ Адміністративне право України: підручник. / За заг. ред. Т. О. Коломоєць. К., 2012. С. 283.

одной из его функций, методом реализации управленческой компетенции⁵.

Гражданский контроль, как вид социального контроля, осуществляется объединениями граждан и отдельными гражданами. Как показывает практика, гражданский контроль является функцией гражданского общества, поэтому является способом привлечения населения к управлению обществом и государством. Он является важной формой реализации демократии, поскольку дает возможность населению участвовать в государственном управлении, в решении государственных и общественных дел, активно влиять на деятельность органов государственной власти и местного самоуправления⁶.

Функционирование гражданского контроля в демократическом обществе может рассматриваться как целенаправленное и действенное влияние социальных субъектов, главным из которых является общественный активист, которому должны создаваться необходимые условия для самореализации творческого потенциала. С активизацией гражданского контроля, отмечает Т.В. Наливайко, усиливается влияние гражданского общества на все сферы жизнедеятельности общества. В процессе становления и развития гражданского общества возрастает роль самоорганизации и организации, как важных процессов структуризации общественных отношений⁷.

Сотрудничество органов публичной власти с институтами гражданского общества является неотъемлемым элементом демократической политической культуры европейского образца. Наличие налаженных, эффективно действующих каналов коммуникации между органами власти и общественными объединениями

⁵ Корнев А.П. Административное право. Общая и особенная части. М., 1986. С. 257–258.

⁶ Іжа М.М. Громадський контроль в системі публічного управління як ефективний інструмент експертизи державно-управлінських рішень. <http://www.kbuara.kharkov.ua/e-book/putp/2012-4/doc/2/02.pdf> (дата обращения: 20.04.2014).

⁷ Наливайко Т.В. Громадський контроль в Україні як інститут громадянського суспільства: теоретико-правовий аспект. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Львів. 2010. С. 18.

выступает залогом открытости государственной политики, ее подконтрольности обществу, и в целом – соответствия стратегическим национальным интересам⁸.

Основными формами осуществления гражданского контроля принято считать: социологические и статистические исследования; общественные слушания; общественную экспертизу актов органов публичной власти и их проектов; публикации в прессе; выпуски на радио, телевидении и публикации в сети Интернет; участие общественности в работе коллегиальных органов власти; проверку деятельности любой организации или ответственного лица; анализ обращений граждан, результатов деятельности и т.п.⁹ А.С. Крупник среди основных форм осуществления гражданского контроля также называет: включение представителей общественности в состав рабочих групп, которые образуются властью; деятельность органов самоорганизации населения; деятельность общественных организаций; деятельность партийных организаций; деятельность объединений потребителей; проверка деятельности организации или ответственного лица; предложения (замечания), заявления, жалобы, письменные и устные ходатайства, индивидуальные и коллективные обращения граждан¹⁰.

В сфере налогообложения применяются различные формы гражданского контроля над деятельностью налоговых органов Украины. Среди наиболее распространенных и результативных форм гражданского контроля можно назвать: 1) общественный мониторинг; 2) общественные обсуждения; 3) публичный отчет руководителей налоговых органов о проделанной работе; 4) размещение

⁸ Іжа М.М. Громадський контроль в системі публічного управління як ефективний інструмент експертизи державно-управлінських рішень. <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/putp/2012-4/doc/2/02.pdf> (дата обращения: 20.04.2014).

⁹ Енциклопедія державного управління : у 8 т. / Нац. акад. держ. упр. при Президентові України; наук.-ред. колегія: Ю.В. Ковбасюк (голова) та ін. К., 2011. Т. 1: Теорія державного управління / наук.-ред. колегія: В. М. Князєв (співголова), І. В. Розпутенко (співголова) та ін. 2011. С. 114.

¹⁰ Крупник А.С. Громадський контроль: сутність та механізми здійснення. http://novyi-stryi.at.ua/gromkontrol/KRUPNYK_A_pro_grom_kontrol.pdf (дата обращения: 20.04.2014).

информации о результатах деятельности налоговых органов в средствах массовой информации и сети Интернет.

Общественный мониторинг является одной из основных форм гражданского контроля над деятельностью налоговых органов Украины. Общественный мониторинг представляет собой непрерывное, процедурно (и правовым образом) регламентированное наблюдение со стороны субъектов гражданского контроля над соответствием деятельности налоговых органов Украины общественным интересам в сфере налогообложения.

Общественные обсуждения как форма гражданского контроля предусматривает реализацию прав граждан на участие в процессе принятия решений налоговыми органами Украины путем проведения собраний для публичного обсуждения проектов и решений налоговых органов относительно их соответствия общественным интересам в сфере налогообложения. Так, в Украине действует Ассоциация плательщиков налогов Украины, созданная с целью представительства и защиты прав, экономических, социальных и других интересов налогоплательщиков на местном, региональном, отраслевом, всеукраинском уровнях, а также с целью координации и консолидации действий своих членов в сфере социально-трудовых и экономических отношений. Основными задачами Ассоциации являются: мониторинг законодательных инициатив, действий властных структур в сфере формирования налогового законодательства с целью расширения и полной реализации законных прав и интересов налогоплательщиков; представление интересов налогоплательщиков в органах государственной власти, управления и местного самоуправления при формировании и реализации государственной налоговой и экономической политики; обеспечение реализации комплексной системы эффективного взаимодействия бизнеса и власти для оптимального сочетания их интересов и т.п.¹¹

Публичный отчет руководителей налоговых органов Украины также является одной из форм гражданского контроля, которая предусматривает публичное обсуждение результатов деятельности налоговых органов в ходе встречи с налогоплательщиками или их

¹¹ Ассоциация плательщиков налогов Украины. http://www.appu.org.ua/pro_APPU/Misiya_meta_ta_zavdannya_APPU/ (дата обращения: 20.04.2014).

представителями, экспертами в области налогообложения и налоговой политики.

Кроме того, основной формой гражданского контроля над деятельностью налоговых органов Украины является деятельность общественных советов и совещательных комитетов. Так, в составе налоговых органов Украины действуют общественные советы, структурными подразделениями которых являются Комиссии по вопросам налоговой политики. К примеру, на совместном заседании Комиссии по вопросам налоговой политики и Экспертно-апелляционной комиссии Общественного совета при Министерстве доходов и сборов Украины от 21 октября 2013 г. были рассмотрены такие вопросы, как: 1) налогообложение фиксированным сельскохозяйственным налогом и налогом на добавленную стоимость в рамках действующего законодательства; 2) налоговые разъяснения в части налогообложения долгосрочных договоров страхования жизни в случае неуплаты очередного страхового платежа; порядок налогообложения амортизации дисконта по ценным бумагам; 3) обложение налогом на добавленную стоимость операций поставки на экспорт по цене, которая ниже обычных цен/бесплатного экспорта и др.¹²

Таким образом, совещательные комитеты, которые формируются из представителей общественности, оказывают существенную помощь в решении вопросов, интересующих налогоплательщиков. Кроме того, они способствуют изучению общественного мнения не только о результатах деятельности налоговых органов Украины, но и о проблемных вопросах в сфере налогообложения.

Следует отметить, что налоговые органы Украины с целью изучения общественного мнения начали применять такую форму гражданского контроля, как социологические и статистические исследования. К примеру, на официальном портале Министерства доходов и сборов Украины размещено информационное окно «Опрос», в котором на обсуждение общественности выносятся

¹² Протокол № 4 Комиссии по вопросам налоговой политики от 21 октября 2013 года. Министерство доходов и сборов Украины. URL: <http://minrd.gov.ua/pro-minrd-ukraini/gromadska-rada/diyalnist-komisiy-gromadskoi-radi/komisiya-z-pitan-podatkovoi-politiki/protokoli/62939.html> (дата обращения: 20.04.2014).

наиболее важные вопросы, связанные с организационной деятельностью налоговых органов, например, оценка работы Центров обслуживания налогоплательщиков по выдаче справок и разрешительных документов.

На наш взгляд, в указанном информационном окне на общественное обсуждение нужно выносить вопросы, не только отражающие деятельность налоговых органов, но и интересы, которые беспокоят самих налогоплательщиков. Такой механизм позволит наладить обратную связь между налоговыми органами и налогоплательщиками по разрешению наиболее важных и актуальных вопросов в сфере налогообложения. Кроме того, налогоплательщикам необходимо предоставить возможность не только давать оценку деятельности налоговых органов, но и вносить свои предложения по улучшению их деятельности.

Подводя итог, можно с уверенностью сказать, что гражданский контроль над налоговыми органами Украины является ключевым инструментом реализации принципов демократического общества, поскольку дает возможность общественности принимать непосредственное участие как в реализации, так и формировании налоговой политики государства.

*А.М. Луцик**

РОЛЬ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРОЦЕДУР В РЕАЛИЗАЦИИ ФУНКЦИЙ И ЗАДАЧ, ВОЗЛАГАЕМЫХ НА НАЛОГОВЫЕ ОРГАНЫ УКРАИНЫ

Сегодня вопросы разрешения проблем в сфере осуществления административных процедур налоговыми органами Украины как никогда стали привлекать внимание, поскольку Украина взяла на себя обязательства привести нормы отечественного законодательства, в том числе и налогового, в соответствие с международными нормами и стандартами. Эти процедуры составляют крайне важную сферу, благодаря которой существует возможность полно-

* Луцик А.М. – аспирант Харьковского национального университета внутренних дел.

го и всестороннего обеспечения прав и свобод человека, создание благоприятных условий для ведения предпринимательской деятельности и т.д. Именно поэтому совершенствование осуществления административных процедур, осуществляемых налоговыми органами Украины, на сегодня является актуальным вопросом.

В теории права и административно-правовой науке обосновываются различные подходы к определению понятия и содержания категории «административная процедура». Большинство авторов высказывают мнение о неразрывной связи административной процедуры с административным процессом. Некоторые авторы отождествляют эти понятия, отмечая те или иные присущие им признаки.

Отметим, что в современной административно-правовой науке понятие административного процесса рассматривается как в узком, так и в широком значениях. Административный процесс в узком значении – это деятельность уполномоченных органов государственной власти по рассмотрению дел об административных правонарушениях и применению мер административного принуждения. Такой процесс иногда называют административно-юрисдикционным.

Содержание административного процесса в широком значении включает помимо административно-юрисдикционного процесса также разнообразную управленческую деятельность по рассмотрению и разрешению конкретных дел, возникающих в сфере государственного управления. Такой подход предполагает распространение понятия процесса не только на юрисдикционную, но и на регулятивную, то есть на всю нормотворческую и правозащитную деятельность административных органов¹.

Иногда административный процесс в широком значении отождествляют с юридическим процессом, который регламентирует порядок рассмотрения и решения конкретных административных дел. Он понимается в таких случаях, как деятельность, которая основывается на нормах административного процессуального права, исполнительных органов государства, их должностных лиц, а также других уполномоченных на то субъектов по реализа-

¹ Галицина Н.В. Административная процедура как институт административного процесса // Форум права. 2010. № 4. С. 163–177.

