

**ПРАВОТВОРЧЕСТВО КАК ИНДИКАТОР
ПРАВОВЫХ ЦЕННОСТЕЙ:
ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОЕ,
НАЦИОНАЛЬНОЕ И
МЕЖДУНАРОДНОЕ ИЗМЕРЕНИЯ**

Коллективная монография

Санкт-Петербург

2018

УДК 340.13, 340.14
ББК 67.0, 67.9

Рецензенты:

Нижник Надежда Степановна, доктор юридических наук, профессор,
начальник кафедры теории государства и права Санкт-Петербургского
университета МВД России;

Амплеева Елена Евгеньевна, кандидат юридических наук, доцент,
заведующая кафедрой теории и истории государства и права
Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета
прокуратуры Российской Федерации.

Коллективная монография подготовлена по результатам работы Междуна-
родной научно-практической конференции, проведённой при финансовой
поддержке Российского фонда фундаментальных исследований, проект №
18-011-20097.

П68

Правотворчество как индикатор правовых ценностей: внутригосударствен-
ное, наднациональное и международное измерения. Коллективная моногра-
фия / Под ред. И.Л. Честнова. СПб.: Астерион, 2018. – 532 с.

ISBN 978–5–00045–632–3

Монография посвящена анализу влияния сложившихся и поддерживаемых общест-
вом правовых ценностей на процесс правотворчества. Рассмотрены исторические,
теоретические проблемы правовой аксиологии, а также особенности отраслевого пра-
вотворчества. Особое место уделено вопросам правотворчества на международном и
наднациональном уровнях, что позволяет по-новому взглянуть на классическую про-
блему соотношения международного и национального права. Для специалистов по
теории и истории права и государства, международному и европейскому праву, юри-
стов-отраслевиков, студентов юридических факультетов, а также всех, кто интересу-
ется дискуссионными вопросами современной юриспруденции.

ISBN 978–5–00045–632–3

© Коллектив авторов, 2018

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие	7
Глава I. ПРАВОВЫЕ ЦЕННОСТИ В ТРАДИЦИЯХ ПРАВОВОТВОРЧЕСТВА РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН	8
§ 1. Ценностные аспекты китайской правотворческой традиции: от древности к современности (С.В. Волкова, Н.И. Малышева)	8
§ 2. Правотворческая деятельность судьи в Средневековой Кастилии: «фасанья» как культурно-правовой феномен (Е.Ю. Калинина)	21
§ 3. Правообразование в контексте становления юридического позитивизма Нового времени в странах континентальной Европы (А.Э. Черноков)	31
§ 4. Ценностная составляющая российской правотворческой традиции (Д.А. Пашенцев)	41
§ 5. Организационные и нормативно-правовые предпосылки принятия в России Устава о цензуре 1804 года (К.Б. Константинов)	45
§ 6. История формирования цензурного законодательства Российской империи в начале XIX века (Ю.А. Потапов)	52
§ 7. Понятие правотворчества в трудах российских юристов в период государственно-правового развития России после введения в действие Свода законов Российской империи и до «Великих реформ» (Е.Ю. Игнатъева)	58
§ 8. Государственная служба в Российской империи: правотворчество и эволюция правовой мысли (Е.Д. Проценко, С.Е. Байкеева)	67
§ 9. Диалектика правовых ценностей в правотворчестве переходного периода (60-70-годы XIX – начало XX вв.) (Н.В. Дунаева)	75
§ 10. Правовые ценности во Франции в последней трети XIX в. в контексте правотворчества (С.В. Бочкарев)	82
§ 11. Идеократический контекст правотворчества в СССР (С.В. Кодан)	88
§ 12. Конституционные судебные доктрины в правотворческой деятельности Верховного суда США (В.Н. Сафонов)	99
§ 13. Либеральное судебное правотворчество Верховного суда США в середине XX века (Е.А. Агеева)	108
§ 14. Аксиологические аспекты правотворчества (В.Ю. Сморгунова)	117
§ 15. Правотворчество в контексте теории социальной травмы (А.А. Дорская)	121

Глава II. ОТРАЖЕНИЕ ПРАВОВЫХ ЦЕННОСТЕЙ В ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ	127
§ 1. Действительность права в его реальном и идеальном измерениях: особенности современных теорий естественного права (<i>Д.И. Луковская</i>)	127
§ 2. Эволюция правовых ценностей и их концептуальное выражение в различных социо-нормативных культурах (<i>И.Б. Ломакина</i>)	135
§ 3. Законность, справедливость и целесообразность как конкурирующие ценности: проблемы правоприменения (<i>Л.Е. Лантева</i>)	145
§ 4. Правообразование и правотворчество: ценностное измерение (<i>В.А. Абаканова</i>)	150
§ 5. Ценность догматической доктрины в системе правотворчества (<i>Л.И. Глухарева</i>)	156
§ 6. Феномен правотворчества в основных типах правопонимания (<i>Е.А. Петрова</i>)	164
§ 7. Конструирование права и правовых ценностей в постсовременном мире (<i>И.Л. Честнов</i>)	173
§ 8. Ошибки в сфере правотворчества: норма или девиация (<i>Р.А. Ромашов</i>)	187
§ 9. Правотворчество и легитимность: дискурсивное обоснование (<i>В.В. Денисенко</i>)	196
§ 10. Проблемы логического и аксиологического анализа правотворчества (<i>Н.Ф. Ковкель</i>)	200
§ 11. Эффективность и ценность правовой нормы как объекты экономико-правового анализа (<i>М.Р. Зембатов</i>)	206
§ 12. Ценность как критерий справедливости в праве (<i>С.В. Павлова</i>)	216
§ 13. Правовые заимствования как ценностная основа развития законодательства (<i>А.В. Скоробогатов</i>)	225
§ 14. Правовые ценности как проекция морально-этического императива в сфере регулирования общественных отношений (<i>В.Н. Снетков, А.П. Савельева</i>)	234
§ 15. Правотворчество как конструирование правовой реальности (<i>Л.А. Харитонов</i>)	238
§ 16. Актуальные тенденции развития правотворчества в условиях современных информационных технологий (<i>А.А. Головина</i>)	244
§ 17. Аксиологическое изменение законодательства в связи с реализацией его субъектами специальных публичных статусов гражданина (<i>Е.М. Крупеня</i>) ...	252
§ 18. Новый закон Республики Беларусь «О нормативных правовых актах» от 17 июля 2018 года: понятие нормативности права и смежных правовых явлений (<i>В.И. Павлов</i>)	262

Глава III. ПРАВОВЫЕ ЦЕННОСТИ И ОСОБЕННОСТИ ОТРАСЛЕВОГО ПРАВООБРАЗОВАНИЯ	271
§ 1. Общественное обсуждение проекта нормативного правового акта как условие обеспечения эффективности правотворчества (<i>М.В. Залоило</i>)	271
§ 2. Участие общества в принятии правотворческих решений (на примере анализа правового регулирования общественной экспертизы в правотворческой деятельности) (<i>М.В. Залоило, Т.Р. Урусов</i>)	276
§ 3. К вопросу о нормотворческой деятельности Конституционного Суда России (<i>К.В. Карпенко</i>)	281
§ 4. Влияние разъяснений Верховного Суда Российской Федерации на правотворчество в Российской Федерации (<i>А.Ю. Романов</i>)	291
§ 5. К вопросу о роли института делегированного законодательства в правотворческом процессе (<i>О.А. Аксенович</i>)	295
§ 6. Юридическое образование как конституционная ценность (на примере Республики Арцах) (<i>А.Г. Арутюнян</i>)	304
§ 7. Порядок изменения, внесения поправок и принятия Уставов (Конституций) субъектов Российской Федерации как опыт регионального правотворчества (<i>Т.Н. Ильина</i>)	313
§ 8. Защита вещных прав в системе способов защиты гражданских прав (<i>Ю.Б. Шубников</i>)	318
§ 9. Влияние процессов глобализации на трансформацию уголовно-исполнительной политики России (<i>Л.Б. Смирнов</i>)	321
§ 10. К вопросу реформирования юридической техники уголовного правотворчества России (<i>П.И. Чугунков</i>)	332
§ 11. Система принципов, предусмотренных главой 2 УПК РФ как отражение направленности современного уголовного судопроизводства (<i>Н.В. Машинская</i>)	337
§ 12. Критерии определения профессионального статуса футболиста: правовые позиции Спортивного арбитражного суда (CAS) (<i>И.А. Васильев</i>) ..	342
§ 13. Проблемы распределения бремени доказывания в спорах по определению суммы компенсации, выплачиваемой спортивным клубам за обучение футболистов, имеющих профессиональный или любительский статус в практике Спортивного Арбитражного суда (CAS) (<i>Н.А. Шмигельская</i>)	347
§ 14. Правовые аспекты регулирования деятельности и защиты медицинских работников (<i>Т.Д. Засорина, А.А. Семаков</i>)	350
§ 15. О росте спроса блокчейн – специалистов на рынке труда (<i>А.Н. Мошнов</i>)	359
§ 16. Информационная модель правотворчества в сфере образования: проблемы правового регулирования использования средств мобильной связи (<i>С.А. Морозова</i>)	362

Глава IV. МЕЖДУНАРОДНОЕ И НАДНАЦИОНАЛЬНОЕ ПРАВОВОТВОРЧЕСТВО И ЦЕННОСТИ МИРОВОГО СООБЩЕСТВА	372
§ 1. Идеология суверенитета как правовая ценность (А.Г. Чернявский)	372
§ 2. Основные трудности в определении понятия «правовые ценности» в контексте актуальных вопросов международного права и международных отношений (З.Ш. Матчанова)	385
§ 3. Социальные травмы мирового сообщества и проблемы реформирования ООН (М.В. Игнатьева)	390
§ 4. Международное правотворчество в аспекте решения проблем международной безопасности (О.Г. Парамузова)	393
§ 5. Фактор воли в формировании международного процессуального права (И.А. Орлова)	402
§ 6. Обычное право в договоре между Русью и Византией 971 года (С.Б. Глушаченко, Р.Т. Цветков)	409
§ 7. К вопросу об эволюции международно-правовых ценностей и их влиянии на национальную правовую систему российского государства: историко-правовой анализ (Е.С. Третьякова)	412
§ 8. Влияние международных стандартов на национальное законодательство в области гражданской авиации (Н.И. Алексеева)	420
§ 9. Унификация и гармонизация правового регулирования государственно-частного партнерства (С.В. Маслова)	425
§ 10. Влияние международных организаций на формирование нормативно-правовой базы государственно-частного партнерства в Российской Федерации (В.В. Еремин)	437
§ 11. Об общем коллизионном праве как специфическом правовом подразделении (А.В. Савинский)	440
§ 12. Унификация в международном частном праве: современное состояние и перспективы (А.В. Алешина, В.А. Косовская)	450
§ 13. Успешный опыт использования уголовно-правового инструмента в борьбе с рыночными злоупотреблениями Европейского Союза, предопределивший эволюцию практики уголовной ответственности в России (Е.Г. Шадрина, Ю.В. Михаленко)	455
§ 14. Некоторые вопросы соответствия оперативно-розыскных мероприятий стран СНГ и Модельного закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (А.В. Шахматов, А.М. Карл)	465
§ 15. Правотворческая деятельность Европейского суда справедливости (А.С. Джавадова)	471
§ 16. К вопросу о влиянии права Европейского Союза на национальное законодательство Эстонской Республики (А.И. Светлов)	482
Литература	486
Авторский коллектив	526

ПРЕДИСЛОВИЕ

Правотворчество является одной из самых изучаемых тем в современной юриспруденции в силу целого ряда причин. Во-первых, оно является сущностной характеристикой права, т.к. в зависимости от подходов к нему, можно по-разному ответить на вопрос, что такое право, каковы его субъекты, можно ли различать «право» и «неправо» и т.д. Во-вторых, в последнее столетие правотворчество стало представлять собой процесс, во время которого государство в лице своих органов и общество непосредственно взаимодействуют. Этому способствовало и развитие парламентаризма, и введение в ряде стран института народной инициативы, и совершенствование избирательной системы, и применение различных демократических процедур, например, таких как референдум. В периоды активного взаимодействия проявляются позиции сторон, отражающие их правовые ценности. В-третьих, современная эпоха поставила несколько новых проблем, которые требуют решения. К таковым можно отнести вопросы о судебном правотворчестве, которое всё более актуализируется в связи с взаимовлиянием друг на друга правовых семей, международном правотворчестве в условиях отсутствия на универсальном уровне правотворческого органа, правотворчестве международных организаций, число которых уже превысило 4000, правотворчестве международных судебных органов и т.д.

Безусловно, что существуют традиции правотворчества и на международном, и на наднациональном, и на внутригосударственном уровнях. Достаточно часто они переплетаются. Так, набравшая нужного количества голосов во Франции и Нидерландах Конституция для Европы показала не только неоднозначное отношение к общеевропейским ценностям и неготовность отказаться от собственной политико-правовой идентичности, но и особенности данных стран в правовой сфере.

Кроме того, необходимо учитывать, что правотворчество складывается из целого комплекса процессов: национального и регионального, государственного и муниципального, правотворчества органов законодательных, исполнительной и судебной власти, отраслевого. Правотворчество является той отдельной сферой, где возможны совершенно разные подходы. Например, вопросы отражения в правотворческом процессе правовых ценностей изучаются сторонниками и естественноправового, и позитивистского, и других направлений в юриспруденции.

Таким образом, понятия «правотворчество», «правовые ценности» позволяют объединить исследователей в самых различных сферах юриспруденции и являются тем фундаментом, на котором строились и строятся различные правовые конструкции в различные эпохи развития человечества.

**ПРАВОВЫЕ ЦЕННОСТИ В ТРАДИЦИЯХ
ПРАВОТВОРЧЕСТВА РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН**

**§ 1. Ценностные аспекты китайской правотворческой традиции:
от древности к современности**

Китайская правотворческая деятельность испытывает сильное влияние прошлого, поэтому так важно понимать те истоки, откуда она черпает свое содержание в настоящем. Следует помнить и о том, что правотворчество в Китае во все времена имело ценностную окраску с первостепенным значением моральных ценностей.

Как указывает современный представитель юридического направления в синологической науке России П.В. Трощинский, в основе формирования и развития китайского права, включая современную правовую систему КНР, лежат глубокие исторические традиции, обычаи и нравственные категории, знание которых позволяет зарубежным исследователям понимать внутренние механизмы, составляющие основу правотворческого процесса китайского государства¹. Следуя традиции, человеку можно совершать только такие действия, которые отвечают принципам морали. В разные периоды развития китайской государственности мораль была даосской, буддистской, конфуцианской, социалистической. Но она всегда задавала вектор правовой эволюции².

Особое место в правотворческой традиции занимают легизм и конфуцианство, составляющие системообразующее начало правовой и политической культуры Древнего Китая, их значимость сохраняется до наших дней³.

Фундаментальную роль во всей истории этической и политико-правовой мысли древнего Китая сыграло учение Конфуция. Его называют «Символом китайской нации» и «Учителем учителей». Изречения Конфуция заучивали наизусть, к его авторитету апеллировали в делах семейных и политических. Учение Конфуция оказало сильное влияние на мировоззрение и образ жизни китайцев. Благодаря учению Конфуция формируется «уникальная культурная общность – конфуцианский культурный регион», отмечает специалист в области культурных традиций китайской цивилизации А.А. Маслов⁴. Конфуцианство – это

не только философское и духовное наследие, не только национальная идея, – продолжает он, – сколько национальная психология⁵. Авторитетный историк Китая К. М. Тертицкий считает, что конфуцианская этика проникла во все сферы социума и, как регулятор общества, иногда заменяла право, а иногда лежала в его основе⁶.

С древнейшего времени в китайском обществе формируются важнейшие правовые традиции: верховенство морали над правом, неразрывная связь государства, общества и личности.

Исходным смыслом писаного права, «виделась гармонизация отношений не столько между людьми, сколько между государственной властью и подданными. А уж это обусловило все остальные особенности традиционного китайского права», – пишет ученый-востоковед В.М. Рыбаков⁷.

По мнению М.А. Супатаева, много внимания уделяющего в своих работах социокультурным (цивилизационным) аспектам в исследовании права, не трудно заметить, что в системе конфуцианских ценностей интересы общества всегда стояли выше прав личности, а население страны всегда уделяло приоритетное внимание таким ценностям, как семья, работа, родина. В то же время, руководствуясь суждениями Конфуция о нормах взаимоотношений между людьми, необходимости добиваться доверия народа, само государство стояло на страже интересов личности⁸.

М.А. Супатаев приводит позицию китайского юриста Ли Сяопина, который полагает, что в традиционалистской социорегулятивной системе конфуцианско-даосские Дао (путь) и чистый Разум мироздания, – это те понятия, которые используют конфуцианцы для обозначения принципа порядка, конечного источника социальных норм и высшей человеческой ценности, и которые представляют собой разновидность естественного права⁹. Однако, конечно, конфуцианские ценности и нормы, носящие в определенной части естественно-правовой характер, не следует воспринимать в западноевропейской индивидуалистической трактовке.

С Конфуция закладываются традиции правотворчества в Китае. Например, это традиция постепенного неспешного правового регулирования существующих общественных отношений без резких скачков и «шоковых терапий». На ней зиждется применяемый сегодня экспериментальный (опытный) порядок принятия нормативных правовых актов. Относительная малочисленность основных законов по сравнению с оперативными постановлениями (подзаконными актами) по локальным вопро-

¹Трощинский П.В. Влияние традиции на право современного Китая // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 94-95.

²Трощинский П.В. К вопросу о традиционных взглядах на право в китайском обществе // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 3. С. 138.

³ См. об этом: Жамсаев М. Б. Традиции легизма и конфуцианства в политической культуре Китая: автореф. дис. ... канд. филос. наук. Улан-Удэ, 2005. 25 с.

⁴Конфуций. Суждения и беседы [исслед. А. Маслов; пер. с кит. П. Попов]. Изд. 3-е. Ростов н/Дону, 2006. С. 5.

⁵Там же. С. 9.

⁶Тертицкий К.М. Китайцы: традиционные ценности в современном мире. Ч. 1. М., 1994. С. 19.

⁷Рыбаков В.М. Система законов династии Тан // Московский книжный журнал // <http://morebo.ru/tema/segodnja/item/1381871682336> (дата обращения: 18.10.2018 г.).

⁸Супатаев М.А. Право в условиях модернизации в Китае: цивилизационный контекст // Институт государства и права РАН // <http://igpran.ru/articles/2960/> (дата обращения 04.10.2018 г.).

⁹ Цит. по: Супатаев М.А. Там же.

сам – давняя традиция. Склонность современных китайцев к малому числу основополагающих интегральных актов и потоку частных нормативов – также особенность, своими корнями уходящая в далекое прошлое китайской истории¹⁰.

Первой правовой реформой Конфуция была реформа управления. Управлять государством, по мнению Конфуция, призваны благородные мужи во главе с государем – «сыном неба». «Когда во Вселенной царит закон, то церемонии, музыка и войны исходят от Сына Неба»¹¹. Деление людей на «высших» и «низших» и выдвижение на государственную службу должно осуществляться не по признакам происхождения, а по их моральным качествам и знаниям. «Те, которые имеют знание от рождения, суть высшие люди», подчеркивает Конфуций¹². Таким образом, Конфуций отдает предпочтение не «аристократам крови», а «аристократам духа», что идет вразрез с представлениями того времени.

Конфуций являлся сторонником ненасильственных методов правления, призывал всех (и в первую очередь правителей) строить взаимоотношения на началах добродетели. Добродетель подданных, по его мнению, состоит в том, чтобы быть преданным правителю, быть послушным и почтительным ко всем «старшим». «Молодежь дома должна быть почтительна к родителям, вне дома – уважительна к старшим», считает Конфуций¹³.

Именно поэтому, по мнению Конфуция, перестройку управления необходимо начать с так называемого исправления имен, т.е. с восстановления истинного смысла существующих титулов и вытекающих из соответствующих им обязанностей. «Благородный муж осторожен по отношению к тому, чего не знает. Если имя неправильно (не соответствует сущности), то слово противоречит делу, а когда слово противоречит делу, то дело не будет исполнено, а если дело не будет исполнено, то церемонии и музыка не будут процветать, а если церемонии и музыка не будут процветать, то наказания не будут правильными, когда наказания будут извращены, то народ не будет знать, как ему вести себя. Поэтому для благородного мужа необходимо, чтобы он непременно [мог назвать правильные имена вещей с тем, чтобы] сказанное исполнить и чтобы в словах его не было ничего бесчестного (недобросовестного)», подчеркивает Конфуций¹⁴.

Власть, по мнению Конфуция, нужно так использовать, чтобы не было возмущения народа, чтобы, наоборот, власть монарха укреплялась. Вот что он советует монарху: «Не ленись». И далее продолжает: «Правление хорошо, когда окружающие (близкие) довольны, а отдаленные приходят к тебе»¹⁵.

Конфуций отличал управление государством на основе норм добродетели от управления на основе законов. В то же самое время Конфуций был убежденным сторонником политической централизации и требовал, чтобы управление государством находилось в руках «сына неба» – единого правителя государства, а не у крупных сановников. Именно от государя должны исходить все повеления, именно ему должны быть подчинены и должны оказывать «верность» все сановники и все его подданные.

Мудрый администратор должен хорошо знать, что люди любят богатство и престиж, а ненавидят бедность и презрение. Он всегда должен стремиться к добру – и тогда люди пойдут за ним: куда дует ветер, туда и трава клонится. На вопрос о том, в чем состоит управление государством, Конфуций ответил: «В достаточности пищи, в достаточности военных сил и в доверии народа». Вместе с тем и сам правитель, полагает Конфуций, должен постоянно, без усталости заботиться о своих подданных: «Управление заключается в том, чтобы неустанно сосредоточиваться на нем и нелицемерно осуществлять его»¹⁶.

По мнению Конфуция, в управлении следует неуклонно держаться середины (т.е. справедливости). «Если китайский народ в пределах четырех морей обеднеет, то и благополучие государя прекратится навеки», предостерегает Конфуций¹⁷.

Будучи сторонником сильной централизованной власти, Конфуций отрицательно относился к позитивным законам (фа), объясняя это тем, что, во-первых, позитивные законы часто не соблюдаются, и, во-вторых, за их невыполнение предусматриваются жестокие наказания. Конфуций подчеркивал, что если править с помощью закона, улаживая, наказывая, то народ остережется, но не будет знать стыда. Если править на основе «добродетели и поддерживать в нем порядок...», то у него будет чувство стыда и он будет исправляться¹⁸. Но вместе с тем Конфуций не отвергает полностью писанные законы (законодательство), признавая, что они имеют вспомогательное значение.

Другой важнейшей правовой реформой Конфуция была реформа образования. Речь идет и об общем образовании, и об особой роли учителя в воспитании человека, следующего правилам «ли» как правилам гармоничного, правильного поведения, обладающим неформальной нормативностью, и о самовоспитании. Как замечает В.И. Лафитский, известный в числе прочего своими исследованиями в области сравнительного правоведения, первая юридическая школа была основана в Древнем Китае великим философом Конфуцием¹⁹.

По утверждению крупнейшего в России специалиста по изучению конфуцианства Л.С. Переломова, в Китае длительное время широкое

¹⁰ См.: Трощинский П.В. Влияние традиции на право современного Китая // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 98.

¹¹ Конфуций. Суждения и беседы. С. 256.

¹² Там же. С. 258.

¹³ Там же. С. 144.

¹⁴ Там же. С. 225-226.

¹⁵ Там же. 225, 229.

¹⁶ Там же. С. 222, 218, 221.

¹⁷ Там же. С. 283.

¹⁸ Там же. С. 148.

¹⁹ Лафитский В. И. Юридическая наука: история и современность // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2010. № 3. С. 26.

распространение имели высокие нормы конфуцианской морали, во главе которых стояла гуманность и человеколюбие²⁰. Он называет «Лунь юй» («Суждения и беседы») Конфуция – своего рода библией китайской цивилизации, создавшей целую систему ценностей²¹.

Господствующие позиции конфуцианства особенно сильными были в Восточном Китае («старых» районах Китая, которые населяли собственно китайцы). В IV – III вв. до н. э. в рамках чжоуского Китая было уже немало царств с преимущественно некитайским, «варварским» населением²². Именно в этих районах с самого начала вводилась разработанная легистами система административных уездов и областей во главе с подчиненными центральной власти чиновниками, осуществлявшими основанное на законе управление²³. Здесь легизм оказался не только уместен, указывает знаток Древней истории Китая Л.С. Васильев, но и прямо-таки необходим. Легистские методы управления оказались наиболее удачными для обеспечения управления как раз теми территориями, где было мало места столь близким конфуцианству традициям²⁴.

Согласно реформам легистов, власть должна ориентировать не столько на соблюдение правил добродетели, сколько на подчинение закону. Соответственно, «правление людей» должно быть заменено «правлением законов». По мнению видного теоретика легизма ХаньФэйцзы, «слова о человеколюбии и чувстве долга прежних правителей не дают ничего для управления, а если сделать ясными мои законы и правила, неотвратимыми мои награды и наказания, то для государства это ... вроде румян, пудры, благовоний и туши. Поэтому просвещенный правитель жаждет от них помощи и не торопится с тем, что [обычно] воспевают. Оттого [он] не идет по пути человечности и чувства долга»²⁵. Согласно учению легистов, человеколюбие, правила добродетели, все конфуцианские институты являются вредными установлениями.

²⁰ Подробнее см.: Переломов Л. С. «Четверокнижие» — ключ к постижению конфуцианства: вступ. ст. // Конфуцианское «Четверокнижие» («Сы шу»). М., 2004. С. 10-70.

²¹ Переломов Л. С. Конфуций и система разделения властей // Философия права Пятикнижия / под ред. А.А. Гусейнова и Е.Б. Рашковского/ Составитель П.Д. Баренбойм / Сборник статей. М.: Издательство «ЛУМ», 2012. С. 561.

²² Исследователь китайского традиционного права В. М. Рыбаков подчеркивает, что законы в Китае никогда не мыслились как нечто священное и непререкаемое, как благой дар богов смертным людям, как идейная сверхценность. Напротив, господствующая теория поначалу относилась к продукту творчества некитайских, «варварских» народов, не ведающих морали и стыда, а потому вынужденных, чтобы хоть как-то наладить общежитие, прибегать к постоянному насилию посредством законодательно налагаемых запретов». (См.: Рыбаков В. М. Указ.соч.).

²³ См.: Васильев Л.С. Конфуцианство и легизм // ВикиЧтение // <https://history.wikireading.ru/103367> (Дата обращения: 04.10.2018).

²⁴ Там же.

²⁵ ХаньФэй-цзы // Средневековые исторические источники Востока и Запада // Восточная литература http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/China/I/Drvnkit_fil/rametext14.htm (Дата обращения: 25.10.2018 г.).

ХаньФэй приводит примеры такой вредности. «В Чу был [человек по имени] Чжи-гун, его отец украл барана, и [сын] донес на него властям. Лининь приказал: «Казнить его!» [Ибо хотя он] поступил правильно [по отношению к] государю, но изменил отцу, [потому-то] его обвинили и наказали. Отсюда видно, что подданный, честный перед государем, [может оказаться] жестоким сыном [по отношению] к отцу. [Один] лусец ходил со своим государем на войну и в трех сражениях трижды показывал спину. Чжун-ни спросил о причине этого, и тот ответил: «У меня старый отец, если я умру, некому будет его содержать». Чжун-ни счел это сыновней почтительностью, превозносил его и возвеличивал. Отсюда видно, что сын, почтительный [по отношению к] отцу, может оказаться подданным, изменившим [своему] государю. Поэтому наказание, наложенное лининем, [привело к тому], что в Чу до верхов не доходят сведения о злодеях, а похвала Чжун-ни [привела к тому], что в Лу народ легко сдается в плен и показывает спины»²⁶.

Шан Ян является одним из виднейших теоретиков легизма и одним из основателей школы «законников» (фацзя). Основные идеи легизма были изложены в «Книге правителя области Шан», которая считается каноном легистской школы. Шан Ян был инициатором знаменитых реформ, узаконивших в стране частную собственность на землю. Он выступал с обоснованием управления, опирающегося на законы (фа) и суровые наказания.

Как указывает П.В. Трошинский, легисты задолго до Макиавелли разработали и применили на практике модель тоталитарного, основанного на жестких законах управления обширной территорией (империя Цинь, 221– 209 гг. до н. э.). Именно легистами была установлена беспощадная система ответственности за совершаемые нарушения правовых предписаний, включая ответственность членов рода преступника («круговая порука»). Жесткость современных китайских законов, по его мнению, напрямую связана с заложенным еще задолго до Рождества Христова легистами в подсознание китайца отношением к закону как к основному карательному инструменту государства, при этом закон должен быть настолько суровым, чтобы у потенциальных преступников даже не возникало мысли его нарушать²⁷.

В то же время провозглашенный Шан Яном принцип «равных возможностей» позволял представителям непривилегированных сословий занимать чиновничьи должности путем их официальной покупки, однако уже при династии Хань (206 г. до н.э. – 220 г. н.э) купцы, а также их сыновья и внуки такой возможности законодательством были лишены²⁸.

²⁶ Там же.

²⁷ Трошинский П.В. Эволюция правовой системы современного Китая в сравнительно-правовом измерении // Право и государство. 2014. № 3 (64). С.70.

²⁸ См.: Даньшин А. Роль конфуцианства и легизма в формировании правового и социального статуса купечества традиционного Китая // <http://gisap.eu/ru/node/20901> (Дата обращения: 04.10.2018).

Шан Ян являлся критиком распространенного в это время конфуцианства, так как считал, что приверженность старым традициям, обычаям, ритуалам, устоявшимся законам и традиционной этике является определенным тормозом. По его мнению, люди, приверженцы таких взглядов, могут «лишь занимать должности и блюсти законы, однако они не способны обсуждать [вопросы], выходящие за рамки [старых] законов»²⁹. Для того, чтобы принести пользу государству, утверждали легисты, не обязательно подражать древности.

Именно семья (каждая семья), по мнению Шан Яна, должна осуществлять законы. Когда правитель издает указы, люди знают, как исполнять их. Успешное осуществление закона зависит от отношения к нему семьи, подчеркивает Шан Ян, чиновники же только применяют его. А вот добиться этой великой цели возможно только одним путем – введением системы жестких регламентов, за невыполнение которых должны следовать суровые санкции. Вот для этого-то и нужен закон. Закон, уточняет он, это выражение «любви к народу; ли – это то, что благоприятствует [заведенному течению] дел»³⁰. Главный смысл закона – в его универсальности, жестокости и обязательности для всех. Как представляется, Шан Ян в своих рассуждениях возвышается до теоретического уровня восприятия закона как формально-юридического источника права. Здесь Шан Ян впервые указывает на то, что законы устанавливают мудрые люди – правители, т.е. закон является сформулированным и принятым в официальном порядке предписанием властного характера. В нем закрепляются общезначимые (общеобязательные) правила поведения, обеспеченные силой государства. Несомненно универсальность и жестокость таких норм. Нижестоящие не имеют право обсуждать такие законы: «[Поэтому] негоже обсуждать с народом свои начинания, но можно вместе с ним наслаждаться завершением [дел]», подчеркивает Шан Ян³¹. Далее – законы должны быть понятными и ясными, чтобы каждый человек понял смысл таких установлений. Но если закон и установления не ясны, невозможно добиться от народа послушания, указывает он. Такой закон, по его мнению, является результатом правотворческой деятельности компетентных субъектов (мудрых людей). Закон (и это является, на наш взгляд, наиболее важным), по его мнению, должен регулировать важнейшие отношения в обществе, а не второстепенные занятия. Вот что он пишет: «Когда стремятся направить все усилия на Единое, надлежит действовать осмотрительно; когда занимаются основным делом, надлежит сосредоточить его в одних руках. Если все усилия государства направлены на Единое, то и людей [легче] использовать». «Тот, кто, управляя страной, способен сосредоточить всю силу народа в одних руках и

направить людей на Единое, сделает [свое государство] могущественным; тот, кто способен заставить народ заниматься основным делом и пресечь второстепенное, обогатит [страну]»³².

В неоднородном обществе, полагал Шан Ян, для соблюдения установленного порядка необходимы строгие наказания. «В стране, добившейся владычества [в Поднебесной], на каждые девять наказаний приходится одна награда; в сильной стране на каждые семь наказаний приходится три награды; в стране, обреченной на гибель, на каждые пять наказаний приходится пять наград. Государство, добившееся сосредоточения [всех усилий народа] на Едином хотя бы на один год, будет могущественно десять лет; государство, добившееся сосредоточения [всех усилий народа] на Едином на десять лет, будет могущественно сто лет; государство, добившееся сосредоточения [всех усилий народа] на Едином на сто лет, будет могущественно тысячу лет, а тот, кто будет могуществен тысячу лет, добьется владычества [в Поднебесной]», указывает Шан Ян³³.

Главный момент унификации – пресечение второстепенных занятий, которые позволяют извлекать частную выгоду и ослаблять казну. Земледелие, торговля и управление – три основные [функции] государства, подчеркивает Шан Ян³⁴. Все остальные занятия, по его мнению, являются второстепенными.

Представления Шан Яна о жестоких законах как основном средстве управления государством тесно связаны с его пониманием взаимоотношений между государством и подданными. По его мнению, эти отношения носят антагонистический характер: «Когда [народ] силен, [армия] вдвое слабее; когда [народ] слаб, [армия] вдвое сильнее»³⁵.

О жестоких наказаниях говорил и ХаньФэй-цзы, который настаивал на принципе соответствия имен реальности потому, что передача этого вопроса на откуп самим чиновниками могла бы ослабить контроль над ними правителя. Именно поэтому ХаньФэй-цзы восхвалял странный и жуткий поступок одного из ханьских правителей, предавших смерти хранителя царского головного убора только за то, что тот укрыл пьяного правителя платьем, когда тот растянулся на кровати – его преступление заключалось в том, что он превысил собственные полномочия, хотя бы и с добрыми намерениями³⁶.

Заложенные в конфуцианстве социально-политические нормы всегда являлись основным стержнем, вокруг которого формируется современная модель общественного и государственного устройства КНР. Китайский лозунг «древность

²⁹ Шан Ян. Книга правителя области Шан // Средневековые исторические источники Востока и Запада // Восточная литература // http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/China/I/San_Jan/text1.phtml (Дата обращения: 28.10.2018).

³⁰ Там же.

³¹ Там же.

³² Там же.

³³ Там же.

³⁴ Там же.

³⁵ Там же.

³⁶ Хань Фэй-цзы // Информационный портал по Китаю проекта АБИРУС // <https://www.abirus.ru/content/564/623/625/647/836/11102.html> (Дата обращения: 25.10.2018 г.).

на службу современности», сформулированный ещё в Древнем Китае, демонстрирует преданность традициям, свойственную китайскому менталитету. Именно конфуцианство является не только корнем китайской культуры, но и политическим компасом³⁷.

По мнению П.В. Трошинского, несмотря на известный антагонизм между конфуцианством и легизмом в вопросе верховенства права и морали, в законодательстве Древнего Китая произошла их синергия: высокие нравственные принципы конфуцианской морали защищались жестокими легистскими законами. Сформированные конфуцианским и легистским учениями традиционные взгляды китайских граждан на право и закон продолжают оказывать глубокое влияние на их правосознание, правовую культуру и правотворческую деятельность законодателя в современном Китае³⁸.

Ценности, лежащие в основе китайского общества, спустя тысячелетия, конечно, изменились, в том числе под влиянием социалистических идей. Поскольку в современном Китае решения партийных органов по сути определяют содержание правотворческой деятельности и задают его ценностную основу, важно знать позицию Коммунистической партии Китая (КПК) по этому вопросу.

В отчетном докладе ЦК КПК на XVIII съезде в 2012 г. впервые был официально представлен набор «социалистических сердцевинных ценностных воззрений», характеризующих духовные ориентиры современного китайского государства и общества: богатство и сила (фуцян), демократия (миньчжу), цивилизованность (вэньмин), гармония (хэсе); свобода (цзыю), равенство (пиндэн), справедливость (гунчжэн), власть закона (фачжи); патриотизм (айго), преданность своему делу (цзиньье), честность (чэнсинь), дружба и доброта (юшань)³⁹. Приведенный перечень свидетельствует, что во многом конфуцианская традиция продолжает оставаться актуальной для Китая.

По-видимому, не случайно в качестве символа построения «социализма с китайской спецификой» взят термин «сяокан», «Сяо Кан – общество малого благоденствия» – название первой социальной утопии Конфуция, хотя Дэн Сяопин насытил этот термин лишь экономическим содержанием (достижением среднезажиточного уровня в 800–1000 долларов)⁴⁰.

Си Цзиньпин, выступая на 19-ом съезде КПК в 2017 г., заявил, что необходимо стимулировать творческое внедрение и инновационное развитие лучших достижений китайской традиционной культуры. Он призвал, не забывая свои корни, ... активнее возвращать китайский дух и китайскую силу, формировать китайские ценностные представления, способные служить народу духовным ориентиром⁴¹.

В КНР действует Закон «О правотворчестве»⁴². В его главе I «Общие положения» можно проследить некоторые ценностные аспекты, когда законодатель в ст. 3 говорит, что правотворчество должно строиться на основных принципах Конституции, центральное место должно принадлежать экономическому строительству, необходимо придерживаться социалистического пути, демократической диктатуры народа, руководства Коммунистической партии Китая, марксизма-ленинизма, идей Мао Цзэдуна, теории Дэн Сяопина, реформ и открытости. Однако о необходимости учитывать в правотворчестве традиционные ценности напрямую в тексте названного закона не написано.

Данью традициям могут свидетельствовать слова Преамбулы Конституции КНР о реализации цели великого возрождения китайской нации. Примером следования традиционным ценностям в правотворчестве можно назвать и ст. 49 Конституции КНР, в которой закреплена обязанность родителей содержать и воспитывать несовершеннолетних детей и обязанности детей содержать и поддерживать родителей⁴³.

В Конституцию КНР в 2018 г. внесены поправки с 32 по 52. Как известно, в действующую Конституцию КНР с 1982 г. в общей сложности поправки вносились до этого четыре раза: в 1988, 1993, 1999 и 2004 г. (общее количество ранее внесенных поправок – 31)⁴⁴. Как представляется, на примере некоторых поправок можно высказать предположение, что они вполне отвечают духу традиционных ценностей китайской цивилизации.

Например, это поправка № 14. С ее внесением в ст. 79 отсутствует указание на то, что Председатель и заместитель Председателя КНР могут занимать свои должности не более двух сроков подряд. Здесь возможно усмотреть продолжение традиции несменяемости и единоначалия, которые в течение тысячелетий практиковались в китайском обществе. «Благородные мужи» в лице руководителей государства не нуждаются в ротации.

³⁷ Гэн Хайтянь. Конфуцианство и его влияние на социально-политическую жизнь современного Китая; автореф. дис. ... канд. полит. наук. Уссурийск, 2011 // Электронная библиотека диссертаций // <http://www.dissercat.com/content/konfutsianstvo-i-ego-vliyanie-na-sotsialno-politicheskuyu-zhizn-sovremenno-go-kitaya> (Дата обращения 04.10.18).

³⁸ Трошинский П.В. К вопросу о традиционных взглядах на право в китайском обществе // Вестник Университета имени О.Е.Кутафина (МГЮА). 2016. № 3. С.136.

³⁹ Ломанов А.В. «Мягкая сила» и поиск путей выхода китайской культуры во внешний мир // Китайская цивилизация в глобализирующемся мире. По материалам конференции. В 2-х тт. / Отв. ред. В.Г. Хорос. Том I. М.: ИМЭМО РАН, 2014. С.192.

⁴⁰ Переломов Л. С. Конфуций и система разделения властей. С.569.

⁴¹ См.: Полный текст доклада, с которым выступил Си Цзиньпин на 19-м съезде КПК // 19-ый Всеитайский съезд КПК // http://russian.news.cn/2017-11/03/c_136726299.htm (Дата обращения: 28.10.2018 г.).

⁴² Закон КНР «О правотворчестве» (принят на 3-ей сессии ВСНП 9-го созыва 15 марта 2000 г.) / перевод к.ю.н., с.н.с. ЦПИК ИДВ РАН Трошинский П.В.; Консалтинговая группа «Окно в Китай» // Информационная система «Континент» // http://continent-online.com/Document/?doc_id=30809374#pos=0;0 (Дата обращения: 31.10.2018 г.).

⁴³ Конституция КНР (неофициальный перевод редакции 2018 г.) // [Chinalav.Center// https://chinalaw.center/constitutional_law/china_constitution_revised_2018_russian/](https://chinalaw.center/constitutional_law/china_constitution_revised_2018_russian/) (Дата обращения: 28.10.2018 г.).

⁴⁴ Виноградов А.В., Трошинский П.В. Первая сессия ВСНП 13-го созыва и конституционные поправки // Проблемы Дальнего Востока. 2018. № 2. С. 21.

Заключительной конституционной поправкой № 21 (статья 52) в систему органов государственной власти введены новые органы – контрольные комитеты. 11 поправок из 21 затрагивают контрольные комитеты. Конституционно-правовому регулированию их деятельности посвящен теперь параграф 7 главы III «Государственная структура», статьи 123–127⁴⁵. Таким образом, создана самостоятельная контрольная ветвь власти в виде единого централизованного органа по борьбе с коррупцией.

Обратим внимание, что контрольная власть была широко известна в Древнем Китае. Так, при династии Цин существовали придворные цензоры (*юйшидафу*) – «главный цензор» в Палате цензоров, в обязанность которой входило осуществление контроля за деятельностью всего бюрократического аппарата. При династии Тан имелись специальные сановники-надзиратели (*цзяньидафу*) – «советник, увещевавший императора». Очевидно, что Председатель Си пытается соединить опыт древних контрольных практик с насущными проблемами социализма с китайской спецификой⁴⁶.

По мнению Л.С.Переломова, традиции органов общинного самоуправления возрождены в институте так называемых народных примирительных комиссий. Эти комиссии, работающие под руководством низовых народных правительств и низовых народных судов, получили автономное право улаживания гражданских споров и малозначительных уголовных преступлений. К категории гражданских споров относятся: несложные споры, возникающие между соседями в быту, споры, касающиеся жилплощади, задолженности, брака и семьи, возмещения ущерба, наследования, раздела имущества, содержания родителей, передача прав на воспитание детей и другие. Под делами о малозначительных уголовных преступлениях подразумеваются нанесение легких ранений, жестокое обращение, мелкие кражи, посягательство на имущество, небольшие драки, дискредитирование личности и другие дела, которые могут повлечь за собой последствия, но незначительные⁴⁷. Правовой статус этих комиссий на сегодняшний день урегулирован Законом КНР о посредничестве⁴⁸.

В мире активно обсуждают систему так называемого социального рейтинга, вводимую в КНР. План построения системы социального доверия до 2020 г. был опубликован Государственным советом КНР в июне 2014 г.⁴⁹

Некоторые эксперты связывают эту реформу с конфуцианской традицией. В связи с этим вспоминают одну притчу из жизнеописания Конфуция. Когда он был чиновником, некто предложил ему взятку и заверил, что никто об этом не узнает. Мудрец отвечал: «Я знаю, ты знаешь, Небо знает. Кто не знает?» Коммунистическое руководство Китая, заменившее собой конфуцианское Небо, никогда

не могло смириться с тем, что оно чего-то не знает о своих гражданах. В связи с этим в последнее время и развивается система оценки поведения отдельных граждан по самым разным параметрам. В сентябре 2016 г. был опубликован уточненный перечень неблагоприятных последствий, которым будут подвергаться обладатели низких рейтингов: запрет на работу в госучреждениях; отказ в социальном обеспечении; особо тщательный досмотр на таможне; запрет на занятие руководящих должностей; отказ в авиабилетах и спальном месте в ночных поездах; отказ в местах в люксовых гостиницах и ресторанах; запрет на обучение детей в дорогих частных школах⁵⁰. Оценивая негативные последствия для граждан КНР от применения вводимой системы, представляется, что в этой реформе в значительной степени может быть обнаружено и легистское влияние.

В Уголовном кодексе (УК) КНР⁵¹ в ст. 5 указано, что при определении меры наказания должно быть установлено соответствие множественности и характера преступлений с возлагаемой уголовной ответственностью. По сути, здесь закреплён принцип справедливости. Для иллюстрации того, как китайский правоприменитель может истолковать результаты правотворческой деятельности в форме закона, обратимся к делу братьев Чжан, вызвавшем широкий резонанс в Китае в 2009 г. Братья похитили заложника, чтобы найти деньги, необходимые для лечения тяжелобольной матери. Ст.239 УК КНР гласит: «Похищение человека с целью вымогательства у него имущества или захват его в качестве заложника, наказываются лишением свободы на срок свыше 10 лет или бессрочным лишением свободы, а также штрафом или конфискацией имущества»⁵². Суд установил, что братья Чжан не имели возможности собрать деньги, чтобы спасти мать, их действия не нанесли вред здоровью заложника в ходе похищения, который признал хорошее отношение к нему братьев. Суд посчитал возможным назначить братьям более легкое наказание, исходя из того, что братья являются благочестивыми сыновьями и пошли на преступление из чувства сыновней любви и самопожертвования⁵³. Такого рода оценку их действия получили и у более 80 процентов опрошенных китайцев в ходе общественного обсуждения их поступка. Люди разных слоев общества пожертвовали деньги на лечение матери братьев Чжан⁵⁴.

⁵⁰Цифровая диктатура: как в Китае вводят систему социального рейтинга // РБК // <https://www.rbc.ru/business/11/12/2016/584953bb9a79477c8a7c08a7> (Дата обращения: 31.10.2018 г.).

⁵¹Уголовный кодекс Китайской Народной Республики. Принят на 5-й сессии Всекитайского собрания народных представителей шестого созыва 14 марта 1997 г. // Федеральный правовой портал «Юридическая Россия» // <http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1247252&subID=100110722,100110730,100110747,100112219#text> (Дата обращения: 31.10.2018 г.).

⁵² Там же.

⁵³ Гуанчжоу: суд первой инстанции «Братья захватили заложников, чтобы собрать деньги для спасения матери» // Sohu (Coxy) на кит. языке // <https://m.sohu.com/n/267036037/> (Дата обращения: 31.10.2018).

⁵⁴ Братья собирают деньги, чтобы спасти мать // // Sohu (Coxy) на кит. языке // <https://m.sohu.com/n/266293129/> (Дата обращения 31.10.2018).

⁴⁵ Там же. С.24.

⁴⁶ Там же. С. 26.

⁴⁷ Переломов Л. С. Конфуций и система разделения властей. С. 570-571.

⁴⁸ Закон о посредничестве // Бизнес в Китае // Информационно-аналитический портал // <https://asia-business.ru/law/law3/agent/> (Дата обращения: 31.10.2018 г.).

⁴⁹См.: План системы социального кредитования // Китайское право и средства массовой информации // <https://chinacopyrightandmedia.wordpress.com/2014/06/14/planning-outline-for-the-construction-of-a-social-credit-system-2014-2020/> (Дата обращения: 31.10.2018 г.).

В сфере частного права сложно прямо в тексте закона найти статьи, из текста которых было бы очевидно, что под собой они имеют конфуцианские идеи. Примером, по-видимому, может являться статья 7 закона КНР «О договорах»⁵⁵, в которой указано, что при заключении и исполнении договора стороны обязаны соблюдать положения законов, административных установлений, следовать общественной морали и не вправе нарушать социально-экономический порядок или причинять вред общественным интересам.

Китайский профессор ЧжанЛихун (ZhangLihong)⁵⁶, читавший в октябре 2018 г. курс лекций в СПбГУ, привел следующий факт применения данной статьи по поводу норм общественной морали, который имел место при разбирательстве по делу о передаче имущества по договору в провинции Сычуань в 2010 г. Фабула дела такова. При жизни у мужчины была жена и дети, он работал и обеспечивал всю семью. Однако после появления у него любовницы он заключил с ней договор и оформил на ее имя имущество, которое ранее принадлежало ему. После его смерти жену не устроило положение дел, хотя договор был заключен согласно действующему законодательству. Она обратилась в суд с требованием признать заключенный договор недействительным, т.к. он не соответствует нормам общественной морали. Любовница, в свою очередь, утверждала, что, исходя из действующего в Китае принципа свободы заключения договора, человек волен сам выбирать, как ему распоряжаться своим имуществом и с кем именно заключать договоры. Суд в этом деле принял следующее решение: конфуцианское учение о «благородном муже» предполагает, что мужчина должен заботиться о своей семье, жене, детях. В данном случае мужчина оставил всю свою самую близкую родню без имущества, что явно не соответствует представлению о благородном муже как идеальном мужчине, воплощающем совершенство и являющим образец для подражания. Поэтому договор, заключенный в свое время между умершим мужем и его любовницей, признали недействительным, основываясь на статье 7 закона «О договорах».

Современный китайский правотворец, создавая правовой текст и облакая его в иероглифы закона, в большинстве случаев не обнаруживает напрямую ценностное основание закона. Но иероглиф может нести и скрытый смысл, своеобразный код. И чтобы расшифровать его, надо помнить, что кистью правотворца движут не только прагматичные сиюминутные цели, но и проникнутые конфуцианским духом традиции. Не зря сегодня в Китае наряду с концепцией управления на основе закона востребована концепция управления на основе морали.

§ 2. Правотворческая деятельность судьи в Средневековой Кастилии: «фасанья» как культурно-правовой феномен

Мерилом ценности права можно смело считать его справедливость, которая выражается в двух аспектах. С одной стороны, это материальный, объективный аспект, который заключается в применимости, «полезности» права для конкретного сообщества в конкретный момент времени, а с другой - морально-нравственное измерение принимаемых юридических решений или правовых норм. Оба этих аспекта неразрывно связаны между собой, хотя на практике «полезные» нормы или решения могут и не быть эффективными, поскольку отвергаются на уровне правовой ментальности, в которой заложен некий «механизм», определяющий то или иное решение власти как справедливое или несправедливое. Хотя, конечно, любое новое решение изначально отвергается в рамках действия другого механизма – адаптации к существующему порядку: «если так есть, значит, так и должно быть». На этих противоречивых, казалось бы, основаниях строится крепкий и надёжный фундамент обычного права, которое вынуждена учитывать и принимать любая власть, будь то потестарная или раннегосударственная.

Очень трудно обнаружить «ценность права», но можно отметить наличие «ценностей права». В каждую эпоху «выдумывали» (не индивидуально, разумеется, а в рамках коллективного общественного правосознания) свои основания для признания права социальной ценностью. Ценность права основывалась на идеалах эпохи: аскетических – первыми христианами, рыцарских – в феодальные времена, утопических – просветителями-рационалистами, гуманистических – марксистами, идеологических – консерваторами XIX в.⁵⁷ Если продолжить это размышление, то можно заметить, что и в одну и ту же эпоху ценности права в разных регионах сильно различались. По мысли С.С.Алексеева, в советском правопонимании право, а следовательно, его ценности, разделялись в зависимости от политико-правовых систем, поскольку право понималось как выражение воли господствующего класса⁵⁸. Если мы понимаем право как часть культуры, то этот вывод также представляется рациональным: по сути справедливость при принятии определённого юридического решения будет означать выбор и нахождение компромисса между пониманием и оценкой одного и того же объекта с разных субкультурных позиций.

Однако вывести из этих рассуждений то, что единой ценности права как целостного феномена вообще не существует, было бы обидно. Ведь и культуру, частью которой право является, можно понимать и как целостное образование, а

⁵⁵ Закон КНР о договорах // Chinalav.Center // https://chinalaw.center/civil_law/china_contract_law_1999_russian/ (Дата обращения: 28.10.2018)

⁵⁶Email:lihong111@gmail.com; lihongzhang@qq.com

⁵⁷ Sánchez de la Torre A. Los valores del Derecho // Anuario de filosofía del derecho, № 13, 1967-1968, págs. 161-172. P.165.

⁵⁸ См., например: Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. – М.: Юридическая литература, 1971. - 224 с. С.5, С.151 и далее.

можно рассматривать как совокупность культурных образований, от цивилизаций до субкультур. Разыскивая то, что называется «сущностью права», мы неминуемо придём к отделению его от других социально-культурных феноменов.

Эти предварительные рассуждения нам необходимы с целью приближения к основной теме данного исследования. Мы будем говорить о ценности права, равно как и о противоречии локальных субкультурных правовых ценностей в процессе формирования промежуточного культурно-правового феномена, сложившегося в Средневековой Испании, между обычным и писаным королевским правом, называемого «фасанья» (*fazaña*).

Кратко поясним эволюцию права в Средневековой Испании (прежде всего, Кастилии). В IX в. только сформировавшая свою идентичность Кастилия отказывается от вестготского права, на основании которого продолжали свою деятельность политические и юрисдикционные органы Севера Испании, не занятого вторгшимися на Полуостров маврами. Это было необходимо для обретения формальной правовой независимости от королевства Леон. Кастильцы отказались от складывавшегося в течение нескольких столетий писаного права вестготских королей, которые опирались в своей правотворческой деятельности прежде всего на римское право, творчески адаптировав его для взаимоотношений между германцами, римлянами и местной романизированной аристократией. Право Вестготской правды было слишком сложным и длинным для этих свободолюбивых и далёких от цивилизации потомков храброго Пелайо кантабров, как утверждал Х.Перес де Урбель⁵⁹. Регион будущей Кастилии находился в состоянии постоянного сопротивления каким бы то ни было цивилизаторским устремлениям. Поэтому кастильцы отказались от устоявшейся правовой практики применения судьями норм писаного права, данного вестготскими королями и соборами. Это право ассоциировалось, несомненно, с централизаторскими устремлениями.

Следовательно, Кастилия вернулась к ситуации доправовой, попытавшись возродить и сделать основой для собственного права германские и даже догерманские правовые традиции и обыкновения жителей Полуострова, но при этом старые обычаи коренного населения Испании были забыты, а право обосновавшихся здесь завоевателей, принёсших определённый правопорядок и начавших формировать государственность, отвергнуты. Символически это выражалось в сожжении *Liber Iudiciorum* (Вестготской правды) на главной площади Бургоса. Тем самым, кстати, отрицалась сама *ценность* этого акта для жителей Кастилии, если выражаться на языке исследуемой темы. Этот документ не был практически значимым, а следовательно – эффективным, поскольку Леонский суд был далеко, а его решения не всегда воспринимались как справедливые. Очевидно, что эмоциональная оценка этого акта была далека от благоприятной. В литературе существует и такое

⁵⁹ Pérez de Urbel, J. Historia del Condado de Castilla. - Madrid : Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Escuela de Estudios Medievales, 1945. P.156.

мнение, что полное отсутствие в правовой практике Кастилии в первые века своего существования и далее вестготского права может свидетельствовать и о продолжающемся глухом сопротивлении кантабров всему германскому⁶⁰. Известный историк Р.Альтамира писал ещё и о том, что кастильцы были объединением горных народов, которых мало интересовали законы, исходящие от короля или даже от сеньора⁶¹. Они уважали лишь собственные обычаи и к писаному праву через королевский суд обращались только в том случае, если обычные нормы по конкретному вопросу противоречили друг другу.

В целом для кастильцев сожжение Вестготской правды и выбор собственных судей, которые судили, согласно обычаям, было символическим актом признания собственной идентичности и независимой юрисдикции. Сразу же после этого были избраны два первых Судьи, которые стали основоположниками кастильского права путём создания правоприменительной практики на основе действовавших обычаев.

В этой ситуации у жителей Кастилии осталось два варианта создания собственного права: основываться на правовых обычаях и на этом фундаменте создавать судебные прецеденты, имеющие силу закона. Несмотря на наличие сильных и харизматичных полубогатых правителей, типа Фернана Гонсалеса, формировать собственное законодательство Кастилия ещё не могла. Во-первых, леонские короли не могли так просто согласиться с потерей провинции, во-вторых, в самой Кастилии не сложилась публичная власть, которая в будущем заложит основы для формирования государственности. Эти два фактора стали основополагающими для создания кастильского права, первоначальной стадией которого и стали рассматриваемые здесь фасаньи.

Затем наиболее важное правовое значение приобретают фуэро в двух своих ипостасях: локальное право, основанное на обычаях, или дарованная королём привилегия сохранять и продолжать использовать свои местные правовые обычаи. Огромная ценность фасаньи и фуэро состоит в том, что в ситуации отсутствия систематического правового регулирования они осуществляли организацию социального порядка. По сути, правопорядок эпохи позднего Средневековья основывался на решениях суда в виде фасаний. В первые века своего существования Кастилия не имела собственной писаной системы права в виде абстрактных унифицированных норм.

Только после этого распространяется писаное королевское право, которое полностью исходит из центра и практически не учитывает существующие обыкновения, кроме тех случаев, когда необходимо подтвердить от лица публичной власти имеющиеся правовые обыкновения. Альфонсо X Мудрый формально завершил период в развитии права, когда судебный прецедент, основанный на местных

⁶⁰ Ibid. P. 157

⁶¹ Altamira R. Historia del derecho español. – Madrid, 1903. 248 p. P. 97.

обычаях, играл роль источника права. Король издал указ о том, что только решения королевского суда могли служить примером для судей всего королевства. Более того, король, создавая собственное законодательство особо подчёркивал в специальном Прологе, что одной из целей было установление правопорядка, поскольку «большая часть наших королевств до сих пор не имеют фуэро и судятся на основе фасаний, и усмотрений людей, и противоречивых и неправовых обычаев, от чего произошло много зла и много вреда народам»⁶² (в некоторых вариантах вместо «большая часть наших королевств» написано более точно: Вальядолид или Бургос; вероятно, тот или иной вариант зависел от той территории, которой адресовался королевский документ). Короля, очевидно, волновали два взаимосвязанных факта: с одной стороны, необходимость распространения единого королевского правопорядка на всю подвластную ему территорию, а с другой, - искоренение несправедливости при применении несвязанных между собой локальных правовых установлений. Всё это служило созданию стройной системы права и – в конечном итоге – формированию государства современного типа.

Последовательность смены правовых форм, разумеется, не была столь явной. В одних и тех же сборниках содержались, например, фуэро и фасанья, и современные учёные до сих пор не могут провести между некоторыми из них разграничительную линию. XV в., например, датируется документ, который называется «*El fuero de los fijosdalgos y las fazañas del fuero de Castilla*» (Фуэро идалго и фасанья фуэро Кастилии). В этом документе прописаны привилегии, дарованные дворянству и «старые правопорядки»⁶³ в виде фуэро и фасанья. Когда мы рассматриваем текст документа, приведённый в исследовании, на который мы ссылаемся (Х.Л.Бермехо Кабреро), то видим, что он представляет перечисление ряда правовых установлений, каждое из которых именуется автором средневекового текста как фуэро или фасанья в каждом конкретном случае. Причём этот средневековый автор (компилятор) не удосужился создать такую структуру текста, где фуэро и фасанья разделились и различались бы между собой, а те глоссы, которые есть в оригинале, как сообщает современный исследователь, касаются, скорее, содержания той или иной нормы, но не её формы.

Испанский историк права Х.Гарсия Гонсалес специально отметил в одной из своих статей, что термин «фасанья» нужно рассматривать с точки зрения всех его значений⁶⁴. В самом деле, если мы откроем Королевский словарь испанского языка (крупнейшее постоянно обновляющееся официальное издание), то увидим три значения: «подвиг» (важное действие, имеющее последствия), «решение, вынесенное по делу» и «поговорка (пример)». Первое и последнее значения существ-

венно дополняют собственно юридическое понимание данного термина и подчёркивают его *ценностный* оттенок, родство фасанья с другим средневековым жанром, расположенным между правом и моралью – *exempla*, примером. Для обозначения судебного решения существовали и другие термины, и очень важно, что фасанья как судебное решение содержит в себе ценностную характеристику, отражение особенностей правосознания человека эпохи Средневековья.

Кастильцы избрали первых двух Судей Кастилии, Нуньо Расуру (*Nuño Rasura*) и Лаина Кальво (*Lain Calvo*), которые принимали решения, опираясь на существующие обычные нормы. Это обусловило возвращение в правовую практику уже подзабытых инструментов, таких как кровная месть, коллективная ответственность и т.п. Почти изжитые самими германцами и не одобряемые Церковью типичные германские обычаи стали нормой жизни. Последователи Судей продолжили заложенную ими практику. Для легитимации такого правового института была создана соответствующая мифология, согласно которой Расура был признан потомком Фернана Гонсалеса, а Кальво – самого Сиды Кампеадора. Такое родство ставило Судей на уровень правителей, публичной власти, и включало их в формирующийся государственно-правовой механизм. Право судей, в том числе, и последующих, заниматься правотворчеством было легитимировано через эту мифологию. Она определяла ценность самого института и принятых им решений. Эта легенда может считаться «метафасаньей», то есть первой фасаньей, легитимирующей существование и юридическую силу остальных фасаний.

Так судьи в Кастилии не «назначались» верховной властью, и правотворческая деятельность не была им делегирована. Судьи были вынуждены стать правотворцами в силу необходимости, поскольку их решения не опирались на какие-либо нормы права. Хотя ранние историки права Испании, например, Мартинес Марина считали, что судья действовал исключительно по собственному усмотрению⁶⁵, известный историк права XX в., Гарсия-Гайо, писал в одной из своих работ, что «в юридическом смысле фасанья - это в той же мере судебное решение, сколько результат применения судом и не только им фуэро, привилегии или обычая»⁶⁶, то есть представляет собой результат правоприменительной деятельности. Тем самым учёный утверждал, что решение судьи не могло быть полностью волюнтаристским и абсолютным. Он вынужден был искать опору в обычном праве, в правосознании населения, которое определяло, было ли решение справедливым или нет.

Через фасанья разрозненные обычаи, регулирующие социальное устройство, приобретали силу права. Они проходили через сито судебных решений и многократно повторяющихся тяжб по схожему предмету. Через народных представителей в общинах в судах озвучивались неписанные древние традиции и правила. Они

⁶² Prólogo. El Fuero Real de España. Glosado por Antonio Díaz de Montalvo. T 1. – Madrid, 1781. P.5-6.

⁶³ Bermejo Cabrero J.L. Un texto afín al Fuero Viejo de Castilla: «El Fuero de los fijosdalgos y las fazañas del Fuero de Castilla» // Anuario de historia del derecho español, № 69, 1999, págs. 239-274. P. 239.

⁶⁴ См.: García González J. Notas sobre fazañas // Anuario de historia del derecho español, № 33, 1963, págs. 609-624. P.609.

⁶⁵ См.: Ibid. P.611.

⁶⁶ García-Gallo de Diego A. Una colección de fazañas castellas del siglo XII // Anuario de historia del derecho español. – 1934. – №. 11. – Pp. 522-532. P.527.

обладали ценностью справедливости и древности, применения предками в правосознании общин, хотя и были разрозненными и противоречивыми, что и отметил Альфонсо Мудрый, а потому судьи вынуждены были искать в них опору для разрешения конфликтов. То есть не сами судьи творили обычное право, а, реализуя имеющиеся нормы (отбирая наиболее полезные и эффективные и отсеивая или изменяя те, которые не укладывались в формирующуюся систему), придавали им силу публичности. Тем самым они создавали фундамент для формирования будущей системы права в государстве.

Большое число исследователей сходится на том, что фасанья – скорее, нарративный источник, чем правовой: «нарративный источник правового характера», – так говорит один из современных исследователей⁶⁷. Некоторые фасаньи даже не содержат явное юридическое решение или указание на последующую практику. Они могут представлять перед исследователем как рассказ о каком-то историческом персонаже или событии (как, например, легенда о первых кастильских Судьях). Они содержат образец для поведения в самом широком смысле слова. Подобные нарративные правовые формы характеризуют, между прочим, процесс становления правовой ментальности и правосознания в средневековой Кастилии⁶⁸. Это, в частности, вытекает из его формы: большую часть составляло подробное описание обстоятельств, при которых было принято решение (место, время, стороны, обстоятельства дела). С одной стороны, это делалось, чтобы эти обстоятельства запомнились, с другой, – чтобы придать судебному решению больший вес⁶⁹. Для примера приведём вводную часть фасаньи, которая относилась к более позднему времени, а потому в качестве высшего судьи уже выступал король, а не кастильские судьи⁷⁰:

«Когда был король дон Альфонсо в Толедо, обратились к нему крестьяне из деревни Педро Моро, которая находится под юрисдикцией Толедо, чтобы подать жалобу на сеньора, который причинял им много зла; среди прочих разных жалоб, что насиловал женщин и убивал без жалости мужчин. И тогда король поручил рассмотреть жалобы дону Дьяго Лопесу де Сальседо, чтобы он их рассмотрел и

принял решение. И затем дон Дьяго Лопес в присутствии крестьян приказал рассмотреть жалобу в присутствии идальго и алькальдов, чтобы прийти ко всеобщему согласию».

Далее описывается суд и вынесенное решение, которое, сформулировано таким образом, что действительно может стать основой для разрешения в будущем подобных ситуаций. Подробное описание обстоятельств дела свидетельствует о том, что правовые нормы ещё не приобрели абстрактный характер, а напротив, казуальны. Однако публичная власть стремится к тому, чтобы правопорядок на определённых территориях, которые часто указываются в подобных нормах, стал повсеместным, и в будущем судьи могли опираться на вынесенное однажды решение.

Более старые фасаньи, которые издавались без участия королевской власти, то есть более «чистые» варианты таких протонорм, отражали решение судьи, которое зависело от местных обычаев и его усмотрения. Судья же, очевидно, опирался на понятие о целесообразности и эффективности. Приведём текст такой фасаньи:

«Это фасанья фуэро Кастилии, которую по суд установил дон Лопе Диас де Аро. Пусть дорога, которая ведёт из деревни к источнику, будет такой ширины, что на ней могут разойтись две женщины. А другие дороги, которые ведут к угольям, должны быть такой ширины, что если на них встретятся два груженных вьючных животных, то они также могли бы разойтись. А дорога на пастбище должна быть такой ширины, что если на ней встретятся два пса, то и они могли бы разойтись»⁷¹.

Кроме этого, подобная пространная форма была призвана оформить *exempla*, то есть некую притчу морально-нравственного характера. Часто эти притчи носили характер литературный, с элементами фантастики, если это было необходимо для того, чтобы сильнее воздействовать на эмоциональную сферу сознания слушателей. В правовой практике такие *exempla* встречаются не так часто. И историки права обычно отменяют их, не рассматривают в качестве источника права. Но иногда на их правовую природу существует указание не только в самом содержании (повествование о судебной тяжбе, например), но и в заголовке. Так, например, существует фасанья, которую, как правило, не рассматривают историки права, поскольку речь в ней идёт о судебной тяжбе человека со змеей⁷².

Такие притчи назывались «примерами», поскольку предполагалось их применение на практике в последующем, то есть они представляли собой не просто нарратив, но отражали социальные ценности, на основе которых выстраивался правопорядок. Они предлагали образцы правового и нравственного поведения. То, «как надо поступать» в тех или иных случаях. Такая любопытная форма харак-

⁶⁷ Soler Bistue M. Los usos del pasado. Historia, derecho y narración en la Crónica de Pedro I y Enrique II de Pero López de Ayala y una colección de fazañas castellanas // e-Spania. Revue interdisciplinaire d'études hispaniques médiévales et modernes. – 2010. – №. 10. URL: <https://e-spania.revues.org/20164>. [Дата обращения: 03.03.2016]; Soler Bistue M. A viva voz. La fuerza jurídica del relato en la fazaña medieval // Studi Ispanici, № 39 2014, pp.41-51. P.42.

⁶⁸ Приблизительно об этом говорит и Soler Bistué M.A. Derecho, narración y racionalidad jurídica. El caso de la fazaña bajomedieval // Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, № 22, 2011, págs. 162-189. P. 166.

⁶⁹ Kabatek J. ¿Cómo investigar las tradiciones discursivas medievales? El ejemplo de los textos jurídicos castellanos // Lengua medieval y tradiciones discursivas en la Península ibérica: descripción gramatical-pragmática histórica-metodología. – Vervuert Verlagsgesellschaft, 2001. – Pp. 97-132. P.102.

⁷⁰ Взято из сборника фасанья, опубликованных Федерико Суаресом Вердегером в 40е гг. XX в.: Suárez Verdeguer F. La colección de "fazañas" del ms.431 de la Biblioteca Nacional // Anuario de historia del derecho español, № 14, 1943, págs. 579-592.

⁷¹ Текст фасаньи взят из: Bermejo Cabrero J.L. Un texto afín al Fuero Viejo de Castilla: «El Fuero de los fijosdalgos y las Fazañas del Fuero de Castilla» // Anuario de historia del derecho español, № 69, 1999, págs. 239-274. P. 249.

⁷² Soler Bistue M. A viva voz. La fuerza jurídica del relato en la fazaña medieval // Studi Ispanici, № 39 2014, pp.41-51. P.44.

терна для европейского Средневековья, когда понятие преступления и греха были тесно спаяны между собой, подчас оказывались неотделимы друг от друга.

Упомянутый выше М.Солер приводит в своём исследовании текст нормы-фасаньи, которая демонстрирует одновременно описание конкретного случая, а также сформулированную в результате рассмотрения королём дела норму. Эта фасанья очень ярко демонстрирует процесс формирования правосознания и ценностей в средневековом обществе через отношение к определённой деянию. Также здесь мы можем увидеть процесс превращения судебного прецедента (фасаньи) в правовую протонорму (фуэро) путём трансформации из описания конкретного случая, который разрешался на основе обычая (или, по крайней мере, актуального правосознания), в правовую абстракцию, которая могла быть использована для квалификации дела в будущем.

Речь идёт о том, что к королю обратились родители рыцаря, который был кастрирован другим рыцарем, когда тот застал его со своей женой. «И пожаловались его родители королю дону Фернандо, и король послал за рыцарем, который кастрировал другого рыцаря, и спросил его, почему он это сделал, и тот ответил, что застал его лежащим со своей женой. И вынес решение королевский суд, что его надобно убить, потому что своей жене он ничего не сделал. И его казнили. И тогда если произойдёт такое, что застанет кто-то кого-то лежащим со своей женой и наставляющим ему рога, и захочет он убить, то пусть убьёт свою жену»⁷³.

Процессуальная логика заключается здесь в том, что совершены два «встречных» преступления (прелюбодеяние и кастрация любовника), но при этом королевский суд принимает решение и даже оформляет его в виде нормы на будущее о том, что встречное деяние обиженного мужа не может быть расценено как возмездие. Довольно любопытно, что королевский суд вовсе не стремился наказать насилие вообще. Заметим на полях, что, возможно, в принятии решения слышны отголоски древней германской нормы (прописанной, например, в Салической правде) о том, что кастрировавший свободного человека, уплачивает штраф равный штрафу за жизнь свободного человека, то есть такого рода увечье пор следствиям приравнивается к убийству. Вестготская правда говорила о том, что обманутый муж, а также отец может совершить с прелюбодеем и прелюбодейкой всё, что угодно, и убийство не будет преследоваться по закону. Но кастильцы, как было сказано вначале, отказались от Вестготской правды. Для актуального состояния правосознания (христианское правосознание позднего Средневековья) было важнее понимание того, что женщина совершила преступление простив общественной нравственности и против семейных устоев. Поэтому убийство прелюбодея и жены не повлекло бы за собой гневной реакции королевского суда. А вот кастрация (по сути, убийство) рыцаря, сделавшего нашего героя рогоносцем, без оказания какого-либо воздействия на жену было расценено как неадекватная реак-

ция обманутого мужа. Поэтому он сам был подвергнут наказанию в виде смертной казни.

Гарсия-Гайо, подчёркивал, что фасаньи не были призваны устанавливать новые формы права, они служили, скорее, в качестве правоприменительного документа⁷⁴, и в этом смысле их вряд ли можно ассоциировать с источником права. Г.Санчес, в свою очередь, утверждал, что, опираясь в необходимых случаях на обычаи или наблюдая их применение, кастильские судьи всё же конструировали новое право: они «извлекали из двусмысленных обычных норм фундаментальные принципы, когда это было возможно; они отделяли правовое от неправового и, применяя собственные критерии, сформулировали, в результате, кастильское право»⁷⁵.

Для понимания того, что такое фасанья важно её промежуточное положение между правовым обычаем и писаной нормой права. Это не любой правовой обычай вообще, который существует в данной местности. Это обычай, который объективировался в системе права, то есть был «высвечен» судьёй в процессе судебного разбирательства, расценен им как полезный, эффективный, применимый. Именно такой отбор даёт возможность применять именно этот обычай в дальнейшей правовой практике. Так фасанья превращается в норму обычного права при неоднократном её употреблении в рамках судебного процесса.

Первые фасаньи напоминают записанные обычаи. В них ещё нет пространного описания характера судебного процесса, часто нет указаний на судью, стороны. Устно передаваемое обыкновение фиксировалось в суде и использовалось как образец. В дальнейшем фасаньи становятся более пространными, обрастают деталями. Это уже собственно правоприменительная практика: судья принимает решение, основываясь на обычных нормах. Признание судьёй какого-либо обычая в форме фасаньи означает признание государством в качестве модели для будущей правовой нормы. До более или менее абстрактной нормы остаётся один шаг: затем из фасаньи удаляется конкретика – место, время, имена – и остаётся чистое правило поведения, которое может применяться неоднократно и для неограниченного круга лиц, но уже не по усмотрению судьи в качестве аналогичного решения, а как самостоятельно существующая самооценная норма. Другой вариант признания фасаньи в качестве фуэро - признание королём и придание ей силы нормы права. В этом случае в тексте фасаньи могли сохраниться довольно пространное описание обстоятельств дела.

Очевидно, между фуэро и фасаньей нет различия по юридической силе. Речь идёт, скорее, о том, какое должностное лицо имело право заниматься правотворчеством. Король ещё не был законодателем, он выступал, скорее, как судья, хотя и

⁷³ Текст фасаньи взят из Soler Bistué M.A. Derecho, narración y racionalidad jurídica... P. 170-171.

⁷⁴ García-Gallo de Diego A. Op.cit. P.528.

⁷⁵ Sánchez G. Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano // Anuario de historia del derecho español. 1929. №. 6. C. 260-328. P.264.

самый главный. В этом смысле его право создавать нормы права путём правоприменения была примерно такая, как и роль обычного судьи, просто король находился выше на социальной лестнице.

Король вынужден создавать нормы права: более или менее абстрактные указания о правопорядке, который распространялся бы на разные территории со своими обычаями, традициями, всеми особенностями правосознания и образа мира. Это была форма контроля над подвластными королю территориями. Тем самым король объединял государство, создавая в период позднего средневековья известную нам политико-правовую модель. Для достижения этих целей, очевидно, право должно было стать письменным (и читаемым) и наиболее общим для всех, кому оно предназначалось для исполнения. Писаное слово должно было приобрести большую ценность через свою форму, противопоставляясь содержательной ценности праву старшинства, мудрости древности.

Местное же обычное право представляло собой совершенно другую форму. Эти источники могли быть нарративными, так как могли позволить себе пространные повествования о людях и обстоятельствах, хорошо известных в данной местности. Нормы обычного права проистекали из сложившейся веками социальной практики данного региона. Они учитывали особенности местной идентичности, менталитета, оформившиеся социальные связи и локальные иерархии. Со временем их содержание теряло смысл из-за многократного повторения. Нормы становились близкими к навыкам, то есть воспроизводились без рационального понимания их сути и смысла. Их смысл определялся их иррациональной ценностью. Они были более эмоциональные, экспрессивные, и обладали *вневременной ценностью* для людей. Известны случаи, когда фasanьи превращались в исторический анекдот, обладающий характером *exempla*. В любом случае и те, и другие правовые формы содержали представление о *ценностях*, о том, какой должно быть идеальное (или хотя бы правильное, ведь идеальный порядок устанавливался на небесах) мироустройство как отражение трансцендентного правопорядка.

Нормы обычного права (например, те же фasanьи) объективировались через решения, принятые судьями, которые отбирали правовые обыкновения, исходя из собственного понимания права. Но профессиональное правосознание формировалось на перекрестке взаимодействия писаного королевского и обычного местного прав, поэтому в принятых решениях отражаются правовые ценности как официальные, так и обыденные. Изучая обычные правовые нормы можно увидеть отражение правосознания в большей степени, нежели фактические правовые отношения. Это зеркало народа, его историко-правовое лицо.

§ 3. Правообразование в контексте становления юридического позитивизма Нового времени в странах континентальной Европы

Если рассматривать становление юридического позитивизма как целостного мировоззрения, то его историю следует, видимо, начинать с эпох Возрождения и Реформации. Собственно эпоха Возрождения характеризуется такими чертами, как: новый тип миропонимания – гуманизм (проявление интереса к самому человеку как личности, то есть, декларативное нежелание понимать природу человека в сугубо церковной интерпретации); отказ от догматов и схоластики как инструмента и способа познания мира; появление мысли, свободной от религиозных ограничений, в поиске истины, стремящейся к выявлению причинно-следственных связей в природе; дальнейшее утверждение рациональных методов исследования; расцвет искусства, выразившего более «светское», нежели религиозное мироощущение⁷⁶.

Применительно к праву эпоха Возрождения усиливала формализацию юридической сферы и ее рационализацию. Как отмечает А.М.Михайлов, анализируя догматическую юриспруденцию, «создавая особую знаковую реальность, юридический текст выступает необходимой предпосылкой объективации права, при которой юридическая реальность не выступает тождественной социальной действительности, тем самым способствуя восприятию права как исходящего из идеи должностования нормативного социального регулятора. В любом юридическом тексте смысл не дан «наглядно», непосредственно, что требует разработки техник интерпретации, в процессе которой формируются и «оттачиваются» логико-языковые конструкции, становящиеся основой понятийно-категориального аппарата юридической науки и практики, «визитной карточкой» юридического сообщества, указывающий на самостоятельный статус юриспруденции»⁷⁷.

Новая научная картина мира, сформировавшаяся в XV-XVII вв., обладала несколькими основополагающими характеристиками: научным знанием может считаться только такое знание, которое получено с использованием истинного метода, т.е. обосновано и продемонстрировано в присущих ему границах; научным признается только такое знание, когда индивид полностью уверен в его достоверности; любое научное знание должно быть общезначимым, т.е. одинаково восприниматься любыми субъектами вне зависимости от различных их особенностей.

В рассматриваемую нами эпоху как раз происходила очередная «научная революция», осуществлялся переход от умозрительных, схоластических построений к опытному знанию. Опыт (эксперимент) обладает следующими чертами: размещение объекта познания в искусственно созданные экспериментатором условия, в которых могут быть обнаружены новые свойства вещей; эксперимент открывает

⁷⁶ Романов Ю.И. История и философия науки. Гатчина, 2010. С.267-268.

⁷⁷ Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012. С.95.

такие свойства объекта познания, какие не могут появиться в обычных условиях; результат эксперимента может быть четко зафиксирован; эксперимент есть способ демонстрации знания, его можно воспроизвести в любой момент и получить такой же результат⁷⁸.

Как констатирует Р.Смит, анализируя специфику знания эпохи Возрождения, «юристы также практиковали эти приемы, когда проводили различия между свидетелями, которые непосредственно наблюдали события, и теми, кто не имел такой возможности. Суды пытались сформулировать правила восстановления событий рассматриваемых дел, и академическая юриспруденция определила эти правила в формальном порядке. Судьи стремились восстановить прошедшие события настолько реально, насколько это возможно, с тем, чтобы придать вес своим решениям в момент вынесения ими оправдания или осуждения также и в качестве руководства для будущих действий»⁷⁹.

Однако, не все было так однозначно и гладко с принципом рациональности познания. Эпоха Возрождения причудливо соединяла в себе рационализм гуманизма с неистовостью религиозных проповедей основателей протестантизма – течения религиозной христианской мысли, во многом сформировавшего современное западное правовое мышление. По мнению Г.Бермана, «нравственный закон, как и закон гражданского общества, установлены, во-первых, с целью привить людям представление о своих обязанностях и, следовательно, о покаянии в грехах («теологическое применение» закона), и, во-вторых, с целью отвлечь непокорных от совершения неблагоприятных поступков под угрозой наказания («светское применение» закона). А некоторые лютеране и большинство кальвинистов признавали и третью форму применения закона, называемую «дидактической» или «педагогической», а именно наставлявшую людей на путь благочестивой жизни».⁸⁰

Действительно, протестантизм как религиозное направление в христианстве, во многом обязан своему возникновению как реакции «среднего класса» на нравственное разложение католицизма в XIV-XV вв. Образ жизни значительного числа служителей церкви и представителей социальных верхов становился все более далеким от христианского идеала. Как отмечал в связи с этим А.Ф.Лосев, «Возрождение прославилось своими бытовыми типами коварства, вероломства, убийства из-за угла, невероятной мстительности и жестокости, авантюризма и всякого разгула страстей. Здесь уже не было никакой неоплатонической эстетики. Однако здесь, несомненно, сказался стихийный индивидуализм эпохи, эта уже обнаженная от всяких теорий человеческая личность, в основе своей аморальная, но зато в своем бесконечном самоутверждении и в своей ничем не сдерживаемой стихийности

любых страстей, любых аффектов и любых капризов доходившая до какого-то самолобования и до какой-то дикой и звериной эстетики»⁸¹. Именно против этой, «обратной стороны» эпохи Возрождения и выступили основатели протестантизма. По своему психологическому типу приверженцы нового мировоззрения относились к так называемым «интровертам» (в трактовке этого термина К.Г.Юнгом)⁸².