ции норм материального административного права, а в ряде случаев – и материальных норм других отраслей права². Именно широкое понимание административного процесса, как отмечает В.К. Колпаков, отвечает современным нормам развития правовой науки и воплощенным в Концепции административной реформы Украины принципам трансформации публичного управления в действенный инструмент реализации гражданами своих прав и свобод, инструмент защиты человека от неправомерных действий и административных актов со стороны органов управления и их служащих.³

Таким образом, в современной административно-правовой доктрине сложились различные концепции понимания понятия административного процесса. Так, В.П. Тимощук среди таких концепций выделяет: 1) деликтную (административно-деликтную), которая охватывает отношения по рассмотрению дел об административных правонарушениях и применение мер административного принуждения; 2) юрисдикционную, которая представляет отношения по рассмотрению дел об административных правонарушениях и административное судопроизводство; 3) судебную (только для административного судопроизводства); 4) административно-юстиционную (охватывает отношения по рассмотрению жалоб в административном порядке и административное судопроизводство); 5) управленческую (вся деятельность органов публичной администрации); 6) положительно-управленческую (охватывает деятельность органов публичной администрации, за исключением отношений по рассмотрению дел об административных правонарушениях); 7) широкую (все отношения по применению административно-правовых норм любыми субъектами, а также применение в ряде случаев материальных норм других отраслей права)⁴.

Такой широкий спектр понимания административного процесса требует проведения разграничения его составляющих, к ко-

² Бандурка О.М. Адміністративний процес: підруч. для вищих навч. закл. К., 2002. С. 12.

³ Колпаков В.К. Адміністративно-деліктний правовий феномен. К., 2004. С. 363.

⁴ Тимощук В.П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення. К., 2010. С. 34.

торым относятся и административные процедуры. Сочетание юрисдикционного и положительного управленческого процесса в одном понятии, по нашему мнению, не соответствует современной административно-правовой науке. Учитывая это, возникает необходимость в разграничении трактовки понятий «административный процесс» и «административная процедура».

Соотнося административный процесс и административную процедуру, О.В. Кузьменко отмечает, что, в отличие от процесса, процедура не является явлением, наделенным временной динамикой: в процедуре отсутствует главная детерминанта процесса – продолжительность во временном измерении, то есть процесс наделается такими признаками, как динамика, непрерывное движение, выражающееся в последовательных переходах от одного к другому состоянию, а процедура определяется как дискретность такого движения. Таким образом, процесс предстает перед нами как «деятельность субъектов права по осуществлению правовой регламентации общественных отношений и реализации права», а процедура – как «формальная сторона такой деятельности»⁵.

По мнению Л.Л. Попова, административные процедуры – это процедуры осуществления различных видов позитивной управленческой деятельности (процедуры нормотворческой деятельности, процедуры реализации прав и обязанностей граждан и организаций в сфере управления, процедуры контрольной деятельности), а также процедуры, связанные с организацией работы аппарата органов исполнительной власти. Такая деятельность характеризуется как организационно-процедурная, осуществляемая органами исполнительной власти в процессе реализации своих функций⁶.

И.Н. Лазарев считает, что административные процедуры, как часть административного процесса представляют собой урегулированную административно-процессуальными нормами правоприменительную деятельность органов исполнительной власти, направленную на реализацию своих полномочий во взаимоотно-

⁵ Кузьменко О.В. Теоретичні засади адміністративного процесу. К., 2005. С. 167.

⁶ Попов Л.Л. Административное право Российской Федерации. М., 2010. С. 222.

шениях с не подчиненными им гражданами, организациями и не связанную с рассмотрением споров или применением принудительных мер⁷.

В проекте Административно-процедурного кодекса Украины⁸ от 3 декабря 2012 г. под административной процедурой предлагается понимать определенный законодательством порядок административного производства (п.1 ч. 1 ст. 2), а под административным производством – совокупность последовательно совершаемых административным органом процедурных действий и принятых процедурных решений по рассмотрению и решению административного дела, что завершается принятием административного акта и его исполнением (п. 2 ч. 1 ст. 2).

Итак, в отечественной административно-правовой науке процедура принятия административных актов рассматривается в структуре «административного процесса» в его «управленческом» или «широком» смысле. Однако, по мнению В.П. Тимощука, наиболее корректным и рациональным использованием категории «административный процесс» является ее применение для обозначения отношений, складывающихся при осуществлении административного судопроизводства.

Деятельность административных органов, в том числе по принятию административных актов, некорректно считать административным процессом из-за несоответствия общей теории права, истории права в целом и административного права в частности, а также из-за отсутствия единства и целостности (совокупности признаков, статуса участников, принципов и т.д.) публичного управления (администрации) и административного судопроизводства. Место принятия административных актов нужно искать не в структуре административного процесса, а в структуре административной процедуры, под которой следует понимать установлен-

⁷ Лазарев И.М. Административные процедуры в сфере взаимоотношения граждан и организаций с органами исполнительной власти Российской Федерации. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 53–54.

⁸ Проект Адміністративно-процедурного кодексу України: від 3 грудня 2012 року, № 11472 // Офіційний портал Верховної Ради України. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=44893 (дата обращения: 20.04.2014).

ный законом порядок рассмотрения и разрешения административных дел, направленный на принятие административного акта или заключение административного договора⁹.

Таким образом, можно сделать вывод, что административный процесс и административная процедура – это две взаимосвязанные, но вполне самостоятельные правовые категории. Административный процесс и административные процедуры объединяют общие свойства, а именно: а) властный характер деятельности государственных органов и их должностных лиц; б) урегулирование этой деятельности процессуальными нормами; в) принятие властного акта (постановления, приговора, решения, протокола и т.д.); г) реализация норм материального права в определенной последовательности, порядке и по правилам, в ходе которой возникают, изменяются или прекращаются конкретные общественные отношения¹⁰.

Из вышесказанного следует, что административные процедуры по своему содержанию и направленности применяются в деятельности органов публичной власти, к которым относятся и налоговые органы Украины. Они охватывают как юрисдикционную, так и управленческую деятельность налоговых органов Украины, направленную на реализацию функций и задач, возлагаемых на эти органы, а также на реализацию прав и законных интересов граждан и юридических лиц в сфере налогообложения. Именно с помощью административных процедур осуществляется реализация как внутриорганизационных, так и внешних полномочий налоговых органов Украины. Они способствуют урегулированию внутриорганизационной деятельности налоговых органов, а также принятию соответствующих решений относительно индивидуальных дел, имеющих значение для физических и юридических лиц в связи с реализацией их прав и законных интересов в сфере налогообложения (например, рассмотрение жалоб налого-

⁹ Тимошук В.П. Процедура прийняття адміністративних актів: питання правового регулювання. Дисс. ... канд. юрид. наук. К., 2009. С. 58–59.

¹⁰ Проект Адміністративно-процедурного кодексу України: від 3 грудня 2012 року, № 11472 // Офіційний портал Верховної Ради України. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=44893 (дата обращения: 20.04.2014).

плательщиков на налоговые уведомления-решения об определении сумм денежных обязательств налогоплательщика или любые другие решения налоговых органов относительно налогов, сборов, взимаемых в бюджеты и государственные целевые фонды, а также относительно законодательства, контроль над соблюдением которого возлагается на налоговые органы Украины).

Кроме того, административные процедуры формируют правовую форму внутриорганизационной и внешней деятельности налоговых органов Украины. Они определяют порядок и последовательность действий должностных лиц налоговых органов по принятию как управленческих решений, направленных на урегулирование внутриорганизационной деятельности, так и решений по индивидуальным делам, в результате чего достигается конкретный правовой результат.

Таким образом, нормативно-закрепленные административные процедуры обеспечивают реализацию принципа законности в деятельности налоговых органов Украины, а также выполняют правоохранительную функцию, способствуя обеспечению реализации и защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц и выполнение ими определенных законом обязанностей в сфере налогообложения.

Д.В. Чухвичев*

ПЕРСПЕКТИВЫ И ПРОБЛЕМЫ КОДИФИКАЦИИ В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Правовая реформа в России, начавшаяся в 90-х гг. прошлого века (и продолжающаяся до настоящего времени) сопровождалась оживленным развитием, увеличением в объеме и структурным усложнением системы права. Как представляется, возникающие в результате этого проблемы предопределяют возможность и даже необходимость проведения кодификации в целом ряде отраслей современного российского права.

* **Чухвичев Д.В.** – кандидат юридических наук; доцент кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов.

Кодификация представляется совершенно необходимой для завершения формирования отрасли законодательства, а вместе с ней – соответствующей отрасли права. Во-первых, она служит для окончательного формирования и выделения структурных составляющих системы права – его отраслей (в меньшей степени – подотраслей и, в порядке исключения – институтов).

Формальное выражение и закрепление в кодификационных нормативных правовых актах общих положений (принципов и целей правового регулирования, специальных юридических отраслевых терминов, иных методологических начал) является, помимо прочего, еще и выделением основополагающих начал, служащих для выражения общности определенных норм права. При этом, оформляя окончание развития отрасли, кодификация предопределяет стабилизацию в развитии законодательства, регламентирующего определенную сферу общественных отношений. Психологически гораздо легче убедиться в относительной автономии отрасли права, если человек получает системообразующее начало такой отрасли – кодекс.

Анализ состояния системы современного российского законодательства дает основание для вывода о том, что целый ряд его отраслей нуждается в кодификации.

1. Создание в нашей стране многоукладной экономики и укрепление рыночных отношений предопределили формирование в отечественной системе законодательства новой группы норм, регламентирующей процесс хозяйственной деятельности – **хозяйственное право**, тоже нуждающееся в кодификации.

Однако законодательное регулирование этих важнейших общественных отношений остаётся в высшей степени разрозненным и бессистемным. В этих условиях оказывается гораздо труднее выявить и исправить пробелы и коллизии содержащихся в них предписаний. Бессистемность в законодательном регулировании не дает возможности эффективного выражения и закрепления в действующем законодательстве общих положений.

Именно с общими положениями в хозяйственном праве положение особенно тяжелое. Практически отсутствует система легальных хозяйственно-правовых терминов. Даже само понятие «хозяйственная деятельность» в законодательстве не определено. Исходя из правовых дефиниций, сложно установить соотношение

понятий «хозяйственная деятельность», «предпринимательская деятельность» и «коммерческая деятельность», что постоянно вызывает путаницу и проблемы с толкованием предписаний.

По нашему мнению, наиболее оптимальным путем решения всех вышеуказанных проблем является проведение кодификации и создание кодекса (возможны различные варианты его наименования, но наиболее удачным представляется название «хозяйственный кодекс»), который мог бы объединить, сконцентрировать и систематизировать правовое регулирование в хозяйственно-правовой сфере путём комплексного и структурированного выражения действующих в ней норм.

Возможность и желательность проведения кодификации в исследуемой области правового регулирования подтверждается удачной законотворческой практикой в других странах.

Кодексы, регламентирующие хозяйственные отношения, созданы и действуют во многих странах мира. Так, во Франции действует Хозяйственный кодекс, в Германии – Торговый кодекс. Востребованность и эффективность этих кодексов дает основание для утверждения, что эффективные кодификации в этой сфере вполне возможны. Состояние же законодательного регулирования хозяйственной деятельности в современной России позволяет сделать вывод, что эта отрасль законодательства остро нуждается в этом виде систематизации.

2. В XX в. в результате бурного научно-технического прогресса одной из глобальных проблем жизнедеятельности общества стали негативные изменения окружающей природной среды в результате воздействия на нее человека. В результате в современной российской системе права в настоящий момент фактически сформировалась важнейшая в условиях экологического кризиса правовая отрасль – **экологическое право**.