В массе своей протестанты – выходцы из «среднего класса» горожан и землевладельцев, люди достаточно грамотные для своего времени, уравновешенные, целеустремленные, бережливые и очень трудолюбивые (именно эта сторона протестантизма позволила достаточно быстро совершить «экономический прорыв» тем странам, в которых приверженцы новой веры составили большинство – Англия, Германия, Голландия, Швеция). Как справедливо утверждает известный историк и религиовед Л.С.Васильев, «суть тезисов лютеранства, быстро завоевавшего симпатии многих сторонников, была в общем и целом весьма несложной. Лютеране не отрицали ни символов христианской веры, ни – за редкими исключениями – веками накопленной мудрости церкви. По своей структуре это была все та же христианская церковь. Но в то же время она выглядела совершенно по-иному. Главным отличием была восходящая к античности и эпохе Возрождения свобода, которую обрели люди, прежде всего бюргеры, в условиях новоевропейской жизни, последовательно отвергавшие устаревшие и уходящие в прошлое феодальные порядки. Свободный человек должен иметь право лично, без посредника, обращаться к Богу, свободно читать переведенную на его родной язык Библию. Кроме того, не какие-то «добрые дела» и тем более не выплаты церковникам за индульгенции, но только твердая внутренняя вера каждого откроет человеку путь к спасению»⁸³.

В этом земном и грешном мире человек должен достойно пройти свой путь, опираясь на понимание своих целей, самодисциплину и веру в собственное предопределение к Спасению. Право же в такой системе воззрений есть универсальное средство обустройства «земного пребывания», позволяющее минимизировать возможные конфликты и выстроить определенную формализованную схему взаимодействия субъектов общения. Формализация же отношений предполагает фиксацию в какой-либо форме прав и обязанностей сторон. Таким образом, значительный импульс получает правотворческая деятельность высших органов государственной власти. Разумеется, этот процесс носил не одномоментный характер, а был растянут во времени на несколько столетий. Очень долго сохранялось значение обычного права. В связи с этим представляется ценным замечание известного историка и социолога Н.И.Кареева о том, что обычное право «творит сам народ. Конечно, это не следует понимать так, как понималось оно в старой исторической

⁷⁸ Царьков И.И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. СПб., 2006. С.83-84.

⁷⁹ Смит Р. История гуманитарных наук. М., 2008. С.57.

⁸⁰ Берман Г. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. С.110-111.

⁸¹ Лосев А.Ф. Эстетика Возрождения. М., 1982. С.120.

⁸² Юнг К.Г. Психологические типы. М., 1995. С.455-495.

⁸³ Васильев Л.С. История религий. М., 2008. С.391-392.

школе юриспруденции, полагавшей, что в народном духе изначально заложены какие-то высшие начала правды, составляющие содержание всего народного правосознания и лишь постепенно раскрывающиеся с дальнейшим движением жизни. Нет, данное положение нужно понимать в том смысле, что творчество права здесь еще не оторвано от деятельности самого народа и не сосредоточилось в каком-либо совершенно от него обособленном и вне его поставленном органе»⁸⁴.

Усиление значимости государства в повседневной жизни человека объективно вело к росту количества нормативных актов и постепенному формированию позитивного права как целостной системы. В свою очередь, позитивное право (*lex scripta*) предполагает наличие двух его составляющих: публичного и частного права. Если частное право опиралось на принципы римского права и *Corpus Juris Civilis*, ставшие элементом европейской культуры еще в XII-XIII столетиях, то право публичное стало формироваться гораздо позднее, в XVII-XVIII вв., когда возникла необходимость в детальном регулировании взаимоотношений личности и государства. Как отмечает Ю.А.Тихомиров, «публичное право есть функционально-структурная подсистема права, выражающая публичные интересы и регулирующая преимущественно базовые, властные, управленческие, экономические, социальные и межгосударственные отношения»⁸⁵. В качестве предмета публичного права выступают: устройство и функционирование государства и его институтов; институты гражданского общества; механизм и уровни самоуправления; основы правовой системы, правотворчества и правоприменения; принципы, нормы и институты межгосударственных объединений и международных организаций.

Основными признаками публичного права следует признать: выражение интересов государства; регулирование отношений между государственной властью и гражданами; присутствие подчиненности; жестко централизованное регулирование общественных отношений государственной властью; сущность регулируемых отношений образует коллективное начало; инициатива защиты прав личности исходит от государства.

По своей структуре современное публичное право объединяет следующие отрасли: конституционное право; административное право; финансовое право; административный процесс; уголовное право; арбитражный процесс; международное публичное право; международное гуманитарное право; экономическое право.

Разумеется, вышеприведенная типология сложилась только во второй половине XX столетия. Первоначально сфера публичного права была представлена двумя основными отраслями: административным (полицейским) и уголовным правом. Как отмечают современные исследователи, «начало развитию науки административного права положила камералистика – наука о финансах, экономике, хозяйстве, управлении (так называемая старая камералистика). Корни этой ста-

рейшей науки уходят в XVI столетие. Повышенная потребность в финансах для содержания двора (государства), чиновничества и военных, а также развитие меркантильной экономической политики послужили главными причинами становления научных знаний и представлений в областях, изучаемых камералистикой»⁸⁶.

Затем камералистика разделилась на финансовое и административное (полицейское) право, к которым уже в конце XVIII в. прибавилось конституционное право, возникшее под воздействием хода истории западного общества. Разумеется, «романо-германская правовая семья изначально набирала силу и развивалась безотносительно тенденций усиления централизации власти и осуществления каких бы то ни было целей. Ее фундаментом с самого начала служила общность культуры и традиций западноевропейских стран. Основными средствами углубления и распространения идей, лежащих в основе романо-германского права, стали европейские университеты. Именно в них впервые была осознана и проведена в жизнь идея рецепции римского права, его нового осмысления, «очищения» и приспособления к радикально изменившимся условиям. Была выработана университетская концепция права, практиковавшая его как должное (то, что нужно делать), а не как сущее (то, что делается на самом деле)»⁸⁷.

Процесс усиления значимости государства в XVIII веке привел к появлению первых современных конституций (США 1787, Польша 1791, Франция 1791), в которых одновременно закреплялась система разделения властей и основы правового статуса личности, что в итоге привело к формированию правовой государственности. Развитие же юридической науки в университетах и совершенствование законодательной техники дали возможность ученым непосредственно участвовать в правотворческой деятельности (период кодификации права континентальной Европы). Можно поэтому согласиться с позицией М.В.Захаровой в том, что «в контексте раскрытия проблемы «юридический позитивизм – базисное основание стран континентально-европейской традиции» следует говорить об эвристическом аспекте понимания юридического позитивизма, вектор которого предполагает восприятие права как продукта государственной воли в самом широком смысле этого слова»⁸⁸.

Одновременно, в юридической науке шел процесс синтеза идей естественного права, права университетов и римского права, что в практической плоскости вело к укреплению свободы личности. С социально-антропологических позиций существенную роль в процессе усиления значимости права играла ярко выраженная дифференциация общества. Основные социально-экономические группы достаточно ясно осознавали свои интересы и боролись за них. К началу XIX столетия сложился европейский «средний класс», являвшийся детищем «промышленной

⁸⁴ Кареев Н.И. Западноевропейская абсолютная монархия XVI-XVIII веков. М., 2009. С.125-126.

⁸⁵ Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М., 2008. С.35.

⁸⁶ Россинский Б.В., Старилов Ю.Н. Административное право. М., 2009. С.104.

⁸⁷ Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С.427-428.

⁸⁸ Захарова М.В. Сравнительное правоведение: вопросы теории и практики. М., 2012. С.88.

революции» второй половины XVIII в., постоянно отстаивавший свои субъективные права и защищавший свою собственность. Вероятно, поэтому такую известность приобрели в странах Запада (да и в современной России) труды Р.фон Иеринга. Этот крупнейший юрист XIX в. писал: «Право есть непрерывная работа и притом не только государственной власти, но и всего народа. Вся жизнь права, если окинуть взором всю ее в целом, представляет нам то же зрелище неустанной борьбы и работы целой нации, какое являет ее деятельность в области экономического и духовного творчества. Каждый отдельный человек, встречающийся с необходимостью отстаивать свое право, принимает участие в этой национальной работе, вносит свою скромную лепту в дело осуществления правовой идеи на земле»⁸⁹.

В течение нескольких предшествующих столетий юридическая наука континентальной Европы, изначально разрабатывавшая и совершенствовавшая теорию естественного права, шла к идее четкой фиксации накопленного эмпирического материала. В целях лучшего отражения «естественных прав» в действовавшем законодательстве представители университетской науки начинают уже с XVII века (прежде всего во Франции) пропагандировать идею кодификации накопленного правового материала. Первоначально, правда, речь шла о создании крупных нормативных актов в различных сферах регулирования, т.е. – по сути – о консолидации (в современном значении этого термина). Кардинально изменять действовавшее право было сложно в силу господства убеждения в том, что суверен (монарх) лишь указывает на то, как право применять, а само право создается исторически, постепенно. Однако, по замечанию Р.Давида, «школа естественного права в XVIII веке порывает с этой традиционной концепцией. Она далека от того, чтобы признавать всемогущего суверена и считать законами приказы, принятые им единолично. Но она готова видеть в суверене законодателя, она признает за ним полномочия изменять право для исправления прошлых ошибок и придавать авторитет нормам, полностью соответствующим естественному праву. Под влиянием этих идей страны Европейского континента стали ориентироваться на новую форму кодификации, весьма отличавшуюся от предшествовавших компиляций»⁹⁰.

Идея кодификации во многом была подготовлена общим мировоззрением образованных слоев европейского общества. Предполагалось, что закон имеет универсальный характер и с его помощью можно реформировать любую сферу общественных отношений. Этот настрой эпохи позволил И.А.Покровскому, характеризуя ГК Франции 1804г., утверждать о том, что «естественноправовая основа в Code civil настолько сильна, что он открывает собою в истории западноевропейского законодательства новую эру. Провозглашая уничтожение всяких привилегий

и всяких стеснений личности, он завершает ту борьбу за свободу индивидуальной самостоятельности, которую вело со времен своей рецепции римское право»⁹¹.

Эпоха кодификации окончательно закрыла проблему наднационального права, ставшим исключительно принадлежностью конкретного государства со всеми своими особенностями и нюансами. Активная правотворческая деятельность органов государства и привела к возникновению и длительному господству в правовой науке юридического позитивизма. Его основоположниками стали И.Бентам и Дж.Остин. Это был объективный и во многом необходимый процесс, так как общество должно было привыкнуть к наличию множества узаконений и научиться их строго соблюдать. Например, концепция «правового утилитаризма» И.Бентама основывалась на рационализме поведения человека. Если совершение преступления не имеет больших личных выгод, то оно не состоится. И наоборот, получение каких-либо значительных выгод незаконным путем ведет к росту количества преступлений. Отсюда следует отказ от признания какой-либо значимости естественного права. Оно, по мнению И.Бентама, фиктивное понятие, не имеющее никакого внутреннего содержания. Приоритет должен принадлежать позитивному праву (закону), четко и ясно изложенному и, особенно, верно понятому субъектами, которым оно адресовано. Одновременно с изложением теории позитивного права И.Бентам признает тот факт, что «из бесконечного разнообразия наций, существующих на земле, нет двух, которые бы вполне были согласны в своих законах, конечно, нет двух, которые были бы согласны в целом, быть может, даже и в одной статье; и если бы даже они были согласны сегодня, они не будут согласны завтра. Это довольно ясно относительно сущности законов; и было бы еще более удивительно, если бы они соглашались в форме, т.е. если бы они выражались именно теми же оборотами фраз. Этого мало: так как языки наций обыкновенно различны, как и их законы, то, строго говоря, они редко имеют даже одно общее слово»⁹².

Это – уже сугубо «антропологическое» восприятие права. Юридический позитивизм первой половины XIX века разрабатывался энциклопедически образованными людьми, что позволяло им рассматривать правовую проблематику в рамках широкого круга социальных явлений. В целом же, в XIX столетии в юридической науке и практике континентальной Европы установилось представление о первичности писаного (позитивного) права по отношению к естественному праву, что объясняется логической стройностью рецепированного римского права и отторжением идеи естественного права, связываемого с революционным разрушением устоев общества, к которому вели Просвещение и события 1789 г.

Кроме того, уже в начале XIX столетия естественное право было признано субъективным явлением, не позволяющим эффективно осуществлять правовое ре-

⁸⁹ Иеринг Р.фон. Борьба за право//Избранные труды в 2-х томах. СПб., 2007. Т.1. С.24.

⁹⁰ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С.48.

⁹¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С.65.

⁹² Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. С.388-389.

гулирование. Г.Ф.Шершеневич, объясняя эту ситуацию, полагал, что «последствия рецепции римского права обнаружались во всей последующей истории европейского права и до сих пор не утратили своей силы. Признание за римским правом значения положительного права имело влияние на теоретическую и практическую юриспруденцию. Научная разработка права не шла далее положений, признанных римским правом, как писаным разумом. Все мировоззрение юристов получило римский отпечаток»⁹³.

Этот аспект исторической эволюции европейского правопонимания следует рассматривать в контексте эпохи, т.е. антропологично. Бурное развитие законодательства оттеснило на второй план теорию естественного права. Позитивисты, опираясь на достижения науки, исходили из возможности отказаться от «метафизических» компонентов восприятия права. Однако, как показывает реальная общественная практика, невозможно обойтись без соотнесения правовых норм с нравственностью и религией (особенно во внеевропейском мире). Характеризуя содержание юридического позитивизма, И.И.Царьков справедливо отмечает тот факт, что «на место понятия первичных прав позитивисты поставили понятие обязанности. Права – это лишь отражение обязанностей, которые субъект должен выполнять во избежание санкций суверена. Человек собственник не по «природе», не в силу первичного права на собственность, а в силу того, что суверен делает его собственником. Вследствие повиновения суверену собственник становится обладателем объекта, что, по существу, и означает субъективное право»⁹⁴.

В таком случае основной формой права признается нормативный акт, а обычное право и судебная практика оказываются вторичными и малозначительными. Сложившееся положение опирается и на соответствующую структуру права (а также, в свою очередь, формирует ее). В романо-германском мире право четко подразделяется на публичное и частное. Эти общности различаются по предмету и методу правового регулирования, хотя, разумеется, непреодолимой границы между ними нет. Элементы публичного права мы уже рассматривали выше. Что касается частного права, то оно представляет собой совокупность норм различных отраслей права, регулирующих отношения, обеспечивающие частные интересы, автономию и инициативу индивидуальных юридически равноправных собственников в их имущественной деятельности и в личных отношениях. Можно привести и более узкое определение частного права, данное Т.В.Кашаниной и сводимое к тому, что этот феномен есть «совокупность формулируемых организациями и гражданами правил поведения для реализации собственных интересов, обязательных для суда и других государственных органов, куда они могут обращаться за их

защитой»⁹⁵. Основными чертами частного права являются следующие: выражение частных интересов отдельных лиц; регулирование отношений граждан и их частных объединений между собой; участники отношений юридически равноправны; децентрализованное регулирование из многих независимых друг от друга центров; сущность регулируемых отношений образует индивидуальное начало; инициатива защиты прав личности исходит от заинтересованных частных лиц.

Структуру частного права образуют следующие компоненты: договорные нормы; корпоративные нормы; индивидуальные нормы.

Изначально, в рамках континентальной Европы широкое распространение получили договорные нормы, фиксировавшиеся в письменной форме и образовавшие уже в XII столетии торговое право. Как верно отмечает А.А.Вологдин, «становлению единообразия прав и обязанностей в торговом праве способствовал и международный характер торговли... Международная торговля часто преобладала над местной и была важной моделью для коммерческих операций вообще. Крупные международные ярмарки регулярно проводились в установленных местах по всей Европе или в городах с постоянными рынками, куда стекались купцы из многих стран. Международные торговые ассоциации учреждали постоянные представительства в ведущих торговых центрах Европы. Однако движение к единообразию было постепенным процессом. Даже обычаи международных ярмарок не всегда были одинаковы, но законы и обычаи разных стран и местностей, применимые к торговым сделкам, различались лишь в деталях. Руководящие принципы и важнейшие правила были всюду одинаковы или имели тенденцию к одинаковости»⁹⁶. Функции частного права сводятся к следующим: реализация свободы определять параметры собственного поведения; реализация свободы строить взаимоотношения с другими субъектами права; обеспечение единства самореализации и самоотдачи субъектов права⁹⁷.

Если говорить о структуре частного права в континентальной Европе, то ее элементами выступают: трудовое право; гражданское право; торговое право.

Можно отметить тот факт, что частное право понимается в романо-германском мире неоднозначно. Как отмечают современные российские ученые, «наблюдается интересное явление, когда в государстве для регулирования, казалось бы, однотипных имущественных отношений в области частного права применяются два закона – гражданский и торговый, имеет место своеобразная двойственность в законодательстве, регулирующем частнопровые отношения. Это явление описывается термином «дуализм частного права», а страны, последовавшие примеру Франции, относятся к группе стран с дуалистической системой частного

⁹³ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Москва-Тула, 2001. С.32.

⁹⁴ Царьков И.И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. С.281.

⁹⁵ Кашанина Т.В. Частное право. М., 2009. С.43.

⁹⁶ Вологдин А.А. История государства и права зарубежных стран. М., 2013. С.183.

⁹⁷ Кашанина Т.В. Структура права. М., 2012. С.444.

права. К этой группе относятся Германия, Испания, Португалия, а за пределами Европы – Япония и целый ряд других стран»⁹⁸. Подобное положение сложилось исторически и вызвано тем фактом, что в Германии и Франции торговая (коммерческая) деятельность очень долгое время носила цеховой характер и опиралась на соответствующие узаконения.

Укажем также и на то обстоятельство, что систематизация (а в дальнейшем и кодификация) права континентальной Европы началась именно с частноправовой сферы. В настоящее время зримым проявлением дуализма частного права является специфика гражданского законодательства. Так, концепция единого гражданского права господствует в Италии, ГК которой строится по пандектной системе (наличие Общей части), а в Германии и Франции мирно сосуществуют гражданское и торговое право (ГК Франции не имеет Общей части и строится по институциональному принципу, включая в себя такие разделы, как Лица, Вещи и Обязательства). Торговое законодательство (в тех странах, где оно обособлено от собственно гражданского) действует в тех сферах, которые не охватываются нормами ГК. Однако, принципы гражданского и торгового права, а также их методы совпадают, являясь общими для частного права в целом. Принципы эти следующие: формальное равенство граждан перед законом; неприкосновенность частной собственности; свобода договора.

Вышеприведенные положения опираются на особенности европейской правовой культуры и западной цивилизации как таковой. Эти особенности (в юридическом измерении) означают: уважение к праву, признание его как основного, реально-действенного норматива, способного урегулировать жизнь общества; уважение разума и предпринятые в связи с этим попытки сформулировать принципы соотношения разума и веры; уважение к Личности, которая стала обоснованием и краеугольным камнем правовых систем стран западной цивилизации; апологетика свободы личности; идея равенства; отношение к государству как стороне договора, ответственной за благосостояние общества; признание Церкви как самостоятельного социального феномена и института⁹⁹.

Отметим также и то обстоятельство, что если гражданское законодательство в романо-германском мире полностью кодифицировано, то торговое законодательство включает в себя не только соответствующие кодексы, но и ряд законов, количество которых может быть весьма значительным¹⁰⁰.

Отличительной чертой частноправового метода регулирования общественных отношений является диспозитивность. Существующие предписания предоставляют субъектам частного права достаточно большую степень собственного ус-

мотрения, ограничивая ее лишь рамочными правилами. Известные компаративисты К.Цвайгерт и Х.Кетц отмечают, что «ГК Франции избежал также опасности изолированной казуистики. Его авторы четко осознали, что законодатель даже при буйной фантазии не сможет ни выявить, ни урегулировать все многообразие возникающих проблем, а потому должно остаться место и для судебной практики, которая конкретизирует применение закона в отношении непредусмотренных отдельных случаев и адаптирует его к меняющимся потребностям общества»¹⁰¹. В целях недопущения пробельности в правоприменении французский законодатель в ст.4 ГК прямо указывает: «судья, который откажется рассматривать дело под предлогом пробела в законе, неясности или недостаточности закона, может быть признан виновным в отказе в правосудии»¹⁰².

§ 4. Ценностная составляющая российской правотворческой традиции

В современных условиях актуальность исследования аксиологических аспектов российской правотворческой традиции детерминирована теми процессами, которые происходят в правовой системе общества и юридической науке.

Правотворческая традиция представляет собой часть правовой традиции как обобщающего понятия. В свою очередь, правовая традиция как стержневая составляющая правовой системы оказалась сегодня перед новыми мощными вызовами, такими, как глобализация, противостоящая ей регионализация, а также цифровизация экономики. В этих условиях правовая традиция вынуждена меняться и приспосабливаться, отказываться от ряда устоявшихся компонентов. Наиболее сильному воздействию подвергается ее ценностная составляющая.

Ученые, которые исследовали понятие правовой традиции, неизбежно отмечали, что в ее основе лежат идеи и принципы, имеющие аксиологический характер. В известном труде Г. Дж. Бермана «Западная традиция права: эпоха формирования» автор пишет, что традиция сформировалась с помощью сознательной передачи правовых институтов, понятий и ценностей из поколения в поколение¹⁰³.

По мнению К.В. Арановского, государственно-правовая традиция представляет собой определенный нормативно-ценностный комплекс, который сложился исторически¹⁰⁴.

⁹⁸ Гражданское и торговое право зарубежных государств. В 2-х томах / Под ред. Е.А.Васильева и А.С.Комарова. Т.1. М., 2004. С.22.

⁹⁹ Сорокина Ю.В. Государство и право в культурно-философском аспекте. М., 2012. С.47-48.

¹⁰⁰ Коммерческое право зарубежных стран / Под ред. В.Ф.Попондопуло. СПб., 2005. С.20-25.

¹⁰¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право. М., 2011. С.96-97.

¹⁰² Французский Гражданский Кодекс: учебно-практический комментарий. М., 2008.

¹⁰³ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 19.

¹⁰⁴ Арановский К.В. Конституция как государственно-правовая традиция и условия ее изучения в российской правовой среде // Изв. вузов. Правоведение. 2002. № 1. С. 47.

А.А. Дорская рассматривает правовые традиции как часть национальной правовой культуры и один из источников ее формирования¹⁰⁵, и в таком контексте правовая традиция также получает ценностное наполнение.

По нашему мнению, правовую традицию можно трактовать как исторически сложившуюся и развивающуюся совокупность принципов построения правовой системы. Правовая традиция выражается в нормах, правовых обычаях, понятиях, ценностях и представлениях. В предшествующих работах было предложено определять правовую традицию как исторически сложившуюся в рамках конкретного общества и развивающуюся совокупность принципов построения национальной правовой системы, которая выражается в существующих нормах, правовых обычаях, ценностях и представлениях о праве¹⁰⁶.

Понять правовую традицию в ее сущностных характеристиках возможно только через субъект права. Неосвязаемость правовой традиции, которая не сводится к простой совокупности правовых обычаев, определяется тем, что она находится в такой сложной сфере, как правосознание субъектов права. Именно субъект права своими действиями по практической реализации правовых норм воспроизводит те принципы и ценности, которые лежат в основе правовой традиции. Правосознание субъекта права детерминирует специфику реализации правовых норм, и в итоге именно субъект права выступает носителем правовой традиции.

По мнению Г. Дж. Бермана, с которым вполне можно согласиться, право – это не только свод определенных правил, но это еще и те люди, которые издают законы, выносят судебные решения, отправляют правосудие¹⁰⁷. Именно субъект права своими действиями формирует правовую реальность. При этом эти действия субъекта также сами обусловлены предшествующей социальной реальностью¹⁰⁸. В итоге происходит непрерывный процесс воспроизводства правовой традиции, которая должна рассматриваться как динамичное, живое явление.

Таким образом, правовая традиция, имеющая человеческое измерение, выражает и воспроизводит те ценностные параметры правовой системы, которые остаются типичными для нее на протяжении достаточно длительного этапа развития.

Для российской правовой традиции характерны базовые ценности, которые всегда составляли моральный стержень нашей цивилизации. При этом аксиологическую составляющую правовой традиции можно разделить на ценности первого и второго порядка.

Ценности первого порядка выходят за рамки правовой традиции, они фактически являются «общечеловеческими» в том смысле, что неразрывно связаны с основополагающими правами человека. Ответственность за нарушение права на жизнь, права на собственность и т.д. устанавливается всеми мировыми религиями и присутствует в законодательстве всех стран мира.

Ценности второго порядка определяются содержанием конкретной правовой традиции, они детерминированы менталитетом носителей этой традиции и историей ее становления и развития.

Данные исходные положения, высказанные применительно к правовой традиции, верны и для ее составляющей – правотворческой традиции.

Отличие от правовой традиции, правотворческая традиция в большей мере связана не с обществом, а с государством. Исходя из такого понимания, предлагается рассматривать правотворческую традицию как исторически сложившуюся в конкретном государстве и устойчивую во времени совокупность принципов и механизмов правотворческой деятельности, которая отражает ценностные ориентиры общества¹⁰⁹.

Связь правотворческой традиции с ценностными ориентирами, господствующими в обществе, несомненна. Именно эти ориентиры, опирающиеся на присущие существующей традиции базовые ценности, определяют направления развития правотворческой деятельности и ее сущностные особенности.

Ценностная составляющая правотворческой традиции актуализируется через призму телеологического толкования законов. Правотворческий процесс непосредственно связан с определением целей правотворческой деятельности, которые, в свою очередь, будут определять ее содержание. Цель правового акта формируется при его создании, при этом «правильное определение цели создаваемого акта определяет обращение к целям более высокого порядка...»¹¹⁰.

Основные ценности, получающие свое отражение в праве, закрепляются в действующей Конституции. Прежде всего, это характерно для такой части конституционного акта, как его преамбула. В преамбуле получают закрепление те основополагающие принципы, на которых строится Основной закон. Преамбула определяет «стратегию как правотворчества, так и правоприменения»¹¹¹. Помимо преамбулы, значительная часть конституции также отражает базовые ценности общества, прежде всего, применительно к правам человека. В соответствии с действующей Конституцией Российской Федерации, высшей ценностью является человек, его права и свободы. Этот тезис должен определять гуманистическую направленность всего правотворческого процесса.

¹⁰⁵ Дорская А.А. Правовые традиции России и революционные события начала XX века // Правозащитник. 2017. № 1. С. 5.

¹⁰⁶ Пашенцев Д.А., Черногор Н.Н. Правовая традиция и правопорядок: соотношение и взаимовлияние // Правозащитник. 2017. № 1. С. 2. <http://pravozashitnik.net/ru/2017/1/2>

¹⁰⁷ Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 2008. С. 15.

¹⁰⁸ Дорская А.А., Честнов И.Л. Эволюция системы права России: теоретический и историко-правовой подходы. СПб., 2010. С. 76.

¹⁰⁹ Пашенцев Д.А. Российская законотворческая традиция: онтология процесса // Журнал российского права. 2018. № 8. С. 6.

¹¹⁰ Насырова Т.Я. Телеологическое (целое) толкование советского закона. Теория и практика. Казань: Изд-во Казанского университета, 1988. С. 78.

¹¹¹ Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации / отв. ред. В.В. Лазарев. 2-е изд. М., 2001. С. 19.

Конституционные идеи о том, что Россия является демократическим, правовым, социальным государством, также содержат в себе ценностную основу. Ценности, присущие демократии, связанному с ней правовому государству, во многом определяют направления развития правотворчества. Эти ценности сложно отождествлять с отечественной правотворческой традицией, если рассматривать ее в длительной ретроспективе. Но стоит учитывать, что правовая традиция динамична, она развивается и изменяется. Поэтому можно говорить, что названные ценности выступают своего рода ориентиром для развития правовой традиции на современном этапе.

Ценности, которые проявляются в правотворческой традиции, связаны не только с конституцией, но еще с целым рядом факторов. Не последнее место среди них занимают классовые ценности. В современных условиях сложно отрицать, что общество разделено на классы, и экономически господствующий класс имеет свой набор ценностей. Право, в значительной мере, отражает не только общесоциальные ценности и интересы, но и ценности экономически господствующего класса. Эти ценности определяют содержание целого ряда принимаемых законов, что отчетливо проявляется при анализе их содержания. В качестве примера можно привести плоскую шкалу подоходного налогообложения, которая несомненно выгодна богатым слоям населения, так как не допускает осуществлять типичное для развитых государств Европы частичное перераспределение доходов от супербогатых в пользу бедных. Отметим, что такая ситуация вообще характерна для российской правовой традиции, так как в Российской империи подоходный налог, который вполне можно считать одним из самых социально ориентированных налогов, отсутствовал. Закон о подоходном налоге был принят только в 1916 г., когда в условиях длительной мировой войны все финансовые ресурсы государства были истощены, и благодаря этому удалось преодолеть сопротивление господствующих классов. В целом, и в Российской империи, и в Российской Федерации в налогообложении физических лиц преобладают косвенные налоги, которые основной своей тяжестью ложатся на плечи небогатых слоев населения. В очередной раз подтверждается мысль Адама Смита о том, что любой налог в конечном счете уплачивает простой земледелец.

Если рассматривать российскую правотворческую традицию в исторической ретроспективе, сложно не отметить сильное влияние христианских ценностей. Оставаясь в течение тысячи лет православной страной, Россия испытывала сильное влияние христианства с присущими ему идеалами добра, милосердия, сострадания. В сфере правотворчества это нашло отражение в принятии в период Российской империи целого ряда правовых актов о благотворительности и общественном призвании, которые заложили правовые основы для развития целой системы благотворительных обществ и учреждений. В современных условиях также принят и

действует закон о благотворительной деятельности, который относительно недавно был дополнен рядом норм, регулирующих волонтерство.

Анализ принимаемых правовых актов показывает, что все они в той или иной мере содержат аксиологическую составляющую. В них отражаются ценности тех субъектов, которые инициировали их разработку и принятие, осуществляли лоббирование. Вместе с тем, наряду с этими частными, узконаправленными ценностями, в правотворчестве неминуемо отражаются и проявляются ценности более высокого порядка – общесоциальные ценности, выступающие фундаментом существования и развития общества, его нравственной основой. Именно эта группа ценностей и составляет аксиологическую основу правотворческой традиции.

§ 5. Организационные и нормативно-правовые предпосылки принятия в России Устава о цензуре 1804 года

Формирование законодательства, регламентировавшего вопросы охраны, использования и защиты прав авторов и правообладателей, в ряде европейских стран завершилось уже к концу XVIII в. Регулирование этой области общественных отношений в Российской империи в рассматриваемый период выглядело разрозненным и зачастую противоречивым. Законодательная база была представлена, преимущественно, императорскими указами, которые были посвящены регламентации отдельных аспектов книгоиздательской и книготорговой деятельности, а также цензуре.

Вместе с тем, зарождение книгоиздательского дела в России относится к XVI в. Еще в 1564 г., Иван Федоров и Петр Мстиславец издали одну из первых русскоязычных книг – «Апостол». Говоря о становлении книгоиздательства, нельзя обойти вниманием и петровский период. Так, в начале XVIII в. были учреждены новые типографии, выросли тиражи печатной продукции. В 1703 г. стала систематически издаваться первая русская печатная газета «Ведомости». В петровское время также было издано значительное количество оригинальных и переводных книг по военному и военно-морскому делу, истории, математике, словесности, географии, сборников законов и т.д. Распространение печатной продукции производилось через механизм государственного распределения, а также на свободном книжном рынке.

Следует отметить, что в XVIII в. книгоиздание и книгораспространение в России приобрело большое значение для развития культуры и образования. Вместе с тем, становление и совершенствование законодательной базы в этой области происходило медленно. К тому же, как правило, принимаемые нормативные пра-

вые акты не отличались последовательностью. Правитель, вступавший на престол, нередко отменял указы своего предшественника. Встречались случаи, когда законодатель аннулировал свои же собственные нормоустановления. Например, Указ Екатерины II 1783 г. «О вольных типографиях», способствовавший росту числа типографий, и положительно повлиявший на формирование книжного рынка, был фактически отменен ею в 1796 году.

Значимым регулятором отношений в рассматриваемой области являлось законодательство о цензуре. Несмотря на то, что оно в первую очередь было призвано ограничивать распространение нежелательной литературы, с его помощью косвенным образом удавалось регламентировать и механизмы книготорговли, и даже, отчасти, авторские права. Цензурное законодательство трансформировалось в зависимости от потребностей времени и, нередко, от субъективного представления монарха.

В целом, несмотря на то, что отношения в сфере книгоиздательства, книготорговли и авторского права складывались и развивались, формирование механизмов регулирования этих сфер происходило достаточно медленно и не всегда последовательно. Во многом это было обусловлено как отсутствием четкого отраслевого и институционального деления законодательства (например, на авторское право, цензурное право и т.д.), так и невысоким уровнем юридической техники в целом.

Тем не менее, к началу XIX в. стало очевидно, что отсутствие комплексного нормативного правового акта, при помощи которого удалось бы универсализировать разрозненное и нередко противоречивое законодательство о цензуре, создавало проблему не только для участников этих отношений, но и для властей. Однако право на литературную собственность постепенно признавалось. Этому способствовал не только европейский опыт, но и те объемы сделок, которые заключались между писателями и издателями. Однако только при Александре I сочинения стали считаться таким же предметом юридической собственности, как и движимое имущество.

В это же время подход к регулированию цензуры также претерпел существенные изменения. Особенно явно это проявилось в первой половине его правления. Во властных структурах и в обществе начали осознавать необходимость освобождения печати от необоснованно жестких цензурных ограничений и ее упорочения на началах разумной свободы, путем замены предварительной цензуры карательной.

Так, первым указом Александра I, посвященным регулированию цензурной деятельности, был именной, данный Сенату указ от 31 марта 1801 г. «Об отмене запрещения ввозить из-за границы книги и музыкальные ноты и о дозволении типографиям печатать книги». В нем, в частности, определялось следующее: «...желая доставить верноподанным Нашим все возможные способы к распро-

странению полезных наук и художеств, Повелеваем учиненное указом 18 апреля 1800 г. запрещение на впуск из-за границы всякого рода книг и музыки отменить, равномерно запечатанные по повелению июня 5 дня 1800 г. последовавшему частные типографии распечатать, дозволяя как привоз иностранных книг, журналов и прочих сочинений, так и печатание оных внутри государства, по точным правилам, в указе от 16 сентября 1796 г. постановленным»¹¹². Таким образом, этот указ отменял прежнюю цензурную систему. Цензурная практика подчинялась правилам, установленным еще при Екатерине II, указом 1796 г.

Следующим актом в данной области стал императорский указ от 14 июня 1801 г. «Об означении на заглавных листках печатаемых книг, в какой типографии и по одобрению какой цензуры печатаны». Этим документом вводился новый порядок, в соответствии с которым было необходимо указывать на заглавных листах произведений типографии, в которых они печатались, и указывать по одобрению какой цензуры.¹¹³ Такая мера была предпринята в связи с изданием книги «Философ горы Алаунской, или мысли при кончине Императора Павла I и при восшествии на престол Императора Александра I», которая была напечатана без цензурного разрешения и без обозначения типографии ее издавшей. Печатание провинциальных календарей было подчинено общим правилам цензуры на основании императорского указа от 19 декабря 1801 г. «О дозволении печатания провинциальных календарей во всех тех местах, где они прежде издаваемы были, с наблюдением правил цензуры»¹¹⁴. При дерптском университете была образована цензурная комиссия, которая должна была цензурировать как издания университета, так и произведения, получаемые им из-за границы. Это правило определялось положениями именного, данного Сенату указа от 5 января 1802 г. «О переменах в планах Дерптского Университета и об устройстве цензуры и факультетов при оном Университете». В нем, в частности, определялось: «...для вящего удобства в учености, Цензурную Комиссию при Университете учредить не только для собственных издаваемых сочинений, но и для выписываемых сочинений, которые по отношению университета и пропускать незадержно учрежденными цензурами на собственный ответ университета, коему и наблюдать неупустительно предписанные цензурой правила»¹¹⁵.

В ходе проходящей реформы, в 1802 г. наряду с другими министерствами было создано министерство народного просвещения, в ведение которого перевели существовавшую с 1782 г. Комиссию для образования училищ. Эта Комиссия была преобразована и переименована в Главное управление училищ. В ее обязанно-

¹¹² ПСЗ. Т. XXVI. № 19807. С. 599.

¹¹³ ПСЗ. Т. XXVI. № 19916. С. 698.

¹¹⁴ ПСЗ. Т. XXVI. № 20081. С. 866.

¹¹⁵ ПСЗ. Т. XXVII. № 20104. С. 7.

сти входило открытие и реорганизация университетов, средних и низших училищ, а также и некоторые вопросы цензуры.

Представители высшей власти были склонны к освобождению печати от предварительной цензуры. Так, один из наиболее влиятельных членов Главного правления училищ, попечитель Санкт-Петербургского округа Н. Н. Новосильцев указал Главному правлению как на образец правовых норм о печати на постановления, изданные датским правительством в самое либеральное время правления короля Христиана VII (1766-1808). В тот период главой правительства являлся сторонник законодательного раскрепощения печатной деятельности граф И.Ф. Струензе. Однако, те постановления «успели значительно исказиться под влиянием реакции, последовавшее в Дании после падения И.Ф. Струензе, и в том виде в каком Н.Н. Новосильцев предложил их правлению, они представляли собой чисто драконовский характер»¹¹⁶. В тех документах предполагалось особенно жестко преследовать анонимные сочинения, которые оценивались как безнравственные, нарушающие законные права и интересы граждан. Поэтому издатель или автор обязывались на заглавном листе каждой книги обязательно проставлять имя автора, издателя и типографа с подробным обозначением их званий, а также необходимо было обозначать город и год издания. Нарушение этого закона влекло за собой конфискацию книги и штраф в размере 200 талеров. Более строгая санкция была установлена за прямые злоупотребления в печати. Например, за антирелигиозные произведения со стороны иноверцев виновный подвергался тюремному заключению на срок от 4 до 14 дней на хлеб и воду. Такое же наказание предполагалось и в отношении лиц, неуважительно отзывавшихся в печати о деятельности государственных органов или публиковавших произведения, противные нормам морали и нравственности.

За ложное сообщение о намерениях и распоряжениях правительства, а также за пренебрежительные отзывы о дружественных или союзных государствах, за оскорбления в адрес их правителей в виде санкции предполагались обязательные работы в отношении виновного лица сроком от 3 месяцев до 3 лет.

За порицание монархического строя, распространение ложных сведений о короле, королеве и иных членах королевской семьи, а также за отрицание Бога предполагалась вообще высылка из страны на срок от 3 до 10 лет. При этом если виновный в этот период возвращался в страну, то он подлежал заключению в кандалы и помещению на каторжные работы. И, наконец, в отношении автора книги, в которой содержались призывы к свержению правительства или существующего строя в виде санкции предусматривалась смертная казнь.

Однако, принимая за основу вышеозначенные положения датского законодательства, Н.Н. Новосильцев представил в Правление свой вариант, внося необ-

ходимые изменения в датский образец. Так по его проекту предлагались следующие положения:

1) требование печатать имя каждого автора и переводчика было бы затруднительно для молодых литераторов. Поэтому предлагалось печатать книги, в том числе и без указания имени автора. А для предотвращения злоупотреблений на этой почве – можно было бы, чтобы двое или трое лиц, имевших известное постоянное место жительства, давали письменное обязательство, в котором они поручались бы за автора для предоставления его типографщику. Но в случае крайней необходимости эти лица должны были объявить имя автора властям.

2) взыскания за нарушения цензурных положений, принятые в Дании и несоответствующие русским нормам права и обычаям, должны быть заменены другими, соотносящиеся с отечественным законодательством.

3) в России право конфискации подозрительных книг удобнее предоставить не полиции, как это практиковалось в Дании, а университетам и академиям, с тем, чтобы они, уведомив местное начальство, представляли свои мнения вместе с экземплярами просмотренных книг в Главное правление училищ.

4) дела печати предлагалось предоставлять не обычным судам, в которых заседали обычные чиновники, а в специально учрежденные суды. Главное правление училищ должно было составить специальный список государственных чиновников, обладавших необходимыми знаниями в области литературы и искусства, а также пользующихся уважением в обществе. В случае обвинения в издания запрещенной книги правление назначало бы от обозначенных в списке лиц четыре, шесть или восемь посредников от живущих в том городе, где находился обвиняемый. При этом если обвиняемого оправдывали, то его книга освобождалась от запрета и конфискации, а обвинитель подвергался денежному взысканию в соответствии с действовавшим законодательством.

5) постановление о свободном книгопечатании не должно было касаться цензуры духовных книг, наблюдение за которыми предоставлялось Синоду.

Таков был проект, предложенный Н.Н. Новосильцевым. И если бы закон был принят в предлагаемом им варианте, то российское законодательство о печати, бесспорно, было бы самым либеральным в Европе. Однако нашлись и противники предложенного варианта. Так, Н.Я. Озерецковский и Н.И. Фус, изучив положения датского устава, представили свои возражения на проект Н.Н. Новосильцева. В числе прочего они указывали на то, что «...датский закон совершенно не предохраняет от губительных последствий злоупотребления свободой слова»¹¹⁷. По их мнению, проект Н.Н. Новосильцева не в должной мере регулировал проблемы ограничения злоупотребления печатью; создание особых судов вообще представлялось им нецелесообразным и т. д.

¹¹⁶ Скабичевский А. М. Очерки истории русской цензуры (1700 - 1863). С.-Пб., 1892. С. 52.

¹¹⁷ Жирков Г. В. История цензуры в России в XIX в. СПб., 2000. С. 19.

Следует согласиться с мнением Г. В. Жиркова, который утверждал, что «... в этой структурной организации цензуры лежит явно стремление власти к профессиональному использованию ее силы и представление о ее просветительской функции... Любопытно, что многие такого рода документы тех лет остались проектами, тогда как этот устав некоторое время действовал в том виде, как был принят»¹¹⁸.

Неопределенность и неточность этого первого опыта карательной цензуры в России, неумение устроить надлежащий полицейский надзор и точное судебное преследование были, вероятно, причинами того, что уже в 1803 г. в высших эшелонах власти стали появляться мысли о восстановлении предупредительной цензуры. В результате всех этих обсуждений и соображений появился проект нового цензурного устава; 9 июля 1804 г. по проекту министра, графа Завадского, при участии Н.Я. Озерецковского и Н.И. Фуса, был утвержден первый Цензурный устав в России¹¹⁹.

По нему управление делами цензуры было сосредоточено в министерстве народного просвещения, а непосредственное производство цензуры было поручено специальным комитетам, организованным при всех университетах. Эти комитеты служили административными центрами для этих цензоров, и состояли из деканов всех факультетов.

Постановления этого Цензурного устава касались только светской, внутренней цензуры, и при том только административной части. По отношению к духовной и иностранной литературе сохранились постановления 9 февраля 1802 г., т. е.: 1) духовная цензура и печатание духовных книг оставалось в прежних границах в исключительном ведении Синода и архиереев; 2) книги и эстампы, выписанные из-за границы, не рассматривались цензурой, но цензурные комитеты отбирали у книгопродавцев подписки не распространять запрещенные произведения. Исключение из этого правила было сделано для произведений иностранной периодической печати, которые рассматривались в цензурах, учрежденных при почтамтах. 3) из ведения общих цензурных учреждений была изъята издательская деятельность всех высших учебных заведений, ученых учреждений и обществ, которые имели собственную цензуру. Но чужие произведения печатались ими не иначе, как с разрешения цензурного комитета. 4) директора народных училищ, утратившие свою цензурную компетенцию с введением устава, занимали места цензурных комитетов, за отсутствием последних. Они были призваны заниматься цензурой драматических произведений. 5) в ведении гражданского начальства теперь находились объявления и афиши¹²⁰.

Вот что представляла собой административная организация цензуры по первому цензурному уставу. Но с восстановлением предупредительной цензуры потребовалось более точное определение ее материальной части. Во-первых, во всем

предшествующем законодательстве с цензурными проступками было связано понятие политической преступности и, следовательно, вне определения закона оставался длинный ряд правонарушений в отношении личной чести. Теперь в обязанность цензоров входило запрещать и удерживать сочинения, которые заключали в себе оскорбительные выражения против конкретных лиц, гражданского и церковного закона и нравственности. Во-вторых, предшествующее законодательство не ставило никаких преград цензурному произволу. Отныне был установлен новый порядок цензуры, заключавший в себе следующие принципиальные новации: а) при рассмотрении рукописи, не подходящей к категории указанных выше, цензор отмечал места, которые не следовало печатать, и, еще не давая своего заключения, отсылал их обратно к издателю. Он же должен был исключить или, согласовав с автором, заменить такие фрагменты, и потом отослать рукопись обратно цензуре; б) относительно книг, запрещенных окончательно, цензор обязан был объяснить издателю причины запрещения; в) цензура должна была быть беспристрастна. Если сомнительное место подлежало сомнению, толковать его следовало в пользу сочинителя; г) недоразумения и сомнения, возникающие при рассмотрении книг, разрешались главным управлением училищ. Туда же поступали все жалобы на действия работников цензуры.

Статья 19 устанавливала возможность цензурного проступка со стороны автора: если в цензуру присылалась рукопись, содержащая запрещенную информацию, то о такой рукописи следовало немедленно объявить правительству. Наличие этого условия было вызвано необходимостью обнаружения автора и преследования его по закону. На общих положениях Устава 1804 г. цензурная практика продолжалась до появления второго устава – 1828 г.

На наш взгляд, отсутствие концептуальных оснований в сфере правовой регламентации книгоиздательской, книготорговой деятельности, а также в сфере обеспечения прав создателей произведений являлось тормозом для создания в России эффективного законодательства в данных областях. Это, в свою очередь, нередко приводило к принятию казуистичных и противоречивых нормативных правовых актов, не способных четко регламентировать сферу книгоиздательства, книготорговли и обеспечения прав авторов произведений. В то же время, Устав о цензуре 1804 г., будучи первым систематизированным источником в России в сфере регулирования цензурных, авторско-правовых и иных отношений, связанных с книгоиздательской деятельностью, заложил основу для дальнейшего совершенствования законодательства и явился фундаментом для принятия Цензурного устава 1828 г.

¹¹⁸ Там же. С. 18.

¹¹⁹ ПСЗ. Т. XXVIII. № 21388. С. 439.

¹²⁰ ПСЗ. Т. XXVII. № 20139. С. 39.

§ 6. История формирования цензурного законодательства Российской империи в начале XIX века

Вступление на российский престол в 1801 году и последующая деятельность императора Александра I и его окружения, по оценкам современников и исследователей, носила либеральный характер. В указанный период отмечаются отдельные послабления в цензуре, выразившиеся в возврате к прежнему, более упрощенному порядку цензуры. Так, были сняты запреты с издательского дела, стали открываться частные типографии, правительство разрешило ввозить книги из-за границы. Стала издаваться масса книг, в том числе переводных - экономических, юридических, философских. Получила развитие русская литература, появились новые журналы разных направлений - «Вестник Европы», «Журнал российской словесности», «Северный вестник»¹²¹.

Император в Указе от 9 февраля 1802 г. "Об уничтожении цензур, учреждений в городах и при портах; о дозволении открывать вольные типографии и о поручении губернаторам рассматривать вновь издаваемые книги" предписывал лишь "печатные книги свидетельствовать от Управы благочиния (в столицах)"¹²².

В соответствии с пунктом 4 Манифеста "Об учреждении министерств" от 8 сентября 1802 года типографии, цензура, издание ведомостей и сочинений были определены в Министерство народного просвещения (МНП)¹²³.

В XVIII веке в России все очевиднее зрела идея подчинить жесткому контролю со стороны государства всю издательскую деятельность и распространение иностранных книг. Однако на оформление и законодательное закрепление цензурной политики государства (до принятия первого устава о цензуре) потребовалось более восьмидесяти лет¹²⁴.

Таким образом, анализ эволюции цензуры и ее законодательного закрепления позволяет предложить следующую периодизацию. Первый период - учреждение цензуры (XVIII - нач. XIX вв.), второй, связанный с принятием цензурных уставов - (начало - вторая пол. XIX в.), третий - пореформенный период, продлившийся до конца XIX в., четвертый - функционирования в период войн, восстаний и революций (начало XX в. - 1917 г.), пятый - советский период, продлившийся до начала 90-х годов. Рассмотрим более подробно период становления в Российской империи цензуры и цензурного законодательства в начале XIX вв.

Большую роль в осуществлении реформ играл Негласный комитет. Несмотря на то, что это был неофициальный орган, многое из задуманного сподвижниками Александра I претворилось в жизнь (учреждение министерств, освобождение

владельческих крестьян, преобразования учебных заведений и принятие университетского устава и др.). Именно члены Негласного комитета участвовали в подготовке первого цензурного устава¹²⁵.

В фондах Российского государственного исторического архива¹²⁶ нами обнаружены и впервые исследованы документы по подготовке первого российского устава о цензуре.

Как следует из обнаруженных и изученных документов, в ноябре 1803 г. чиновниками Министерства народного просвещения были переведены на русский язык и направлены для рассмотрения министру гр. П.В. Завадовскому Датский манифест о свободном книгопечатании и Устав о цензурах Французской Республики.

Предваряя замечания к Датскому манифесту, один из разработчиков российского устава Н.Н. Новосильцев указывал на необходимость таких постановлений, «в которых бы определительно было показано все то, что печатать запрещается, - то есть: все, что противно духу гражданской власти и религии, или клонится к оскорблению личной чести и за что сочинители, переводчики, издатели или типографчики должны подвергаться строжайшему взысканию»¹²⁷.

Материалы для подготовки цензурного устава составили также всеподданнейший доклад министра народного просвещения от 9 июля 1804 г. и именные указы, касающиеся организации цензуры в 1773-1801 гг.¹²⁸ По сложившейся в российской юриспруденции классификации к числу законов, направленных для обеспечения безопасности, относились уставы.

Первый российский Устав о цензуре был собственноручно утвержден Александром I 9 июля 1804 г. в Санкт-Петербурге. На поднесенном императору экземпляре стояли подписи государственных деятелей, участвующих в его подготовке, - Михаила Муравьева, князя Адама Чарторыйского, графа Северина Потоцкого, Николая Новосильцева и др. В том же году устав был опубликован. Он стал главным документом и практическим руководством не только для цензоров, но и для сочинителей, переводчиков, издателей книг и содержателей типографий.

«Устав этот, несмотря на то, что был основан на началах административного произвола, оказался самым либеральным из всех когда-либо созданных в России», - указывает в своей работе Ю.М. Батуриным¹²⁹.

В первом российском цензурном уставе не приводятся основные толкования ключевых понятий, как это делается в современном законодательстве. Однако некоторые положения имеются. Попытаемся дать им современную трактовку.

¹²¹ "Дней Александровских прекрасное начало". Первое десятилетие 19 в. // Высшее образование сегодня. 2002. № 4. С. 55.

¹²² ПСЗ. I. Т. XXVII. 1830. № 20139.

¹²³ ПСЗ. I. Т. XXVII. 1830. № 20406.

¹²⁴ См.: Чернуха В.Г. Цензура в Европе и России // Цензура в России: история и современность. Сб. научных трудов. Вып. I. СПб., 2001. С. 10.

¹²⁵ См.: Батуриным Ю.М. Цензура против гласности: от Ивана Грозного до 1917 г. // Сов. гос-во и право. 1989. № 3. С. 88; Негласный комитет и его проекты. Политическая деятельность Негласного комитета // Международный исторический журнал. 2000. № 11. С. 45-46.

¹²⁶ Российский государственный исторический архив (РГИА). Ф. 733. Оп. 118. Ед. хр. 36. Лл. 1 - 13, 34 - 36.

¹²⁷ РГИА. Ф. 733. Оп. 118. Ед. хр. 36. Л. 10.

¹²⁸ Там же. Ед. хр. 51. Л. 2 - 4.

¹²⁹ Батуриным Ю.М. Указ. соч. С. 89.

Как мы уже отметили, в уставе не приведено определение цензуры. Вместе с тем в первых статьях Отделения I «О цензуре вообще» (устав состоял из трех отделений и содержал 47 статей) сказано, что обязанностью цензуры является рассмотрение всякого рода книг и сочинений, назначаемых «к общественному употреблению». В данном случае цензуру, т.е. рассмотрение книг и сочинений следует считать деятельностью определенных должностных лиц государственных органов и духовных служб.

Главным предметом такой деятельности считалось «доставление обществу книг и сочинений, способствовавших истинному просвещению ума и образованию нравов», и удалению книг и сочинений, противных такому намерению. На этом основании ни одна книга или сочинение не должны были напечатаны, ни пущены в продажу, не пройдя процедуру рассмотрения цензурой.

Для осуществления цензурной деятельности в соответствии с уставом были учреждены цензурные комитеты при университетах из профессоров и магистров, состоящие под непосредственным ведением университетов. Каждый из подобных комитетов рассматривал книги и сочинения, печатаемые в типографиях, состоящих в округе того университета, при котором данный комитет находился. Комитет рассматривал также книги и сочинения, поступающие из-за границы и предназначенные для университетских чиновников.

Для книг и сочинений, печатавшихся в округе Санкт-Петербургского университета, до открытия университета цензура была учреждена под ведением попечителя. Цензурный комитет составили ученые, находившиеся в тот период в столице Российской империи и назначенные для проведения цензурирования.

В соответствии со ст. 6 Устава цензура книг и сочинений, издаваемых Главным училищ правления, академий, также кадетскими корпусами, государственной медицинской управой, находившихся в Санкт-Петербурге и других ученых обществах, утвержденных правительством, и казенных мест, возлагалось на попечение и отчет данных учреждений и их начальников. Печатать такие книги и сочинения могли в принадлежащих этим учреждениям или других типографиях.

В первом уставе также устанавливалось, что церковные книги и сочинения подлежат рассмотрению духовной цензуры, находящейся под ведением Святейшего Синода и епархиальных архиереев. Церковные книги и сочинения печатались в синодской или иных типографиях, подведомственных Синоду.

Журналы и другие периодические сочинения, выписываемые через почтамты из-за границы, рассматривались в учрежденной при почтамтах цензуре, которая руководствовалась правилами Устава о цензуре.

В ст. 10 определялся порядок цензурирования рукописных пьес, представляемых на всех, не исключая и придворных, театрах как в столицах, так и в других городах. До представления вышеуказанные произведения рассматривались цензурными комитетами, а где нет комитетов - директорами народных училищ под надзором местного начальства.

Рассмотрение и разрешение к напечатанию театральных афиш и подобных тому объявлений и известий зависело, как сказано в уставе, от гражданского начальства, т.е. губернских органов управления.

Во втором отделении «О цензурных комитетах» подробно регламентировалась деятельность цензурных учреждений. Каждый цензурный комитет в положенное время проводил заседания. Цензоры, входившие в комитет, «разделяли между собой поступающие книги и сочинения», и по прочтении представляли письменные донесения, за верность которых несли ответственность. Своеобразное разделение труда регулировалось распоряжениями председателя цензурного комитета или должностного лица, выполнявшего его обязанности, что носило административно-управленческий характер.

В случаях, когда цензор сомневался одобрить к напечатанию книги и сочинения, а также книги и сочинения, в отношении которых принималось решение о запрещении, представлялись в полное собрание цензурного комитета для разрешения «по большинству голосов», т.е. рассматривались на заседаниях комитета.

Если состав цензурного комитета имел сомнения о рассматриваемых им книгах и сочинениях, то предписывалось «испрашивать через попечителя разрешения от Главного училищ правления». Данное учреждение входило в Министерство народного просвещения и ведало, наряду с прочими, вопросами цензуры.

В ст. 15 цензурным комитетам и цензорам особо устанавливалось наблюдать, чтобы в книгах и сочинениях ничего не было «противного закону Божию, правлению, нравственности и личной чести какого-либо гражданина». Цензор, одобрявший книгу или сочинение, противное указанному предписанию, как нарушитель закона, подвергался ответственности «по мере важности вины».

При обнаружении в рукописях мыслей и выражений, оскорбляющих личную честь гражданина, благопристойность и нравственность, цензурный комитет, отказав в напечатании такого сочинения, объявлял причины запрещения и удерживал его у себя. В случае поступления рукописи, «исполненной мыслей и выражений, явно отвергающих бытие Божие, направленных против веры и законов Отечества, оскорбляющих верховную власть или совершенно противную духу общественного устройства и тишины», комитет немедленно предпринимал меры для «отыскания сочинителя и поступления с ним по законам».

В ст.ст. 33-36 устанавливались координационные принципы деятельности, в частности, предписывающие обязательное уведомление других государственных учреждений о запрещенных сочинениях. Порядок отчетности цензурных комитетов выражался в предоставлении попечителям университетов ежемесячных выписок из журналов с последующим направлением их в Главное правление училищ.

В Отделении III содержались положения для сочинителей, переводчиков, издателей книг с подробной инструкцией о порядке представления сочинений для цензуры и издания. Обязательным условием было напечатание имени содержателя

типографии на заглавном листе сочинения. В ст. 40 определялся порядок обжалования в Главное правление училищ в случае неодобрения или задержания сочинений, запрещения продажи напечатанных книг, а также других притеснений.

Устав также предусматривал ответственность держателей типографий за нарушения цензурных правил, выражавшихся в напечатании не одобренных книг. За подобные нарушения предусматривалась конфискация тиража с взысканием затрат на издание.

Опыт Устава 1804 г. показал, что недостаточно лишь провозгласить «совершенную свободу тиснения, возвышающую успехи просвещения». Без необходимых правовых гарантий и механизма судебной защиты, по мнению ученых, неизбежен полный произвол цензуры¹³⁰.

Несмотря на действие принятого устава, власти искали пути реформирования цензуры¹³¹. Поиск возможностей ее усиления не оставлял в покое государственных мужей. Так, 25 июня 1811 г. при общем учреждении министерств было организовано особое ведомство полиции, круг действия которого был определен словами «ведает все учреждения, к охранению внутренней безопасности относящиеся»¹³². Особенной канцелярии министра полиции была поручена «цензурная ревизия», наблюдение за тем, «чтобы не обращались книги, журналы, мелкие сочинения и листки без установленного от правительства дозволения», а также «иностранные сочинения неодобрительного содержания»; от министра полиции зависели и «дозволения на представление новых театральных сочинений и на печатание афиш, объявлений» и т.п.¹³³ Таким образом, пишет В.Я. Якушкин, ведомству полиции были предоставлены отчасти надзор за цензурным ведомством (министерством народного просвещения), отчасти и сама цензура¹³⁴.

Нормы и положения цензурного законодательства получали свое развитие, толкование и более подробный порядок применения в нормативных актах министерств. Так, 4 января 1825 г. министр народного просвещения утвердил «Правила к наблюдению при чтении периодических изданий отечественных и иностранных»¹³⁵. В них, в частности, определялся перечень направлений и течений общественной мысли, веры, морали и нравственности, запрещаемых к напечатанию.

В цензурной практике данного периода встречались примеры, когда роль цензора принимали на себя министры, военачальники и другие высокопоставленные чиновники. Так, в июле 1825 г. состоялась переписка между министром народного просвещения адмиралом А.С. Шишковым и военным министром генералом от артиллерии А.А. Аракчеевым. В ответ на разрешение о публикации статьи-рецензии на книгу «О военных поселениях» граф Аракчеев строго указал: «...единожды навсегда ничего не было помещаемо в издаваемых журналах о военных поселениях иначе, как-то, что будет именно от меня сообщаемо»¹³⁶. Министр народного просвещения незамедлительно дал знать об указании своего военного коллеги циркуляром попечителям учебных округов, при этом сообщалось о «высочайшей государе императоре воле». Чиновники с мест сообщали о получении и принятии сего для надлежащего исполнения.

Как видим, учреждению цензуры при министерстве народного просвещения предшествовала тщательная проработка вопроса, обоснование вводимых правил. Представители власти выступали в пользу цензурных ограничений. По мнению министра графа Завадовского, изложенному в докладе в Государственный совет, система предупредительной цензуры не препятствовала мыслить и свободно учиться¹³⁷. Поскольку цензура выступала не только как полицейское учреждение, но и педагогическое, она была учреждена в ведении МПН.

«На попечение Министерства просвещения, – писал кандидат философского факультета Дерптского университета К. Дюгамель, – возложена цензура всех книг, кои печатались в Империи, за исключением книг духовного содержания греко-российской веры, которые рассматриваются в Святейшем Правительствующем Синоде, и газет в Литовских и Остзейских губерниях, которые рассматриваются местным начальством»¹³⁸.

Созданные при университетах особые цензурные комитеты из профессоров оказались не действенными институтами, а методы и приемы «педагогической» цензуры – невыгодными для правительства.

В июне 1826 года, через полгода после восстания декабристов на Сенатской площади, император Николай I утвердил новый, крайне реакционный устав, получивший среди литераторов и журналистов соответствующий эпитет – «чугунный»¹³⁹. Таким образом, была открыта новая страница истории цензурного законодательства России¹⁴⁰.

¹³⁰ См.: Батулин Ю.М. Указ. соч. С. 89.

¹³¹ Дорская А.А. Эволюция правовых ценностей в правовой культуре России // Правовые культуры. Жидковские чтения: Материалы Всероссийской научной конференции. 25 марта 2011 г. М.: РУДН, 2012. С. 156.

¹³² ПСЗ. I. Т. XXXI. 1830. № 24686.

¹³³ Министерство внутренних дел России: 1802-2002. Исторический очерк в 2-х томах / Под общ. ред. В.П. Сальникова. Т. 1. СПб., 2002. С. 40-42.

¹³⁴ Якушкин В.Я. Из истории русской цензуры // Русская печать и цензура в прошлом и настоящем. М., 1905. С. 31-32.

¹³⁵ РГИА. Ф. 735. Оп. 1. Ед. хр. 14. Л. 1.

¹³⁶ РГИА. Ф. 735. Оп. 1. Ед. хр. 96. Л. 4.

¹³⁷ См.: Шеймин П.Н. Полицейское право. Одесса, 1887. С. 452.

¹³⁸ Дюгамель К. Опыт государственного права Российской империи. СПб., 1833. С. 337.

¹³⁹ Васильев А.В. Законодательство и правовая система дореволюционной России: Учеб. пос. для вузов / Под ред. С.А. Комарова. СПб., 2004. С. 132.

¹⁴⁰ Потапов Ю.А. Российское законодательство о цензуре. XVIII – начало XX века: монография. М.: Издательство Юрайт, 2018. С. 28.

§ 7. Понятие правотворчества в трудах российских юристов в период государственного-правового развития России после введения в действие Свода законов Российской империи и до «великих реформ»

Особенностью исторического периода после введения в действие Свода законов Российской империи и до «Великих реформ» было то, что состояние русского права в сравнении с западноевропейским, давало очень слабые перспективы быстрого приведения законодательства в соответствии с потребностями русского общества и государства. Исследование воззрений российских ученых, складывавшихся научных школ и взглядов исследователей правовых вопросов в историческом периоде начала XIX в. до создания Свода законов Российской империи, можно условно укрупненно сгруппировать в следующие основные правовые направления:

– философско-догматическое, к которому отнесём творчество А.А. Артемьева¹⁴¹, пытавшегося осуществить разработку права, в основе которого лежали именно философско-догматические приемы того времени и творчество первого русского профессора права, члена Российской академии С.Е. Десницкого, который с одной стороны, находился под влиянием зарождавшейся в западноевропейских странах исторической направленности в исследовании права, отрицавшей естественное право, данное от Бога, а с другой стороны, стоял за правовую регламентацию общественных и государственных отношений¹⁴²;

– теологическое и теократическое (представим условно объединенной позицией). К этому направлению отнесем таких ярких представителей, как: правоведа, государственного и религиозного деятеля, первого ректора Императорского Виленского университета И.Б. Стршмень-Стройновского, обосновывавшего теологическое происхождение права¹⁴³; юриста, профессора, проректора Демидовского училища Г.Ф. Покровского, который в рассуждениях о происхождении гражданских законов, ставил создание «новых человеческих установлений от божественного», то есть от воли Бога¹⁴⁴; доктора философии Г.И. Терлаича¹⁴⁵, впервые предпри-

¹⁴¹ Артемьев, А.А. Краткое начертание римских и российских прав, с показанием крупно обоих, равномерно как и чиноположения оных истории. М.: Тип. Императорского Московского университета, 1777. 198 с.

¹⁴² Десницкий С.Е. Юридическое рассуждение о разных понятиях, какие имеют народы о собственности имени в различных состояниях общежития // Говоренное в торжественном Императорского Московского университета собрании. – М.: Унив. Тип. У Н. Новикова, 1781. 20 с.; Перепечат. в кн.: «Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века». М., 1952. 1 т. С. 268-286.

¹⁴³ Стршмень-Стройновский И.Б. Наука права природного, политического, государственного хозяйства и права народов: в 4 частях; перевод с польского В. Анастасевича. 4-е издание. СПб: Медицинская типография, 1809. С. 3-4.

¹⁴⁴ Покровский Г.Ф. Рассуждение о происхождении, постепенном ходе и некоторых чертах гражданских законов. М.: Тип. Университетская, 1817. С. 2.

¹⁴⁵ Терлаич Г.И. Краткое руководство к систематическому познанию гражданского частного права России: в 2 ч. СПб: Тип. Императорской Академии Наук, 1810. 1 ч. 114 с.; 2 ч. 244 с.

нявшего попытку систематизировать российское гражданское частное право и законоведа И.В. Васильева, рассматривавшего законы как постановления Верховной власти и потому являвшихся общеобязательными для всех подданных¹⁴⁶;

– естественного права, представляющего разные позиции исследователей. Так, В.С. Филимонов¹⁴⁷ естественное право выводил из «естественно-свойственного» закона «Практического разума» данного человеку свыше, а юрист, профессор А.П. Куницин естественное право понимал, как первоначальное право, вытекающее из природы человеческого разума и основанное на справедливости и определенном равноправии¹⁴⁸;

– направление, предвещавшее развитие отечественной исторической школы, к которому, по нашему мнению, можно отнести правовые воззрения юриста-практика, преподававшего в Московском университете, З.А. Горюшкина, первым из отечественных исследователей указавшего на нравы народа как на источник права, он писал: «закон всегда основывается на народном умствовании», законы «суть через то [закон] является соединенная воля народа»¹⁴⁹ и первым внедрившего в преподавание права исторический элемент, опередив этим распространение идей западноевропейской исторической школы права; ученого, педагога В.Г. Кукольника, рассматривавшего одним из видов писанного права «постановления простого народа»¹⁵⁰; юриста, литератора В.В. Вельяминова-Зернова, указывавшего на значение правовых обычаев в формировании законодательства¹⁵¹, и в определенной степени профессора и декана Московского университета Л.А. Цветаева, взаимосвязывавшего развитие общества с применением в правотворчестве «народной морали»¹⁵².

Представленные складывавшиеся основные правовые направления ускорили развитие российского правотворчества.

На ведущие позиции выходят исследователи, применявшие исторический метод, который позволял изучать действовавшее российское право, в основании которых лежали народные правовые обычаи как нормы права, установленные самим обществом и постепенно выделившиеся в форму обычного права.

¹⁴⁶ Васильев И.В. Рассуждение о законах Государства Российского, изданных от основания оного до нынешних времен: с показанием причин периодической оных законов перемены и постепенной образованности, в каковой они ныне. М.: Тип. Университетская, 1823. 93 с.

¹⁴⁷ Филимонов В.С. Система естественного права / В.С. Филимонов. СПб: Тип. Императорская, 1811. – 89 с.

¹⁴⁸ Куницин А.П. Право естественное; под ред. И.Я. Щипанова. М.: Изд-во ЛКИ, 2011. – С 41.

¹⁴⁹ Горюшкин З.А. Руководство к познанию российского законоискусства, сочиненное коллежским советником Захарием Горюшкиным: в 4 переплетах. М.: Тип. Университетская, 1811-1816. – 1 переплет. – С. 7.

¹⁵⁰ Кукольник В.Г. Начальные основания римского гражданского права. Для руководства в преподавании оного на публичных курсах. СПб: Медицинская типография, 1810. С. 5.

¹⁵¹ Вельяминов-Зернов В.В. Опыт начертания российского частного гражданского права: в 2 ч. СПб: Тип. Правительствующего Сената, 1814. 1 ч. 218 с.

¹⁵² Цветаев Л.А. Начертание теории законов. М.: Тип. Университетская, 1816. 377 с.

Формирование воззрений российских правоведов в период упрочнения авторитета юридической исторической школы и развития практической юриспруденции получило свое отражение в основательных трудах ученых – исследуются роль юридических обычаев и обычного права, укореняется понимание обычного права как источника права и его влияния на судебное правотворчество. В результате юридическая наука получила импульс развития в направлении постепенного сужения догматического и практического направлений.

Государственно-правовое развитие России середины XIX века происходило в условиях нарастания научной деятельности юристов-исследователей, юристов-педагогов, оказывавшей формирующее влияние на развитие российского правотворчества.

Профессор Московского университета Ф.Л. Морошкин (1804-1857) в своих трудах¹⁵³ показывал стремление к философскому обобщению исторических понятий общественного характера, а также обращал внимание на значение изучения обычного права и судебной практики, на созидательный смысл «общего здравого юридического чувства и совести судьи»¹⁵⁴. В труде «Об Уложении и последующем его развитии» Ф.Л. Морошкин подчеркивал, что: «Право живет в народных обычаях...»¹⁵⁵.

В это же время в Дерптском университете исследовали русское право профессора И.Ф.Г. Эверс (1781-1830)¹⁵⁶ и А.М.Ф. Рейц (1799-1862)¹⁵⁷, преподававшие на немецком языке, и которым уже были известны выводы западноевропейской юридической исторической школы, – использовали новые методы исследования. В 1836 г. Ф.Л. Морошкин осуществил перевод книги А.М.Ф. Рейца «Опыт истории государственных и гражданских законов», в которую внес значительные примечания, указания и добавления. Профессоры Эверс и Рейц использовали исторический метод при изучении правовых обычаев русских славян и положили «начало господства теории родового быта»¹⁵⁸.

Юрист-правовед, профессор К.А. Неволин (1806-1855), один из создателей юридической науки в России, в «Энциклопедии законоведения» (1839-1840) делит все законы на естественные и положительные, показывая при этом как они изме-

няются под влиянием времени и обстоятельств. Он доказывал, что при исследовании происхождения права нужно исходить из «видимых» начал; та часть законодательства «которая может быть познана непосредственно умом, и сама по себе имеет обязательную силу, независимо от общественного постановления – законы естественные»¹⁵⁹. При этом идея законодательства в положительных законах, по его мнению, образовывается, как одной из составляющих, «от особенного характера народа, степени его развития, исторических отношений к другим народам, вообще от действия причин временных и местных»¹⁶⁰.

К.А. Неволин доказывал, что «Сначала законодательство образуется посредством обычаев», так как «Простота всех отношений» позволяет человеку находить «приличное решение»¹⁶¹; влияние на развитие законодательства «Есть необходимость историческая. Жизнь каждого народа развивается в необходимом порядке», так как «Настоящее состояние народа всегда находится в теснейшей связи с прошедшим»¹⁶².

Рассматривая происхождение и постепенное образование законов со стороны их форм К.А. Неволин следует исторической школе, совмещая ее с естественно-правовой теорией, и признавая формами, в которых образуется законодательство «суть или обычаи, или законы в тесном смысле этого слова. Середину между теми и другими занимает учение законоведов»¹⁶³.

Правовед, историк К.Д. Кавелин (1818-1885), занимавшийся вопросами возникновения и преемственности развития процессуального законодательства¹⁶⁴, в своем труде «Основные начала русского судостроительства и гражданского судостроительства в период от Уложения до учреждения о губерниях (1843) отмечал, что право и суд из древне «покоились на обычном праве»¹⁶⁵. При этом участники судебного процесса целовальники, лучшие люди были «вещатели народных обычаев, органы обычного права»¹⁶⁶. В дальнейшем по мере усиления письменного законодательства и ослабления обычного права «в судах крестьянских участие старост и целовальников удержались гораздо далее потому, что тяжбы крестьян продолжали пещаться на основании обычного права»¹⁶⁷.

¹⁵³ Морошкин Ф.Л. О постепенном образовании законодательства. М.: Тип. Университетская, 1832. 160 с.; Морошкин Ф.Л. Об Уложении и последующем его развитии. М.: Тип. Университетская, 1839. 87 с.

¹⁵⁴ Нечаев В.М. Морошкин, Федор Лукич // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона: в 86 т. СПб.: Тип. И.А. Ефрона, 1896. 19А т. С. 875-876.

¹⁵⁵ Морошкин Ф.Л. Об Уложении и последующем его развитии. М.: Тип. Университетская, 1839. С. 16.

¹⁵⁶ Эверс И.Ф.Г. Древнейшее русское право в историческом его раскрытии; перевод с немецкого Д. Языкова. СПб.: Тип. Штаба Отд. корп. вн. Стражи, 1835. 442 с.

¹⁵⁷ Рейц А.М.Ф. Опыт истории российских государственных и гражданских законов; перевод с немецкого Ф.Л. Морошкина. М.: Тип. Университетская. 1836. 452 с.

¹⁵⁸ Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона: в 86 т. СПб.: Тип. И.А. Ефрона, 1899. 26А т. С. 522.

¹⁵⁹ Полное собрание сочинений К.А. Неволина. Энциклопедия законоведения [Электронный ресурс] / К.А. Неволин. СПб.: Тип. Эдуарда Праца, 1857. С. 42 // <http://bookree.org/reader?file=735427&pg=532>.

¹⁶⁰ Там же. С. 42.

¹⁶¹ Там же. С. 49.

¹⁶² Там же. С. 45.

¹⁶³ Там же. С. 47-48.

¹⁶⁴ Кавелин К.Д. Собрание сочинений: в 4 т. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1887-1900. 1 т. 563 с.; 2 т. 663 с.; 3 т. 648 с.; 4 т. 680 с.; Кавелин К.Д. Русское гражданское уложение // Журнал гражданского и уголовного права. 1882. Кн. 8. С. 1-28; Кн. 9. С. 1-24.; Кавелин, К.Д. Взгляд на юридический быт древней России // Современник. 1847. 1 т., Кн. 1., Отд. 2. С. 1-52.

¹⁶⁵ Кавелин К.Д. Государство и община / сост., предисл., коммент. В.Б. Трофимова; отв. ред. О.А. Платонов. М.: Институт русской цивилизации, 2013. С. 251.

¹⁶⁶ Кавелин К.Д. Указ соч. С. 251.

¹⁶⁷ Там же. С. 251.

К.Д. Кавелин, наиболее широко исследовавший в 1840-1860 гг. проблему обычного права, его юридические нормы связывал с обычкновениями общественного и семейного устоев народа¹⁶⁸. Он пытался объяснить особенности правовых норм на разных исторических этапах развития государства причинами, семейного и бытового характера¹⁶⁹.

Профессор истории русского права, член Санкт-Петербургской академии наук, сенатор Н.В. Калачов (1819-1885) в своих трудах¹⁷⁰ исследовал юридические источники и объяснял связь древних законов с более поздними. В имеющихся письменных памятниках законодательства он видел развитие во времени исходных «законных» древних начал. Н.В. Калачов внёс большой вклад в исследования обычного права народов, населявших Российское государство, по его настоянию в Уставе гражданского судопроизводства 1864 года, в статье 130 было узаконено применение судами обычного права¹⁷¹.

Ученый-юрист, профессор Я.И. Баршев (1807-1894) и его брат правоведа-криминалист, профессор и декан Московского университета С.И. Баршев (1808-1882) вопросы права также исследовали с позиций исторической школы. Так, С.И. Баршев в своих трудах утверждал, что упование лишь на волю законодателя в деле образования права характерно для естественно-правовых теорий. Подобный подход наносит «явный вред науке» и «противоречит истории и опыту»¹⁷². В труде «Взгляд на науку уголовного законовещения» он говорил, что право уголовное «не создается путем отвлеченного мышления, а развивается до ясного сознания в истории и опыте и тогда только становится достоянием науки, когда воплощается в них в определенную внешнюю форму»¹⁷³. С.И. Баршев обращал внимание ученых на связь уголовного правотворчества с жизнью народа «чтобы узнать положительные уголовные законы, конечно, недостаточно только ознакомиться с их содержанием; необходимо постигнуть самое внутреннее существо их и уразуметь внешнее значение жизни народа, у которого они действуют»¹⁷⁴.

На воззрения братьев Баршевых влияло богословское образование, которое они изначально получили. Так, С.И. Баршев выступал за связь права с религией и

христианской нравственностью. С его точки зрения «лишь в тесной связи с религией и нравственностью оно [право] получает внутреннее освящение и внушает к себе, само собою, глубокое уважение»¹⁷⁵.

В отличие от своего брата Я.И. Баршев разграничивал в своих юридических работах понятия право и религия. Ученый заявлял, что существо науки права «состоит в том, чтобы отыскать и раскрыть коренные начала правды, как в идее, так и во временном и местном проявлении ее. Поэтому ей предлежит довершить работу над правом и обычая, и практики, и даже самого законодательства, возвести все множество и разнообразие юридических истин, ими собранных, к единству и сознанию, осветить всю сферу права, представить в чистейшем существе его со всеми началами»¹⁷⁶. И далее опираясь в своей правотворческой деятельности на источники обычного права он утверждал, что «Законодательство должно быть точным выражением юридической жизни народа; оно должно облечь в букву закона начала правды, присущей народу»¹⁷⁷.

Правовед, профессор П.Н. Даневский (1820-1892), один из деятелей судебной реформы 1864 г., исследовавший истории образования источников местных законов некоторых губерний и областей России (Остзейских губерний, Бессарабской области, прежней Грузии, источники законов и отчасти обычаи разных народов, подвластных России), в своем творчестве обращал внимание на исследование в том числе практики «из судебных обычаев, сохранившихся в судебных протоколах»¹⁷⁸ с тем чтобы этот юридический материал использовать при разработке законов. Проблемой являлось то, что в таком обычном праве «действуют в большей или меньшей мере: и обычаи семейные, родовые, еще не возведенные на степень положительного, ясного закона»¹⁷⁹.

Юрист, профессор Д.И. Мейер (1819-1856), уделявший изучению источников обычного права серьезное внимание, в труде «Русское гражданское право», изданного по запискам слушателей после его преждевременной кончины, писал «Юридические воззрения народа, содержащиеся в себе гражданское право, отражаются в обычае и законе. В этом смысле можно говорить о них, как об источниках гражданского права»¹⁸⁰. Он считал, что «Обычай юридический как источник права, называется также обычным правом»¹⁸¹.

¹⁶⁸ См. Кавелин К.Д. Взгляд на юридический быт древней России // Современник. 1847. 1 т., Кн. 1., Отд. 2. С. 37.

¹⁶⁹ Там же. С. 44.

¹⁷⁰ Калачов Н.В. О значении Кормчей в системе древнего русского права // Чтения в Обществе истории и древностей российских. М., 1847. отд. 1. С. 1-128; 4, С. 1-80; Калачов Н.В. О Судебнике Царя Иоанна Васильевича // Юридические записки, издаваемые Петром Редкиным, доктором прав и ординарным профессором. М.: Тип. Университетская, 1841. 1 т. С. 47-160.

¹⁷¹ См. Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона: в 86 т. СПб.: Тип. И.А. Ефрона, 1895. 14 т. С. 7.

¹⁷² Баршев С.И. Общие начала теории и законодательства о преступлениях и наказаниях: в 2 разделах. М.: Тип. Университетская, 1841. С. 4-5.

¹⁷³ Баршев С.И. Взгляд на науку уголовного законовещения // Журнал Министерства народного просвещения. 1858. XLVIII часть. 1046 с.; II отд. С. 156.

¹⁷⁴ Там же. С. 160.

¹⁷⁵ Там же. С. 158.

¹⁷⁶ Баршев Я.И. О влиянии обычая, практики, законодательства и науки на развитие уголовного, в особенности, русского права. СПб.: Акт в Императорском СПб университете, 1846. С. 106.

¹⁷⁷ Баршев Я.И. Основания уголовного судопроизводства, с применением к российскому уголовному судопроизводству. СПб.: Тип. II отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1841. С. 44.