Своеобразие законодательного регулирования отношений, связанных с природопользованием, состоит в том, что главная проблема этой отрасли законодательства – бессистемность и множество пробелов при наличии достаточно стройной и эффективной системы общих положений. Кодификация, проведенная с использованием этих общих положений, позволит решить эту проблему.

Экологический кодекс существует и действует в Республике Казахстан. В некоторых странах кодификационные работы находятся в стадии планирования (Украина, Киргизская Республика). В Республике Беларусь официально утверждена Концепция проекта Экологического кодекса и принята к исполнению разработчиками указанного акта.

3. Нуждаются в кодификации источники права, регламентирующие **исполнительное производство** (процесс принудительной реализации преюдициально установленных предписаний имущественного характера, содержащихся в судебных, а также приравненных к ним актах). Эту отрасль (естественно, с определенной долей условности) можно определить как *гражданское исполнительное право* – по аналогии с уголовно-исполнительным правом, логическим аналогом которого для гражданских правоотношений эта новая отрасль является. В настоящий момент ее предписания выражаются в нескольких законах, наиболее заметными из которых являются Федеральный закон «Об исполнительном производстве», Федеральный закон «О судебных приставах – исполнителях», Гражданский процессуальный кодекс, арбитражный процессуальный кодекс (в последних двух регламентации гражданских исполнительных отношений посвящена только небольшая часть), а также в нескольких подзаконных нормативных правовых актах.

Такое положение очень неудобно, не позволяет достичь необходимой системности в правовой регламентации этих отношений. Кроме того, такое положение влечёт за собой неизбежность существования пробелов, определить которые в условиях недостаточной системности законодательства оказывается достаточно сложно. Слабая логическая связность законодательных предписаний обусловлена так же отсутствием достаточно чётко и системно выраженных и формально закреплённых общих положений, которые выступили бы системообразующим началом в законодательном выражении положений этой новой отрасли права.

Ни Федеральный закон «Об исполнительном производстве» 1997 г., ни пришедший ему на смену в 2007 г. закон с аналогичным названием не решили проблему бессистемности, пробельности и технического несовершенства правового регулирования принудительного исполнения судебных актов и актов, к ним приравненных.

Форма обычных законов не подходит для глобальной систематизации нормативного правового материала, для этого требуется кодекс. Положение с законодательным регулированием исполнительного производства является наглядным подтверждением, что обычный закон не может выполнить функции кодификационного акта.

4. Принципиально новым комплексом юридических норм, оформившимся в отечественной системе права и остро нуждающимся в кодификации, является **корпоративное право**. Предметом регулирования этого нормативного образования выступают отношения, связанные с созданием и функционированием корпораций – объединений лиц, создаваемых для объединения усилий и (если это необходимо) материальных средств с целью достижения общих для этих лиц целей.

Даже если не признавать отраслевой самостоятельности корпоративного права, специфика системы норм права, регламентирующих отношения, связанные с созданием и функционированием корпораций, сомнений не вызывает. Эта специфика выражается в особой методологии правового регулирования, особых принципах юридического воздействия, самостоятельной системе специальных юридических понятий, в наличии особых юридических конструкций и иных юридических приемов, выражающих характерные черты предмета, основополагающих целей и метода правового регулирования.

Нормы корпоративного права разбросаны по всему действующему законодательству, как и нормы рассмотренного выше хозяйственного права. Большая часть корпоративных норм выражается в различных обычаях и обыкновениях корпоративного оборота, и законодатель только отражает и закрепляет отдельные из них для регламентации некоторых видов деятельности определенных организационно-правовых форм корпораций – от случая к случаю.

Кроме того, просто катастрофическое положение в корпоративном праве с законодательным выражением и закреплением общих положений – их просто нет.

Как уже отмечалось, даже основы корпоративного права четко не определены: нет ни нормативного определения терминов (даже само понятие «корпорация» не имеет легальной дефиниции),

ни законодательного закрепления принципов корпоративно-правового регулирования, ни нормативного определения соответствующих юридических конструкций и иных общих положений. И кодификация корпоративного права в связи с этим представляется не только возможной, но и в высшей степени целесообразной. Без нее корпоративное право вообще не может полноценно выполнять свои регулятивные функции как система юридических норм.

5. Кодификация оказывается востребованной на уровне не только отраслевой, но также некоторых институтов права.

Одним из них выступает **избирательное право**, чьим предметом правового регулирования являются процедуры подготовки и проведения выборов.

Характерной чертой избирательного права как возможного поля кодификации является сравнительно более высокая степень полноты отражения и закрепления норм права в действующем законодательстве, нежели в исследованных выше отраслях права. Юридические предписания, регламентирующие избирательный процесс в нашей стране, достаточно компактно сосредоточены в нескольких законах: в Федеральном законе «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», в Федеральном законе «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания России», в Федеральном законе «О выборах Президента Российской Федерации», в Федеральном законе «Об обеспечении конституционных прав граждан избирать и быть избранными в органы местного самоуправления».

Главная проблема, предопределяющая необходимость проведения кодификации в сфере избирательного права – бессистемность норм, составляющих это нормативно-правовое образование. Предписания друг друга дублируют, не составляют между собой единой логической связи, что сильно снижает эффективность правового регулирования. Кроме того, такое положение создает серьезные проблемы с формированием единой системы общих положений. Отдельные такие положения (например, принципы, определяющие правовое регулирование избирательного процесса) в действующем законодательстве отражены, и достаточно удачно, однако единого комплекса они пока все же не составляют.

6. Гораздо сложнее положение с такими новыми отраслями права, как *медицинское право* и *образовательное право*.

Формирование этих отраслей права сопровождалось попыткой законодателей комплексно закрепить в законодательстве основные, базовые положения этих отраслей – принципы правового регулирования, основные понятия, некоторые юридические схемы. Для этого в 2012 г. были приняты специальные законы: ФЗ «Об основах защиты здоровья граждан» (пришедший на смену «Основам законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан») и ФЗ «Об образовании» (вступил в законную силу 1 сентября 2013 г.). В этих законах было закреплено положение об их особой роли в регулировании соответствующих общественных отношений и о преимуществе их юридической силы.

Однако, как представляется, и в этом случае предпочтительнее было бы провести кодификацию – как процесс, необходимый для завершения формирования соответствующих отраслей права. Обычные законы, пусть даже отчасти напоминающие кодексы, все же не могут их полностью заменить, полноценно выполнить их функции. Их все же нельзя назвать логически законченными, в них отсутствует достаточно большое количество принципиально важных для целостности отрасли права положений. Кроме того, указанные законы регулируют свой предмет как данность, без учета перспектив развития – это предопределяет сомнительную возможность их использования для определения дальнейшего развития правового регулирования в медицинской и образовательной сферах.

Представляется, что именно в указанных сферах правового регулирования потребность в кодификации, будучи наиболее востребованной, оказывается в то же время очень затруднена. И причин тому можно выделить несколько.

1. **Отсутствие нормативно-правового регулирования** процесса кодификации. Практически не существует нормативных правовых актов, регламентирующих как создание и изменение нормативных правовых актов, так и их систематизацию. Отсутствует формально-правовое закрепление статуса кодификационных нормативных правовых актов, не определена их форма, не закреплены в качестве обязательных к применению правила законодательной техники. Ни в одном нормативном акте не отражены

(даже в качестве рекомендаций) основания для проведения кодификации, условия, в которых ее осуществление необходимо и, следовательно, обязательно. Такое положение не позволяет централизовать процесс совершенствования действующего законодательства.

2. Нехватка системных научно-правовых доктрин, которые могли бы использоваться в качестве методологического основания для разработки приемов и способов осуществления систематизации законодательства. Законодателям просто не на чем базироваться в правовой регламентации этого процесса. Отечественными исследователями-правоведами до обидного мало внимания уделяется научному анализу приемов и способов законодательной техники, подлежащих использованию в процессе систематизации законодательства.

3. Неопределенность круга участников этого процесса. Ни в действующем законодательстве, ни в научных исследованиях, ни в кодификационной практике точно и четко не определено, кто и в какой форме может и должен участвовать в кодификационных работах, кто из субъектов какие функции должен выполнять. В современной России почти отсутствует системная подготовка специалистов в области законодательной техники, в том числе и техники кодификации. А неопределенность круга участников процесса кодификации затрудняет участие в ней даже тех немногих знатоков законотворческой и кодификационной деятельности (в основном ученых-правоведов), которые в России имеются.

4. Не разработан вопрос о времени проведения кодификации и об определении ее предмета. Не определены признаки, которые могут свидетельствовать о готовности к ней определенного комплекса нормативных правовых актов, о наличии потребности их систематизации, которая обуславливает не просто желательность, а необходимость кодификационных работ. Не определено, в какой сфере может осуществляться кодификация, как определять систему юридических норм, подлежащих выражению и формальному закреплению в кодификационном нормативном правовом акте. Система кодексов в нашей стране сложилась давно и изменяется с очень большим трудом. Отечественные законодатели не имеют возможности объективно и точно сделать вывод о необ-

ходимости создания кодификационного законодательного акта, ранее неизвестного отечественной системе законодательства.

5. Отсутствие необходимой политической воли законодателей, столь необходимой для такого радикального совершенствования системы законодательства.

К сожалению, государственные деятели современной России весьма неохотно идут на систематизацию законодательного массива, предпочитая игнорировать ее возможности и сохранять законодательство запутанным, разнородным, громоздким и слабо структурированным. Создается впечатление, что современные российские законодатели просто не решаются на такое радикальное совершенствование действующего законодательства, каким является кодификация, им не хватает смелости в полном объеме нормативно закрепить достижения нового этапа в развитии целого комплекса отраслей российского права. Запутанное, непонятное, избыточное коллизиями и пробелами законодательство, сложное для точного его толкования и реализации его положений рядовыми участниками правоотношений, весьма удобно для злоупотреблений, оно дает большие возможности коррупционерам по своему усмотрению манипулировать предписаниями нормативных правовых актов, произвольно их трактуя, не давая людям возможности использовать закон для эффективной защиты своих прав.

Очень хочется надеяться на то, что эти проблемы будут постепенно преодолены и отечественное законодательство получит возможность совершенствоваться, и что важнейшее место среди методов его совершенствования займет кодификация.

*А.А. Подмарев**

**ОБЩИЕ УСЛОВИЯ ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВ
И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА
КАК ЭЛЕМЕНТ КОНСТИТУЦИОННОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ ПОЛОЖЕНИЯ ЛИЧНОСТИ****

В Основных законах государств, принятых с момента окончания Второй мировой войны и до настоящего времени, одним из необходимых и традиционных вопросов конституционного регулирования является определение основ правового положения личности в обществе и государстве. С.А. Авакьян отмечает, что «конституционные нормы воздействуют на участников (субъектов) отношений, устанавливая основы их статуса...»¹. Применительно к личности к этим основам относятся наиболее важные права, свободы, обязанности человека и гражданина, принципы их реализации, исходные начала гражданства.