¹⁷⁸ Даневский П.Н. Об источниках местных законов некоторых губерний и областей России. СПб.: Тип. И.Фишона, 1857. С. 29.

¹⁷⁹ Там же. С. 76-77.

¹⁸⁰ Мейер Д.И. Русское гражданское право, чтения Д.И. Мейера, изданные по запискам слушателей; под ред. А. Вициною 3-е изд., испр. сообразно определениям новейшего законодательства. СПб.: Тип. Н. Тиблена, 1864. С. 17.

¹⁸¹ Там же. С. 17.

Ученый в отличие от общепринятого мнения немецкого юриста Г.Ф. Пухты, который вывел, что «содержащееся в обычае юридическое воззрение не создается соблюдением, а только познается из него; самое юридическое воззрение, проявляющееся в обычае, есть нечто готовое, связанное с понятиями народа»¹⁸², обосновывал, что «Обычай может сделаться источником права лишь при следующих условиях:

а) он должен содержать в себе юридическое воззрение, ибо никакое другое воззрение не может породить права;

б) юридическое воззрение должно неоднократно проявляться в действительности и, следовательно, быть соблюдаемо в течение более или менее продолжительного времени, но числа проявлений определить нельзя ... оно должно быть достаточно для того, чтобы юридическое воззрение проникло в сознание народа как право;

в) юридическое воззрение должно проявляться постоянно однообразно; в противном случае не может образоваться обычай;

г) обычай не должен противоречить нравственности: общество не может признать прав, несовместных с доброю нравственностью»¹⁸³.

И далее он утверждал, что на основании им сформулированного «обычное право можно определить, как юридическое положение, раскрывающееся в неоднократном и однообразном применении»¹⁸⁴.

В своих трудах ученый рассматривал и обычаи судебные, он писал: «Особый вид обычного права составляют обычаи судебные ... между делами, вступающими на рассмотрение, много однородных: потому естественно, что в каждом судебном месте устанавливаются известные обычаи относительно производства дел. Если эти судебные обычаи соответствуют условиям обычного права, то, конечно, и они могут сделаться для граждан источником прав»¹⁸⁵.

Д.И. Мейер одним из первых так объемно, ясно и всесторонне обосновал содержание обычного права, его роль в законотворчестве и его значение в судебном правотворчестве.

Юрист, профессор, сенатор С.В. Пахман (1825-1910), стоявший на позициях формально логической догматической юриспруденции, в капитальном труде по русскому обычному праву, по мнению современников, «Отклоняющиеся, по видимому, от общепринятых юридических воззрений институты этого права [обычного права] пытается подчинить логической структуре, объясняя их воздействием на гражданский быт крестьянства чисто внешних факторов»¹⁸⁶. В то же время он обращал внимание, что «для исследования, которое имеет в виду выяснить, какие вообще начала, помимо обязательной силы закона, действуют в на-

стоящее время в юридическом быту народа, независимо от их происхождения и связи с временем давнопрошедшим, понятие обычного права шире»¹⁸⁷.

Ученый, рассматривая истоки обычного права отмечал: «обычаи, как нормы, образующиеся по преимуществу из самой жизни, всегда носят более или менее местный характер»¹⁸⁸. Он указывал на динамичность права, на его постоянное совершенствование: «обычное право, не смотря на относительную стойкость в сравнении с законодательством, не остается в абсолютной неподвижности, а также с течением времени изменяется, развивается»¹⁸⁹.

Сторонник теории органического происхождения и преемственного развития законодательства, Пахман в работе «О судебных доказательствах по древнему русскому праву, преимущественно гражданскому в историческом их развитии», исследуя формирование института судебных доказательств, пришел к выводу о преемственности развития процессуального законодательства¹⁹⁰ и говорил, что «решения волосных судов действительно представляют самый живой и достоверный источник для изучения народно-обычного права»¹⁹¹.

Юрист, профессор, декан Московского университета В.Н. Лешков (1810-1881), представитель «славянофильского» направления в отечественном правоведении, занимавшийся государственным устройством и благочинием, т.е. полицейским правом, и применявший в исследованиях исторический метод, в труде «Русский народ и государство. История русского общественного права до конца XVIII века» понятие «общественное право» раскрывал как «права обществ или общества относительно государства и эти права частных лиц относительно общества и государства, с обоюдными обязанностями, составляют, в отличие от права гражданского, или частного, систему общественного права»¹⁹².

В общественное право он включал все вопросы «благочиния» и показывал, что проблемы формирования установительного и охранительного законотворчества возможно решать только опираясь на юридические обычаи.

Член Санкт-Петербургской академии наук Б.Н. Чичерин (1828-1904), представитель «государственной школы» в русской историографии, в труде «Опыты по истории русского права» при обзоре исторического развития сельской общины в России в своих заключениях утверждал, что сельская община «не образовалась сама собой из естественного союза людей, а устроена прави-

¹⁸² Мейер Д.И. Указ соч. С. 17-18.

¹⁸³ Там же. С. 18.

¹⁸⁴ Там же. С. 18.

¹⁸⁵ Там же, С. 20-21.

¹⁸⁶ Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона: в 86 т. СПб: Тип. И.А. Ефрона, 1898. 23 т. С. 58.

¹⁸⁷ Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки: в 2 т. СПб: Тип. Второго Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1879. 2 т. С. 19-20.

¹⁸⁸ Там же. С. 18.

¹⁸⁹ Там же. С. 20.

¹⁹⁰ См. Пахман, С.В. О судебных доказательствах по древнему русскому праву, преимущественно гражданскому в историческом их развитии. М.: Тип. Университетская, 1851. С. 1, 35.

¹⁹¹ Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки: в 2 т. СПб: Тип. Второго Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1879. 2 т. С. 21.

¹⁹² Лешков В.Н. Русский народ и государство. История русского общественного права до конца XVIII века; отв. ред. О.А. Платонов. М.: Институт русской цивилизации, 2010. С. 59.

тельством»¹⁹³, так как общины «жили всегда на землях частного владельца, князя или другого лица, на основании договоров о владении»¹⁹⁴ и в то же время «община имела свою историю и развивалась по тем же началам, по каким развивался и весь общественный и государственный быт России»¹⁹⁵.

Взгляды Б.Н. Чичерина на значение обычного права наблюдаются и в его философских работах. Так, он доказывал: «Общество, подчиняющееся известной государственной власти, связывается с другими такими же обществами многообразными связями (экономическими, духовными, религиозными), устанавливающими помимо государства»¹⁹⁶. Исследователь был убежден, что «Государство все свои силы и средства черпает из общества»¹⁹⁷.

Таким образом, рассмотрев воззрения выдающихся правоведов-ученых в исторический период после введения в действие Свода законов Российской империи и до «Великих реформ» можно сделать обобщения о том, что российские юристы, стоящие на отличающихся идеологических позициях, использовали в своих исследованиях в том числе исторический подход, изучали бытовавшие тогда обычно-правовые нормы и отмечали влияние юридических обычаев и обычного права в целом на развитие законодательства в государстве; показывали, что судебное правотворчество в судах крестьянских, осуществлялось на основании обычного права.

Учёные, впитавшие в себя многие новые, для того времени, научные идеи и подходы, открыли и исследовали большое количество древних источников права, их влияние на развитие правотворчества. Происходило ускоренное накопление юридического материала, понимание роли юридических обычаев, значения для судебного правотворчества вопросов, направлений обычного права, что способствовало осмыслению, распространению и критическому использованию достижений в последующем исследовательском опыте, имевшего основополагающее значение для деятельности российских юристов в период «Великих реформ» 1860-1870-х годов по составлению Судебных уставов 1864 года. Интенсивное развитие российской юридической науки позволило представить обществу лучшие образцы юридического творчества мирового уровня.

¹⁹³ Чичерин Б.Н. Опыты по истории русского права. М.: Тип. Э. Барфкнехта, 1858. 389 с.

¹⁹⁴ Там же. С. 92.

¹⁹⁵ Там же. С. 57.

¹⁹⁶ Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона: в 86 т. СПб: Тип. И.А. Ефрона, 1903. 38А т. С.

891.

¹⁹⁷ Там же. С. 891.

§ 8. Государственная служба в Российской империи: правотворчество и эволюция правовой мысли

Государственная служба Российской империи и ее законодательное регулирование в дореволюционной России неоднократно становились предметом научного исследования правоведов государственной школы. Юристы государственной школы рассматривали государственную службу как институт государственного права, под которым понимали законы, регулирующие деятельность центральных и местных государственных учреждений, определяющие их статус, а также положение их служащих.

У истоков научной организации государственной службы в Российской империи стоял М.М. Сперанский. По его мнению, общий предмет всех законов состоит в том, чтобы учредить отношения людей к их общей безопасности и безопасности того, чем они владеют. Законы он делил на две категории: Законы государственные, которые регулируют отношения частных лиц и государства; и законы гражданские, которые регулируют отношения между лицами. Он утверждал, что «...закон, налагающий подать на личную службу, есть закон государственный, ибо он определяет отношения частного лица к государству, но закон о разделе имущества между наследниками, есть закон гражданский, ибо он устанавливает отношения между частными людьми»¹⁹⁸. В силу этого он делает вывод, что одни законы являются преходящими, а другие, коренными, то есть главными. Такое разделение законов основано на римской традиции, заложенной Ульпианом¹⁹⁹.

Сперанский считал, что законы существуют для пользы и безопасности людей, им подвластных. Вместе с тем, эти категории представляют собой понятия в высшей степени неопределенные, подверженные разным изменениям. Посему, во всяком благоустроенном государстве должны быть начала законодательства положительные, постоянные, непреложные, неподвижные, с коими бы все другие законы могли быть соображаемы²⁰⁰. Именно Сперанский составлял и редактировал многочисленные указы Александра I, а так же его манифесты, уставы, распоряжения²⁰¹.

Он разработал отдельные элементы теории государственной службы. Самым существенным вкладом М.М. Сперанского в эту теорию является учение о должностных лицах и разработанная им структура статуса должностного лица. В русском правоведении все последующие научные разработки в предметной области государственной службы базировались на теоретических взглядах М.М. Сперанского.

¹⁹⁸ Сперанский М. М. План государственного преобразования графа М. М. Сперанского: Введение к Уложению государственных законов 1809 г. М. Русская мысль. 1905. С. 10.

¹⁹⁹ Корнев А.В., Борисов А.В. Правовая мысль в дореволюционной России. М., 2005. С. 38-39.

²⁰⁰ Антология мировой правовой мысли. Т. 4. М., 1999. С. 447-448.

²⁰¹ Кассихина В. Е. М. М. Сперанский, его роль в развитии и становлении российского государства и права // Государство и право в XXI веке. 2017. № 2. С. 6.

Ученый разделяет принципы государственной службы на принципы, которыми должно руководствоваться государство при определении количества государственных служащих и при принятии их на государственную службу, качественного отбора лиц на государственную службу и прохождения государственной службы.

Среди принципов отбора на государственную службу теоретик выделяет принципы надежности, исправности, компетентности. К принципам прохождения государственной службы он относит следующие: подчинения, дисциплины, усмотрения в принятии решений, отчетности в суммах, отчетности в делах, продвижения по службе, подконтрольности или надзора исполнения, ответственности.

Вклад М.М. Сперанского в теорию государственной службы заключается в том, что он впервые после римских юристов классического периода развил юридическое учение о лицах в сфере публичного права и разработал основы теории должностного лица²⁰². Он поставил должностное лицо в центр теории государственного управления и государственной службы. Должностное лицо, по теории М.М. Сперанского, главный субъект государственного управления, носитель властных полномочий, даруемых верховной властью. Помимо атрибутов государства - должностных лиц. М.М. Сперанский уделяет внимание государственной должности как институциональному элементу. Он конкретизировал систему должностей для министерства и губернского управления, и дал понятие должности вообще как совокупности прав и обязанностей.

Предложенная Сперанским структура статуса должностного лица - важный вклад в теорию государственной службы и ее кадрового обеспечения. Статус гражданской службы при кодификации был помещен законодателем в третий том Законов, посвященных государственной гражданской службе, куда были включены: Устав о Службе по определению от Правительства; Уставы о пенсиях и единовременных пособиях; Положения об особых преимуществах гражданской службы в отдельных местностях; Уставы об эмеритальных кассах гражданского ведомства. Устав о службе по определению от Правительства 1832 года был размещен в виде раздела третьего Устава «Об общих планах и обязанностях гражданской службы»²⁰³.

В Уставе гражданской службы М.М. Сперанским дана классификация прав и обязанностей государственной службы, а также детализирована структура отдельных субъективных прав государственных служащих: на получение содержания, на получение награды, на увольнение в отпуск, на увольнение от должности и от службы. Статус гражданской службы, по мнению М.М. Сперанского определя-

ет правовое положение служащего лица и его семьи в государстве и выступает как статус должностного лица, который включает в себя: служебный, гражданско-правовой, брачно-семейный, административно-правовой и уголовно-правовой статусы государственного служащего, а также права семей чиновников. Кодификации, проведенные М. М. Сперанским, имела огромное значение для формирования законодательной базы Российской империи. По мнению А. Р. Нематова, правотворческая составляющая кодификации законодательства четко проявляется, когда в процессе кодификационной деятельности изменяются или отменяются правовые нормы, что характеризует кодификацию, как форму правотворчества²⁰⁴. Государственно-правовые идеи М. М. Сперанского стали объектом неперемного внимания к ним широкого круга российских исследователей, многие из которых стали его последователями.

Одним из первых последователей М.М.Сперанского, особо и ярко себя проявивших в российской науке о государственной службе в 60-е годы XIX столетия, является И.Е.Андреевский.

В то время в законодательстве Российской империи не существовало точного определения государственной службы. Законодателя больше занимали практические проблемы ее правового регулирования. Основные законы империи устанавливали, что «власть управления во всем ее пространстве принадлежит государю. В управлении верховном власть его действует непосредственно», оговаривали, что «в делах ... управления подчиненного определенная степень власти вверяется от него местам и лицам, действующим от имени и по его повелениям»²⁰⁵.

И. Е. Андреевский определял государственную службу как «деятельность в государстве граждан, призванных быть органами государственной власти»²⁰⁶. Подобный подход к определению государственной службы позволяет выделить два ее основных аспекта: с одной стороны, задачи и функции государства, которые оно выполняет в лице государственных органов и служащих, с другой - трудовая деятельность по осуществлению данных функций и решению конкретных задач²⁰⁷. Обе эти стороны имели свое правообеспечение в российском законодательстве.

Теоретические взгляды ученых о государственной службе И.Е. Андреевский называет учением о началах государственной службы и строит его по следующей схеме: общие принципы государственной службы; отношение должностных лиц к правительству, государству и народу; поступление на службу; обязанности служащих; права служащих; прекращение служебных обязанностей; акты служебного состояния.

²⁰² Черепанова И.В. Государственная служба Российской империи XIX века (Теоретическое исследование): Дисс...канд. юрид. наук. Омск. 2001. С. 22.

²⁰³ Устав о службе по определению от правительства. Свод законов Российской империи. Т.3. Кн. 1. СПб., 1896. Ст. 517-756.

²⁰⁴ Нематов А. Р. Правотворческая составляющая кодификации законодательства // Вестник РУДН. Серия Юридические науки. 2009. № 5. С. 31.

²⁰⁵ Свод законов Российской империи. Т.1. Ст. 80. СПб., 1857.

²⁰⁶ Андреевский И.Е. Русское государственное право. СПб., 1866. С. 466.

²⁰⁷ Манохин В.М. Советская государственная служба. М., 1966. С. 5.

Государственная служба выступает у И.Е. Андреевского как особое отношение граждан к правительству и государству, особая государственная деятельность граждан в качестве должностных лиц, особый правовой статус граждан - должностных лиц. И.Е. Андреевский указывает на политический характер отношений служащего лица к верховной власти, и прямую связь государственной службы с государственной властью²⁰⁸. Уже в одном из первых своих исследований, при характеристике должности губернатора он отмечал, что она находится в тесной связи с предшествующими ей исторически должностями воевод и наместника каждая из которых «...стоит в тесной связи со всем, как местным, так и общим, государственным управлением»²⁰⁹. То есть уже в 1864 году он определял категорию «должность» сквозь призму четырех понятий: учреждения, функции ведения, обязанности и исполнения деятельности²¹⁰.

Государственная служба, как особый правовой статус служащего, предполагает определение законом его правового положения, как по отношению к правительству, так и по отношению к народу. Правовой статус должен определять: пределы власти служащего лица, пределы усмотрения в управлении, круг дел, прав и обязанностей.

В структуре основных начал государственной службы по определению от правительства И.Е. Андреевский особое внимание уделяет отдельным элементам кадрового обеспечения - поступлению на государственную службу, статусу государственных служащих, прекращению службы. И.Е. Андреевский разработал систему условий, которые должны быть установлены государством для лиц, поступающих на государственную службу, и разделил все условия на три категории - физические, нравственные и политические.

Обязательным условием поступления на государственную службу, по мнению автора, должна быть сдача государственного экзамена двух степеней и прохождения испытания. Экзамен должен приниматься особой экзаменационной комиссией коллегиально по образцу государственных экзаменов в германских государствах²¹¹.

Поступление на государственную службу, как кадровый процесс, заключается, по его мнению, в ряде обязательных юридически значимых действий как правительства, так и физического лица: в проверке соблюдения условий, необходимых для поступления на государственную службу и в соблюдении этих условий лицом; в определении на службу и в ознакомлении со службой; в определении к должности и в принятии должности. При этом определение на службу может происходить по непосредственному набору правительства, верховной государствен-

ной власти; по выбору подчиненных им властей, но с их утверждения; по распоряжению отдельных начальственных мест и властей на должности, не имеющие государственного характера, без утверждения правительством.

И.Е. Андреевский считал необходимым для государства общим принципом организации государственной службы и определения на государственную службу - принцип определения на службу самой верховной властью. Противоположный же ему принцип найма на государственную службу по поручению государства считает крайне вредным для государства, ослабляющим его структуру и сложную служебную иерархию. Формирование корпуса государственных служащих на началах частного договорного найма может допускаться правительством, по мнению И.В. Андреевского, но не как общее начало по отношению ко всем служащим, но как частное исключение по отношению к должностям, не имеющим государственного характера, существо которых состоит в исполнении простых частных поручений²¹².

Обязанности государственного служащего по отношению к верховной власти заключается в полном исполнении требований, возложенных на служащего законом, как на орган верховной власти, а именно: в изучении всех постановлений, относящихся к службе вообще, и к его должности в особенности; в исполнении распоряжений верховной власти. Обязанности служащего лица, вытекающие из его отношения к другим служащим заключаются, по мысли И.Е. Андреевского, в служебном содействии другим служащим, равным по служебному положению, и в подчинении начальствующим лицам как вышестоящим служащим.

Права государственных служащих подразделяются И.Е. Андреевским на два рода по двум основным правам: получать от правительства содержание и пользоваться почетными преимуществами. Право на получение содержания выступает в виде права на получение содержания во время службы и пенсии после оставления службы. Право пользоваться почетными преимуществами службы состоит из ряда субъективных прав: на производство в чин; на награждение орденами; на представление к получению других наград.

Первое в русской юридической литературе специальное теоретическое исследование, посвященное государственной службе, принадлежит профессору Казанского университета Н.К. Нелидову, и представляет собой докторскую диссертацию по теме «Юридические и политические основания государственной службы»²¹³, которая была защищена им в Казанском университете в 1874 году. Характерные признаки государственной службы, по его мнению, заключаются в том, что она является деятельностью, посвященной государственному началу, в качестве агентов государственного начала, в государственной должности.

²⁰⁸ Андреевский И.Е. Русское государственное право. СПб., 1866. С. 472.

²⁰⁹ Андреевский И. Е. О наместниках, воеводах и губернаторах: рассуждения. СПб. 1864. С. 8.

²¹⁰ Черепанова И. В. И. Е. Андреевский – теоретик государственного управления и государственной службы // Вестник омского университета. 2000. № 2. С. 123.

²¹¹ Андреевский И.Е. Русское государственное право. СПб., 1866. С. 470.

²¹² Там же. С. 473.

²¹³ Нелидов Н.К. Юридические и политические основания государственной службы. Ярославль., 1874. С. 137.

К элементам государственной службы автор относит иерархии установлений, должностей, должностных лиц и деятельность должностных лиц. При этом установления и должности он считает материальной основой деятельности лиц, призванных быть агентами государственного начала, а самих агентов - должностных лиц - духовной составляющей государственной службы.

Должностное лицо или чиновник определяется Н.К. Нелидовым как лицо, на которое возлагается должность органом государственного начала или от его имени его высшими агентами. Должность, по его мнению, - сердцевина всей структуры государства. Через должность он определяет государство на институциональном уровне как установление. Он дает два основных определения должности, статическое и динамическое, последнее и есть государственная служба в собственном смысле, как деятельность, состоящая в выполнении должности, У него присутствует и юридическое определение должности как обязанности содействовать органам государственного начала.

Видным представителем учения о государственной службе в XIX веке являлся Н.О. Куплевасский, профессор государственного права Императорского Харьковского университета. Ученый занимался изучением института государственной службы в рамках сравнительного правоведения. Его монография «Государственная служба в теории и в действующем праве Англии, Франции, Германии и Цислейтанской Австрии»²¹⁴, вышедшая в Харькове в 1888 г. - существенный вклад в развитие теории и истории государственной службы зарубежных стран.

Значительная часть монографии посвящена проблеме качественного отбора лиц на государственную службу, политике государственной службы, вопросам управления государственной службой, в ней преобладают процедурные аспекты, касающиеся поступления на государственную службу.

Он неоднократно обращается к теории государственной службы, служебно-деликтного права и процесса, пытаясь выяснить критерии качественного отбора лиц на государственную службу, пределы власти должностного лица; структуру права на неповиновение власти должностного лица, и права на сопротивление незаконным распоряжениям должностного лица, структуру дисциплинарной ответственности; понятие дисциплинарного проступка; виды дисциплинарных проступков, сущность дисциплинарной власти; виды дисциплинарных взысканий и процедур, компетенцию дисциплинарных учреждений, принципы, стадии и структуру дисциплинарного процесса.

Определенный вклад в исследование природы государственной службы внес крупнейший русский ученый-правовед, специалист по международному и государственному праву, автор учения о государственной власти и управлении профессор Казанского, Новороссийского университетов П. Е. Казанский.

²¹⁴ Черепанова И.В. Государственная служба Российской империи XIX века (Теоретическое исследование): Дисс....канд. юрид. наук. Омск. 2001. С. 54.

Исследование понятий власти и управления в учении П. Е. Казанского отражено в фундаментальном труде «Власть Всероссийского императора. Очерки действующего русского права». В этом известном научном произведении автору удалось синтезировать взгляды юристов и политиков разных политических убеждений в единую философию права российского самодержавия. В работе выделяются три вида государственной власти: верховное управление; законодательство; подчиненное управление. Под подчиненным управлением П. Е. Казанский понимал систему передаточной власти, направленную на реализацию полномочий органам судебной и административной власти. Подчиненное управление, по его мнению, является специальным аппаратом, который участвует в подготовке и реализации тех или иных решений в сфере государственного управления. Подчиненное управление реализуется «специальным классом государственных служащих»²¹⁵.

Должностные лица государственных учреждений, по мнению ученого, должны находиться под прямым или косвенным надзором императора, и при наличии нарушений могут привлекаться как к административной, так и судебной ответственности. Органы исполнительной власти, относящиеся к подчиненному управлению, по взглядам Казанского П. Е., должны быть наделены правотворческими полномочиями. Эти полномочия могли касаться как органов центрального, так регионального и местного управления. Полномочия подчиненного управления, по мнению П. Е. Казанского, подлежали четкому нормативному установлению.

Одним из представителей российской юридической науки, исследовавших проблемы государственной службы и ее кадрового обеспечения являлся В.В. Ивановский - профессор Казанского университета, работавший в конце XIX века.

Важной работой В.В. Ивановского, которая повлияла на развитие русской науки о государственном управлении, явилась монография «Русское государственное право», в которой он излагает общее учение о государстве. В.В. Ивановский определяет государственную службу, как деятельность физических лиц, направленную на осуществление воли носителя верховной власти по уполномочию последнего²¹⁶. В данном кратком определении он акцентирует внимание не только на фактической природе государственной службы, но и на одной из сторон юридической природы государственной службы, на осуществление воли носителя верховной власти по уполномочию последнего.

Рассматривая особую природу государственной службы и ее кадрового обеспечения, В.В. Ивановский уделяет внимание особому порядку заключения договора о государственной службе. Он приводит доказательства того, что такой договор вообще заключается, а также исследует его признаки.

²¹⁵ Шипилов А. Н. Правовое учение П. Е. Казанского о государственной власти. Дисс. канд. юрид. наук. Белгород. 2017. С. 41.

²¹⁶ Столярова Е.Е. Законодательство Российской империи второй половины XIX - начала XX в. о гражданской государственной службе. Дисс....канд. юрид. наук: 12.00.01. Екатеринбург., 1998. С. 154.

Лицо, поступающее на государственную службу, по мнению В.В. Иванова, в момент поступления на службу, добровольно принимает на себя обязательство выполнять государственную службу так, как это предписано в законе. Принятие на себя обязательств по государственной службе лицо формально подтверждает служебной присягой.

Характер юридического договора о государственной службе Ивановский связывает с особыми последствиями, которые может повлечь за собой нарушение или неисполнение должностным лицом его служебных обязанностей, а также с особым порядком прекращения договора о государственной службе.

Существенный вклад в развитие учения о государственной службе внес Н.М. Коркунов - профессор государственного и международного права Санкт-Петербургского университета. Среди сочинений Н.М. Коркунова, для изучения теории государственной службы, наибольший интерес представляет его магистерская диссертация «Русское государственное право»²¹⁷.

«Государственная власть, по мнению Коркунова, - есть сила, обусловленная сознанием зависимости от государства как общественного союза, в котором принудительно устанавливается мирный порядок. Как и все силы, могущие служить средством осуществления человеческих интересов, государственная власть является для людей предметом их стремления воспользоваться ею для своих целей и насколько эти стремления разграничиваются юридическими нормами, государственная власть становится объектом права. Те, за кем признаются права на распоряжения властью, суть органы власти; выполняемые этими органами действия составляют функции государственной власти»²¹⁸.

В работе Н.М. Коркунова выделяются основные признаки государственной службы, позволяющие отличить ее от других видов службы государству. Содержание государственной службы, по мнению Коркунова, всегда юридическая обязанность, государственная служба имеет не частноправовой, но публично-правовой характер, предполагает подчинение служащего лица монарху, государственно-служебная деятельность имеет представительский характер, направлена на осуществление задач государства²¹⁹.

Юридическая природа государственной службы определена теоретиком, как особое публично-правовое отношение. Правовое содержание служебного отношения составляют обязанности и права служащих, причем, по мнению П.М. Коркунова, главным элементом этого отношения являются обязанности, а права государственных служащих имеют значение условий успешного выполнения ими своих обязанностей. Все обязанности служащих Н.М. Коркунов сводит к трем основным - исполнение должности, верность и подчинение монарху и начальству, со-

блюдение достоинства власти во внеслужебной деятельности. Основную обязанность служащего, по учению Н.М. Коркунова, составляет выполнение возложенной на него должности. Основное право служащего, при осуществлении им государственной должности, - право государственной власти²²⁰. Все другие права, по его мнению, являются лишь средством, обеспечивающим для служащих возможность осуществления их главного права - права на власть.

Анализ правовых исследований отечественных юристов дореволюционной России на кадровое обеспечение государственной службы позволяет сделать определенные выводы. Во-первых, в XIX веке правовая мысль о государственной службе получила мощный импульс для развития, поскольку государство объективно нуждалось в блестяще образованных судьях, адвокатах, чиновниках государственных учреждений. Во-вторых, кадровое обеспечение государственной службы в то время не являлось предметом специального монографического исследования. В то же время, рассматривая институт государственной службы, юристы того времени уделяли значительное внимание вопросам определения на государственную службу, профессиональной подготовке, прохождения службы, ответственности чиновников за исполнение служебных обязанностей, социальному и пенсионному обеспечению. В-третьих, соотношение идеи и практики, мысли и ее реализации – диалектически взаимосвязанный процесс. Правовые идеи материализуются в учебниках, становятся частью сознания, проявляются в поступках и действиях. Многие идеи, взгляды, предположения и прогнозы дореволюционных юристов о кадровом обеспечении государственной службы актуальны и по сей день.

§ 9. Диалектика правовых ценностей в правотворчестве переходного периода (60-70-годы XIX – начало XX вв.)

Повышение интереса современных ученых к разработке аксиологических аспектов научного знания отражает процесс глобализации науки, объективно нацеленный на обеспечение устойчивого развития цивилизации, в том числе посредством осознания и оценки как рисков и возможных опасностей для человечества, так и новых возможностей и перспектив его развития. В ряду актуальных задач, поставленных государством перед отечественным научным сообществом, находится проведение «исследований, связанных с этическими аспектами технологического развития, изменениями социальных, политических и экономических отношений»²²¹.

²²⁰ Там же. С. 286.

²²¹ См.: П. 22 «Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации», утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 1 декабря 2016 г. № 642. – URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&firstDoc=1&lastDoc=1&nd=102416645>.

²¹⁷ Столярова Е.Е. Указ. соч. С. 10.

²¹⁸ Антология мировой политической мысли. Т. 4. М., 1997. С. 268.

²¹⁹ Коркунов Н.М. Русское государственное право. Т. 2. СПб., 1893. С. 281.

Одним из примеров ответа на важные вызовы современной цивилизации можно рассматривать и научные труды российских правоведов, посвященные теоретическому (методологическому, гносеологическому, ретроспективному) анализу категории «правовые ценности»²²². В тоже время предметное изучение процессов зарождения, формирования, утверждения, изменения правовых ценностей в конкретно-исторических условиях развития российского общества (особенно в периоды «цивилизационных сдвигов») пока не получило ожидаемой широты, хотя в теории права создан для этого серьезный «задел»²²³.

История государства и права России содержит богатейший материал для анализа указанной проблемы. Не только такие глобальные эпохи, как «крещение Руси, встраивание в татаро-монгольскую систему ценностей при сохранении православных ценностей, петровские реформы, а также реформы второй половины XIX столетия, и, наконец, переворот октября 1917 г. со всеми его последствиями»²²⁴, но даже отдельные временные отрезки, например, финальные десятилетия истории Российской империи, начиная от эпохи Великих реформ и до начала Первой мировой войны, чрезвычайно интересны при исследовании содержания российского права в аспекте диалектики правовых ценностей, их роли в правовом регулировании важнейших общественных отношений.

Данный период истории российского государства и права отмечен не только масштабностью реформаторских замыслов и трудов, активностью правотворчества, массивом нового законодательства, но и глубиной их объективно и субъективно обусловленной противоречивости. Развитие права в переходные периоды, в том числе и его аксиологического компонента, отражает не только «дихотомию ценностей реальных и постулируемых»²²⁵, но и ярко проявляющуюся в условиях меняющегося правопорядка противоречивость самих ценностей, как комплекса отношений субъектов права к правовой реальности. Эти оценочные суждения могут преимущественно выражаться абстрактно или конкретно, по содержанию быть в большей степени традиционными или инновационными, светско-легистскими или конфессиональными, консервативными или либеральными, рациональными или иррациональными, этатистскими или «аутопойетическими» (Н. Луман), и т. п. В

²²² Обзор мнений см.: Краснов А. В., Скоробогатов А. В. Правовая ценность в России: теоретико-правовой и ретроспективный анализ // Genesis: исторические исследования. 2017. № 3. С. 126–143. DOI: 10.7256/2409-868X.2017.3.18326. URL: http://e-notabene.ru/hr/article_18326.html; Михайлов С. В. Правовые ценности: теоретико-правовой аспект: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук по спец-ти 12.00.01 - теория и история права и государства; история учений о праве и государстве. Ростов-на-Дону, 2011.

²²³ См., например: Сорокин В. В. Общее учение о государстве и праве переходного периода. М.: Юрлитинформ, 2010; Правовое общение. Постановка проблемы: монография / под ред. Л. С. Мамута. М., 2012 и др.

²²⁴ Краснов А. В., Скоробогатов А. В. Правовая ценность в России: теоретико-правовой и ретроспективный анализ // Genesis: исторические исследования. 2017. № 3. С. 126–143. DOI: 10.7256/2409-868X.2017.3.18326. URL: http://e-notabene.ru/hr/article_18326.html.

²²⁵ Там же.

значительной степени благодаря подобной диалектической остроте до конца переходного периода сохраняется «многовариантность и альтернативность перспектив развития общества»²²⁶, и в историко-правовой ретроспекции для индикации этих процессов необходимо учитывать не только законотворчество переходного периода, но и правотворчество в целом, что делает особенно актуальной проблему источников исследования.

Весьма перспективным в указанном аспекте представляется изучение официальных законопроектов эпохи Великих реформ, созданных в конце 1850-х – начале 1860-х гг., но не ставших законами в силу определенных причин²²⁷. Особое место в этом ряду занимают законопроекты от 17 и 27 октября 1861 г., направленные на формирование в российском сословном праве предпосылок перехода к отношениям и институтам общегражданской правовой природы. Эти малоизвестные законопроекты были подготовлены согласно предписанию императора Александра II Министерством государственных имуществ и Министерством императорского двора и уделов под общим руководством министров В. Ф. Адлерберга и М. Н. Муравьева²²⁸. Анализ содержания этих документов показывает, что при всей умеренности и даже консерватизме они, в отличие от законодательства 19 февраля 1861 г., закрепившего на многие десятилетия сословно-правовую изоляцию российского крестьянства, заключали в себе значительный новаторский потенциал и способствуя постепенной аккультурации российским крестьянством правовых ценностей, соответствующих общегражданскому, а не сословному правовому статусу субъекта права.

Эти проекты изначально создавались как компромиссные, позволявшие при сохранении в коронной деревне, как того требовало законодательство 19 февраля 1861 г., архаичных институтов сельской общины, сословного сельского самоуправления, общинной собственности на землю, постепенно осуществлять переход отдельных групп сельского населения к индивидуальным формам землевладения и землепользования, а в территориальном отношении – к бессословным формам местного самоуправления.

Эти уникальные образцы отечественного правотворчества переходной эпохи были ориентированы на эволюционный тип преобразования российской правовой культуры без потери её традиционных основ. Разработчики законопроектов заложили в них правовой механизм согласования законных потребностей многочис-

²²⁶ Сорокин В. В. Общее учение о государстве и праве переходного периода. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 258–259, 274 и др.

²²⁷ См. подробнее: Дунаева Н. В. Между сословной и гражданской свободой: эволюция правосубъектности свободных сельских обывателей Российской империи в XIX в.: монография. СПб.: Изд-во СЗАГС, 2010.

²²⁸ «О применении Положения 19 февраля 1861 г. о вышедших из крепостной зависимости крестьянах к государственным крестьянам (от 17 октября 1861 г.) и «Об устройстве крестьян государственных, дворянских и удельных имений применительно к началам Положения 19 февраля 1861 г.» (от 27 октября 1861 г.). – ГА РФ. Ф. 722. Оп. 1. Д. 343; РГИА. Ф. 515. Оп. 76. Д. 449. Л. 24–42 об.

ленных субъектов права (отдельных сельских обывателей, сельских обществ, мировых посредников, чиновников, государственных органов, кредитных организаций и т. д.) в интересах всего общества, переживающего сложный переходный период, а с юридико-технической точки зрения проекты приближались к образцам изложения в юридическом акте правовых предписаний, соответствующим современным требованиям к качеству закона²²⁹.

К середине XIX в. официальная юридическая дифференциация российского крестьянства уже не соответствовала разнообразию правовых интересов и ценностных представлений о праве и справедливости многочисленных социальных групп сельского населения России. Российское крестьянство, составлявшее абсолютное большинство населения империи (80%) переживало, как убедительно доказала советская историография, объективный процесс углубления социально-имущественной неоднородности мультикультурного общества, развивавшемуся по аграрно-индустриальному типу. В наибольшей степени правовым притязаниям экономически активной и численно растущей части свободных сельских обывателей, т. е. нечастновладельческих крестьян, соответствовал правовой институт индивидуализированных земельных собственников (или землепользователей) с прочными гарантиями со стороны государства их прав на землю. Однако в 1830-40-х гг. вместо постепенного законодательного закрепления необходимых стимулов для развития в государственно-организованном праве этих институтов, сопряженных с общегражданским пониманием частнопровых ценностей, в правительстве активизировалась проработка институтов сословного права (сельского общества, общественной собственности на землю, волостного суда и проч.).

В это же время в среде российской реформаторской бюрократии развернулась идейная борьба относительно выбора модели будущей крестьянской реформы, но ее содержание определялось не столкновением сторонников и противников отмены крепостного права, а приверженностью ее участников одной из двух юридических моделей социальной модернизации, сопряженных с определенным набором оценок правовой реальности в историческом прошлом, настоящем и будущем России. Эти модели весьма условно можно назвать «общинно-государственной» и «либерально-элитарной». Первая ориентировалась на консервацию сословного статуса свободных сельских обывателей, вторая – на преодоление сословной изоляции крестьянина и сословных ограничений в праве в целом. Обе модели предусматривали активную роль государства в реформировании общества, но по-разному проектировали его функции в переходный период, цели и формы коммуникации с общественными институтами.

Наиболее ярко эти различия в понимании роли государства в правовом регулировании отношений переходного периода проявились в оценке дореформен-

ного опыта государственного управления коронным сектором аграрного общества и представлениях о новых механизмах управления этим сектором после отмены крепостной зависимости частновладельческих крестьян.

Общинно-государственная модель изменения правового статуса свободных сельских обывателей явилась следствием отражения в правосознании части просвещенного дворянства и реформаторской бюрократии конфликта естественно-правовых принципов и действующего позитивного права. Сторонники данной модели видели способы разрешения такого конфликта в философии славянофилов. Важную роль в формировании этой модели сыграла сословно-правовая политика первого министра государственных имуществ П. Д. Киселева, правовые идеи К. Д. Кавелина (в первую очередь, его публицистическая концепция «государственного крепостного права», замысел коллективного выкупа общинной земли, сохранение архаичной сельской общины после крестьянской реформы) и славянофилов, доминировавших в работе Редакционных комиссий (1859–1860 гг.), благодаря покровительству великого князя Константина Николаевича. Данная модель реформирования правового статуса и бывших частновладельческих крестьян, и крестьян коронного сектора, в традиционных аграрных обществах средне-восточно-европейского региона, получила законодательное закрепление только в России.

Сторонники этой модели крайне критично оценивая недостатки государственного управления в России при императоре Николае I, не замечали тех позитивных формально-юридических предпосылок, которые в дореформенный период государство создавало в коронном секторе российского землевладения, где проживала половина российских крестьян – «свободных сельских обывателей». Здесь развивались отношения административно-правовой природы, субъектами которых выступали государство (Корона) и свободные сельские обыватели (крестьяне); административная правосубъектность последних вплоть до упразднения власти министерств сохраняла нормативно-правовую форму и юридически была сопоставима с личной зависимостью от землевладельца помещичьих крестьян; формировались и укреплялись профессиональные кадры управленцев (чиновников), обязанных соблюдать законодательство, повышать эффективность своей работы, в том числе на научной основе и используя зарубежный опыт управления аграрными и земельными отношениями.

Правовая позиция главного идеолога альтернативной концепции крестьянской реформы 1860-х годов и двух вышеназванных законопроектов для коронного сектора российской аграрной экономики – министра М. Н. Муравьева, разумеется, не являлась «крепостнической» (такая ее оценка утвердилась в либерально-народнической и советской историографии). Гибкость правового содержания его законопроектов и управленческих решений определялась пониманием реального разнообразия хозяйственных укладов российских крестьян в границах огромной

²²⁹ Сырых Е.В. Общие критерии качества закона: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 23–24, 27.

империи, сложной структуры их правовой, имущественной, этнокультурной дифференциации. Его законопроекты отличали экономическая обоснованность, научный подход, оптимальное соотношение традиции и инновации, ясность, простота, логичность знание западноевропейского законодательства и практики его реализации в ходе проведения подобных реформ. Идеиная направленность проектов была созвучна реформаторскому концепту отечественной политико-правовой мысли первой четверти XIX в. и на полвека предвосхитила смысл реформаторской программы модернизации России начала XX в.

Выкупной проект М. Н. Муравьева, центральное звено его законопроектов от 17 и 27 октября 1861 г., представлял собой реальную экономически обоснованную альтернативу выкупной операции, организованной на основе законов 19 февраля 1861 г. Он отвечал интересам не только наиболее активных крестьян-хозяев, но и общественным потребностям в целом («общественному благу»), задавая импульс системной перестройке механизма правового регулирования общественных отношений в России, как в его нормативно-правовом, так и индивидуально-правовом компонентах.

В правовых средствах земельной реформы, проектировавшихся М. Н. Муравьевым в 1859–1861 г., важную роль играл ценностный аспект, содержание которого отвечало чаяниям трудового крестьянства – абсолютного большинства российского общества. Детальный анализ показывает, что комплекс этих средств соответствует современным принципам государственного регулирования земельно-правовых отношений переходных обществ (межевание, выделение земельного участка в натуре, кадастровая съемка, оценка недвижимости, кредитование земледельцев, государственный учет правообладателей, государственная регистрация прав на землю, судебная защита прав и т. д.). Финансовая составляющая проекта позволяла заинтересованным крестьянам и их коллективам (товариществам) добровольно, по экономически обоснованным ценам с рассрочкой до 20 лет, без значительной переплаты приобретать земельные участки в частную собственность, что обеспечивалось пятипроцентной капитализацией величины оброчной подати, установленной в процессе кадастрово-оценочных процедур, в то время как законодательство 19 февраля 1861 г. устанавливало шестипроцентную капитализацию оброка, безоценочную методику расчета его величины, рассрочку выплаты выкупной суммы на 49 лет, презюмируя обязательный (тотальный) выкуп крестьянами надельной земли. Ипотечные, налоговые и иные, сопровождавшие глобальную реформу механизмы должны были оживить не только аграрные, но и финансовые, кредитно-денежные, товарные, производственные, судебно-правовые, правоохранные и прочие отношения в крестьянской стране в целом. Иными словами, законопроекты Муравьева «запускали» полный цикл обновления права, включая и ценностные установки, начиная с его базовых («нижних») уровней, совершенно не касаясь «верхних», т. е. института монархии (ср. утвердившуюся в

научной литературе антитезу: «реформа сверху» против «реформы, т. е. революции, снизу»).

Подобная модель модернизации аграрного общества позволяла эволюционно изменять существующий правопорядок, стремительно наполняя его новыми правовыми нормами, запросами, интересами, явлениями, идеями, ценностями, но без насильственного и интенсивного разрушения культурных корней («кодов»), сформированных ранее архетипами массового поведения и ценностными установками. Если верно, что национальная специфика переходных периодов в истории отдельных народов и государств в значительной степени определяется способами и темпами аккультурации инноваций, то, соответственно, при разумной реализации альтернативного проекта Муравьева (причем, на полвека раньше «стольпинского») национальная специфика переходного периода в России была бы совершенно иной, как и процесс индикации новых правовых ценностей.

Трудно не согласиться, что «общий контекст большинства указанных [выше – Н. Д.] цивилизационных изломов русского общества может быть выражен в диалектическом противоборстве ценностей западных (периодически заимствуемых и внедряемых в общество с той или иной степенью успеха), которые на протяжении времени всё более стали ассоциироваться с ценностями гражданского общества, и традиционных, на которых долгое время основывалась (и в какой-то мере частично основывается на данный момент) жизнь большинства населения российского государства»²³⁰. Но также следует выявлять ошибки реформаторов прошлого, ценностные установки которых не вполне точно отражали правовые реалии, существовавшие в государстве и обществе в то время, когда реформы проектировались и утверждались. В пореформенной России одним из результатов подобной несоответственности оценок стало приведение в действие механизмов замены «реформаторского сценария» перехода от аграрной к индустриальной цивилизации революционным.

Как показал А. Токвиль на примере Французской революции (что весьма четко подметила О. В. Кочукова, «во-первых, правительственные реформаторские начинания укореняют в умах людей ценности изменений в противовес святости традиций, показывая пример «презрительного отношения к наиболее древним и с виду наиболее прочным институтам»²³¹, а во-вторых, «радикализации общественной жизни содействует субъективный фактор, связанный с деятельностью и мировоззрением интеллектуальной элиты общества («литераторов», по выражению Токвиля). «Литераторы», мыслящие абстрактно, а не практически, становятся руко-

²³⁰ Краснов А. В., Скоробогатов А. В. Правовая ценность в России: теоретико-правовой и ретроспективный анализ // Genesis: исторические исследования. 2017. № 3. С. 126–143. DOI: 10.7256/2409-868X.2017.3.18326. URL: http://e-notabene.ru/hr/article_18326.html.

²³¹ Цит. по: Кочукова О. В. Из опыта осмысления истории Франции XVIII в. в контексте общественных дискуссий в России середины XIX в. (русские отклики на сочинение А. Токвиля) // Известия Самарского научного центра Российской академии наук. Т. 15. 2013. № 5. С. 20.

водителями общественного мнения и, воспламеняемые чувством сострадания к народу, начинают выступать с неосторожными призывами к изменению ситуации»²³².

Таким образом консервация в России реформаторским законодательством 1860-70-гг. патриархального (общинного) правового уклада оказалась ошибочной, а степень приверженности абсолютного большинства трудового населения страны к соответствующим архаичным ценностям – преувеличенной.

Индивидуальная, а не общинная, приватизация крестьянами земель Российской Короны и их надельных земель, в том числе по ипотечным методикам, иные виды вещных прав на землю, которые государство могло им гарантировать, равно как институт долгосрочной аренды, могли стать ключевыми правовыми средствами реорганизации социальных структур и институтов сословного аграрного общества, способствовать мобилизации новых отношений, институтов и ценностей в правовом регулировании переходного периода. В публично-правовой сфере им соответствовала бы территориальная модель местного самоуправления, основанная на равенстве публичных прав поземельных собственников. Органичная связь (идейная перекличка) предложенной в законопроектах Муравьева реформаторской методологии с более ранними проектами М.М. Сперанского, последовавшими реформами П. А. Столыпина, наконец, комплексом глобальных правовых преобразований в Российской Федерации подтверждает необходимость более глубокого изучения ценнейшего исторического опыта правового развития наших предков и, учитывая его, в реформаторском правотворчестве следовать принципу соразмерности, диалектически подходить к формированию, закреплению и изменению правовых ценностей.

§ 10. Правовые ценности во Франции в последней трети XIX в. в контексте правотворчества

Само понятие «правовая ценность» является дискуссионными в современной науке. Под ними понимаются, прежде всего, ценности, интегрированные правом²³³. В более широком контексте правовые ценности определяют как «переживаемые людьми и определяемые культурой формы их позитивного отношения к правовой системе общества, которые обуславливают выбор поведения, соответствующий этой системе, а также юридическую оценку событий»²³⁴. Как

²³² Там же.

²³³ Бехруз Х. Правовые ценности в исламской и западной правовых традициях: сравнительно-правовой ракурс // Вестник Университета им. О.Е. Кутафина. 2015. № 5 (9). С. 155.

²³⁴ Бабенко А.Н. Правовые ценности и освоение их личностью. Автореферат дисс... д-ра юрид. наук. М., 2002. С. 11.

подчеркивает Х. Бехруз: «Ряд ценностей сформулированы европейскими просветителями XVII—XVIII вв. Равно как и вечные требования свободы, равенства, демократии, справедливости, они сохраняют огромный гуманистический потенциал и в наше время. Многие из них возведены в ранг общечеловеческих ценностей и зафиксированы в международном и внутригосударственном (или национальном) праве»²³⁵.

Правовые ценности во внутригосударственном законодательстве находят свое отражение, прежде всего, в конституционных актах. В.Е. Чиркин выделяет три исторических этапа в законодательном закреплении ценностей:

1. От создания первых писаных конституций (США 1787 года, Франция и Польша 1791 года) до Первой мировой войны и возникновения государства тоталитарного социализма в России. В конституционализм вошли базовые принципы, сформулированные в XVII-XVIII вв. В каталог правовых ценностей можно включить права человека и гражданина; «священную и неприкосновенную» частную собственность; разделение властей; независимый суд с участием присяжных заседателей; местное самоуправление и др.

2. Влияние идеологии марксизма на право, немарксистской социал-демократии и конституций стран тоталитарного социализма. На этом этапе к правовым ценностям, в определенном смысле, можно причислить идеи государственного регулирования, социального государства, коллективных прав определенных общностей.

3. Современный этап, который характеризуется, с одной стороны, расширением сферы конституционного регулирования, а, с другой стороны, уточнением прежних принципов и уточнением ряда положений XIX в. В частности, происходит рационализация парламентаризма, создание смешанных форм правления, усиление исполнительной власти и т.д.²³⁶.

Для Франции последней трети XIX в. характерно понимание, как общечеловеческих ценностей, так и правовых ценностей в либерально-индивидуалистической трактовке. Об этом свидетельствуют основные политико-правовые воззрения постулируемые наиболее видными французскими правоведами того времени²³⁷.

²³⁵ Бехруз Х. Правовые ценности в исламской и западной правовых традициях: сравнительно-правовой ракурс. С. 160.

²³⁶ Чиркин В. Е. Общечеловеческие ценности и российское право // Общественные науки и современность. 2001. № 2. С. 67-69.

²³⁷ Франция в последнюю треть XIX в., пережила очередной переход от монархии к республике. В данном случае от Второй империи к Третьей республике с провозглашением которой в 1870 г. и принятием Конституции страна вступила в длительный период относительной государственно-правовой стабильности. В значительной мере это было обусловлено тем, что к последней четверти XIX в. во Франции накопилась богатая государственно-правовая, законодательная база, созданы достаточно устойчивые политические институты.

В наиболее общем виде концепцию правовых ценностей в либерально-индивидуалистическом дискурсе высказал Ш. Бэда в своей книге «Право лица и государства» изданной в 1891 г.и, в которой он формулирует основные положения либерализма: 1. Свобода является средством достижения истины и добра. Она также объект и цель права. 2. Государство, созданное во имя справедливости и свободы, становится необходимым атрибутом права. 3. Никакая власть не может обладать абсолютными правами, поскольку над этими правами есть другие права, которые ограничивают любую власть. 4. Только гражданские права / личная свобода обладают самостоятельной ценностью. 5. Политические права должны гарантировать соблюдение гражданских прав. 6. Власть должна обеспечивать соблюдение свобод²³⁸. 7. Представительное правление (в форме парламентаризма) обеспечивает свободу и соответствует интересам свободных народов²³⁹.

Обращаясь к первому тезису, необходимо отметить, что французским либерализмом свобода воспринималась как первое из прав и как индивидуальное понятие, поскольку она «состоит в праве каждого индивидуума развивать себя самого, делать все то, что позволяют ему физические, умственные и нравственные силы»²⁴⁰, и в сумме индивидуальных сил состоит сила государства, которое должно выражать общие интересы общества. Причем свобода – это общечеловеческое понятие: «Безрассудно изобретать исключительно французский политический строй, как было бы бессмысленно изобретать исключительно французскую промышленность, отталкивая все то, что опыт научил американцев и англичан. Если у промышленности нет родины, у свободы тем более; то и другое являются общим наследием христианства»²⁴¹.

Человек рождаясь свободным, должен поддерживать и развивать свою свободу в социуме и в государстве. Человеческая свобода подчиняется естественным законам, которые являются универсальными и обязательными: «Первый символ естественного закона, это его универсальность. Он не будет обязательным, если не будет всеобщим»²⁴².

Таким образом, государство призвано, прежде всего, законодательно закрепить и обеспечить свободу. Именно закон, санкционированный государством, должен устанавливать и соблюдать естественные и неотчуждаемые права человека. Эти права были закреплены в Декларации прав человека и гражданина 1789 г.: свобода, собственность, безопасность, сопротивление угнетению, свободное выражений мыслей и мнений, участие в формировании законов и т.д.

²³⁸ По мнению Ш. Бэда глава государства должен быть вне и выше политической борьбы. Такую же мысль высказывал ранее Л.-А. Прево-Парадол в 1868 г.

²³⁹ См.: Бэдан Ш. Право лица и государство. Воронеж: Типо-Литография «Воронежского издательского товарищества», 1917.

²⁴⁰ Лабулэ Э. Государство и его пределы. В связи с современными вопросами администрации, законодательства и политики. СПб.: Издание Н.И. Ламанского, 1868. С. XXVII.

²⁴¹ Laboulaye E. Le Partilibéral. Son programme et son avenir. 8-e éd. Paris: Charpentier et C, 1871. P. 129.

²⁴² Simon J. La libertépolitique. 4-e éd. Paris: Librairie Hachette et C, 1871. P. 30.

Однако власть, как необходимый атрибут государства, не является абсолютной. Ограничение власти государства рассматривалось через призму политической свободы, которая основывается на трех принципах. Необходимо, чтобы, во-первых, письменный закон повсеместно заменил произвол. Во-вторых, закон, а точнее – справедливый закон, должен устанавливать и гарантировать соблюдение естественных и неотчуждаемых прав человека. В-третьих, правительство обязано действовать в каждом случае как слуга и министр общих интересов²⁴³.

Под произволом понималось непредсказуемость и противоправность действий власти, когда «судьба человечества была оставлена на волю случая»²⁴⁴. Произвола власти становится меньше посредством свободы и укрепления и распространения закона: «Свобода становится полной, когда все полномочия (власти) вытекают из закона»²⁴⁵. Каково должно быть содержание этих законов? Ж. Симон, обращаясь к законодательной деятельности Учредительного собрания в 1789 г., подчеркивал, что «Ассамблея 1789 провозгласила сама, во главе нашего государственного права, абсолютный и неприкосновенный суверенитет закона»²⁴⁶. В таком государстве свободный человек только тот, кто повинуется исключительно закону.

Второй принцип политической свободы - закон должен устанавливать и соблюдать естественные и неотчуждаемые права человека. Эти права были закреплены в Декларации 1789 г. Анализируя тексты конституций Франции конца XVIII – первой половины XIX вв., французские правоведы отмечали, что расширение каталога естественных и неотчуждаемых прав человека, в частности, включение в него неприкосновенности жилища, свободу вероисповеданий, свободу образования, является только разъяснением или гарантией единственного права – права быть свободным, которое является «основой естественного права, а безопасность является его гарантией»²⁴⁷. Таким образом, свобода рассматривалась в неразрывной связи с законом: «Свобода и закон нужны друг другу; эти два слова невозможно отделить»²⁴⁸.

Четвертый и пятый тезис (только гражданские права / личная свобода обладают самостоятельной ценностью; политические права должны гарантировать соблюдение гражданских прав) трактовался, как дихотомия, которая проявляется,

²⁴³ Третий принцип политической свободы не столь очевиден, как первые два, поскольку правительство, действующее в общих интересах, не должно нарушать общественной свободы. В свою очередь, общественная свобода основывается на справедливых законах, которые «посвящены всем естественным правам человека и никогда не жертвующий общим интересом в угоду частным интересам». Обеспечивать соблюдение справедливых законов, не изменяя или искажая их суть, призвана судебная власть. Simon J. La libertépolitique. P. 167.

²⁴⁴ Simon J. La libertépolitique. P. 158.

²⁴⁵ Ibid. P. 159.

²⁴⁶ Ibid. P. 160.

²⁴⁷ Ibid. P. 165.

²⁴⁸ Ibid. P. 4.

с одной стороны, в осуществлении частных прав²⁴⁹, а, с другой стороны, в степени участия граждан в политической жизни²⁵⁰.

Необходимо отметить, что наиболее цельно концепцию классификации прав и свобод представил Э. Лабулэ, который, исходя из критерия их первичности и вторичности или производности, различал два вида свобод: первые «существуют сами по себе (т.е. от рождения – С.Б.); это то, что мы называем сегодня индивидуальными (личные), социальными, муниципальными и т.д. свободами; другие – служат гарантией для первых: это свободы политические»²⁵¹. В свою очередь в индивидуальные (личные) свободы Э. Лабулэ включал три составляющих элемента: личную свободу, свободу труда и свободу собственности.

Обеспечивать соблюдение свободы должно представительное правление (в форме парламентаризма). Один из «духовных отцов» Конституции 1875 г.²⁵² Л.-А. Прево-Парадол в своей книге «Новая Франция», изданной в 1868 г., теоретически обосновал основные постулаты парламентаризма, раскрывая их через два основных элемента: во-первых, политическая ответственность правительства перед нижней палатой парламента; во-вторых, право правительства распустить парламента.

Л.-А. Прево-Парадол отмечал, что «ответственность министров является движущей силой парламентаризма»²⁵³. Правительство должно нести коллективную ответственность: «Отсутствие доверия равносильно для кабинета официальному уведомлению об отставке»²⁵⁴.

Анализируя второй элемент характерный для парламентаризма, автор «Новой Франции» подчеркивал, что «главная ловушка парламентаризма – это тирания законодательного большинства, которое, в ходе работы, перестает быть парламентом и перестает представлять мнение большинства граждан»²⁵⁵. Исполнительная власть «должна иметь право консультироваться с нацией через всеобщие выборы, проведенные за пределами времени, установленных законом, при условии, однако, что это второе решение народа является окончательным»²⁵⁶. Таким образом, право роспуска парламента было ограничено однократностью. Л.-А.

²⁴⁹ Индивидуальные (публичные, социальные) права «ограничивают права государства, но не требуют от него никаких положительных услуг, никаких жертв в пользу граждан. Государство должно воздерживаться от вмешательства в известные области, предоставляя свободный простор личной деятельности, но индивидуум больше ничего не может требовать на этой почве». Эсмен А. Общие основания конституционного права. СПб.: К.Т. Солдатенков, 1898.С. 310.

²⁵⁰ В политических правах «выражается участие граждан в управлении, в администрации, в правосудии (посредством института присяжных)». Эсмен А. Общие основания конституционного права. С. 312.

²⁵¹ Laboulaye E. Le Partilibéral. Son programme et son avenir. P. 11.

²⁵² Morabito M. Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours. 12-e éd. Paris, 2012. P. 311.

²⁵³ Prévost-Paradol L.-A. La France nouvelle. Paris: Michel Lévy frères, 1868. P. 126.

²⁵⁴ Ibid. P. 102.

²⁵⁵ Ibid. P. 147.

²⁵⁶ Ibid. P. 93-94.

Прево-Парадол называет подобную процедуру министерской, т.е. «высказанной кабинетом, который потерял большинство или не имеющий достаточного большинства (в нижней палате) и желающий упрочить свое положение»²⁵⁷.

Таким образом, правовые ценности в их либерально-индивидуалистической трактовке, господствующей во Франции в последней трети XIX в., были обоснованы в идейно-теоретических разработках и реализованы (не все, конечно) посредством прямого правотворчества через законодательный орган. Во Франции непосредственной правоустанавливающей деятельностью в то время занималось Национальное собрание. Особо необходимо отметить роль Национального собрания в разработке и принятии Конституции Третьей республики, когда оно приняло на себя учредительные функции в начале 1871 г.²⁵⁸

Несмотря на целый ряд формально-юридических особенностей Конституции 1875 г., она абсорбировала основные либеральные правовые ценности²⁵⁹. В то же время, Конституция Третьей республики не провозглашала ни принципов конституционного строя, ни традиционных прав и свобод. В ней вообще отсутствуют декларативные заявления принципиального характера. Однако это не означает, что Национальное собрание отвергло основные положения Декларации 1789 г. На заседании парламента 1 февраля 1875 г. депутат Ш. Леперзаявил: «Мы (Национальное собрание. – С.Б.) установили ряд конституционных положений, не задаваясь мыслью о формулировании философских деклараций. Наши принципы известны. Это – принципы 1789 г.»²⁶⁰. Данный вопрос широко обсуждался во французской юридической литературе. Л. Дюги отмечал, что «всякий закон, противоречащий Декларации прав 1789 г., был бы неконституционным законом»²⁶¹. На это же обстоятельство указывал А. Эсмен, приводя еще один аргумент: «Для того, чтобы граждане могли осуществлять какое-либо право или пользоваться какой-нибудь свободой, недостаточно, чтобы это осуществление были гарантированы Конституцией. В самом деле, как бы ни были законны индивидуальные права, они не имеют неограниченной силы. Напротив, они встречаются два необходимых ограничения: уважение к подобным же правам других и поддержание общественного порядка. Их осуществление предполагает, поэтому, предварительную регламентацию ее, которую должен установить законодатель, и пока эта регламентация не сделана, внесенное в Конституцию и ею гарантированное право не может быть осуществлено; оно является как бы простым обещанием»²⁶². Такая предварительная регла-

²⁵⁷ Ibid. P. 148.

²⁵⁸ М. Прело отмечал, что «период 1871-1875 гг. был временем непрерывного творения Конституции». Прело М. Конституционное право. М.: Иностранная литература, 1957. С. 245.

²⁵⁹ Например, в избрании Палаты депутатов на основании всеобщего прямого голосования, в коллегиальной ответственности министров перед парламентом (статьи 1 и 6 Конституционного закона «Об организации государственных властей» от 25 февраля 1875 г.).

²⁶⁰ Цит. по: Эсмен А. Общие основания конституционного права. С. 323.

²⁶¹ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М.: ИНФРА-М, 2014. С. 313.

²⁶² Эсмен А. Общие основания конституционного права. С. 323-324.

ментация была сделана французским законодателем. В конце XIX - начале XX вв. во Франции был принят ряд законов, содержащих нормы о правах и свободах (например, закон о свободе собраний 1881 г., закон о свободе печати 1881 г., закон о свободе ассоциаций 1901 г. и т. д.)²⁶³. Тем самым был реализован тезис: власть должна обеспечивать соблюдение свободы.

Таким образом, правовые ценности во Франции в последней трети XIX в. рассматривались, прежде всего, в либерально-индивидуалистической трактовке. Доктринальные либеральные постулаты базировались на восприятии свободы, как сугубо индивидуального понятия, которое должно обеспечиваться и гарантироваться государством. Отчасти подобные воззрения нашли свое отражение во французском правотворчестве последней трети XIX в.

§ 11. Идеократический контекст правотворчества в СССР

Изучение особенностей правотворчества в советский период развития государственности права с учетом расширения источниковой базы и открытием массива архивных ранее засекреченных документов требует новых подходов. В рамках данной публикации остановлюсь на идеократическом контексте правотворчества в советский период развития советской государственности и нормативного регулирования*. При этом выделю два направления – (1) определение основных категорий, лежащих в основе идеократической модели правотворчества, и (2) рассмотрение механизма реализации идеологическо-политических решений коммунистической партии в процессе правотворчества в СССР.

(1) **Власть идей и идеологии как основа концептуальной модели понимания правового регулирования в СССР** выступает в качестве основы для рассмотрения особенностей правотворчества в советском обществе в 1917 – середине 1980-х гг. Заметим, что понимание сущности политико-государственной системы властвования и нормирования в советском обществе не укладывается в классическое постижение государства и права – оно требует осмысления в конкретно-историческом плане на основе анализа и обобщения данных комплекса носителей исторической информации – исторических источников, доступ к которым в 1990-2010 гг. в связи с рассекречиванием определенного массива архивных документов значительно расширился и изучение которых позволяет рассмотреть особенности правотворчества в СССР. Поэтому необходимо кратко определиться с исходными

²⁶³ О целесообразности включать в Конституцию декларативные заявления писал Э. Лабулэ, который предлагал предоставить регулирование прав и свобод человека органическим законам. Laboulaye E. *Considérations sur la Constitution*. Paris: A. Durand, Franck, 1848. P. 125-135.

* Публикация подготовлена при финансовой поддержке РФФИ в рамках реализации научного проекта № 18-011-00329 «Юридическое источниковедение: теория, методология и методика изучения носителей государственно-правовой информации».

категориями «идеократия», «партийность», «пролетарское право», «пролетарское правосознание», «пролетарская законность».

Категория «идеократия» выступает ключевым для осмысления влияния идеологии на формирование советской модели государственности и права. Сам термин, возникший на пересечении понимания идеи и власти (от греч. *ἰδέα* - идея и *κράτος* - власть), носит смысловую нагрузку как «власть идей». При этом сами термин и понятие не является однозначно понимаемым и различные контексты их интерпретации требуют выбора авторской позиции использования понятия «идеократия» при анализе советской государственно-правовой системы.

Термин «идеократия» ввел научный оборот русский лингвист и философ кн. Н.С. Трубецкой, который в статье «О государственном строе и форме правления» (Париж, 1927 г.) рассматривает её в качестве нового типа организации государственной власти, которая реализуется «правлящим слоем», обеспечивающим «служение определенной идеи». Обращаясь к анализу первых лет строительства новой государственности в советской России, Н.С. Трубецкой, определяет основные характеристики идеократии. Он в контексте концепции евразийства определяли некую «идеальную» форму реализации правления на основе некой «идеоправительницы» и безусловным принципом отбора на её основе «правлящей элиты» с общим мировоззрением и «жертвенным служением». Заметим, что Н.С. Трубецкой весьма четко определил сущность идеократического государства как партийно-государственного образования. Он подчеркивая, что идеократический строй «тяготеет к наделению высшей властью лидера "единой и единственной партии", причем сама эта власть и лидерство основаны не на выборах и не на наследстве, а на фактическом престиже данного лидера в партийных кругах и на тех отношениях, которые у него складываются с другими лидерами той же единственной партии». Соответственно существует и партийное доминирование в государственном управлении, поскольку «в идеократическом государстве государственный правительственный актив состоит из сплоченных в сильную и внутренне дисциплинированную организацию членов единой и единственной партии; поскольку эта партия возглавляется советом вождей (политбюро, ЦК и т.д. и т.д.), этот совет и является фактическим главой государства; если же один из вождей – членов упомянутого совета – пользуется большим по сравнению с другими престижем и влиянием, то он оказывается фактическим главой государства»²⁶⁴. Подходы Н.С. Трубецкого к пониманию идеократии на основе оценок государственного строительства в советской России представляют интерес для их изучения с точки зрения общих теоретических конструкций.

В современных исследованиях для понимания идеократии характерны различные направления её интерпретации. В их плане для изучения идеократической

²⁶⁴ Трубецкой Н.С. О государственном строе и форме правления // Трубецкой Н.С. Избранное. М., 2010. <http://eurasian-movement.ru/archives/2500>

модели властвования в СССР наиболее приемлем институциональный подход к пониманию идеократии, который, как указывает В.В. Панкратов, сосредоточен «на выделении формальных критериев определения режима, типа политической элиты и легитимации власти» и который «может успешно применяться для раскрытия внутренних механизмов функционирования тоталитарных режимов, в первую очередь, связи монистических идеологий с определенным социально-политическим дизайном и характерными инструментами контроля населения»²⁶⁵.

При анализе идеократии не менее важен и функционалистский подход, который, как отмечает М. Фриден, «рассматривает цели и вклад идеологий в общественную и политическую жизнь» и при котором «они идентифицируются как идейные комплексы, содержащие убеждения, охватывающие сознательно или неосознанно удерживаемые ценности, понимания, интерпретации, мифы и предпочтения, которые поддерживают или оспаривают политические договоренности и процессы, а также обеспечивают планы действий для общественных политических институтов; и при этом они выступают в качестве инструментов мобилизации массовой политической деятельности»²⁶⁶.

Категория «партийность» в понимании системы властвования и социального нормирования в СССР в рамках данной публикации носит идеологическо-инструментальный характер и понимается в контексте формирования мировоззрения и деятельности различных институтов социального управления и нормирования с позиций определенных классов. В.И. Ленин в 1917 г. подчеркивал - «Известно, что партийность есть в одно и тоже время и условие и показатель политического развития. Чем более политически развиты, просвещены, сознательны данное население или данный класс, тем выше, по общему правилу, его партийность»²⁶⁷. Ленинский «показатель политического развития» ориентировался на моноидеологическую основу мировоззрения – марксизм. С этого времени «партийность» стала выступать как требование следовать постулатам марксистско-ленинской, а в конце 1920 — начале 1950-х гг. - сталинской идеологии и решениям коммунистической партии и насаждалась как принцип поведения людей, деятельности организаций и учреждений, орудие политической и идеологической борьбы. В связи с этим интересно замечание С.С. Алесеева, что «в идеологии всегда есть моменты абсолютизации, возвеличивания идей, их ориентации на обслуживание определенных практических, политических, идейных задач - то, что в марксистском обществоведении именовалось партийностью, служением классам, социальным группам, нациям, неким возвышенным идеалам»²⁶⁸. И именно эта абсолютизация марксистско-

ленинско-сталинской моноидеологии стала основой требования реализации «принципа партийности» в различных сферах жизнедеятельности советского общества и, особенно, в юридической - сфере государственно-правового развития.

Партийность выступала в качестве безусловного требования обеспечения реализации идеократической модели построения системы государственной власти, управления и нормирования жизнедеятельности советского общества и определяла содержательно развитие советского социалистического права. И хотя «партийность» прямо не выделялась в качестве «принципа права» в нормативно-правовых актах, ее присутствие в правовом регулировании обуславливалось тем, что «общие социально-политические принципы социалистического права - это принципы социализма» - подчеркивал С. С. Алексеев в 1972 г. Он также выделял и ряд принципов, имеющих «непосредственное значение для понимания социалистической природы ... права» - социально-экономические, политические, идеологические, политико-национальные, нравственные²⁶⁹. «Партийность» была связана с идеологическими началами советского права, которые выступали как «господство марксистско-ленинской идеологии, руководящая роль Коммунистической партии»¹.

Партийность как система идеологических установок и требований по мере монополизации РКП(б)-ВКП(б) политики, идеологии, государственного управления и правового регулирования под своим «руководящим» началом и становления единой партийно-государственной системы в СССР приобрела инструментальный характер. Она стала средством внедрения в мировоззрения населения идеологических установок, которые провозглашали в своих выступлениях и статьях лидеры партии, и закреплялись в решениях высших органов коммунистической партии. Партийные, советские и общественные организации, печать, общественные науки, литература при поддержке репрессивных структур должны были обеспечивать укоренение в общественном сознании и социальных практиках марксистско-ленинско-сталинское учение, его интерпретаций в партийных программах, постановлениях съездов и пленумов и решениях по текущим вопросам жизнедеятельности страны. Посредством реализации требований «партийности» РКП(б)-ВКП(б)-КПСС до середины 1980-х гг. обеспечивались господство марксистско-ленинской (на определенной этапе доминирующей сталинской) идеологии во всех сферах жизнедеятельности советского общества.

Категория «пролетарское право» является определяющим в идеократической модели нормирования в советском обществе. Право в идеологическо-политическом аспекте выступало как воля победивших в революции трудящихся во главе с рабочим классом, которая была возведена в закон и представляла систему общеобязательных и гарантированных пролетарским государством норм, являлась исключительно классовым регулятором общественных отношений. При этом право выполняло как идеологическую функцию - стало одним из главных средств

²⁶⁵ Панкратов В.В. Идеократия: опыт типологизации интерпретаций понятия // Гуманитарные и социальные науки. 2018. № 3. С. 12-22.

²⁶⁶ Freeden M. Ideologies and Political Theory: A Conceptual Approach. Oxford, 1196. P. 16.

²⁶⁷ Ленин В. И. Партии на выборах в районные думы Петрограда // Поли. собр. соч. М., 1969. Т. 32. С. 190.

²⁶⁸ Алексеев С. С. Философия права // Алексеев С.С. Собр. соч. В 10-ти тт. М., 2010. Т. 7. С. 21.

²⁶⁹ Алексеев С.С. Проблемы общей теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 106.

трансляции в партийно-мировоззренческих установок и политических ориентиров в общество, так и носило политико-инструментальный характер - являлось орудием установления и осуществления диктатуры пролетариата, обеспечивало классовый порядок. Не случайно В.И. Ленин подчеркивал неразрывную связь права и политики новой власти – «Закон есть мера политическая, есть политика»²⁷⁰.

Формирование пролетарского права как права нового права базировалось на принципиально важной для государственно-правового строительства установке - безусловного требования слома старой правовой системы, а вместе с ней - и правовых ценностей и наработок российской дореволюционной правовой науки. Прежние правовые установления старой власти отменялись и «на месте сметенного в мусорную корзину истории буржуазного права пролетариат стал строить новое здание революционного права и в первые же дни советской власти заложил прочные и незыблемые основы, крепкий железобетонный фундамент для новой юридической надстройки», - писал Д.И. Курский в 1919 г. в статье «Пролетарское право»²⁷¹.

В основе пролетарского права доминировал весьма неопределенный в формальном отношении принцип соблюдения «интересов революции», которым прикрывалась идеологическая и политическая направленность принимаемых любых решений властного характера. Ленинская формула «революционной целесообразности» гласила - «Польза революции, польза рабочего класса – вот высший закон»²⁷². При этом сразу же и беспартийно отменялись какие-либо рассуждения в неправом характере издаваемых узаконений. Н.В. Крыленко по этому поводу подчеркивал - «Первый предрассудок, с которым пришлось бороться Ленину при проведении и обосновании революционного права и закона, был предрассудок о "правовом" и "неправовом" характере революционного правотворчества, происхождении революционной власти и революционного права, или о праве, революционного права именоваться "правом"». Он писал, что «революционного права как права революции, или права, фактически осуществляемого революционными массами, ... буржуазная наука никогда "правом" не признавала и отрицала за ним само понятие права, поскольку никакой законной санкции эти "самочинные" акты революционных масс не имели». Крыленко достаточно красноречиво описал как Ленин перенес «центр тяжести с формальных установленных буржуазной наукой признаков, определяющий право, в живой исторический процесс революционного правотворчества масс». Он подчеркивал – «Революционная законность, учил Ленин, есть законность революции. Она теснейшим образом связана с революцией, порождается революцией и в то же время выражает революцию, оформляет общественные отношения, создаваемые революцией. Источником революционной

законности является поэтому только революция, никаких других источников революционного права быть не может. Вот почему в момент своего возникновения никакими формальными признаками революционное правотворчество связано быть не может и ни в каких внешних санкциях оно поэтому не нуждается»²⁷³. Такая позиция достаточно красноречиво характеризует понимание права.

В основе содержания пролетарского права находились идеологические постулаты, которые определяли основу и цели закрепления основ нового строя и правового регулирования. Первые законодательные акты советской власти определили основные направления государственной политики и управления, а Конституция РСФСР 1918 г. закрепила конструкцию организации власти в условиях осуществления диктатуры пролетариата. В этот период, как писал К началу 1920-х гг., как отмечает Н.В. Крыленко, были установлены «основные принципы советской конституции и пролетарского государства в той его части, в которой государство и конституция являются выражением классового господства и принуждения, направленного против всех остальных классов»²⁷⁴. В основу формирующегося «пролетарского права» был положен классовый и нормативный подходы. Это закреплялось в законодательстве - «Руководящие начала по уголовному праву РСФСР» от 12 декабря 1919 г. прямо закрепили классовый характер права: «Право - это система (порядок) общественных отношений, соответствующая интересам господствующего класса и охраняемая организованной его силой»²⁷⁵.

Политическое и идеологическое влияние РКП(б)-ВКП(б)-КПСС на развитие пролетарского, а затем советского социалистического права нормативно базировалась на постепенном усилении закрепления роли партии в политической и государственной организации осуществления властных полномочий. И если Конституция РСФСР 1918 г. лишь переводила на язык права идеологическое позиции РСДРП-РКП(б) относительно организации государственной власти и правового регулирования, то Конституция СССР 1936 г. позиционировала ВКП(б) как «руководящее ядро всех организаций трудящихся, как общественных, так и государственных»²⁷⁶. Конституция СССР 1977 г. определяла более конкретное положение коммунистической партии в политической организации советского общества и определении идеологических основ и политических решений в развитии страны - «Руководящей и направляющей силой советского общества, ядром его политической системы, государственных и общественных организаций является Коммунистическая партия Советского Союза. КПСС существует для народа и служит наро-

²⁷⁰ Ленин В.И. О карикатуре на марксизм // Ленин В.И. Полн. собр. соч. М., 1973. Т. 30. С. 99.

²⁷¹ Курский Д.И. Пролетарское право // Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1927. С. 57.

²⁷² Ленин В.И. Плеханов о терроре // Ленин В.И. Полное собрание сочинений. М., 1974. Т. 35. С. 185.

²⁷³ Крыленко Н.В. Ленин и Сталин о революционной законности. М., 1934. С. 6-7

²⁷⁴ Крыленко Н.В. Беседы о праве и государстве. Лекции, читанные на курсах секретарей укомов при ЦК РКП(б). М., 1924. С. 127.

²⁷⁵ Руководящие начала по уголовному праву РСФСР. Постановление НКЮ 12 декабря 1919 г. // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР. 1917-1952 гг. М., 1953. С. 57.

²⁷⁶ Конституция СССР. М., 1936. Ст. 126.

ду. Вооруженная марксистско-ленинским учением, Коммунистическая партия определяет генеральную перспективу развития общества, линию внутренней и внешней политики СССР, руководит великой созидательной деятельностью советского народа, придает планомерный научно обоснованный характер его борьбе за победу коммунизма. Все партийные организации действуют в рамках Конституции СССР»²⁷⁷. И хотя все советские конституции выводили РКП(б)-ВКП(б)-КПСС за рамки законотворческого процесса, центром формирования идеологии и принятия всех основных политических, управленческих и законодательных решений являлось Политбюро ЦК РКП(б)-ВКП(б)-КПСС, которое руководило всей централизованной системой политического и государственного управления в РСФСР- СССР с политическим и личностным доминированием генерального секретаря ЦК.

Категория «пролетарское правосознание» выступает в качестве важного элемента понимание идеократического понимания контекста правотворчества. Оно являлось опорой для закрепления в общественном сознании и реализации на практике политико-идеологических установок партийной и советской власти. Слом старой правовой системы требовал механизмов замещения прежних правовых установлений нормами пролетарского права. Выход был найден и вполне соответствовал классово-нормативному пониманию сущности пролетарского права. Уже первый декрет СНК «О суде» от 24 ноября 1917 г. определял: «Местные суды решают дела именем Российской Республики и руководствуются в своих решениях и приговорах законами свергнутых правительств лишь постольку, поскольку таковые не отменены революцией и не противоречат революционной совести и революционному правосознанию». Положение о том, что судьи должны руководствоваться «революционным правосознанием» при решении дел, В. И. Ленин перенес в проект программы РКП(б). «Отменив законы свергнутых правительств, партия дает выбранным советскими избирателями судьям лозунг – осуществлять волю пролетариата, применяя его декреты, а в случае отсутствия соответствующего декрета или неполноты его, руководствоваться социалистическим правосознанием, отмечая законы свергнутых правительств»²⁷⁸. В скорректированной редакции это положение вошло п. 11 программы РКП(б), принятой съездом партии 18–23 марта 1919 г.

Пролетарское правосознание становилось неким «прикрытием» революционной целесообразности, поскольку суд (и не только суд) мог либо признавать законы, которые служат интересам революции, действующими, либо сам «творить» право при рассмотрении дел и принятии решений. По этому поводу В.С. Нерсесянц справедливо подчеркивал: «Классовое насилие, пропущенное через фильтр

"революционной совести и революционного правосознания", выступает здесь непосредственно как классовое, революционное правотворчество. Акцент в таком правопонимании с права переносится на деятельность различных учреждений диктатуры пролетариата: то, что они установят и решат, это и есть новое (революционное, пролетарское) право, новый правопорядок»²⁷⁹. На этих подходах строилось в последующие годы и социалистическое правосознание, в основе которого находилось идеологическое обоснование содержания и необходимости соблюдения действующего права.

Категория «пролетарская законность» в плане идеократической модели правотворчества выступает как инструмент реализации идеологических оснований советской социалистической государственности, создания пролетарского государства и права обеспечивала воплощение в жизнь требований партийности. В.И. Ленин четко связывал режим революционной законности с революционным правотворчеством и подчинял их целям революционной целесообразности. При этом партийная и государственная власть допускала (даже нормативно) отступление от требований пролетарского права в интересах «революции». В ноябре 1918 г. В. И. Ленин сделал набросок тезисов документа о законности и обозначил, что «экстренные меры воины с контрреволюцией не должны ограничиваться законами»²⁸⁰. На этой основе VI Всероссийский чрезвычайный съезд Советов 8 ноября 1918 г. принял постановление «О точном соблюдении законов», в котором отмечалось, что «непрекращающиеся попытки контрреволюционных заговоров и воина, навязанная империалистами рабочим и крестьянам России, делают в некоторых случаях неизбежным принятие экстренных мер, не предусмотренных в действующем законодательстве или отступающих от него», и закреплялась возможность таких отступлений: «Впредь установить, что меры, отступающие от законов Российской Социалистической Федеративной Советской Республики или выходящие за их пределы, допустимы лишь в том случае, если они вызваны экстренными условиями гражданской войны и борьбы с контрреволюцией»²⁸¹. Деятельности Политбюро ЦК РКП(б) – ВКП(б) – КПСС показывала, что и оно само творило пролетарское право и принимало на основе «революционной совести» решения, которые государственным органам оставалось лишь облечь в форму «узаконения», а судам – оформить в виде «приговора». В последующие годы пролетарская законность трансформировалась в социалистическую законность и по-прежнему выступала одним из средств обеспечения социалистического правопорядка.