Как правило, конституционные нормы, посвященные личности, группируются в специальную структурную часть (главу, раздел), название которой в наиболее обобщенной форме отражает регулируемые отношения. Это, например, Раздел I «Основные права» в Основном законе ФРГ 1949 г., Глава I «Основные права» в Конституции Нидерландов 1983 г. Глава 2 «Права и свободы человека и гражданина» в Конституции России 1993 г., Раздел II «Личность, общество, государство» в Конституции Беларуси 1996 г., Раздел II «Свободы, права и обязанности человека и гражданина» в Конституции Польши 1997 г., Раздел III «О правах, гарантиях и обязанностях» в Конституции Эквадора 1998 г., Глава 2 «Основные свободы и права» в Конституции Финляндии 1999 г., Глава 2 «Основные права и обязанности граждан» в Конституции

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

** Данная работа выполнена с использованием Справочной Правовой Системы КонсультантПлюс.

¹ Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. 2-е изд. М., 2000. С. 15.

Афганистана 2004 г., Раздел 2 «Права и свободы человека и гражданина» в Конституции Кыргызстана 2010 г.

Применительно к положению личности конституционное регулирование служит «универсализации правового регулирования общественных отношений с участием личности, выработке стандартов, общих как для всех сфер общественной жизни, так и для всех отраслей права»². Конституционное регулирование положения личности является основополагающим, фундаментальным, и в то же время начальным, исходным, если речь идет о его значении для содержания законов и иных нормативных правовых актов. Конституционный Суд РФ определяет такое регулирование как базовое³.

Существенным элементом конституционного регулирования положения личности, по нашему мнению, является установление принципиальной возможности, допустимости ограничения прав и свобод человека и гражданина, а также общих условий (основных начал, основ) таких ограничений.

Необходимость закрепления на высшем, конституционном уровне широкого перечня прав и свобод человека и одновременно принципиальной возможности их ограничения объясняется тем, что абсолютной свободы личности ни в одном государственно-организованном обществе нет и быть не может, поскольку человек должен соизмерять свое поведение, свои интересы и потребности, реализацию своих прав и свобод с правами и свободами других лиц, с интересами общества и государства. Поэтому свобода человека в обществе и государстве имеет границы, пределы, рамки, установленные в первую очередь конституцией и законами. Установление ограничений прав и свобод личности – это одновременно

² Эбзеев Б.С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. М., 2013. С. 131.

³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 11.03.2008 г. № 4-П по делу о проверке конституционности подпункта «л» пункта 25 статьи 38 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и пункта 10 части 9 статьи 41 Закона Вологодской области «О выборах депутатов Законодательного Собрания Вологодской области» в связи с жалобой общественного объединения «Политическая партия “Союз правых сил”» // Собрание законодательства РФ. 2008. №11 (2 ч.). Ст.1073.

объективная потребность и способ обеспечения нормального функционирования общества, условие сосуществования людей в одном социуме. В любом государстве, даже наиболее приближенном к идеальной модели свободного, правового и демократического, юридические механизмы ограничения прав и свобод являются неотъемлемым условием обеспечения жизнедеятельности общества.

Очевидно, что Конституция России 1993 г., как и любая другая, не может предусмотреть всех возможных случаев, в которых будет необходимо ограничение прав и свобод личности; ее роль заключается в закреплении общих условий (основ), в соответствии с которыми ограничения устанавливаются в федеральных законах и реализуются в правоприменительной деятельности.

Для того, чтобы сформулировать общие условия ограничения прав и свобод человека и гражданина, необходимо обратиться к нескольким статьям Конституции РФ 1993 г.:

1) часть 3 ст. 55 устанавливает, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства;

2) в соответствии с ч. 3 ст. 17 осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц;

3) часть 2 ст. 19 запрещает любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности;

4) согласно ч. 1 ст. 17 «в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией». В соответствии с ч. 4 ст. 15 «если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Из приведенных статей Основного закона следует, что общими условиями ограничения прав и свобод человека и гражданина мы можем считать следующие конституционные требования: а) ограничения прав и свобод могут устанавливаться только в оп-

ределенных целях (защита основ конституционного строя; защита нравственности; защита здоровья; защита прав и законных интересов других лиц; обеспечение обороны страны; обеспечение безопасности государства) (ч. 3 ст. 55, ч. 3 ст. 17); б) ограничения прав и свобод должны закрепляться исключительно федеральным законом (ч. 3 ст. 55); в) ограничения прав и свобод должны быть соразмерны конституционным целям (ч. 3 ст. 55); г) ограничения прав и свобод не должны устанавливаться по признакам социальной, расовой, национальной, языковой, религиозной принадлежности (ч. 2 ст. 19); д) ограничения прав и свобод должны соответствовать международным стандартам в данной сфере (ч. 1 ст. 17, ч. 4 ст. 15).

В современном демократическом правовом государстве существуют фундаментальное правило правового регулирования положения личности – любые ограничения прав и свобод человека и гражданина должны вытекать из конституции и соответствовать ей. Об этом свидетельствует содержание действующих конституций подавляющего большинства государств мира. Установление в конституции общих условий ограничения прав и свобод человека и гражданина является в настоящее время необходимой частью ее содержания.

Конституции, содержащие сходные, близкие по смыслу положения общего характера об условиях ограничения прав и свобод человека и гражданина, во временном пространстве разделяют подчас десятилетия. Подобные положения мы находим в конституциях Португалии 1976 г. (ст. 18), Гондураса 1982 г. (ст. 62), Турции 1982 г. (ст. 13), Никарагуа 1987 г. (ст. 24), Хорватии 1990 г. (ст. 16), Румынии 1991 г. (ст. 49), Словении 1991 г. (ст. 15), Молдовы 1994 г. (ст. 54), Таджикистана 1994 г. (ст. 14), Армении 1995 г. (ст. 44), Казахстана 1995 г. (ст. 39), Беларуси 1996 г. (ст. 23), Польши 1997 г. (ст. 31), Албании 1998 г. (ст. 17), Швейцарии 1999 г. (ст. 36), Кыргызстана 2010 г. (ст. 20), Венгрии 2011 г. (ст. I).

Так, Конституция Турции 1982 г. устанавливает: «Основные права и свободы могут быть ограничены законом, в соответствии с буквой и духом Конституции, с целью защиты неделимой территориальной целостности и национальной целостности государства, национального суверенитета Республики, национальной безопас-

ности, общественного порядка, всеобщего мира, общественного интереса, общественной нравственности и здравоохранения, а также по определенным причинам, указанным в соответствующих статьях Конституции... Общие основания для ограничений, указанные в этой статье, распространяются на все основные права и свободы» (ст. 13)⁴.

Конституция Казахстана 1995 г. предусматривает, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только законами и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения (ч. 1 ст. 39)⁵.

В соответствии с Конституцией Беларуси 1996 г. ограничение прав и свобод личности допускается только в случаях, предусмотренных законом, в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц (ст. 23)⁶.

Конституция Кыргызстана 2010 г. допускает ограничение прав и свобод человека и гражданина Конституцией и законами в целях защиты национальной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья и нравственности населения, защиты прав и свобод других лиц. Вводимые ограничения должны быть соразмерными указанным целям (ст. 20)⁷.

Нормы национальных Основных законов демонстрируют нам конституционный принцип взаимоотношений государства и человека – свобода личности имеет свои границы. Этот конституционный принцип носит универсальный характер и оказывает регулирующее воздействие на все сферы общественных отношений. Как отмечал Н.В. Витрук, «...свобода не безгранична... Человече-

⁴ Конституции государств Европы: В 3 т. Т. 3 / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. М., 2001. С. 224–225.

⁵ Избранные конституции зарубежных стран: Учебное пособие для бакалавров / Отв. ред. Б.А. Страшун. М., 2012. С. 754.

⁶ Конституции государств Европы: В 3 т. Т. 1 / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. М., 2001. С. 302.

⁷ Конституции государств Азии: В 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан / Под ред. Т.Я. Хабриевой. М., 2010. С. 460.

ское общежитие предполагает согласование интересов и воли при осуществлении прав и свобод каждым индивидом. В этом и состоит цивилизованный характер человеческого общества, его жизнедеятельности и жизнестойкости. Поэтому закон исходя из необходимости гармонии, сочетания различного рода интересов может устанавливать пределы тех или иных прав... ограничения реализуемых свобод в конкретных ситуациях... Однако такого рода установления должны иметь конституционную основу и четкое законодательное оформление»⁸.

С точки зрения последующего, законодательного, регулирования, значение закрепляемых конституциями общих условий ограничения прав и свобод человека и гражданина заключается в том, что они: 1) являются юридической базой для установления ограничений прав личности в отраслевом законодательстве; 2) дают необходимые ориентиры законодателю в конкретизации содержания прав и свобод человека и гражданина и процедур их реализации; 3) являются одновременно пределами ограничения прав и свобод, которые могут ограничиваться только в строго определенных целях, в определенной мере, в определенной правовой форме; 4) являются критериями конституционности законов и иных нормативных правовых актов, регулирующих права и свободы.

Подводя итог изложенному, можно констатировать, что конституционные положения об ограничении прав и свобод человека и гражданина (общие условия) являются такими же значимыми исходными началами правового положения личности, как и основные права, свободы, обязанности.

⁸ Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. М., 2008. С. 107.

*И.С. Кириленко**

**ЛОКАЛЬНОЕ НОРМОТВОРЧЕСТВО КАК ФОРМА
ПРАВОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ИНСТИТУТОВ
ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА: ВОПРОСЫ ТЕОРИИ**

Одним из самых дискуссионных вопросов в системе научных исследований локального нормотворчества остается вопрос участия институтов гражданского общества в осуществлении локального нормотворчества. Актуальность такого исследования объясняется необходимостью обобщения и структурирования множества направлений локального нормотворчества с целью придания им четко определенного системного выражения, обеспечения гармоничного и согласованного процесса локального правового регулирования. В юридической литературе были сделаны единичные попытки раскрыть вопросы участия субъектов гражданского общества в локальном нормотворчестве, но комплексных исследований указанных вопросов проведено не было. Отдельно также следует указать и на то, что субъекты локального нормотворчества могут быть классифицированы на виды в зависимости от определенных критериев, что свидетельствует о сложном системном характере субъектов локального нормотворчества, влияющем на системность самих локальных нормативных актов.

По нашему мнению, субъектов локального нормотворчества целесообразно определить как круг лиц, установленный правовыми нормами, которые уполномочены на осуществление локальной нормотворческой деятельности в установленном процессуальном порядке, то есть на принятие, изменение или отмену соответствующих локальных нормативных актов с целью правового регулирования общественных отношений на локальном уровне.

Отмечая сложный разноаспектный характер субъектов локального нормотворчества, считаем целесообразным провести их классификацию, выделив при этом тех субъектов, которые по сво-

* **Кириленко И.С.** – соискатель кафедры теории права и государства юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко.

ему статусу и природе происходят из институтов гражданского общества.

В юридической литературе выделяются такие виды субъектов локального нормотворчества, как работодатель¹, владелец предприятия, акционер², общее собрание участников товарищества³, трудовой коллектив⁴, профсоюзы⁵ и т.п. Причем сама характеристика указанных субъектов дается довольно эпизодически, выделяются лишь отдельные особенности тех или иных субъектов локального нормотворчества, а сами исследования проводятся вне характеристики разновидностей субъектов локальной правотворчества как обобщающего теоретико-правового понятия. Кстати, и мы употребляем его во множественном числе – «субъекты локального нормотворчества», что подчеркивает обобщающее значение указанного понятия, которое включает в себя систему субъектов локального нормотворчества.