(2) **Механизм реализации идеологическо-политических решений коммунистической партии в процессе правотворчества в СССР** отразил специфику

²⁷⁷ Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик. М., 1977. Ст. 6.

²⁷⁸ Ленин В. И. Проект Программы РКП (б) // Ленин В. И. Полн. собр. соч. 1969. Т. 38. С. 115.

²⁷⁹ Нерсесянц В. С. Философия права. М., 1968. С. 173.

²⁸⁰ Ленин В. И. Набросок тезисов постановления о точном соблюдении законов // Ленин В. И. Полн. собр. соч. 1969. Т. 37. С. 129-130.

²⁸¹ Собр. узаконений РСФСР. 1918. № 90. Ст. 908.

сложившейся и функционировавшей в 1920-1980-е гг. системы партийно-государственного управления и правотворчества. Сложившуюся практику доминирующего значения партийных решений политико-идеологического характера в правовом регулировании в СССР весьма четко еще в 1977 г. охарактеризовал С.С. Алексеев, подчеркивая, что «важнейшие законодательные акты Советского государства разрабатываются и принимаются в соответствии с решениями КПСС, ее центральных органов - съездов, Пленумов ЦК, Политбюро. При этом отчетливо просматривается «цепочка» политических актов, которая воплощает руководящую роль КПСС в указанной области. Сначала - решение или иное руководящее положение в партийном документе, затем - общее, часто совместное ЦК КПСС и Совета Министров СССР, партийно-государственное нормативное решение по соответствующему вопросу и, наконец, конкретный нормативный акт государственного органа, а нередко — комплекс актов»²⁸². Также сложились три уровня легализации партийных решений идеологического и политического характера.

Официально-законодательный уровень легализации политических и идеологических партийных решений проводилась через законотворческую деятельность Советского государства и советское право официально представлялось как продукт законодательной деятельности высших представительных государственных органов и выражалось в форме законов и подзаконных нормативно-правовых актов. Советские конституции (Конституция РСФСР 1918 г., Конституции СССР 1924, 1936, 1977 гг.) определяли процесс и механизмы законотворчества, систему законодательства, требования к соотношению законов и подзаконных актов, принципы законности и правопорядка и др. основы советской правовой системы. Фактически процессами решения принципиальных вопросов правового регулирования в СССР руководило Политбюро ЦК КПСС, которое своими решениями давало поручения по созданию и предопределяло содержание правовых документов, утверждало проекты нормативно-правовых актов различного уровня. После утверждения Политбюро законы «поступали» на рассмотрение законодательных органов, а подзаконные акты следовали из соответствующих центральных органов государства для исполнения в подчиненные учреждения. затем они облекали форму нормативно-правовых актов соответствующего уровня — законов и подзаконных актов. Публикации документов последних десятилетий представили всю палитру таких партийных решений по вопросам правового развития. По этому поводу С.С. Алексеев еще в 1977 г. подчеркивал - «Именно через советские законы Коммунистическая партия закрепляет "основные направления политики", "задает курс" движения общества. Хорошо известно, что важнейшие законодательные акты Советского государства разрабатываются и принимаются в соответствии с решениями КПСС, ее центральных органов - съездов, Пленумов ЦК, Политбю-

²⁸² Алексеев С.С. Советское право как средство осуществления политики КПСС // Правоведение. 1977. № 5. С. 20.

ро. При этом отчетливо просматривается "цепочка" политических актов, которая воплощает руководящую роль КПСС в указанной области. Сначала - решение или иное руководящее положение в партийном документе, затем - общее, часто совместное ЦК КПСС и Совета Министров СССР, партийно-государственное нормативное решение по соответствующему вопросу и, наконец, конкретный нормативный акт государственного органа, а нередко - комплекс актов»²⁸³.

Партийно-законодательный уровень легализации политических и идеологических партийных решений включал совместные акты коммунистической партии и советского государства. В социальном нормировании было необходимо учитывать, что ЦК ВКП(б), внешне сохраняя черты центрального органа руководства партией, фактически руководило всеми сторонами социальной, политической, экономической и духовной жизни общества. Оно конституционно не выступало субъектом правотворческой деятельности и это создавало определенные сложности в проведении решений партии в жизнь, официально распространяя их лишь на членов партии. Выход был найден в начале 1930 г. 25 марта 1931 г. Совета Народных комиссаров и Центральный Комитет ВКП(б). СНК СССР и ВКП(б) издали за подписью председателя СНК СССР Молотова и секретаря ЦК ВКП(б) И.В. Сталина постановление «О полном прекращении мобилизации рабочих от станка на нужды текущих кампаний местными партийными, советскими и другими организациями». Совместные акты в условиях господства позитивного права и конституционного закрепления места коммунистической партии в политической системе СССР вполне соответствовали механизмам партийно-государственного управления и правового регулирования в советском обществе.

По своей форме совместные акты коммунистической партии и советского государства представляли собой издание, как правило, постановлений Совета Народных Комиссаров и Центрального комитета ВКП(б), а затем ЦК КПСС и Совета Министров СССР. В ряде случаев в состав субъектов, издающих совместный акт, включался Президиум Верховного Совета СССР, а также «подключались» центральные органы «общественных организаций»: комсомол – ЦК ВЛКСМ и профсоюзы – ВЦСПС. Совместные акты коммунистической партии и советского государства затрагивали, как и политическая, идеологическая и организационная деятельность партии, широкий круг вопросов экономического и социального характера. Не оставались вне предметной сферы и проблемы совершенствования законодательства. В форме секретных документов совместные акты коммунистической партии и советского государства издавались по вопросам, связанным с обеспечением государственной безопасности, оборонной промышленности, деятельностью репрессивных учреждений и др. На специфику таких правовых актов обращал внимание В.М. Корельский, который подчеркивал, что «совместные постановления ЦК КПСС и Советского правительства отличаются от обычных директив пар-

²⁸³ Алексеев С.С. Советское право как средство осуществления политики КПСС. С. 20.

тии нормативно-правовым характером. В них содержатся юридически значимые правила для регулирования общественных отношений того или иного вида, а также конкретные предписания, рекомендации, советы, призывы. Взаимодействие и взаимопроникновение партийных и правовых начал здесь настолько велико, что нормы, содержащиеся в совместных постановлениях партии и правительства, являются по существу едиными партийно-правовыми нормами. Они содержат в себе и сочетают признаки норм высшей общественно-политической организации - КПСС и признаки правовых норм высшего исполнительно-распорядительного органа нашего государства - Совета Министров СССР»²⁸⁴. Следует подчеркнуть, что совместные акты коммунистической партии и советского государства выступали важным средством законодательной легализации государством политических и идеологических решений коммунистической партии, а также одним из инструментов согласования деятельности партийных и государственных органов и организаций по решению различных вопросов жизнедеятельности советского общества²⁸⁵.

Партийно-административный уровень легализации политических и идеологических партийных решений являлась характерной чертой регулирования РКП(б)-ВКП(б)-КПСС деятельности органов Советского государства. Особенно это касалось деятельности репрессивных институтов ВЧК-ГПУ-НКВД-КГБ-МВД, цензуры и др. и носила строго засекреченный характер. Политико-юридическая природа регулирования их деятельности органов внутренних характеризовалась рядом характерных черт. Решения Политбюро РКП(б)-ВКП(б)-КПСС в таких органах выступали основой для определения функций и регламентации их реализации.

Общая схема создания нормативных включала ряд этапов: *инициатива издания нормативного акта* была связана с рассмотрением соответствующего вопроса на заседании Политбюро ЦК РКП(б)-ВКП(б)-КПСС в соответствии с постановкой проблемы руководителем или куратором соответствующего ведомства (как правило одновременно его членом) в режиме секретности; *подготовка проекта нормативного акта* производилась на уровне СНК-СМ СССР или ведомства; *рассмотрение и утверждение проекта нормативного акта* производилось на заседании (или в рабочем порядке путем опроса) членами Политбюро в секретном порядке; издание нормативных актов осуществлял СНК-СМ СССР (самостоятельно или совместно с ЦК партии) или соответствующим ведомством (в подавляющем большинстве случаев только соответствующем государственным органом) как правило с грифом секретности; *соответствующие внутриведомственные акты*

²⁸⁴ Корельский В. М. Об особенностях и значении норм, содержащихся в совместных постановлениях ЦК КПСС и Совета министров СССР // Правоведение. 1965. № 2. С. 23-24.

²⁸⁵ См. более подробно: Кодан С.В. «Совет Народных Комиссаров и Центральный Комитет ВКП (б) постановления...» Совместные нормативно-правовые акты коммунистической партии и советского государства в системе источников советского права // Genesis: исторические исследования. 2016. № 1. С. 39-53.

(как правило с грифами «Совершенно секретно» или «Секретно») направлялись в территориальные и специализированные органы для руководства и реализации.

В качестве примера приведем «цепочку актов» из практики 1938 г. Решением Политбюро ЦК ВКП(б) (№ П65/116) от 17 ноября 1938 г. был утвержден проект постановления СНК СССР и ЦК ВКП(б) «Об арестах, прокурорском надзоре и ведении следствия», в тот же день последовало само одноименное постановление (№ П 4387) СНК СССР и ЦК ВКП(б), а 26 ноября 1938 г. приказ народного комиссара внутренних дел Союза СССР № 00762 («совершенно секретно») «О порядке осуществления постановления СНК СССР и ЦК ВКП(б) от 17 ноября 1938 г.». Серию этих актов дополнил совместный циркуляр НКВД, Прокуратуры и НКЮ СССР № 136 (совершенно секретно) «О следственной работе» от 25 июля 1939 г. Указанный пример показывает механизм определения нормативных основ деятельности органов внутренних дел и их взаимодействия с Прокуратурой и МЮ СССР.

Итак, в условиях идеократической модели организации управления и правового регулирования с доминирующей ролью коммунистической партии в партийно-государственном механизме властвования нормирование общественных отношений было включено в механизмы реализации идеологии. За официальным правотворчеством стояла идеология и политика, а в его механизмах определяющую роль играли Политбюро РКП(б)-ВКП(б)-КПСС, и аппарат Центрального комитета партии.

§ 12. Конституционные судебные доктрины в правотворческой деятельности Верховного суда США

Проблема судебного правотворчества в семье общего права вызывает значительный интерес, а ее актуальность в отечественном правоведении не вызывает сомнений. Автор ставит основной целью выявление особенностей судебного правотворчества на примере деятельности Верховного суда США, и обсуждения вопроса в американской науке права. В правовой теории США применяются термины «конституционная доктрина», «судебная конституционная доктрина», учитывая, что Верховный суд США осуществляет толкование конституционных положений, наделяя их обновленным смыслом, и обеспечивая реализацию «фактической» Конституции²⁸⁶.

Под судебным правотворчеством Верховного суда США понимается не официально закрепленное полномочие, а деятельность, основой содержания которой является создание, в процессе толкования Конституции США и законов, су-

²⁸⁶ По словам О.А. Жидкова, «можно утверждать, что все конституционные поправки ... не оказали такого интенсивного и многогранного воздействия на Конституцию США, как конституционные доктрины Верховного суда». См. об этом: Жидков О.А. Избранные труды. М.: Норма, 2006. С. 390.

дебных прецедентов, содержащих обязательные для всех участников правовых отношений требования. Верховный суд США создает новые и пересматривает действующие конституционные прецеденты, в том числе принятые самим Судом на предшествующих этапах. Пересмотр прецедентов осуществляется путем их приспособления к новым реалиям в аспекте совершенствования конституционных судебных доктрин (совокупности прецедентов).

Отмечавшийся выдающимися американскими правоведами Э. Корвином, Л. Трайбом, А. Коксом процесс «американизации» общего права, как судейского права, означал отступление от жесткого следования прецеденту, свободу судей в применении прецедента, присвоение Судом правотворческих полномочий.

Вместе с тем, официальных конституционных оснований правотворчества Верховного суда США нет. В науке, да и в судейском сообществе, не принято выдвигать правотворческую функцию как бесспорную по причинам противоречия ее конституционному принципу разделения властей и отсутствия полномочия Суда принимать акты, имеющие силу закона. Кроме того, «конструируя» те или иные конституционные правила и требования, Верховный суд США нарушает т.н. «вертикальный» федерализм, баланс полномочий между судами штатов и федеральной судебной властью.

Наличие нескольких «измерений» конституционного судебного правотворчества ставит перед исследователями основополагающую проблему иерархии источников права, в том числе вопрос о юридической силе конституционной доктрины, относимой рядом авторов (и автором данной статьи) к источникам американского права. Принять решение в связи с отсутствием нормы (такие дела почти исключительно и рассматривает Верховный суд США), возможно, опираясь на ту или иную конституционную доктрину, как совокупность прецедентов, содержащих метод разрешения типичных дел. В американском конституционном праве это ставит доктрину на один уровень с прецедентом, поскольку прецедент применяется Верховным судом США не только для решения конкретного спора, но и для регулирования отношений на перспективу. Понятие судебной доктрины включает серию однотипных решений судов соответствующей компетенции, принимающих т.н. «окончательные»²⁸⁷.

Судебная доктрина, так же как и правовая доктрина, испытывает влияние общественных условий и абсорбирует социально-политическую составляющую. В судебной доктрине, как и в правовой, имплицитно заложено «политическое» содержание. По распространенной концепции политических факторов («элементов») и политических целей в праве, эти элементы и цели относятся скорее к «непра-

²⁸⁷ Американский автор М. Дорф, признавая ключевую роль полномочия Верховного суда США толковать Конституцию и его последнее, «окончательное», слово вместе с тем напоминает о разделении властей и о том, что верховная власть, суверенитет остаются за народом. Dorf M. *The Oxford Introduction to U.S. Law. Constitutional Law*. M. Dorf with T. Morrison. N.Y., Oakland: Oxford University Press. P. 238-241.

ву»²⁸⁸. Тенденция к «неправу» очевидна, если нарушается принцип всеобщего равного применения и имеет место защита интересов одной социальной группы. Полностью устранить влияние политических факторов вряд ли возможно²⁸⁹, но судебная доктрина формируется с опорой на конституционные принципы и, по мнению ряда авторов, превращается судами в форму права²⁹⁰.

Определить место судебной доктрины не просто. Так, в Англии судьи с целью правового обоснования (law reasoning) часто ссылаются на подходы (и фрагменты текста) ученых-юристов У. Беджгота, Э. Кока, М. Мэнсфилда, Т. Дайси, Г. Мэна, Дж. Раза и др. что, казалось бы, подтверждает значение доктрин как источника в английском праве. Но идет ли речь о судебной доктрине? Нет, речь идет о правовой доктрине, преимущественно в научно-теоретическом значении, хотя и с основанием в виде интерпретированных процессуальных принципов, имеющих английское происхождение²⁹¹.

Сложнее с доктринами и с доктринальным мышлением судей в США. Доктрины и судебные прецеденты чаще разрабатывались усилиями судей²⁹². В виду

²⁸⁸ Например, сущность доктрины «политического вопроса» в американской системе права сводится к тому, чтобы экономические, социальные, идеологические интересы одной из общественных групп не становились основанием принятия правовых решений. Вместе с тем понятие «неправа» связано с критикой социологического подхода к праву (как и с другими аспектами) и требует специального анализа, проведенного отечественным теоретиком Ершовым В.В. в его трудах, прежде всего, в монографии, содержащей новые подходы и достаточно убедительные доводы о различии правового и неправового (индивидуального): Ершов В.В. *Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений*. М. РГУП, 2018. В контексте темы следует выделить идею автора книги о том, что «... правовое регулирование общественных отношений с объективной необходимостью дополняется индивидуальным регулированием» – Указ. соч. С. 413. См. о «неправом» и индивидуальном, в том числе судебном регулировании, как виды «неправа»: Ершов В.В. Указ. соч. С. 93, 130, 465, 476 и др. разделы книги.

²⁸⁹ Под «политическим» имеются в виду социальные, экономические, идеологические факторы и компоненты, «встроенные в правовую материю», либо ставшие причиной и целью нормотворчества. На современном этапе усилилась критика политизации права в научной литературе. С другой стороны, многие американские авторы такую критику считают спекулятивной, направленной на разрушение наследия социологической юриспруденции как ведущего направления в методологии права. Chemerinsky E. *The Conservative Assault on the Constitution*. N.Y.: Simon and Schuster. P. 249-250, 257-259, 267; Lindquist S. *Measuring Judicial Activism*. N.Y.: Oxford University Press. 2009. P. 112, 117, 119; Baum L. *The Supreme Court*. Twelfth Edition. London: Sage. 2016. P. X, 1-3.

²⁹⁰ Так, Р. Брест утверждает: «Не [судебный] прецедент, а доктрина подлежит применению судами ...». Цит. по книге: *Cases and Materials on Constitutional Law*. Third ed. / Comp.: D. Crump, E. Gressman and D. Day. N.Y.: Matthew and Bender, 1998. P. 71. Сходная оценка судебной доктрины отечественным автором: «... закон достаточно легко изменить, а изменение правовых доктрин процесс гораздо более сложный, занимающий иногда десятки и сотни лет». См.: Хужокова И.М. *Доктрина добрых нравов и публичного порядка в договорном праве*. М.: Норма, 2011. С. 19. С другой стороны, высказываются сомнения относительно признания доктрины формой права. Такое отношение к роли и месту судебной доктрины подтверждает необходимость дополнительного изучения.

²⁹¹ Английских процессуальных принципов, а не принципов, выработанных римскими юристами и ставших универсальными – один из доводов британских юристов против влияния римского права на генезис британского права.

²⁹² Чаще других в американской науке – О. Холмса, Р. Паунда, Л. Трайба, Р. Познера, Р. Дворкина, Б. Кардозо, А. Бикеля, Дж. Или, К. Санстейна. Многие из названных ученых были авторитетнейшими судьями.

наличия писаной конституции основой такого мышления была необходимость интерпретации абстрактных конституционных принципов²⁹³. При этом возникла известная проблема “первичных” и “вторичных: источников, дилемма соотношения юридической силы закона и прецедента, конституционного текста и его судебной интерпретации. Вопрос о месте судебной доктрины в иерархии источников и в британской, и в американской правовой системе остается обсуждаемым. В англо-американском праве под доктриной права понимают доктрину действительного права, созданного не доктринально (здесь: не теоретически, идеологически и затем санкционированного государством), а сформированного судьями с опорой на принципы права. что, помимо прочего, наделяет судебные формулировки качествами доктринальности и абстрактности²⁹⁴. Правовое мышление (специфически доктринальное) осуществляется от конкретных формулировок действующих прецедентов к абстрактным положениям (на основе принципов или с судебным формированием новых принципов), что создает основу судебной доктрины.

Конституционные принципы, дают истолкователю права, законодателю и судье не только сигнал и фундамент, но и метод для последующего решения неизбежных возникающих проблем. В американском праве такой метод можно кратко определить как доктринальный метод. Из трех компонентов структуры судебной доктрины²⁹⁵ особое внимание следует обратить на именно доктринальный метод, как основу конструкции доктрины. Под доктринальным методом понимают применимый (истолкованный судьями с целью обоснования решения и с перспективой применения в будущих делах) принцип права. Интерпретированный судом принцип или истолкованное иное ключевое положение, наделенное судьями в совокупности прецедентов статусом принципа, применяются путем согласования с действующими правилами (нормами) в постановляющей части судебного решения (*ratio decidendi*). Подтверждается научный тезис О.А. Жидкова: “доктрины не сводятся к перечню прецедентов, поскольку более важный элемент, составляющий суть доктрины – это метод толкования”²⁹⁶.

Обращаясь к методическому (юридико-техническому) компоненту судебной доктрины в более широком методологическом смысле (правопонимания), многие авторы отмечают сохранение естественно-правовой природы судебной деятельности²⁹⁷. Подчеркивается, что правовой обычай в широкой трактовке

вплоть до приравнения обычая к доктрине, конституционному принципу, правовой традиции²⁹⁸. Это важно для устойчивого и длящегося существования судебной доктрины.

Американскому праву присущ методологический плюрализм, с двумя преобладающими методологическими подходами. Первый – социологическая юриспруденция, правовой реализм, второй – аналитическая юриспруденция, правовой формализм²⁹⁹. Американские авторы считают главным недостатком недостаточно разработанную методологию судебной деятельности, где усмотрение судей, помимо прочего и под воздействием политического фактора, создает правовую нестабильность и формирует признаки неупорядоченности правовой системы³⁰⁰.

Для судей Верховного суда США в условиях методологического дуализма решающая роль отводится интерпретации конституционных принципов, которые отличающихся определенностью в силу многовекового опыта толкования и возможности их приспособления к новым общественным условиям опять же путем толкования. Смысл принципов извлекается и из социальной практики, обычаев и традиций, из согласования правовых и моральных норм³⁰¹. И здесь появляются возможности не только т.н. “взвешивания” конституционных принципов³⁰², но и согласования с другими источниками права.

Доктрины соединяют в себе внутренние и внешние факторы [их можно иначе определить и как факторы права и неправа], то есть, как полагают, например, М. Перри³⁰³ и Р. Дворкин³⁰⁴, включают и моральные компоненты в широком понимании.

Весомая роль судебной доктрины в правовой системе США, в сравнении с английской правовой системой, определяется рядом следующих причин. **А.** Большая степень “гибкости” применения и относительная “слабость” судебного прецедента. **Б.** Роль конституционных принципов (на основе писаной Конституции) в правотворчестве и в судопроизводстве, “пронизывающих” всю правовую систему.

²⁹³ Большинство авторов признают, что текст, в том числе текст конституционных принципов может иметь несколько смыслов. Perry Michael J. *Morality, Politics and Law*. N.Y.: Oxford University Press, 1988. P. 133, 140.

²⁹⁴ Perry Michael J. *Op. cit.* P. 148.

²⁹⁵ (1) Совокупность прецедентов, (2) доктринальный метод и (3) социально-исторический контекст (с течением времени Верховный суд США может изменить смысл и направленность применения доктрины в связи с изменением общественных отношений). См. об этом: Сафонов. В. Н. Конституция США и социально-экономические права граждан. М.: Норма, 2007. С. 78-84.

²⁹⁶ Жидков О.А. Верховный суд США. Право и политика. М., 1985. С. 25.

²⁹⁷ Нешатаева Т.Н. Решения Европейского Суда по правам человека: новеллы и влияние на законодательство и на правоприменительную практику. М.: Норма, 2013. С. 47-49.

²⁹⁸ У Л. Фуллера, разъяснявшего тезис о «доктрине естественного права», заметно слияние правовой морали, правовой традиции и обычного права (права, основанного на обычае). См. Лон Фуллер. *Мораль Права / Пер. с англ. Москва, Челябинск: ИРИСЭН, СОЦИУМ. 2016. С.117-124.*

²⁹⁹ См.: Perry M. *Op.cit.* P. 141; Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011. Часть II.

³⁰⁰ Tribe L. and Matz J. *The Uncertain Justice / The Roberts Court and the Constitution*. N.Y.: Picador books. P. 317; Burns James M. *Packing the Court. The Rise of Judicial Power and the coming crisis of the Supreme Court*. N.Y.: Penguin Books. P. 4-5, 250-254.

³⁰¹ Г. Ламонд утверждает, что цель доктринального согласования широка: путем применения нескольких доктрин обосновать конституционность законов и иных нормативных актов и прав граждан, как обеспеченных конституционными гарантиями. Lamond Grant, *Analogical Reasoning in the Common Law* [www-document] <http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/lamond-2014-analogy.pdf> [Дата доступа 18.11.2016 г.].

³⁰² О “взвешивании” принципов Р. Алекси см.: Корнев В.Н. Концепция принципов права Р. Алекси // *Российское правосудие*. № 3. 2017. С. 15-19.

³⁰³ Perry Michael J. *Op. cit.* P. 148.

³⁰⁴ Dworkin R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass., 2011. P. 6-9.

С. Специфика судебных технологий, прежде всего специфика толкования и дифференцированное применение правовых средств³⁰⁵.

Определение судебной доктрины выдающимся советским американистом О.А. Жидковым остается основой ее понимания, но, по нашему мнению, быть дополнено, с учетом проблематики данной статьи. *Судебная доктрина*³⁰⁶ – это форма права, отличающаяся относительной устойчивостью, правовой легитимностью, определенностью и всеобщим применением. Основание судебной доктрины – **интерпретированные судом в соответствии с доктринальным подходом (методом) принципы права**. Доктринальный метод в большой мере совпадает с интерпретируемым судом принципом права³⁰⁷.

В американской юридической науке выделяют доктрины на основе закрепленных в Конституции США процессуальных требований³⁰⁸. Судьи, интерпретируя положения Конституции США о процессуальных гарантиях, сумели добиться конституционной легитимации некоторых новых прав граждан, не отраженных в основном тексте и в Билле о Правах 1791 г.

Со времени становления англосаксонского права и до настоящего времени процессуальные требования – требование справедливого судебного разбирательства при соблюдении юридического равенства остаются основой процессуальных норм. В американской правовой системе приобрел устойчивость термин «процессуальные права-гарантии». Поправки принимались не только с целью процессуальной справедливости и правового равенства, но и с целью защиты основных прав гражданина на жизнь, свободу и собственность, с целью – защиты от посягательств со стороны других субъектов права и, прежде всего, от государственного произвола.

³⁰⁵ Судебные технологии, помимо юридической техники (техника законотворчества, процессуальное право в узком смысле как урегулированное в процессуальном законе) включают и судебную стратегию конституционного суда. Подробнее о понятии судебные технологии см.: Сафонов В.Н. Конституционное правотворчество в деятельности Верховного суда США. М.: Проспект, 2018. С. 119-120.

³⁰⁶ В правовых системах, признающих судебный прецедент источником права. В меньшей степени в континентальном европейском праве, хотя оно и подвержено влиянию семьи общего права.

³⁰⁷ Р. Давид утверждал: «... английское право – это ... не право принципов... английский юрист – «заботится об отправлении правосудия». См.: Давид Рене. Указ. соч. С. 263. Как представляется, точка зрения Р. Дворкина, признающего решающей роль принципов права в этой правовой семье, точнее отражает реалии. Речь идет о принципах права, применяемых судьями непосредственно, преимущественно о процессуальных принципах в США и Англии, о сохраняющейся роли принципов права справедливости. Требования права справедливости (выросшие из максим права справедливости), остаются важным источником деятельности Высокого суда Великобритании и других высших британских судов, имея фундаментальное значение для английского права. И судьи США активно используют принципы справедливости. Так, судебная доктрина “estoppel” (лишение одной из сторон права на возражения из-за нечестного поведения и не предоставления сведений) появилась первоначально в английском праве справедливости, а более широкое распространение получила в праве США.

³⁰⁸ Это, прежде всего, положения о надлежащей правовой процедуре (due process of law) и о равенстве перед законом (equal protection of law – равной защите законов) из XIV Поправки Конституции США, и положения Билля о Правах (в Поправках с IV по VIII).

С течением времени требование процессуальной справедливости подверглось расширительной интерпретации и трактовалось как требующее не только запрета государственного и иного произвола, но и требующее позитивной реализации принципа равенства, как отвечающего требованиям естественной справедливости во многих сферах правового регулирования. Так, например, недостаточно установить применимость доктрины свободы контракта в отношениях между работодателем и работником, если речь идет о неравенстве и дискриминации работника. Требуется согласование данного доктринального метода с доктринальным методом “равной защиты законов” (equal protection of law). Следовательно, основой доктринального толкования в деятельности Верховного суда США не является только классификация фактов с применимым статутом и с применимым к обстоятельствам дела прецедентом (этим обычно занимаются другие суды федерации и штатов). В работе судей Верховного суда США классификация фактов на основе доктринальных требований необходима при рассмотрении дел. Их применение становится основанием решения.

В такой доктринальной интерпретации доктринальные требования в практике Верховного суда США легитимированы как принципы надлежащей правовой процедуры и равной защиты законов. Эти требования превратились в конституционные принципы с применением элементов судебного правотворчества, что вызывает и критическое отношение к ним, как порождающим правовую неопределенность. Действиями Верховного суда США процессуальные принципы наделены материально-правовым смыслом. Это означает, что если тот или иной акт не отвечает требованию надлежащей правовой процедуры и равной защиты законом, он будет признан противоречащим Конституции США. Сотни конституционных прецедентов означали такое материально-правовое применение данных конституционных положений. Требования этих принципов превратились в устойчивый метод интерпретации, в конституционные судебные доктрины надлежащей правовой процедуры и равной защиты законов.

Доказывание применимости того или иного доктринального метода, той или иной доктрины – стержень рассмотрения дела в Верховном суде США. Даже в редком случае для Верховного суда США прямой опоры на прецедент, судья доктринально (доказывая применимость метода) обосновывает решение. К тому же в Суде почти постоянно, происходит принятие правового решения по еще не урегулированным вопросам. Поиск решений осуществляется путем сопоставления судебных доктрин и их методов. Дуализм доктрины проистекает из двойственной публично-частной природы конституционного права США. В американской теоретической юриспруденции не раз отмечалось, что даже публично-правовые цели достигались Верховным судом США путем специфического применения принципов частного (общего) права³⁰⁹. Не только доктрина в субстантивном значении

³⁰⁹ Tribe L. American Constitutional Law. Second edition. New-York: Foundation Press, 1988. P. 149.

(материально-правовом), но и смысловое содержание судебной доктрины противоречиво и отличается дуализмом.

Наряду с положительными сторонами доктринального дуализма (гибкость и адаптивность правовой системы³¹⁰) следует видеть и негативные последствия. Судебная доктрина в силу ее неразрывной связи не только с обязательным следованием прецеденту, но и с судебным усмотрением, один из самых «мягких» источников, что не соответствует правовой логике, содержит угрозу политизации права, придает ему черты аморфности и неупорядоченности. Это касается и доктрины надлежащей правовой процедуры, за ограниченное применение которой выступает современный состав Верховного суда США под председательством Дж. Робертса.

Какую оценку дать судебному правотворчеству в американском праве, какие методы конституционного судебного правотворчества применяются Судом?

Автор статьи выделяет два концептуальных подхода, необходимых для научного анализа правотворчества Верховного суда США

Во-первых, это функциональный подход судей к деятельности Верховного суда США (иногда отождествляемый с подходом т.н. «живой Конституции»). В соответствии с ним правотворчество – это не полномочие, а функция с целью приспособления права к меняющимся условиям. Несоответствие между продекларированным и действительным в конституционном тексте вынуждает судей, по многим направлениям правосудной и интерпретационной действовать функционально, с применением правотворческих методов. Например, решая вопрос о конституционной защите тех или иных субъективных прав с учетом «молчания» Конгресса США. Решения Верховного суда США, подчас превышают силу статута (закона).

Во-вторых, подход к судебному правотворчеству путем трактовки конституционной клаузулы надлежащей правовой процедуры (due process of law). Главная особенность американского права, в том, что это право общее, то есть право частное, прецедентное, судебское, преимущественно процессуальное, с ролью судебного усмотрения. В качестве правового средства Верховным судом США используются процессуальные требования и аргументы при относительно (и специфически) неразвитом и некодифицированном законодательстве. Основой конституционного правотворчества является роль Верховного суда США в осуществлении контроля над осуществлением судебных процедур. Требование соблюдать процессуальные гарантии, включенные в текст Конституции США, совпадает с процессуальными требованиями общего права, Верховным судом США наделено значением конституционных принципов. Этот подход является основанием су-

³¹⁰ Для представителей всех методологических течений презумптивно применение ориджиналистских намерений и следование прецеденту. Однако, по словам Р. Бреста, «серия прецедентов [судебная доктрина – В.С.] может быть пересмотрена по мере изменения публичных ценностей, ценностей государственно-организованного общества». См.: Cases and Materials on Constitutional Law. Op. cit. P. 71.

дебной методологии и технологий Верховного суда США. Применение Верховным судом США в качестве доктрин процессуальных клаузул (требований о надлежащей правовой процедуре и о равной защите законов) не только в собственно процессуальном, но и в материально-правовом смысле является основой судебного правотворчества. Кроме того, принцип надлежащей правовой процедуры ограничивает возможности судов штатов устанавливать юрисдикцию в отношении лиц (ограничивать процессуальные гарантии). Верховный суд США отнес эти гарантии к предмету ведения федерального конституционного права и тем самым оставил за собой возможность конституционного правотворчества, фундаментом которого и являются гарантии основных прав человека. Такой подход соответствует и первенствующей роли Верховного суда как гаранта Конституции.

Нетрудно заметить, что названные концептуальные подходы, интегрированы, каждый из них, воздействует на другой. Так, «лакунность» конституционного текста и противоречивость статутного законодательства вынуждают судей в ходе правосудной и правотворческой деятельности использовать процессуальные требования для регулирования материально-правовых отношений, то есть выполнять правотворческую функцию.

Признавая выделенные два элемента (процессуальные права-гарантии, и функциональный подход к правотворчеству) ключами к пониманию феномена судебного правотворчества и основой методологии правотворчества, следует иметь в виду и возражения против такой концепции американского конституционного правотворчества. Доводы против судебного правотворчества сводятся к признанию ведущей тенденцией американского права ослабление общего (прецедентного) права и усиление роли законодательства, признание особой роли писаного закона и писаной Конституции. Это один из основных научных подходов советской американистики.

Этот подход нуждается в переосмыслении.

Во-первых, специфика Конституции США не только в ее лаконизме, но и в «насыщенности» положениями общего, частного права, в наличии положений т.н. «неявного смысла», требующих судебного толкования, которое не может осуществляться как без следования публичным целям (общему интересу), так и без опоры на методы общего (частного) права.

Во-вторых, не только Конституция США, но структура законодательства «пронизана» нормами общего права, по преимуществу имеющими форму процессуальных требований. Следует преодолевать взгляд на процессуальное право, как право, «обслуживающее» отрасли материального права, ограничивая тем самым возможности судей и значение процессуального права для правосудной справедливости.

Рассмотрение роли судебной доктрины показывает, что ответы на принципиальные вопросы о деятельности Верховного суда США в данной сфере невоз-

можно найти без обращения к методологии судебной деятельности, наиболее существенной частью которой, и является интерпретационная деятельность этого Суда в прошлом. изменение дуалистической модели американского права теоретически возможно. Но лишь теоретически, поскольку отказаться от утвердившейся методологии судебного правотворчества с тремя выделенными автором данной монографии элементами судебного правотворчества (применение процессуальных гарантий в материально-правовом значении, абсолютизация методологии общего права, юридическая фикция правотворчества) невозможно. Кроме того, условием для изменения судебной методологии с отказом от конституционного правотворчества будет конституционное признание широкого перечня конституционных прав личности, принятие Конгрессом США решений по кодификации федерального законодательства, становление новой модели федерализма с акцентом на полномочия федеральной власти. Однако этот путь на современном этапе, с сильнейшим влиянием консерватизма, в том числе в сфере судебной, невозможен.

Таким образом, правовой дуализм, а не конституционализм в его понимании следования букве Конституции – основа американской государственности, правового сознания, конституционного судебного правотворчества

§ 13. Либеральное судебное правотворчество Верховного суда США в середине XX века

Обращение к зарубежному опыту, его историческому наследию позволяют под другим углом взглянуть на современные проблемы. С проведением реформирования многих сфер жизнедеятельности общества и государства, включая судебную, актуализируются вопросы о месте и роли судебного правотворчества в системе правового регулирования. В современное время, сложившийся подход, при котором представительная и исполнительная власть непосредственно участвуют в осуществлении правотворческой деятельности государства, в то время как суды лишь применяют право, в крайнем случае занимаются его толкованием, не участвуя в самом правотворчестве, утрачивает свои прежние позиции³¹¹.

Негативное отношение к правотворческой функции судебных органов строится на принципе разделения властей, в соответствии с которым в сферу компетенции судов отнесено правоприменение, а не правотворчество.

Конституция Соединенных Штатов 1787 г., став результатом тщательно выверенного компромисса региональных элит, впервые в мире создала классическую в своей последовательности схему разделения властей с системой сдержек и противовесов, предназначенную для федеративного государства. В Соединенных

Штатах законодательные полномочия принадлежат федеральному Конгрессу, а не Верховному суду, и этот факт используется учеными и практическими работниками и для признания конституционного правотворчества нелегитимным.

Сам же, Э. Уоррен- председатель Верховного суда США с 1953 по 1969 г. отмечал, что «ни у кого не будет оснований оставаться честным, утверждая, что суд не создает права»... «мы создаем право, и иначе быть не может»³¹².

Роль Верховного суда США в конституционном правотворчестве с элементами «двойственного статуса» этого органа (высшая апелляционная инстанция в системе общих судов и органов судебного конституционного надзора) являются предпосылками судебного правотворчества осуществляемого единстве с другими его функциями³¹³.

Понятие конституционного судебного правотворчества в США связывается с полномочием судебной власти толковать и, следовательно, развивать основные принципы федеральной Конституции. Верховный суд США исполняет правотворческую функцию, которая ему несвойственна и конституционно не закреплена.

В. Н. Сафонов, под судебным правотворчеством Верховного суда США понимает деятельность содержанием которой является не только решение о противоречии либо о непротиворечии того или иного акта Конституции США, но и создание в процессе толкования прецедентов, содержащих обязательные для всех субъектов правовые требования. Верховный суд США создаёт новые и пересматривает действующие конституционные прецеденты, в том числе принятые самим судом на предшествующих этапах³¹⁴.

Отдельные этапы в деятельности Верховного суда США (1820-1857; 1870-1936) можно характеризовать, как более сдержанные, когда Суд выступает как хранитель устоявшихся «классических либеральных» ценностей рассматривая в частности вопросы свободы договора, неприкосновенности собственности от государственного вмешательства и т.д., не допуская изменений в правовой системе, объявляя новые законы (социальные, экологические, направленные на защиту общественных интересов), противоречащими Федеральной Конституции и замыслам «отцов-основателей».

Исследователями совершенно справедливо указывается и на консерватизм Верховного суда на протяжении большей части первой половины XX в., касающегося социально-экономических, расовых и иных отношений.

Этапы с 1789-1819; с 1937 до середины 1970-х гг. могут быть обозначены как прогрессивно-либерального «судебного активизма».

³¹²Sheldon Ch. Supreme Court: Politicians in Robes. Beverly Hills, 1970. P. XXI.

³¹³ Сафонов В.Н. Конституционное правотворчество в деятельности Верховного суда США. М., 2018. С.2.

³¹⁴ Там. же С.3.

³¹¹ Малюшин А.А. Конституционно-судебное правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики: монография. М.: Юрист, 2013. С.3.

Середина XX столетия характеризуется трансформацией правовой системы США, на фоне преодоления глубокого структурного кризиса, что проходило путем усиления роли федерального правительства в различных сферах правового регулирования.

Новые общественные условия требуют приспособления к ним, что, в частности, выражается в форме активистского судебного правотворчества 1930-х-1970-х гг., а новое содержание конституционных судебных доктрин и до настоящего времени, остается основой американского конституционализма.

Верховный суд накануне второй мировой войны, а также после ее окончания предпринял некоторые усилия в решении расовой проблемы. Так, решением по делу *Missouri ex rel. Gaines v. Canada* (1938), были признаны неправомерным действия властей штата Миссури, в отношении афроамериканца, которому было отказано в поступлении на юридический факультет университета Миссури.

Достаточно значимым в решении расовых вопросов стало дело *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954 г.), которое было объявлено в мае 1954 г., председателем Э. Уорреном. В решении по делу судьи единогласно постановили, что расовая сегрегация детей в государственных школах является неконституционной.

Практически, данное решение не означало, немедленное начало десеграции было встречено местами враждебно. Э. Уоррен 31 мая 1955 г. выступил с кратким решением, известном как *Brown II* в, котором было указано, что сегрегацией следует покончить везде, но, с другой стороны, Суд признает в разных местностях наличие специфических условий. В целом же десеграции общественных школ должна осуществляться «со всей сознательной скоростью» (*with all deliberate speed*)³¹⁵.

Решением по делу *Brown v. Board of Education of Topeka* было положено начало и другим делам, касающимся вопросов десеграции в публичных местах. Решения по делам *Muir v. Louisville Park Theatrical Ass'n, Florida ex rel. Hawkins v. Board of Control of Florida* и *Fureaud v. Board of Supervisions of Louisiana State University and Agricultural and Mechanical College*, были вынесены в духе дела *Brown*.

Вердикты 1954 и 1955 годов имели не только долговременной судебноправовой эффект, но и способствовали активизации общественно-политической жизни страны.

Не остался без внимания Верховного суда вопрос о запрете обязательных молитв в публичных школах, по которым было вынесено ряд решений:

- по делу *McCullum v. Board of Education* 1953 г., которое касалось установления школьными округами штата Иллинойса обязательного посещения религиозных уроков лицам, принадлежащим к иным конфессиям, чем католическая;

- по делу *Zorach v. Clauson* 1958 г., в соответствии с которым ученикам разрешалось не посещать определенные уроки, заменяя их религиозными богослужениями, посещением религиозных центров при согласии родителей, а при отсутствии таковых ученики были обязаны находиться в школьном здании, даже при отсутствии занятий в данный момент.

Особенностями обстановки в 1960-е гг. стало, то, что либеральную политику проводила и высшая исполнительная власть. Сложнее была ситуация с конгрессом. Демократическая партия, начиная с 1955 г. контролировала обе его палаты и, казалось бы, с переходом под ее контроль еще и Белого Дома с 1961 г. у партийного руководства были не малые шансы для проведения реформистского курса.

Несомненной своеобразной «лакмусовой бумажкой» искренности либерального активизма Суда под председательством Э. Уоррена стало отношение к делам по поводу преследований за политическое инакомыслие. В 60-е гг. внутривнутриполитическая и внешнеполитическая ситуация кардинально изменилась: соревнование сверхдержав - США и СССР, продолжалось, но проходило более сдержанно и цивилизованно, без показной демонстрации антикоммунизма как источника внутренней опасности. Носитель нового политического курса – демократическая партия во главе с президентом Дж. Ф. Кеннеди, активно отстаивав американские внешнеполитические интересы, отказалась раздувать «коммунистическую угрозу» дома.

Обширное антикоммунистическое законодательство в силу определенной судейской инерционности и политической целесообразности нельзя было сразу уничтожить. Все больше дел, связанных с преследованием за политическое инакомыслие, оказывалось бесперспективными. В качестве примера можно привести решение *Scales v. United States* (1961), в котором либеральное крыло Суда потерпело вроде бы поражение, но с минимальным проигрышем и наряду с ним были и другие, более успешные для прогрессивных и либеральных сил дела.

В 60-х годах активистско - знаковые решения становятся более разнообразными, чем аналогичные решения 1950-х гг., что можно объяснить чрезвычайно высокой социально-политической динамикой данного десятилетия, актуализировавшей одновременно большое количество вопросов: противодействия расовой сегрегации в ее самых различных проявлениях (в том числе и межрасовых браков), избирательных прав американцев в связи с традиционными уловками при нарезке избирательных округов. Споры в американском религиозно-конформистском обществе вызвали темы молитвы в учебных заведениях, проведение которых не соответствовало нормам Федеральной Конституции. Рассмотрению вопросов, касающихся взаимоотношений церкви касались решения по делам *School District of Abington Township v. Schempp* 1962 г., когда Верховным судом были признаны несостоятельными попытки введения общенациональной религиозности для образовательных целей и запрещено проведение молитв в публичных школах и *Engel v. Vitale* 1962 г., когда Суд отказался признать конституционной ежеднев-

³¹⁵Finkelmen P., Urofsky M.I. Landmark Decisions of the United States Supreme Court. Wash., 2003. P. 255-256.

ную неденоминационную молитву, произносимую учителями в государственных школах, даже при согласии в участии со стороны учеников.

Казалось бы, давно урегулированный вопрос о недопустимости ограничения свободы слова и печати получил развитие в виде попыток сдерживания публикаций путем выдвижения обвинений в клевете. свободы критики в печати (NewYorkTimes v. Sullivan, 1964 г.)

В 1960 году «Таймс» опубликовала рекламу по сбору средств, подписанную лидерами гражданских прав, в которой, в частности, критиковались определенные действия полицейского департамента Монтгомери, штата Алабама. Некоторые из фактов в рекламе были неверными. Хотя имена не упоминались, Л.Салливан, комиссар полиции Монтгомери, подал в суд на «Таймс» за клевету и выиграл 500 000 долларов в суде Алабамы. Газета обратилась в Верховный суд. Речь шла о защите, которую критиковала пресса за официальное поведение государственных чиновников. В отмене постановления нижестоящего суда Верховный суд США постановил, что защита от свободы слова первой поправки не зависит от правды, популярности или полезности высказанных идей. Верховным судом было обосновано правило, по которому официальные лица не имеют права требования на возмещение ущерба, который причинен «ложными» или «дискредитирующими» утверждениями, кроме случаев, когда может быть доказан нарочитый умысел или грубая небрежность распространителя. А по делам, в которых затронуты интересы публичных фигур, на них лежит бремя доказательства по установлению факта «злого умысла, установленного по фактическим обстоятельствам дела» (actualmalice).

Проблемы равного политического представительства, являются в большей степени местными вопросами, но затрагивающими одну из основ демократического строя - легитимацию избирательного процесса. В США, где традиционно были сильны позиции партийных боссов на региональном уровне, нарезка избирательных округов издавна являлась объектом межпартийных манипуляций. Только в двух штатах - Массачусетсе и Висконсине, принцип равенства избирательных округов был более или менее соблюдался³¹⁶.

Суд активизирует свою либеральной позицию весной 1962 г., рассматривая дело *Baker v. Carr* о необходимости пересмотра границ избирательных округов. Суды в тот процесс, как правило не вмешивались. Но Верховный суд в данном деле повел себя иначе. Дело было инициировано жителями Мемфиса, Нэшвила и Ноксвилла, сущность жалобы которых заключалась в том, что их избирательные округа не корректировались с учетом демографической ситуации после 1901г. и в результате этого они оказались недостаточно представлены в легистратуре штата Теннесси. Ответ, окружного федерального суда, заключался в том, что их вопрос относится к сугубо «политическим» и не относится к компетенции суда в соответ-

ствии Конституцией. После чего иск был предъявлен в Верховный суд США к секретарю штата Дж. Карру.

С точки зрения специалиста - современника тех событий, это дело, стало наиболее драматичным событием сессии 1961-1962 гг.³¹⁷. В судебном заседании решался вопрос, является ли он чисто политическим или все же подпадает под юрисдикцию Суда. С последней точкой зрения согласились 5 судей, а с иной интерпретацией - четверо их коллег. Сомневающийся судья Стюарт был готов составить большинство только в том случае если не имело место судебного прецедента, что данный вопрос является «политическим». Большое значение в итоге по делу сыграло чрезвычайно подробное и компетентно составленное решение судьи Бреннана, что способствовало изменению судьей Кларком своего первоначального мнения и присоединения к большинству. С учетом того, что судья Уиттекер не участвовал в голосовании его итогом стал счет 6 против 2³¹⁸.

Выражая особое мнение, судья Ф. Франкфуртер, обосновал свою негативную позицию к вмешательству, как он полагал, в чисто политический спор, выразив классическую позицию по своему пониманию роли высшего суда страны, отмечал: «Верховный Суд сегодня отменяет единообразный ход судебных решений, установленный десятком дел. Столь решительный отказ от опыта всего нашего прошлого ради утверждения нового совершенно неизведанного судебного решения требует детального анализа роли данного суда в нашей конституционной структуре. Пренебрежение существующими и не подлежащими изменению пределами эффективного применения «судебной власти данного суда не только предвещает бесполезность судебного вмешательства в политический по сути конфликт сил, который испокон веков определяет отношения между населением и избранными представителями. Под угрозой легко может оказаться также положение данного суда как окончательного органа, «высшего закона страны» в решении широкого круга вызывающих зачастую сильные общественные эмоции юридических проблем, по которым данный суд должен будет высказаться. Правомочия данного суда, не обладающего ни кошельком, ни мечом в конечном итоге основываются на прочной общественной вере в нравственность его решений. Такая вера должна поддерживаться и укрепляться полной отстраненностью данного суда, как фактически, так и внешне, от политических страстей и путем воздержания от вовлечения себя в столкновения политических сил по поводу политических решений».

Вопросы избирательных прав получили развитие в решениях по делам *Wesberry v. Sanders* (1964) и *Reynoldsv. Sims* (1964), в которых был провозглашен принцип «одно лицо-один голос». Первое дело касалось избирательных округов при выборах в конгресс, а во второе - избирательных округов на выборах в легистратуры штатов. Решения 1962-1964 гг. обеспечили широкую реорганизацию изби-

³¹⁶ Крылов Б.С. США: федерализм, штаты и местное управление. М., 1968. С. 146.

³¹⁷ Harvard Law Review. Vol. 76. № 1. November 1962. P. 54.

³¹⁸ The Court Years 1939-1975. The Autobiography of William O. Douglas. N.Y. 1980. P. 135-136.

рательных округов и схем голосования: добровольно или принудительно она до 1970 г. была проведена в 36 штатах³¹⁹.

Деятельность Суда, видимо, достаточно четко коррелируется с общественно-политической ситуацией в стране, т.е. в том числе с деятельностью исполнительной и законодательной власти. Общественным протестным настроениям способствовала война во Вьетнаме, что выразилось в ряде судебных споров, в ходе которых анализировалась законность различных форм протестного самовыражения. Сложные процессы урбанизации при резком росте преступности способствовали неоднозначной реакции правоохранительных органов на намерение укрепить процессуальные права обвиняемых. Наконец, преследования за коммунистические и прогрессивные взгляды ослабли, но судебные дела по этому поводу еще полностью не исчерпали себя.

Признавая корреляцию правовой судебной политики с внутривнутриполитическими и даже внешнеполитическими процессами, не следует в то же время рассматривать ее как последовательное и безусловное выполнение пожеланий исполнительной власти.

Можно согласиться с З. М. Черниловским, что классификация судебных решений по принципу «правительственные» и «противоправительственные» - весьма сложна. Так же они не одинаковы по качеству, по результатам, и многим иным показателям. Но статистические данные, приведенные американским исследователем Р. Макклоски показывают существенное приращение самостоятельности Суда в 1950-е и особенно в 1960-е гг. (табл. №1.)

Р. Макклоски отмечает о возрастании интереса к деятельности Верховного Суда в начале 1960-х гг. Если в 1949-1951 г. индекс NewYorkTimes включает около 520 позиций под рубрикой Верховный Суд, то в 1961-1964 гг. - около 750. PublicAffairs Information Service, которая учитывает книги и статьи в научных изданиях, содержала в 1949-1951 гг. 51 позицию в своих ежегодниках, а в 1961-1964 гг. число это возросло до 144, что составляет прирост почти на 200%. Подобный интерес, можно объяснить, следующим тезисом: «в последние годы Суд по сути дела написал новую главу в конституционном праве, касающуюся индивидуальных прав»³²⁰.

Напряженность во взаимоотношениях между Верховным судом и отдельными конгрессменами, как и во 2-й половине 1950-х гг., не привела к реальным негативным последствиям для судебной власти. Юридический комитет палаты представителей, с председателем либерального демократа из штата Нью-Йорк Э. Селлера, заслушал более ста предложений, направленных на отмену или изменение заявленной позиции Суда по поводу избирательных округов. Селлер сделал все возможное, чтобы затянуть их рассмотрение, но 13 августа 1964 г. Комитет по правилам, находящийся под контролем консерваторов, потребовал передать один из биллей из юридического комитета. Билль так и не был принят из-за разногласий между палатами.

Решения, затрагивающие гражданские права, решенные «в пользу и против правительства»³²¹

Год	В пользу правительства	против	% от общего числа
1948	60	30	33
1950	53	32	38
1952	52	32	38
1954	34	21	41
1956	40	47	54
1957	51	52	50
1958	53	32	38
1960	59	43	42
1961	35	34	49
1962	38	48	56
1963	33	62	56
1964	47	38	45
1965	42	43	51
1966	48	50	51
1967	43	56	57
1968	41	58	59

Та же судьба постигла в течение января 1963-сентября 1964 г. и многочисленные законопроекты (151- в палате представителей и 9- в сенате) относительно позиции Суда по молитвам в школах. Всего 115 конгрессменов и 14 сенаторов выступили инициаторами или соинициаторами биллей. Э. Селлер сумел максимально задержать разбирательство, так что вопрос оказался в конце концов забытым под напором более срочных дел.

Тема преступности была одной из главных в платформе, но звучала достаточно неконкретно. Резкое ослабление позиций правящей партии и особенно уходящего с президентского поста его лидера - Л.Б. Джонсона, оказало негативное влияние на либерально-активистский Верховный Суд.

Судебные решения в пользу защиты прав обвиняемых (прежде всего это дело *Mirandav. Arizona*) на фоне усиления социальной и политической нестабильности в стране в 1966-1968 гг. начинали вызывать не самую положительную реакцию в обществе.

³¹⁹ The Court Years 1939-1975. The Autobiography of William O. Douglas. N.Y. 1980. P. 136.

³²⁰ McCloskey R.G. The Modern Supreme Court. Cambridge, Mass., 1972. P. 322-323.

³²¹ Черниловский З.М. От Маршала до Уоррена: очерки истории Верховного Суда США. М., 1982. С. 186-187.

§ 14. Аксиологические аспекты правотворчества

Проведение либерального правового курса стало проще после ухода из состава Суда Ф.Франкфуртера. В этом можно видеть не только случайность, но и закономерность. Его уход совпал с активизацией движений негритянского и радикального белого протеста в 1963-1964 гг., а так же с консолидацией позиций демократической партии и умеренно-либерального крыла в ней после Кубинского кризиса (октябрь 1962 г.), показавшего бесперспективность лобового столкновения США и СССР или балансирования на грани ядерной войны.

Итак, период 60-х годов можно характеризовать, как период вынесения судебных решений, которые с полными основаниями можно назвать активистско-знаковыми, когда Верховный суд расширил спектр своих инициатив. Они, как было показано выше, касаются не только афроамериканского населения, но и сферы избирательных прав (*Baker v. Carr*, 1962 г.), свободы преподавания (*Epperson v. Arkansas*, 1968 г.), права на аборт (*Griswold v. Connecticut*, 1965 г.). Для уголовного судопроизводства ключевое значение имели дела, постулирующие обязательное предоставление обвиняемому адвоката (*Gideon v. Wainwright*, 1963 г.) и необходимость разъяснения прав арестованному (*Miranda v. Arizona*, 1966 г.).

Выполнял Верховный суд и традиционные поддерживающие функции в отношении государственного механизма. В конце 1960 - х гг. он пришел к практике рассмотрение дел, связанных с государственной помощью, например в рамках дела *Shapiro v. Thompson* (1968 г.) он признал неконституционным требование годичного срока проживания в том или ином штате для получения социального пособия от штата.

Таким образом, середина XX века стала периодом продвижения Верховного суда по пути судейского активизма. Конституционное судебное правотворчество, активно развиваясь, прослеживается через изменение отношения Верховного Суда Соединенных Штатов к тем или иным вопросам. Либеральная политика этого периода затрагивала большее число направлений в сфере защиты конституционных прав граждан. Ее активизировала личная инициатива судей, умелая деятельность председателя, а также существовавшая атмосфера, которую справедливо называют «критическим десятилетием». Давление «снизу», оказывалось массовыми движениями при доминировании умеренного либерализма в органах исполнительной и законодательной власти в известной мере подкреплявшими судейский активизм «по горизонтали», страхуя его от воздействия консервативных сил. Такой расклад сил не мог длиться достаточно долго, но, самое главное, он создал прецедент активной судейской инициативы в канун перехода к постиндустриальному обществу.

Несмотря на то, что об аксиологии, в том числе, правовой, можно говорить с XVIII века, когда учение И. Канта позволило рассматривать как ценность то, что имеет значение должествования и свободы, данное направление не только не потеряло своей актуальности, но и активно развивается. Как отмечает Н.Г. Дроздова, именно правотворчество дает жизнь праву, порождает, формирует и оформляет его, завершает процесс формирования права и является формой государственной деятельности³²².

Анализ работ современных исследователей показывает, что проблемы правотворчества раскрываются с точки зрения легистской, естественно-правовой, либертарно-юридической и других концепций.

Классификации ценностей, проявляющихся в правотворческом процессе, могут быть различными, однако, безусловно, выделяются следующие.

Во-первых, огромным достижением юридической науки является то, что преодолены сложившиеся представления и практика о том, что правотворчество является синонимом законотворчества.

В России данный подход сложился еще в дореволюционную эпоху, когда, например, активно стало изучаться обычное право, которое применялось волостными судами. В конце 60-х гг. XIX века была создана Комиссия по преобразованию волостных судов, которая по результатам своей работы издала многотомный труд (7 частей). В 1887 г. отдел этнографии Императорского общества любителей естествознания, антропологии и этнографии, председателем которого в то время был В.Ф.Миллер, для руководства при сборе сведений о быте русских крестьян издал «Программу для собирания сведений об юридических обычаях» и «Программу для собирания этнографических сведений», которые высылались бесплатно всем обратившимся в общество. Затем данное Общество стало выпускать сборники статей различных ученых о крестьянских обычаях губерний, в которых им удалось поработать³²³. Проблемы формирования правовых обычаев затрагивались в работах И.Г. Оршанского³²⁴, А.А. Леонтьева³²⁵, А.Кистяковского³²⁶, М.М. Ковалевского³²⁷, К.Г. Абрамовича³²⁸ и других исследователей, были собраны и

³²² Дроздова Н.Г. Понятие "правотворчество субъекта Российской Федерации": трудности определения // Современное право. 2008. № 2-1. С. 74.

³²³ См., напр.: Сборник сведений для изучения быта крестьянского населения России (обычное право, обряды, верования и пр.) / под ред. члена отдела этнографии Н.Харузина. М.: Типография А.Левинсок и К, 1889.

³²⁴ Оршанский И.Г. Народный суд и народное право // Журнал гражданского и уголовного права. 1875. Книга 4. С. 141-224.

³²⁵ Леонтьев А.А. Волостной суд и юридические обычаи крестьян. СПб., 1895; Леонтьев А.А. Программа для собирания сведений об обычном праве крестьян. СПб., 1899.

³²⁶ Кистяковский А. Собрание и разработка материалов обычного права. Киев, 1876.

³²⁷ Ковалевский М.М. Современный обычай и древний закон. М., 1886.

проанализированы многие нормы обычного права крестьян и различных народов Российской империи.

В советский период данная тенденция была преодолена. Обычай перестал считаться источником (формой) права, а поэтому не рассматривался он и в контексте правотворчества.

На современном этапе наблюдается плюрализм мнений. Например, среди субъектов правотворчества выделяют народ, такие исследовали, как В.К.Бабаев³²⁹, Р.В.Енгибриян и Ю.К.Краснов³³⁰ и другие.

Близкой к данному вопросу темой является признание ценности муниципального правотворчества. В работах А.Е. Гавришева³³¹, А.А. Джагаряна³³², Т.П. Шкуратовой³³³ и других учёных показано, что при разработке модели местного самоуправления в России использовалось понятие местного самоуправления, содержащееся в Европейской хартии и определяющее его «как права и реальную способность органов местного самоуправления регламентировать значительную часть публичных дел и управлять ею, действуя в рамках закона, под свою ответственность и в интересах местного населения»³³⁴. Однако при этом выделены достаточно серьёзные проблемы, связанные с муниципальным правотворчеством, такие как: недостаточно четкое определение сферы нормотворческой деятельности органов местного самоуправления, частое обновление федерального законодательства, влекущее необходимость внесения изменений в нормативные правовые акты органов местного самоуправления, отсутствие на муниципальном уровне правовых актов, регламентирующих правотворческий процесс, необеспеченность большинства муниципальных образований квалифицированными юридическими кад-

рами и т.п.³³⁵ Вместе с тем, ценность правотворчества на муниципальном уровне обусловлена тем, что население муниципального образования может непосредственно принимать в нём участие через механизм референдума и схода граждан³³⁶.

Во-вторых, современные исследования показывают ценность реализации принципа федерализма в правотворческом процессе. Распределение полномочий в законодательной сфере между федеральным центром и субъектами является одним из условий предотвращения центробежных тенденций, однако при этом специалисты отмечают, что должен соблюдаться баланс, т.к. правотворчество субъектов федераций может привести к постепенной конфедерализации³³⁷. Примером могут служить попытки субъектов Российской Федерации принять нормы об административной ответственности, часть из которых М.Я. Масленников образно назвал «центробежными импровизациями»³³⁸.

В-третьих, к безусловным ценностям, находящим отражение в правотворческом процессе, относится возможность судебного правотворчества. Если для стран англо-американской правовой семьи эта ситуация является обычной, то для государств, чьи правовые системы сложились под влиянием принципов и источников романо-германской правовой семьи, такое положение дел приобретает реальные черты благодаря наблюдающемуся процессу сближения правовых семей. Как известно, в странах англо-саксонского мира постепенно всё большее значение приобретают нормативно-правовые акты, тогда как в странах романо-германской правовой семьи особое внимание сейчас обращается на судебную практику.

С.С. Алексеев ещё в 1994 г. высказал точку зрения о новой функции высших органов судебной власти: «Надо полагать, настала пора вообще изменить наше видение правосудия, интерпретацию его назначения как одного лишь “применителя права”. Опыт развитых демократических стран, причем не только англо-американской группы, свидетельствует, что высокий уровень правового развития достигается в обществе тогда, когда суд опирается на Конституцию, закон, на общепризнанные права человека, также и творит право. Поэтому придание решениям высших судебных инстанций страны функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным»³³⁹.

³²⁸ Крестьянское право по решениям Правительствующего Сената. Алфавитный указатель вопросов, разрешенных по Первому, Второму, Гражданскому и Уголовному кассационным департаментам и по Общему собранию Правительствующего Сената за 1863-1902 гг. по крестьянским делам / Сост. К.Г. Абрамович. СПб., 1902; Крестьянское право по решениям Правительствующего Сената. Алфавитный указатель вопросов, разрешенных по Первому, Второму, Гражданскому и Уголовному кассационным департаментам и по Общему собранию Правительствующего Сената за 1863-1912 гг. по крестьянским делам / Сост. К.Г. Абрамович. СПб., 1912. Издание 2-е; Крестьянское право по решениям Правительствующего Сената. Дополнение к алфавитному указателю вопросов, разрешенных по Первому, Второму, Гражданскому и Уголовному кассационным департаментам и по Общему собранию Правительствующего Сената за 1863-1912 гг. по крестьянским делам / Сост. К.Г. Абрамович. СПб., 1914.

³²⁹ Теория государства и права / Под ред. В.К.Бабаева: Учебник. М.: Юрист, 1999. С.320.

³³⁰ Енгибриян Р.В., Краснов Ю.К. Теория государства и права: Учебное пособие. М.: Норма, 2010. С.435.

³³¹ Гавришев А.Е. Муниципальное правотворчество в Российской Федерации. Дис. ... канд. юрид. наук Ростов-на-Дону, 2004.

³³² Джагарян А.А. Муниципальное правотворчество: природа, специфика, эффективность // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2011. № 2. С. 6-9.

³³³ Шкуратова Т.П. Правотворчество органов местного самоуправления // Проблемы права. 2010. № 3 (23). С. 75-79.

³³⁴ Европейская хартия местного самоуправления // Собрание законодательства Российской Федерации. № 36. Ст. 4466.

³³⁵ Антонова Н.А. Правотворчество органов местного самоуправления. Автореферат дис. ... доктора юрид. наук. М., 2009. С.5.

³³⁶ Алешкова Н.П. Непосредственное муниципальное правотворчество граждан // Российский юридический журнал. 2009. № 5. С.139.

³³⁷ Исмагилова Я.Ф. Правотворчество субъектов федерации. Автореферат дис. ... канд. юрид. Наук. Екатеринбург, 2004. С.3.

³³⁸ Масленников М.Я. Законодательство субъектов Российской Федерации об административной ответственности: правотворчество и центробежные импровизации // Государство и право. 2005. № 10. С. 34-41.

³³⁹ Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 219.

Вопросы судебного правотворчества рассматриваются в работах Т.А. Васильевой³⁴⁰, В.В. Джуря³⁴¹, М.Н. Марченко³⁴², С.П. Чередниченко³⁴³, других исследователей. Точки зрения существуют самые разнообразные. В частности, к плюсам признания судебного правотворчества относят, то, что акты, принимаемые судами в результате рассмотрения конкретных дел с использованием процедур правотворческого характера 1) создают, формулируют новое правовоположение, новый подход к разрешению правовой ситуации для конкретного случая, т. е. носят казуальный характер; 2) реализуют полномочия суда как самостоятельной власти в системе государственности; 3) основываются на праве как системе действующих юридических ценностей и регуляторов общественных отношений; 4) приобретают характер повторяемого и неоднократно действующего правила в последующем и не в силу особого предписания, а будучи признанными иными правоприменителями как надлежащий способ разрешения юридической коллизии; 5) вырабатываются не по инициативе суда, а по инициативе заинтересованных лиц; 6) принимаются вследствие «молчания закона», т. е. отсутствия легитимного регулирования спорных правоотношений; 7) направлены на выработку единого правового подхода к разрешению определенных категорий дел, т. е. реализуют принцип определенности права, стабильности правового регулирования³⁴⁴. Хотя, естественно, что вопрос этот очень сложный.

В-четвёртых, несомненным достижением и ценностью является правотворчество на международном уровне. Сложность состоит в том, что нормы международного права можно разделить на нормы-принципы (принципы международного права), нормы-определения, содержащиеся в различных статьях международного договора или составляющие отдельный раздел (статью) договора, нормы-цели, закрепляющие цели и задачи, на достижение которых должна быть направлена деятельность субъекта или субъектов международного права³⁴⁵. На универсальном международном уровне отсутствует орган, наделённый функцией, сходной с законодательной функцией парламентов на внутригосударственном уровне. Однако сам факт того, что норма международного права возникает на основании договора сторон, доказывает ценность правотворческого процесса на международной арене.

Новые сложности возникли в связи с появлением международных интеграционных организаций и наднационального права, вопрос о юридической природе

которого до сих пор однозначно не решён. Пока эта проблема касается, в основном, только Европейского Союза, т.к. другие подобные международные организации ещё не достигли такого уровня интеграции.

Безусловно, что говоря об аксиологии современных международных отношений нельзя не упомянуть о проблеме признания правотворчества органов международного правосудия. Данный вопрос является ещё более сложным, чем на внутригосударственном уровне. Однако на современном этапе есть приверженцы данной концепции. Так, Л.С. Смбатян считает, что функция правотворчества тесно связана с толкованием права и судебским усмотрением, а границы судебного усмотрения особенно широки при урегулировании международных споров, что обусловлено особенностями международного права как правовой системы³⁴⁶.

Таким образом, правотворчеству в современной юридической литературе уделяется большое внимание, причём многие вопросы рассматриваются с аксиологических позиций, т.к. в любом случае в центре права стоит человек во всём многообразии его проявлений, его свободы.

§ 15. Правотворчество в контексте теории социальной травмы³⁴⁷

Современные общественные вызовы требуют от науки междисциплинарного подхода, поэтому нередко происходит взаимопроникновение теорий из разных отраслей знаний. Одной из таких теорий, которую юриспруденция заимствует из социологической науки, является теория социальной травмы, подразумевающая события или даже явления, которые не встраиваются в существующие схемы понимания общества, вызывают массовый шок, стыд, протест и стремление забыть через преодоление.

Один из основоположников теории социальной травмы американский социолог Джеффри Александер предложил классификацию существующих теорий социальных травм.

Во-первых, он выделил популярную теорию травмы. В данном контексте под травмой понимаются происходящие события, сокрушающие ощущение благополучия коллектива или конкретного человека³⁴⁸.

Первой разновидностью данной теории он выделил версию «философии Просвещения». В этом случае травма воспринимается как род рациональной реакции индивидуума или общества на резкую перемену, а поэтому предпринимаются

³⁴⁰ Васильева Т.А. Судебное правотворчество в Российской Федерации // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. 2009. № 70. С. 45-60.

³⁴¹ Джуря В.В. Правотворчество органов судебной власти // Сибирский юридический вестник. 2006. № 2. С. 11-19.

³⁴² Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2011.

³⁴³ Чередниченко С.П. Судебное правотворчество (сравнительно-правовое исследование). Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005

³⁴⁴ Анишина В.И. Правовая природа актов судебного правотворчества // Журнал российского права. 2006. № 10. С.15.

³⁴⁵ Бекяшев К.А. Правотворчество в международном праве // Lex Russica. 2004. Т. 63. № 3. С. 778.

³⁴⁶ Смбатян Л.С. Правотворчество органов международного правосудия // Российское правосудие. 2010. № 7 (51). С. 65-76.

³⁴⁷ Данный параграф выполнен А.А.Дорской при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-011-01233 «Правовой фактор в динамике социальной травмы: российский опыт».

³⁴⁸ Александер Дж. Культурная травма и коллективная идентичность // Социологический журнал. 2012. № 3. С.9.

попытки изменить те обстоятельства, которые привели к возникновению социальной травмы. Объекты или события, которые запускают травму, четко воспринимаются обществом, а последствия его реакции направлены на решение проблемы и на развитие. Например, Артур Нил считает, что социальными травмами американского общества являлись Гражданская война 1861-1865 гг., Великая депрессия 1929-1933 гг. и травмы Второй мировой войны 1941-1945 гг., приведшие к долгосрочным изменениям³⁴⁹.

Второй разновидностью является психоаналитическая версия. Между внешним сокрушительным событием и внутренней травматической реакцией конкретного человека или общества оказываются неосознаваемые эмоциональные страхи и искажающие познавательные процессы механизмы психологической защиты³⁵⁰. Из-за того, что травма как бы вытесняется, попытки распределения ответственности за травмирующее событие, реакция на травму для её преодоления, терпят неудачу. Жертва либо забывает, либо отрицает произошедшее. Однако это всего лишь период латентности, который, правда, может продолжаться даже несколько десятилетий. В данном случае равновесие может быть возвращено, только когда возвращается память. Примером такого преодоления социальной травмы является увековечивание памяти жертв репрессий, когда через «политику памяти» прошлых преступлений нация самовосстанавливается³⁵¹.

Во-вторых, Дж. Александер выделил культурные травмы. Критерием выделения данного вида социальных травм является идея о том, что для осознания травмы сообществом социальный кризис должен перерасти в культурный.

На рубеже веков и даже тысячелетий стало уделяться большое внимание истории. Выражение «страна с непредсказуемым прошлым» стало характерно для большинства современных государств, обладающих травматическим прошлым. В этих условиях во многих странах появилось понятие «официальная политика памяти», которая стала отражаться, в том числе, в правотворческом процессе.

Так, подавляющим большинством россиян достаточно болезненно на личном уровне воспринимаются попытки пересмотра событий Второй мировой войны и её результатов. В результате в мае 2014 г. в Уголовный кодекс РФ была введена статья 354.1, запрещающая «реабилитацию нацизма»³⁵², которая стала основой для принятия 16 ноября 2017 г. Третим комитетом Генеральной Ассамб-

леи ООН резолюции о борьбе с героизацией нацизма, неонацизмом и другими видами дискриминационных практик³⁵³.

Но есть и другие примеры. В частности, с принятием Статута Международного уголовного суда в 1998 г. существенно изменилась терминология международных преступлений. Однако в России данные новеллы не вызвали одобрения. В разделе XII Уголовного кодекса Российской Федерации «Преступления против мира и безопасности человечества» были сохранены формулировки Устава Нюрнбергского трибунала (преступления против мира, преступления против человечества)³⁵⁴.

«Болезненность» вопроса о современных границах также нашла своё отражение в правотворческом процессе. Ещё в 1996 г. было внесено предложение принять закон «Об обеспечении территориальной целостности и неприкосновенности территории России». В результате 28 декабря 2013 г. в Уголовный кодекс Российской Федерации была введена статья 280.1, согласно которой стали наказываться публичные призывы к осуществлению действий, направленных на нарушение территориальной целостности России.

Социальные травмы могут иметь и международный характер. Примером может служить сначала поддержка гражданами Израиля общественного движения «Бессмертный полк», а затем принятие в июле 2017 г. кнессетом закона о праздновании 9 мая Дня Победы над нацистской Германией³⁵⁵, что соответствует российской (советской) традиции. Как известно, сталинское руководство не признало первую капитуляцию Германии, подписанную от СССР генерал-майором И.А. Суслопаровым 8 мая 1945 г. в Реймсе, и итоговым документом стал акт о капитуляции Германии от 9 мая 1945 г., который был подписан в Карлсборге.

Нельзя обойти вниманием празднование в 2017 г. 100-летия Октябрьской революции. «Переживание» данного исторического события в последние десятилетия можно проследить по нормативно-правовым актам о праздновании 7 ноября.

Как известно, в Советский период и в первые годы после распада СССР в ноябре праздновался день Великой Октябрьской социалистической революции. Впервые его отпраздновали в 1918 году, выходным он стал с 1927 г.³⁵⁶ Однако согласно Федеральному закону от 13.03.1995 г. № 32-ФЗ «О днях воинской славы и

³⁴⁹ Neal A. National Trauma and Collective Memory. Armonk, NY: Sharpe, 1998. P.5.

³⁵⁰ Александер Дж. Культурная травма и коллективная идентичность // Социологический журнал. 2012. № 3. С.12.

³⁵¹ Шульга Р.Ю. Забыть историю: официальная политика памяти в современной России // Гуманитарные науки и модернизация правовой системы государства: российский и зарубежный опыт. Труды IV Международной научно-практической конференции / Под ред. Г.Б. Гридневой, А.Б. Дидикина. Новосибирск: «ОмегаПринт», 2015. С.97.

³⁵² Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ // Официальный интернет-портал правовой информации // <http://www.pravo.gov.ru> - 26.07.2017 (Дата обращения: 07.11.2018 г.).

³⁵³ Лихоманов П. ООН приняла российскую резолюцию по борьбе с нацизмом // Российская газета. 2017. 16 ноября // <https://rg.ru/2017/11/16/oon-priniala-rossijskuiu-rezoliuciiu-po-borbe-s-nacizmom.html> (Дата обращения: 17.11.2018 г.).

³⁵⁴ Устав Международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси" [рус., англ.] (Принят в г. Лондоне 08.08.1945 г.) // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XI. М., 1955. С. 165 - 172.

³⁵⁵ Парламент Израиля утвердил празднование Дня Победы 9 мая // Информационное агентство «РИА Новости» // <https://ria.ru/world/20170726/1499229133.html> (Дата обращения: 26.07.2018 г.).

³⁵⁶ День Октябрьской революции 1917 г. // Информационное агентство «РИА Новости» // <https://ria.ru/spravka/20171107/1507990701.html> (Дата обращения: 07.11.2017 г.).

памятных датах России» 7 ноября стал праздноваться как День проведения военного парада на Красной площади в городе Москве в ознаменование двадцать четвертой годовщины Великой Октябрьской социалистической революции (1941 год)³⁵⁷.

7 ноября 1996 г. Президент Российской Федерации Б.Н. Ельцин издал указ, в котором отмечалось, что «Октябрьская революция 1917 года коренным образом повлияла на судьбу нашей страны». При нейтральной оценке революционных событий 1917 г., была четко сформулирована цель указа: для недопущения противостояния, в целях единения и консолидации российского общества праздничный день 7 ноября был объявлен Днем согласия и примирения, а 1997 год, как год 80-летия Октябрьской революции, - годом согласия и примирения³⁵⁸. При этом органам государственной власти субъектов Российской Федерации и органам местного самоуправления предписывалось до ноября 1997 г. принять меры по приведению в надлежащее состояние памятников жертвам революций, гражданской войны, политических репрессий независимо от их политической принадлежности. К 7 ноября были приурочены награждения за заслуги в деле гражданского, межнационального и религиозного согласия, мирного разрешения политических, межнациональных и религиозных конфликтов.

9 декабря 2004 г. Президентом Российской Федерации В.В. Путиным был подписан Федеральный закон «О внесении изменений в статью 1 Федерального закона "О днях воинской славы (победных днях) России"». Относительно празднования 7 ноября в нём сохранилась формулировка Федерального закона от 13.03.1995 г., однако был введён новый праздник - 4 ноября как День народного единства³⁵⁹. Таким образом, акцент был перенесён с революционных событий 1917 г., в результате которых общество оказалось расколото, что привело к гражданской войне, на события 1612 г., когда объединение разных социальных сил, отгороженных друг от друга, как казалось, непреодолимыми сословными перегородками, привело к изгнанию польского гарнизона из московского Кремля и дальнейшему освобождению страны от интервентов.

29 декабря 2004 г. были приняты поправки в ст. 112 Трудового кодекса РФ, согласно которым 7 ноября утратил статус нерабочего праздничного дня³⁶⁰.

Несмотря на такое изменение статуса дня Октябрьской революции, 19 декабря 2016 г. Президент Российской Федерации подписал Распоряжение о подго-

³⁵⁷ Федеральный закон от 13.03.1995 г. № 32-ФЗ «О днях воинской славы и памятных датах России» // Российская газета. № 52. 15.03.1995.

³⁵⁸ Указ Президента Российской Федерации от 07.11.1996 г. № 1537 «О дне согласия и примирения» // Российская газета. № 214. 10.11.1996.

³⁵⁹ Федеральный закон от 29.12.2004 г. № 200-ФЗ «О внесении изменений в статью 1 Федерального закона "О днях воинской славы (победных днях) России"» // Российская газета. № 292. 31.12.2004.

³⁶⁰ Трудовой кодекс Российской Федерации" от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 29.12.2004 г.) // <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=221665&fld=134&dst=100775,0&tm d=0.7690448874254854#0> (Дата обращения: 07.11.2018 г.).

товке празднования 100-летия революции 1917 г. в России³⁶¹, согласно которому организация мероприятий была возложена на Ассоциацию «Российское историческое общество». Однако, в целом, празднование происходило под знаком недопущения раскола общества, исторических уроков, которые не должны повториться.

«Переживание истории», как уже было показано, может актуализироваться в связи с памятными датами, но может и иметь постоянную основу в течение определённого времени. Естественно, что это отражается в правотворчестве.

Так, для германского народа, который стал воспринимать нацистское прошлое как собственную трагедию и трагедию других народов, основным вектором стало признание совершённых преступлений, принятие ответственности за них, создание условий, при которых похожая ситуация не могла бы повториться. Главные нацистские военные преступники были осуждены Международным Военным Трибуналом в Нюрнберге, руководство нацистской партии, личная полиция и СС в качестве преступных организаций были запрещены и ликвидированы, в советской зоне оккупации было уничтожено 400000 нацистских преступников, в западной зоне - 3600000³⁶², Германия должна выплатить репарации в размере 20 млрд. долларов. В конце XX - начале XXI вв. в Германии был принят ряд законов, направленных на чёткое определение отношения к событиям Второй мировой войны. 8 мая 1985 г., в день окончания войны в Европе и подписания акта о капитуляции Германии, Президент ФРГ Р. фон-Вайцзекер назвал данную дату «днём освобождения». В ГДР это было сделано на 35 лет раньше. В 2000 г. в ФРГ был принят закон о создании фонда «Память, ответственность и будущее», задачей которого стала организация сбора средств для выплат иностранным гражданам, насильственно угнанным в Германию во время Второй мировой войны. Из 4,54 млрд евро, собранных фондом, 443, 7 млн евро было выделено для российских граждан³⁶³. В сентябре 1994 г. Бундестаг принял § 86а Уголовного кодекса, запрещающий использовать нацистскую символику, лозунги, гимны и атрибутику³⁶⁴. За клевету в отношении еврейского народа и других потерпевших народов предусматривается

³⁶¹ Распоряжение Президента Российской Федерации от 19.12.2016 г. о подготовке и проведении мероприятий, посвящённых 100-летию революции 1917 года в России // Официальный сайт Президента Российской Федерации // <http://www.kremlin.ru/acts/news/53503> (Дата обращения: 07.11.2018 г.).

³⁶² Нань Х. Разница в подходах к истории Второй мировой войны в Германии и Японии // Роль СССР и Китая в достижении победы над фашизмом и японским милитаризмом во Второй мировой войне. Тезисы докладов российско-китайской научной конференции. М.: Федеральное государственное бюджетное учреждение науки Институт Дальнего Востока Российской академии наук, 2015. С. 172-173.

³⁶³ Филитов А.М. Русские и немцы - трудный путь к примирению // Электронный научно-образовательный журнал «История». 2015. № 11 (44). С. 7.

³⁶⁴ Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии (в ред. от 13 ноября 1998 г.) // Юридическая Россия. Федеральный правовой портал // <http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1242733&subID=100102942,100102944,100103613,100103645,100103663#text> (Дата обращения: 28.07.2018 г.).