Указывая на сложный и многоаспектный характер субъектов локального нормотворчества, считаем, что они должны быть обобщены и классифицированы по следующим критериям:

1. В зависимости от роли государства в осуществлении локального нормотворчества, субъекты локального нормотворчества делятся на:

¹ Занфірова Т.А. Філософсько-правові аспекти проблематики локальних нормативних актів трудового права // Часопис Київського університету права. 2010. № 3. С. 129–133.

² Пожидаева М. Локальні акти банків і небанківських фінансових установ: їх правова природа // Підприємництво, господарство і право. 2009. № 11. С. 157–160; Тичкова О. Засади локального регулювання корпоративних відносин // Право України. 2007. № 11. С. 58–62.

³ Куліш А., Горева Є. Участь юридичної особи в розробленні локальних правових актів суб'єктів господарювання // Підприємництво, господарство і право. 2010. № 5. С. 65–66.

⁴ Швайковская В. Правовая природа участия работников в локальном нормативно-правовом регулировании труда // Підприємництво, господарство і право. 2004. № 8. С. 116–118.

⁵ Майданик Р.А. Локальні акти в цивільному праві України: поняття, природа, класифікація // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2011. № 10. С. 78–85.

– государственные субъекты локального нормотворчества, то есть круг субъектов, которые непосредственно наделены государственно-властными полномочиями в сфере локального нормотворчества (например, Правительство страны, создающее государственное предприятие путем разработки проекта и утверждения Устава государственного предприятия), или субъекты, деятельность которых основана на реализации права государственной собственности (например, директор государственного предприятия, который наделен правом локального нормотворчества в рамках Устава);

– негосударственные субъекты локального нормотворчества, то есть круг субъектов, которые происходят от институтов гражданского общества или международного сообщества, осуществляющих локальную нормотворческую деятельность, не связанную с государственно-властными полномочиями (например, трудовой коллектив частного предприятия, осуществляющий локальное нормотворчество по обсуждению и принятию Правил внутреннего трудового распорядка). В данном случае мы говорим о локальном нормотворчестве институтов гражданского общества, в процессе чего реализуются частные интересы.

2. В зависимости от состава, субъекты локального нормотворчества подразделяются на:

– индивидуальные (единоличные), то есть круг должностных или служебных лиц, которые в силу своих полномочий наделены правом осуществления локального нормотворчества самостоятельно от своего имени принимать, изменять или отменять локальные нормативные акты (например, Председатель правления Общества, утверждает бюджетный регламент на предприятии);

– коллективные, то есть круг субъектов, в состав которых входят два и более лиц, наделенные правом осуществлять локальное нормотворчество в порядке коллективной работы по подготовке проекта локального нормативного акта, его обсуждению, принятию и введению в действие (например, Общее собрание членов кооператива, осуществляющее на коллективных началах нормотворческую деятельность).

3. В зависимости от срока полномочий, субъекты локального нормотворчества подразделяются на:

– постоянно действующие, то есть круг субъектов локального нормотворчества, которые созданы и функционируют на постоянной основе, обеспечивая подготовку, принятие, введение в действие локальных нормативных актов, а также могут в дальнейшем изменять локальные нормативные акты и их отменять (например, собственник предприятия, учреждения, организации);

– временные, т.е. круг субъектов локального нормотворчества, которые созданы и функционируют на временной основе, обеспечивая разработку, принятие, введение в действие, как правило, конкретных локальных нормативных актов (например, конференция представителей трудового коллектива, созванная по вопросу разработки и утверждения правил внутреннего трудового распорядка на предприятии).

4. В зависимости от сферы осуществления локального нормотворчества его субъекты подразделяются на:

– субъектов локального нормотворчества в сфере правового регулирования трудовых отношений (например, администрация предприятия, трудовой коллектив и пр.);

– субъектов локального нормотворчества в сфере правового регулирования хозяйственных отношений (например, правление товарищества);

– субъектов локального нормотворчества в сфере правового регулирования корпоративных отношений (например, общее собрание акционеров акционерного общества) и т.п.

5. В зависимости от характера актов локального нормотворчества субъекты локального нормотворчества подразделяются на:

– субъектов учредительного локального нормотворчества, то есть круг субъектов, которые наделены правом осуществления локального нормотворчества, нацеленного на подготовку, обсуждение, принятие и введение в действие учредительных локальных нормативных актов (например, общее собрание участников товарищества);

– субъектов хозяйственно-управленческой локального нормотворчества, то есть круг субъектов, которые наделены правом осуществления локального нормотворчества, нацеленного на подготовку, обсуждение, принятие и введение в действие локальных нормативных актов управленческого характера (например, председатель правления товарищества);

– субъектов согласовательного локального нормотворчества, то есть круг субъектов, которые наделены правом осуществления локального нормотворчества, нацеленного на подготовку, обсуждение, принятие и введение в действие локальных нормативных актов согласительного характера (например, совет трудового коллектива, с которым может быть согласовано Положение о премировании работников предприятия).

На основании проведенной классификация субъектов локального нормотворчества можно сделать вывод, что указанные субъекты составляют определенную систему, которая обеспечивает осуществление нормотворчества на локальном уровне на основе взаимосвязи и взаимодействия субъектом, реализующих публичные интересы от имени государства, а также реализующие частные и коллективные интересы от имени субъектов гражданского общества.

*О.Ю. Родионова**

НАДЕЛЕНИЕ ГОСУДАРСТВОМ СОБСТВЕННЫМИ ПОЛНОМОЧИЯМИ ЧАСТНОГО СУБЪЕКТА: ОПЫТ РОССИИ И ГЕРМАНИИ

На протяжении длительного времени в отечественной правовой науке, законодательстве и практике господствовал подход, в русле которого функции и полномочия органов государства носили исключительно властный характер, действовала административно-командная система управления всеми сферами жизни общества. Ситуация в государственном и муниципальном управлении изменились коренным образом в условиях проводимой в России административной реформы. Управленческие функции и полномочия стали рассматриваться не только как осуществление власти, но и как оказание органами государства и местного самоуправления публичных услуг населению. Одновременно предусматривается возрастание роли институтов общества в осуществлении госу-

* Родионова О.Ю. – аспирант кафедры административного и финансового права Российского университета дружбы народов.

дарством его полномочий, их активное участие в различных формах в производстве и оказании публичных услуг.

Е. Гриценко, характеризуя сложившуюся в российском обществе ситуацию, отмечает следующее: «Человек (гражданин) из объекта управления превращается, с одной стороны, в клиента администрации, потребителя публичной услуги, с другой же стороны, предполагается его собственное активное участие в различных формах в производстве публичных услуг через механизмы самоорганизации и саморегулирования»¹.

Федеральный закон № 210-ФЗ от 27 июля 2010 г. «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»² определяет государственную и муниципальную услугу как правоотношения, «возникающие в связи с предоставлением государственных и муниципальных услуг соответственно федеральными органами исполнительной власти, органами государственных внебюджетных фондов, исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации, а также местными администрациями и иными органами местного самоуправления, осуществляющими исполнительно-распорядительные полномочия» (ч. 1 ст. 1 в ред. от 28.12.2013). В то же время ч. 3 этой же статьи предусматривает возможность оказания услуг в субъекте Российской Федерации «государственными и муниципальными учреждениями и другими организациями, в которых размещается государственное задание (заказ) субъекта Российской Федерации или муниципальное задание (заказ)».

При анализе вышеприведенных законодательных норм следует обратить внимание, во-первых, на смешение в едином легальном понятии государственных и муниципальных услуг, в то время как в соответствии с Конституцией РФ государственная власть и местное самоуправление имеют различную природу; во-вторых, на круг субъектов, оказывающих государственные и муниципальные услуги, предусмотренную законом возможность предоставления такого рода услуг не только государственными и му-

¹ Гриценко Е. Правовые основания допустимости передачи публичных задач частным субъектам // Публично-частное партнерство в муниципальной сфере: германский и российский опыт. М., 2014. С. 2.

² См.: СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4179.

ниципальными органами и учреждениями, но и иными организациями.

Ст. 6 Бюджетного кодекса Российской Федерации от 31 июля 1998 N 145-ФЗ (ред. от 28.12.2013, с изм. от 03.02.2014) также объединяет государственные и муниципальные услуги (работы) в едином понятии, предусматривая, что они могут оказываться (предоставляться) «органами государственной власти (органами местного самоуправления), государственными (муниципальными) учреждениями и в случаях, установленных законодательством Российской Федерации, иными юридическими лицами» (ст. 6).

В современных условиях государство, его органы, а также органы местного самоуправления вправе решить, реализовывать ли им самим функции и полномочия в сфере управления, связанные с предоставлением услуг населению, передать ли эти функции и полномочия частному партнеру или создать юридическое лицо для их реализации. Происходит разгосударствление деятельности по решению публичных задач. Например, передача властных полномочий исполнительных органов государственным и муниципальным учреждениям.

При большом дефиците публичных финансовых средств государство и местное самоуправление передают решение публичных задач частному субъекту. При этом законодательство Российской Федерации не определяет случаи, в которых целесообразно передать полномочия органов государства и муниципальных органов частным субъектам, пределы передаваемых полномочий, не конкретизирует круг субъектов, оказывающих населению государственные и муниципальные услуги, не определяет их статус (коммерческие или некоммерческие) и организационно-правовые формы, что порождает ситуацию неопределенности в обществе.

Как справедливо отмечает Е. Гриценко, «получается, что законодатель не видит разницы между следующими явлениями: передачей властных полномочий; передачей невластных предоставляющих и обеспечительных функций частным субъектам; иными способами участия частных субъектов в предоставлении государственных и муниципальных услуг»³. Автор предлагает разграничить варианты «передачи функций и полномочий публичных

³ Гриценко Е. Указ. соч. С. 15.

субъектов и привлечения частных лиц к решению публичных задач»⁴.

В русле предлагаемого автором решения проблемы при передаче функций и полномочий последние на основании договора (соглашения) от субъекта публичного права передаются другому субъекту, обладающему публично-правовой либо частноправовой правосубъектностью. При сохранении публичной значимости решаемых совместно публичным и частным партнером задач, сохранении за публичным субъектом ответственности за их решение само решение задач переходит к частному партнеру. Происходит и изменение статуса частных субъектов, приобретение ими частично публично-правового статуса, властных полномочий. За публичным партнером сохраняется при этом функция гаранта предоставления публичного блага населению.

Как отмечалось выше, от передачи публично-властных полномочий частным субъектам следует отличать привлечение частных субъектов к решению публичных задач. Развивая данную тему, Е. Гриценко называет и то, и другое институтами, реализуемыми «посредством применения различных публично-правовых и частно-правовых форм кооперации и взаимодействия публичных и частных субъектов»⁵.

Представляется, что более правильным в данном случае будет вести речь о двух разновидностях форм публичного управления, а не об институтах.

Юридическая природа передачи публичных полномочий частному партнеру и привлечение частного партнера к выполнению публичных задач как правовых институтов требует аргументации с позиций теоретического обоснования их места и роли в системе права. В тоже время рассмотрение Е. Гриценко данной проблемы приводит к мысли о целесообразности идентификации передачи публичных полномочий частному партнеру и привлечения частного партнера к выполнению публичных задач в качестве разных форм публичного управления. Это может способствовать лучшему осмыслению процессов и явлений в современном обществе, на-

⁴ Гриценко Е. Указ. соч. С. 16.

⁵ См.: Там же. С. 38.

пример, пониманию форм управления в рамках такого явления, как публично-частное партнерство – ПЧП.

Если вести речь о формах участия публичных и частных партнеров в ПЧП-проектах, о согласовании их интересов, о распределении функций и полномочий в русле достижения публичных целей и задач, то встает вопрос как об управленческой, так и о договорной природе такого рода отношений, поскольку в рамках этого сотрудничества возникают обязательства как гражданско-правового, так и административно-правового характера.

Применительно к решению проблемы публично-частного партнерства речь может идти скорее о передаче функций и полномочий публичного партнера частному. Это можно рассмотреть на примере Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»⁶, открывшего возможности передачи государственных и муниципальных объектов в пользование и владение частному субъекту для их реконструкции и последующей эксплуатации для решения публичных задач.

При этом в российском праве происходит взаимопроникновение и одновременно смешение гражданско-правовых и административно-правовых (управленческих и договорных) форм, когда, с одной стороны, государственные и муниципальные органы по сути наделяются гражданско-правовой правосубъектностью, с другой – частные субъекты приобретают публичные функции и полномочия.

Для решения обозначенных выше проблем можно обратиться к зарубежному опыту, в частности, к опыту Германии⁷, где наблюдается широкое использование «частной компетентности, частной организационной деятельности и частных ресурсов при исполнении административных задач»⁸. «Причина такого развития кроется, – как отмечает германский автор У. Штайнер, – прежде

⁶ СЗ РФ. 2005. № 30. Ст. 3126.

⁷ Осмыслению проблемы способствует коллективная монография коллектива российских и германских авторов «Публично-частное партнерство в муниципальной сфере: германский и российский опыт». М., 2014.

⁸ Штайнер У. Исполнение публичных задач частными субъектами с позиций конституционного права Германии // Публично-частное партнерство в муниципальной сфере... С. 51.

всего в явлении, знакомом всем развитым государствам мира: расширение публичных задач и перегруженное в результате этого государство. Выполнение публичных задач должным образом надежно, своевременно и компетентно выходит нередко за рамки организационных, финансовых и политических возможностей современного государственного аппарата. Поэтому используются частные ресурсы»⁹. Это может касаться строительства на основе концессионных соглашений дорог в целях решения транспортных проблем с последующим взиманием с населения платы за пользование этими дорогами, привлечения частного партнера к исполнению уголовных наказаний, поскольку содержание тюрем, соответствующих стандартам пребывания в них заключенных, обходится непомерно дорого государству. Можно привести и другие примеры. Например, возможность наделения частных сил безопасности суверенными правами по применению силы для использования силы в международных кризисных регионах, (например, для защиты германских торговых судов в Аденском заливе)¹⁰.

В русле такого рода тенденций в жизни общества в германской правовой доктрине появляются новые термины. Существует такой термин как «приватизация задач», когда традиционно выполнявшиеся публичными институтами задачи «доверяются предприятиям, организованным в частноправовой форме»¹¹.

Однако при этом с государства не снимаются обязанности гарантировать общедоступность и качество услуг (транспортных, почтовых, образовательных, в сфере здравоохранения и др.), предоставляемых населению частным партнером, в том числе с использованием юридических средств. Появляется еще один термин, адресованный публичному субъекту – «обязанность предоставления гарантии»¹². «Говоря образно, – отмечает У. Штайнер, – государство хочет меньше грести и по возможности лишь больше управлять»¹³, что приводит к разгосударствлению задач. По мне-

⁹ Штайнер У. Исполнение публичных задач частными субъектами с позиций конституционного права Германии ... С. 53.

¹⁰ Там же. С. 55.

¹¹ Там же.

¹² Там же.

¹³ Там же. С. 56.

нию автора, в силу существующей в Германии зрелости общественных отношений, связанных с наделением государством собственными полномочиями частного субъекта, возникают «квазиносители публичного управления в частнопрововом облиии»¹⁴.

Из германской правовой доктрины можно взять на вооружение и так называемый «принцип административной свободы выбора», согласно которому «исполнительная власть, поскольку она предоставляет услуги гражданам, свободна выбирать между публично-правовыми и частнопрововыми способами совершения действий»¹⁵.

Исходя из объема передаваемых публичным субъектом частному функций и полномочий в сфере управления, в германской доктрине различает так называемые материальную, функциональную, формальную (организационную) приватизацию¹⁶.

Первый вариант (так называемая материальная приватизация) означает передачу публичных задач, которые могут эффективно решаться в негосударственной сфере, не требуют обязательного участия публичного субъекта в их реализации, не связаны с осуществлением его суверенных прав; исполнение публичных задач в полном объеме переносится на частный сектор.

Второй вариант (так называемая функциональная приватизация) предполагает уполномочивание частных субъектов на реализацию отдельных властных полномочий, как правило, на договорной основе, при сохранении ответственности за решение общественно значимых задач за публичным партнером. Реализуемые на договорной основе проекты публично-частного партнерства «находятся, как правило, в сфере функциональной приватизации»¹⁷.

¹⁴ Штайнер У. Исполнение публичных задач частными субъектами с позиций конституционного права Германии... С. 60.

¹⁵ Крамер У. Допустимость передачи государственных и муниципальных задач по германскому праву // Публично-частное партнерство в муниципальной сфере... С. 65.

¹⁶ См.: Там же. С. 66–67.

¹⁷ Грайм Ж. Пределы допустимой приватизации муниципальных задач по германскому праву // Публично-частное партнерство в муниципальной сфере ... С. 87.

Третий вариант (так называемая формальная, или организационная, приватизация), когда государство решает свои задачи посредством созданных им в различных организационно-правовых формах юридических лиц, государство использует организационно-правовые формы частного права.

Всегда существуют опасения, что при реализации альтернативных вариантов осуществления публичных задач, функций и полномочий государство попытается уклониться от своих обязанностей, что приведет к нарушению прав граждан. Предвосхищая возможности такого рода нарушения прав, германская правовая доктрина не только различает способы и объем передаваемых частному субъекту функций и полномочий, но и устанавливает пределы делегирования этих полномочий.

Даже если государство, его органы, органы местного самоуправления не исполняют непосредственно публичную задачу в пределах их компетенции, они отвечают перед гражданином и обществом за осуществление этой задачи. Если государство передает исполнение определенных задач частному партнеру, оно остается связанным необходимостью обеспечения основных (конституционных) прав человека и гражданина, принципов конституционного строя (таких как демократическое, правовое социальное государство, разграничение компетенции между федерацией и ее субъектами, самостоятельность и независимость местного самоуправления в пределах его компетенции).

Таким образом, государство, избавившись от непосредственного исполнения публичной задачи, делегировав обществу в лице частного партнера определенную долю своих функций и полномочий, обязано обеспечить их надлежащее исполнение, контроль за деятельностью частных субъектов, оставляет за собой определенные способы воздействия на них, в конечном счете несет ответственность за общее благо.

*А.С. Казаков**

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ МИГРАЦИОННЫХ ПРОЦЕССОВ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Миграция населения, будучи естественным процессом, позволяет сбалансировать социально-экономическую, политическую, духовную сферу мирового сообщества и, с этой точки зрения, представляется явлением положительным, поскольку в результате перемещений населения происходит социокультурный обмен, удовлетворяются потребности мировой экономики. В то же время миграция населения может представлять угрозу национальной безопасности государства. Активизация миграционных процессов несет угрозу национальной безопасности в той мере, в какой государство оказывается подверженным неконтролируемой, незаконной миграции.

Указанные процессы получают свое стремительное развитие под влиянием процессов глобализации. Учитывая особенности текущей исторической ситуации для Российской Федерации, миграционные процессы представляют собой очевидную угрозу.

Так, в частности, по мнению многих исследователей, в настоящей миграционной ситуации, сложившейся в стране, конституционные основы российской государственности могут быть подвержены таким угрозам, как, например, «формирование мононациональных популяций в результате вытеснения из ряда национальных республик русских»¹. В этой связи следует отметить, что существенно сократилась численность и доля русских в Дагестане, где она в 1989 г. составляла всего 9,2%, а к 2008 г. уменьшилась почти вдвое, в двух Республиках (Чеченской и Ингушской) она уменьшилась с 23,1% до 2,9%, т.е. в 8 раз². Таким образом, следует

* Казаков А.С. – аспирант кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов.

¹ Из доклада Л.Л. Рыбаковского на Всероссийской научно-практической конференции «Актуальные проблемы международно-правового обеспечения миграционной безопасности России» (25 марта 2010 г.).

² См.: Рыбаковский Л.Л. Концепция миграционной политики России в свете ее национальной безопасности // Миграционное право. 2010. № 3.

согласиться с мнением о том, что указанные обстоятельства свидетельствуют о реальной угрозе основам федеративного устройства Российской Федерации и ее территориальной целостности³.

С учетом вышесказанного очевидно, что участие России в процессах глобализации, ее вовлечение в международный рынок труда требуют более эффективного государственного регулирования миграции.

Характерно, что миграция только в начале 1990-х гг. стала восприниматься в качестве явления, требующего собственного правового обеспечения⁴.

Следует отметить, что современное правительство Российской Федерации понимает сложность и опасность указанных проблем. В настоящее время в России формируется всесторонняя, научно обоснованная система регулирования миграционных процессов. Миграционная политика Российской Федерации формировалась на протяжении последних семнадцати лет, и условно ее можно разделить на несколько этапов. Каждый из этапов можно охарактеризовать наличием нормативных актов, отражающих направление миграционной политики России.

Первый этап миграционной политики нашей страны формируется с начала 90-х гг. XX столетия. Нормативно-правовые акты того времени по своему содержанию в большинстве своем ориентированы на граждан бывшего СССР. Следует отметить два важных фактора: провозглашение государственного суверенитета России и появление новых независимых и суверенных государств на территории бывшего Советского Союза – определили необходимость совершенствования действующего и развития нового миграционного законодательства Российской Федерации.

³ Краснова К.А., Сибатуллина Э.Т. Роль миграционного законодательства в укреплении государственного суверенитета и обеспечении общественной безопасности Российской Федерации // Миграционное право. 2011. № 3.

⁴ Немытина М.В. Гармонизация частного и публичного как универсальный методологический подход в правовом регулировании // Современное правовое образование: поиск методологических оснований. Материалы Всероссийской научной конференции. 26 марта 2010 г. М., 2011. С. 333.

Основы федеральной миграционной политики начали формироваться еще в 1993 г. Так, 16 декабря 1993 г. был принят Указ Президента РФ № 2145 «О мерах по введению иммиграционного контроля», которым на Федеральную миграционную службу России (ФМС) были возложены следующие задачи: контроль за въездом на территорию страны иностранных граждан и лиц без гражданства, ищущих убежища, следующих транзитом, их идентификация, регистрация и учет; осуществление мер по предупреждению неконтролируемой миграции и организации депортации иностранцев в установленных законодательными актами случаях и порядке; рассмотрение ходатайств иностранных граждан и лиц без гражданства, прибывших на территорию России, о предоставлении убежища⁵.

Очевидно, что на формирование миграционной политики того периода оказывали существенное влияние внутренние факторы, а именно – сложная криминогенная обстановка в стране. Не последнюю роль в этом процессе сыграли мигранты, потянувшиеся с различных мест постсоветского пространства. Экономика в государстве того времени в большей степени была теневой, иммигранты также пополняли именно этот сектор, вливались в моноэтнические преступные группировки, действующие на постсоветском пространстве.