наказание от 3 до 6 лет лишения свободы. Немецкие книги по истории должны подробно излагать злодеяния нацистского периода.

Таким образом, можно констатировать, что теория социальной травмы вполне применима к правовому материалу, в целом, и к процессу правотворчества, в частности. Актуализация исторической памяти может происходить в связи с памятливыми датами, что находит своё отражение в соответствующих нормативно-правовых актах или даже в решениях международных органов. Однако есть непреодоленные социальные травмы, которые имеют затяжной характер и на протяжении долгого времени проявляются в различных сферах жизни общества, в том числе, правовой. На современном этапе одной из наиболее болезненных продолжает оставаться травма, полученная обществом в годы Второй мировой войны, что находит своё отражение в правотворчестве.

ГЛАВА II.

ОТРАЖЕНИЕ ПРАВОВЫХ ЦЕННОСТЕЙ В ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

§ 1. Действительность права в его реальном и идеальном измерениях: особенности современных теорий естественного права

Действительность права – его сущностный признак. Недействительное право – это «неправо» или даже «противоправо». Только действительное право ориентирует адресатов правовых норм на определенное поведение. «Утратив действительность, – писал Г.В. Мальцев, – юридическая норма перестает быть правом, теряет способность регулировать общественные отношения»³⁶⁵. Действительность права – один из важнейших критериев его действительности, хотя это и не означает тождественности понятий действительности и действительности права.

В правотворческой практике возникает или может возникнуть вопрос о действительности права только применительно к отдельным нормам (институтам), законодательным инновациям. О правовой действительности всей соответствующей нормативной системы речь может идти лишь в крайних случаях, когда под угрозой разрушения оказывается социальный порядок в целом. Тогда, может случиться, приходится констатировать наличие «неправа и противопорядка» (Э. Фехнер).

Проблема действительности права – многосложная и многоаспектная. Эта проблема обсуждается в контексте полемики о типах правопонимания, об эволюции различных теоретических подходов к праву³⁶⁶. При этом «фокусный» смысл (Д. Финнис) проблемы действительности права усматривают в тех или иных ее аспектах: «...юснатуралисты охотно используют термин «действительность права», подчеркивая идеальную природу права; юспозитивисты склонны исследовать «нормативность» и формальный аспект права; психологические направления изучают «обязывающую силу» и даже чувство «связанности» правом; правовые реалисты стремятся обнаружить «эффективность» права»³⁶⁷. Вопрос об идеальной природе права как базовом концепте юснатурализма актуализируется в современном теоретическом дискурсе в дискуссиях между сторонниками позитивистских и непозитивистских подходов к праву, выделяемых с точки зрения признания или непризнания моральных ценностей в праве³⁶⁸.

³⁶⁵ Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., Норма, 2007. С.589–590.

³⁶⁶ О дискуссионности этой проблемы в контексте эволюции юридического позитивизма см.: Тимошина Е.В. Концепция нормативности Л.И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. 2011. № 5. С. 46–71.

³⁶⁷ Васильева Н.С. Проблема действительности права в антиметафизической традиции (концепция Альфа Росса) // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки, 2017. Т. 21, № 3. С.397.

³⁶⁸ См.: Алекси Роберт. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). Пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. Москва – Берлин, Инфотропик Медиа, 2011. С.3–4.

Современные теории действительности права, в том числе и естественно-правовые, необходимо оценивать, имея в виду стремление их представителей к интегративному (интегральному) понятийному, а также методологическому преодолению (с той или иной аргументацией) плюрализма теоретических взглядов на право. В юснатурализме это выражается в тенденции согласовать приоритетное для данного направления идеальное измерение права с его реальным измерением, естественность с позитивностью права, его действительность с действительностью, найти баланс между ними и тем самым избежать характерного для классических теорий естественного права дуализма естественного и позитивного права как двух противостоящих одна другой нормативных систем. Так, по замыслу известного немецкого теоретика права Р. Алекси, в единой структуре права должны быть сбалансированы, уравновешены различные элементы понятия права и соответствующие им понятия действительности – социальной действительности (действенности), моральной и правовой действительности³⁶⁹. Конечным основанием действительности права является «притязание на правильность»³⁷⁰. Такое уравновешивание коренится, по Алекси, «в самом основании права. Оно – часть природы права»³⁷¹.

В основе искомых Р. Алекси единства, целостности правопорядка через сбалансирование его различных элементов лежит идея дуальности (не дуализма!) права – его позитивности и естественности (правильности, моральной обоснованности). Позитивность права, подчеркивает Р. Алекси, необходима. Но она не имеет исключительного характера. В противном случае оказалось бы недооцененным притязание права на содержательную правильность (справедливость), которое не исчезает и после институционализации права³⁷². Такая содержательная правильность относится только к идеальному измерению права. Правильность иного рода («второго порядка», по Алекси) касается как справедливости, так и юридической определенности, достижимой лишь в сфере позитивности (реального измерения права)³⁷³. Справедливость как правильность «второго порядка» санкционирует необходимость позитивности права, так как сама эта необходимость «исходит из моральных требований избегать издержек анархии и гражданской войны и достигать преимуществ социальной координации и сотрудничества»³⁷⁴. Таким образом, полагает Р. Алекси, удается связать с правом и моральный принцип справедливости, и формальный принцип юридической определенности. Их правильное соотношение – условие гармонии правовой системы³⁷⁵.

³⁶⁹ О выделяемых автором понятиях действительности права см. там же. С.105-108.

³⁷⁰ См. там же. С.41–42.

³⁷¹ Алекси Р. Дуальная природа права // Правоведение. 2010. № 2. С.146.

³⁷² См. там же. С.145.

³⁷³ См. там же.

³⁷⁴ Там же.

³⁷⁵ См. там же. С.146.

Важнейшим элементом позитивности права, наряду с его надлежащим установлением, является, по Алекси, социальная действенность (социальная действительность) права. Нормы, лишённые социальной действенности, считает он, не могут быть и юридически действительными³⁷⁶. Критерии социальной действительности: соблюдение норм и применение санкций за их несоблюдение³⁷⁷. Эти критерии предполагаются принципом юридической определенности и не выходят за рамки реального измерения права. Между тем Р. Алекси подчеркивает, что, в отличие от позитивизма, включающего в понятие правовой действительности лишь элементы социальной действительности, в его непозитивистской теории это понятие охватывает также и элементы моральной действительности³⁷⁸.

Свою конструкцию правопорядка Р. Алекси строит с позиций моральной философии права как сторонник «мягкого» интерналистского непозитивизма, следующего знаменитой «формуле» Г. Радбруха. Вслед за Г. Радбрухом он утверждает, что если нормы превышают определенный порог несправедливости, то они утрачивают свой правовой характер³⁷⁹. В современном демократическом конституционном государстве таким «порогом» являются основные права человека, например, право на жизнь и личную неприкосновенность³⁸⁰.

Концепция прав человека строится Р. Алекси на основе дискурсивной теории права, которую он развивает вслед за Ю. Хабермасом. Р. Алекси – автор ее оригинального варианта как процедурной теории практической рациональности. Процедура дискурса, по Алекси, рациональна, если она подчиняется определенным правилам, касающимся адекватного использования юридических аргументов (требования полноты аргументации, отсутствия противоречий, терминологической ясности и др.) и обеспечивающим беспристрастность аргументации. Правила гарантируют свободу и равенство участников дискурса как основу прав человека³⁸¹. Этим универсальным правилам «соответствуют основные принципы демократического конституционного государства, а именно свобода и равенство»³⁸². Институциональные процедуры создания права Р. Алекси соединяет с дискурсивными³⁸³. При этом он ориентируется на критерии рациональности дискурса и соответствия правовой системы претензии на правильность как моральную обоснованность основных прав человека.

Права человека, по Алекси, не привносятся извне, а должны быть обоснованы в ходе рационального дискурса. Права действительны, если они существуют, а

³⁷⁶ См.: Алекси Роберт. Понятие действительности права (ответ юридическому позитивизму). С.107.

³⁷⁷ См. там же. С.105-107.

³⁷⁸ См. там же. С.107-108.

³⁷⁹ См. там же. С.59.

³⁸⁰ См. там же. С.80.

³⁸¹ См.: Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. СПб., 2009. С.446-456.

³⁸² Там же. С.453.

³⁸³ См.: Там же. С.454.

существование прав состоит в их обоснованности относительно каждого и всех, кто выражает желание принять участие в рациональном дискурсе³⁸⁴ Конституционные права «имеют приоритет над всеми другими нормами»³⁸⁵. Но существование прав определяется не конституцией, в том числе и в демократическом конституционном государстве. Существование прав определяется исключительно их обоснованностью в результате intersubjectивного рационального дискурса. Естественно-правовая идея у Р. Алекси, в силу ее обсуждаемости и в этом смысле процедурной сконструированности, не вписывается в классические теории естественного права и тем самым, кажется, утрачивает характерное для юснатурализма значение абсолютного масштаба для оценки действительности права.

Однако Р. Алекси настаивает на том, что права человека как моральные права (моральные требования) «принадлежат исключительно идеальному измерению права»³⁸⁶. И далее: «Их преобразование в конституционные права, т.е. в позитивные права, представляет собой попытку соединить идеальное измерение с реальным»³⁸⁷. Баланс идеального и реального измерений права как будто достигается. Но достигается он в рамках позитивного права. И хотя рациональный дискурс вновь и вновь возобновляется, так как появляются моральные требования ранее не зафиксированных в конституции прав, идеальному измерению права суждено быть у Алекси поглощенным его реальным измерением, т.е. позитивным правом. Непозитивизм уступает место позитивизму.

Идея процессуальности естественного права (у Алекси это процесс рационального дискурса), характерная для современного юснатурализма, восходит к известной формуле «естественного права с изменяющимся содержанием» Р. Штаммлера³⁸⁸. Тогда же, еще в начале XX в., было подвергнуто сомнению и положение классических естественно-правовых теорий о раз и навсегда данных естественных правах человека. Вопрос о существовании прав человека вне позитивного права возникает и сегодня, когда речь идет о признании прав человека, не предусмотренных в законодательстве³⁸⁹. Этот вопрос особенно актуален для теории конституционного права и конституционного правосудия³⁹⁰. Не исключение и международное право, если не считать исчерпывающими названные на сегодняшний день в международно-правовых актах общепризнанные принципы и нормы международного права. За рамками этих актов, пишет В.В. Лапаева, «всегда ... будут оставаться некие идеи, принципы и нормы, которые еще не получили отражения в официальных документах, но тем не менее уже считаются (или могут счи-

таться) признанными в международном сообществе»³⁹¹. С позиций юснатурализма такие внепозитивные идеи, принципы и нормы относятся к идеальному измерению права. Не следует ли поэтому согласиться и с тем, что «юснатурализму всегда будет присущ тот правовой дуализм, который сопутствовал этому подходу на протяжении всей истории развития»³⁹².

Общетеоретическим дискуссиям о соотношении права и справедливости (права и морали), разгоревшимся после второй мировой войны, в последние десятилетия не уделяется прежнего внимания. Все более заметно стремление перевести этот «основной вопрос» теоретического правоведения в легитимационное пространство правосудия. Отмеченная тенденция подкрепляется идеей целостности права, охватывающей и правоприменительную практику.

Так, Р. Алекси включает в понятие права и процедуру правоприменения, различая вслед за американским философом права Р. Дворкиным правила (нормы) и принципы права. К праву, пишет он, относятся правовые принципы, нормативные документы, которые служат обоснованию решения правоприменителя в зоне неопределенности права, чтобы выполнить притязание на правильность. В этой ситуации идея Р. Алекси о сбалансировании различных аспектов правопорядка означает уравнивание правил (реальное измерение права) и принципов (идеальное измерение). По содержанию судья выносит решение на основе моральных норм (принципов), а по форме – на основе правовых³⁹³.

Необходим, по мнению Р. Алекси, баланс и между самими принципами. Это не вызывает трудностей для правоприменителя, если речь идет о конституции демократического и социального правового государства, в которой предусмотрены основополагающие принципы достоинства личности, свободы, равенства и т.п. Задача судьи тогда состоит в достижении баланса между принципами посредством их оптимизации³⁹⁴. Однако и в других правовых системах решение судьи подразумевает притязание на правильность как правильную моральную обоснованность. Р. Алекси подчеркивает, ссылаясь на И. Канта, регулятивный характер идеи правильной морали в качестве цели, к которой нужно стремиться³⁹⁵. В этом смысле права человека как морально обоснованные требования свободы, равенства, справедливости, достоинства личности приобретают у Р. Алекси универсальный характер в качестве потенциального, указывающего «правильный» путь критерия действительности современных конституционных нормативных порядков.

³⁸⁴ См.: Алекси Р. Существование прав человека // Правоведение. 2011. № 4. С.21-31.

³⁸⁵ Алекси Р. Дуальная природа права. С.149.

³⁸⁶ Там же. С.150; см. также: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). С.129.

³⁸⁷ Алекси Р. Дуальная природа права. С.150.

³⁸⁸ См.: Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения. М., 1908.

³⁸⁹ См., напр.: Гаджиев Г.А. Онтология права. М., Норма, 2013. С.143.

³⁹⁰ См. там же. С.143-144.

³⁹¹ Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., Российская академия правосудия, 2012. С.122.

³⁹² Там же.

³⁹³ См.: Алекси Роберт. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). С.96; см. подробнее: С.86-102.

³⁹⁴ См. там же. С.97.

³⁹⁵ См. там же. С.102.

Удалось ли все-таки юснатурализму найти «третий путь» - путь синтеза естественного права и позитивизма? А.В. Поляков склонен считать, что это удалось, например, немецкому правоведа А. Кауфманну (в интерпретации его теории А.В. Поляковым)³⁹⁶. Да, А. Кауфманн, представитель феноменолого-экзистенциалистской философии права³⁹⁷, исходя из полярности естественного и позитивного права, вместе с тем подчеркивает, что полярность не означает их антинормичности. Онтологическая структура права обнаруживается в двойственности сущности и существования права, его естественности и позитивности³⁹⁸. Реальность права «осуществляется через связь эссенциального и экзистенциального элементов, естественности права с позитивностью, так что становится ясно, что справедливость и правопорядок, действительность и действенность, правомерность и власть, легитимность и легальность не идентичны, антинормичны, но как полярные силы связаны друг с другом и находятся в плодотворной изменчивой связи»³⁹⁹. От внимания А.Кауфманна не ускользает позитивистский (социолого-позитивистский) характер критериального значения действительности права для определения его действительности. В отличие от позитивизма, пишет А.Кауфманн, усматривающего в действительности нормы как данную ее действительность, естественно-правовое учение признает действительность критерием действительности⁴⁰⁰.

А. Кауфманн постоянно напоминает, что позитивность и сущность права (справедливое по природе) неотделимы друг от друга, сущность права не сверхпозитивна⁴⁰¹. Однако выясняется, что как возможность права (в аристотелевском смысле) сущность все же сверхпозитивна, хотя в этом своем идеальном бытии она, по Кауфманну, еще и не обладает действительностью, которую впервые обретает через позитивацию⁴⁰². Сначала – в позитивном законе, но окончательно и полно – в «правильном» правоприменительном решении. Только в правосудии (деятельности исполнительной власти и др.) право становится целиком действительным⁴⁰³. А значит, по Кауфманну, и действительным.

Право, согласно теории Кауфманна, справедливо по природе, поскольку оно коренится в природе вещей⁴⁰⁴. Но неизбежен вопрос: как из природной бытийственности права вывести его должностное для законодателя, судьи. А. Кауфманну приходится обратиться к идее естественного закона (не естественного права) как ос-

новной норме, принципу, логически (не онтологически) первичной стадии становления права, предшествующей стадиям позитивного закона и правоприменительного решения⁴⁰⁵. Особое внимание он обращает на то, что это именно закон, а не право, что закон первичен именно логически, а не онтологически⁴⁰⁶. Ведь автор сам критиковал «все попытки обосновать наряду с реально действующим позитивным правом идеально действующее, сверхпозитивное право (сущность права)⁴⁰⁷.

В конечном счете преодолеть дуализм естественного и позитивного права А. Кауфманн пытается путем удвоения понятия справедливости (и легитимации): закон, будучи эманацией воли законодателя, «справедлив по закону», право – по природе⁴⁰⁸. И все-таки справедливость закона «по закону» предполагает, что он основан на принципах, ценностях права, которые законодатель просто «полагает как данное»⁴⁰⁹. Однако эти принципы и ценности, по Кауфманну, сами по себе и не право, а в «окоченевшем» законе, не обладающем, как он считает, нормативностью, право еще не полностью действительно. Но, возразим, ведь именно через законы сущность права актуализируется в конкретном правоприменительном решении, которое, будучи творческим произведением, «всегда проистекает из природы вещей»⁴¹⁰. Так что, «начав с онтологической структуры права, Кауфманн незаметно для самого себя приходит к аксиологии. Ведь бытие права (принятие верного решения в конкретной ситуации, учитывающего природу вещей) возможно лишь на основе закона, т.е. того, как *должно быть* с точки зрения тех ценностей, которые обосновывают закон»⁴¹¹.

Если в дискурсивных теориях процессуальность естественного права определяется дискурсом, то в контексте кауфманнского бытия универсалий динамизм, процессуальность являются способом самого существования права как его никогда не прекращающихся актуализации и конкретизации, в конечном счете – в «правильном» решении правоприменителей. Право (естественное право), пишет А.Кауфманн, не статично, оно «обладает временной структурой историчности» и «должно постоянно вновь осуществляться, чтобы прийти к самому себе, это не готовое право, но во все времена становящееся право»⁴¹². Естественность и позитивность права существуют, подчеркивает он, только в отношении друг друга, и это отношение непрерывной актуализации, приводящей их снова и снова в соответствие с тем, что должно было осуществиться. В этом Кауфманн усматривает подлинный смысл естественно-правовой проблемы⁴¹³.

³⁹⁶ См.: Козлихин И.Ю., Поляков А.В., Тимошина Е.В. История политических и правовых учений. Учебник. Изд. Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2007. С.466–467.

³⁹⁷ А.В. Поляков относит А. Кауфманна к герменевтическому направлению в философии права (см. там же. С.466).

³⁹⁸ См.: Кауфманн А. Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. 2008, №1. С.145.

³⁹⁹ Там же. С.157.

⁴⁰⁰ Там же. С.156.

⁴⁰¹ См. там же. С.159 и др.

⁴⁰² См. там же. С.158.

⁴⁰³ См. там же. С.173.

⁴⁰⁴ См. там же. С.171.

⁴⁰⁵ См. там же. С.173.

⁴⁰⁶ См. там же. С.172.

⁴⁰⁷ Там же. С.159.

⁴⁰⁸ См. там же С.171.

⁴⁰⁹ См. там же.

⁴¹⁰ Там же. С.169

⁴¹¹ Стомба А.В. Артур Кауфманн: в поисках «целого» права // Там же. С.147.

⁴¹² Кауфманн А. Онтологическая структура права. С.165, 169.

⁴¹³ См. там же. С.169.

Правовая теория А.Кауфманна человекоцентрична. Естественно-правовую категорию природы человека он переосмысливает с персоналистских философских позиций, исходя из соразмерности права и человека как личности (персоны) – одновременно духовной индивидуальности и социальной индивидуальности⁴¹⁴. Однако Кауфманн все же никак не может избежать постоянного проглядываемого в его теории дуалистического напряжения между духовностью и социальностью человека, между сущностью и существованием – «явленностью» сущности, например, судьбе как «данного» в природе вещей и одновременно «предзаданного», в котором, однако и кроется то, что «должно было осуществиться». Следствием такого напряжения, нарушающего онтологическую релятивистскую безусловность существования естественного права только в его соотношении с позитивностью права, идеального измерения права с его реальным измерением, и оказывается неизбежная абсолютизация аксиологической составляющей права, характерная для юснатурализма⁴¹⁵. По меньшей мере под вопросом остается поэтому то, удалось ли Кауфманну решить поставленную им перед собой задачу – «отыскать синтез между абсолютивизмом и релятивизмом, между значимостью и бытием ...»⁴¹⁶.

Дуализм естественного и позитивного права был существенно поколеблен еще в естественно-правовых концепциях начала XX в. (В.С. Соловьев, А.С. Яценко). Не удалось преодолеть его и к настоящему времени. Тем не менее в базовом, «фокусном» смысле дуализм естественного и позитивного права все же не вписывается в онтологические естественно-правовые теории. Право и закон фигурируют в них в бытийно-онтологической взаимосвязи и, вопреки критике Г. Кельзена, не «по ту сторону позитивности». В единой структуре права естественно-правовая идея вполне органично уживается с позитивностью права. Это особенно заметно в теории Р. Алекси, с трудом скрывающего свои колебания между естественным правом и позитивизмом.

⁴¹⁴ См. там же.

⁴¹⁵ А.В. Поляков, нащупав «третий путь» в концепции А. Кауфманна, тем не менее в своей более поздней общей характеристике юснатурализма сохраняет указание на присущую юснатурализму абсолютизацию аксиологической составляющей права (см.: Поляков А.В. Коммуникативно-феноменологическая концепция права // Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Харьков, 2013. С. 103).

⁴¹⁶ Кауфманн А. Онтологическая структура права. С. 166.

§ 2. Эволюция правовых ценностей и их концептуальное выражение в различных социо-нормативных культурах

Проблема понимания правовых ценностей, их связь с правовым этосом (способом мышления и деятельности), предполагает взаимообусловленную, не всегда «замиренную» (термин М.М. Ковалевского) матрицу, в которой реализуются права и обязанности субъекта, носителя и творца права одновременно. Правовая реальность с этих позиций может быть представлена как идея (принципы права - ценности), как объективированные формы выражения права (реализация идеи права, т.е. развертывание идеи в абстрактных формах, нормах) и как поведение субъекта в конкретной ситуации (реальные правоотношения, т.е. реализация правовых ценностей в реальной ситуации). Таким образом, правовые ценности выступают связующим звеном между тремя уровнями правовой реальности и одновременно флагманом всей правовой «индустрии». Правовые ценности, будучи конструктом, определяют магистральную линию развития любого типа общества (традиционного, индустриального и постиндустриального).

Государственно-организованное общество - общество высоко стратифицированное, но и там обнаруживают себя правовые ценности различной направленности от традиционных до постиндустриальных. Различные срезы правовых культур в рамках одного государственно-организованного общества порождают плюральную ситуацию, которая может проявляться как в конфликтогенности различных сред, так и их относительной «замиренности» (снятие ценностных противоречий).

Эволюция правовых ценностей предполагает осмысление всего социокультурного контекста в единстве пространства и времени (от начала и до конца, в данном случае, речь не идет об их отмирании).

Формирование правовых ценностей и их институциональное закрепление можно усмотреть в недрах традиционных культур (доиндустриальном обществе). Причем, их контекстуальная обусловленность делает право (а вернее его ДУХ, характер) самобытным, национально маркированным. «Идея права» у каждого народа своя. Конечно, можно усмотреть и общие черты, но как справедливо отмечает Г.А. Гаджиев образ права континентальной Европы отличен от образа англо-американского мира. При этом, апеллируя к американскому философу права П. Шлагу, ученый считает целесообразным введение в научный оборот теории права нового понятия «эстетики права».

В данном ключе «эстетика права» приобретает новый, отличный от первоначального смысла оттенок, и приводит к важному онтологическому эффекту. Именно этот эффект, полагает Г.А. Гаджиев, «моделирует правовую реальность как объективную данность, сущность, что-то находящееся здесь, как то, что мы имеем, над чем размышляем, что пытаемся познать и в связи с тем, по поводу чего спорим»⁴¹⁷.

⁴¹⁷ Гаджиев Г.А. Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2013. С. 133.

Следуя этой линии рассуждений, констатируем, что правовые ценности, будучи социально-значимыми моделями (идеалом), в зависимости от типа культуры имеют различную форму объективации и неодинаковое смысловое содержание (сущность). Если объективация (формализация) как некая стандартизация предполагает не очень большой спектр форм, то в содержательном (сущностном) отношении ценности изменяются (во времени и пространстве) постоянно даже в рамках одного государственно организованного общества.

Временной срез актуализирует механизм мутаций (изменений) правовых ценностей в их хронологической последовательности от традиционной к постиндустриальной культуре; пространственный – выявляет их контекстуальную обусловленность. Соединив время и пространство в некую матрицу, отметим следующее.

Традиционная система правовых ценностей предполагала следование традиции (не вдаваясь в содержательную сторону данного вопроса - будет рассмотрен ниже), которая транслировалась «социальными архитекторами» преимущественно устно и закреплялась в принципах (идеях). Рутинизированность, стандартизация действий, низкая мобильность населения, массивность сознания (в рамках закрытой социальной группы – род, племя, этнос, народ) консервировали систему сложившихся ценностей. Коллективное и индивидуалистическое начала находились в соподчиненном виде и не отрывались друг от друга. Традиционные культуры были еще «до индивидуалистическими» и «до коллективистскими», несмотря на то, что коллективные ценности (идея выживания рода, племени, народа) доминировали над индивидуальным началом. Вместе с тем, в традиционном обществе ни индивидуализм, ни коллективизм не получили своего развертывания в полной мере. Поэтому можно полагать, что они существовали в нем как два подчиненных момента. Традиционная культура была более устойчивой и консервативной, но и в ней были заложены внутренние механизмы саморазвития (противоречия).

Индустриальная культура, частично снявшая противоречия традиционной культуры, породила еще большую конфликтность, которая реализовалась в двух различных типах хозяйственных систем – рынке (капитализм) и плане (социализм). Индустриальное общество сформировало и закрепило две шкалы ценностей, базирующихся на идее индивидуализма и коллективизма. Идеологическое закрепление первая – нашла в либерализме, вторая – в коммунизме. Смеем заметить, что, будучи, продуктом правовой индустрии именно индустриального общества они не универсальны, как не универсально само индустриальное общество, стало быть, и право и его эмос не может претендовать на особую исключительность.

Рынок, как и план, с точки зрения своей потенции развертывания во времени и в пространстве предполагали различные формы закрепления должного, возможного и запрещенного. Более детально этот аспект проблемы рассмотрим ниже.

Последний этап (постиндустриальный) характеризуется максимальной мутагенностью всех социальных институтов, включая и право. Это же относится и к

ценностям. Более того, можно констатировать, что ценности не просто в количественном отношении (их стало больше) расширили свой диапазон, но и в сущностном. Весьма примечательно выглядят переходы ценностей в антиценности и наоборот. Прорастая друг в друге, различными сторонами, являя миру доселе невиданные мутации, они психологически восхищают неповторимостью и причудливостью, с другой – отвращают своим бесконечным уродством.

Ситуативность, неоднозначность, сегментарность, отсутствие целостности, стандартизованности восприятия порождает противоречивые амбивалентные чувства на всех уровнях (от обыденного, профессионального до теоретического). С одной стороны, отрыв от привычных, целостных стереотипов, конформных (привычных, «милых сердцу») моделей поведения сеет хаос и освобождает человека от мнимых идеологических зависимостей. Как пишет Э. Тоффлер, «идеологии трещат по швам». И далее: «Знаменитости порхают, делают пируэты, атакуя наше сознание противоречивыми политическими и моральными лозунгами. Трудно отыскать смысл в этой бурлящей фантазографии, понять, как происходит процесс производства образов (в том числе правовых – И.Л.) поскольку Третья волна (постиндустриализм – И.Л.) ускоряет информационные потоки, она трансформирует глубинную структуру информации, от которой зависят наши ежедневные действия»⁴¹⁸. С другой – привязанность, зависимость от осколочных, размытых норм, которые лишь по форме напоминают модель, смысловое наполнение же зависит от интерпретации, которая не может рассматриваться в терминах изначальной заданности, правильности, истинности и т.д. психологически ломает человека, делает его уязвимым, отчужденным от всего, что было когда-то ценным и понятным.

Культурная дифференциация и диффузия, в том числе, ценностная, свидетельствует о том, что прежняя система координат не выдерживает напора времени. Новые «мутагенные» формы с изменяющимся содержанием не выводятся, и не вписываются в заранее заданные параметры.

Итак, как указывалось выше, именно индустриальный этап развития общества породил два типа хозяйственных систем (в широком смысле) рынок и план. Рынок и план в классическом понимании выступают антиподами друг другу и закрепляются доктринально или идеологически (либерализмом и коммунизмом).

Очевидно, что отсюда вытекает как минимум несколько научных проблем. Первая проблема состоит в осмыслении формирования правовых институционализированных ценностей в определенном социо-культурном контексте. Вторая проблема включает анализ содержательной и формальной стороны правовых ценностей в двух проекциях (рынок, план). Третья проблема предполагает выявление механизма юридикации ценностей в нормативно-правовых актах и иных формах выражения права также в двух проекциях. Четвертая проблема связана с пониманием правовых институционализированных ценностей классическими доктринами. Пя-

⁴¹⁸ Тоффлер Э. Третья волна. М., 1999. С. 266.

тая проблема показывает односторонность классических парадигм и их необоснованное притязание на универсальное знание.

Автор не претендует на решение всех обозначенных проблем. В рамках данного исследования этого сделать, в принципе, невозможно. Однако намеченные контуры могут быть некоторым ориентиром для дальнейшей работы в обозначенном направлении.

Как отмечалось ранее, правовые ценности следует рассматривать пространственно (контекстуально). Социо-культурный контекст включает в себя в расширительной трактовке все материальные условия жизни людей и их ментальность. Все социальные институты, в том числе правовые, представляют исторически выверенные культурные стандарты, выведенные из основополагающих материальных и ментальных начал. Сформированные в процессе самой жизни, они всегда несут и несли на себе печать времени и пространства, породившие их. Отсюда специфический характер справедливости и свободы для западных (либеральных) и восточных (холистических) цивилизаций.

Культурный мир разнороден и полярен. Человечество выработало множество разных культур, каждая из которых включает в себя образцы поведения, обычаи, традиции, нормы, стереотипы мышления, в совокупности представляющие определенный аспект человеческого существования.

Все культуры неповторимы и в совокупности составляют культурный фонд человечества. Культура народа оказывает непосредственное и опосредованное воздействие на правовую систему. Этот процесс, в свое время показал, Ш. – Л. Монтескье в труде «О духе законов», обнаружив связь человеческой природы с природой права и культурой страны⁴¹⁹.

Другой крупнейший представитель теоретико-правовой мысли эпохи Просвещения Гаэтано Филанжери в своем семитомном труде «Наука законодательства» справедливо отмечал, что характер права зависит от природы правления, духа и нрава народа, климата, плодородия или неплодородия почвы, религии, пространства страны и прочего (то есть культуры)⁴²⁰.

На этих же взглядах базировалось десятилетнее исследование немецкого психолога, философа, языковеда В. Вундта⁴²¹. Сходные идеи развивал российский теоретик и социолог права М. М. Ковалевский, настойчиво доказывавший, что социальные институты маркированы внешними условиями жизни (климатом, хозяйственными традициями), культурой страны⁴²². С. Лем правильно заметил, что

обычаи и традиции формировали внутрикультурный образец «человеческой природы», «схему долженствования и повинностей»⁴²³.

Очевидно, что такое видение правовых институционализированных ценностей через материальные и ментальные источники, показывают их своеобразие и высвечивают наиболее полно их генезис применительно к социальной практике того или иного народа.

Рассмотрим абстрактно два «чистых» типа существования человеческого общества. Первый тип предполагает стабильные условия существования, устойчивые структурные предпосылки: умеренный климат, относительно плодородную почву, сбалансированную внешним условиям плотность населения, не маленькую и не большую территорию, отсутствие внешней угрозы, гибкую религиозную систему; второй тип – противоположный.

Возникает вопрос, где возникает частная собственность, конкурентная среда, индивид (персона, лицо) с его якобы неотчуждаемыми субъективными, естественными правами, кульминацией, квинтэссенцией, которых выступает – СВОБОДА как цель и средство, как априорная ценность, ограниченная только «носом» другого индивида и не кем более?

Не трудно догадаться, что речь идет об Англии – родине парламентаризма и либеральной демократии, выступающей образцом высоко-развитого индустриального общества. Традиционное общество Англии породило соответствующую систему правовых ценностей (индивидуализма, представительной демократии, формального равенства, частной собственности и т.п.) и именно индустриальная фаза в форме (рынка - капитализм) в развернутом виде эти ценности реализовали в качестве конституирующих начал. Доктринальное закрепление этой системы институционализированных ценностей, как отмечалось ранее, получило в либерализме (либертаризме, крайнем проявлении либерализма). Именно либертаризм, как наиболее ортодоксальная идеология постулирует, что если нет свободы - нет и права, нет индивида - нет права, «право – арифметика свободы». Метафорично данные аксиомы можно представить так: если из шляпы вынули кролика, значит, его туда предварительно посадили. То же самое относится к идее свободы, для того что бы она была в определенной форме, ее надо положить именно в определенную форму, из которой потом можно достать и показать окружающим как образец, онтологически наделив ее соответствующими качествами, свойствами. Свобода не в определенной форме, вовсе и не свобода, а все что угодно – воля, произвол и т.п.

А что, если народ не знаком с «кроликом» положенным в шляпу? Или кролика нет вообще, его просто не выращивают и не потребляют соответственно? Если он кажется им чем-то сверхъестественным, искусственным, чуждым, а может быть и страшным существом, что тогда? С точки зрения классического либертарного восприятия, если нет «кролика» значит, нет зверей вообще. Второй вопрос, кото-

⁴¹⁹ Монтескье Ш.-Л. Избранные произведения. М., 1955.

⁴²⁰ Филанжери Г. Наука законодательства // Фемис. Ежегодник истории права и правоведения. 2003. Вып. 4. М., 2003. С. 211.

⁴²¹ Вундт В. 1) Психология народов. М., 2002; 2) О развитии этических воззрений. М., 1886. С. 33.

⁴²² Ковалевский М. М. Географическая школа в социологии // Современные социологи // Ковалевский М. М. Сочинения: В 2 т. Т. 1. СПб., 1997. С. 350–351.

⁴²³ Лем С. Модель культуры // Вопросы философии. 1969. № 8. С. 51.

рый следует из отсутствия «кролика». Если «кролика» нет вообще, почему его нет? Отсутствие «кролика», вообще, предполагает отсутствие предпосылок его появления, а именно (детерминант, с точки зрения классического понимания и примата одного над другим). Отсутствие же «кролика» именно в шляпе (в какой-либо форме) свидетельствует о том, что его туда никто не посадил ввиду его отсутствия. Однако это не означает отсутствие животного мира вообще.

То же самое можно констатировать в сфере правовой действительности. У одних народов право формируется посредством конкурентной среды, интеракций индивидов и реализации частных интересов; у других интеракция в социально-значимой сфере осуществляется иначе. Иной срез не означает отсутствия права вообще. Собственно говоря, их институциональная система как в формальном выражении, так и в смысловой интерпретации отличается как на уровне до теоретическом (обыденное, профессиональное сознание), так и на уровне теоретическом. Г.А. Гаджиев выявляя границы познания права, проектируя «дизайн» знания о праве, отмечает, что проблематика теории познания содержится в философско-правовых концепциях⁴²⁴. Поэтому можно констатировать, что границы и предмет права определяется также и идеологически.

Рассмотрим, институционализированные правовые ценности с точки зрения классической эпистемы, выявляя их отправной момент. Институционализированные ценности права могут быть усмотрены в истоках его существования. Либеральные доктрины, как уже отмечалось, выводят ценность из идеи свободы, индивида, частной собственности, естественных прав; в марксистских - из примата общественного над личным, экономики над правом («право - концентрированное выражение экономики»). Разница в итоге состоит в неодинаковых субъектах воли, а стало быть, и в субъектах права. Практически каждая классическая теория, в той или иной степени претендовала, да и претендует на некий универсальный подход к осмыслению правовой действительности. Истинность, детерминированность, верифицированность, противопоставление одного другому, - вот основные моменты, характеризующие классику.

Как отмечалось уже ранее, основанием западной правовой культуры выступает юснатурализм. Юснатурализм наиболее отчетливо реализовал себя в либеральной доктрине. Последняя, юридизируется в различных формах, конкретизируя формальную сторону вопроса. При этом отметим, что формы выражения основополагающих постулатов имеют вербальный и невербальный характер.

Вербализованные формы правовых ценностей являют себя в юридических источниках (формах): нормативно-правовых актах, декларациях, судебных прецедентах, принципах права; невербализованные правовые ценности обнаруживаются в правосознании, архетипических моделях и проч. Бессознательный срез осознанно не рассматривается, хотя, в плане производства (индустрии) ценностей иг-

⁴²⁴ Гаджиев Г.А. Указ соч. С. 141.

рует не менее, а может и более важную роль, так как связан с вытесненными, но значимыми переживаниями, лежащими «тяжелым бременем» на нервной организации человека (как индивида, так и коллектива).

Человек как творец ценностей, их носитель и транслятор может по-разному реагировать на происходящее в сфере правовой коммуникации. Метафорично можно выразить эту идею так. Нервная организация выводит меня из себя. Почему нервы реагируют на происходящее так, а не иначе? Почему для одних, одно стыдно, для других – нормально? Почему иногда вызывающее протестное поведение одобряется (легитимируется) отдельными референтными группами, а иногда и обществом в целом? Почему иногда хочется снять покровы приличий и выкинуть их как истлевшую, грязную утиль в «мусорную корзину» современной культуры? Часто «дурной запах», идущий от испорченной формы, провоцирует совершать очищение того, что так искусно прячется под «покровом ночи» культуры. Ценности и антиценности, в том числе, и в сфере правовой коммуникации, идут рука об руку, порой совершая кульбит либо в одну, либо в другую сторону, а подчас, и в разные.

Так, например, произошло с ценностями коммунистического общества, которые также, как и либеральные, были контекстуально обусловлены. Их историческая судьба оказалась менее удачливой, по крайней мере, сегодня. Вместе с тем, романтизм и наивность либеральных «правовых априори» также уходят, как уходят идеологические конструкты «неправового государства», «правового произвола», «коммунистического общества», «диктатуры пролетариата» и проч.

Представляется, что именно с позиций постклассики можно более- менее вразумительно показать противоречия современного мира и его концептуальное отражение вне логических заданностей, априорностей и прочих конструктов. В контексте новой реальности, вполне обоснованно выглядит мысль И. Л. Честнова, что постмодерн вынуждает пересмотреть основания общества эпохи модерна, в том числе государственность и право и «прежде всего характеристики правовопонимания, с которыми связаны все остальные положения юридической науки»⁴²⁵. Если изменяются основания государства и права в связи с трансформацией индустриального общества, то соответственно и признаки права, и принципы его восприятия примут другой облик. Постмодернизм выступает в этом ключе идеологическим основанием для правового плюрализма в постиндустриальной ситуации, который, в свою очередь, влияет как на саму изменяющуюся реальность, так и на её отражение. К институциональным ценностям это утверждение имеет прямое отношение.

Так, например, П. Черчмен обращает внимание на плюрализацию картин мира социума в рамках различных социальных, в том числе и правовых, систем; У. Акофф настаивает на доминирующем значении фактора плюрализма интересов

⁴²⁵ Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2. С. 5–6.

в моделях изучаемых организаций, что позволяет увидеть специфику нормативных систем; П. Чекленд рассматривает мир как проблематичный, допускающий множество интерпретаций. Видение постмодерна – видение плюралистическое. «Постмодерн бежит от всех форм монизма, унификации и тотализации, не приемлет единой общеобязательной утопии и многих скрытых видов деспотизма, а вместо этого переходит к провозглашению множественности и диверсивности, многообразия и конкуренции парадигм и существования гетерогенных элементов»⁴²⁶.

Постмодернистский плюрализм акцентирует внимание на конкуренции теории и методологических принципов, на легитимации многообразия в науке. Работающие в постмодернистской парадигме представители различных наук: правоведы, социологи, этнологи – обосновывают необходимость признания тотального многообразия в правовой системе, обществе, науке, настаивают на необходимости гибких построений теоретических моделей.

На основании вышеизложенных концепций можно констатировать, что все они, в том или ином ракурсе, признают факт правового плюрализма. Правовой плюрализм выступает в них в качестве идейной доминанты для построения многоуровневых моделей, демонстрирующих многообразие правовой жизни и правовых ценностей, как цементирующего основания всей правовой реальности. Отсюда право – это не только конгломерат действующих нормативных правовых актов, но и вся правовая действительность, включающая в себя правоотношения, различные формализованные источники, в том числе и правовые ценности, а также (текстуально оформленную – в широком смысле) правовую информацию.

Это дает основание утверждать, что в обществе существуют различные правовые системы, которые могут действовать в социальных практиках на базе универсального алгоритма государственно организованного права (в случае их официального включения в нормативно-правовую систему), и на базе неуниверсального алгоритма, что, в свою очередь, предусматривает их относительную самостоятельность от государственно организованного права. Последний вариант предполагает наличие в обществе нескольких действующих правовых подсистем, которые, сосуществуя в одном правовом поле, могут дополнять друг друга и даже эвентуально соперничать друг с другом. К числу таких полуавтономных систем относится традиционная система, имеющая свое ценностное основание и обоснование.

Существующие нормативные, в том числе и правовые системы (разновидность социального права) и государственно организованное право не разделены «китайской стеной», как остроумно заметили А.В. Поляков и Е.В. Тимошина, а представляют собой две подсистемы единой функциональной системы права, ме-

⁴²⁶ Вельш В. «Постмодерн». Генеалогия и значение одного спорного понятия // Путь. 1992. № 1. С. 132.

жду которыми существуют коммуникативные отношения. Они могут сохранять взаимный нейтралитет, временно находиться в состоянии оппозиции, но также и активно взаимодействовать. Последний вариант является оптимальным для определенных сфер социальной жизни, так как у государства имеются уникальные возможности для того, чтобы право смогло раскрыть полностью свой потенциал⁴²⁷. С этим утверждением трудно не согласиться.

В данном ракурсе, правовые ценности, объективированные в различных формализованных источниках, олицетворяют право. Это позволяет не противопоставлять «низшие» формы права «высшим», а интегрировать их в одну правовую матрицу, состоящую из взаимосвязанных и взаимообусловленных элементов и их связей. Отказываясь от монизма, постклассика предоставляет широкий спектр возможностей в изучении явлений правовой действительности, во многом указывающих на процесс формирования и развития права и его ценностей. А это, как известно, одна из ключевых проблем в теоретической юриспруденции. Поэтому представляется актуальным именно такой разворот проблемы.

Постклассическая парадигма не выносит априори положительной или отрицательной оценки в отношении любого вида, типа права у различных народов. Наряду с законом не умаляется значение прерогативных источников.

С позиций постклассики можно лучше понять происходящее и ответить на ряд вопросов: почему так часто действие того или иного закона не приносит ожидаемых результатов? Почему традиционные правовые ценности, так основательно искореняемые из области официального права, до сих пор занимает определенную нишу в сознании ряда референтных групп. Данный подход позволяет шире и глубже взглянуть на правовую жизнь как на некий субстрат, содержащий в снятом виде весь предшествующий человеческий опыт; как на то, что, по сути, определяет «дух народа» и «дух права».

Такая постановка проблемы не нова для науки, но отнести её к числу достаточно изученных вряд ли возможно. Эти идеи, как уж говорилось, впервые обозначенные ещё французскими просветителями (Ш.-Л. Монтескье, Ж.-Ж. Руссо) и в дальнейшем развиваемые представителями исторической школы права (Г. Гуго, Ф. К. Савиньи и Г. Ф. Пухтой), к сожалению, не нашли достойного места в современной российской теории права, за исключением её редких представителей, пробивающихся «через тернии» сначала вульгаризированного марксизма, затем догматического нормативизма, ортодоксального либертаризма⁴²⁸.

⁴²⁷ Поляков А.В., Тимошина Е.В. Общая теория права: Учебник. СПб., 2005. С. 126.

⁴²⁸ Поляков А.В. Феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. 2-е изд., доп. СПб., 2003; Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012; Графский В.Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще незавершенный проект // Правоведение. 2000. № 3; Мальцев Г.В. Ранние формы права и государства // Проблемы общей теории права и государства. М., 1999; и др.

Таким образом, представляется, что только с позиций постклассики возможно комплексное изучение правовой жизни во всем многообразии еесоциокультурных форм. Разнообразные правотворческие интенции различных групп порождают параллельные ценностные системы. Следовательно, необоснованной выглядит этатистская идея о приоритетности норм закона (права в узком смысле). В связи с этим напомним слова известного ученого: «Вы никогда не узнаете, на что похожа мышь, если будете тщательно изучать её отдельные клетки под микроскопом, так же как не поймете прелести готического собора, подвергая каждый его камень химическому анализу»⁴²⁹.

Стало быть, лишь с таких обновленных методологических позиций становится возможным говорить о правовых ценностях, источниками которых выступают материальные условия жизни конкретного народа и ментальные установки, во многом обуславливающие их многообразие. Этот подход демонстрирует характер и особенности институциональных ценностей; предусматривает иной взгляд на государственно организованное право, а именно, как на результат исторического развития; обнажает механизмы перехода одних ценностей в другие и наоборот.

Данный подход открывает новые возможности для интерпретации институциональных правовых ценностей, позволяет внести определенные коррективы в либеральные положения об универсализме прав и свобод, которые, безусловно, имеют важное социальное значение для цивилизаций, породивших их, но отнюдь не для тех, кому они «импортируются» в качестве «универсальных».

Одновременно возникает проблема механизма состыковки одной системы ценностей (коллективистских) с другой - ценностями западного (индивидуалистического) типа. Они не могут быть изначально универсальными для народов, стоящих на разных ступенях экономического развития. Об этом в своё время писал Гюстав Леббон, характеризуя особенности культурного развития различных народов, находящихся на разных ступенях экономического, политического и правового развития: «Нет ни форм правления, ни учреждений, относительно которых можно было бы сказать, что они абсолютно хороши или абсолютно дурны. Правление дагомейского короля – вероятно, превосходное правление для народа, которым он призван был править; и самая искусная европейская конституция была бы для этого же самого народа ниже выработанного им режима... Столь же резонно было бы стараться убедить рыб жить на воздухе, на том только основании, что воздушным дыханием пользуются все высшие животные»⁴³⁰.

§ 3. Законность, справедливость и целесообразность как конкурирующие ценности: проблемы правоприменения

О соотношении таких во многом противоположных ценностей, как законность и целесообразность, написано в последние десятилетия очень много. Главная проблема, поднимаемая в таком контексте – очевидное предпочтение целесообразности в управленческой деятельности. Профессиональное сознание управленца не принимает, и он искренне не понимает, что установленные законом или подзаконным актом правила, будь то ограничения компетенции, жестко предписанные процедуры или порядок проверки правоустанавливающих документов, как правило (в идеале, конечно, всегда, но так не получается) идут на пользу делу, гарантируя исполнимость сделки, быстрое установление ответственных лиц и т.п., т.е. в итоге – защиту прав. Напротив, все накладываемые законом ограничения вызывают только раздражение. Занятно, что при этом сейчас всерьез ведутся разговоры о ненужности юридической профессии, которая якобы в скором времени уйдет в историю, поскольку все юридические заключения станет делать компьютер. Это в том смысле, что юрист уличает в незаконности «блестящие» управленческие идеи, где экономическая целесообразность напрямую противопоставляется законности.

Феномен такого противопоставления далеко не нов. Известно, что сама идея законности в управлении была формально закреплена в государственных практиках Петром 1. Законность для него – инструмент поддержания правопорядка, понимаемого как условие стабильности и безопасности верховной власти и режима в целом. Поэтому о том, что закон должен ограничивать свободу и его собственного волеизъявления он не думал, как и о том, что соблюдение законности органами государственной власти лежит в основе прав подданных как их важнейшая гарантия. Если принять эту логику, можно по-новому взглянуть на вопрос, почему военная, финансовая и административная реформы Петра прижились, тогда как почти все его судебные преобразования канули в лету.

Не удивительно, что идея законности воспринимается российским народным правосознанием с трудом: она не рассматривается россиянами, чей генетический опыт связан с легистским авторитаризмом, временами плавно переходящим в тоталитаризм, как надежное средство защиты права и справедливости. Напротив, законность видится антитезой справедливости в её этическом, неправовом понимании. Собственно говоря, содержание корпуса законодательства на разных этапах российской истории подтверждает эту мысль: о каких бы правах подданных (граждан) ни шла речь в основных законах и конституциях, главной задачей законодательства было поддержание системы в целом. Какой период нашей истории ни взять, любые экономические проблемы государства и верхушки элит решались за счет большей части народа посредством оптимизации системы налогообложения. Так оплачивалась эли-

⁴²⁹ Гумилев Л.Н. Этногенез и биосфера Земли. СПб., 2002. С. 47.

⁴³⁰ Леббон Г. Психология народов и масс. СПб., 1995. С. 64.

там их лояльность. Однако измена или даже только мысль о ней (голый умысел) влекли за собой лишение жизни, статуса и имущества для всей семьи, а порой и рода. Ответственность членов семьи отменена была только Екатериной II.

Не мудрено, что подданным, как управленцам, так и управляемым, приходилось подстраиваться, мимикрировать, лицемерить, чтобы обойти несправедливый с их точки зрения закон: целыми уездами скрывались они от переписи населения, веками избегали дорогостоящей регистрации сделок, правдами и неправдами нарушали требования наследственного законодательства и т.п. Управленцы, в свою очередь, практикуя мздоимство и лихоимство, пытались как-то компенсировать утрату феодальных привилегий, тотальную обязанность служить, отрешение от родового имущества младших сыновей. Наказать всех означало лишиться большей части подданных. Это и подразумевает известная фраза М.Е. Салтыкова-Щедрина о необязательности исполнения строгих российских законов. Но такая практика, да еще широко распространенная, не могла не размывать нравственных устоев общества, особенно в период секуляризации сознания, когда перестали работать и религиозные ограничители своеволия и произвола. Фатальным образом это сказалося на правосознании, поскольку принцип формального равенства в процессе применения уголовного законодательства не работал.

Правда, в советский период нашей истории идеологическая работа партии в какой-то мере противостояла правовому нигилизму и атомизации общества. Не было и вопиющего отрыва элит от народа в экономическом смысле слова. Но всего этого оказалось недостаточно, поскольку общее назначение законодательства оставалось системноцентристским. В отсутствие у людей моральных и религиозных ориентиров правовая сущность либерального индивидуализма, провозглашенного Конституцией Российской Федерации 1993 г., может перерождаться и перерождается в крайний эгоизм и такие его прикладные продукты, как распространенный теперь технократический подход к управлению, выступающий под флагом оптимизации всех сфер жизни общества, включая науку, образование, медицину.

Налицо и все признаки законодательного нигилизма бюрократии, в среде которой представления о сомнительной ценности идеи законности бытовали и продолжают бытовать. Здесь логика немного другая, но в итоге выражается теми же словами: быстро достигать произвольно поставленных управленческих целей мешает закон. Внутреннее неприятие законности проявляет себя и в нестабильности действующего законодательства. Восприятие закона как регулятора преходящего, сиюминутного, снимает мотивацию на повышение его качества: если сразу не получилось урегулировать данное общественное отношение оптимальным образом, всегда можно принять десяток-другой поправок, а то и издать новый. Иными словами, законодательный нигилизм совсем не мешает масштабному нормотворчеству на всех уровнях, попыткам урегулировать инструкциями, регламентами, стандартами все области жизни общества, не оставляя пространства для его саморегуляции.

Однако сказанным не исчерпывается опасность неприятия законности правящим классом: неверие в закон оборачивается неверием в институты. Даже К.П. Победоносцев, которого никак не обвинишь в юридической неграмотности, полагал, что российское государство всегда имело «более персоналистский, нежели институциональный характер, опиралось в значительной мере не на институты, а на людей. Такое понимание особенностей российской государственности приводило ... к выводу о том, что любые проекты преобразования государственного строя сами по себе ничтожны, бессмысленны, что никакие отдельные меры не приведут к улучшению государственного управления, если на высших должностях не будет достойных людей, способных эффективно действовать в интересах своего народа»⁴³¹. Звучит красиво. Даже читается апелляция к популярному в последние годы этическому кодексу управленцев. Но в действительности подразумевается опасный вывод: никакие институты, даже самые демократические, не в состоянии противостоять у нас традиции выстраивания верховной властью параллельной институтам системы личных связей, составляющих альтернативную и действительно более эффективную систему управления, со своим, конечно, целеполаганием.

В современных российских реалиях кризис доверия общества в отношении бюрократии пока толком не осознается. Но немногочисленная экономическая элита и, так называемый, административный класс живут своими корпоративными и прямо эгоистическими интересами, ориентируясь в своих действиях отнюдь не на «правило Победоносцева», но только на поступающие «сверху» императивы. Наиболее яркая нравственная оценка того же феномена принадлежит культуре: «У редкого из нас доставало столько любви к добру, чтобы он решился пожертвовать из-за него и честолюбьем, и самолюбьем, и всеми мелочами легко раздражающегося своего эгоизма и положил самому себе в непреманный закон - служить земле своей, а не себе, помня ежеминутно, что взял он место для счастья других, а не для своего. Напротив, в последнее время, как бы еще нарочно, старался русский человек выставить всем на вид свою щекотливость во всех родах и мелочь раздражительного самолюбья своего на всех путях» (Гоголь Н.В. Избранные места...).

К.П. Победоносцев прекрасно знал, о чем говорит. Именно поэтому он один из первых среди правоведов обращает внимание на нравственную сторону управления, отмечая, что сознание достоинства в нём «должно быть неразлучно с сознанием долга: по мере того, как бледнеет сознание долга, сознание достоинства, расширяясь и возвышаясь не в меру, производит болезнь, которую можно назвать гипертрофией власти. По мере усиления этой болезни, власть может впасть в состояние нравственного помрачения, в коем она представляется сама по себе и сама для себя существ-

⁴³¹ Главный афоризм К.П. Победоносцева на эту тему: «У нас, в России, все только людьми можно сделать». См.: Томсинов В.А. Конституционный вопрос в России в 60-х начале 80-х годов XIX века. М., 2013. С. 206-207.

вующей»⁴³². Этими словами был поставлен серьезный диагноз русскому государству и примечательно, что сделал это один из самых ярких апологетов не подзаконной бюрократии в нашей истории. В его представлении свобода бюрократического решения, направляемого не законом, а «стремлением к правде и к благу общественному» нужна всякий раз, «когда открывается зло и насилие, когда предстоит защитить обиженного, водворить порядок и воздать каждому должное». По его мнению, если лицо, «обязанное действовать, на всяком шагу встречается в самом законе с ограничительными предписаниями и искусственными формулами, если на всяком шагу грозит ему опасность перейти ту или другую черту, ... тогда всякая власть теряется в недоумениях... и подавляется страхом ответственности в такую минуту, когда не страху, а сознанию долга и права своего надлежало бы служить единственным побуждением и руководством»⁴³³.

Этические принципы, оказывается, чрезвычайно важны, поскольку в них таится столь уважаемая на Руси идея правды и справедливости, главной ценности обыденного правосознания россиянина. Не удивительно, что перед властителями и судьями, равно как и перед рядовыми управленцами хотя бы раз в жизни встает старая российская дилемма: «Как судить (управить)? По закону или по совести»? Очень показателен казус из советских ранних послесталинских времен (т.е. еще до оттепели). В суде слушалось дело о неравноценном обмене жилплощади. Учитель с семьей в шесть человек жил на девятнадцати метрах, а старичок-пенсионер с женой занимали две смежные комнаты в сорок два метра. Обмен, о котором они договорились, не отвечал формуле закона о «равноценности площади» и вызывал подозрение в переуступке из корысти. Руководствуясь именно этими соображениями, представитель горсовета настаивал на отказе в обмене, изобличая истца спекулянта жилплощадью. При этом игнорировалось, что старичок проработал 37 лет на железной дороге, а второй четверть века учительствует. Судье в совещательной комнате пришлось тогда столкнуться и с народными заседателями, которые «стояли за безоговорочное удовлетворение иска» коммунального отдела». Но несмотря на «мысли о кассационной коллегии, о возможных подозрениях в пристрастии, о столкновении с районными властями, о десятках вещей, связанных с незаконным решением», он решился «благоустроить жизнь советских людей, вместо того чтобы ей помешать» и при этом «чувствовал себя смельчаком и героем»⁴³⁴.

Здесь уже говорилось об экономистах, заикнувшихся на целесообразности. Однако «приоритет «системных интересов» над интересами гражданина не может быть сбалансирован никаким экономическим либерализмом, который, впрочем, как мы

видим, тоже не может быть устойчивым в условиях нынешней, якобы «государственной» модели»⁴³⁵. Но даже среди экономистов есть те, которые уверены, что «гуманного порядка экономики нельзя достичь с помощью одних правовых принципов, а необходимы индивидуальные и социально-этические обязательства предпринимателей, рабочих и служащих, профсоюзных функционеров и политиков», которые должны решиться на «добровольное самоограничение во имя этического идеала»⁴³⁶.

Концепция социального рыночного хозяйства предлагает «соединить свободу рынка с социальным «выравниванием». Для этого «государство должно действовать достаточно активно – осуществлять госинвестиции, устанавливать размер минимальной заработной платы, гарантировать пособия и дотации нуждающимся, установить прогрессивную налоговую шкалу, развивать жилищные госпрограммы и программы соцстрахования. Важнейшим пунктом была и роль государства в формировании такого социального порядка на частных предприятиях чтобы сотрудникам предоставлялись права участия в управлении предприятиями»⁴³⁷. Кстати говоря, нарушение законодательства становится настолько обыденным делом, что, рекламируя себя, некоторые работодатели специально указывают, что в их фирме гарантируется полное соблюдение трудового законодательства.

Вот еще пример из близкой нам всем области. Искоренение коррупции в системе образования можно рассматривать как одну из задач ее модернизации. Но есть особый аспект этого явления: сборы, которые учебное заведение проводит на ремонт помещения или иные общешкольные нужды. Здесь речь идет не столько о латентной коррупции, сколько о латентных и лукавых способах экономии средств муниципальных и региональных бюджетов, которые, заметим, формируются за счет налогоплательщиков. Ведь эти средства чаще всего не идут в карман директоров школ, а действительно тратятся на ремонт. Понятно, что все это незаконно. Но ремонт-то делать нужно. Здесь директор виноват, конечно, в гораздо меньшей степени, чем те, кто не заложил в бюджет необходимые средства или задержал их для «прокрутки». Причем аморальность таких практик коренится именно в почти откровенном расчете на то, что директор нарушит закон. Иначе ведь школу закроют, учеников перераспределят, а учителя лишатся работы. Зато при угрозе скандала такого директора всегда можно уличить в подобных сборах. Хорошо хоть уголовные дела в этих случаях, если и возбуждаются, то чаще всего не доводятся до суда, хотя случалось и такое. Но репутация уже утрачена. Так что здесь налицо ещё и нарушение права на защиту достоинства личности. Проблему не решить только карательными антикоррупционными мерами. В данном случае финансирование ремонта, модернизации оборудования и т. п. в школах, сред-

⁴³² Победоносцев К.П. Власть и начальство // Победоносцев К.П. Великая ложь нашего времени.

Сборник статей и писем. М. 1993. С. 190.

⁴³³ Победоносцев К.П. Закон // Победоносцев К.П. Великая ложь нашего времени. Сборник статей и писем. М. 1993. С. 150.

⁴³⁴ Померанцев В. Об искренности в литературе // Новый мир. 1953. № 12. С. 218.

⁴³⁵ Оболонский А.В. Геополитика – аморальный вид ложного сознания и цивилизационные альтернативы // Политическая концептология. 2010. № 1. С. 56.

⁴³⁶ Восканян М., Кобяков А. Развитие плюс справедливость // Однако. 11 марта 2013. С. 12.

⁴³⁷ Восканян М. Указ. соч. С. 10.

них профессиональных учебных заведениях, иных учреждениях социальной сферы должно быть строго приоритетным в бюджетах всех уровней. Кроме того, необходимо вносить изменения в ряд важнейших законов, в том числе о государственном и муниципальном заказе.

Получается, что применение законодательства, защищающего права работников, требует от капиталиста нравственного усилия или, если угодно, преодоления соблазна: ведь в его руках такое орудие произвола, как свобода договора, а прибыль – второе название и цель капиталистического производства. Неслучайно проблема прекариата занимает теперь умы представителей различных направлений гуманитарного знания. Так история на новом витке доказывает правоту П.И. Новгородцева, давно заметившего, что «ни право без нравственности, ни нравственность без права не могут рассчитывать на прочное существование и развитие. Это доказывает их неразрывную внутреннюю связь, которую можно было бы предположить уже а priori ввиду неразрывного единства всей общественной жизни. Находясь в этой связи, они и развиваются совместно, повинувшись общему ходу исторического процесса и каждый раз свидетельствуя своими одновременными успехами о воздействии на них одного и того же закона общего развития. Прогресс в одной области рано или поздно отражается в другой, обуславливаясь при этом некоторым общим прогрессом всей социальной жизни»⁴³⁸. Остается ждать наступления прогресса, прикладывая к этому все возможные воспитательные усилия, пока нас не заменил на кафедре лектора бездушный и лишенный морали монитор.

§ 4. Правообразование и правотворчество: ценностное измерение

Право можно отнести к числу основополагающих ценностей мировой цивилизации. Если анализировать право с точки зрения его генезиса, то, очевидно, что процесс развития права неразрывно связан с процессами формирования права, а также изменения существующих правил, появления новых, т.е. с процессами правообразования и правотворчества. В этой связи встает вопрос соотношения процессов правообразования и правотворчества. Правообразование – это, прежде всего, процесс формирования права. Следуя тенденции социального подхода к процессу правотворчества, можно констатировать, что социальными источниками правообразования являются общественные отношения, их развитие, социальная практика, возникновение в обществе новых потребностей. Иначе говоря, формирование права невозможно без наличия объективных потребностей в правовой регламентации общественных отношений. Потребность в правовой регламентации появляется как реакция на значительные социальные изменения и преобразования,

⁴³⁸ Новгородцев П.И. 1866 – 1924. Право и нравственность / П. И. Новгородцев // Правоведение. 1995. № 6. С. 103-113.

происходящие в обществе. Правообразование происходит «в правосознании, конкретных правоотношениях, правомерном поведении, правовых теориях, судебных прецедентах и т.д. Правоведами не раз подчеркивалось, что основными факторами, определяющими правообразовательный процесс, являются экономические, политические, социальные, национальные, внешнеполитические, идеологические, организационно-волевые факторы. При этом к экономическим факторам относят «материальные условия жизни общества, обусловленные равноправным существованием различных форм собственности, свободой предпринимательства»; к политическим — «политическую обстановку в стране, характер взаимодействия различных слоев общества и групп населения, уровень активности политических партий, движений и общественных объединений»; к социальным - «степень заботы общества и государства о личности, ее интересах и потребностях, об охране и обеспечении ее прав и свобод»; к национальным — взаимоотношения и формы сотрудничества между нациями и народностями, населяющими страну, заботу об их равноправии и свободном развитии, государственно-правовые механизмы оформления их юридического статуса. «Международное положение государства, уровень и характер взаимоотношений с другими государствами и международными организациями» относятся, к внешнеполитическим факторам, а к идеологическим факторам, влияющим на процесс образования права, – «идеологическая база права, правосознание граждан и общества в целом, степень его внедрения в общественное сознание, правовые идеи»⁴³⁹.

Правообразование – это объективный процесс, в котором допустима саморегуляция общественных отношений. Он начинается вне государственного вмешательства, когда в условиях быстрого развития социальных процессов правовое регулирование не успевает отражать новые условия. Тогда процесс правообразования проявляется стихийно в виде образования новых правоотношений. Общество само регулирует возникшие общественные отношения посредством создания, например, обычаев или норм морали. Признание государством вновь возникающих правил поведения в качестве правовых является переходом к правотворчеству. Таким образом, право формируется и вне связи с правотворческой деятельностью. Об этом, в частности, пишет В.С. Нерсесянц. Он определяет правообразование как независимый от сознания человека процесс формирования права, который впоследствии находит свое проявление в правотворческой деятельности⁴⁴⁰. В отличие от правообразования правотворчество нацелено на разработку юридических норм. В ходе правотворчества определяется потребность в правовом регулировании, готовится проект нормативного акта, проходит его обсуждение, согласование и при-

⁴³⁹ Пиголкин А.С. Правотворчество: Проблемы теории государства и права / Ред. В.С. Нерсесянц. М., 2000. С. 309-310.

⁴⁴⁰ Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / под общ. ред. проф. В.С. Нерсесянца. М.: Издат. группа НОРМА ИНФРА, 1999.

нятие⁴⁴¹. Действительно, правотворчеством в литературе обычно называют процесс, в рамках которого появляются одни правила и видоизменяются другие. Согласимся с теми учеными, которые понимают правотворчество как своего рода «технологии формирования правовых норм в законах и других общеобязательных актах, включающую сознательно-волевою деятельность субъекта правотворчества с использованием разнообразных форм, способов, процедур»⁴⁴². Таким образом, правотворчество является составной частью правообразования. Значимым признаком правотворчества является его связь с волевой деятельностью людей. Правотворческий процесс носит субъективный и во многом творческий характер. В процессе правотворчества на передний план выдвигается субъективная сторона деятельности законодателя в правотворческом процессе. В этой связи значимыми становятся уровень его правовой культуры, профессионализм, ценностные ориентации. Можно констатировать что, в правотворчестве как в зеркале отражается уровень цивилизованности общества и его отношение к правовым ценностям. Это прежде всего выражается в содержании правовых норм. Формирование действующего законодательства должно способствовать его системности, обеспечивать повышение эффективности права. Думается, что помощь в формировании эффективного правотворчества может оказать применение аксиологического подхода. Этот подход считается одним из перспективных направлений развития отечественного правоведения в теоретическом и в практико-прикладном значении.

Под правовой аксиологией понимается учение о ценности права. Ценность - это то особое значение, которое человек придает чему-либо. Предметная область и основная тематика правовой аксиологии - это проблемы понимания и трактовки права как ценности. «Если допустить, что право – социальная ценность, то теоретически вполне оправданно, освещая право, видеть в его свойствах, регулятивных, охранительных, процессуальных механизмах, в его многообразном инструментарии своего рода правовые ценности – такие достижения регулятивной структуры, которые выражают позитивный потенциал права, его «вклад» в обеспечение социального регулирования, соответствующего потребностям социального процесса»⁴⁴³ В юридической литературе право понимается как феномен, имеющий не относительную, а абсолютную природу. Только будучи всеобщими, то есть предъявляемыми абсолютно к каждому, требования права становятся одновременно и гарантиями свободы каждого. Именно абсолютная природа права делает его для человека ценностью, поскольку ценность есть только то, что имеет абсолютную, а не относительную, значимость для человека. Здесь аксиологический подход противопоставляется утилитарному, Аксиологический подход к праву в конечном итоге

определяет его возможность регулировать социальные отношения вне прямого государственного принуждения и независимо от методов государственного убеждения. Нормы права становятся выражением высших ценностей, что предполагает в результате подчинение таким нормам. Нормы права воспринимаются как нечто священное, как элемент мирового нравственного порядка. Только в таком случае человек, выступая субъектом и объектом правоотношений, осознает себя как свободного субъекта, а право – как «математику свободы».⁴⁴⁴ Следовательно, именно наличие в праве абсолютных начал позволяет увидеть в нем диалектику всеобщего и единичного, диалектику всеобщей регулирующей функции права, ограничивающей произвол человека, и функции обеспечения индивидуальной свободы каждого отдельного человека⁴⁴⁵.

Основополагающей категорией аксиологического подхода в праве является категория правовых ценностей. Исходя из присущей современной юридической науке плюралистической традиции, на сегодняшний день не выработана единая методология исследования содержания и сущности правовых ценностей. В настоящее время в отечественной науке присутствуют несколько подходов к данной категории. Одними она рассматривается в качестве интересов, убеждений и представлений субъектов правоотношений (А.Н. Бабенко)⁴⁴⁶; другими, в качестве средства удовлетворения потребностей субъектов (П.М. Рабинович); третьими, как потенциальная функция права (В.М. Баранов, И. Л. Петрухин); четвертыми, как некое материальное или идеальное явление, способное удовлетворить потребности (В.Н. Кудрявцев, Ф.Н. Фаткуллин, А.Ф. Черданцев, Л.Д. Чулюкин); пятыми, правовая ценность рассматривается как явление социальной реальности, возникающее во взаимодействии реальности и интересов субъекта (Л.С. Мамут)⁴⁴⁷, шестыми, как конкретные социально-правовые явления, правовые средства и механизмы⁴⁴⁸. В рамках постклассической методологии правовые ценности воспринимаются как базовый системообразующий элемент смысла права и объект юридического смыслообразования (Ю.А. Гаврилова)⁴⁴⁹. Несмотря на различные подходы к определению правовых ценностей очевидно, что осмысление правовых ценностей определяет общую направленность социализации права. Содержание правовых ценностей обусловлено историческими, идеологическими, культурными и другими де-

⁴⁴¹ Афанасьев В.С. Правообразование и правотворчество // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2008. № 1 (4). С. 4.

⁴⁴² Муромцев Г.И. Правотворчество // Юридическая энциклопедия. М.: Юристъ, 2001. С.822

⁴⁴³ Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х тт. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. С. 102.

⁴⁴⁴ Нересянец В.С. Право – математика свободы: опыт прошлого и перспективы. М., 1996.

⁴⁴⁵ Ревнов Б.А.Н.Н. Алексеев о проблеме правовых ценностей // Юридическая мысль. 2012. № 5 (73). С. 50-55.

⁴⁴⁶ Бабенко А. Н. Правовые ценности и освоение их личностью: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002. С. 12.

⁴⁴⁷ Мишутина Э. И. Действующее законодательство и понимание ценностей в истории философии: связь через века // История государства и права. 2010. № 20. С. 37–40.

⁴⁴⁸ Лазарев, В. В. Теория государства и права : учебник для академического бакалавриата. М. : Издательство Юрайт, 2015. С. 106.

⁴⁴⁹ Гаврилова Ю. А. Правовые ценности и смысл права // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 3. С. 35–39.

терминантами. Зачастую господствующий в стране тип правопонимания определяется системой правовых ценностей. Так, при господстве в обществе идей позитивизма, право в той или иной мере сводится к нормотворческой деятельности государства. Значимым и наиболее разработанным направлением позитивизма является легистский тип правопонимания. Легистскому восприятию права свойственно отождествление права и закона, отрицание объективных, независимых от законодателя свойств и характеристики права... Во главу угла ставится ценность закона. Право определяется как система норм, установленных и санкционированных государством. Легизм в аксиологическом плане отвергает собственно правовые ценности и признает в основном ценность закона. Теоретики правового позитивизма (Д. Остин, Бергам, Харт и др.) признавали единственным источником правообразования государство. Ценность закона определяется его общеобязательностью, властной императивностью. В этой связи показателен неопозитивистский подход Кельзена. Согласно его трактовке «право составляет ценность как раз потому, что оно есть норма»⁴⁵⁰.

Естественно-научный тип правопонимания диктует иное отношение к правовым ценностям. Естественно-научный подход – это прежде всего человекоцентричный подход. Естественно-научное право по своей природе рассматривается здесь как некий универсальный нравственный феномен. В аксиологическом смысле естественно-научное право наделяется абсолютной ценностью и понимается нравственным явлением по своей природе. При этом в понятие естественно-научного права наряду с объективными ценностями (равенство людей, их свободы) включаются моральные, религиозные, нравственные ценности. Само существование права обусловлено воплощением в нем нравственных начал. Однако приоритет нравственных критериев, свойственных естественно-правовому типу правопонимания, приводит к размытости пределов действия права, и правовая практика лишается теоретических критериев оценки правового качества закона. В то же время именно естественно-правовой аксиологии принадлежит заслуга в постановке и разработке проблем свободы и равенства людей, справедливости, верховенства права, правового ограничения публичной власти и т. д. Замечено, именно в критические моменты истории, связанные с кризисами, реформами, революциями, войнами, естественно-научный подход становился наиболее востребованным. Это не случайно, т.к. данный подход основан на вечных общечеловеческих ценностях.

Последовательное преодоление недостатков естественно-правовой концепции ведет к появлению либертарного типа правопонимания. Либертарная аксиология предполагает различие права и закона. «Ценность права, согласно либертарной аксиологии, состоит в том, что право является всеобщей, необходимой и об-

⁴⁵⁰ Чистое учение о праве Ганса Кельзена: к XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. Сб. пер. Вып. 1. М.: АН СССР ИНИОН, 1987. С.93.

щеобязательной формой выражения таких фундаментальных человеческих ценностей, как равенство, свобода и справедливость»⁴⁵¹. В отличие от естественно-правовой либертарной аксиологии делает акцент на исследовании вышеупомянутых ценностей как правовых, а не моральных или религиозных. Право понимается здесь не просто как носитель естественно-правовых ценностей, а как определенная форма правовых ценностей. «Разница между естественно-правовым и либертарно-юридическим типами правопонимания определяется мерой последовательности в трактовке права как выражения разумных начал социальной жизни. Для либертарно-юридического подхода эти разумные начала социальности отождествляются с универсальным принципом формального равенства, выражающим сущностный признак права».⁴⁵² Таким образом, либертарная концепция позволяет учесть рациональные достижения как естественно-правовой, так и позитивистской мысли и в то же время во многом преодолеть присущие им недостатки.

Гуманистическая аксиология концентрирует свое внимание на таких ценностях, как равенство, свобода и справедливость. Этим она сходна с либертарной концепцией. Однако ценностные категории в гуманистической аксиологии рассматриваются через призму гуманизма. При этом предлагается не смешивать право как форму фактических отношений с самими фактическими отношениями⁴⁵³.

В зависимости от главенствующего в определенной исторической эпохе типа правопонимания доминировал тот или иной аксиологический подход. Так, в советское время господствовала позитивистская аксиология; в 90-е гг. XX в. – либертарная аксиология; в 2000-е стала превалировать естественно-правовая аксиология. В настоящее время в правовой науке стал приобретать популярность аксиологический подход гуманистической направленности.

Как правило, в правовых ценностях воплощаются сложившиеся в обществе представления о том, что является правильным, справедливым. В то же время сложно не согласиться с А.А. Дорской, которая считает, что к основным методологическим особенностям исследования эволюции российских правовых ценностей относится то, что они представляют собой сложный конгломерат дореволюционных, советских и западных ценностей на фоне неверия в эффективность права⁴⁵⁴. Такое отношение к праву во многом объясняется тем, что в нашей стране на протяжении длительного времени ценность права измерялась исключительно ин-

⁴⁵¹ Рябцева Е.В. Правовая аксиология разумности // Вестник Оренбургского государственного университета. 2012. № 3 (139). С. 164.

⁴⁵² Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М.: Российская академия правосудия, 2012. С.37.

⁴⁵³ Васильев Н.Г., Амосова И.В. Методологические проблемы применения аксиологического подхода к правотворчеству // В сборнике: Проблемы современного российского законодательства Иркутский юридический институт (филиал) Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации. 2012. С. 8.

⁴⁵⁴ Дорская А.А. К вопросу о методологии изучения эволюции российских правовых ценностей // Историко-правовые проблемы: Новый ракурс. 2011. № 4-1. С. 201.

струментальнополитически. Право воспринималось как область предписаний, запретов и санкций. Это не могло не сказаться на отношении к праву. Думается, что аксиологический подход к исследованию правообразования и правотворчества позволит взглянуть на роль права по-иному. Не случайно достаточно актуальными в настоящее время становятся вопросы подлинной ценности права, соотношения права и равенства; анализ правовых ценностей, присущих нашему обществу, их реализация в правотворческой деятельности, распространение сложившихся цивилизованных ценностей на все сферы жизнедеятельности общества.

§ 5. Ценность догматической доктрины в системе правотворчества

Уникальность права по сравнению с иными социально-регулятивными системами современности заключается в его догматической форме. Только праву присущи доктринальные и легальные абстракции, образующие юридическую терминологию и получающие официально-текстуальное выражение посредством правоустановления (правотворчества). Правотворчество, как известно, ответственно за содержание и логику позитивного права, и в профессиональной деятельности юристов оно выделяется своим высоким творчески-созидательным потенциалом. Процесс правоустановления связан с умением обнаружить факты, в отношении которых поступает запрос на упорядочение, определить границы предмета регулирования, находить форму, методы и радиус правового воздействия, связывать создаваемые нормы в непротиворечивое единство с уже действующими предписаниями, кратко и точно выражать мысль властной официальности. При этом занимаясь поиском тех норм из множества возможных вариантов, что будут полезными и оптимальными в деле упорядочения общественных отношений, правотворчество прибегает к помощи специальных научных знаний и практик рациональной организации формируемого нормативного материала.

Поэтому в качестве источника и инструмента правотворческого проектирования используется (среди прочих средств) правовая доктрина, обладающая высоким предметно-теоретическим и практико-прикладным потенциалом. Доктрина как комплексный, многоэлементный и проникающий абсолютно во все сегменты правообразования научный ресурс, выступает незаменимым источником создания и оформления позитивного права. Ее достоинства заключаются в информационной достоверности, аргументированности и обоснованности суждений, способности предложить решение самых разных и сложных ситуаций, а также прогнозируемости, преемственности, сохранении национального нормативно-регулятивного опыта и проч.⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ См.: Васильев А.А. Правовая доктрина как источник российского права: дискуссионные вопросы // Источники права и источники познания права: теоретические, методологические и методические

В контексте правотворческой деятельности, понимаемой как особой юридической сферы, правовая доктрина может быть определена следующим образом. Например, как «авторитетное мнение ученых, выраженное в форме принципов, теорий, концепций»⁴⁵⁶, или как «научное творчество в форме идей, гипотез, теорий, понятий и категорий, вскрывающих существенные черты и закономерности правовой жизни общества»⁴⁵⁷, или как «выработанную юридической наукой систему взглядов на проблему правового регулирования общественных отношений, выраженную в форме принципов, презумпций, аксиом и иных основоположений, являющихся моделью позитивного права и определяющих приоритетные направления, закономерности и тенденции развития законодательства»⁴⁵⁸. Однако наиболее отвечающей задачам настоящей темы является определение, сформулированное Д.Ю. Любитенко: доктрина – это «система авторитетных и влияющих на законодателя представлений о должном образе права, отражающих сложившиеся в обществе культурные и прежде всего научные взгляды относительно надлежащего характера правового регулирования»⁴⁵⁹. Обобщая, можно сказать, что правовая доктрина выступает своеобразным «поставщиком» образцов нормативных формулировок для законодателя, научно-теоретической основой, переводящей доктринальные нормы в легальные.

В процессе правотворчества обращаются к большому множеству доктрин, которые можно разделить, как представляется, в три условные группы: 1) предметно-содержательного характера, формируемые отраслевыми юридическими науками (они составляют основной объем доктринальных положений, необходимых правотворчеству для изложения содержания нормативных правовых источников (форм) права); 2) формального характера, эта группа представлена доктриной в единственном числе – юридической догматикой (следует подчеркнуть, что в отдельном государстве для конкретного исторического периода и применяемой в официальном правоустановлении концепции правопонимания используется всегда одна доктрина такого рода); 3) организационного характера, состоящая из правил юридической техники (для отдельного государства и конкретного исторического периода таковая доктрина также представлена всегда в единственном числе). Изложенная классификация представляется вполне приемлемой для демонстрации

проблемы исследования. Материалы круглого стола. 21-22 июня 2013 г. / отв. ред. С.В. Кодан. Екатеринбург: Рос. гуман. науч. фонд. Уральская гос. юрид. академия, 2013. С. 51.

⁴⁵⁶ Хабриева Т.Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. 2009. № 2. С. 34.

⁴⁵⁷ Вопленко Н.Н. Источники и формы права: учебное пособие. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. С. 55.

⁴⁵⁸ Полянский Д.А., Пузиков Р.В. Правовая доктрина как особое правовое явление // Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2013. № 11. С. 335.

⁴⁵⁹ Любитенко Д.Ю. Системные свойства правовых доктрин // Вестник Владимирского юридического института. 2011. № 1. С. 140.

роли, функций и значимости соучастия различной научной информации в процессе создания официального позитивного права, хотя требует некоторого пояснения.

Догматическая юриспруденция, как известно, не выделяется большинством юристов в качестве самостоятельного источника правотворчества и причисляется к сфере юридической техники. Однако думается, что подобного рода «приниженный» при таком видении статус этой доктрины никак не соответствует той миссии, которая фактически ею выполняется. Целью юридической техники, как считается в литературе, является организационно-техническое и словесно-документальное оформление того или иного носителя норм права – законов, подзаконных актов, договоров и т.д. Доктрина же юридической догматики, как вполне очевидно, задействуется в ином ракурсе: она несет собой концептуальные основы теории, описывающей и объясняющей порядок придания формальной определенности нормам права, т.е. надления создаваемых юридических институтов той формой, которая задает последним свойства и качества быть общеобязательными и практически реализуемыми. Догматика передает правотворчеству, так сказать, предпонимание формируемых официальных институтов в виде (образе) своего категориального аппарата, который, кстати, построен на базе господствующих философских учений и научных парадигм⁴⁶⁰ и который, к тому же, функционирует благодаря использованию особого – формально-логического стиля мышления. В этом контексте, совершенно обоснованно пишет С.Н. Касаткин, юридическая догматика представляет собой «реконструкцию официального права как определенной концептуально-нормативной системы», а равно «практику осмысления и конструирования социальности с официально-правовых позиций»⁴⁶¹. Очевидно, что это не «технично-документальное оформление», а нечто более глубокое – теоретико-концептуальное обоснование правового регулятора.