В этой связи неудивителен общий концепт разработанной миграционной политики, который сводился к обоснованию необходимости существенного ужесточения миграционной политики государства, принятия законодательных актов, направленных на отсеивание иностранных граждан и лиц без гражданства, стремящихся въехать, жить и получить гражданство.

Таким образом, этот период времени ознаменовался принятием нормативной регламентации права на свободу передвижения, большей доступностью приобретения российского гражданства по сравнению с гражданством других государств, защитой прав беженцев и вынужденных переселенцев⁶.

Со второй половины 90-х гг. прошлого столетия начинается следующий этап миграционной политики России. В этот период

⁵ См.: Собрание актов Президента и Правительства. 1993. № 51.

⁶ Немытина М.В. Указ. соч. С. 333.

времени интенсивно формируется законодательство Российской Федерации как самостоятельного, независимого государства. Были приняты законодательные акты, направленные на регулирование иммиграционных процессов, приведение их в соответствие с международной практикой. Последнее новшество было вызвано влиянием внешних причин, обусловленных влиянием процессов глобализации.

В частности, в 1996 г. был принят Федеральный закон от 15 августа 1996 г. № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»⁷, который установил порядок въезда, транзита и выезда иностранных граждан и лиц без гражданства в зависимости от цели въезда.

В 2002 г. были приняты Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации»⁸ и Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»⁹. Эти законодательные акты уравнивали правовое положение иностранных граждан из дальнего зарубежья с правовым положением бывших соотечественников, определили правовой статус иностранных граждан и лиц без гражданства в РФ.

Принятие данных законов можно считать системообразующим этапом, так как они определили правовое положение иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации.

Еще одним новшеством российского законодательства, созданным под влиянием преимущественно внешних факторов, ужесточающим контроль над иммиграционными процессами, стала ст. 322.1 УК РФ «Организация незаконной миграции», введенная в 2008 г.

Объективная сторона данного преступления заключается в организации незаконной миграции несколькими способами, в том числе организации транзитного проезда, незаконного въезда и пребывания в РФ иностранных граждан или лиц без гражданства.

Вместе с тем в современной миграционной политике следует отмечать и типично либеральные тенденции. Так, важной вехой в

⁷ Собрание законодательства РФ. 1996. N 34. Ст.4029; 2003. N 2. Ст. 159.

⁸ Собрание законодательства РФ. 2002. N 22. Ст. 2031.

⁹ Собрание законодательства РФ. 2002. N 30. Ст. 3032.

этом процессе стало выяснение количества незаконных мигрантов на территории РФ. Для этого во исполнение поручения Совета Безопасности Российской Федерации, в соответствии с распоряжением МВД России от 07.05.2004 № 1/3134, Федеральной миграционной службой в период с января по март 2006 г. было организовано проведение экспертного исследования с целью определения масштабов незаконной иммиграции на территории РФ в настоящее время.

Следующим шагом в формировании новой миграционной политики можно считать проведение миграционной амнистии для легализации правового статуса иностранных граждан и лиц без гражданства, незаконно находящихся на территории РФ. Миграционная амнистия проводилась с 22 сентября по 1 декабря 2005 г. в качестве эксперимента в десяти регионах России: Москве и Московской области, Санкт-Петербурге, Екатеринбурге, Красноярском, Приморском и Краснодарском краях, в Омске, Иркутске и Сахалинской области¹⁰.

Следует отметить, что принятие указанных законодательных актов в целом положительным образом влияет на оформление режима пребывания и проживания иностранных граждан и лиц без гражданства на территории России. Упрощая процедуру регистрации иностранных граждан и лиц без гражданства, устанавливая порядок миграционного учета, вводя преимущества для граждан тех стран, с которыми у России установлен безвизовый режим. Российская Федерация решает ряд демографических и экономических проблем.

Таким образом, новейший период в развитии миграционной политики характерен значительным усилением контроля со стороны государства, в результате чего миграционную политику России в последний период можно охарактеризовать как направленную на установление относительного баланса публичных и частных интересов в правовом регулировании миграционных отношений¹¹.

¹⁰ Подробнее см.: Кобец П.Н. О развитии миграционного законодательства и формировании миграционной политики Российской Федерации // Миграционное право. 2009. № 2. С. 12.

¹¹ Немытина М.В. Указ. соч. С. 334.

Представляется, что в XXI в. актуальность проблемы правового регулирования незаконной миграции в России будет возрастать. Процессы экономического и политического размежевания бывших стран СССР, этнополитические конфликты в России, открытие границ для международной криминальной миграции вывели на первый план политические причины миграции.

Несмотря на то, что правительство, демонстрируя понимание проблемы, уделяет миграционной политике повышенное внимание, представляется, что еще предстоит целенаправленная и последовательная деятельность в данном направлении.

В этой связи отметим, что необходима перспективная правовая миграционная политика, адекватная вызовам и проблемам, с которыми столкнулась Россия: она должна охватывать все направления в области миграции.

Для этого необходима всесторонне взвешенная обновленная Концепция государственной миграционной политики, включающей как миграционную стратегию, так и организационно-практическую деятельность по ее осуществлению.

Концепция должна определить задачи государственной миграционной политики, приоритетными в числе которых следует рассматривать: иммиграцию – привлечение в страну населения в целях компенсации естественной убыли населения и пополнение трудовых ресурсов; оптимизацию внутренней миграции, включая повышение ее интенсификации и направление векторов передвижения населения внутри страны, без чего экономическое развитие ряда стратегически важных регионов будет невозможным; конструктивную интеграцию мигрантов, обеспечивающую их социальное, экономическое и политическое «вживание» в российское общество, вплоть до полной их натурализации – стать полноправными гражданами России.

Представляется, что для решения этих первоочередных задач, как и других, необходим соответствующий механизм реализации государственной миграционной политики, который должен включить нормативно-правовое, кадровое и научное обеспечение, а также информационную и финансовую гарантию.

Роль государства в управлении миграционными процессами должна стать определяющей.

Таким образом, следует согласиться с мнением о том, что осуществляя государственную деятельность в области миграции населения, следует исходить из того главного, что эффективная государственная политика – один из важнейших ресурсов для социально-экономического развития и модернизации страны, в конечном итоге – для обеспечения ее безопасности в условиях активизации глобализационных процессов¹².

¹² Рощин Ю.В. История развития государственного регулирования миграционных процессов в России // Миграционное право. 2011. № 3. С. 38.

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	3
-------------------	---

РАЗДЕЛ I

ПРАВО И ОБЩЕСТВО: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ

Муромцев Г.И. Методологические проблемы исследования происхождения права	5
Немытина М.В. Корпоративно-публичное регулирование как тенденция правового развития общества	13
Малахов В.П. Право и общество: методологический смысл союза «и»	21
Экимов А.И. О «правовом поле» и «самоценности права»	29
Шагиева Р.В. Правовая деятельность в правовой системе общества	35
Мещерякова О.М. Национальная идентичность и правовая культура: проблема взаимодействия и влияния на национальное право как регулятивную систему общества	42
Юртаева Е.А. Право и общество: о средствах, механизмах и потенциале взаимодействия	47
Варламова Н.В. Социальная легитимность как предельное основание действительности правопорядка	54
Лукьянова Е.Г. Концепции закона и общественное развитие	62
Спирин М.Ю. Социальные истоки и источники права: уровни множественного и единичного	67
Трофимов В.В. Микросоциология права: эволюция и потенциал научного подхода	73
Антонов М.В. Концепт правового общения во французской правовой доктрине	81
Михайлов А.М. Особенности воздействия правовой идеологии на общественное и индивидуальное сознание	88

Ерыгина В.И. Теоретико-правовая концепция политической партии как специфического социального института.....	96
Кдлян Е.Л. Формирование правовой активности личности как основная цель законности.....	103
Чаплюк О.И. О некоторых аспектах природы национального правотворчества.....	109
Петрова Е.А. Роль права в современном информационном обществе: новые реалии.....	113
Пилипенко Е.Н. К вопросу о применении нормативных предписаний.....	120
Костогрызов П.И. Община и право: из архаики в постсовременность.....	127
Ширвиндт А.М. <i>Textstufenforschung</i> юридической романистики на службе у современной науки европейского частного права?.....	132
Росик Т.В. Судебная практика в системе факторов правового влияния на общественные отношения.....	138
Чечельницкий И.В. Судебное правотворчество и справедливость.....	142
Павлова Н.Г. «Правовая система» и «правовая семья»: методологические проблемы соотношения.....	149
Алешин Д.А. Социальная контекстуальность права в условиях постмодерна.....	156
Калиш Д.Б. Саморегуляция общества и государственное вмешательство: проблемы оптимизации.....	163

РАЗДЕЛ II ЭВОЛЮЦИЯ ПРАВА И ОБЩЕСТВА В РОССИИ

Дорская А.А. Место правовых реформ в эволюции права и общества.....	169
Медушевская Н.Ф. Роль культурологической методологии в изучении специфики правовой ментальности.....	176
Лаптева Л.Е. Уроки земства.....	184
Григорьев О.В. Судебные реформы – отражение кардинальных изменений в обществе.....	191
Ефремова Н.Н. Организация правосудия в России как отражение уровня цивилизационного развития общества.....	198

Краковский К.П. Была ли судебная реформа 1864 г. своевременной?	205
Еремина Т.И. Институт государственной службы в системе просвещения Российской империи.....	213
Лонская С.В. История мировой юстиции как конкуренция концептуальных подходов	219
Сушкова Ю.Н. Обычно-правовые аспекты жизнедеятельности мордовского народа	225
Почekaев Р.Ю. Изменение правового статуса казахской элиты: от вхождения Казахстана в состав Российской империи до «великих реформ».....	232
Горбунова М.М. Правовые основы деятельности попечительных о тюрьмах комитетов в Российской империи XIX в.....	240
Ворошилова С.В. Деятельность женских тюремных комитетов по защите прав осужденных	247
Михеева И.В. Охрана памятников истории и культуры в России: власть и традиции гражданского общества.....	253
Стародубцев Г.С. Юридическое образование российской эмиграции (1920-1937).....	260
Елифанов А.Е. Регламентация культурной политики в политико-правовых воззрениях Н.И. Бухарина.....	268
Квачева П.И., Багдасарян С.Д. Девиантное поведение в крестьянской среде как проявление проблемы влияния власти на повседневность человека (на примере 1920-х гг. юга России).....	276
Григорьева О.Г. Международная правовая помощь по гражданским делам в СССР.....	284

РАЗДЕЛ III ЭВОЛЮЦИЯ ПРАВА И ОБЩЕСТВА В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

Сигалов К.Е. Характер собственности как ведущий параметр генезиса правовой цивилизации.....	292
Кофанов Л.Л. Пифагорово правило «у друзей все общее» и два казуса чрезвычайных ситуаций в международной практике античного Средиземноморья, или О новых подходах к истории международного права.....	300