Юристы-ученые, работающие вне позитивистской методологии, не признавали и продолжают не признавать за догматической доктриной научного знания в строгом смысле этого слова, поскольку считают, что она не имеет ничего общего с исследованием закономерностей права, а решаемые ею задачи по сравнению с иными школами права (социологической, естественно-правовой, исторической, антропологической и др.) не обладают какой-либо новизной. В лучшем случае, ее относят к описательным наукам низшего уровня или даже к отраслям искусства (технологий), наподобие медицины, инженерного или военного дела⁴⁶². Тем не

менее, С.А. Муромцев, известный сторонник социологической юриспруденции, утверждал, что «этот факт никак не умаляет других достоинств догматики»⁴⁶³, и ничто не может восполнить ее уникальных возможностей, связанных с механизмами придания формальной определенности создаваемым в процессе правотворчества институтам права, поскольку «только будучи формальным предметом (специфической формой, особой формальностью) право может обладать качеством всеобщности, быть абстрактно-всеобщей формой отношений»⁴⁶⁴. Догматика, безусловно, – техника (искусство, методика) правотворчества, но не в смысле документального «изготовления» официальных норм права, а в значении деятельности, т.е. преобразования имеющейся научной информации в нормативную «продукцию». Ведь сама догматика была сформирована и продолжает развиваться на базе «рефлексии юридических конструкций, классификаций, принципов, понятий, позволивших юристам прояснить методологические установки, идеалы, принципы и нормы догматического познания положительного права»⁴⁶⁵, до чего явно не «дотягивает» технико-организационный инструментарий. Поэтому, представляется неадекватным отнесение догматики к сфере юридической техники.

Под догматической доктриной имеется в виду общее мнение и формулы ученых-юристов об исходных положениях и установлении позитивного права. Она формируется на базе, а равно применительно к конкретной системе действующего позитивного права, отражает только присущие последнему национальные особенности и выражает целесообразную по официальным меркам модель (схему) юридически должного. Согласно С.С. Алексееву, догматика есть отрасль прикладных знаний, которые понятийно констатируют юридические реалии, выявляют и толкуют в действующих законах нормы и юридические факты, фиксируют присущие им особенности, находят их смысловые значения, вырабатывают соответствующую терминологию и на основе обобщенного материала разрабатывают определения, сравнительные характеристики, классификации и предложения по совершенствованию действующих норм⁴⁶⁶. С очень большой натяжкой в этом случае можно говорить о технически (в узком и прямом смысле) догматики. Догматика представляет позитивное право как бы «изнутри», ее понятийный строй правовых абстракций ставит своей целью сформировать структурированную систематику правовых предписаний, способных решать «сложные» вопросы.

«Продукцией» догматической доктрины выступает догма, собственно, которую и востребует процедура правотворчества. Под догмой разумеются начала (принципы) действующего права какой-либо страны для целей практического

⁴⁶⁰ Козлов В.А. Проблемы предмета и методологии общей теории права. Л., 1989. С. 94.

⁴⁶¹ Касаткин С.Н. Юриспруденция и словоупотребление. Проект юридической догматики // Юриспруденция в поисках идентичности. Сборник статей, переводов, рефератов / под общ. ред. С.Н. Касаткина. Самара: Самар. гуманитар. акад., 2010. С.20-21.

⁴⁶² См., например: Муромцев С.А. Что такое догма права? // Юриспруденция в поисках идентичности: сборник статей, переводов, рефератов / под общ. ред. С.Н. Касаткина. Самара: Самар. гуманитар. акад., 2010. С. 163-165; Тарановский Ф.В. Энциклопедия права. СПб.: Изд-во «Лань», 2001. С. 338-342.

⁴⁶³ Муромцев С.А. Указ. соч. С. 164.

⁴⁶⁴ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник. М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. С. 31.

⁴⁶⁵ Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики: монография. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 14.

⁴⁶⁶ См.: Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Изд-во НОРМА, 2002. С. 5-6.

обеспечения правового порядка. Догма есть «обобщение, принцип или начало, выраженное в юридической норме и обнимающая своим содержанием общие существенные черты многих частных правил или норм»⁴⁶⁷. Она отличается предельной логической завершенностью и точностью, а будучи перенесенной в позитивное право, превращает его в последовательно системное образование.

Формы, в которых может выражаться догма, разнообразны. Например, В.С. Нерсесянц называет принципы, понятия, термины, конструкции, способы, средства, приемы, дефиниции, характеристики, оценки и т.д., которые свойственны всему многообразию юридического мира и которые позволяют трактовать позитивное право в целом, его источники, структуры, действие и применение, нарушения и восстановления, т.д.⁴⁶⁸ В этом списке можно выделить условно-статические элементы (определения, принципы и конструкции) и условно-динамические элементы (способы, средства, приемы оперирования первыми), которые характеризуются своими специфическими чертами.

«Определения» («дефиниции») есть суждения, придающие относительно строгий смысл языковому обозначению, избранному для того или иного правового объекта. Дефиниции решают задачу образования правового понятия о явлении (процессе), выявляют и перечисляют основные признаки последнего. Они играют далеко не последнюю роль в выдвигании аргументов в пользу той или иной формулировки правовой нормы в процессе создания последней. Благодаря определениям, можно достичь согласования смысловых трактовок используемых терминов. Нельзя не заметить, что современное отечественное законодательство многократно увеличило количество дефиниций, включаемых в тексты нормативных правовых актов, они стали достаточно привычными атрибутами официальных документов (форм) права (особенно в объемных по своим размерам либо по учреждаемым основам – кодексах, основополагающих законах и др.).

«Принцип» в юридической догматике понимается как общая руководящая идея, заложенная в отдельную норму права или в их совокупность. Принцип не выдумывается, а «вскрывается», «улавливается по некоторым частным и косвенным признакам»⁴⁶⁹. В нем в лаконичной форме (максимах, аксиомах) фиксируется основная идея создаваемых норм, указываются идеал, цель и ценности как ориентиры для понимания их смысла и функционирования.

«Правовые конструкции» определяются как теоретические схемы (матрицы), выступающие аналогом правовой реальности⁴⁷⁰, «типичные образцы для ре-

шений практических ситуаций»⁴⁷¹, «нормативные обобщения с существенными моментами предвидения, прогноза и нацеленности на предельную разумность и окончательность подобного обобщения»⁴⁷². Все конструкции в исторической ретроспективе создавались, корректировались и трансформировались в контексте эволюции освоенных на том или иной этапе теоретических (а не организационно-технических) представлений.

В совокупности определения, принципы и конструкции указывают на «юридический канон», «смысловую основу юриспруденции»⁴⁷³, они выступают «фабрикой понятий, выражающей собственные закономерности права»⁴⁷⁴, являются «доктринальным двойником положительного права»⁴⁷⁵. Определения, принципы и конструкции «перетекают» в позитивное право, его нормы и институты, но по сравнению с последними обладают значительно более высокой способностью оставаться неизменными в течение относительно длительного времени. Хотя исторически догмы и изживают себя, однако сохраняются в качестве лекал, по которым кроются образцы будущих норм. С изменением вектора развития общества новые нормы по формальным критериям подбираются по аналогии со старыми догмами, но при этом ценностная нейтральность, заложенная в догме, «противостоит любым идеологическим конструктам, которые способны лишь разрушать стройное здание системы права»⁴⁷⁶.

Догма не является данностью бытия, поскольку конструируется совместными усилиями ученых на основе представлений об образе юридической реальности, понимания должного в общественных отношениях и возможного в поступках людей. Догма – схематичная и стремящаяся к наивысшей степени абстрактности формулировка правил в многообразном поле возможных смыслов норм, предназначенных для регулирования поведения и отношений правопользователей в данный исторический момент. Это четкий ответ юристов, даваемый «здесь и сейчас» на запросы общества и личности. Именно поэтому догма, выраженная в норме, имеет не столько описывающее фактическую реальность содержание, сколько прескриптивную (предписывающую) направленность.

Догма специально создается в процессе изучения положительного права и, в свою очередь, сама создает последнее. Подвергая анализу и упорядочивая нормы действующего права, она строится по схемам зависимостей. Для этого применяются следующие способы, средства и методы: описание, обобщение, выведение определений и классификация. Этот процесс, согласно Г.Ф. Шершеневичу, выгля-

⁴⁶⁷ Муромцев С.А. Указ. соч. С.163, 167.

⁴⁶⁸ См.: Нерсесянц В.С. Указ. соч. С. 383-384.

⁴⁶⁹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 4. М.: Изд-во Бр. Башмаковых, 1912. С. 271.

⁴⁷⁰ Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: монография. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009. С. 100.

⁴⁷¹ Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки: монография. Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного ун-та, 2001. С. 250.

⁴⁷² Алексеев С.С. Указ. соч. С. 227.

⁴⁷³ Малахов В.П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории: монография. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 15.

⁴⁷⁴ Михайлов А.М. Указ. соч. С. 46.

⁴⁷⁵ Нерсесянц В.С. Указ. соч. С. 75.

⁴⁷⁶ Михайлов А.М. Указ. соч. С. 69, 64, 66, 78.

дит следующим образом. Его первой стадией является сбор и описание действующих норм права, имеющих отношение к конкретному случаю. Далее выполняется обобщение и выявляется смысл собранных норм права, которые при этом комментируются. В результате осуществляется переход к созданию принципов, которые заключаются в основание содержания и связей собранной совокупности правовых норм. Мыслительные операции по определению понятия, которое заключено в норме (нормах), позволяют перечислить его признаки. Высшую ступень составляет классификация собранных, истолкованных, обобщенных и выраженных в определениях норм, благодаря которой «обнаруживаются логическая связь и системная организация частей права»⁴⁷⁷. Классификация и систематизация правовых норм имеют то значение, что позволяют обнаружить те или иные недостатки положительного права, его противоречия, пробелы, повторения, содержательные и стилистические ошибки и проч. Тем самым создаются необходимые условия для устранения последних.

В.И. Сергеевич считал, что первым шагом в догматической обработке законов является выяснение основных принципов права, как прямо выраженных в законе, так и имплицитно вложенных в его содержание. Далее он полагал необходимым извлекать из отдельных положений закона правовые определения, а затем – вывести их логические следствия, применить толкование, согласовывать коллизии, восполнить неполноту закона при помощи других законов. Таким образом, средствами и этапами создания догмы, а равно «возвращения» ее в законодательный материал являются, по мнению автора, «интерпретация правовых установлений, индуцирование принципов из норм, логическое развитие принципов, разрешение коллизий и применение аналогии закона»⁴⁷⁸.

Трудно переоценить роль и значение юридической догмы при выполнении ею правоустановительной функции. Современная ситуация, отличающаяся тенденцией к социальной фрагментарности, заставляет все более интенсивно обращаться к тем регуляторам, которые обладают высоким уровнем формализации и авторитетности, в силу чего способны поддерживать единство в многообразии. Догма в этом плане фиксирует устойчивые смыслы права, транслируется через эпохи, сохраняет, как очевидно, свою ценность независимо от политических картин мира, этических императивов и исследовательских парадигм. Догма упорядочивает хаотичный эмпирический материал правовой жизни, позволяя построить «элегантную систему правил, соответствующих источникам позитивного права, согласованных между собой и способных дать ответ на любой вопрос»⁴⁷⁹. Она ограничивает пределы свободного усмотрения законотворцев, требует соблюдения

законов правовой логики, заставляет облекать мысль в заданные структуры, поскольку именно они обеспечивают общезначимость, формальную определенность и реализацию права как безусловного регулятивного лидера современной эпохи.

Обобщая изложенное, можно выделить особые ценностные свойства догмы, объясняющие ее востребованность правотворческим процессом.

Во-первых, ее ценность выражается в абстрактности и схематичности, позволяющих отвлекаться при нормативном описании реальных отношений от некоторых несущественных свойств последних, сохранить при этом представление об их сложности, «свернуть» полученное знание в упрощенное описание и исключить все личностное, субъективное и особенное. Отсюда – анонимность догматических предписаний, их нечувствительность к полутонам общественной жизни, что само по себе в деле, требующем от юристов принятия однозначного решения (виновен-невиновен, имеется обязательство – или его нет, т.п.), имеет положительное значение.

Во-вторых, догме присущи простота, точность и системность, которые демонстрируют однозначность и адекватность ее оценок отражаемой реальности, «экономии» мышления при одновременном сохранении должной информационной насыщенности в представлениях о ней. Она показывает повышенную связанность смысловой сетки понятий, принципов и конструкций, благодаря которой создается целостный образ права в его завершенности, непротиворечивости и согласованности.

В-третьих, догма аксиоматична, истинна и одновременно конвенциональна и схоластична, поскольку принимается в качестве априорного и условного соглашения сообщества юристов-догматиков об истинности некоторых показателей, свойственных как таковым официальному правопорядку. Она исходит при этом из предположения, что решение всех возможных юридических проблем уже потенциально содержится в текстах действующего положительного права, которое нужно лишь оттуда вычитать посредством экспликации, дистрикции или дефиниции.

В-четвертых, догма отличается терминологичностью и деонтологичностью в силу того, что среди известных исследовательских языков выделяется специфический язык догматики, маркирующий стиль мышления юристов как особой профессиональной группы специалистов. При этом догма принципиально отстранена от всяких иных аксиологических идей, поскольку для нее важны акценты на то, что «разрешается», «запрещается» либо «возлагается» («можно», «нельзя», «обязан»).

В-пятых, в случаях включения догматических положений в положительное право, основывающегося на авторитете государственной власти как легального и легитимного управляющего, ей добавляются признаки авторитарности и дедуктивности, позволяющие квалифицировать частные случаи на основе нечего общего.

⁴⁷⁷ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 768-778.

⁴⁷⁸ Сергеевич В.И. Русское государственное право: конспект лекций. М., 1868. С. 15.

⁴⁷⁹ Карапетов А.Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник Высшего арбитражного Суда. 2010. № 5. С. 10.

В-шестых, консервативность и традиционность также присущи догме, поскольку она сохраняет и транслирует те знания, что основаны на историческом прототипе.

В-седьмых, догма символична, она несет идею должного и служит замещению действительных общественных явлений (процессов) некоторыми идеальными отвлечениями, обладающими образцовым и совершенным характером. Кроме того, догма эстетична, поскольку выдумана и рассудочна, и в ней нет ничего лишнего.

Благодаря этим особенностям и ценностным качествам правотворчество не может обойтись без догматической доктрины и ее ведущего показателя – правовой догмы.

§ 6. Феномен правотворчества в основных типах правопонимания

Категория «правотворчество» в юридической доктрине является не менее дискуссионной, чем понятие «право» в целом. Более того, от понимания последнего во многом зависит и трактовка первого: кто и как «творит» право предопределяется тем, что мы вкладываем в его содержание. В самом общем виде можно говорить о трех основных подходах к пониманию права, соответствующих трем основным направлениям юридической мысли: право как идея (естественно-правовая юриспруденция); право как норма (юридический позитивизм); право как отношение (социологическая юриспруденция). Каждая из этих школ базируется на определенных правовых ценностях, которые, очевидно, и должны быть положены в основу правотворческой деятельности. Так, для сторонников юс-натурализма ценны идеи справедливости, разумности и гуманизма, воплощенные в нормах естественного права; для позитивистов – отраженная в нормах позитивного права воля государства; для приверженцев социологического подхода – реально действующее «живое право». При этом каждый из указанных типов правопонимания имеет свои разновидности, взгляды их сторонников могут весьма существенно различаться, что также осложняет выработку единого подхода к пониманию правотворчества. Отсутствие единообразной интерпретации позволяет рассматривать правотворчество как своего рода правовой феномен. Для раскрытия его содержания представляется целесообразным обратить внимание на основные тенденции эволюции категории «правотворчества» в двух основных типах правопонимания - юридическом позитивизме и социологической юриспруденции, которые, по нашему мнению, выступают идеологической основой двух наиболее распространенных видов правотворчества - законотворчества и судебного правотворчества соответственно⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ Естественные-правовые концепции мы оставляем за рамками настоящего исследования еще и потому, что они, по нашему мнению, в большей степени охватывают лишь начальный этап образования

Так, в учебной литературе мы, как правило, встречаем позитивистский подход к категории правотворчества. Например, указывается, что правотворчество представляет собой *особую форму государственной деятельности* по созданию, изменению и отмене правовых норм, основанную на познании объективных социальных потребностей и интересов общества⁴⁸¹.

Под юридическим позитивизмом традиционно понимают направление в юриспруденции, сторонники которого ограничивают задачи юридической науки изучением действующего права с формально-догматических позиций. Для ранних концепций юридического позитивизма были характерны идеи верховенства закона как источника права, отождествление правовых норм с предписаниями государственной власти. Начало теоретическому обоснованию принципов юридического позитивизма положил Дж. Остин⁴⁸².

Согласно взглядам Дж. Остина источником права является суверенная власть: «Приказ суверена, снабженный санкцией, и есть, по сути дела, правовая норма (норма позитивного закона). По этой логике позитивными законами в строгом смысле этого слова должны считаться такие законы, которые предполагают возложение обязанностей и которые влекут определенные последствия, в том числе негативные в виде законного причинения вреда»⁴⁸³. В качестве суверена при этом могут выступать различные субъекты (причем не только человек, но и бог). Так, например, в Англии суверенитет принадлежит королю, пэрам и электорату палаты общин. Соответственно, исходя из субъектов правотворческой деятельности (главы государства и парламента), можно сделать вывод, что речь идет именно о законотворчестве как способе создания позитивного права.

Как отмечается в литературе, суть юрико-позитивистского подхода в понимании и истолковании права хорошо передается формулой «закон есть закон». Формальный признак закона есть его позитивный критерий, и других критериев не требуется. Главное требование - норма должна соответствовать формальному критерию - исходить от суверена. Формально корректный закон, исходящий от полномочного органа или лица, не может быть несправедливым законом. Плохой закон - это все же право, а не бесправие. В формально-юридическом смысле норма действительна, если она издана компетентным органом с соблюдением установленной процедуры и по содержанию не противоречит вышестоящим нормативным актам⁴⁸⁴.

права (те идеи, которые должны лежать в его основе) и говорят преимущественно о праве идеальном, а не реальном.

⁴⁸¹ Теория государства и права / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2001. С. 415.

⁴⁸² История политических и правовых учений / под ред. О.Э. Лейста. М., 2006. С. 373.

⁴⁸³ История политических и правовых учений / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2004. С. 712-713.

⁴⁸⁴ Царьков И.И., Кабардина Г.А. Ясная неясность юридического позитивизма // Право и политика. 2005. № 4.

При этом право рассматривается фактически вне связи с другими социальными регуляторами, и в первую очередь моралью (вспомним «чистое учение о праве» Г. Кельзена). Право в строгом смысле устанавливается для разумных существ другим разумным существом или существами - это законы, установленные богом (божеское право), и законы, установленные людьми. Но среди второй категории не все можно безоговорочно отнести к праву в строгом смысле (позитивному праву), например, правила, установленные лицами и учреждениями, не являющимися суверенами. Исходя из этих позиций, оценивалась Дж. Остином и роль судей в процессе правотворчества: решения суда следует воспринимать как часть права в том случае, когда они признаются в качестве таковых сувереном⁴⁸⁵. По мнению ученого, нормы, вырабатываемые судьями, являются подразумеваемыми велениями суверена, сами судьи - «политическими министрами» высшей власти, а их полномочие творить право делегировано с молчаливого согласия суверена. Таким образом, судебное право обладает лишь субсидиарной компетенцией: оно лишь дополняет закон, заполняет пробелы в праве, но ни в коем случае не творит право. Суверен может в любой момент исключить судебное решение из сферы закона, лишив силы. При этом Дж. Остин как сторонник кодифицированного права указывал и на существенные недостатки судебных прецедентов: относительная недоступность и неизвестность норм, созданных судьями; непредсказуемость использования данных норм в будущих делах; обратное действие прецедента недостаточная всесторонность судебных норм и др.⁴⁸⁶ Здесь интересно отметить, что во многом именно благодаря тому, что Остин допускал возможность сохранения институтов прецедентного права, идеи аналитической юриспруденции получили признание со стороны английских юристов-практиков.

К. Бергбом в духе юридического позитивизма также отмечал, что «поскольку естественное и иное внепозитивное право представляет собой не более чем предположение», нечто субъективное фиктивное, оно, если его всерьез принимать за явление правового порядка, влечет за собой «разрушение правопорядка и анархию». Единственно реальным правом является то, что выражено в законе. Норма права - это альфа и омега, его начало и конец: «За пределами закона нет никакого другого права»⁴⁸⁷.

В целом, на наш взгляд, позитивистский подход в наибольшей степени соответствует пониманию процесса правотворчества как завершающей стадии более широкого процесса правообразования. На вполне обоснованную необходимость разграничения понятий «правотворчество» и «правообразование» указывают многие современные исследователи. Например, В.К. Бабаев отмечает, что правотвор-

чество - составная часть более широкого процесса - правообразования. Правообразование - это относительно длительный по времени процесс формирования юридической нормы. Он начинается с анализа социальной ситуации, осознания необходимости её правового урегулирования, общего представления о юридическом предписании, которое следует издать, и заканчивается разработкой и принятием юридической нормы. Последний этап правообразования и есть правотворчество⁴⁸⁸. А.П. Мазуренко пишет, что под правотворчеством следует понимать «завершающий этап правообразования, состоящий в деятельности управомоченных субъектов по созданию, изменению или отмене правовых норм в целях урегулирования общественных отношений и совершенствования наличной системы права»⁴⁸⁹. В.В. Трофимов в своей работе по правообразованию также разграничивает указанные понятия: «Правообразование – это осуществляющийся под воздействием разнообразных факторов общественного развития, получающих свое преломление в юридически значимых социальных интересах и последующее отражение в правовых идеях, двуединый процесс спонтанного (общесоциального) и планомерно-рационального (правотворческого) формирования системы правовых норм, обеспечивающих упорядоченность общественных отношений»⁴⁹⁰. Здесь, на наш взгляд, важным является указание на определенную *стихийность*, обусловленную действием разнообразных субъективных и объективных факторов, *правообразовательного процесса*, и «планомерность», *упорядоченность процесса правотворческого*.

На это же обращает внимание С.Г. Дробязко, подчеркивая, что в правообразовании «участвуют» многие силы: естественные и социальные, объективные и субъективные, постоянные и временные, устойчивые и неустойчивые, важные и неважные, благоприятные и неблагоприятные. При этом наиболее ощутимыми в обществе факторами, предопределяющими образование правовых новаций, по его мнению, являются закономерности природы, географические условия, в которых находится население, а также условия экономические, технические, демографические, нравственные, религиозные, культурные, политические, юридические⁴⁹¹. Действием данных факторов, на наш взгляд, и объясняется все то многообразие результатов правотворчества, которое мы наблюдаем в различных правовых системах современности. Так, например, именно под воздействием географических, исторических, культурных, экономических и политических факторов в американской правовой системе утвердились и сосуществуют два источника права, харак-

⁴⁸⁵ См. подробнее: История политических и правовых учений / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. С. 713-715.

⁴⁸⁶ См.: Царьков И.И., Кабардина Г.А. Указ. соч.

⁴⁸⁷ Цит. по: Имашева Г.К. Правовой позитивизм и становление договора как социокультурного феномена // Юридический мир. 2015. № 7. С. 24.

⁴⁸⁸ Теория государства и права / под ред. В.К. Бабаева. М., 1999. С. 320.

⁴⁸⁹ Мазуренко А. П. Правотворческая политика как фактор модернизации правотворчества в России: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Саратов, 2011. С. 11.

⁴⁹⁰ Трофимов В.В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. СПб., 2011. С. 10.

⁴⁹¹ Дробязко С.Г. Правообразование, правотворчество, правоустановление, их субъекты и принципы // Право и демократия: сб. науч. тр. Минск, 2003. Вып. 14. С. 17-18.

терные для разных правовых семей, - судебный прецедент (как наследие английских переселенцев) и статутное право во главе с Конституцией (как проявление собственной правовой идентичности после завоевания независимости США). В отношении же правотворчества С.Г. Дробязко справедливо отмечает: «Правотворчество в сравнении с правообразованием являет собой более значимый, поистине творческий, организационно юридически упорядоченный процесс. Ему свойственно глубокое теоретическое и практическое познание макро- и микроуровневой правовой ситуации как в отдельных отраслях и сферах правового регулирования, так и в движении правовой системы в целом, ведущее к подготовке кодификации, консолидации и высшей формы систематизации - свода законов»⁴⁹². Таким образом, имея целью упорядочение общественных отношений, процесс правотворчества и сам осуществляется в определенном порядке, соблюдение которого необходимо для получения качественного результата.

Именно на влиянии «правообразовательных» факторов во многом акцентирует свое внимание *социологическая юриспруденция*.

Социологическая школа в правоведении сложилась в XIX веке, подразделившись впоследствии на множество течений и методологических подходов. В целом для неё характерна попытка объяснить право, исходя из общественного бытия индивида, социальных групп и отдельных народов. При этом акцент делается не на том, что есть право, а на том, как право действует. С этим связано и противопоставление «права в жизни» и «права в книгах».

Так, Е. Эрлих, представитель школы «свободного права», заложившей во многом основы социологической юриспруденции, подчеркивал, что право коренится не в текстах законов, а в жизни. Для его концепции стал характерным «свободный подход к праву», который, согласно автору, можно обнаружить в практике судебного разбирательства и вынесения решения, где имеет место свобода судебного усмотрения в выборе правового требования⁴⁹³. Право, по мнению Эрлиха, существует и развивается прежде всего как организационные нормы союзов, из которых состоит общество. Эти нормы складываются в обществе сами собой, вытекающая из обычаев, обыкновений, уставных положений различных организаций, и образуют «общественное право» (право первого порядка). Для охраны этого права и регулирования спорных отношений существуют «нормы решений» (право второго порядка), которые создаются деятельностью государства и юристов. К праву второго порядка относятся уголовное, процессуальное, полицейское право, нормы которых не регулируют жизнь, а направлены на поддержание организационных норм. Результатом взаимодействия общественного права, права юристов и государственного права является «живое право», которое не установлено в правовых положениях, но господствует в жизни. Закон, по Эрлиху, не столько право, сколько

ко один из способов обеспечения права. Эрлих писал, что «свободное нахождение права не означает свободу судей от закона», однако решающая роль в правосудии принадлежит не «мертвым параграфам закона», а свободному слову квалифицированных юристов⁴⁹⁴.

Как видно, в данном подходе особая роль в правотворческом процессе отводится судьям, которые в силу своей деятельности как раз и сталкиваются с «живым» правом. Не случайно, социологическая юриспруденция нашла «благоприятную почву» у юристов общего права, в частности, в работах американского правоведа Р. Паунда.

Следуя принципам прагматизма, Р. Паунд призывал юристов не ограничиваться изучением «права в книгах» (т. е. права в нормативных актах) и обратиться к анализу «права в действии»: ««Юридические монахи», которые проводят свою жизнь в атмосфере чистого права, безжизненной и лишенной живого человеческого слова, не могут сформулировать практические принципы, применяемые в беспрестанно меняющемся мире из крови и плоти. Наиболее логичные и блестяще обоснованные нормы могут уничтожать право при практическом применении, так как не приспособлены к среде, в которой они должны проводиться в жизнь»⁴⁹⁵. Ученый и его последователи видели в праве прежде всего феномен, который стоит в тесной взаимосвязи с царящими в данном обществе политическими, экономическими и социальными отношениями и меняется вместе с ними в процессе исторического развития. Они хотели выявить конкретные правовые последствия применения судами или органами исполнительной власти норм в «живой социальной среде» как «действующего права». Р. Паунд предлагал расширить полномочия судей, предоставив им свободу усмотрения при разрешении определенных споров (речь шла прежде всего о конфликтах, требующих моральной оценки поведения сторон, о применении судами права справедливости). Не случайно, его теория была воспринята многими американскими судьями, в т.ч. и Верховного суда США (Б. Кардозо, Ф. Франкфуртером и др.), воплощавшим его идеи на практике⁴⁹⁶.

Как видно, социологический подход не связывает правотворчество исключительно с созданием законов и в большей степени, на наш взгляд, соответствует пониманию процесса правообразования, а не правотворчества. Именно данный процесс в широком смысле охватывает самые разнообразные факторы, влияющие на создание права - начиная от социальных притязаний и заканчивая воплощением в реальных отношениях. Применительно же к собственно правотворчеству значимость социологического подхода, на наш взгляд, заключается в указании на особую роль правотворческой деятельности судей. Именно роль судей в процессе

⁴⁹⁴ См.: История политических и правовых учений / под ред. О.Э. Лейста. С. 518-519.

⁴⁹⁵ Цит. по: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. Том I. Основы: пер. с нем. М., 2000. С. 369.

⁴⁹⁶ См.: Там же. С.539-542.

⁴⁹² Дробязко С.Г. Указ. соч. С. 20-21.

⁴⁹³ История политических и правовых учений / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. С. 759.

создания права (свобода судебного усмотрения) была, как указывает С.В. Липень, одним из ключевых дискуссионных вопросов начала XX в. между сторонниками позитивистской и социологической юриспруденции: «Право, по мнению первых, выражено в законе; применение права должно основываться на принципе строжайшей законности, это почти механическая деятельность, подведение под общую норму обстоятельств конкретного дела (логический силлогизм). Такие взгляды критиковались сторонниками социологической школы права - по их мнению, право содержится не только в законе, но и в иных источниках права; в правоприменительной деятельности, которая по необходимости имеет творческий характер, и должно выясняться сложное соотношение между разными источниками права»⁴⁹⁷.

Наиболее ярко подобный подход к судебному правотворчеству проявился в движении так называемых реалистов, возникшем в первой трети XX века в США под влиянием социологической юриспруденции. Лидером этого движения был известный американский цивилист К. Ллевеллин. Согласно взглядам реалистов действующее право создается не законодателем путем установления абстрактных норм, а судебными и административными органами в ходе разрешения конкретных споров, возникающих между людьми. «Сферой права, - отмечал Ллевеллин, - является деятельность, относящаяся к разрешению споров. А люди, осуществляющие эту деятельность по должности, будь то судьи, шерифы, чиновники, работники тюрем или юристы, являются официальными выразителями права. То, что эти должностные лица решают в отношении споров, и есть, по моему мнению, само право»⁴⁹⁸.

«Реалисты» видели свою важнейшую задачу в том, чтобы разыскивать и анализировать фактический материал, на основе которого судьи («слуги закона») принимают определенное решение для данного конкретного случая, Исходным пунктом при этом служит убеждение, что традиционная правовая догматика не имеет большого значения для решения дел и часто лишь дает материал, который помогает судье дополнительно отшлифовать решение, уже найденное им ранее другим способом. Решающими же факторами для вынесения судебного решения служат конкретная социальная и экономическая среда, в которой возникло рассматриваемое дело и которую не учитывают традиционные и по большей части сформулированные в общей форме правовые нормы; пристрастия и антипатии судьи, его моральные устои и политические воззрения; степень неправильности и искаженности знания судьи первой инстанции о действительных обстоятельствах рассматриваемого им дела⁴⁹⁹. Большую роль в процессе судебного разбирательства сторонники реализма отводили и психологическим элементам, доказывая, что

⁴⁹⁷ Липень С.В. Иосиф Алексеевич Покровский - один из представителей юридического позитивизма в отечественной юридической науке начала XX в. // История государства и права. 2012. № 22. С. 25.

⁴⁹⁸ Цит. по: История политических и правовых учений / под ред. О.Э. Лейста. С. 544.

⁴⁹⁹ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 369-370.

судья, рассматривая дело, сначала принимает решение по интуиции и только затем подыскивает для него аргументы с помощью логических умозаключений, ссылок на статьи закона, прецеденты и тому подобное⁵⁰⁰.

Соответственно под правом реалистами понимались не абстрактные правила поведения, а *индивидуальные предписания*, создаваемые при рассмотрении конкретных дел. Очевидно, что подобный подход к механизму правотворчества весьма специфичен и основывается на ином, по сравнению с позитивизмом, образе юридического мышления - индуктивном, что в наибольшей степени соответствует механизму судебного правотворчества.

Интересно отметить, что об индивидуальных нормах писал и основоположник базирующегося на принципах юридического позитивизма «чистого» учения о праве (нормативизма) Г. Кельзен. Большой заслугой данного учения является, в частности, построение иерархической системы (пирамиды) правовых норм. На вершине этой пирамиды находится основная норма - трансцендентально-логическое понятие, которое дается нашим сознанием для обоснования всего государственного правопорядка в целом. Основная норма непосредственно связана с конституцией, принятой в государстве. Далее следуют «общие нормы», установленные в законодательном порядке или путем обычая. И, наконец, последнюю ступень составляют так называемые *индивидуальные нормы*, создаваемые судебными и административными органами при решении конкретных дел. При таком подходе внутригосударственное право выступает замкнутой регулятивной системой, где каждая норма приобретает обязательность благодаря тому, что она соответствует норме более высокой ступени. Применение общих норм судебными и административными органами толковалось Кельзеном как продолжение правотворческой деятельности государства, как создание индивидуальных нормативных предписаний: «Применение права есть также и создание права»⁵⁰¹.

Включение в право индивидуальных норм, создаваемых в процессе применения права, сближает нормативизм с положениями социологической юриспруденции. Определенная близость рассмотренных типов правопонимания не случайна. Так, Р. Алекси отмечает, что желающий ответить на вопрос о том, какое из понятий права является правильным, должен установить соотношение трех его элементов: надлежащее установление, социальная действенность и правильность содержания. Тот, кто делает упор на правильность содержания и не придает значения надлежащему установлению и социальной действенности, получит в чистом виде естественно-правовое понятие права. К чисто позитивистскому понятию права придет тот, кто полностью исключит правильность содержания и подчеркнет значение исключительно надлежащего установления и/или социальной действенности. Между этими двумя крайностями располагается множество комбинаций из

⁵⁰⁰ См.: История политических и правовых учений / под ред. О.Э. Лейста. С. 544-545.

⁵⁰¹ См.: История политических и правовых учений / под ред. О.Э. Лейста. С. 548.

трех элементов. Это составляет главную причину существования необозримого множества позитивистских понятий права, которые могут быть разделены на две группы: понятия права, за основу которых принимается социальная действительность (фиксируются в области социологических и реалистических теорий права), и понятия права, за основу которых принимается надлежащее установление (разрабатываются в области аналитической теории права)⁵⁰².

Г.В. Мальцев также условно разделяет юридический позитивизм на три большие группы учений, теорий и доктрин: государственно-институциональный (этический), социологический и антропологический (психологический и биологический)⁵⁰³. Подобный подход к пониманию юридического позитивизма можно охарактеризовать как широкий, в то время как в литературе встречается и узкий подход к его содержанию как конкретного направления юридической мысли⁵⁰⁴. Поскольку вопрос трактовки юридического позитивизма не входит в предмет нашего исследования, мы ограничимся лишь констатацией существования подобного дуализма и согласимся с мнением, что «юридический позитивизм есть полифоничное направление социальной мысли»⁵⁰⁵. Хотя в действительности идеологическую «полифонию» мы наблюдаем и в других традиционно выделяемых типах правопонимания.

Таким образом, мы видим, что феномен категории «правотворчество» заключается в том, что она наполняется различным содержанием в основных типах правопонимания, что в свою очередь обусловлено акцентированием внимания на тех или иных субъективных и объективных факторах, влияющих на процесс создания правовых норм. На наш взгляд, юридический позитивизм дает узкую трактовку правотворчества как деятельности (во многом субъективной) компетентных органов по формализации правовых предписаний, завершающей преимущественно объективный процесс правообразования. Социологическая юриспруденция, напротив, иллюстрирует широкий подход к правотворчеству, по сути отождествляя его с правообразованием, охватывающим не только саму формализацию норм права, но и механизм их «созревания» и реализации в общественных отношениях. При этом выделение сторонниками различных направлений юридической мысли соответствующих ценностных сторон в праве («воля суверена», «живое право», «индивидуальное решение» и т.д.) обуславливает преобладание в каждом типе правопонимания определенного основного вида правотворческой деятельности (в юридическом позитивизме - это законотворчество; в социологической юриспруденции - это судебное правотворчество), при допущении иных (неосновных) спо-

⁵⁰² См.: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойера; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. М., 2011. Серия «Германская юридическая литература: современный подход». Кн. 1.

⁵⁰³ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 149-150.

⁵⁰⁴ См., например, об этом: Захарова М.В. Юридический позитивизм - базисное основание французского правопорядка // История государства и права. 2012. № 1. С. 39-43.

⁵⁰⁵ Там же.

собов создания права. Поэтому мы не согласны с теми исследователями, которые утверждают, что, например, в юридическом позитивизме признается только одна форма права - нормативный правовой акт. Так, Г.К. Имашева отмечает, что по мнению позитивистов норма права являлась устанавливаемым или санкционируемым государством общеобязательным правилом поведения, содержащимся в исходящих от государства нормативных правовых актах, а нормативная роль правовых обычаев, судебных прецедентов, правовых доктрин, нормативных договоров всячески отрицалась⁵⁰⁶. Как мы уже подчеркивали, даже Дж. Остин не отрицал правообразующую роль юридического прецедента, что во многом и обусловило распространение его взглядов среди английских юристов.

Различие подходов в понимании правотворчества, наряду с другими факторами (историческими, политическими и т.д.), привело к тому, что в современных правовых системах сосуществуют и взаимодействуют различные виды правотворческой деятельности, обеспечивая в итоге эффективность правового регулирования. Поэтому выработка единообразного толкования категории «правотворчества» вряд ли в принципе возможна, как и единое толкование права как такового. Более того в данном случае единообразие, наверное, и практически не целесообразно, т.к. не позволяет отразить всю полноту элементов механизма правотворчества и его видов. Однако практическая нецелесообразность не исключает целесообразности доктринальной, т.к. при исследовании правотворчества ученый должен поделиться с тем, что он вкладывает в содержание рассматриваемого им понятия. Но в любом случае идеологические основы понимания правотворчества, сложившиеся в той или иной правовой системе, необходимо учитывать, особенно когда речь идет об использовании тех форм правотворчества, которые не свойственны национальной правовой традиции (например, при применении судебного правотворчества в континентальной правовой семье). Подобная «многозначность» и «многозначительность» правотворчества и позволяет рассматривать его не просто как юридическую категорию, а как правовой феномен.

§ 7. Конструирование права и правовых ценностей в постсовременном мире

Одним из важнейших положений картины мира постсовременного социума выступает представление о его – мире – сконструированности, а не заданности, как считалось в классическую эпоху. Научное познание – это не отражение объективного мира, не копия или «зеркало» Природы⁵⁰⁷, а конструирование картины

⁵⁰⁶ Имашева Г.К. Указ. соч. С.25.

⁵⁰⁷ Так называется одна из важнейших работ Р. Рорти: Rorty R. Philosophy and the Mirror of Nature. Princeton, 1979.

мира (и Природы). В этом проявляется релятивизм (принцип относительности) конструктивистской картины мира. Поэтому *социальная – и правовая – эволюция представляет собой конструируемый и переконструируемый, стохастический, неравновесный процесс, а не реализацию Божественного замысла или объективных законов бытия.*

Классическая рациональность, соединяющая познавательный и онтологический аспекты, ориентирована на объективность познания внешнего мира трансцендентным субъектом, воплощающим научный разум как таковой, а тем самым постулирует универсальность и аподиктичность научного знания. «Классическая» социальная наука работает «на основе допущения, что мир может быть корректно понят только как *множество достаточно определенных и более или менее опознаваемых процессов*»⁵⁰⁸. Из этого допущения делается вывод: «... в мире протекают определенные процессы, и они ждут того, чтобы быть открытыми. ... Такова цель социальной науки: обнаруживать наиболее важные из этих устойчивых процессов»⁵⁰⁹. Такая установка напоминает фигуру «юридического Геркулеса», достичь уровня которого мечтали подавляющее большинство теоретиков права от У. Блекстона (который ввел в научный оборот этот образ) до Р. Дворкина, - ученого и одновременно политика, чей взгляд проникает в самую суть юридического, выявляет

⁵⁰⁸ Ло Дж. После метода: беспорядок и социальная наука / Пер. с англ. С. Гавриленко, А. Писарева и П. Хановой. Науч. ред. перевода С. Гавриленко. М., 2015. С. 20. В другом месте он пишет: «С философской точки зрения, мы все работаем в терминах до некоторой степени непроверяемых метафизических (и онтологических) предпосылок. ... Прежде всего (и это допущение наиболее общее), оказывается, что наш опыт во многом (если не полностью) организован вокруг интуиции что там вовне есть реальность — за пределами нас самих. ... Большинство из нас, думаю, неявно предполагают, что эта внешняя реальность обычно независима от наших действий и в особенности от наших восприятий. ... Другое, до некоторой степени родственное, допущение здравого смысла состоит в том, что внешняя реальность возникает до нас, она нам предшествует. ... Следующее допущение здравого смысла: внешняя реальность имеет множество определенных форм или отношений, или образована ими. ... Еще одно допущение здравого смысла сводится к тому, что мир является общим, совместным. Он везде один и тот же». – Ло Дж. После метода: беспорядок и социальная наука / Пер. с англ. С. Гавриленко, А. Писарева и П. Хановой. Науч. ред. перевода С. Гавриленко. М., 2015. С.55-58.

⁵⁰⁹ Ло Дж. После метода: беспорядок и социальная наука / Пер. с англ. С. Гавриленко, А. Писарева и П. Хановой. Науч. ред. перевода С. Гавриленко. М., 2015. С. 21. Один из наиболее интересных философско-лингвистов современности Дж. Лакофф описывает «традиционный объективистский подход» к миру и его категоризации в мышлении следующим образом: «С объективистской точки зрения, рациональное мышление целиком заключается в оперировании абстрактными символами, получающими свое значение через условные соотношения с вещами во внешнем мире». Среди более специфических объективистских положений можно отметить следующие: разум представляет собой абстрактную машину, оперирующую символами в существенных отношениях таким же образом, как это делает компьютер, то есть посредством алгоритмического исчисления. Символы (например, слова и ментальные представления) получают свои значения через соотношение с вещами внешнего мира. Все значения имеют такой характер. Символы, соотносящиеся с внешним миром, представляют собой внутренние репрезентации внешней реальности. Абстрактные символы могут находиться в соответствии с вещами в мире, не зависящими от особенностей каких-либо живых существ. Поскольку человеческий ум пользуется внутренними представлениями внешней реальности, он является зеркалом природы, и правильное мышление отражает логику внешнего мира. – Лакофф Дж. Женщины, огонь и опасные вещи: Что категории языка говорят нам о мышлении / Пер. с англ. И. Б. Шатуновского. М., 2004. С. 11

скрывающиеся от взора обывателя закономерности права и обеспечивает с помощью социальной инженерии достижение всеобщего блага. История показывает, что чаще всего поиски сущности социального (и правового) приводят к находению и изблечению врагов (как внешних, так и внутренних) строительства общества всеобщего блага со всеми вытекающими отсюда последствиями. Неудачи в социальных преобразованиях проще всего связать именно с ними – сознательными вредителями в деле нахождения объективной природы права, всеобщих законов его возникновения, развития и функционирования.

Неклассическая рациональность проблематизирует объективность познания, признавая зависимость представления об объекте от используемого метода (шире – позиции субъекта). Она вписывает в субъект-объектное отношение опосредующий его метод⁵¹⁰. Постклассическая (или постнеклассическая) рациональность вводит субъект-объектное отношение в социокультурный контекст, определяемый историей, ценностями, интересами и потребностями субъекта.

Дж. Лакофф, разрабатывая новую постклассическую теорию категоризации (шире – познания или даже восприятия мира) пишет: «Понятийные категории оказались в целом весьма отличны от того что требует от них объективистский подход. Полученные данные предполагают принципиально иной подход не только к категориям, но к человеческому мышлению в целом: - Мышление является воплощенным. Это означает, что структуры, образующие нашу концептуальную систему, имеют своим источником наш чувственный опыт и осмысляются в его терминах; более того, ядро нашей концептуальной системы непосредственно основывается на восприятии, движениях тела и опыте физической и социального характера. - Мышление является *образным (imaginative)* в том смысле, что понятия, которые не основываются непосредственно на опыте, используют метафору, метонимию ментальные образы — все это выходит за пределы буквального отражения, или репрезентации, внешней реальности. /.../- Мысль имеет *свойства гештальта* и таким образом не атомистична: понятия имеют целостную структуру, которая не сводится к простому объединению понятийных "строительных блоков" посредством общих правил. - Мысль имеет экологическую структуру. Эффективность когнитивных процессов, например при изучении и запоминании, зависит от общей структуры концептуальной системы и от того, что эти концепты значат. Мышление, таким образом, есть нечто большее, чем простое оперирование абстрактными символами»⁵¹¹. Зависимость реальности от мышления и, одновременно, от типа и

⁵¹⁰ Квантовая механика, возвестившая приход неклассической парадигмы науки, исходит из невозможности «представить себе объект, который оставался бы незатронутым самим процессом его наблюдения или применяемыми к нему процедурами измерения». – Агацци Э. Научная объективность и ее контексты. М., 2017. С. 33.

⁵¹¹ Лакофф Дж. Женщины, огонь и опасные вещи: Что категории языка говорят нам о мышлении / Пер. с англ. И. Б. Шатуновского. М., 2004. Соч. С. 13.

содержательных соответствующей характеристик культуры – важнейшая особенность постклассической методологии.

Контекстуализм, историческая и социокультурная обусловленность или релятивность права, как следствие его сконструированности, приходящие на смену универсализму, свойственному классическому правопониманию, предполагают относительность, релятивность права по отношению к обществу, представленному социальными феноменами (политикой, экономикой, культурой и т.д.) и воспроизводимому практиками людей. Тип общества с помощью правовой культуры (точнее – людей, социализированных в соответствующей культуре) определяет содержание и формы права. В то же время этим не отрицается универсальность права, которая состоит в его абстрактной функциональной значимости.

В связи с вышесказанным можно сформулировать онтологический принцип «конструктивистского релятивизма» права: **право – это социальное явление, сконструированное властью и обусловленное взаимодействиями с другими социальными феноменами, вне и без которых право не существует, и с обществом как социальным целым** (последнее – не более чем социальное представление по терминологии С. Московичи, объединяющее людей на определенной территории). Отсюда напрашивается тезис, который может показаться эпатажным: право создается людьми (преимущественно наделенными властью) как форма социальных отношений. Поэтому нет «чистых» правовых явлений, как нет и не может быть «чистой системы права» Г. Кельзена. Право, как и любой социальный институт, хотя и не имеет единственного и единого референта – оно многогранно, многоаспектно - существует в социальном мире в виде взаимодействий людей, опосредованных социальными (интериоризируемыми в индивидуальные) представлениями. В этих интеракциях всегда сосуществуют психика (психические феномены), культура, язык, часто – экономика, политика и т.п. Выделить юридический момент, например, в договоре купли-продажи, перевозки или в голосовании на избирательном участке, в подаче жалобы и т.д. можно только аналитически. Таким образом, **нет правовых явлений (законов, индивидуальных актов, правоотношений), которые одновременно не были бы психическими (как писал в свое время Л.И. Петражицкий), экономическими, политическими и т.д. – в широком смысле – социокультурными феноменами.**

Вышесказанное не означает, что конструктивность и релятивность права – это произвол и анархия. Как отмечалось выше, релятивность права – это зависимость и обусловленность права обществом. С точки зрения развиваемой автором диалогической социологии права, право, как и любой другой социальный институт, выполняет социальную функцию: обеспечивает нормальное функционирование социума (как минимум – самосохранение, как максимум – процветание). Право это делает с помощью нормирования наиболее значимых общественных отношений; экономика – производством и распределением материальных благ; поли-

тика – принятие политических решений и т.д. В этом как раз и состоит сущность права, минимум его универсальности. Почему минимум? Потому, что содержательно – это «голая абстракция», наполняемая конкретным содержанием в различные исторические эпохи и в разных культурах-цивилизациях. Конкретное содержание права как раз и задается контекстом исторической эпохи и культуры-цивилизации.

Конструктивность и релятивность права (точнее – законодательства) не дает возможность сформулировать универсальные содержательные критерии, например, уголовно-правовых запретов, которые должны по мысли сторонников классической теории уголовного права лежать в основе уголовной политики. Я.И. Гилинский в этой связи справедливо замечает: *«В реальной действительности нет объекта, который был бы "преступностью" (или "преступлением") по своим внутренним, имманентным свойствам, sui generis, perse. Преступление и преступность - понятия релятивные (относительные), конвенциональные («договорные»): как "договоряются" законодатели, они суть социальные конструируемые, лишь отчасти отражающие отдельные социальные реалии: некоторые люди убивают других, некоторые завладевают вещами других, некоторые обманывают других и т. п. Но ведь те же самые по содержанию действия могут не признаваться преступлениями: убийство врага на войне, убийство по приговору (смертная казнь), завладение вещами другого по решению суда, обман государством своих граждан и т. п.»*⁵¹². Признавая справедливость идей, сформулированных известным криминологом, в то же время замечу, что без уголовного запрета, например, убийства, ни одно общество не в состоянии существовать, хотя формулировка этого состава преступления, конечно, порой значительно отличается. Поэтому в любом социуме есть те нормы, которые обеспечивают его воспроизводство. Проблема их выявления – одна из насущных для теории права. Сегодня невозможно сформулировать универсальные содержательные критерии их экспликации. Но это не означает, что их нет. Для их обнаружения требуется социолого-правовое исследование данного конкретного социума, призванное зафиксировать, в т.ч. «качественными методами» широко распространенные, многократно используемые и положительно оцениваемые нормы (правила) и практики их использования в повседневной жизнедеятельности как правоприменителями, так и обывателями.

Однако важно не просто зафиксировать новый – конструктивистский - подход к пониманию права, но показать, как он функционирует. **Механизм социального конструирования правовой реальности** включает две основные стадии: формирование правовой инновации и ее легитимацию⁵¹³. Внесение в обществен-

⁵¹² Гилинский Я. И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. 2-е изд., перераб. и доп. СПб., 2009. С. 37.

⁵¹³ По мнению сторонников конструктивистской (постмодернистской) криминологии, основные этапы конструирования и проблематизации преступности – это: наличие множества однородных фактов; осознание их как проблемы («проблематизация»); легитимация проблемы (включая криминализа-

ное сознание чего-либо нового только тогда станет реально действующим правовым институтом, когда будет воспринято широкими слоями населения как эффективное, социально значимое. Об этом подробнее будет сказано ниже.

Субъектами социальных инноваций выступают правящая элита и референтная группа, обеспечивающая легитимацию правовой инновации. Именно носители юридической и символической власти (эти аспекты власти взаимообуславливают друг друга) с помощью дискурсивных практик производят социальные значения, в том числе, селектируя те или иные социальные явления в качестве социально значимых. Именно власть, используя свое монопольное право на номинацию, а тем самым объявляя существующими и значимыми те или иные социальные явления, определяет такие, казалось бы, «естественные» явления, как возраст (например, граница старости), болезнь, безработица, самоубийства, семья и др. Именно власть формирует общественное мнение, которое, как заявил в 1972 г. П. Бурдье, не существует как некая объективная данность (вне опросов общественного мнения), «как императив, получаемый исключительно путем сложения индивидуальных мнений» или «нечто вроде среднего арифметического или среднего мнения»⁵¹⁴. Более того, именно власть, действующая в современном обществе преимущественно как символическая власть, производит конструирование социальных классов⁵¹⁵.

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

Способность осуществить в явном виде, опубликовать, сделать публичным, так сказать, объективированным, видимым, должным, т.е. официальным, то, что должно было иметь доступ к объективному или коллективному существованию, но оставалось в состоянии индивидуального или серийного опыта, затруднения, раздражения, ожидания, беспокойства, представляет собой чудовищную социальную власть — власть образовывать группы, формируя здравый смысл, явно выра-

цию); социальная реакция (социальный контроль); последствия (результаты). - Гилинский Я.И. Конструирование преступности // Конструирование девиантности / Монография. Составитель Я. И. Гилинский. СПб., 2011. С. 141.

⁵¹⁴Бурдье П. Общественное мнение не существует // Социология политики. М., 1993. С. 163.

⁵¹⁵Наиболее важным вопросом, по мнению П. Бурдье, является «вопрос о политическом, об истинных действиях агентов, которые во имя теоретического определения «класса» предписывают его членам цели, официально наиболее соответствующие их «объективным» интересам, т. е. интересам теоретическим, а также вопрос о работе, посредством которой им удается произвести, если и не мобилизованный класс, то веру в его существование, лежащую в основе авторитета его официальных представителей». – Бурдье П. Социальное пространство и генезис «классов» // Социология политики. С. 62-63.

женный консенсус для любой группы. Действительно, эта работа по выработке категорий — выявлению и классификации — ведется непрерывно, в каждый момент обыденного существования, из-за той борьбы, которая противопоставляет агентов, имеющих различные ощущения социального мира и позиции в этом мире, различную социальную идентичность, при помощи различного рода формул: хороших или плохих заявлений, благословений или проклятий, злословий или похвал, поздравлений, словословий, комплиментов или оскорблений, упреков, критики, обвинений клеветы и т. п. Неслучайно *kategorēsthai*, от которого происходят категории и категоремы, означает «обвинить публично»⁵¹⁶.

Система права с конструктивистской точки зрения – это деятельность субъекта (человека как носителя правового статуса) по созданию и воспроизведению правовых норм, институтов. Система права – это не некая абстрактная, догматичная данность, а процесс, включающий сочетание традиций и инноваций: ее (системы) воспроизведение и изменение. Центральным элементом системы права выступает не норма права, а человек, формирующий и воспроизводящий нормы права⁵¹⁷. Таким образом, элементами (точнее – аспектами) системы права являются люди, выступающие субъектами права, их представления о социально значимом поведении, то есть правовая культура, объективированная в нормы права, и массовое поведение (включающее как внешнюю, так и внутреннюю, психическую, активность) людей, воспроизводящее (как традиционно, так, иногда, и инновационно) нормы права⁵¹⁸.

Отсюда напрашивается вывод, что юриспруденция должна изучать **политику права** – условия, предпосылки, факторы, влияющие на правовые инновации. В этой связи возникает принципиально важный вопрос: кто является законодателем? Можно ли таковым считать мифическую волю народа, от имени которой принимаются как нормативные правовые акты, так и индивидуальные? Эту проблему поднимает Г.А. Гаджиев⁵¹⁹. Наделяя конституционный суд нормотворческой компетенцией, известный ученый – судья пишет: «Правовая норма обычно рассматривается как функция, как производное от воли законодателей. При этом под последней понимается коллективная воля депутатов парламента определенного созыва. Полагаю, что такое понимание воли законодателя, от которой зависит бытие нормы, ошибочно. Роль юридической нормы в жизни общества настолько важна, что ее нельзя связывать с коллективной волей законодателей. Она является произ-

⁵¹⁶ Там же. С. 66-67.

⁵¹⁷ Ср.: «На первый взгляд создается видимость, что в пространстве права самой важной онтологической единицей является категория закона. Но на самом деле первичной категорией в мире права является спор. .../ Категории спора — согласия являются основными универсалиями онтологии права». – Гаджиев Г.А.

Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности): монография. М., 2013. С. 199, 200.

⁵¹⁸ См. подробнее: Честнов И.Л. Постклассическая теория права. Монография. СПб., 2012. С. 380.

⁵¹⁹ Гаджиев Г.А. Указ. Соч. С. 224 и след.

водной и от воли народа, понимаемой в сугубо юридическом смысле, и от воли государства. Воля государства проявляется прежде всего во всей системе юридических норм, представляющих логическую систему, построенную на определенных принципах. Посредством этой системы можно выявить цель принятия конкретного закона, а совокупность законов позволяет увидеть общее содержание всего законодательства. Воля государства выявляется не только посредством волеизъявления депутатов парламента, но и благодаря усилиям судей, которые часто выявляют смысл юридической нормы исходя из общих целей, которые преследовал законодатель, принимая закон. Иногда эти цели трудно установить, если руководствоваться только текстом отдельной нормы. /.../ Самое важное - это то, что воля государства как концептуальное юридическое понятие находится не в пространстве реальной действительности, в которой обитают биологические существа — люди: депутаты, специалисты и т. д. Такой подход - попытка обнаружить людской субстрат применительно к понятию “воля законодателя” как узкореалистический подход к праву в юридическом концептуальном пространстве преодолен. В конституционно-правовом концепте понятие “воля государства”, выраженная в законе - это та воля, на которую ориентируется суд при интерпретации закона, она носит автономный сугубо юридический характер»⁵²⁰.

Признавая право на существование такой точки зрения, представляется гораздо более обоснованным критикуемый Г.А. Гаджиевым подход, именуемый им как «критическая школа П. Бурдьё», или «узкореалистический»⁵²¹. Догматический подход, основанный на юридических фикциях типа «воли народа», как раз призван завуалировать реальную расстановку политических сил в стране, гегемонию социальной группы, монополизировавшей право официальной номинации, классификации и юридической квалификации социальных ситуаций как правомерных/противоправных⁵²². Как раз критический, узкореалистический подход позволяет выявить парадокс представительства, на котором основаны многие юридические фикции (государство как коллективный субъект, должностное лицо, юридическое лицо и др.).

Парадокс представительства состоит в том, что доверенное лицо обретает власть над людьми, передавшими ему свои полномочия⁵²³. Это связано с тем, что

⁵²⁰ Там же. С. 248-249.

⁵²¹ Там же. С. 260-263.

⁵²² «...слова, названия конструируют социальную реальность в той же степени, в какой они ее выражают, и являются исключительными ставками в политической борьбе за навязывание легитимного принципа видения и делания...». «Чтобы изменить мир, нужно изменить способы, по которым он формируется, т.е. видение мира и практические операции, посредством которых конструируются и воспроизводятся группы». – Бурдьё П. Социальное пространство и символическая власть // Социология социального пространства. М.; СПб., 2005. С. 79, 84. «Право, безусловно, является наивысшей формой символической власти номинации, создающей именованные вещи и, в частности, группы». – Бурдьё П. Власть права: основы социологии юридического поля // Социальное пространство: поля и практики, М.; СПб., 2005. С. 104.

⁵²³ Бурдьё П. Делегирование и политический фетишизм // Социология политики. М., 1993. С. 233.

группа образует себя как раз с помощью делегирования, наделяя мандатом выступать от своего имени какого-либо индивида. В результате возникает отношение метонимии: доверенное лицо превращается в часть группы, которая может функционировать как знак вместо целой группы. «Обозначающее – это не только тот, кто выражает и представляет обозначаемую группу; это тот, благодаря кому группа узнает, что она существует, тот, кто обладает способностью, мобилизуя обозначаемую им группу, обеспечивать ей внешнее существование».⁵²⁴ Именно дискурсивные практики представительства конституируют правовой субъект, на представительство которого они претендуют.

Принципиально важной проблемой конструктивистской парадигмы юриспруденции является определение *источника права*. В рамках данного направления источник права трактуется как механизм воспроизводства правовой реальности. Этот механизм созвучен программе П. Бурдьё, которая состоит в выявлении объективации «первичного произвола», лежащего в основе любого социального (и правового) института. П. Бурдьё утверждал вслед за Б. Паскалем: в основе любого социального института лежит первоначальный произвол⁵²⁵, который с помощью механизма социальной амнезии по прошествии некоторого времени начинает выдаваться за «естественный ход вещей». Близкую программу формулирует Э. Лаклау, который полагает, что в основе любого социального института лежит учреждающий его акт власти, который в условиях фундаментальной неразрешимости социального, состоит в предпочтении одного правила организации практик всем существующим альтернативам, («первичный произвол» - по отношению к действующей нормативной системе), и который с помощью механизма «забывания происхождения» (у П. Бурдьё – «амнезия происхождения») седиментируется, то есть, превращается в социальный институт, якобы сложившийся сам собой⁵²⁶. При этом принципиально важно определить кто, когда и почему совершает «первичный произвол» и как он затем «амнезируется» (объективируется, часто реифицируется и воспринимается как некая естественная, объективная данность).

Любое действие (экстернализация – по терминологии П. Бергера и Т. Лукмана) совершается, конечно, людьми. Однако нормативную (или противоправную, оцениваемую так через некоторое время с позиций господствующей социальной группы) инновацию в состоянии продуцировать не любой человек, а правящая элита и (иногда – или) референтная группа. Именно они формируют первичный образец поведения, который может стать нормой, а может и нет. Это зависит от множества внешних факторов, интериоризируемых в массовое общественно сознание. Другими словами, превращение первичной инновации в норму обеспечива-

⁵²⁴ Там же. С.239.

⁵²⁵ «Основа закона есть не что иное, как произвол», — Бурдьё П. За рационалистический историзм // Социологос постмодернизма. М., 1996. С. 15.

⁵²⁶ Lacklaur E. New Reflections on the Revolution of Our Time. London, 1990. P. 160.

ет ее (инновации) легитимация – принятие широкими народными массами. В силу трудно поддающемуся расчету полезности (по терминологии неонинституциональной экономической теории) для представителей разных социальных групп населения правовой инновации, ее легитимация обуславливается авторитетом правящей элиты и референтной группы. В то же время нельзя сбрасывать со счета «сопротивление структуры» (по терминологии Р. Харре и Б. Латюра).

Внесение изменения в существующий правопорядок, условно говоря, включает *две стадии*. На *первой стадии* правящая элита (или референтная группа, если речь идет о формировании нового правового обычая) в соответствии с процессуальным законодательством разрабатывает и принимает новый нормативно-правовой (например) акт. Для этого должны быть некоторые причины как объективного, так и субъективного плана: должны произойти некоторые изменения в обществе, которые оцениваются элитой в качестве нежелательных, вызывающих как минимум чувство обеспокоенности. Это и побуждает предложить инновацию применительно к действующему правопорядку.

Не существует объективных оснований правовых инноваций. Точнее – человеческое сознание не в состоянии их выявить. Поэтому обнаружить единственную причину формирования инновативного образца правового института в принципе невозможно. В основе такой инновативной, креативной деятельности (представители социального конструктивизма называют ее экстернализацией) лежит сложная конфигурация общественных отношений, вызывающая неудовлетворенность как у элиты, так и у широкой общественности (чаще всего элита откликается на имплицитный, неартикулированный «запрос» или «заказ» народных масс), которая предшествует реформе. Вместе с тем индивидуальные артикуляции (термин предложили Э. Лакло и Ш. Муфф) и действия никогда не бывают точными копиями сложившегося образца; они, исходя из изменяющегося контекста, постоянно видоизменяют его сперва в рамках допустимого «люфта», а затем могут трансформировать в новый институт. Эта потенциальная изменчивость любой устойчивой структуры (института) обусловлена тем, что всякий знак (следовательно, и всякий институт как совокупность знаков с семиотической точки зрения) не имеет однозначного объективного значения.⁵²⁷ Социальная практика, оперирующая знаками, переопределяет их значения как в рамках структуры, так и выходя за ее границы и создавая тем самым новую структуру. Таким образом формируется представление об объективности социальной структуры (института), ее естественности. Однако так понимаемая объективность — это исторический результат политических процессов и борьбы за гегемонию навязывания своего символического

⁵²⁷ Каждая конкретная фиксация значения знака условна, поэтому дискурс никогда не бывает зафиксированным настолько, чтобы не изменяться из-за разнообразия значений из области дискурсивности. – Laclau E., Mouffe C. *Gegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*. London, 1985. P. 110.

видения мира. Объективность, как утверждает Э. Лакло, — это маскировка изменчивости, сокрытие альтернативных возможностей иных значений⁵²⁸.

В результате инновационной деятельности принимается новый нормативно-правовой акт или складывается обычай (сначала среди узкой группы его адептов). Однако принятие закона, как и формирование «локального» обычая, еще не гарантирует его превращение в действующее право, его вхождение в реальный правопорядок. Для этого требуется легитимация этого нововведения широкими народными массами — содержание *второй стадии*. Именно за народом остается окончательное слово в вопросе о том, будет ли отобрана историей соответствующая правовая инновация.

Примеры применения обрисованной выше программы приводятся в исторической и в историко-правовой науке. Среди них можно назвать анализ образования современного централизованного государства из «специфических интересов юристов...», которые создают разного рода легитимирующие теории, согласно которым король представляет общественные интересы и имеет право на полную безопасность и справедливость, ограничивает компетенцию феодальной юрисдикции⁵²⁹. Интересный и поучительный пример «социальной амнезии», создающей видимость объективности, естественности политико-правового института (английской конституции, сыгравшей роль политического образца в развитии конституционных учреждений) приводит Н. Н. Алексеев: «Сама по себе конституция эта была чистым продуктом иррационального исторического творчества. Она была постройкой, которая производилась не по выработанному плану, но которая исторически слагалась и росла, как строятся старые города. И как старые города с их запутанными и узкими улицами, и старыми домами, английская конституция обладала истинным историческим стилем, но в то же время была неудобна, если угодно, непрактична. В ее элементах не было никакой логики, но она вся была основана на символах, фикциях, пережитках, привычках. Последующая конституционная теория потратила немало остроумия, чтобы рационально защитить существование двух палат, но английские две палаты - лорды и общины - создавались без всякой теории, как результат многовековых влияний, борьбы интересов, различных компромиссов, соглашений. Без всякой теоретической логики, без плана, выросла и английская система парламентарного министерства. Мы уже не говорим о

⁵²⁸ Laclau E. *New Reflections on the Revolution of Our Time*. London, 1990. P. 89.

⁵²⁹ Бурдые П. Дух государства: генезис и структура бюрократического поля // Поэтика и политика (сборник статей). Альманах Российско-французского центра социологии и философии Института социологии Российской Академии наук. СПб., 1999. С. 146. В другом месте он пишет: «[Необходимо] понять каким образом — в силу и по причине их специфического капитала и их частных интересов - обладатели юридической компетенции были подведены к тому, чтобы породить дискурс государства, который при всем том, что служил оправданием их позиции, представлял государство - *fictio juris*, которое мало помалу перестало быть простой выдумкой юристов и превратилось в самостоятельный порядок, способный принудить к повсеместному подчинению его задачам и его функционированию и заставляющий признать его устои». – Там же. С. 160.

потомственной монархической власти, основы которой целиком построены на исторических традициях. И вот эти три чисто иррациональные исторические категории - король, палаты, ответственное министерство, были превращены западной политической мыслью в род нормальную, отвечающую требованиям логики и справедливости политической системы».⁵³⁰ В свое время автору этих строк удалось показать, как в нашей стране возник институт административных правонарушений, принципиально отличающийся от того, что понималось под этим институтом в до-революционной России и в западных государствах⁵³¹. Микроанализ образования института строгого и сурового тюремного заключения (*paine forte et dure*) в средневековом английском праве проведен М.К. Ивиной⁵³².

В последнее время наиболее активно процесс конструирования права осмысливается в криминологии и теории международных отношений. Так, лидеры Копенгагенской школы международных отношений, разрабатывающих проблематику международной безопасности (или безопасности в международных отношениях) утверждают, что безопасность является «самоотносимой практикой», поскольку именно в процессе этой практики соответствующая проблема конструируется как проблема безопасности. Субъектами такой практики выступает власть, которая используя СМИ убеждает население в реальности «экзистенциальной угрозы». В этой связи можно вспомнить афоризм У. Томаса: ситуация реальна по своим последствиям потому, что она представляется реальной. Власть или акторы процесса скурьюритизации определяют, что и когда мы называем безопасностью и что понимаем под этим словом⁵³³.

Сегодня уже очевидно, что невозможно дать универсальное определение опасности или перечень всех чрезвычайных ситуаций. Важнее исследовать как и почему некоторые ситуации квалифицируются как чрезвычайные, угрожающие общественной безопасности и как изменяется их интерпретация со временем. Так, Н. Кристи блестяще показал, что сегодня власти выгодно нагнетание паники⁵³⁴ по

⁵³⁰ Алексеев Н. Н. Современное положение науки о государстве и ее ближайшие задачи // Русский народ и государство. М., 1998. С. 458-459.

⁵³¹ Честнов И.Л. Институт административных правонарушений в системе права // Автореф. дисс... канд. юрид. наук. СПб., 1994.

⁵³² Ивина М.К. Институт строгого и сурового тюремного заключения (*paine forte et dure*) в средневековом английском праве // Автореф. дисс... канд. юрид. наук. СПб., 2012.

⁵³³ Buzan B., Waever O., Wilde J.D. Security: A New Framework for Analysis. London, 1998. P. 29-31.

⁵³⁴ А.В. Добрынин по этому поводу пишет, что одной из форм манипулирования общественным сознанием (правосознанием) являются «постоянно возникающие в обществах состояния моральной паники. В результате подобных манипуляций современное общество оказывается дезориентировано перед лицом реальных социальных угроз и деморализовано неадекватной реакцией на явления, представляющие скорее виртуальную, нежели действительную опасность. Классическим примером такой дезориентации и деморализации можно считать ситуацию с восприятием преступного поведения в сегодняшней Литве. В публичных дискуссиях практически игнорируется тот факт, что по уровню убийств страна уже не первый год занимает первое место в Евросоюзе. Однако вместе с тем в последние полтора года не без «помощи» местных средств массовой информации практически все об-

поводу конструируемой ею же росте преступности для увеличения влияния, субсидий, социального статуса»⁵³⁵.

Постклассическая теория права утверждает конструируемость как правовой системы, так и ее важнейшего элемента - **правовых ценностей**. Ценности как таковые – это конструируемые властью (в широком смысле включающей элиты и референтные группы) социальные представления о желаемом, о благе⁵³⁶. В связи с неустранимой неопределенностью как свойства неустойчивости, стохастичности социального мира и ограниченности человеческого сознания, ценности в обыденном сознании предстают в расплывчатом или туманном образе «хорошей жизни». В то же время четкие критерии того, что считать благом и, что еще более важно, как его достичь – остается на уровне мечтаний. Тут-то на авансцену и выходят манипуляторы общественным сознанием, прежде всего, средства массовой информации, которые и формируют образ достойной жизни, успеха и т.д.⁵³⁷ Именно СМИ (находящиеся в руках соответствующих социальных групп) убеждают население, например, в общественной опасности, исходящей от наркотиков или нетрадиционной сексуальной ориентации, оскорблений чувств верующих и др., забывая о проблемах экологии или медицины⁵³⁸.

С позиций постклассической философии права, наивная вера в то, что право как мир должного (не суть важно, каким образом выводимого из трансцендентных оснований) существует независимо от потребностей, интересов и ценностей человека, заменяется конструируемостью, социокультурным контекстуализмом и интросубъективностью. Собственно, и ценности в правовой реальности также не яв-

щество втянуто в бурное обсуждение вопросов педофилии, приоритетность которой в контексте нынешней криминогенной ситуации более чем сомнительна». – Добрынин А.В. Теоретические предпосылки конструирования девиантности // Конструирование девиантности / Монография. Составитель Я.И. Гилянский. СПб., 2011. С. 30.

⁵³⁵ Кристи Н. Контроль над преступностью как индустрия. Вперед, к ГУЛАГУ западного образца / под общ. ред. Я.И. Гилянского; ред. и авт. прим. Ю. Чижов; пер. с англ. А. Петрова, В. Пророковой. 3-е изд. СПб., 2012. Особо впечатляет следующий его пассаж: «В современном обществе главная опасность преступности состоит не в преступлениях, а в том, что борьба с преступностью может столкнуться обществом на тоталитарный путь развития». - Там же. С. 9.

⁵³⁶ Отождествление ценностей и блага свойственно англо-американской аналитической философии и философии права. См.: Финнис Дж. Естественное право и естественные права / пер. с англ. В.П. Гайдамака и А.Б. Панихиной. М., 2012. С. 77, 78, 118-120.

⁵³⁷ Общественное мнение, как доказывал своими исследованиями П. Бурдьё, формируется и навязывается властью (в широком смысле, включая, прежде всего, власть СМИ, референтные группы). Вместо общественного мнения есть, «с одной стороны, мнения сформированные, мобилизованные и группы давления, мобилизованные вокруг системы в явном виде сформулированных интересов, и с другой стороны, — предрасположенности, которые по определению не есть мнение, если под этим понимать, как я это делал на протяжении всего анализа, то, что может быть сформулировано в виде высказывания с некой претензией на связность». – Бурдьё П. Общественное мнение не существует // Бурдьё П. Социология политики. М., 1993. С. 177.

⁵³⁸ По мнению Б.В. Маркова, постоянные сообщения о конфликтах и угрозах помогают «поддерживать возбуждение и одновременно создает чувство беспомощности. Как это ни парадоксально, но единство может быть достигнуто благодаря тому, что люди чувствуют себя жертвами природы, техники, науки, политики». - Марков Б.В. Люди и знаки: антропология межличностной коммуникации. СПб., 2011. С. 230.

ляются априорной данностью, а конструируются властью (включая референтные группы) и воспроизводятся практиками людей – носителей статуса субъектов права, включая практики оценивания. В то же время З. Бауман констатирует, что для культуры постсовременного социума характерен «совокупный опыт *неуверенности* человека в его положении, в правах и доступности средств к существованию, *неопределённости* относительно преемственности и будущей стабильности, *отсутствия безопасности* для физического тела человека, его личности и их продолжений – имущества, социального окружения, сообщества». Отсюда стремление к сиюминутному: «что бы ни предлагала нам жизнь, пусть она предложит это *hic et nunc* – здесь и сейчас. Кто знает, что случится завтра?». Поэтому «во всех областях культуры (включая и науку, целью которой, как считается, выступает поиск вечных истин) *известность* приходит на смену *славе* и признается (общепризнано и бесстыдно) мгновенным вариантом бессмертия, пренебрегающим всеми другими его формами и безразличным к ним»⁵³⁹.

Правовые ценности существуют в сознании людей (как общественном, так и групповом, так и индивидуальном), они проявляются в отношении оценивания, приписывания юридической значимости некоторым социальным явлениям и процессам, превращая тем самым их в юридические, и в поведении, соответствующем данной ценности. Каждое явление (феномен) правовой реальности оценивается людьми с позиций той системы ценностей, которую они разделяют. Однако правовые ценности, как и ценности вообще, не могут быть научно обоснованы. Единственный критерий или основание их обоснованности – общепринятость (легитимность). Но конвенциональный критерий всегда относителен, зависим от конъюнктуры момента и манипулирования общественным мнением, которое всегда конструируется властью, в том числе, с помощью опросов общественного мнения. В постсовременном обществе потребление власть (в широком смысле слова), ставшая преимущественно символической, формирует желания (потребности), навязывает единственное «значимое» (признанное в ситуации тотальной консьюмеризации) стремление к потреблению, тем самым обеспечивая легитимность существующего правового порядка⁵⁴⁰.

Одной из важнейших проблем постсовременного общества является конфликт ценностей в праве⁵⁴¹. Разные социальные и культурные группы выступают

носителями различающихся содержательно правовых ценностей. Разрешение конфликта правовых ценностей возможно только с помощью механизма диалога. Диалог – это универсальная абстракция, необходимая для уважительного отношения к Другому, это отказ от привилегии собственной точки зрения, от доминирования или «агрессивного насилия». В то же время правовой диалог – это артикуляция различий в рамках «продуктивной коммунальности», а не утопия всеобщей дружбы или любви.

Диалог в праве – это признание необходимости Другого (или «дружести», по терминологии П. Рикера) как условие выживания всех. Именно диалог снимает оппозицию универсальное / локальное (контекстуальное) применительно к праву и выражает его социальное назначение как трансцендентную ценность. Имманентная же ценность права и имманентность ценностей в праве состоит в его легитимности – признании населением, выражаемом дискурсивными практиками приписывания правового значения тем социальным интеракциям, которые выражают социальные предпочтения широких слоев населения. Именно диалог выступает механизмом конструктивистской эволюции права и правовых ценностей.

§ 8. Ошибки в сфере правотворчества: норма или девиация

1. *Понятие ошибки.* Мы часто употребляем слово «ошибка», не задумываясь над его смысловой нагрузкой. Что такое ошибка? Почему ошибки совершаются? Можно ли ошибок избежать? Следует ли исправлять допущенные ошибки и как это делать? Вопросы можно продолжать. Отвечать на них каждый будет по-своему. При этом понимание ошибки в естественных и технических науках существенным образом отличается от того, которое имеет место в социальных науках. Бессмысленно отрицать факт различия предметов исследования названных наук. Ясно и то, что зачастую социальная наука заимствует у естественной (технической) понятия, наполняя их собственным (существенным образом отличным от первоначального) содержанием⁵⁴², следовательно, могут быть заимствованы (с последующей обработкой и адаптацией к соответствующему предмету познания) и определенные теории выступающие методологической базой исследования в той или иной области. При подготовке этой статьи были использованы две теории ошибок, при помощи которых происходит осмысление феномена «ошибка» в кибернетике и в математике. Рабочее определение ошибки в области социальных от-

⁵³⁹ Бауман З. Индивидуализированное общество/Пер. с англ. под ред. В.Л. Иноземцева. М., 2002. С. 194, 196, 200.

⁵⁴⁰ Марков Б.В. Люди и знаки: антропология межличностной коммуникации. СПб., 2011. С. 354-359. В другом месте он пишет: «Власть не обманывает, а делает людей такими, какими нужно. Власть работает не с истиной, а с желаниями...». – Там же. С. 456.

⁵⁴¹ В другой книге известный философ пишет: «Моральный дискурс находится сегодня под подозрением, так как не существует убедительной теории обоснования абсолютных ценностей. К этому добавляется интенсивный рост разного рода прикладных и профессиональных этик. На самом деле превращение ценностей в объект критической рефлексии означает, что общество нашло иные формы достижения единства. И сегодня оно достигается не моралью, а массмедиа.../ Чем чаще и громче

говорят одемократизации российского общества, тем больше сомнений в том, существует ли оно вообще.../ Когда мы констатируем отсутствие общества, то имеем в виду распад личных, моральных и социальных связей между людьми. - Марков Б. В. Люди и знаки: антропология межличностной коммуникации. СПб., 2011. С. 77, 582, 583.

⁵⁴² К числу подобных заимствований могут быть отнесены слова «механизм», «аппарат», «функция», «технология» и др.

ношений сформулировано посредством метода логического конструирования и в силу своего абстрактного характера может быть экстраполировано на любую сферу социальной деятельности, в том числе и на правотворчество.

Применительно к системе социальных отношений *ошибкой следует считать любое субъективное волеизъявление, приводящее к искажению сложившихся в обществе стереотипов дифференциации «правильного/правомерного» и «неправильного/противоправного».*

Взятое за основу данное определение позволяет выделить признаки ошибки:

– фактическая ошибка *явление субъективного характера*: в реальности конкретные ошибки совершают конкретные субъекты, при этом другие субъекты наделяются правом квалифицировать принимаемые решения (совершаемые поступки) как правильные/ошибочные. Таким образом, отдельно взятая ошибка представляет собой факт казуального характера, в юриспруденции – это юридический факт (деяние);

- ошибка как свойство упорядоченного процесса социальной жизни – явление *объективное и, в силу этого закономерное*. Любая ошибка предполагает наличие устоявшегося стереотипа (правила): нет правила, нет и ошибки. Из этого следует, что принятие правила, автоматически влечет потенциальную возможность совершения ошибки в процессе его реализации;

- применительно к юридической технике, ошибка есть фактор, характеризующий *профессиональную компетенцию и компетентность* субъекта юридической деятельности, при этом количество и качество совершаемых ошибок следует рассматривать в качестве оценочного критерия компетентности соответствующего субъекта;

- ошибка носит *добросовестный характер и исключает противоправный умысел*, в противном случае, следует говорить не об ошибке, а о правонарушении. Вместе с тем, в зависимости от результативных последствий совершенной ошибки, она может быть квалифицирована в качестве факта противоправного деяния.

2. Понятие правотворческой ошибки. Рассматривая правотворчество как вид юридической деятельности государства (выступающего в лице компетентных государственных органов и должностных лиц – представителей государственной власти), направленной на разработку, принятие и внедрение в систему социальных отношений нормативно-правовых актов, содержащих в себе нормы права (общезначимые правила поведения, исходящие от государства и обеспечиваемые государственными гарантиями и санкциями), следует, с одной стороны, констатировать, что государственное правотворчество представляя собой объективную составляющую государственной деятельности (любое государство не независимо от формы правления и политического режима обладает прерогативами в сфере разработки и легализации основополагающих нормативно-правовых актов - законов), не зависит от волеизъявлений конкретных человеческих индивидов, а с другой сто-

роны, представляет собой результат конкретной деятельности конкретных граждан, принимающих как правильные (с точки зрения соответствия действующим законам), так и неправильные решения.