Шевченко А.Е., Туренко О.С. Народный суверенитет – противоречие легитимности и законности: исторические основы и принципы преодоления	307
Костогрызова Л.Ю. К вопросу о форме правления в Византии	315
Трикоз Е.Н. Формирование статутного уголовного права Англии в эпоху Высокого средневековья	323
Соломонова С.А. Саксонское зеркало – памятник правовой и общественно-политической мысли средневековой Германии.....	333
Графшонкина А.А. Формирование судебной системы Шотландии (IV–XVIII вв.).....	338
Насибуллин Р.А. Развитие французского законодательства о разводе в конце XVIII–XX веках.....	345
Новикова Р.Г. Классические основы исламских финансовых правоотношений.....	352
Зорилэ Д.В. Формирование имперской финансовой системы Германии в начале XX в.....	359
Москвина Р.Т. Влияние принципов классической школы уголовного права на общественное развитие стран западной Европы	367
Иванова И.К. Новые подходы в публичном праве Великобритании	374
Примашев Н.М. Правовое регулирование статуса языков в странах Латинской Америки	381

РАЗДЕЛ IV СОВРЕМЕННОЕ ПРАВО И ОБЩЕСТВО: ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ

Чиркин В.Е. Необходимость, возможности и пределы конституционно-правового регулирования современного общества.....	388
Ударцев С.Ф. Конституция: исторический стабилизатор и ускоритель развития общества.....	395
Кожевников В.В. К проблеме взаимного отчуждения современного Российского государства, права и общества	404
Иванников И.А. Российское общество и право начала XXI в.....	412
Демичев А.А. Государство, право и гражданское общество (проблемы взаимодействия).....	420

Васильева Т.А. Правовое регулирование гражданства и интересы гражданского общества.....	426
Соломатина О.В. К вопросу о принципах предоставления муниципальных услуг (опыт России и стран Северной Европы).....	432
Зелепукин Р.В. Лоббирование как инструмент согласования социальных интересов в правотворчестве.....	440
Дидыч Т.О. Участие общества в современных правотворческих процессах: вопросы теории.....	446
Барзилова И.С. Проблемы режимного регулирования в российском праве.....	453
Аубакирова И.У. Государственная власть и управление в дискурсе о сильном государстве.....	459
Соловьёва В.В. К вопросу о гражданском обществе в Украине.....	467
Громова О.Н. Парламентский контроль в Российской Федерации.....	475
Габдуалиев М.Т. Конституционные проблемы законодательного регулирования свободы слова в республике Казахстан.....	481
Крохина Ю.А. Вопросы взаимодействия органов государственного финансового контроля с институтами гражданского общества: сравнительно-правовой анализ.....	489
Хомов С.М. Формы гражданского контроля в сфере налогообложения Украины.....	496
Луцик А.М. Роль административных процедур в реализации функций и задач, возлагаемых на налоговые органы Украины.....	502
Чухвичев Д.В. Перспективы и проблемы кодификации в современном российском законодательстве.....	508
Подмарев А.А. Общие условия ограничения прав и свобод человека и гражданина как элемент конституционного регулирования положения личности.....	517
Кириленко И.С. Локальное нормотворчество как форма правовой деятельности институтов гражданского общества: вопросы теории.....	523
Родионова О.Ю. Наделение государством собственными полномочиями частного субъекта: опыт России и Германии.....	527
Казakov А.С. Правовое регулирование миграционных процессов в Российской Федерации.....	535

MAINTENANCE

PREFACE.....	3
--------------	---

SECTION I LAW AND SOCIETY: THEORETICAL AND METHODOLOGICAL ISSUES

Muromtsev G.I. The methodological issues of the study of origin of law.....	5
Nemytina M.V. The corporate-public regulation as a legal trend of development of society.....	13
Malakhov V.P. The law and society: the methodological sense of the conjunction "and".....	21
Ekimov A.I. About "legal framework" and "self-value of the law".....	29
Shagieva R.V. Legal action in the legal system of society: theoretical and practical problems.....	35
Meshchericova O.M. National identity and legal culture: problems of implementation and collision with national law as a regulatory system of society.....	42
Yurtaeva E.A. Law and Society: on the means, working regulation and potential of coordinated action.....	47
Varlamova N.V. Social legitimacy as an ultimate ground of legal order's validity.....	54
Lukyanova E.G. The conception of the law and social development.....	62
Spirin M.Y. Social backgrounds and sources of law: over individual and individual levels.....	67
Trofimov V.V. Microsociology of law: the evolution and the potential of scientific approach.....	73
Antonov M.V. The concept of legal communication in the French legal doctrine.....	81
Mikhailov A.M. Specifics of legal ideology influence on social and individual consciousness.....	88
Erygina V.I. The theoretical-lawful concept of political party as the specific social institute.....	96
Kdlyan E.L. The formation of the legal activity of the individual as the main purpose of the law.....	103

Chaplyuk O.I. Some aspects of the nature of national lawmaking.....	109
Petrova E.A. A new role of law in modern information society.....	113
Pilipenko E.N. To the question about the proper application of the normative regulations.....	120
Kostogryzov P.I. Community and law: from archaic towards postmodernity.....	127
Shirvindt A.M. <i>Textstufenforschung</i> of Roman law as applied to the modern European private law.....	132
Rosik T.V. Court practice in the legal factors impact on public relations.....	138
Chechelnitkiy I.V. The judicial creating of law and justice.....	142
Pavlova N.G. "Legal system" and "legal family": methodological issues of relation.....	149
Aleshin D.A. Social contextuality of law under the postmodern conditions.....	156
Kalish D.B. Self-regulation of society and state intervention: optimization issues.....	163

SECTION II THE EVOLUTION OF LAW AND SOCIETY IN RUSSIA

Dorskaya A.A. The place of legal reforms in the evolution of law and society.....	169
Medushevskaya N.F. The role of culturological methodology in the study of specifics of legal mentality.....	176
Lapteva L.Ev. The Zemstvo Lessons.....	184
Grigoriev O.V. Judicial reform as a reflection of fundamental changes in society.....	191
Efremova N. N. Organization of justice in Russia as a reflection of the level of civilization development society.....	198
Krakovskiy K.P. Whether the court reform of 1864 was well-timed? ..	205
Eremina T.I. Institute of civil service in the system of education of the Russian Empire.....	213
Lonskaya. S.V. The history of the Justice of the Peace as a competition of conceptual approaches.....	219
Sushkova Yu.N. Customary-legal aspects of the life of the Mordvinian people.....	225

Pochekaev R. Yu. Evolution of status of the Kazakh elite since becoming of Kazakhstan a part of the Russian empire to the great reforms.....	232
Gorbunova M.M. Legal bases of activity of the keeper of the prison committees in the Russian empire in the 19th century.....	240
Voroshilova S.V. The activities of female prison committees for protection of the condemned rights.....	247
Mikheeva I.V. Protection of historical and cultural monuments in Russia: state authority and traditions of civil society.....	253
Starodubtsev G. S. Legal Education of the Russian emigration (1920-1937).....	260
Epifanov A.E. Regulation of cultural policy in the political and legal views of N. I. Bukharin.....	268
Kvacheva P.I., Bagdasaryan S.D. Deviant behavior in peasant community, as a manifestation of the problem of the influence of power on the everyday life of a person (for example, 1920-ies of the South of Russia).....	276
Grigoryeva O.G. International legal assistance in civil cases in the USSR.....	284

SECTION III THE EVOLUTION OF LAW AND SOCIETY IN FOREIGN COUNTRIES

Sigalov K.E. Character of the property as leading parametre of genesis of a legal civilisation.....	292
Kofanov L.L. The Pythagorean rule "friends have all the general" and two incidents of emergency situations in the international practice of the antique Mediterranean or about new approaches to history of international law.....	300
Shevchenko A.E, Turenko O.S. Popular sovereignty – the contradictions legitimacy and legality: historical foundations and principles for tackling.....	307
Kostogryzova L.Yu. About the form of government in Byzantium.....	315
Trikoz E.N. Formation of statute criminal law of England during the High Middle Ages.....	323
Solomonova S.A. The Sachsenspiegel (<i>lit. "Saxon Mirror"</i> or " <i>The Mirror of Saxony</i> ") - a monument to the legal and socio-political thought of medieval Germany.....	333

Grafshonkina A.A. Formation of the judicial system of Scotland (IV-XVIII centuries).....	338
Nasibullin R.A. The development of the French law of divorce at the end of XVIII-th – XX-th centuries.....	345
Novikova R. G. Classical basics of Islamic financial law.....	352
Zorile D.V. Formation of an imperial financial system of Germany.....	359
Moskvina R.T. The influence of principles of criminal law classical scholar to the public development of Western European states.....	367
Ivanova I.K. Re-configuration of public law in the Great Britain.....	374
Primashev N.M. The legal status of languages in Latin America.....	381

SECTION IV
CURRENT LAW AND SOCIETY:
PROBLEMS AND PERSPECTIVES OF INTERACTION

Chirkin V.E. The need, possibilities and limits of constitutional and legal regulation of the modern society.....	388
Udartsev S.F. Constitution: historical stabilizer and accelerator development of society.....	395
Kozhevnikov V.V. To the problem of mutual alienation of the modern Russian state, law and society.....	404
Ivannikov I.A. Russian society and the law to the beginning of XXI century.....	412
Demichev A.A. The state, law and civil society (interaction problems).....	420
Vasileva T.A. The legal regulation of citizenship and the interests of the civil society.....	426
Solomatina O.V. About the issue of municipal services principles (Russian's and the Nordic countries' experiences).....	432
Zelepukin R.V. Lobbying as an instrument of the coordination of social interests in the legislation.....	440
Didych T.O. Public participation in contemporary law-making processes: problems of the theory.....	446
Barzilova I.S. The problem of regime regulation in the Russian law.....	453
Aubakirova I.U. State power and governing in the discourse of a powerful state.....	459
Solovyova V.V. The question of civil society in Ukraine.....	467

Gromova O.N. Parliament control in the Russian Federation.....	475
Gabdualiev M.T. Constitutional issues of legislative regulation of freedom of speech in the Republic of Kazakhstan.....	481
Krokhina Y.A. Questions of interaction of state financial control with civil society: the comparative legal analysis.....	489
Khomov S.M. Forms of civil control in the taxation sphere of Ukraine.....	496
Lutsyk A.M. The role of administrative procedures in realizing of functions and tasks put on tax agencies of Ukraine.....	502
Chuhvichev D.V. Prospects and problems of codification in the modern Russian legislation.....	508
Podmarev A.A. General conditions of restrictions on rights and freedoms of man and citizen as the element of the constitutional regulations of the individual's existence.....	517
Kyrylenko I.S. Local rulemaking as a form of legal civil society institutions: theory questions.....	523
Rodionova O.Y. Empowerment of the state own authority of private actors: experience in Russia and Germany.....	527
Kazakov A.S. Legal regulation of migration processes in the Russian Federation.....	535

НАУЧНОЕ ИЗДАНИЕ

**ПРАВО И ОБЩЕСТВО:
ЭВОЛЮЦИЯ
ВО ВЗАИМОДЕЙСТВИИ**

ЖИДКОВСКИЕ ЧТЕНИЯ

*Материалы
Международной научной конференции*

Москва, 28-29 марта 2014 г.

Корректор *К.В. Зенкин*
Технический редактор *Н.А. Ясько*
Компьютерная верстка *Ю.А. Заикина*
Дизайн обложки *М.В. Рогова*

Подписано в печать 12.03.15 г. Формат 60×84/16. Печать офсетная.
Усл. печ. л. 34,5. Тираж 300 экз. Заказ 188

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. (495) 952-04-41