В условиях авторитарных режимов проблема ошибки государства (государственного органа, государственного деятеля) не актуальна. Если государство владеет обществом и руководит им по собственному усмотрению, то и официально признаваемых ошибок в период своего существования оно допускать не может. Единственное «но». История как объективная реальность показывает эффективность либо пагубность используемой той или иной управленческой системой средств и методов управления, а, следовательно, правильность либо ошибочность государственных законов.

Приговор истории окончателен и обжалованию не подлежит. Можно долго говорить о богобоязненности и державности подданных Российской Империи, о патриотизме граждан СССР, но приходится признать, что единственным фактором, объединяющим два качественно отличных государственных строя, является конечный период их существования.

Для того чтобы перейти из стадии «бытия» в «небытие» этим державам, декларирующим собственную исключительность и непоколебимую стабильность на арене всемирной истории, оказалось достаточным всего лишь одного года. 1918 и 1992 гг. наглядно показали миру, что слова о неразрывности связей, объединяющих народы Империи и Союза, – не более, чем слова, произносимые людьми, которым ничто человеческое, в том числе и ошибки, не чуждо.

В XXI в. Россия вступает в качестве страны, которая, с одной стороны, декларирует свое преемство по отношению к традициям, сложившимся в ходе отечественного политико- и правового развития, а с другой – заявляет свое право на выработку качественно новых схем и механизмов политико-правового устройства. Но не будет ли новое не очень хорошо забытым старым? К сожалению, нельзя не признать того, что, как и в старые добрые/недобрые времена, на официальном уровне все меньше говорят о возможных/неизбежных ошибках людей, выступающих в качестве представителей государственной власти. Люди всегда остаются людьми, а значит, им свойственно ошибаться.

Люди, осуществляющие правотворческую деятельность, называются научным термином «субъекты правотворчества». Кто они? Перечислим некоторых очень известных россиян, которые в настоящий период наделены компетенцией в сфере разработки и принятия общезначимых правил поведения, облеченных в форму федеральных конституционных и федеральных законов: Ирина Роднина, Александр Карелин, Владислав Третьяк, Николай Валуйев и т. д. Не сомневаюсь в известности и заслуженных достижениях в области спорта перечисленных депутатов Государственной Думы. Вместе с тем возникают серьезные сомнения в их профессиональной компетенции в качестве собственно законодотворцев, обладаю-

щих в силу занимаемой должности комплексом специальных знаний, умений, навыков. Применительно к таким субъектам законотворческой деятельности многочисленные правотворческие ошибки неизбежны. Что же такое правотворческая ошибка и каким образом можно ее исправить?

Правотворческая ошибка – это субъективный фактор правотворческой деятельности. Волеизъявление правосубъектного лица, противоречащее установленным правилам (процедурам) правотворческого процесса, влекущее наступление результатов, непредусмотренных существующими нормативными положениями и регламентами.

Правотворческие ошибки возникают в результате деятельности конкретных людей и в своей конкретике носят казуальный характер. Вместе с тем, объективный характер действующего законодательства предопределяет ситуацию, в рамках которой ошибка, допущенная конкретным человеком, впоследствии «растворяется» в общем объеме работы по подготовке и принятию нормативно-правового акта. Следовательно, ошибочность разрабатываемых и принимаемых конкретными людьми правовых актов в обобщенном виде явление закономерное. Из этого следует, что очевидные погрешности вновь принятого закона/подзаконного акта не влекут ответственности лиц, допустивших ошибки, повлекшие последующую критику.

Для того чтобы успешно выявлять и устранять правотворческие ошибки, необходима научная теория. Учитывая, что в правоведении такой теории, вплоть до настоящего времени нет, можно попытаться взять за основу теории ошибок, разработанные в естественных и технических науках, с тем, чтобы затем внедрить их положения в теорию правотворческих ошибок.

Системные ошибки всё время либо преувеличивают, либо преуменьшают результаты измерений и происходят от определённых причин (неправильной установки измерительных приборов, влияния окружающей среды и т. д.), оказывающих системное влияние на измерения и изменяющих их в одном направлении.

Грубые ошибки возникают в результате просчёта, неправильного чтения показаний измерительного прибора и т. п. Результаты измерений, содержащие грубые ошибки, сильно отличаются от других результатов измерений и поэтому часто бывают хорошо заметны.

Случайные ошибки происходят от различных случайных причин, действующих при каждом из отдельных измерений непредвиденным образом то в сторону уменьшения, то в сторону увеличения результатов.

3. *Теория правотворческой ошибки (интерпретация математической теории ошибок)*. Теория ошибок – раздел математической статистики, посвященный построению уточненных выводов о численных значениях приближенно измеренных величин, а также об ошибках (погрешностях) измерений.

Повторные измерения одной и той же постоянной величины дают, как правило, различные результаты, так как каждое измерение содержит некоторую ошибку. Различают три основных вида ошибок: системные, грубые и случайные.

Теория ошибок занимается изучением лишь грубых и случайных ошибок. Основными задачами теории ошибок являются: выведение законов распределения случайных ошибок, определение оценок неизвестных измеряемых величин по результатам измерений, установление погрешностей таких оценок и устранение грубых ошибок.

Правотворчество является видом юридического процесса. Ошибки, совершаемые субъектами правотворчества, так же, как и в математике, могут быть разделены на системные, грубые и случайные.

Системные ошибки возникают вследствие укоренившихся в индивидуальном и коллективном правосознании субъектов правотворчества стереотипов восприятия государства и права. Подобные стереотипы, сформировавшиеся у сегодняшних представителей законодательной власти, в большинстве своем сформировались в условиях государственно-правового режима советского периода. Крах режима произошел в результате кризиса системы социального управления (важнейшим элементом которой был механизм правового регулирования) советского государства. Однако сам по себе распад СССР не мог повлечь моментального изменения социалистического правосознания людей, пришедших к власти на волне революционных преобразований. Получается, что новое законодательство принимают люди со старым мышлением, а это неизбежно влечет за собой совершение системных правотворческих ошибок. В качестве примера совершения системной правотворческой ошибки может быть рассмотрен Федеральный закон «О мировых судьях» 1998 г. Теоретически (в контексте основных функций института мировой юстиции) мировые судьи должны относиться даже не к субъектам федерации, а к муниципальным образованиям, что, в свою очередь, предполагает их выведение за рамки государственных органов судебной власти. Вместе с тем, в соответствии с Законом институт мировой юстиции включается в структуру государственной судебной системы, что автоматически влечет формирование отношения к мировым судьям со стороны федеральных судов как к нижестоящим, а значит, менее значимым. Такая ошибка стала следствием того, что у авторов Закона (не важно признаются они себе в этом или нет) сохранился в сознании стереотип командно-административной системы управления, в основу которой положен принцип субординации нижестоящих органов (должностных лиц) по отношению к вышестоящим. Если согласиться с этим, то становится понятным, почему для мирового судьи (являющегося судьей субъекта федерации) в качестве вышестоящей инстанции определяется федеральный орган – районный суд⁵⁴³.

⁵⁴³ Федеральный конституционный закон «О судебной системе РФ» N 1-ФКЗ от 31 декабря 1996 г.

Грубые ошибки возникают в результате просчётов, связанных с неправильной оценкой социологических факторов правотворческого процесса⁵⁴⁴, нарушением основополагающих принципов техники правотворческой деятельности⁵⁴⁵, несоблюдением правил работы с документами и т. п.

Нормы, содержащие грубые ошибки, достаточно сильно отличаются от других и поэтому хорошо заметны.

Случайные ошибки происходят вследствие возникновения непредвиденных обстоятельств и обусловлены причинами индивидуального характера. Учитывая, что процесс правотворчества является видом коллективной деятельности, можно было бы констатировать, что сама по себе случайная ошибка не может оказать существенного влияния на качество готовящегося нормативно-правового акта, поскольку каждый последующий этап правотворчества одновременно является фазой контроля правильности решений, принятых на предшествующей стадии, а значит, ошибка, случайно допущенная предшествующим субъектом, будет выявлена последующим. Вместе с тем, принимая во внимание пресловутый «человеческий фактор», вполне можно допустить ситуацию, когда случайная ошибка, совершенная на первых этапах правотворческого процесса, не будучи выявленной в дальнейшем, способна повлиять на структуру и содержание разрабатываемого документа, а в дальнейшем сказаться на результативности его применения.

Разработка теории правотворческих ошибок предполагает моделирование средств выявления грубых и случайных ошибок, а также предложение путей их устранения.

В качестве основного средства выявления правотворческих ошибок следует признать процедуру обсуждения проекта нормативно-правового акта как среди специалистов в области предполагаемого правового регулирования, так и среди широкой общественности, оценивающей планируемый документ с точки зрения его соответствия устоявшимся в обществе традициям и представлениям о морально-этических ценностях. С сожалением приходится констатировать, что в современной отечественной правотворческой практике процедура всенародного обсуж-

⁵⁴⁴ Нормативно-правовые акты, регламентирующие процесс приватизации государственной собственности, разрабатывались без учета того, что для подавляющего большинства советских (российских) граждан на психологическом уровне не сложилось понимания сопричастности к государственной (общенародной) собственности, дающей право на получение в частную собственность соответствующей доли общего богатства. Отсутствие такого понимания предопределило последствия процесса приватизации: обнищание большинства и обогащение меньшинства. При этом в результате приватизации наиболее пострадали те, о ком государство, по идее, должно было проявлять наибольшую заботу: пенсионеры, инвалиды, работники бюджетной сферы.

⁵⁴⁵ Одним из важных принципов правотворчества, осуществляемого на уровне субъектов Российской Федерации, является принцип соотносимости федеральных и региональных законов. В соответствии с данным принципом региональные законы не должны противоречить федеральным, но и не должны их копировать. Однако сравнительный анализ разноуровневых законов, принимаемых по аналогичным предметам ведения, показывает, что зачастую региональный законодатель попросту бездумно копирует соответствующие положения федеральных законов.

дения проектов наиболее важных законодательных актов не применяется. Ее внедрение, на мой взгляд, будет способствовать более тщательной работе над законопроектами, а также означать практическое вовлечение широких народных масс в правотворческий процесс.

Говоря об устранении правотворческих ошибок, следует отметить, что в настоящий период имеется практика включения в принятые и действующие законодательные акты дополнений и изменений. Не отвергая данный путь исправления ошибок, вместе с тем, хотелось бы акцентировать внимание на особом статусе закона как наиболее стабильного, а значит, и жесткого (с точки зрения всевозможных трансформаций) нормативно-правового акта. Думается, что непрерывное изменение текста закона снижает его юридическую силу и в результате негативно сказывается на законоприменительной практике. Полагаю, что деление нормативных актов на законы и акты подзаконного характера позволяет устранять правотворческие ошибки не за счет непрерывного усовершенствования законов, а за счет подзаконного нормотворчества. В случаях же, когда правотворческие ошибки приводят к тому, что принятый закон противоречит основным принципам права, возрастает значимость органов конституционной (уставной) юстиции, обладающих правом квалификации законодательных актов на предмет их соответствия Конституции РФ (конституциям и уставам субъектов Федерации) и принятия решения о неконституционности того или иного акта, что, в свою очередь, является основанием для его отмены.

4. Теория ошибок Вячеслава Тихонова. В процессе дальнейшей характеристики правотворческих ошибок целесообразно воспользоваться «несерьезной» Теорией ошибок Вячеслава Тихонова. Несмотря на то, что данная теория ориентирована на разработчиков компьютерных программ, отдельные ее положения вполне могут быть экстраполированы в сферу правотворческой деятельности. Перечислим некоторые постулаты этой теории, представляющие для нас наибольший интерес.

Базовый тезис. Ошибки так же неисчерпаемы, как и атом.

Аксиома. В любой программе есть ошибки.

Закон пропорциональности. Чем более программа необходима, тем больше в ней ошибок.

Следствие. Ошибок не содержит лишь совершенно ненужная программа.

Фундаментальный закон теории ошибок. На ошибках учатся.

Следствие 1. Программист, написавший программу, становится ученым.

Следствие 2. Чем больше программист делает ошибок, тем быстрее он делается ученым. При условии работы над совершенными ошибками.

Следствие 3. Крупный ученый-программист никогда не пишет правильные программы.

Закон необходимости ошибок. Программист может обнаружить ошибку только в чужой программе.

Следствие. Ошибке не все равно, кто ее обнаружит⁵⁴⁶.

7. *Теория правотворческой ошибки как интерпретация теории ошибок Вячеслава Тихонова.* Применительно к теории правотворчества перечисленные в предыдущем разделе положения могут быть изложены в следующей интерпретации.

– Ошибка как фактор правотворческой деятельности представляет собой объективную категорию. Нельзя избежать ошибок в процессе правотворчества. Любой нормативный акт содержит в себе ошибки.

– Чем более закон необходим, тем больше в нем ошибок. Как правило, критерий необходимости связывается с понятиями «здесь» и «сейчас». При этом законодатели торопят с разработкой и принятием соответствующего нормативного правового акта, что приводит к неизбежным ошибкам и погрешностям (та ситуация, в условиях которой разрабатывался альтернативный проект ельцинской Конституции России, принятой на референдуме 12 декабря 1993 г., во многом объясняет большое количество ошибок и противоречий, имеющих в тексте действующего Основного Закона страны).

– Минимальное число ошибок содержит правовой акт, не имеющий реальной юридической силы (Конституция СССР 1936 г. соответствовала самым высоким требованиям, предъявляемым к документам такого рода. Однако «совершенство» конституционного текста компенсировалась ничтожностью «конституционного духа», что придавало Конституции сугубо декларативный, не подтвержденный сколько-нибудь значимыми юридическими гарантиями и санкциями характер).

– *Фундаментальный закон теории правотворческой ошибки.* Субъекты правотворческой деятельности совершают ошибки и учатся на этих ошибках.

Примечание. Чужие ошибки обучающим воздействием не обладают.

Следствие первое. Законодатель, разработавший законопроект и принявший закон, становится ученым (в смысле обладающим определенными знаниями, умениями, навыками, позволяющими выявлять ошибки и делать предложения по их недопущению и устранению).

Следствие второе. Чем больше законодатель делает ошибок, тем быстрее он становится ученым.

Следствие третье. На начальном периоде деятельности новых или существенным образом обновленных составов законодательных органов неизбежно увеличение числа ошибок в разрабатываемых и принимаемых ими законодательных актах.

Мнение. Ошибка, выявленная и исправленная самим субъектом правотворчества в процессе работы над законопроектом либо в ходе его обсуждения, перестает быть ошибкой.

Следствие первое. Ошибки выявляются только конкурирующими субъектами (к примеру, представителями депутатской фракции, выступающей против принятия соответствующего закона).

Следствие второе. Ошибке не все равно, кто ее обнаружит. В случае если ошибку обнаруживает субъект, принимавший непосредственное участие в правотворчестве либо его коллега по партийно-фракционной деятельности, то велика вероятность, что данная ошибка не получит огласки и войдет в соответствующий нормативно-правовой акт. Естественно, что, если ошибку обнаружит представитель конкурирующей парламентской фракции, то ситуация кардинальным образом меняется. При этом, к сожалению, и в том, и в другом случаях, собственно ошибка как фактор, влияющий на предполагаемую эффективность будущего закона, имеет меньшее значение, нежели корпоративные партийные интересы, отстаиваемые представителями парламентских фракций.

8. *Рекомендации начинающему правотворцу.*

Рекомендация первая. Если вы с первого раза сумели написать проект закона, в котором рецензент не обнаружил ни одной ошибки, сообщите об этом руководителю рабочей группы. Он исправит ошибку, связанную с выбором рецензента.

Рекомендация вторая. Не имеет смысла исправлять найденные ошибки в готовом проекте нормативного правового акта (исключение составляют ошибки редакционно-технического характера, а также ошибки, исправление которых не повлияет на содержание других структурных разделов документа), ибо это повлечет за собой появление неизвестного числа найденных. Лучше опишите их в сопроводительной документации как особенность данного нормативного правового акта, которую необходимо иметь в виду в процессе его применения.

Рекомендация третья. До начала работы над проектом нормативного правового акта следует тщательно продумать наиболее вероятные ошибки и связи между ними и планируемыми результатами правотворчества. Это значительно упростит работу над ошибками в самом проекте и, как следствие, будет способствовать оптимизации правотворческой и правореализационной деятельности.

⁵⁴⁶ См.: Тихонов В. Теория ошибок // <http://www.anafor.ru/law/tikhonov.htm>

§ 9. Правотворчество и легитимность: дискурсивное обоснование*

Условием для эффективности правотворчества, является его легитимность, то есть признание законодательства в качестве авторитета для граждан данного общества. Это является необходимым основанием для достижения целей законодательного процесса. В противоположном случае, если ценности, декларируемые законом, не становятся регуляторами общественных отношений, неизбежен кризис правового регулирования. В отечественной философии права впервые об этом писал Л.И. Петражицкий, указывавший на последствия разрыва между позитивным и интуитивным правом. Так, в интуитивном праве формируются понимания о справедливости, закрепляющиеся в новом позитивном праве. Л.И. Петражицкий, в отличие от юристов-современников, справедливо отмечал, что право есть результат долгого общественного опыта, а не произвольная конструкция законодателя. При этом кризис правовой системы наступает при расхождении между интуитивным и позитивным правом: «при переходе разногласия за известные пределы неизбежно крушение подлежащего применению позитивного права»⁵⁴⁷. Проблема научного осмысления легитимности правотворчества напрямую связана с типами правопонимания и парадигмой мышления, присущей европейской юриспруденции. Отечественная юриспруденция исторически связана с так называемым «Проектом Просвещения» и теорией «законодательного разума» (термин З. Баумана). Как пишет проф. И.Л. Честнов, - Законодательный разум как концепция, сложился в эпоху Просвещения и претендовал не только на монопольную истину при описании и объяснении действительности с помощью научных методов, но и, опираясь на научный прогноз, на предписание должного (истинного) поведения. Эпистемологическая концепция представлялась наиболее передовой, способной дать (может быть, не сейчас, но, бесспорно, в будущем) ответы на все вопросы и обеспечить достижение желаемого результата посредством активного воздействия на «косную» среду, представленную традициями, здравым смыслом и т.п. Такая философия законодательного разума, по мнению З. Баумана, ориентирована на критику здравого смысла и непрофессионального знания, которому нельзя «доверять представлять истину». Этот постулат гармонирует с обещанием «рациональной организации человеческого существования»⁵⁴⁸. Таким образом, понимание правотворчества до сих пор связано с типом правового мышления, или парадигмой в праве. Под парадигмой в отечественной теории права понимают, как правило, концепции

* Данный параграф подготовлен В.В. Денисенко в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 18-011-001777 «Дискурсивная легитимация права: речевой акт как форма с нормативным содержанием».

⁵⁴⁷ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб, 2000. С. 488.

⁵⁴⁸ Цит. по: Честнов И.Л. Универсальны ли права человека: Полемиические размышления о Всеобщей декларации прав человека //Правоведение. 1999. № 1. С. 73-82

права, на таком подходе настаивает, например, Н.В. Варламова⁵⁴⁹. Здесь подразумевается, что концепция не существует в социальном вакууме, а образует «точку сборки» для реальных исследователей, составляющих своего рода «невидимый колледж», где признаются одни и те же взгляды на право, его соотношение с законом, например, и т.д. Иногда, соответственно, такое сообщество приобретает типичные черты научной школы.

Более широкое представление о парадигме применительно к праву принадлежит Г.В. Мальцеву, который указывает: «Термин «парадигмы» мы берем в пространительном науковедческом смысле – это общепринятые в определенном месте и времени образцы постановки и модели решения научных проблем, своего рода теоретические и методологические координаты науки. Они меняются реже, чем основная масса научных идей, конструкций и теорий, представляют устойчивые рамки развития науки на протяжении столетий и целых эпох»⁵⁵⁰. Г.В. Мальцев выделяет ряд основных парадигм, которые получили широкое признание со стороны исследовательского сообщества: парадигмы объективности, парадигмы устойчивости; парадигмы закономерности; детерминистские парадигмы; парадигмы истины; парадигмы определенности и точности⁵⁵¹. Что бы на доктринальном уровне раскрыть вопросы правотворчества и ценностей необходим отход от теории «законодательного разума» и переход к современной парадигме права.

перспективной социально-философской методологией, на наш взгляд, может служить теория коммуникативного действия (коммуникативно-дискурсивная теория), разработанная Юргеном Хабермасом. Это довольно примечательный мыслитель: факты социальной жизни он рассматривает сквозь призму лингвистических концептов. Тут следует пояснить, что во второй половине XX века формируется новая парадигма мышления, которую можно назвать лингвистической⁵⁵². Слово здесь не понимается как средство выражения результатов мышления, мышление и использование языка трактуются как совпадающие процессы (и второй процесс для исследователя общества обретает большую значимость). Поэтому происходит смена философии «чистого» (единственного) субъекта философией интересубъективности⁵⁵³. Представители герменевтики, например, Гадамер, обосновывают культурную и историческую обусловленность разума. Основу лингвистической парадигмы заложили исследования Дж. Р. Остина и Дж. Л. Серля, отчасти и Э. Гуссерля, и позднего Л. Витгенштейна. Джон Остин в работе «Слово как действие» впервые в философии рассматривает речь не как средство передачи инфор-

⁵⁴⁹ Варламова Н.В. Российская теория права в поисках парадигмы // Журнал российского права. 2009. № 12. С. 24-35.

⁵⁵⁰ Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007. С. 44.

⁵⁵¹ Там же. С. 44-57.

⁵⁵² Остин Дж. Л. Слово как действие // Новое в зарубежной лингвистике: Вып. 17. Теория речевых актов. Сборник. Пер. с англ. М., 1986. С. 26-27. Корректнее, конечно, именовать ее лингвистической.

⁵⁵³ Интересубъективность – термин, введенный в научный оборот Э. Гуссерлем.

мации, а в качестве действия, изменяющего состояние внешнего мира. Речь как действие изменяет мир, но не физический, а социальный. Язык воздействует на социальные межличностные отношения, изменяя социальные, в том числе, юридические факты. До Остина философы считали, что речь человека служит для описания явлений, действий. Между тем, есть высказывания, не описывающие события, а осуществляющие действия. Такие высказывания Дж. Остин называет перформативными, они могут характеризоваться как удачные либо неудачные (устная сделка, обещание). Но если исследовать не построение предложений, а ситуации общения, то все слова являются действиями.

Теория речевых актов была положена в основу теории коммуникативного действия, разработанной Юргеном Хабермасом⁵⁵⁴. Эта философская концепция способна, по нашему мнению, разъяснить некоторые моменты о легитимности позитивного права в современном обществе. Поступок и речь нельзя свести, по мнению Хабермаса, к деятельности, направленной на достижение цели, например, к трудовой деятельности. Помимо целерациональной работы существуют коммуникативные действия, связанные речевыми актами и взаимным ожиданием: «Под «работой» или целерациональными действиями я понимаю либо инструментальное действие, либо рациональный выбор, либо их сочетание. Инструментальное действие руководствуется техническими правилами, основанными на эмпирическом знании. ... Под «взаимодействием», с другой стороны, я понимаю коммуникативное действие, символическое взаимодействие. Оно руководствуется обязывающими консенсуальными нормами, которые определяют взаимные ожидания относительно поведения и которые должны быть поняты и признаны, по меньшей мере, двумя действующими субъектами. В то время как значимость технических правил и стратегий зависит от значимости эмпирически истинных или аналитически правильных высказываний, значимость социальных норм основана только на intersубъективности взаимного понимания намерений и обеспечена общим признанием обязательств»⁵⁵⁵. Коммуникативное взаимодействие регулируется социальными нормами, которые нельзя считать производными от трудовой деятельности. Исторические изменения общества с точки зрения коммуникативной теории следует рассматривать как два не сводимых друг к другу процесса: изменение целерациональной деятельности и развитие форм коммуникативного взаимодействия. Современное социальное государство активно регулирует экономику правом, которое уже не является производным надстроечным явлением (точнее, производность права не обладает удовлетворительным объясняющим потенциалом). Поэтому схема «базис и надстройка» не отражает всех причин общественных изме-

нений, противоречий, возникающих в праве. Становится очевидным, что не только и не столько экономические интересы порождают эти противоречия. Например, в работе «Теория коммуникативного действия» Ю. Хабермас указывает, что в развитых западных обществах в последние десятилетия возникли социальные конфликты, которые существенно отличаются от традиционных для капитализма конфликтов, связанных с распределением экономических благ. Как пишет В.Н. Фурс, они формируются уже не в области материального воспроизводства и не катализируются политическими партиями; скорее они возникают в областях культурного воспроизводства, социальной интеграции и социализации и разворачиваются в доинституциональных формах. В них реально отражается «овеществление» коммуникативно структурированных областей действия: «новые конфликты вспыхивают не в области проблем распределения, а в связи с вопросами грамматики форм жизни»⁵⁵⁶. Лингвистическая парадигма использует категории, разработанные социальной феноменологией, прежде всего категорию «жизненный мир», принадлежащую А. Шюцу⁵⁵⁷. Жизненный мир — это отношения в которых преобладают коммуникативные действия, помимо этого существуют сферы где используются инструментальные действия, например, экономическая система и ряд других. Ю. Хабермас в работе 1992 года «Фактичность и значимость» пишет, что «шарниром» между жизненным миром и системой инструментальных отношений, должно быть позитивное право. Право не должно сводиться лишь к фактичности, то есть принудительности, оно должно содержать в себе и значимость», то есть легитимность⁵⁵⁸. Как справедливо полагает, например, современный украинский ученый С.И. Максимов: «Коммуникативная философия, с одной стороны, развивает характерную для экзистенциализма и герменевтики тенденцию intersубъективистской интерпретации социальных феноменов, с другой - представляет собой критическое переосмысление этих направлений, являясь в отличие от последних теорией практического разума, т.е. рационалистической теорией. В то же время Ю. Хабермас критически относится к классическому рационализму и развивает постметафизическую концепцию коммуникативного разума, сохраняя понятие «жизненный мир», но преодолевая чрезмерный субъективизм феноменологического подхода»⁵⁵⁹.

Мы полагаем, что теория коммуникативной рациональности предлагает обоснование решения важнейшего вопроса современной философии права о соотношении универсального и культурно-специфического в праве на основе объединения противоположных позиций универсализма и партикуляризма. Методологической основой такого решения выступает принцип дополнительности универ-

⁵⁵⁴Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 1: Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung; Bd. 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft. Suhrkamp: Frankfurt a/M. 1981.

⁵⁵⁵Habermas J. Technology and Science as «Ideology». London. 1971. P. 91-93.

⁵⁵⁶ Цит. по: Фурс В.Н. Философия незавершенного модерна Юргена Хабермаса. С. 162.

⁵⁵⁷ Шюц А. Избранное: Мир, светящийся смыслом. М., 2004.

⁵⁵⁸Habermas J. Between Facts and Norms. Cambridge: 1996. P.136.

⁵⁵⁹ Максимов С.И. Мировоззренческо-методологические подходы к осмыслению права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С.139-140.

сальных принципов справедливости, с одной стороны, и ценностей конкретного сообщества – с другой, при нормативном приоритете первого над вторым⁵⁶⁰. Как указывают исследователи данной теории, причина значительного влияния Ю.Хабермаса на современную мысль заключается в том, что ему удалось убедительно и философски обоснованно осуществить синтез двух течений в философии права: либерализма, состоящего в защите индивидуальной свободы, и республиканизма, делающего акцент на политическом участии. Соотнося их с двумя идеями свободы – индивидуальной автономии (или независимости от принуждения) и коллективной автономии (или демократического самоуправления), - Хабермас, опираясь на теорию дискурса, показывает, что оба понятия свободы предполагают друг друга. А это уже основание для широкого понимания легитимности права, когда последняя вовсе не обязательно связана с односторонними действиями государственной власти по изданию законов и их последующему применению. Таким образом, можно сделать вывод, что используя современную методологическую базу, мы можем обосновать связь правотворчества и легитимности права, что необходимо для того, что бы закон оставался эффективным регулятором общественных отношений.

§ 10. Проблемы логического и аксиологического анализа правотворчества

Первая попытка логического исследования правотворчества в западноевропейской юриспруденции Нового времени была предпринята И. Бентамом. В работе «Принципы законодательства», содержащей наиболее полное и системное изложение основ утилитаризма, принципа пользы и «правил моральной арифметики», И. Бентам впервые использует термин «логика законодательства». В последней, тринадцатой главе данного сочинения, которую автор называет «Примеры ложных приемов рассуждения в области законодательства», содержится изложение логики законодательства⁵⁶¹. Ее, по мнению И. Бентама, «можно выразить в немногих словах». Правильно рассуждать о законе означает «представить все то благо и все то зло, которые должен повлечь за собою закон: чем больше благ, тем больше доводов в его пользу; чем больше зол, тем больше доводов против него. При этом не следует забывать, что благо и зло – ничто иное, как удовольствия и страдания»⁵⁶². Таким образом, в основу логики законодательства И. Бентам кладет

⁵⁶⁰ Апель К.О. Этноэтика и универсалистская макроэтика: противоречивость или дополнительность? // Политическая мысль. 1994. № 4. С.85.

⁵⁶¹ Бентамъ І. Принципы законодательства. О впливі умовъ времени и мѣста на законодательство. Руководство по политической экономіи / Переводъ М.О. Гершензона. М.: Типолит. О.И. Лашкевичъ и К, 1896. С. 52-76.

⁵⁶² Бентамъ І. Указ. соч. С. 52.

все тот же принцип пользы. «Все, что есть истинного в морали, все, что есть хорошего в законах, составляет следствие этого принципа; но большею частью ему следовали по инстинкту, оспаривая его рассудком»⁵⁶³. И далее И. Бентам, вспоминая софистические опровержения Аристотеля, приводит основные ошибки в области законодательства, создавая «уменьшенную карту ложных дорог, по которым ходят чаще всего». Он анализирует ложные аргументы, которыми может быть обоснована значимость закона. К их числу И. Бентам относит ссылки на: древность закона, религиозный авторитет, упрек в новшестве, произвольное определение, метафору, фикцию, фантастический довод, симпатии и антипатии, *petitio principii*, воображаемый закон⁵⁶⁴. Из приведенных рассуждений видно, что трактовка И. Бентамом логики законодательства достаточно далека от формально-логического анализа законодательных текстов. Он создает грандиозный проект утилитаристской оценки законодательства, предлагает исследовать его содержательные, а не формальные аспекты. Вместо логического анализа законодательства И. Бентам предлагает его аксиологический анализ, исходя из таких ценностей как благо и зло, сводимых им в конечном итоге к удовольствиям и страданиям. Следует заметить, что и во всех предшествующих периодах развития логики права логическому анализу правотворчества также не уделялось особого внимания. Так, в логике римского права, разработанной в «Торіса» Цицерона и развитой в творчестве римских юристов, основное внимание концентрировалось на исследовании риторико-аргументативных проблем юридического дискурса. В логике права школы глоссаторов анализировались преимущественно правовые понятия и дефиниции, содержащиеся в тексте *Digesta*. В логике права школы комментаторов наряду со схоластическим анализом правовых понятий предпринимались попытки представить право в виде дедуктивной системы, в которой возможно из общих принципов права выводить отдельные правовые нормы. Наконец, в логике права периода XVI-XVII вв. основное внимание уделялось анализу проблем юридического силлогизма, в котором в качестве первой посылки выступает норма права, а второй – суждение о факте, т.е. исследовались логические проблемы правоприменения, а не правотворчества. Таким образом, И. Бентама можно признать основоположником традиции логического анализа законодательства, однако в весьма специфической, утилитаристской, а не формально-логической трактовке. Точнее, этот анализ лишь по названию был логическим, а по содержанию – аксиологическим.

Собственно формально-логическое исследование правотворчества начинает развиваться лишь в конце XIX – начале XX вв., и оформляется в две основные перспективы. Первая перспектива заключается в формально-логическом анализе текстов источников права и развивается преимущественно в логике права. Вторая – в формулировке логических требований, которые должны соблюдаться в право-

⁵⁶³ Бентамъ І. Указ. соч. С. 52-53.

⁵⁶⁴ Бентамъ І. Указ. соч. С. 53-76.

творческом процессе, и развивается в учении о юридической технике. В рамках первой перспективы проводится глубокий анализ понятий и дефиниций, зафиксированных в текстах источников права, а с развитием деонтической логики – и нормативных высказываний, содержащихся в этих текстах⁵⁶⁵. При этом внимание исследователей романо-германской правовой семьи сосредотачивается на формально-логическом анализе текстов нормативных правовых актов, а исследователи семьи общего права анализируют преимущественно тексты судебных прецедентов. В рамках второй перспективы анализируются логические средства, приемы и правила, используемые на различных стадиях правотворческого процесса⁵⁶⁶.

Обе перспективы характерны также для российской дореволюционной, советской и постсоветской юриспруденции. С той лишь только разницей, что формируются они позднее и концентрируются на формально-логическом анализе исключительно нормативных правовых актов и исследовании логических средств, приемов и правил законодательного процесса. Так, невзирая на оригинальный логический и юридико-технический анализ законодательных понятий и терминов, содержащийся в трудах В.В. Богишича⁵⁶⁷, Е.В. Васильковского⁵⁶⁸, В. Д. Каткова⁵⁶⁹, П. И. Люблинского⁵⁷⁰ и др., развитие указанных перспектив начинается лишь во второй половине 60-х гг. XX в. Необходимо отметить явно недооцененный вклад в становление российской логики права творчества В.Д. Каткова. Стремясь создать своеобразный *jurisprudentiae novum organon*, т.е. реформировать посредством лингвистической методологии современную ему логику и юриспруденцию, В.Д. Катков глубоко исследовал такие логические приемы юридического мышления, преимущественно в цивилистической сфере, как индукция и дедукция, процесс образования понятий и терминов, определение, сравнение, установление сходства и различий, анализ и синтез, абстракция, аналогия, гипотеза, классификация и др.⁵⁷¹ Тем самым В.Д. Катковым был заложен фундамент классической логики права для

⁵⁶⁵ Детальный анализ западноевропейской литературы по данному направлению приводится нами в: Ковкель Н.Ф. Логика и язык закона: монография. Минск: Право и экономика, 2009. С. 19-26.

⁵⁶⁶ Анализ литературы по данному направлению приводится в: Ковкель Н.Ф. Законодательная и юридическая техники: ретроспективный анализ проблем определения понятий, структур и классификации элементов // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта ім. Я. Купалы. 2014. № 5 (181). С. 12-17.

⁵⁶⁷ Богишич В.В. О технических терминах в законодательстве: Чтение В.В. Богишича [в заседании Рус. филол. об-ва в С.-Петербурге. ун-те 13 января 1887 г.]. Пг.: Русско-славянский книжный магазин (Геруц и Дошень), 1890. 36 с.

⁵⁶⁸ Васильковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов: Пособие для начинающих юристов. М.: Юрид. бюро «Городец», 1997. С. 37-52, 104-124.

⁵⁶⁹ Катков В.Д. К анализу основных понятий юриспруденции. Харьков: Т-во «Печатня С.Г. Яковлева», 1903. С. 127-198, 247-332, 380-425.

⁵⁷⁰ Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика Уголовного кодекса: Пособие к практич. занятиям по уголовному праву. Пг.: Типо-лит. Руманова, 1917. С. 8-18.

⁵⁷¹ Катков В.Д. *Jurisprudentiae novum Organon* (Реформированная общим языком логика и юриспруденция). Одесса: Тип. «Техникъ», 1913. С. 46-370.

русской юриспруденции, который и по настоящее время востребован недостаточно. При этом проблемы логического исследования правотворчества не формулировались В.Д. Катковым, их анализ начинается только с оформлением логики права в качестве самостоятельного направления советского правоведения в период со второй половины 60-х по вторую половину 80-х гг. XX в.⁵⁷². В 70-е – 80-е гг. XX в. и в советском учении о законодательной технике впервые наряду со специально-юридическими и лингвистическими средствами, приемами и правилами начинают исследоваться логические⁵⁷³. Особый импульс изучению как логико-правовой, так и юридико-технической проблематики был придан процессом распада Союза ССР и последовавшим формированием новых правовых систем, образовавшихся на постсоветском пространстве.

Однако по настоящее время как формально-логический анализ текстов источников права, так и исследование логических средств, приемов и правил правотворческой техники остаются неполными. Так, глубокому формально-логическому исследованию подвергнуты лишь тексты нормативных правовых актов и судебных прецедентов. Тексты иных источников права – нормативных правовых договоров, доктринальные и канонические – крайне редко подвергаются такому анализу. Между тем зафиксированные в них понятия, дефиниции, нормативные и ненормативные предписания обладают определенной спецификой и должны быть изучены более детально. Особую сложность представляют проблемы формализации текстов источников права и создания компьютерных систем, которые могли бы эффективно использоваться в правотворчестве. Недостаточно полно исследованы и логические средства, приемы и правила как юридической техники в целом, так и правотворческой в частности. В дополнительном анализе нуждаются проблемы классификации логических средств и разработки приемов и правил их использования на различных стадиях правотворческого процесса. Например, в ряде предыдущих работ автор настоящей статьи исследовала правила легального дефинирования, которые были классифицированы на формально-логические, лингвистические и юридические. В качестве формально-логических правил легального дефинирования нами сформулированы следующие: 1) правило взаимозаменимости (элиминируемости) *definienduma* (определяемой части) и *definiensa* (определяющей части) легальной дефиниции в текстах нормативных правовых актов; 2) правило запрета порочного круга (прежде всего тавтологии) в ле-

⁵⁷² См.: Ковкель Н.Ф. Логика и язык закона: монография. Минск: Право и экономика, 2009. С. 9-19; Ковкель Н.Ф. Особенности формирования логики закона как самостоятельного научного направления в российской дореволюционной, советской и постсоветской юриспруденции // Проблемы взаимосвязи теоретического и исторического юридического научного знания: сб. ст. / М-во внутр. дел Республики Беларусь, учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел Республики Беларусь»; под ред. В.В. Лазарева, С.В. Липеня. Минск: Акад. МВД, 2012. С. 139 – 162.

⁵⁷³ См.: Ковкель Н.Ф. Законодательная и юридическая техники: ретроспективный анализ проблем определения понятий, структур и классификации элементов // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта ім. Я. Купалы. 2014. № 5 (181). С. 18-26.

гальном определении; 3) правило частичного тождества структур терминов *definienduma* и *definiensa* легальной дефиниции; 4) правило однозначности легальной дефиниции; 5) правило непротиворечия легальной дефиниции; 6) правило неотрицательности легальной дефиниции. В группу лингвистических правил легального дефинирования включены: лексические, синтаксические, пунктуационные и стилистические. Юридические правила легального дефинирования формулируются в виде таких как: 1) правило целесообразности легального дефинирования; 2) правило определенности сферы действия легальной дефиниции; 3) правило согласованности легальных дефиниций; 4) правила оптимального расположения легальных дефиниций в текстах нормативных правовых актов⁵⁷⁴. Целесообразным представляется нормативное закрепление указанных и иных основных логических правил правотворческой техники.

Однако двумя обозначенными перспективами не исчерпываются возможности логического анализа правотворчества. На различных стадиях правотворческого процесса встречаются различные виды правового мышления, для полноценного анализа которых необходимо привлечение аппарата различных формальных логик – классической и неклассических (особенно деонтической и аксиологической), а также теории аргументации, именуемой неформальной логикой. Уместно провести аналогию с идеей основоположницы пирсеанской школы семиотики права Р. Кевельзон, которая утверждала, что существует «не один тип правового дискурса, но противоречащие друг другу модели правового рассуждения», взаимодействующие в одном и том же обществе в один и тот же исторический период. Например, «модель дедуктивного правового обоснования преследует отличную цель, нежели модель индуктивного правового обоснования», и обе модели отличны от гипотетического правового обоснования, являющегося основным в процессе принятия судебных решений⁵⁷⁵. В этой связи Р. Кевельзон предлагала применять к анализу правового дискурса целый ряд различных логик: 1) «критическую», или формальную логику, анализирующую абдуктивное, дедуктивное и индуктивное рассуждение; 2) деонтическую логику, исследующую нормы и нормативные высказывания; 3) эротетическую логику вопросов и ответов⁵⁷⁶. Особое внимание Р. Кевельзон уделяла основанной Ч.С. Пирсом эротетической логике, значимой для анализа открытых правовых процедур, «в которых вопросительная конструкция и интерпретационный процесс являются наиболее выраженными и прагматический аспект семиотической методологии является наиболее очевидным и полезным»⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ Ковкель Н.Ф. Проблемы классификации и определения правил легального дефинирования правовых понятий // Право в современном белорусском обществе: сб. науч. тр. / Нац. центр зак-ва и прав. исслед. Респ. Беларусь; редкол.: Н. А. Карпович (гл. ред.) [и др.]. Минск: Бизнес-офсет, 2017. Вып. 12. С. 52–61.

⁵⁷⁵ Kevelson R. The law as a system of signs. New York, London: Plenum Press, 1988. P. 10.

⁵⁷⁶ Kevelson R. Ibid. P. 6-7.

⁵⁷⁷ Kevelson R. Ibid. P. 8.

Представляется, что правотворческий процесс также разнообразен и его логический анализ нуждается в применении логик различных видов. Так, если возможности классической и деонтической логик достаточно широко используются в исследовании текстов источников права и специфики мышления в правотворческом процессе, то резервы многих неклассических логик и теории аргументации упускаются из вида. Между тем именно потенциал эротетической логики, логики оценок и различных направлений теории аргументации (логического, риторического, диалогического и др.) может быть эффективно использован при анализе особенностей мышления на таких стадиях правотворческого процесса как проявление правотворческой инициативы, разработка, обсуждение и принятие проектов нормативных правовых актов. Особенно значимым представляется анализ моделей аргументации, используемых в правотворческом процессе. Представляется, что при проведении такого анализа важно использовать как простейшую популярную статическую модель аргументации С. Тулмина, так и сложные диалогические модели юридической аргументации, разрабатываемые Г. Праккеном⁵⁷⁸.

Значительно сложнее осуществить эффективный аксиологический анализ правотворчества, если не сводить его, подобно И. Бенгаму, лишь к утилитарной оценке. Современная аксиология, в отличие от логики, не располагает строгим и определенным аппаратом научного анализа. Системы ценностей, даже зафиксированные в источниках права, не носят универсального характера, весьма неопределенны и изменчивы. Так, «общим местом» современной юридической литературы стал конфликт между правами человека, претендующими на универсальность, и традиционными ценностями той или иной правовой культуры. Более того, в источниках права, иных правовых документах правотворческого процесса, ценности чаще всего выражены имплицитно. Их обнаружение и анализ возможны лишь после соответствующей экспликации. К примеру, даже такая основная правовая ценность как справедливость крайне редко фиксируется в текстах конституций государств постсоветского пространства. Однако и в тех случаях, когда ценности прямо указываются в текстах источников права, они в силу своей абстрактности и неопределенности порождают множество зачастую противоречащих друг другу интерпретаций. Все усилия логиков по построению логики оценок, начиная от логики сравнительных оценок, построенной Д. Дэвидсоном, Дж. Маккинси и П.

⁵⁷⁸ См.: Prakken H. A logical framework for modelling legal argument // Proceedings of the Fourth International Conference of Artificial Intelligence and Law. New York: ACM Press, 1993. P. 1-10; Prakken H., Sartor G. A dialectical model of assessing conflicting arguments in legal reasoning // Artificial Intelligence and Law. 1996. № 4. P. 331-368; Prakken H. Modelling reasoning about evidence in legal procedure // Proceedings of the Eighth International Conference of Artificial Intelligence and Law. New York: ACM Press, 2001. P. 119-128; Prakken H., Sartor G. The role of logic in computational models of legal argument: a critical survey // Computational Logic: Logic Programming and Beyond. Essays In Honour of Robert A. Kowalski. Ed. A. Kakas, F. Sadri. Part II. Berlin: Springer, 2002. P. 342-380; Bench-Capon T., Prakken H. Argumentation. Groningen: Springer, 2006. 22 p.

Саппсом в 1948 г., а также логик абсолютных и инструментальных оценок, предложенных А.А. Ивиным в 1968 и 1970 гг., и заканчивая их последними версиями⁵⁷⁹, хоть и продуктивны, но не позволяют эффективно разрешить указанные противоречия. В этой связи аксиологический анализ правотворчества вряд ли можно рассматривать как направленный на снятие ценностных противоречий. Он может способствовать лишь их обнаружению и поиску возможных компромиссов.

§ 11. Эффективность и ценность правовой нормы как объекты экономико-правового анализа

Взаимоотношения органов государственного управления синститутами гражданского общества и хозяйствующими субъектами – участниками рынка – представляют комплекс сложноорганизованных систем, в котором обратные связи по сложности многократно превосходят в механизмах своего возникновения и воздействия на финансово-экономическую сферу общественной жизни уровень сложности, который бы мог сегодня представляться как однозначный объект для регулирования, основанного на унифицированных результатах анализа количественных или качественных данных.

Понимание такого положения вещей с неизбежностью приводит к тому, чтобы переосмысливая опыт экономических реформ последней четверти века, признать глубину и правоту значимого вопроса о возможностях государственного регулирования экономики: «Существует ли универсальный метод урегулирования правительства и рынка? Нет, не существует. И правительство, и рынок являются социально-историческими категориями, которые динамично изменяются вслед за развитием общественных производительных сил, производственных отношений и надстройки».⁵⁸⁰

Вслед за современным китайским исследователем-экономистом мы можем задаться аналогичным вопросом на более узкую тему государственного управления экономическими феноменами: а возможно ли создание универсального инструмента оценки финансовых последствий всех принимаемых государственными органами нормативных правовых актов? Ответ будет аналогичным. На современном уровне развития технологий, позволяющих с помощью анализа количественных показателей устанавливать степень влияния нормативных правовых актов в финансовом выражении на хозяйственную жизнь общества, достижение такой цели представляется возможным только с помощью последовательного решения за-

дач упорядочивания правотворческой активности, жесткой регламентации прав и обязанностей субъектов нормотворчества, учета финансово-экономических обоснований и отчетов об оценке финансовых последствий нормативных правовых актов, а также нормативного закрепления ответственности субъектов нормотворческой инициативы за создание предпосылок для неэффективного правотворчества и правоприменения.

В настоящей работе предпринята попытка ответить на вопрос о возможности разработки инструментария экономико-правового анализа, необходимого для создания универсального метода оценки финансовых последствий нормативных правовых актов. При этом в качестве исходных теоретических положений, на которых был основан поиск методологических моделей, были приняты следующие презумпции и допущения. Нормативные правовые акты в правовой системе Российской Федерации приняты и функционируют на основании принципа законности. При этом большинство нормативных правовых актов, не направленных непосредственно на урегулирование правоотношений в финансово-бюджетной сфере, и не устанавливающих расходных обязательств, влияют на финансово-экономическую сферу общественной жизни. Финансовое выражение такого воздействия, в том случае, если оно не сформулировано прямо в тексте нормативного правового акта, как это имеет место в случае фискальных законов, например, может быть вычислено с определенной долей вероятности на основе статистических данных и показателей финансово-экономической деятельности хозяйствующих субъектов, не всегда относящихся непосредственно к предмету регулирования нормативного правового акта. Такая возможность существует из-за того, что нормативный правовой акт кроме прямого влияния на непосредственно регулируемые им правоотношения, оказывает также косвенное влияние на иные сферы деятельности, в том числе, экономически значимые, и это влияние имеет стоимостное выражение.

Вместе с тем, финансовый результат косвенного влияния нормативного правового акта на финансово-хозяйственную жизнь не может быть точно запланирован. К моменту времени проведения ретроспективного анализа финансовых последствий применения нормативного правового акта взаимное влияние исследуемого акта и иных нормативных предписаний способно давать эффект, искажающий получаемые результаты количественного анализа.

Целью анализа финансовых последствий применения нормативных правовых актов является создание предпосылок для формирования системы контроля нормотворчества и мониторинга правоприменения, в основе которой находился бы принцип обратной связи, позволяющий отслеживать изменения регулируемых правоотношений и предотвращать наступление негативных для целей устойчивого социально-экономического развития национальной экономики последствий. Так, в частности, предотвращение необоснованного роста расходов федерального бюд-

⁵⁷⁹ См.: Ивин А.А. Логика оценок и норм. Философские, методологические и прикладные аспекты: монография. М.: Проспект, 2016. С. 102-193.

⁵⁸⁰ Чжан Юй. Опыт китайских экономических реформ и их теоретическая значимость / Пер. с кит. Ефановой В.А. М.: ООО Международная издательская компания «Шанс», 2017. С. 193.

жета и бюджетов иных уровней в связи с ошибками, искажениями, которые приводят к появлению непродуманных нормативных правовых актов, является приоритетной задачей такой обратной связи.

Особую актуальность предотвращение негативных финансовых последствий непродуманного нормотворчества приобретает на современном этапе. Рост числа нормативных правовых актов носит неконтролируемый характер. С ростом технологической сложности усложняется и правовое регулирование хозяйственной жизни. В условиях растущего числа нормативных правовых актов и усложнения законодательства критически важно выработать механизмы прогнозирования воздействия нормативных правовых актов на сложившуюся систему правоотношений, на структуру бюджетных расходов и на финансово-экономическую сферу общественной жизни в целом.

В период действия пятого созыва Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации с 2008 г по 2011 г. в государственную Думу было внесено 4 391 законопроект, а принято всего 1 605 федеральных законов. В ходе работы шестого созыва в период с 2012 г. по 2016 г. внесено в Государственную Думу 7 129 законопроект, издано 2 195 федеральных законов. В период с 2017 г. по март 2018 г. работа Государственной Думы седьмого созыва выразилась в цифрах следующим образом: 1 741 законопроект внесено, 711 принято Государственной Думой.⁵⁸¹

30 ноября 2017 г. Министерством юстиции Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» внедрен правовой портал Минюста России «Нормативные правовые акты в Российской Федерации», доступ к которому является открытым для всех пользователей.⁵⁸² Указанный правовой информационный ресурс содержит сведения о 127 015 нормативных правовых актах федерального уровня, включая 52 084 акта федеральных органов исполнительной власти, 1 321 997 нормативных правовых актах субъектов Российской Федерации, 6 661 947 актах органов местного самоуправления, а также реестры муниципальных образований, реестры соглашений субъектов Российской Федерации, реестры соглашений о передаче полномочий и уставы муниципальных образований.

Такой рост нормативного массива создает предпосылки для риска возникновения ситуации девальвации правовых норм как универсальной общественной ценности. А вопрос окончательного урегулирования нормативного порядка правотворчества и законотворчества остается открытым, несмотря на то, что в соответствии с распространенным мнением, принятие «закона о законах» позволило бы вывести правовую регламентацию правотворчества на качественно новый уровень, сделав возможным создание завершённой системы нормативных актов с

⁵⁸¹ По данным официального сайта Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации <http://www.duma.gov.ru/legislative/statistics/>

⁵⁸² См.: <http://pravo-minjust.ru>, <http://право-минюст.пф>.

консолидирующим соответствующие нормы федеральным законом и подзаконными актами, совершенствующимися в рамках заданных им векторов развития⁵⁸³.

Как было показано академиком В.Н. Кудрявцевым с соавторами, традиционное в зарубежной юридической науке схематичное изображение воздействия правовой нормы на общественные отношения, являющееся необходимым элементом построения системы оценки эффектов воздействия правовой нормы на действительность, может быть существенно дополнено. К традиционной схеме (правовая норма (N) воздействует на реально существующие и вновь создаваемые правоотношения в обществе (S), но при этом она не свободна от разного рода негативных побочных воздействий (R)) были добавлены новые переменные – L – позитивные влияния и последствия, сопровождающие применение правовой нормы, и $H_1 \dots H_n$ – субъекты регулируемых правом отношений. И вся схема в целом приобрела вид в соответствии с представленным на рис. 1. При этом совокупные влияния нормативных предписаний и факторов, влияющих на их применение, приводят к достижению как социального желаемого результата (p), так и отклоняющихся от желаемого результатов (p_1 и p_2) (см. Рис. 1).

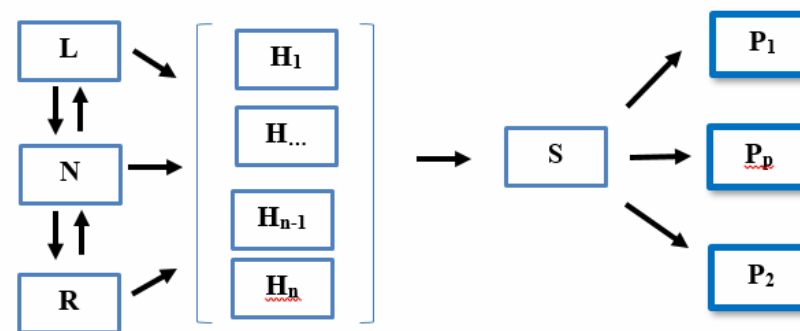


Рис. 1. Вариативность результатов действия правовой нормы.

«Изучение результатов правового регулирования нельзя сводить лишь к проблеме достижения или недостижения с помощью правовых средств планируемого результата. Дело в том, что действие конкретной правовой нормы в совокупности с действием других правовых норм и иных факторов может привести ... к

⁵⁸³ См.: Бошно С.В. Закон о нормативных правовых актах: прошлое, настоящее и перспективы // Право и современные государства. 2015. № 2. С. 7-22.

непредвиденному побочному результату, возможность наступления которого не только не входила в планы законодателя, но и вообще не учитывалась»⁵⁸⁴.

При этом множественность достигаемых результатов правового регулирования не мешала авторам сформулировать правило определения эффективности правовой нормы. Оценивая финансово-экономический эффект правовой нормы в соответствии с приведенной схемой, отечественные авторы предложили две формулировки для одной и той же расчетной формулы:

$$C = \frac{A - B}{K},$$

где С – показатель эффективности действия правовой нормы,
А – результат действия правовой нормы,
В – исходное состояние до действия правовой нормы,
К – производственные затраты⁵⁸⁵.

При этом А.С. Пашков и Л.С. Явич с соавторами представляют термин «эффективность» правовой нормы как наиболее адекватный для целей анализа правотворчества и правоприменения, а академик В.Н. Кудрявцев с соавторами – термин «экономичность» правовой нормы.⁵⁸⁶ При этом, несмотря на критику излишней по мнению авторов значимости экономических факторов в оценке эффективности права, в работе проводятся результаты экономико-правового анализа правовых норм, основанные на теоретическом положении, в соответствии с которым: «экономичность правовых норм иногда смешивают с их полезностью. Происходит это в тех случаях, когда понятие затрат (т.е. денежных средств, человеческой энергии и времени, вводимых в систему «на входе») отождествляют с понятием всех издержек, в том числе и непредвиденных отрицательных результатов (P_2 – в соответствии со схемой авторов – прим. мое), зарегистрированных «на выходе»⁵⁸⁷.

Показательно, что авторы-юристы обращаются в поиске ответа на вопрос о возможности вычислить полезность или эффективность правовой нормы к понятиям уже не только экономическим, но к терминам эконометрическим или, другими словами, фактически признают необходимость применения методов кибернетики. Такой же методологический подход реализован в усовершенствовании эконометрических методов, предпринятом в ставшей классической работе одного из участников многолетней дискуссии об особенностях «рыночного социализма», которую он вел с Ф. фон Хайеком, и которая стала одним из основных элементов идеологического научного противостояния экономических школ XX в., О. Лан-

⁵⁸⁴ Эффективность правовых норм / Кудрявцев В.Н., Никитинский В.И., Самощенко И.С., Глазырин В.В. М.: Юрид. Лит., 1980. С. 45-48.

⁵⁸⁵ Пашков А.С., Явич Л.С. Эффективность действия правовой нормы (к методологии и методике социологического исследования) // Советское государство и право. 1970. № 3 С. 41.

⁵⁸⁶ Эффективность правовых норм. Указ соч. С. 64.

⁵⁸⁷ Эффективность правовых норм. Указ соч. С. 65.

ге.⁵⁸⁸ В своей работе «Введение в экономическую кибернетику» польский экономист Оскар Ланге предлагает модель регулирования экономики, в которой вводит понятия «пропускной способности» и «поправки» входа в систему (аналогично воздействию норму «на входе» в системе правового регулирования, предложенной академиком В.Н. Кудрявцевым):

$$y = S(x + \Delta x) = S(x + Ry) = Sx + SRy$$

$$y = \frac{S}{1 - SR} x,$$

где S – равновесная система,
y – состояние системы «на выходе», которое влияет на регулятор,
R – регулятор, влияющий на равновесную систему S,
 Δx – влияние регулятора R на состояние системы «на входе»⁵⁸⁹.

При этом представленное выражение описывает систему обратной связи регулируемой равновесной системы и регулятора (Рис. 2).

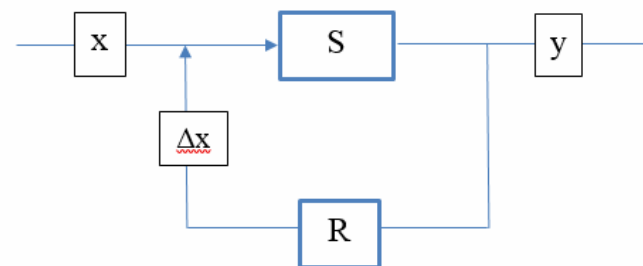


Рис. 2. Блочная схема обратной связи в регулируемой системе

У приведенной схемы пропорционального преобразования системы при воздействии регулятора (при соблюдении условия $y = Sx$) есть аналогия с рассмотренной выше схемой воздействия права. Кроме того, настоящая схема обладает практическим преимуществом в описании реальных ситуаций, т.к. она признает обратную связь и взаимное влияние с использованием механизма обратной связи.

⁵⁸⁸ Свободный ум в несвободную эпоху // в кн.: Хайек Ф.А. фон. Индивидуализм и экономический порядок / Пер. с англ. О.А. Дмитриевой под ред. Р.И. Капелюшников. М.-Челябинск: Социум, 2016 с. XV.

⁵⁸⁹ Ланге О. Введение в экономическую кибернетику / Пер. с польского под ред. докт. экон. наук Е.З. Майминаса; Послесл. Акад. Н.П. Федоренко. М.: Издательство «ПРОГРЕСС», 1968. С. 30-31.

Как и схема академика В.Н. Кудрявцева, схема О. Ланге предполагает наличие у системы «входа», характеризуемого «пропускной способностью» ($S = y/x$), что позволяет характеризовать систему как ослабляющую или усиливающую с использованием количественных показателей. Для рассматриваемого случая влияния правовой нормы на финансовую сферу состояние пропускной способности системы будет < 1 (ослабляющее влияние), если регулятор будет оказывать сдерживающее влияние за счет воздействия Δx (увеличивает регулирующее воздействие), тогда на «выходе» будет происходить пропорциональное ослабление воздействия регулятора (y). И наоборот – в случае недостаточного регулирования (ослабляющий систему эффект) давление на регулятор «на выходе» из системы будет стимулировать возрастание интенсивности действия регулятора $R_{на}$ систему (Δx).

Однако в случае с правовым регулированием финансово-экономической сферы простые равновесные системы с однофакторным регулированием, не подверженные никакому стороннему влиянию, не встречаются. В экономике воздействие одного фактора на систему процессов всегда вызывает опосредованное последовательное изменение связанных процессов. Такие сложные взаимодействия описываются с помощью мультипликаторов. Таким образом, кибернетический анализ правового регулирования экономических систем предполагает необходимость учитывающей эти сложные многофакторные процессы изменений «динамической интерпретации» основной формулы регулирования $y = \frac{S}{1-SR} x$. С учетом множественности воздействующих факторов, целесообразно представить в виде:

$$\frac{1}{1-SR} = 1 + SR + (SR)^2 + (SR)^3 + \dots$$

Причем, «эта формула имеет смысл ... если «абсолютное значение» SR меньше 1», т.е. «ряд является сходящимся».⁵⁹⁰ В основной формуле регулирования есть смысл только в том случае, если $SR < 1$, что очевидно, если принять во внимание значение знаменателя $1-SR$. Таким образом, получаем, что процессы регулирования системы обусловлены последовательными приращениями значений состояния системы «на выходе» (y).

Дальнейший анализ предлагаемых О. Ланге формул приводит к выводу относительно цели и средств регулирования: «если регулятор должен работать эффективно, то он должен уменьшать возмущения, возникающие в системе. Если $[R] > 1/[S]$, то регулятор работает чрезмерно активно, и процесс, протекающий в системе, отдаляется от состояния равновесия. В этом случае говорят, что имеет место кумулятивная обратная связь»⁵⁹¹.

В случае, если приведенные схемы, формулы и методы расчета используются для исследования таких важных для народнохозяйственного учета переменных показателей, как производительные силы, производительность труда, объем выпускаемой продукции, возможные многочисленные регулирующие влияния на систему производства действительно могут быть удовлетворительно описаны и в целях прогнозирования, и в целях текущей оценки эффективности. Что делать, если экономические процессы, на которые оказывает влияние регулятор, значительно более сложны и многомерны, чем производство известного вида товаров на известных производственных мощностях с известной производительностью? Какими должны быть инструменты количественного анализа, чтобы они позволяли рассчитывать текущую оценку регулирующего воздействия на систему и прогнозировать ее будущее состояние в сопоставимых величинах. При этом, необходимо учитывать, что далеко не все эффекты, имеющие отношение к регулированию системы как на «входе», так и на «выходе» могут быть: а) посчитаны в сопоставимых величинах, б) поддаются количественной оценке вообще.

Для более адекватного целям настоящего исследования приближения к решению задачи поиска инструмента экономико-правового анализа оценки эффективности и ценности нормативных правовых актов необходимо признать, что такое влияние бывает многообразным и распространяется на достаточно широкий круг правоотношений и явлений хозяйственной жизни, даже если планируемая область применения нормативного правового акта представляется его разработчиком достаточно узкой. Причиной такого положения вещей является связанность всех социально значимых видов общественной и экономической активности. С особенной ясностью это проявляется в обществе, насыщенном благодаря развитию современных технологий информационными связями. Так, достаточно вспомнить, что относительно узко направленная однократная мера правового регулирования, предназначенная для изменения порядка налогообложения одной профессиональной группы (водителей дальнебойного грузового автотранспорта) привела к глобальным финансовым последствиям для производителей всех видов продукции, транспортируемой в пределах внутреннего рынка, изменению динамики роста цен на непредсказуемо широкий набор товаров потребления и услуг и т.д.⁵⁹² И этот пример дает представление об общих тенденциях распространения последствий правового регулирования локального правоотношения на неограниченный круг лиц – норма, по замыслу своих разработчиков влияющая примерно на 1 – 1,5 млн. водителей грузового автотранспорта в рамках одной отрасли повлияла на 150 млн человек как минимум и на все отрасли народного хозяйства. Иными словами, изолированного правового регулирования отдельно взятого правоотношения сегодня существовать не может как в силу высокой связности всех элементов глобальной и

⁵⁹⁰ Там же. С. 82-83.

⁵⁹¹ Там же. С. 104-105.

⁵⁹² Гришан И.В. Перспективы развития налогообложения системы "ПЛАТОН" // Постулат. 2017. № 5-1 (19). С. 24.

информационно-насыщенной экономики, так и в силу универсализации правового регулирования – в современном обществе практически не таких осталось сфер активности, которые бы не находились в зоне правового и технического контроля, как и не осталось не взаимосвязанных отраслей хозяйства и направлений экономической активности.

Таким образом, вопрос о том, возможно ли применять основную формулу регулирования или еще более редукционистскую формулу определения эффектов применения правовой нормы с целью получения финансового выражения такого эффекта представляется решенным. Нет, такого применения в условиях учета только одного фактора или системы «одно регулирующее воздействие – одно финансовое последствие» быть не может. Учету подлежит огромный массив изменяющихся выражений финансовых последствий самых разных публично-правовых и частноправовых правоотношений. И эти правоотношения, и финансовые результаты их урегулирования с помощью вновь создаваемых правовых норм находятся в периодически и с непредсказуемым результатом нарушаемом динамическом равновесии, взаимосвязи и взаимном влиянии.

Поиск решения задачи многофакторного взаимного влияния был с успехом решен в первой половине XX в русским, а впоследствии американским экономистом Василием Леонтьевым. В предложенной им модели матрицы баланса народного хозяйства затраты на производство и получаемый валовый могли быть вычислены с помощью метода межотраслевого баланса. В рамках этой модели учитывались изменения показателей воспроизводства всех отраслей во взаимосвязи⁵⁹³.

В современной экономической науке метод межотраслевого баланса известен как универсальный метод определения максимального экономического эффекта при вычислении оптимальных соотношений затрат в различных взаимосвязанных отраслях народного хозяйства на основе модели «затраты-выпуск»⁵⁹⁴. Однако для целей экономико-правового анализа этот метод еще не применялся.

Применимость метода межотраслевого баланса для оценки финансовых последствий нормативных правовых актов кажется малообоснованной до тех пор, пока ее воспринимают в качестве модели, единственно пригодной для обсчета соотношения взаимосвязанных процессов «затрат-выпуска». Вместе с тем, если представить, что последствия реализации правовой нормы в финансово-экономической сфере могут быть взяты как объект для расчетов, аналогичный такому объекту расчетов, как «выпуск», а финансовые издержки в различных отраслях экономики, вызванные реализацией правовой нормы могут быть взяты как

объект для расчетов, аналогичный такому объекту расчетов, как «затраты», матрица межотраслевого баланса могла бы позволить осуществить вычисления, результаты которых могли бы быть релевантны целям экономико-правового анализа в поиске критериев ценности правовой нормы.

Проблемными вопросами в использовании такого метода расчета оставались бы доказательство эквивалентности бюджетных доходов и расходов и нагрузки на финансово-экономическую сферу общественной активности, а также большой объем разнородных исходных данных. Другими словами, для получения полезных результатов применения такого метода предстояло бы решить две задачи. Во-первых, установить степень урегулированности исследуемых правоотношений, при которой предельная полезность госрегулирования экономики еще не достигнута (для иллюстрации чего можно использовать кривую Лаффера).⁵⁹⁵ Потому что в случае невысокой связности правовой системы, характеризующей либо преобладанием нигилистических тенденций поведения среди хозяйствующих субъектов, либо зарегулированностью, релевантные результаты анализа получить было бы по определению невозможно. А, во-вторых, привести большой объем строго дифференцированных данных (по отраслевому признаку, по признаку источника затрат, по хронологическому, субъектно-целевому признакам и др.) к одному или нескольким интегральным показателям. В этой связи следующим этапом после установления массива исходных находящихся в сбалансированном состоянии данных для вычисления и критериев их дифференциации должен стать этап снижения размерности исследуемого объема данных⁵⁹⁶.

При постоянно растущем числе нормативных правовых актов разных уровней их суммарные ковариантные взаимодействующие эффекты могли бы быть вычислены, таким образом, только в случае одинаковой направленности регулирования и юридической силы всех таких нормативных правовых актов. В действительности такого гомогенного распределения свойств нормативных правовых актов не удастся достичь никогда, что указывает на математически объективную невозможность вычисления сопоставимых величин рисков внедрения нормативных правовых актов даже для двух идентичных актов в слегка отличающихся исходными данными средах внедрения.

Таким образом, приходится с необходимостью признать как ограничения используемых методов, так и наличие некоторого набора факторов, который к таким ограничениям ведет. Безусловно, самым важным из таких факторов следует признать многообразие регулируемых нормативными правовыми актами общественно значимых экономических отношений, во-вторых, разнородность и мно-

⁵⁹³ См.: Леонтьев В. Экономические эссе. Теории, исследования, факты и политика = Essays in Economics (1966, 1977, 1985) / Пер. с англ. М.: Политиздат, 1990.

⁵⁹⁴ Пухтеев Г.Я., Югай Л.В. Об использовании межотраслевых балансов // Реформа. 2009. № 41. Т.1. С. 42-49.

⁵⁹⁵ См.: Ананиашвили Ю., Папава В. Налоги и макроэкономическое равновесие: Лаффер-Кейнсианский синтез. Стокгольм: Издательский дом СС&САРPress, 2010, с. 41.

⁵⁹⁶ Бекетнова Ю.М., Крылов Г.О., Ларионова С.Л. Модели и методы решения аналитических задач финансового мониторинга. М.: Прометей, 2018. С. 58-71.

гофакторность самих регулирующих нормативных правовых актов, различающихся по субъекту принятия, юридической силе и многим другим параметрам.

Вместе с тем, применение методологических подходов, сформировавшихся в рамках эконометрических исследований, представляется перспективным для достижения целей экономико-правового анализа.

§ 12. Ценность как критерий справедливости в праве

Проблема влияния ценностей на понятие справедливости в праве на современном этапе развития российского общества признается весьма значимой для оптимизации механизма правового регулирования. Ценности соотносятся, прежде всего, с представлением о правовом идеале, для конструирования которого требуются представления о справедливом и должном. Справедливость одно из самых сложных и многозначных научных понятий. Определяясь критерием справедливости, право всегда зависит от ценностей конкретного общества.

Этим ценностным регулятором становится исторически сложившаяся система социальных ценностей, стереотипов поведения, психологических установок, формирующихся (коренящихся) в культуре общества и отдельных народов, наций, в профессиональной среде и т.п.

В начале своего становления ценности, определяющие правила поведения, исходят из внутренних представлений общества о Добре и Зле. Обычай становится правом. Отсюда справедливость есть категория морально-нравственная, а затем уже правовая и социально-политическая. В этом ее специфика и значение для правопонимания. В этом неизбежность для права следовать ей, возводя в силу закона эту этико-правовую и исторически изменчивую величину.

Система ценностей определяет смысловые ориентиры общественного бытия, законы окружающей действительности, познание, переживание, общее понимание мира, влияет на формирование мировоззрения как элемента духовной культуры.

Сегодня утверждается важный методологический постулат: без ценностного компонента наука как сфера человеческой деятельности невозможна и немыслима. Человек, опираясь на ценности, вносит смысл в явления окружающего мира. При этом главным ценностным критерием предлагается полезность для людей⁵⁹⁷.

Отсюда важен еще один постулат юриспруденции: право каждого государства сформировано на базе единых, разделяемых большинством населения идеях справедливости, определяющих ценностную основу доминирующей культуры.

Она и составляет идеологическую основу законодательства⁵⁹⁸, некую *культурную конституцию*, по выражению А. Эйнштейна.

Культура в своей религиозно определенной основе есть царство «вечных» смыслов, ценностей, идеалов, принципов, духовно организующих историческое бытие. Гуманитарной науке вообще, и юридической, в частности, необходимо изучать сферу общественного сознания, народные верования, нравственные понятия, мировоззренческие представления. Любое государственно-правовое исследование невозможно изолировать от исследования культурного развития государства, понятого как духовный организм. Духовные ценности характеризуют высшие запросы людей и в отличие от материальных ценностей не выражаются в количественных показателях.

Исторический опыт показывает – ни государство, ни отдельная личность сами по себе не могут служить целью, смыслом человеческого общежития. Лишь духовные идеалы, морально-нравственные ценности могут поставяться краеугольным камнем в основании жизни человека и целого народа.

Культура – «вторая природа» человека, создавая ее, он творит как внешний, окружающий ее природный мир, так и свою собственную духовность, свое духовное бытие. В основании культуры лежат ценности, определяющие ее состав, качество и направления развития⁵⁹⁹.

Многие и многие исследователи феномена культуры приходили к выводу, что только в единстве материальной и духовной составляющих человека и общества можно исследовать культуру в целом, признавая приоритет за системой духовных ценностей.

Альберт Швейцер, выдающийся гуманист XX века, в работе «Культура и этика»⁶⁰⁰ пришел к выводу о том, что *причиной кризиса* культуры является более сильное развитие ее материальной стороны, чем духовной. Возникает состояние, когда культура, развивающая лишь материальную сторону без духовной, подобна «кораблю, который, лишившись рулевого управления, теряет маневренность и мчится навстречу катастрофе». Следовательно, материальные достижения – это еще не культура. Необходимо их поставить на службу идее совершенствования человека и общества.

Духовный кризис нарушает равновесие материальных и духовных ценностей в ориентации общества, приводит к дисгармонии, дезинтеграции, утрате идеалов. Для выздоровления необходимо обновление духа: необходимо внутреннее очищение самого индивидуума. Должно измениться духовное состояние человека.

⁵⁹⁸ Мухаметзарипов И.А. Человек на перекрестке культур: право и справедливость в мультикультурном обществе // Государство и право. 2018. № 3. С.47.

⁵⁹⁹ Жуков В.Н. Юридическая наука и ценности // Государство и право. 2018. № 1. С.5.

⁶⁰⁰ Швейцер А. Культура и этика. М., «Прогресс», 1997.

⁵⁹⁷ Жуков В.Н. Юридическая наука и ценности // Государство и право. 2018. № 1. С.8.

И тогда очевиден вывод - право и нравственность имеют корни в духовной природе человека. Это такие очевидные истины, о которых странно даже спорить. Поэтому само понятие о душе есть краеугольное для права, для нравственности и для всех общественных наук⁶⁰¹.

Духовность понимается, прежде всего, как религиозное содержание культурной жизни, которое отвечает за высшие смыслы и ценности человеческого существования, понятия Истины, Добра и Красоты. Человеческую коммуникацию определяют не только право, но и нравственность, а также мораль. Без нравственности и морали нет самого человека, отличающегося особым достоинством в мире живой природы. Достоинством человека следует признать его духовность, которая есть не набор культурных достижений эпохи, а богоподобие человека. Человек есть носитель Высшей Правды, дарованной ему Творцом. Присутствие в человеке этой связи с Творцом (religio – соединение) и составляет его достоинство и величие, отличающее от остального сотворенного мира.

Сегодня конституционной основой социальной справедливости на первом плане провозглашено достоинство человека, а это требует воспитания его в себе, детей, уважения достоинства других. Современная юриспруденция все чаще обосновывает этот постулат: центральное место в естественно-правовой доктрине занимает достоинство человека⁶⁰². Без этого невозможно формировать конституционное мировоззрение, ориентированное на социальное согласие всех слоев и групп российского общества как призыв времени⁶⁰³. Современным правоведам потребуются понять общественный идеал, имеющий моральный смысл. Практическая реализация идеи социальной государственности зависит от наличия у государства не только достаточных бюджетных средств, но и решения мировоззренческих и социально-культурных проблем⁶⁰⁴.

Единство культуры, понимаемой как система ценностей, вот главный признак нации. Разрушение традиционных устоев, веками сложившейся системы ценностей губительно для нации, ведет к утрате национального самосознания. Это значит, что при проведении модернизации страны надо искать ценностные основания в собственной духовно-культурной традиции⁶⁰⁵. Культура народа определяется его религией. Для России это вера и верность, это семья и отечество. В культуре России есть мощная традиция утверждения приоритета духовных ценностей над материальными. Она характерна для всех традиционных религий России.

⁶⁰¹ Чичерин Б.Н. Философия права. М.: «Либроком», 2010. С.15.

⁶⁰² Зорькин В.Д. Цивилизация права и развитие России. М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. С.42.

⁶⁰³ Там же. С.93.

⁶⁰⁴ Добрынин Н.М. Социализм, социальность и социальное государство: к вопросу о соотношении понятий и смыслов на современном этапе конституционного обустройства России // Государство и право. 2018. № 5. С.24.

⁶⁰⁵ Митрополит Кирилл. Из выступления на XI Всемирном русском народном Соборе / Историческая газета. 2007. № 4.

Дореволюционная русская философия права в лице таких мыслителей как Н.Я. Данилевский, Вл. Соловьев, П. Сорокин, П.И. Новгородцев, И.А. Ильин, исследовали общественные явления, полагая главным критерием их оценки религиозно-нравственную составляющую. Методологическим подходом их теоретизирований явился культурологический подход к пониманию сущности государства и права. Он предполагает исследование исторических событий, права и правовых идей и всей исторической реальности в целом с точки зрения ответа на вопрос, что есть истина (справедливость), каков духовно-нравственный идеал общества в конкретно-исторический момент, поскольку этот духовный идеал есть движущая сила истории как процесса постижения людьми искомой истины. Именно он позволяет учесть все стороны проявления человеческого бытия: и материальную, и духовную, признавая главенство за последней.

Так, к примеру, И.А. Ильин определял государство как союз духовно-солидарных людей, т.к. общность духовной культуры составляет основу любого государственного объединения. Он считал, что нельзя понимать государство как формальную систему насилия, организацию безнравственного притеснения слабых сильными. В идее государства заложена глубокая сущность – оно создается не только для удовлетворения физических потребностей, но и развития духовной жизни, для внутреннего мира, и осуществляется через правосознание⁶⁰⁶. Народ, потерявший чувство духовного достоинства, теряет чувство личной ответственности и губит государство.

В государстве, сознающем и чтущем свои духовные основы, религиозно-нравственное содержание жизни становится важным несущим элементом всей державной структуры общества. Соответственно Церковь, как власть духовная, наряду с властью светской, служит одной из главных опор национальной государственности: не смешиваясь впрочем, и не подчиняясь ей. Закрепление свободы совести конституциями современных государств есть свидетельство признания значимости религиозного чувства как проявление важнейшей составляющей бытия человечества, отличающего его от животного мира. Гимн современной России со словами «храняемая Богом родная земля» не есть ли тому подтверждение. Конституционная светскость отнюдь не связана с противопоставлением религиозности. Ведь государство существует не только для атеистов. Партнерские отношения государства и религиозных объединений способны позитивно влиять на развитие общественных отношений, формировать общественное согласие.

История свидетельствует о том, что какое бы государство не строили люди, - социальное, правовое, демократическое, социалистическое, светское либо атеистическое - реализация теоретических моделей государственности неизбежно сталкивается с проблемой человеческого фактора, природой, прежде всего, само-

⁶⁰⁶ Ильин И.А. Родина и мы. Издат. «Посох». Смоленск, 1995. С.331.

го человека. На связь природы права с природой человека указывали еще античные философы.

Идея социального государства как теоретическая конструкция и конституционная норма «выводит» исследователя на понятие гражданского общества, ключевой единицей которого выступает человек. Признание потребности развития природных способностей как высшего замысла о человеке активизирует науку в очередной раз на необходимость определения сущности человека. На повестку дня вновь встает Сократовский вопрос «что есть человек». От его решения будет зависеть ответ, что есть общечеловеческий, а следовательно государственно-правовой идеал.

Для религиозной философии права человек есть метафизическое, сверхчувственное существо с духовной природой и вытекающими из нее требованиями. Так определяет русский философ права Б.Н. Чичерин. Человеческому разуму присуща идея Абсолютного, которая, замечает мыслитель, бездоказуема. Чичерин призывает науку признать в человеке духовное начало. Человекоцентричное правопонимание заложено в основание современной Российской конституции⁶⁰⁷. И тогда следует вывод – *государство и право имеют корни в духовной природе человека*.

В условиях множественности вероисповеданий и политических предпочтений государство приобретает единство только на основе единства духовного, которое в свою очередь приобретается общим уважением и любовью к общенациональному достоянию, принятию идеи государства как служению. Если население (народ), проживающее на территории государства, обладает общим социокультурным интересом, оно становится нацией.

П.И. Новгородцев так и говорит: «Каждый народ, образовавший их себя духовное целое, имеющий свою историю, свою культуру, свое призвание, носит в себе живую силу, которая спланирует его воедино. Это – та великая сила духовного сцепления, которая образуется около святынь народных; это – сила того Божьего дела, которое осуществляет в своей истории народ»⁶⁰⁸.

«Внешние формы общежития в известном смысле составляют часть нашей духовной жизни, ее результат и символ»⁶⁰⁹. В индивидуальном и общественном «исходным пунктом и конечной опорой является человек и его нравственное призвание»⁶¹⁰. Общественные учреждения не могут составлять абсолютной цели; они являются средствами на пути *нравственного прогресса*. Только он может быть признан путеводной звездой и общественным идеалом.

⁶⁰⁷ Зорькин В.Д. Цивилизация права и развитие России. М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. С.93.

⁶⁰⁸ Новгородцев П.И. О путях и задачах русской интеллигенции / Сочинения. М., Раритет. 1995. С.361.

⁶⁰⁹ Новгородцев П.И. Общественный идеал в свете современных исканий / Сочинения. М., Раритет. 1995. С. 344.

⁶¹⁰ Там же. С. 346.

В природе человека заложено нравственное начало как объективный критерий добра и зла, истинного и ложного. Вслед за русской философией права рубежа XIX-XX вв. современной гуманитарной науке следует признать духовную природу человека. Этот факт доказывали в своих работах представители школы «возрожденного естественного права», во главе с основателем – П.И. Новгородцевым. Они обосновывали необходимость учета духовных факторов общественного бытия при исследовании политико-правовой проблематики.

Эту линию продолжал гениальный И.А Ильин в работе «О сущности правосознания», утверждая, что правосознанию участвует не только рассудок, но и вся человеческая душа (воля, чувства). Следовательно, правосознание это область души человека. Поэтому воспитывать нормальное правосознание означает воспитывать душу (в т.ч. в народе), которая ищет право как справедливость. В основе нормального правосознания лежит духовное самосовершенствование. Оно связано с нравственностью и всегда религиозно. Духовное самоуправление и чувство собственного достоинства становятся у И.А. Ильина критериями нормального правосознания. Оно предполагает уважение к праву, признание его объективного значения, добровольное соблюдение норм, а не из страха и корысти.

По Ильину вся история человечества есть история правосознания, т.е. поиска идеала справедливости и восхождение к нему. Это стремление к совершенству определяет и два вида свободы: внешнюю и внутреннюю. Свободен только тот человек, который способен созидать свой дух, удерживая в равновесии страсти и таланты, в конечном итоге владея собой. Иначе возникает необходимость в предписаниях и принуждении, т.е. в праве. Внешняя свобода, в т.ч. политическая теряет смысл при отсутствии внутренней свободы (ярким примером стали недавние 90-ые). Она может оказать разрушительное действие без духовной зрелости в важнейших вопросах бытия – семья, собственность, государство. Ильин призывает науку оценить духовную свободу как предметную цель права и государства.

Формула Ильина следующая: *внешний порядок жизни право может творить только через внутреннюю упорядоченность души*. Вся задача права в том и состоит, чтобы создавать в душе человека мотивы лучшего поведения. В этом его значение – воспитания души. А наполняя своим содержанием души людей, право как необходимая форма бытия, воздействует и на внешний образ жизни, внося в нее свободный, мирный и справедливый порядок существования. Ценность права в том и заключается, что закрепляя стандарты и образцы поведения, оно воспитывает сам образ мышления (т.е. душу).

Отсюда и высшая цель государства, по Ильину, заключается в организации и защите жизни людей. Потому что только духовная солидарность есть реальная основа государства. Отсюда сила госаппарата предполагает наличие у него *единства, авторитета, правоту цели, исполнительность*. Его сила всегда в авторитете.

Перечисляя изъяны русского национального характера (отсутствие дисциплины, следовательно, опасность безвластия и беззакония; беспечность и пьянство; утрата грани добра и зла), главным достоинством России называет создание самобытной духовной культуры, которая не исчерпывается культурой рассудочной. Это культура служения, самоотречения, жертвенности, веры, храбрости, патриотизма. Новой России Ильин предлагает формировать новое правосознание, опираясь на национальные корни, духовные (православные) цели.

Гражданское единство населения выполняет значимую ценностно-ориентационную и защитную функции по отношению к человеку. Ощущение единства с определенной культурно-исторической общностью дает возможность личности ощущать значимость своего бытия и полноту существования. Это вопрос о системе приоритетов и символах, способных сплотить общности народы в единое национальное целое. Это образ себя в мире: какова наша специфика, каково место среди других народов, в чем смысл и назначение государственного объединения, какова его цель. Это, наконец, формула общенационального единства.

Конституция РФ определяет: Россия есть *правовое государство*. А это оценка, прежде всего, *правосознания, которое-то и ищет идею справедливости*. Это в том числе *правовые ценности государства*, которые цементируют государственный союз. В свою очередь, правовые ценности определяются *духовными ценностями*, вырабатываемые духовным сознанием. Правосознание есть душевно-духовное состояние, которое состоит в глубокой и тесной связи с религиозной жизнью индивида и народа. Именно в религиозном сознании содержатся идеи справедливости. Это важный несущий элемент всей державной структуры общества.

Сегодня это для нас такой конституционной целью стали: правовое государство, понятое как необходимость подчинения всех субъектов праву, социальное государство как служение обществу, личное достоинство человека с гарантией его прав и взаимной ответственностью граждан и государства.

В современных реалиях неприятия духовности человека и духовного фактора в истории, в который раз наука выбирает агностицизм – «познать можно только явления, но не их суть. Мироздание, человеческая история, общество, государство, право есть не объективные «вещи в себе», а трансцендентально-логические построения познающего субъекта»⁶¹¹. С этим утверждением можно согласиться, только если не учитывать духовную составляющую человека и соответственно духовные закономерности бытия. Ученый решает для себя мировоззренческую задачу только тогда, когда описывает факты истории.

Обращаясь к нашему времени, И.А. Ильин оппонирует: философия имеет великую задачу – вывести из хаоса. Человечество заблудилось. Неверен способ духовной жизни. Кризис обнажает, прежде всего, кризис правосознания. Значение права в том, что оно хранит в себе верный масштаб и верное правило поведения,

даже когда люди не знают его⁶¹². Возвращаясь к наследию русской религиозной философии права, стоит отметить, что она призывает *рассматривать право как сферу духа*, в которой пребывает и человек, и Творец.

Творческое преображение стихии есть высшее задание духа⁶¹³. Невозможно устроить мир материи, не устроив мир души, ибо душа есть необходимое творческое орудие мироустроения⁶¹⁴. Душа, покорная хаосу, бессильна создать космос во внешнем мире. Самопознание и самопреобразование человеческого духа должно лежать в основе всей жизни, дабы она не сделалась жертвою хаоса и деградации. А также признание Творца верховным благом. Вне этого знание становится пародией на знание, искусство вырождается, религия становится самоопьянением, право и государство становятся орудием зла⁶¹⁵.

В основе современной модели социального государства полагается *принцип солидарности*, предполагающий участие всего общества за судьбу каждого, но при этом основным общественным институтом в системе перераспределения становится государство, принимающее ответственность за социальное благополучие своих граждан.

Данному подходу созвучен вывод известного современного автора: «Именно в рамках права, на пути формирования правового и социального государства надо искать соединение традиции соборности, общинности и коллективизма с правом как формой свободы индивида»⁶¹⁶.

Об этом свидетельствует отечественная история. Принципиальным положением построения русской государственности стал принцип соборности - собранности народа вокруг христианской идеи в стремлении воплотить нравственный идеал православия. В этом виделся залог единства нации. Отсюда значительное внимание уделялось проблеме долга власти защищать духовно- нравственные ценности народа. Идеал любви, понятой на государственном уровне *как служение*, проявил себя как идея служения каждого сословия в ответственности перед Богом. Полемика «иосифлян» и «заволжских старцев», теория Москва - третий Рим, Смута начала XVII века и раскол церкви, протестантская идеология реформ Петра I и просветительская политика Екатерины II, полемика славянофилов и западников, охранительный либерализм и коммунистический утопизм - все это вехи на пути национального самоопределения. Освобожденная от религиозной наполненности и следовательно религиозной ответственности, социалистическая идея XX века провозгласила целью бытия повышение материального благосостояния народа.

⁶¹² Ильин И.А. О сущности правосознания. ПСС. М., 1994. Русская книга. Т.4. С.179.

⁶¹³ Там же. С.151.

⁶¹⁴ Там же. С.152.

⁶¹⁵ Там же. С.153.

⁶¹⁶ Зорькин В.Д. Цивилизация права и развитие России. М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. С.44.

⁶¹¹ Жуков В.Н. Юридическая наука и ценности // Государство и право. 2018. № 1. С. 6.

Вместе с тем, патриотизм как верность государству должен основываться не только на духовной, исторической и этнической общности, но и закрепленных конституцией правовых принципах. Сегодня очевиден цивилизационный выбор России, закрепленный действующей Конституцией как основой и гарантом национального курса. Целью государства заявлено построение демократического правового социального государства, основанного на *идее конституционного патриотизма*.

Несомненна связь национальной идеи с набором ценностей, принимаемых обществом как справедливые. Без легитимации общественным правосознанием предлагаемые законы не становятся правовыми, не согласуются с идеями справедливости. Основной ориентир российского общества - справедливость⁶¹⁷, которая воспринимается россиянами выше права. Справедливость – категория совести. А совесть есть категория нравственная. Конституция РФ провозгласила духовную основу нации – веру в добро и справедливость. В преамбуле сделана оговорка о памяти предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству. Отсюда, определяя право, мы ориентируемся не только на нормативизм, но опираемся на естественно-правовой подход, задумываясь о соответствии положительного права идее справедливости.

Сегодня направление движения очевидно – «ключевым фактором социально-нормативной модернизации общества выступает нравственное воспитание масс. Такое нравственное воспитание невозможно без последовательного отстаивания системы духовно-моральных идеалов⁶¹⁸. Потому что само правовое социальное государство не может быть целью, только сам человек.

По своей природе люди склонны ориентироваться на свои культурные и национальные ценности и стереотипы поведения. Поэтому, чтобы не разрушались общечеловеческие связи, представляется обязательным сохранение национальных особенностей в подходах к решению общемировых проблем. Укрепление государства, совершенствование качества государственного управления, развитие фактора человеческого потенциала – обязательные условия выживания и развития нации. А это возможно лишь через национальную культуру, нематериальные факторы. Человеческий фактор становится ведущим фактором развития, определяющий будущее государства.

Главная задача сегодня – сохранить равновесие государственного корабля, востребуя духовные каналы для стабилизации. Необходимо духовное обновление в сфере правосознания, патриотизма, мировосприятия, целеполагания. Необходимы, прежде всего, *духовно* верные основы.

⁶¹⁷ О чем мечтают россияне (Размышления социологов). Аналитический доклад. Институт социологии РАН. М., 2012. С.30-41.

⁶¹⁸ Зорькин В.Д. Цивилизация права и развитие России. М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. С.92.

§ 13. Правовые заимствования как ценностная основа развития законодательства

Современное общество характеризуется высокой степенью волатильностью во всех сферах правовой и социальной реальности. Это обусловлено как логикой социального развития, так и ценностными установками политической элиты, стремящейся сконструировать правопорядок, максимально эффективно обеспечивающий сохранение и укрепление ее властных позиций. Значительная роль в этом процессе отведена законодательству, призванному придать этому правопорядку строго очерченную форму. Особенно ярко это проявляется в транзитивных обществах, в т.ч. России, где правовое регулирование носит запретительно-разрешительный характер⁶¹⁹.

Однако это невозможно осуществить опираясь исключительно на национальную правовую традицию. Идущие процессы политической глобализации и правовой конвергенции, с одной стороны, предполагают широкое распространение идей плюрализма, но, с другой – ориентируют на широкое использование зарубежного правового опыта. Для обозначения последнего явления нами предлагается использовать категорию «правовые заимствования», которую мы понимаем совокупность правового взаимодействия⁶²⁰ национальных правовых систем, направленного на их унификацию и адаптацию к изменяющимся социально-экономическим, политическим и культурным условиям.

1. Понятие и содержание правовых заимствований. История существования и развития крупнейших правовых систем характеризуется правовыми заимствованиями, которые могут осуществляться как путем восприятия отдельных правовых институтов, элементов юридической техники и практики правоприменительной деятельности, так и в форме освоения правовых ценностей, идей и принципов. Правовые заимствования в зависимости от их содержания и роли в правовом развитии могут быть как нормативными, ориентированными на формальное восприятие и воспроизводство иностранного законодательства (или отдельных правовых конструкций), так и ценностным, при которых происходит сущностное освоение зарубежного правового опыта, включая не только формальные источники права, но также политические и культурные идеи и правовые принципы.

Правовые заимствования являются важной и неотъемлемой частью развития правовой реальности⁶²¹. Их необходимость обусловлена не только неизбежностью сосуществования современных цивилизаций, но и необходимостью правовой конвергенции, позволяющей унифицировать правовое регулирование в различных

⁶¹⁹ Скоробогатов А.В., Рыбушкин Н.Н. Запрет как онтологическая основа правовой реальности России // Актуальные проблемы экономики и права. 2016. Т. 10. № 3 (39). С. 108-115.

⁶²⁰ Панченко В.Ю. Правовое взаимодействие как вид социального взаимодействия: монография. М.: Проспект, 2015. 232 с.

⁶²¹ Cruz R. A modern approach to comparative law. Deventer; Boston: Kluwer, 1993. 350 p.

правовых системах. Это позволяет применять иностранное право при разрешении конфликтных ситуаций с участием субъектов, относящихся к различным правовым культурам и повышает эффективность юридической практики. Кроме того, замкнутость и изоляция правовых систем может привести к застою как в юридическом плане, так и по отношению к социальной реальности в целом.

Под правовыми заимствованиями мы понимаем процесс правового взаимодействия обществ и государств, в ходе которого происходит усвоение и использование правовых ценностей, норм, институтов, процедур, решений, форм и видов деятельности других правовых культур, правовых систем, правовых семей. В процессе заимствований происходит восприятие и адаптация к условиям одной страны (общество-реципиент) элементов правовой системы, выработанных в другой стране или в другой период времени (общество-донор)⁶²².

Правовые заимствования как комплексное правовое явление характеризует ряд признаков:

(1) правовое взаимодействие общества-донора и общества-реципиента, носящее нормативно-ценностный характер;

(2) правовое заимствование не ограничивается в пространстве, во времени и по кругу лиц, содержание, методы и результаты правового заимствования определяются как национальной правовой традицией, так и целеполаганием;

(3) субъективно-объективный характер правовых заимствований, предполагающий, что их использование обусловлено необходимостью совершенствования национальной правовой системы в соответствии с общественными интересами; при этом правовые заимствования выступают в качестве действий политических субъектов, проявляющих свою волю;

(4) цель правовых заимствований заключается не только в изменении национальной правовой системы, но и в ее совершенствовании, модернизации, повышении эффективности правового регулирования. Цель заимствований может носить как объективный (обусловленность социальными потребностями), так и субъективный характер (стремление политической элиты сконструировать новую систему).

Объект правовых заимствований не ограничивается отдельными нормами права или правовыми конструкциями. Речь идет о совершенствовании правовой системы или правовой реальности (в целом или на отдельных уровнях). Начинаясь с формального закрепления в законодательстве новых положений, правовые заимствования логично ведут и к трансформации правоприменения. В совокупности это способствует эволюции правовой культуры не только доктринального и профессионального, но и обыденного уровня. Однако при этом необходимо учитывать, что эффективность влияния заимствований на правовую культуру, особенно

⁶²² Азнагулова Л.М. Рецепция права: общетеоретические проблемы // Вестник Башкирского государственного университета. 2005. № 3. С. 88-90.

обыденную обуславливается не только политической волей и наличием эффективного механизма правового регулирования, но близостью правовых ценностей общества-реципиента и общества-донора. Именно это способствует не только легальности, но и легитимности правовых заимствований⁶²³ и повышает социальную эффективность правового регулирования⁶²⁴.

2. Виды правовых заимствований. Анализ понятия и содержания правовых заимствований позволяет осуществить их систематизацию. Однако сложный, многогранный характер этого процесса и неоднозначность его результатов предполагают возможность проведения классификации по различным основаниям⁶²⁵.

В зависимости от степени открытости процесса правовых заимствований их можно разделить на явные (полностью открытые, с четко обозначенными целью и методами) и латентную (скрытую, неявную, предполагающую отсутствие или недостаточно четкую формулировку цели и методов). Явные правовые заимствования напрямую связаны с деятельностью государства и предполагают осознанное решение власти осуществить правовую модернизацию путем использования правового опыта «передовых», по их мнению, стран. Примером такого правового заимствования может служить Конституция РФ, прежде всего, ее первая и вторая главы, основанные на принципиально новых правовых ценностях, разрывающих с национальной правовой традицией. Латентные правовые заимствования могут осуществляться как целенаправленно, путем частичного освоения в процессе отдельных правовых норм и ценностей без обозначения явной цели правовой модернизации, так и в форме овладения зарубежным правовым опытом отдельных граждан и социальных групп. Так, исследования М. Арутюняна, О. Здравомысловой и Ш. Курильски-Овжен показывают, что процесс социального освоения западных правовых ценностей в России в значительной степени носил стихийный характер, хотя и отличается высоким уровнем эффективности⁶²⁶.

По характеру правового взаимодействия субъектов правовых заимствований, их можно разделить на: (1) добровольные, при которых освоение обществом-реципиентом правовых норм и ценностей общества-донора осуществляется с целью усиления интеграционных процессов и унификации правового взаимодействия. Примером такого правового заимствования может служить реформаторская

⁶²³ Шугуров М.В. Феномен легитимности права: философско-правовое осмысление // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 1(2). С. 86-103.

⁶²⁴ Эффективность правового регулирования: монография / под общ. ред. А.В. Полякова, В.В. Денисенко, М.А. Беляева. М.: Проспект, 2017. 240 с.

⁶²⁵ Предлагаемая нами классификация правовых заимствований близка в силу схожести исследуемой проблематики с классификацией правовой аккультурации Л.В. Сокольской (См.: Сокольская Л.В. Виды правовой аккультурации // Lex Russica (Русский закон). 2009. - № 6. С. 1287-1296). Однако при исследовании правовых заимствований мы в равной степени учитываем освоение правовых норм и правовых ценностей.

⁶²⁶ Арутюнян М., Здравомыслова О., Курильски-Овжен Ш., Образ и опыт права. Правовая социализация в изменяющейся России. М.: Весь мир, 2008. 208 с.

деятельность Петра I, основанная на широком использовании немецкого и шведского правового опыта⁶²⁷. (2) насильственные, при которых общество-донор навязывает свои нормы и ценности обществу-реципиенту с целью его подчинения, иногда под предлогом унификации правовой системы последнего для приближения социально-экономического, политического, юридического и культурного уровня к «мировым» стандартам. Примером такого рода правовых заимствований может служить как деятельность колониальных властей в Ост-Индии, так и события последних лет, связанные с подавлением США режимов Муамара Каддафи в Ливии и Саддама Хуссейна в Ираке. (3) вынужденные, обусловленные необходимостью общества-реципиента заявить о своей приверженности нормам и ценностям общества-донора с целью получения помощи от последнего. Такого рода заимствования характерны, прежде всего, для постколониальных стран Африки и Океании.

В зависимости от результата правового взаимодействия общества-донора и общества-реципиента заимствования можно классифицировать на:

1) правовую ассимиляцию, при которой общество-реципиент не только осваивает нормы и ценности общества-донора, но и полностью отказывается от собственных правовых традиций. Примером таковой может служить заимствование Древней Русью византийской правовой культуры после принятия христианства, при котором хотя и сохранились отдельные очаги язычества, но они повсеместно истреблялись;

2) правовая трансформация, при которой общество-реципиент сохраняет значительную часть своих правовых ценностей. Так, при рецепции римского права в континентальной Европе в Новое время, с одной стороны, конструировались новые правовые конструкции, основанные на римском правовом опыте, а с другой – особенности рецепции в определенной стране определяются национальными правовыми традициями;

3) правовая конвергенция, при которой национальные правовые системы, одновременно выступающие в роли общества-донора и общества-реципиента, обмениваются правовой информацией, что ведет к частичному усовершенствованию правовых систем при сохранении не только правовых ценностей, но и основной части нормативного массива.

В зависимости от времени существования правовых норм и ценностей общества-донора по отношению к обществу реципиенту правовые заимствования можно разделить на синхронные и асинхронные. В первом случае речь идет о взаимодействии национальных правовых систем существующих одновременно, например, освоение Россией западной правовой культуры в 1990-е гг. Во втором случае общество-реципиент обращается к правовому наследию общества-донора. Классическим примером такого заимствования является рецепция римского права.

⁶²⁷ Анисимов Е.В. *Время петровских реформ*. Л.: Лениздат, 1989. 496 с.

По характеру правовых последствий правовые заимствования могут быть как действительными, так и декоративными⁶²⁸. Если в первом случае речь идет о восприятии обществом-реципиентом норм и(или) ценностей общества-донора на существенном уровне, затрагивающим не только законодательство, но и правовую культуру, то во втором – общество-реципиент лишь формально воспроизводит правовые конструкции общества-донора. В этой ситуации большая роль отводится идеологии, в т.ч. правовым мифам⁶²⁹, которые провозглашают потенциальное удовлетворение общественных интересов в случае успешной реализации реформ, основанных на использовании «передового» правового опыта. Поскольку декоративные заимствования носят формальный характер и не затрагивают правовых ценностей, их эффективность невысока, что зачастую приводит к дисгармонизации правовой реальности⁶³⁰. В качестве примера декоративных заимствований можно привести правовую реформу, проводимую в нашей стране в первой половине 1990-х гг. При этом активно проводилась мысль о догоняющем характере развития российской цивилизации и необходимости прозападных реформ с целью не только повышения эффективности правового регулирования, но и удовлетворения потребностей общества. Однако последующие события показали, что внешние заимствования, не затрагивающие правовое сознание широких масс, не способны привести к кардинальным изменениям, а тем более переходу России (выступающей в качестве общества-реципиента) на качественно новый уровень социального развития⁶³¹.

Наиболее значимой является классификация правовых заимствований в зависимости от направленности вектора модернизации и методов внедрения иностранного права в национальную правовую систему:

(1) правовая рецепция – заимствование и адаптация обществом-реципиентом юридических норм и правовых ценностей общества-донора⁶³². Целью правовых заимствований в этом случае выступает модернизация общества-реципиента, обусловленная как реальными интересами, так и ценностными установками политической элиты.

Выступающая инициатором правовых заимствований политическая элита общества-реципиента стремится рецептировать те элементы правовой системы общества-донора, которые по ее мнению, максимально способствуют высокому

⁶²⁸ Ткаченко С.В. Миф о глупом законодателе в российской юридической науке // *Влада*. Людина. Закон. 2009. № 2. С. 31-35.

⁶²⁹ Скоробогатов А.В., Краснов А.В. Юридическая фикция как правовой миф (коллизийный аспект) // *Юридическая техника*. Ежегодник. Н. Новгород, 2017. № 11. С. 315-321.

⁶³⁰ Шугуров М.В. Баланс и дисбаланс как категории правовой реальности // *Российский журнал правовых исследований*. 2015. № 4(5). С. 87-98.

⁶³¹ См. подробнее: *Правовая Реформа в России: восемь лет спустя: сборник статей / сост. П.Д. Баренбойм, под ред. В.П. Мозолина*. М.: ЛУМ, 2013. 348 с.

⁶³² Рыбаков В.А. Рецепция и правотворчество // *Вестник Омского университета*. Сер. Право. – 2012. № 2(31). С. 16-23.

уровню эффективности правового регулирования и удовлетворению не только социальных, но и групповых и индивидуальных интересов. Однако при этом не происходит полный отказ от национальной правовой традиции. Напротив, заимствуемые правовые конструкции и ценности адаптируются к правовой реальности общества-реципиента⁶³³.

Наиболее успешным примером правовой рецепции является заимствование римского права, ставшего основой правового регулирования в большинстве стран, относящихся или позиционирующих себя частью западной цивилизации. При этом рецепция могла осуществляться как непосредственно (первичная рецепция римского права в правовые системы стран континентальной Европы в Новое время), так и опосредовано (вторичная рецепция римского права в России и Японии, где заимствовались правовые ценности и конструкции немецкой правовой системы, восходящие по содержанию к римскому праву).

(2) Правовой диалог – двусторонний взаимообмен правовым опытом (правовыми ценностями и юридическими нормами), направленный не только на совершенствование национальных правовых систем, но и их интеграцию. Результатом правового диалога становится сближение правовых систем, их унификация.

В отличие от иных видов правовых заимствований диалог предполагает равенство субъектов: оба участника диалога одновременно выступают в качестве общества-реципиента и общества-донора. По отношению к каждому из них такой обмен правовой информацией выступает своеобразным вариантом правовой рецепции, так как заимствуемые нормы и ценности не подавляют национальную правовую систему, а успешно в ней адаптируются.

Ярким примером правового диалога является характерный для современного мира процесс правовой конвергенции, особенно сильно затронувший англосаксонскую и романо-германскую правовые семьи. С одной стороны, под влиянием континентального права в правовой системе Великобритании расширяется применение нормативных правовых актов⁶³⁴. С другой стороны, английский правовой опыт расширил использование судебной практики в континентальных странах⁶³⁵.

(3) Правовая аккультурация – продолжительный контакт правовых систем, при котором общество-реципиент осваивает правовые ценности и юридические нормы общества-донора не только на формальном, но и на содержательном уровне. В отличие от правовой рецепции аккультурация предполагает существенную трансформацию национальной правовой системы общества-реципиента либо путем полной ее замены ценностями и нормами общества-донора, либо путем вытес-

нения значительной части национальной правовой традиции заимствуемым правовым опытом. При правовой аккультурации происходит формирование новой культур-правовой целостности⁶³⁶.

Обществом-реципиентом в случае правовой аккультурации, как правило, выступает страна с недифференцированной правовой системой, для которой основными источниками права являются правовые обычаи и религиозные памятники⁶³⁷. В качестве общества-донора выступает один из представителей евроатлантической цивилизации, прежде всего, страны континентальной Европы⁶³⁸, поскольку освоение и использование нормативных правовых актов в качестве источников права представляется более легким, чем в случае с правовыми прецедентами, в большей степени ориентированными на определенное общество. Это обуславливает основную форму правовой аккультурации – вестренизация, освоение обществом-реципиентом ценностей верховенства права и закона, свободы, индивидуализма, демократии и основанных на них юридических норм, которые общество-донор представляет как общечеловеческие, свидетельствующие о наличии цивилизации.

В отличие от правовой рецепции правовая аккультурация может осуществляться по инициативе как общества-реципиента, так и общества-донора. В последнем случае она зачастую осуществляется насильственными методами. Несмотря на это, результатом аккультурации, как правило, становится сближение правовых систем общества-реципиента и общества-донора, что способствует не только повышению эффективности правового регулирования, но и удовлетворению интересов граждан⁶³⁹.

Наиболее яркий пример правовой аккультурации представляет собой колониальная политика Великобритании и Франции. Однако освобождение от колониального господства в странах Африки и Океании привело к отказу от заимствованных правовых ценностей, хотя и при формальном сохранении прозападного законодательства в качестве основного источника права.

(4) Правовой трансфер – непосредственный перенос правовых ценностей и юридических норм общества-донора в правовую систему общества-реципиента. Как и аккультурация, трансфер ориентирован на отсутствие учета национальных правовых традиций. Предполагается надстройка над правовой культурой общества-реципиента иной системы правовых ценностей. Последние при этом объявляются господствующими, определяющими содержание как законодательства, так и

⁶³³ Сокольская Л.В. Рецепция как историческая форма правовой аккультурации // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 8 (45). С. 1581-1589.

⁶³⁴ Романов А.К. Право и правовая система Великобритании. М.: ФОРУМ, 2014. 288 с.; Шумилов В.М. Правовая система США. М.: Международные отношения, 2016. 408 с.

⁶³⁵ Шумилов В.М. Введение в правовую систему ФРГ. М.; Бремен: [б. и.], 2001. 139 с.; Захарова М.В. Французская правовая система. Теоретический анализ. М.: Проспект, 2015. 288 с.

⁶³⁶ Сокольская Л.В. Взаимодействие правовых культур в историческом процессе // Вестник Российского университета дружбы народов. Сер. Юридические науки. 2013. № 4. С. 174-181

⁶³⁷ Allot A. African law // An introduction to legal system. London: Sweet and Maxwell, 1968. P. 131-156.

⁶³⁸ Clark D.; Merryman G. Comparative Law: Western European and Latin American Systems. Cases and materials. Stanford: Bobbs-Merrill, 1978. 1278 p.

⁶³⁹ Осипов М.Ю. Качество российского законодательства как ключ к повышению его эффективности // Актуальные проблемы экономики и права. 2016. Т. 10. № 4(40). С. 88-95.

правоприменительной практики. В отличие от рецепции при трансфере совершенно не учитывается исторический и социокультурный контекст общества-донора, обеспечивающий высокую эффективность правового регулирования, основанную на подлежащих заимствованию нормах и ценностях.

Ретроспективный анализ правовых заимствований позволяет выявить три основные формы правового трансфера: а) перенос правовой системы общества-донора на завоеванную или захваченную в качестве колонии территорию общества-реципиента; б) вынужденное использование обществом-реципиентом юридических норм общества-донора, несвойственных первому или даже прямо противоречащих национальным правовым ценностям; в) добровольный правовой трансфер в случае общности исторического развития и проникновения в состав политической элиты общества-реципиента представителей общества-донора. В качестве примера первой формы можно привести деятельность Наполеона, введшего на завоеванной территории французское законодательство. Примером второй формы является использование стандартов ВТО при вступлении в него государства (хотя в этом случае донором выступает не правовая система, а право международной организации). Одним из примеров третьей формы правового трансфера являлось проникновение немецкого городского права на земли Центральной и Восточной Европы в Средние века⁶⁴⁰.

(5) Правовая экспансия – насаждение цивилизационно чуждых правовых ценностей общества-донора в правовую систему общества-реципиента, осуществляемое не только культурными и политическими, но и военными средствами⁶⁴¹. Примером правовой экспансии является распространение Арабским Халифатом шариата на завоеванных территориях, а также деятельность немецких оккупационных сил на завоеванной территории СССР.

3. Функции правовых заимствований. Высокая роль правовых заимствований в развитии национальных правовых систем все больше становится аксиоматичным утверждением. Однако компаративный и антропологический анализ этих процессов предполагают необходимость не просто декларировать это значение, но и выявить те непосредственные функции правовых заимствований, которые и свидетельствуют об их значении в правовом развитии. При этом под функциями правовых заимствований мы понимаем роль, которую они выполняют по отношению к национальной правовой системе, основные направления воздействия заимствований на правовую систему в ее нормативном, ценностном и когнитивном смысле.

(1) Прежде всего, можно выделить функцию правообразования, поскольку правовые заимствования оказывают непосредственное влияние на характер и со-

держание правотворчества. Благодаря заимствованиям, выступающим в форме правосанционирования, становится возможным устранить имеющиеся в национальной правовой системе пробелы и коллизии. Одновременно заимствования могут выступать в форме правообразования. В этом случае они являются нормативной и(или) ценностной основой правового конструирования, становящегося базой для формирования соответствующих правоотношений.

(2) Поскольку целью правового является совершенствование правовой системы, повышение ее эффективности, можно выделить регулятивную функцию заимствований, которая состоит в использовании зарубежного правового опыта (как материального, так и процессуального) в юридической практике. К этой функции в частности можно отнести возможность использования судами иностранного права.

(3) Одновременно правовые заимствования выступают средством сохранения и укрепления национальной правовой системы. Благодаря некоторым видам заимствований (правовая рецепция, правовой диалог) происходит обновление правовых традиций, которые выходят на новый уровень при сохранении своего места в правовой реальности. На это направлена охранительная функция правовых заимствований.

(4) Поскольку в процессе правовых заимствований может осуществляться не только фрагментарное освоение правовых ценностей, но и овладение обществом-реципиентом правовой культурой общества-донора в целом, можно говорить о культурной функции заимствований.

(5) Правовые заимствования не носят одностороннего характера. В процессе освоения норм и ценностей общества-донора обществом-реципиентом последнее обращается не только к современному правовому опыту, но и историческому. Это позволяет выделить ретроспективную функцию заимствований.

(6) Направленность заимствований на совершенствование национальной правовой системы и их ориентация в будущее дает возможность сформулировать прогностическую функцию заимствований. Однако данная функция будет осуществляться в процессе заимствований опосредованно. Законодатель или правоприменитель, предполагая возможность использования иностранного правового опыта, формируют в правосознании определенный образ результатов заимствований, носящий прогностический характер.

(7) Благодаря правовым заимствованиям происходит расширение пространства как отдельных правовых норм и ценностей, так и национальных правовых систем в целом. В определенной степени это способствует унификации и гармонизации национальных правовых систем, что дает основание выделить интегративную функцию правовых заимствований.

Таким образом, правовые заимствования являются важнейшим средством совершенствования правовой системы, определяя нормативный и ценностный

⁶⁴⁰ Келлер О.Б. Трансферт средневекового немецкого права на земли к востоку от Германии. – Минск: РИВШ, 2017. – 392 с.

⁶⁴¹ Сокольская Л.В. Правовая экспансия как историческая форма правовой аккультурации // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 7(44). С. 1333-1339.

компонент развития законодательства и правоприменительной практики. Правовые заимствования выступают как комплексное философско-правовое явление, затрагивающее все уровни правовой реальности, и означают совокупность правового взаимодействия правовых систем общества-реципиента и общества-донора, направленного на их унификацию и адаптацию к изменяющимся социально-экономическим, политическим и культурным условиям, как правило, первого. Особенности правовых заимствований в конкретной стране определяются как объективными условиями социально-экономического, культурного и правового развития, так и волей политической элиты общества-реципиента. Несмотря на заимствование не только нормативной составляющей правовой системы, но и ценностной, формальным выражением правовых заимствований, как правило, становится их закрепление в законодательстве.

§ 14. Правовые ценности как проекция морально-этического императива в сфере регулирования общественных отношений

Понятие ценности имеет длительную историю и множественность своего проявления. Сам термин «ценность» является предметом исследования множества наук, находя применение в экономике, социологии, религиоведении, культурологии, праве и других науках. Еще Кант обращал внимание на данное понятие, понимая под ним нечто, имеющее значение и значимость в нравственном мире должностности и свободы⁶⁴². Со временем в XX веке сложилась самостоятельная наука о ценностях, аксиология.

Значимость ценностей очевидна всем, однако на практике их научное изучение оказывается не столь простым, как может показаться на первый взгляд. Специфика ценностей заключается, в первую очередь, в их субъективности, в невозможности существования ценности вне оценки индивидом. Иными словами, ценности всегда носят субъективный, даже при идентичности ценностей у подавляющего числа населения, то есть при определении общественных, социальных ценностей, все равно предполагается их индивидуальная оценка.

Ценность как характеристика того или иного предмета или явления, определяющая его значимость для индивида, становится неким ядром, во многом определяющим сознание и поведение субъекта, а значит неразрывно связанным с общественными отношениями, влияющими на их развитие и специфику в государстве или обществе.

Таким образом, ценность всегда представляется собой некий императив, которым руководствуется субъект при выборе модели поведения. Субъективный набор ценностей, в конечном счете, определяет законопослушное или девиантное

⁶⁴² Глухарева Л.И. Предмет как критерий научности юридического знания // Юриспруденция. 2010. № 2 (18). С. 21.

поведение, высокий или низкий уровень правового сознания у индивида и другие социальные проявления.

Безусловно, нельзя отрицать возможность влияния на человека с целью формирования определенного представления о ценностях и их перечне, а также расставлению акцентов в данном перечне. Такое влияние может и должно формироваться со стороны государства, но иногда возникает и со стороны объективных факторов или других членов общества, воспользовавшихся невозможностью государства в конкретный момент разрешить общественные проблемы (например, организованной преступности, членам террористических организаций и др.). Такое вмешательство является недопустимым с этической и правовой точек зрения, однако успешно применяется организациями и группировками, имеющими преступную направленность, по всему миру. Именно в момент, когда государство оказывается не в состоянии поддержать сложившиеся в обществе императивы (ценности), ими начинают манипулировать субъекты, имеющие девиантные намерения, в некоторых случаях даже подменить их своими собственными.

Организованная преступность, терроризм, коррупция – все эти явления получают широкое распространение по всему миру и сегодня, являясь предметом борьбы мирового сообщества⁶⁴³. Их функционирование и развитие на протяжении длительного периода развития общества привело к образованию общемировых синдикатов, подпольных преступных сетей в мировом масштабе, борьба с которыми затрудняется их гибкостью в адаптации не только к бурно развивающимся общественным отношениям, но и практически к любой системе ценностей, искажающей ее и подменяющей собственными императивами. В силу этого одной из главнейших задач, стоящих перед современным государством, является сохранение и поддержание системы ценностей, которая свойственна подавляющему большинству общества, создающая, таким образом, ядро общественного сознания.

Система ценностей любого общества, в том числе и государства, отражается в нормах данного общества (этических, религиозных, моральных, правовых и других). В условиях глобализации право приобретает все большую значимость в качестве регулятора общественных отношений⁶⁴⁴, так как разные этнические и исторически сложившиеся общности имеют не всегда идентичные системы ценностей.

Однако правовые ценности должны базироваться на ценностях общесоциальных, свойственных большей части населения. Именно из них право должно черпать собственную систему ценностей, в противном случае, нормы права, выстроенные на противоречащих морали, нравственности, этике, религии началах, не будут выполняться.

⁶⁴³ Kurakin A., Sukharenko A. Anti-corruption in the Brics countries. BRICS Law Journal. 2018. № (1). P. 56-77.

⁶⁴⁴ Снетков В.Н., Савельева А.П. Проблемы развития правового сознания в условиях международной интеграции / В.Н. Снетков, А.П. Савельева // Вестник Московского университета им. С.Ю. Витте. Серия 2: Юридические науки. 2015. № 2 (7). С. 11-15.

Для того, чтобы нормы права стали реальным и основным регулятором общественных отношений, необходимо, в первую очередь повысить уровень правового сознания населения. Данная задача выполнима при активном правовом воспитании и правовом просвещении населения. Однако, если говорить о добровольности исполнения нормы, в первую очередь, норма права не должна противоречить собственной системе ценностей субъекта. Обширные знания о системе норм права, функционировании судебной системы и работе правоохранительных органов, осведомленность об ответственности за нарушение законодательства (либо знание о наступлении иных неблагоприятных последствий для субъекта) еще не означают, что субъект будет добровольно исполнять нормы права. Положительные результаты правового воспитания возможны только в случае, если правовые ценности, на которых основана система права государства, гармонично вливаются в систему нравственных ценностей человека⁶⁴⁵.

Иными словами, для того, чтобы норма права функционировала и являлась жестким регулятором общественных отношений, то есть выполняла свою непосредственную функцию, законодателю необходимо, в первую очередь, обратить внимание на морально-этические императивы, господствующие в обществе.

Так как приобщение определенного состояния или предмета к системе ценностей, равно как и ее формирование, является субъективным процессом, перечень морально-этических ценностей может различаться для каждого субъекта. Практически любое исследование, целью которого являлось определить перечень общесоциальных ценностей, подвергалось критике. Так, исследование социолога Рокича, которое впоследствии нашло свое подтверждение результатами работы других ученых, неоднократно критиковалось. Сам исследователь находил свой труд в большей степени интуитивным. При этом, несмотря на то, что результаты других исследований могли скорее подтвердить концепцию Рокича, чем опровергнуть ее, некоторые ученые отмечают, что результаты исследования в разных культурах тяжелы для сопоставления и проведения сравнительного анализа в силу абстрактности выбранных автором понятий⁶⁴⁶.

Действительно, определение перечня морально-этических ценностей, свойственных всему обществу – сложный и на данном этапе развития общества и науки практически недостижимый процесс.

Однако правовые ценности, те императивы, которые составляют ядро права, должны быть едины для всего населения, понятны и просты, а также в условиях демократического политического режима, господствующего в большинстве стран

мира, должны быть направлены на личность⁶⁴⁷. В то же время невозможно рассматривать правовые ценности вне морально-этических⁶⁴⁸.

При этом норма права сама может и должна рассматриваться субъектом как ценность. Осознание права как основного регулятора общественных отношений, позволяющих, пусть и не идеально, избегать повсеместных конфликтов и противоречий, должно неизбежно привести к внедрению позитивного права как явления в систему морально-этических ценностей.

Естественные права человека, личные права человека на практике вписываются в систему ценностей населения. Часто, не обладая информацией о нормативном правовом акте, содержащем права субъекта общественных отношений, субъект заведомо знает, что обладает перечнем прав в данных конкретных отношениях. Безусловно, данная уверенность не всегда соответствует реальности и во многом определяется уровнем правосознания субъекта, но факт того, что человек рассматривает себя как носителя естественных и личных прав, на которых должны базироваться правовые нормы, говорит о том, что они усвоены и гармонично существуют в системе ценностей субъекта. Также желание субъекта решать конфликт в правовом поле, не прибегая к неправомерным действиям, отражает, что право само по себе стало ценностью для субъекта.

Таким образом, можно сказать, что правовые ценности всегда рассматриваются как проекция морально-этических императивов, даже при сложности составления их универсального перечня. В этих условиях государство, в первую очередь, должно во время законотворческой деятельности сопоставлять правовые нормы не только с правовыми ценностями, но и с морально-этическими. Сам же перечень правовых ценностей, на наш взгляд, по своей сути неизбежно отражает личные права человека. При этом право как регулятор общественных отношений должно также стать ценностью для субъекта, чтобы обеспечить соблюдение правовых норм. Осознание необходимости соблюдения правовых норм возможно, в первую очередь, при понимании необходимости их соблюдения не в силу наступления событий, предусмотренных санкцией правовой нормы, а в силу осознания значимости диспозиции нормы как единственной благоприятной для субъекта модели поведения. Такое отношение к праву возможно только при включении права как регулятора общественных отношений в систему ценностей субъекта.

⁶⁴⁵ Савельева А.П., Снетков В.Н. Становление ценностно-нормативного аспекта правовой культуры вследствие развития философского рационализма / А.П. Савельева, В.Н. Снетков // Евразийский юридический журнал. 2018. № 3 (118). С. 485-486.

⁶⁴⁶ V. A. Braithwaite, W. A. Scott. Values. // J. P. Robinson, P. R. Shaver, L. S. Wrightsman (ред.), Measures of Personality and Social Psychological Attitudes. New York: Academic Press, 1991.

⁶⁴⁷ Бабенко Н.А. Значение правовых ценностей для процесса правового воспитания. // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». – №13. – 2008. – С. 4-11.

⁶⁴⁸ Дорская А.А. К вопросу о методологии изучения эволюции российских правовых ценностей / Историко-правовые проблемы: Новый ракурс. 2011. № 4-1. С. 194-201.

§ 15. Правотворчество как конструирование правовой реальности

Право, как любой социальный институт существует лишь в процессе регулярного воспроизводства его субъектами. Правотворчество может нами рассматриваться как конструирование правовой реальности, трансформации индивидуальных практик в правовые институты.

Институализация права имеет два аспекта (структурный и процедурный) и два уровня (правотворчество и правоприменение), следовательно, в любой правовой системе существуют нормотворческие и нормоприменительные институты, даже если иногда объединяются в одном и том же органе или в руках одного и того же должностного лица, например, судьи, при этом создание, формулирование и принятие общего правила четко отличается от применения данного правила в конкретной ситуации.⁶⁴⁹

С точки зрения современной социологической феноменологии, отличие человеческого (социального) мира от “естественного” мира природы заключается в том, что социальный мир создан и изначально осмыслен человеком. С позиций феноменологической социологии нельзя игнорировать “конституированного характера социальных явлений как продуктов осмысленной деятельности людей”⁶⁵⁰.

По справедливому замечанию Д. Сильвермена «фактуальный статус любого природного объекта (например, дождя, тяготения или электричества) существенно отличается от фактичности или “вещности” социальных институтов (скажем, развод, преступление или “благопристойное поведение”). В частности, социальные феномены являются “реальными”, поскольку мы организуем свою деятельность таким образом, что постоянно подтверждаем их реальное существование»⁶⁵¹. Таким образом, человеческие значения конструируются в повседневной (обыденной) жизни людей. Именно обыденный мир является предметом изучения социологической феноменологии. Обыденность формирует в числе прочих социальных институтов и право, а точнее его значение, которое формируется и развивается в повседневности, проявляясь в обычаях, традициях, в суждениях, покоящихся на здравом смысле, в правосознании и в правовой культуре.

Современная феноменология права под правом понимает то, чему люди придают значение права и в этом имеет определенное сходство с психологической теорией права. Однако, не следует делать поспешных выводов о том,

что право для феноменологов сугубо субъективное явление. “Социальный мир как объективно осмысленный мир предшествует своему конструированию индивидами; но без этого конструирования обыденная реальность существовать не может” - отмечает М. Натансон⁶⁵². Право безусловно носит объективный характер, как и другие социальные институты, ибо каждый человек должен согласовывать свое поведение с господствующими в обществе ценностями и значениями. В то же время право - это и результат интерпретационной деятельности людей. Феноменология стремится проникнуть в диалектику объективного и субъективного.

Критикуя нормативную установку классической социологии, ограничивающую формулировкой всеобщих правил и оставляющую без внимания способности, посредством которых они “живут” в мыслях и действиях конкретных людей, А. Сикурел⁶⁵³ обращает внимание на тот факт, что сами по себе правила, функционирующие в обществе в виде ценностей и норм, не содержат сведений о том, как их использовать на практике и как их применять в конкретном случае. Ситуационная детерминация значений означает необходимость исследования интерпретативных процедур как способов приписывания intersubjectивных значений. Нормативные правила сами по себе не содержат инструкций по приписыванию значений окружающим объектам и событиям. Поэтому, “чтобы решить проблему формулирования всеобщих правил в определенном контексте, - пишет А. Сикурел, - я использую понятие интерпретативных процедур как инвариантных свойств или принципов, которые позволяют приписывать значение субъективным правилам, называемым социальными нормами”⁶⁵⁴. Психологический когнитивный процесс недостаточен для генерирования смысла социальной структуры. Он не раскрывает, как формулируются отдельные социально структурированные образы событий и объектов на основе более общих правил и норм, т.е. не исследует ситуативный базис значений. Усвоение же норм сходно с усвоением языка: и то, и другое предполагает умение интерпретировать. Ребенок должен учиться артикулировать норму вместе с отдельным случаем их употребления. Не существует внешнего правила, говорящего ребенку (или взрослому) какая именно артикуляция должна быть сделана. «Члены общества, - утверждает А. Сикурел, - должны усвоить знание того, как приписывать значение их окружению, так чтобы внешние правила могли быть артикулированы на отдельные случаи»⁶⁵⁵. Память нельзя отсечь от понимания: “в запоминающейся системе записывается не материал нашего опыта, а смысл этого материала. Люди стараются не столько запомнить, сколько понять”⁶⁵⁶. Так как в повседневной жизни преобладает прагматиче-

⁶⁴⁹ Ван Хук М. Право как коммуникация / пер с англ. М.В. Антонов и А.В. Поляков. СПб., 2012. С. 35

⁶⁵⁰ Смирнова Н.Н. От социальной метафизики к феноменологии “естественной установки” (феноменологические мотивы в современном социальном познании). М., 1997. С. 85.

⁶⁵¹ Сильвермен Д. Анализ традиционной социологии. Предварительные замечания // Новые направления в социологической теории. М., 1978. С. 35.

⁶⁵² Natanson A. Anonymity: A Study in the Philosophy of Alfred Schutz. Bloomington, 1986. С. 66.

⁶⁵³ Cicourel A. Cognitive Sociology. Language and Meaning in Social Interaction. Penguin, 1973.

⁶⁵⁴ Idid. P. 85.

⁶⁵⁵ Idid. P. 51.

⁶⁵⁶ Линдсей П., Норман Д., Переработка информации у человека. М., 1974. С. 414.

ский мотив, важное место в социальном запасе знания занимает знание рецептов, т.е. знание, сводящиеся к практической компетенции в обыденных делах⁶⁵⁷. Определенный запас необходимых правовых знаний имеется у каждого индивида. Однако, как уже говорилось выше, с точки зрения феноменологии право - это, по сути дела, объективированная субъективность, т.е. выраженные во вне субъективные представления о праве. Следовательно, на первый взгляд кажется, что феноменологи сводят право только к индивидуальным, интересубъективным значениям, которые придают ему люди. Но это далеко не так, поскольку человек, по справедливому замечанию Аристотеля “животное полисное”, иначе говоря, “животное социальное”, и поэтому свои поступки он должен соотносить с определенными требованиями, предъявляемыми к ним обществом. В данной работе мы рассмотрим механизм формирования правовых норм, их воспроизводства в процессе институализации через призму социологической феноменологии.

Процесс конструирования правовых норм включает в себя несколько стадий. Первая из них - это стадия экстернализации, т.е. внешнего проявления человеческой активности. Все правовые нормы создаются людьми и ими же воспроизводятся в повседневной жизни, посредством их реализации. Экстернализация может проявляться в виде традиций и инноваций⁶⁵⁸. Индивид столкнувшийся с любой ситуацией, обусловленной поведением другого или правовой нормой, и требующей адекватной реакции с его стороны, оказывается, как бы в точке бифуркации⁶⁵⁹. Он может решить поставленную перед ним задачу, действуя, опираясь на свой предшествующий опыт. В этом случае имеет место экстернализация в виде традиции. В новой же для себя ситуации, индивид осуществляет экстернализацию в форме инновации, то есть придает ей новое интересубъективное значение. В случае достижения субъектом желательного или хотя бы приемлемого результата происходит хабиитуализация.

Всякая человеческая деятельность подвергается хабиитуализации (т.е. опривычиванию). Любое действие, которое часто повторяется, становится образцом, в последствии оно может воспроизведено с экономией усилий и *ipso facto* осознано как образец его исполнителем. Кроме того, хабиитуализация означает, что рассматриваемое действие может быть снова совершен в будущем тем же самым образом и с тем же практическим усилием⁶⁶⁰. Важным психологическим последствием хабиитуализации оказывается уменьшение различных выборов, хотя в теории могут существовать сотни вариантов поведения, остается лишь один. Таким образом, после хабиитуализации появляется возможность осуществления экстернали-

зация осуществляется в форме традиции. «Это, - по мнению П. Бергера и Т. Лукмана, освобождает индивида от бремени “всех этих решений”, принося психологическое облегчение, основанием которого является ненаправленная инстинктуальная структура человека. Хабиитуализация предусматривает направление и специализацию деятельности, которых недостает биологическому аппарату человека, ослабляя тем самым аккумуляцию напряжений, как следствие ненаправленных влечений. И, предусматривая стабильную основу протекания человеческой деятельности с минимумом затрат на принятие решений в течении большей части времени, хабиитуализация освобождает энергию для принятия решений в тех случаях, когда это действительно необходимо. Другими словами, задний план опривыченной деятельности предоставляет возможности переднему плану для рассуждений и инноваций»⁶⁶¹.

Следующим этапом после того как индивид придал интересубъективное значение правовой норме нередко происходит хабиитуализация. Этим объясняется толкование в «свернутом» виде правовых норм, т.е. без длинной цепи рассуждений квалифицированными юристами⁶⁶². Так, например, Гарфинкель, изучив «юридический разум», утверждает, что само содержание решения фактически уже существует прежде, чем решение принимается. Затем происходит процедура, заключающаяся в ретроспективном определении этого решения. В реальности это означает, что у принимающих решение не имелось представления об условиях, которые определяли верное решение, пока оно не было принято. Таким образом, они уже потом определяли, что делает решение правильным. Они изучали процесс в обратном порядке, обдумывали сделанное и определяли, “почему” решение оказалось именно таким. Как ни парадоксально профессиональная деятельность состояла первоначально не в принятии рационального решения на основе профессиональных навыков, а в легитимации задним числом своего решения при помощи профессиональных навыков⁶⁶³.

Важное место в процессе правотворчества занимает селекция - отбор из нескольких вариантов возможного поведения кого-то одного. Первичная селекция, может осуществляться индивидом в процессе коммуникаций, при этом не носит абсолютно случайный характер, поскольку обусловлена целым комплексом социальных факторов, не всегда им осознаваемых. Выбор того или иного варианта поведения во многом предопределен миром повседневности субъекта, теми социально-культурными ценностями, полученными им в процессе социализации. Вместе с тем отобранный и «опривыченный» стандарт индивидуального поведения не может считаться правовой нормой. Для того, чтобы результат селекции приобрел социальную значимость, необходимо участие в отборе политической и

⁶⁵⁷ Бергер. П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995. С.72.

⁶⁵⁸ Честнов И.Л. “Природа и этапы развития государственности” / Правоведение. № 3. 1998. С. 5.

⁶⁵⁹ См. подробнее о значении термина “бифуркация” в работе Ласло Э. Век бифуркации. Постигание изменяющегося мира // Путь. № 7. 1995.

⁶⁶⁰ Бергер. П., Лукман Т. Указ. соч. С. 89-90

⁶⁶¹ Там же, С 90-91.

⁶⁶² Церданцев А.Ф. Вопросы толкования советского права: Учебное пособие. Свердловск, 1979. С. 30.

⁶⁶³ Garfinkel G. Some rules of correct decisions that juris respect / In : Studies in Ethnomethodology.

юридической элиты общества. Элита может задействовать в процессе селекции различных экспертов, может ориентироваться на референтные группы, которые даже могут сформировать образец поведения, в последствии может стать правовой нормой⁶⁶⁴. Может элита конечно ориентироваться и на собственное правосознание, собственные представления о социальной справедливости. Например, сконструированные Верховным судом США отдельные юридических нормы (право на аборт) «одновременно оказывались далеки от чаяния тех, кто писал и утверждал Конституцию, и расходились с взглядами демократического большинства отдельных штатов, а порой и страны в целом»⁶⁶⁵

Результаты селекции фиксируются во внешних формах и приобретают собственную жизнь и историю. Данную стадию обычно именуют объективацией, иона позволяет сделать результат человеческой деятельности всеобщим достоянием благодаря отчуждению от автора. Особый и очень важный случай объективации представляет собой процесс обозначения (сигнификации), т.е. сознание человеком знаков. Знак отличается от других объективаций своей явной интенцией быть показателем субъективных значений⁶⁶⁶. Особенность объективации результатов толкования правовых норм заключается в том, что они находят свое выражение именно в сигнификации.

Следующий важный момент в процессе толкования правовых норм можно назвать седиментацией.

Лишь небольшая часть человеческого опыта сохраняется в сознании. И тот опыт, который сохраняется в нем, становится осажженным (седиментированным), то есть застывшим в памяти в качестве незабываемой и признанной сущности. До тех пор, пока не произошло такой седиментации, индивид не может придать смысл своей биографии. Интерсубъективная седиментация также происходит в том случае, когда несколько индивидов объединяет общая биография, а их опыт соединяется в общий запас знания. Интерсубъективную седиментацию можно назвать социальной, лишь когда она объективирована в знаковой системе, прежде всего в лингвистической, т.е. когда возникает возможность повторных объективаций общего опыта. Именно тогда возникает возможность передачи опыта. Объективно доступная знаковая система придает статус зарождающейся анонимности осажженному опыту, благодаря его отделению от первоначального контекста индивидуальных биографий, делая их общедоступными для всех, кто владеет или сможет овладеть рассматриваемой знаковой системой⁶⁶⁷. Отличие седиментации от хабиитуализации заключается в том, что в отличие от последней, седиментация - результат коллективного опыта.

⁶⁶⁴ Честнов И.Л. Постклассическая диалогическая онтология права // Постклассическая онтология права / под ред. И.Л. Честнова. СПб.: Алетей. 2016. С. 120.

⁶⁶⁵ Позер Р.А. Рубежи теории права. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2017. С. 13.

⁶⁶⁶ Бергер П., Лукман Т. Указ. соч. С. 62.

⁶⁶⁷ Там же. С. 113.

Возможен и еще один тип объективации в форме реификации. Реификация - это восприятие человеческих феноменов в качестве вещей, т.е. в нечеловеческих, и, возможно в сверхчеловеческих терминах. Это восприятие человеческой деятельности как чего-то совершенно от этого отличного, вроде природных явлений, следствий космических законов или проявления божественной воли⁶⁶⁸. Главный рецепт реификации институтов - наделение их онтологическим статусом, независимым от человеческой деятельности и сигнификации⁶⁶⁹.

В результате экстернализации, селекции и объективации формируется смысловое значение придаваемое той или иной правовой норме. Однако процесс будет не полным, если мы упустим из внимания стадию легитимации. Ведь только благодаря легитимации отобранный вариант поведения закрепляется в общественном сознании, становится широкопризнанным, нормативным и общеобязательным и только после этого становится возможным его трансляция и социальное наследование.

Вместе с тем, легитимация объективированных норм вызывает до сих пор остается в центре научных дискуссий. М. ван Хук определил, что круг критериев, используемых для проверки легитимности результатов правотворчества, зависит от происхождения, от процедуры или содержания правил. Относительно происхождения правил обсуждаются вопросы компетенции субъекта правотворчества, относительно процедуры – соблюдены ли они субъектами, согласуются ли с фундаментальными принципами, относительно содержания – связано ли отобранное правило с господствующими ценностями, согласуется с доминирующей в обществе идеологией⁶⁷⁰.

М. ван Хук считает, что легитимация – это социальный конструкт не только в том смысле, что общество определяет критерии легитимации права, но и потому, что позиция большинства общества будет точкой опоры для признания закона в противовес несогласным с этим, индивидам. Приемлемость или полная неприемлемость чего-либо для каждого субъекта детерминирована социально. Традиция и культура во многом определяют убеждения, ожидания индивидов и в конечном счете, что считать легитимным⁶⁷¹.

Легитимация сопряжена в современном мультикультурном, сегментарном обществе сопряжена с насилием, которое, впрочем может носить исключительно «символический» характер и выражаться в «навязывании» стандартов поведения доминирующих социальных групп, например через идеологию, СМИ.

⁶⁶⁸ Там же. С. 146.

⁶⁶⁹ Там же. С. 148.

⁶⁷⁰ Ван Хук М. Указ. соч. С. 267-268.

⁶⁷¹ Там же С. 268-269.

§ 16. Актуальные тенденции развития правотворчества в условиях современных информационных технологий⁶⁷²

Современный мир вступил в фазу развития, которую можно с полным правом назвать даже не информационным, а гиперинформационным обществом. Практически все сферы политической, экономической, социальной, культурной реальности получают виртуальный сегмент, а некоторые все больше перемещаются в сеть. Не стала исключением и правовая реальность, которая на различных ее «этажах» живо откликается на развитие современных технологий. Правовая наука призвана в сложившихся условиях осмысливать данное явление, а также прогнозировать перспективы с учетом как возможных преимуществ, так и рисков тенденций цифровизации.

Например, Т.Я. Хабриева и Н.Н. Черногор отмечают, что «на современном этапе развития «юридической техники» отражения формально-юридических источников права в виртуальном (цифровом) пространстве формирует: 1) новые, более совершенные способы систематизации нормативных правовых актов, которые следует брать на вооружение субъектам правотворчества в целях оптимизации своей деятельности; 2) стереотипы более глубокого и объемного понимания системных связей между различными формально-юридическими источниками права (нормативными правовыми актами, судебными решениями и др.); 3) новый образ отдельных формально-юридических источников права, например Конституции»⁶⁷³.

Даже в первом приближении очевидно, что современные информационные технологии сегодня применяются на всех стадиях и этапах правотворчества, все больше охватывая не только его форму, но и содержание, качественно влияя и видоизменяя привычные алгоритмы взаимодействия участников правотворческого процесса.

Уже на стадии разработки законопроекта активно применяются подобные технологии. И это не ограничивается использованием текстовых редакторов, баз данных и электронного документооборота внутри аппарата государственного органа – разработчика законопроекта, а также между различными органами государственной власти в процессе его согласования.

Прежде всего, стоит отметить, что сама идея законопроекта может родиться в сети «Интернет», например, при помощи ресурса «Российская общественная инициатива». Указ Президента РФ от 4 марта 2013 г. № 183 «О рассмотрении общественных инициатив, направленных гражданами Российской Федерации с ис-

пользованием интернет-ресурса «Российская общественная инициатива»⁶⁷⁴ установил Правила рассмотрения таких общественных инициатив, согласно которым «Общественными инициативами считаются предложения граждан Российской Федерации (далее – граждане) по вопросам социально-экономического развития страны, совершенствования государственного и муниципального управления, направленные с использованием интернет-ресурса «Российская общественная инициатива» (далее – интернет-ресурс) и отвечающие установленным настоящими Правилами требованиям». Пункт 19 Правил предусмотрел, что «Общественная инициатива, получившая в ходе голосования необходимую поддержку, направляется в электронном виде уполномоченной некоммерческой организацией в экспертную рабочую группу соответствующего уровня (федерального, регионального или муниципального) для проведения экспертизы и принятия решения о целесообразности разработки проекта соответствующего нормативного правового акта и (или) об иных мерах по реализации данной инициативы. Информация о направлении общественной инициативы в экспертную рабочую группу соответствующего уровня и принятых ею решениях размещается на интернет-ресурсе».

Практика размещения подобных инициатив на официальном портале «Российская общественная инициатива» показывает, что многие инициативы связаны непосредственно с законотворчеством и необходимостью принять те или иные нормативные правовые акты или изменения в них. Например, по состоянию на 10 ноября 2018 года размещены такие инициативы, как «Расширение закона о рекламе: обязательный общественный договор и рента в пользу жителей», «Ввести целевой налог «На содержание детей в детских домах», «Налог для богатых граждан России под названием «На здоровье российской нации», «Создание и законодательное закрепление цифрового механизма общественного согласования региональными органами исполнительной власти и органами местного самоуправления дискреционных расходов бюджета»⁶⁷⁵ и т.д.

Далее, наиболее значимые законопроекты, особенно проекты федеральных законов, имеющих значительный общественный резонанс, нередко вывешиваются в сети для широкого народного обсуждения с созданием электронной площадки по сбору мнений и предложений граждан, как это было, например, с проектом ныне действующего Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»⁶⁷⁶, который размещался на официальном Интернет-сайте Министерства образования и науки Российской Федерации для сбора отзывов на него широкой аудиторией.

Немаловажно также, что согласно нормам законодательства законопроекты не просто *могут*, но *должны* вывешиваться на официальном Интернет-сайте госу-

⁶⁷² Исследование выполнено А.А. Головиной при поддержке гранта РФФИ № 18-29-16219 мк.

⁶⁷³ Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 100.

⁶⁷⁴ Собрание законодательства РФ. 11.03.2013. № 10. Ст. 1019.

⁶⁷⁵ См. официальный Интернет-портал «Российская общественная инициатива»: <https://www.roi.ru/>.

⁶⁷⁶ Российская газета от 31 декабря 2012. № 303.

дарственного органа-разработчика для проведения независимой антикоррупционной экспертизы. А именно, согласно пункту 5 Правил проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов (утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. № 96)⁶⁷⁷, «в целях обеспечения возможности проведения независимой антикоррупционной экспертизы проектов федеральных законов, проектов указов Президента Российской Федерации, проектов постановлений Правительства Российской Федерации федеральные органы исполнительной власти, иные государственные органы и организации - разработчики проектов нормативных правовых актов в течение рабочего дня, соответствующего дню направления указанных проектов на согласование в государственные органы и организации в соответствии с пунктом 57 Регламента Правительства, размещают эти проекты на сайте regulation.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», созданном для размещения информации о подготовке федеральными органами исполнительной власти проектов нормативных правовых актов и результатах их общественного обсуждения, с указанием дат начала и окончания приема заключений по результатам независимой антикоррупционной экспертизы».

На последующем этапе жизни законопроекта после его внесения в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации он помещается в, пожалуй, наиболее обширную и подробную электронную базу данных законопроектов в стране. Ранее она называлась «Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности» (АСОЗД), ныне же – «Система обеспечения законодательной деятельности» (СОЗД). К ней имеют широкий доступ все желающие, поскольку он возможен непосредственно с официального Интернет-сайта Государственной Думы либо на отдельном портале⁶⁷⁸.

Эта система предоставляет следующие сведения о законопроекте: текст законопроекта, пояснительной записки и финансово-экономического обоснования к нему и др. (пакет документов при внесении в целом); состав инициаторов законопроекта; результаты рассмотрения законопроекта профильным комитетом ГД РФ, включая заключение ответственного комитета; даты всех этапов движения законопроекта внутри Аппарата ГД РФ; результаты рассмотрения в первом, втором, третьем чтении законопроекта и т.д.

Внутреннее движение законопроекта между различными комитетами и иными структурными подразделениями Аппарата Государственной Думы также осуществляется при помощи электронного документооборота, при этом широко используется электронная цифровая подпись. Таким образом, созданы все предпосылки для того, чтобы в будущем вообще отказаться от бумажной формы законопроекта и для того, чтобы все его существование и «курсирование» между этажа-

ми государственного здания происходило исключительно «в цифре», без воплощения на бумажных носителях вообще.

Голосование по законопроектам в Государственной Думе также осуществляется в электронной форме, а не, скажем, поднятием рук или криком, как это было в законодательных органах древности. В частности, в Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, утвержденном постановлением Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 22 января 1998 года № 2134-II ГД⁶⁷⁹, установлен ряд важных норм, связанных с электронным голосованием. В частности, предусмотрено, что голосование на заседании Государственной Думы осуществляется с использованием электронной системы подсчета голосов или без использования указанной электронной системы. Карточки для голосования выдаются группой по техническому обслуживанию электронной системы по предъявлении удостоверения депутата Государственной Думы. При утере карточки для голосования новая карточка выдается депутату группой по техническому обслуживанию электронной системы по его письменному заявлению. При этом Регламент предусматривает своеобразный страховочный механизм, согласно которому в ходе голосования с использованием электронной системы до высвечивания его итогов на экране председательствующий выясняет, присутствуют ли в зале депутаты без карточек для голосования, и, если таковые есть, предлагает им устно выразить свое отношение к вопросу, поставленному на голосование. Устные заявления депутатов заносятся в протокол и учитываются при подведении итогов голосования.

Важным элементом создания электронного образа нормативного правового акта является его опубликование в сети «Интернет», которое все больше заменяет собой традиционные и довольно неудобные печатные источники опубликования.

В 2011 году наглядным выражением развития информационных технологий в правотворчестве стало внесение в Федеральный закон от 14 июня 1994 г. № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания»⁶⁸⁰ изменений, которыми к перечню печатных источников официального опубликования («Российская газета», «Парламентская газета», «Собрание законодательства Российской Федерации») добавлен электронный источник опубликования⁶⁸¹. А именно, статья 9¹ данного Федерального закона установила, что «Официальный интернет-портал правовой информации» (www.pravo.gov.ru) является сетевым изданием и входит в государственную систему правовой информации, функционирование ко-

⁶⁷⁹ См. текст документа, размещенный на Интернет-сайте // <http://duma.gov.ru/duma/about/regulations/>.

⁶⁸⁰ Российская газета от 15 июня 1994 г.

⁶⁸¹ См.: Федеральный закон от 21 октября 2011 г. № 289-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» // Российская газета. № 238. 24.10.2011.

⁶⁷⁷ Российская газета от 5 марта 2010 г. № 46.

⁶⁷⁸ См. официальный Интернет-сайт: <http://sozd.parliament.gov.ru/>.

торой обеспечивает федеральный орган исполнительной власти в области государственной охраны.

Такой способ опубликования имеет много плюсов по сравнению с традиционными – скорость и дешевизна размещения (соответственно, экономия бюджетных средств, что немаловажно), удобство для пользователей, которые не должны больше выписывать печатные газеты и вручную сопоставлять (вклеивать и др.) изменения и первоначальный опубликованный текст т.д. С другой стороны, имеются и подводные камни – в условиях развития современных технологий ведения «кибервойн» поражение подобных официальных ресурсов вирусами или повреждение техники, на которой хранятся базы данных, способно нанести существенный ущерб национальной безопасности в ее правовом измерении, фактически поставив под угрозу стабильность функционирования всей государственной машины и многих управленческих процессов. В связи с этим особое внимание должно уделяться как контролю за безопасностью в данной сфере, так и созданием дублирующих баз данных правовой информации в печатной форме. Таким образом, с уверенностью можно сказать, что бумажные архивы нормативных правовых актов – необходимая данность, от которых государство не будет отказываться в сколько-нибудь обозримой исторической перспективе.

На опубликовании и вступлении в силу федерального закона не заканчивается «виртуальная жизнь» нормативного правового акта. Как известно, одной из форм систематизации нормативных правовых актов является их учет. Как показывает практика, как официальный, так и неофициальный учет в данной сфере также давно уже осуществляется в электронной форме (хотя и не исключительно в ней). Однако именно к электронным справочным правовым системам («КонсультантПлюс», «Гарант», «Кодекс» и т.д.) обращаются не только обычные граждане и организации, но и сами государственные органы в своей повседневной работе.

Однако это ставит перед нами ряд вопросов. Прежде всего о том, насколько такая неофициальная электронная форма нормативного правового акта соответствует оригиналу. На практике возникали случаи расхождения между официальным текстом и текстом, имеющимся в такой справочной правовой системе. В этом плане интересен опыт системы «Гарант», в которой помещены не только электронные тексты нормативных правовых актов, но и отсканированные pdf-образы, снятые с официальных текстов опубликования, в которые система не может случайным образом внести ошибку.

В справочных правовых системах ошибки в электронном образе документа могут возникать не только по существу, но и по форме отображения правовой информации. Эти ошибки могут быть вызваны объективными закономерностями отображения текстов в такой системе, программными ограничениями. Например, в справочной правовой системе «КонсультантПлюс», как показывает практика, существуют определенные проблемы с отображением так называемо-

го «верхнего регистра символов». В связи с этим, в частности, номера статей или частей статей, в которые вносились изменения, обозначаются неправильно. Скажем, не «статья 12¹», а «статья 12.1», т.е. через точку. Однако способ обозначения с точкой применяется только в подзаконных нормативных правовых актах. В законодательных актах всегда используется верхний индекс, что легко проверить, если обратиться к печатным версиям изданий этих законов в официальных источниках опубликования.

Еще одна часто встречающаяся в таких частных справочных правовых системах ошибка – когда в номерах законов Российской Федерации, принятых до Конституции Российской Федерации 1993 года, вместо римской цифры «I» программа ставит арабскую «1», что также является ошибкой. Например, римская цифра должна использоваться в номерах таких законодательных актов, как Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. Верховным Советом Российской Федерации 11.02.1993 № 4462-1)⁶⁸², Основы законодательства Российской Федерации о культуре (утв. Верховным Советом Российской Федерации 09.10.1992 № 3612-1)⁶⁸³, Закон Российской Федерации от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации»⁶⁸⁴ и др.

Как показывает практика, даже сотрудники аппаратов государственных органов, которые непосредственно осуществляют разработку законопроектов (особенно в исполнительных органах государственной власти) нередко в текстах законопроектов, поступающих на правовую экспертизу в Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, применяют такое ошибочное оформление через точку или соответственно арабскую цифру, что говорит о том, что в своей повседневной практике они пользуются именно коммерческими справочными правовыми системами, а не официальными источниками опубликования нормативных правовых актов.

Немаловажно также то, что по сути сегодня отсутствует удобная, широко распространенная официальная государственная справочная правовая система, которая могла бы конкурировать с популярными коммерческими. Действующая государственная информационно-правовая система «Законодательство России»⁶⁸⁵ по популярности значительно уступает негосударственным аналогам.

То, что даже сами государственные органы предпочитают пользоваться не государственными, а коммерческими справочными правовыми системами – важный сигнал. Насколько это соответствует задачам обеспечения национальной правовой безопасности? Что будет, если по каким-то причинам такие коммерческие организации прекратят свое существование или своевременное обновление баз

⁶⁸² Российская газета от 13 марта 1993. № 49.

⁶⁸³ Российская газета от 17 ноября 1992. № 248.

⁶⁸⁴ Российская газета от 08 февраля 1992. № 32.

⁶⁸⁵ См.: http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?start_search&fattrib=1.

данных? Не говоря уже о каких-либо неполадках, которые могут вызвать ошибки в этих базах данных? По сути, речь идет о потенциальных угрозах правовому суверенитету государства, которые необходимо предвидеть и заранее разрабатывать пути предотвращения.

Представляется, что перспективным путем решения данных проблем могло бы стать развитие механизма государственно-частного партнерства, при котором подобные правовые системы развивались бы не просто с участием государства, но и с возможностью контроля над корректностью отображаемой в них правовой информации. При этом государство использовало бы уже десятилетиями, фактически, наработанный опыт ведущих коммерческих организаций в области создания данных систем, вместо того чтобы в очередной раз пытаться «изобрести велосипед», который заведомо окажется менее удобным для езды на нем.

В завершении хотелось бы поставить на обсуждение немаловажный вопрос – учитывая все сказанное, можем ли мы сегодня говорить о том, что появился особый вид нормативного правового акта – электронный нормативный правовой акт?

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации в течение 30 лет занимается разработкой проблемы подготовки «закона о законах»⁶⁸⁶, главная цель которого — «достижение единства и непротиворечивости законодательного процесса, выстраивание нормативных правовых актов в единую систему, обеспечение их иерархии и согласованности, повышение юридико-технического качества принимаемых законов»⁶⁸⁷.

Следует иметь в виду, что подобные законы на сегодняшний день уже приняты не только в таких государствах, как Китайская Народная Республика, Япония, Болгария или Венгрия, но и в большинстве стран постсоветского пространства, а именно в Республике Казахстан, Республике Беларусь, Республике Узбекистан, Республике Армения, Туркменистане, Киргизской Республике, Республике Таджикистан, Азербайджанской Республике.

В недавно разработанном обновленном варианте соответствующего законопроекта, который обсуждался в Институте, автор настоящей статьи, входивший в рабочую группу по разработке законопроекта, предложил следующую формули-

686 См., например: Казмин И.Ф., Поленина С.В. «Закон о законах»: проблемы издания и содержания // Советское государство и право. 1989. № 12; Тихомиров Ю.А., Рахманина Т.Н., Хабибуллин А.Г. Закон о нормативных правовых актах - актуальная повестка дня // Журнал российского права. 2006. № 5; Концепция законопроекта «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» // Журнал российского права. 2012. № 8; О проекте Федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» // Журнал российского права. 2013. № 3; Проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» (инициативный законопроект). М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2013.

687 Научные концепции развития российского законодательства: Монография. 7-е изд. Доп. И перераб. / С.Е. Нарышкин, Т.Я. Хабриева, А.И. Абрамова и др.; отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М.: ИД Юриспруденция, 2015. С. 75.

ровку определения электронного нормативного правового акта: «электронный нормативный правовой акт – правовой акт, принятый и опубликованный с использованием современных электронных технологий в соответствии с компетенцией уполномоченного правотворческого органа».

Вместе с тем, необходимо иметь в виду, что электронная форма не оказывает принципиального влияния на содержание такого нормативного правового акта. По сути, речь идет о закономерном совершенствовании технологий внешнего отображения правовой информации, которое человечество осуществляет на протяжении всех веков своей правовой истории, от Законов XII таблиц и папирусных свитков до современных компьютерных баз данных.

Намного серьезнее последствия такой трансформации для общественного правосознания. Сегодня мы имеем беспрецедентные возможности для доступа к любой правовой информации самого широкого спектра. Таким образом, созданы формальные основания для того, чтобы правовое воспитание, правосознания, уровень знания права и доверия к праву вышли на совершенно новый уровень.

На практике же это далеко не всегда происходит, поскольку одновременно с формой права серьезным образом трансформируется и его содержание. Современное право все больше становится технократическим, при этом нередко происходит отчуждение гражданина, пытающегося путем обыденного толкования понять закон, от самого закона. Чувствующий свое бессилие человек все более склонен доверять толкование законов профессионалам, что приводит к элитарности, корпоративности правовых знаний, снижению общего уровня правовой культуры населения.

Таким образом, на практике, к сожалению, формирование сетевого государства и сетевого права, о котором сегодня уже заявляют многие ученые⁶⁸⁸ оборачивается не только облегчением доступа граждан к праву, но и одновременным разновекторным процессом отчуждения от права. Следовательно, задача и правовой науки, и законодателя – способствовать максимально нивелированию данного процесса с тем, чтобы совершенствовать юридическую технику законодательства и создавать такие законы, которые при развитии внешней формы имели бы гармоничное, качественное, доступное для обыденного толкования гражданами содержание.

688 См. например: Голоскоков Л.В. Теория сетевого права. СПб, 2006; См также: Голоскоков Л.В. О перспективах развития «сетевого права» в России // Правоведение. 2006. № 3. С. 218-229 и др.

§ 17. Аксиологическое изменение законоотворчества в связи с реализацией его субъектами специальных публичных статусов гражданина

В современных условиях развития науки, который отличается в принципе непреодолимым плюрализмом научных направлений и подходов, соответствующее своему значению может, думается, занять и аксиологический подход.

Правовая аксиология, в основе которой располагается стремление обосновать ценность права как социально-нормативного феномена, регулирующего общественные отношения на основе ценностей, является одним из научных направлений аксиологии (от греч. *axia* – ценность, и *logos* – наука) – философского учения о происхождении, природе и сущности жизненных ценностей. В этом значении правовая аксиология своими корнями уходит в философию. Ключевым понятием в рамках аксиологии является «ценность», т. е. значимость какого-либо явления или объекта окружающего мира, утвердившаяся в сознании человека (в самом широком смысле). В рамках аксиологии ценности исследуются как смыслообразующие основания человеческого бытия, задающие мотивированность и направленность его деятельности⁶⁸⁹.

На основе научных разработок в области правовой аксиологии сформировался аксиологический (ценностный) подход к анализу сущности права, правовых явлений и процессов в обществе. Аксиологическое направление в исследованиях позволяет рассматривать право, прежде всего, как регулятор общественных отношений, основанный на определенной системе ценностей – благо, как то, к чему следует стремиться, чтобы реализовать свои интересы!

По мнению, например, С. С. Алексеева, социальная ценность права выражается одновременно в системном единстве пяти показателей. А именно: (1) с помощью права обеспечивается всеобщий устойчивый порядок в общественных отношениях; (2) благодаря праву достигается определенность, точность в самом содержании общественных отношений; (3) право обеспечивает возможность активных действий человека (гражданина); (4) в цивилизованном обществе право обеспечивает оптимальное сочетание свободы и справедливости; (5) на основе права формируются институты гражданского общества и правового государства⁶⁹⁰.

Следуя установке о ценности права как его способности быть средством для удовлетворения справедливых, прогрессивных интересов общества и отдельной личности, исследователи (А.В. Малько и Н.И. Матузов) обращают внимание на то, что ценность права выражается в его способности выступать

средством: (а) регулирования общественных отношений (придает действиям людей согласованность, упорядоченность, уверенность); (б) защиты существующего общественного строя (устанавливает меры юридической ответственности за общественно опасные и вредные деяния); (в) обновления общества, фактором его прогресса (содействует развитию тех социальных связей, в которых заинтересовано общество); (г) решения глобальных проблем современности (экологических и т.п.); (д) определения меры свободы личности в обществе (фиксирует масштабы, границы свободы); (е) утверждения нравственных начал в общественной жизни (право является инструментом воспитания населения и формирования цивилизованной правовой культуры).

Принимая во внимание изложенное, можно согласиться с тем, что «схватывание» смыслов понятия «социальная ценность права» состоит в постижении и дальнейшей интерпретации исключительно позитивной роли права для личности гражданина и государственно организованного общества.

Но только ценностями (системой ценностей) аксиологический методологический подход в исследованиях правовых явлений, разумеется, не ограничивается. В.П. Малахов, например, расширяет перечень базовых категорий аксиологического подхода за счет: (А) понятий, отражающих ценностное отношение к действительности (признание, оценка, интерес, целесообразность, идеал, и др.); (В) понятий, идейно насыщенных (свобода, справедливость, ответственность, права человека, равенство, правда и др.)⁶⁹¹.

Попутно отметим, что аксиология как самостоятельная среди различных методологий в исследовании проблем общеправовой теории и философско-правовых исследований возникает постольку, поскольку в научном дискурсе происходит размежевание понятий «государственно-правовое бытие (онтология)», т.е. реальность, и «ценность» как объект разнообразных человеческих желаний и устремлений (аксиология). По-другому: факт выбора, факт оценки явлений и состояний, всегда присутствующий в социально-правовой практике, возможен только благодаря Человеку и отношениям между людьми. Поскольку только сфера человеческих отношений есть та среда, где возможны ценности, создаваемые свободной волей и действиями. «Именно и только человек способен вносить оценивающий смысл в природу, которая посредством человека как бы осмысливает самую себя; природа, взятая сама по себе, автономно, без человека лишена смысла и каких-либо оценок»⁶⁹².

⁶⁹¹ Малахов В. П. Методологическое мышление в познании и понимании права. М.: ЮНИТИ, 2018. С.77-78.

⁶⁹² См.: Гаджиев Г.А. Договор как общеправовая ценность [сайт] // Режим доступа: http://www.izak.ru/img_content/pdf/doklad-gadgiev.pdf / (дата обращения: 26.10.2018); Малахов В. П. Общая теория государства и права. К проблеме правопонимания: учебное пособие. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2013.С.39; Философия права. Курс лекций в 2-х томах / под ред. М. Н. Марченко. М.: Проспект, 2011. Т.1. С. 302.

⁶⁸⁹ Мальков Б. Н. Основы философии права: курс лекций. М.: Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России), 2005. С. 20, 300 и далее.

⁶⁹⁰ Мальков Б. Н. Основы философии права: курс лекций. М.: Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России), 2005. С.307-308.

Право – значимая составляющая регулятивной системы общества – обретает смысл только тогда, когда оно и ценности, лежащие в его основе, выступают мотивами актов правомерной активности граждан, поскольку для того, чтобы действовать и воплощать в обществе свой регулятивно-ценностный потенциал, право не имеет собственной витальной энергии. Поэтому правовые ценности следует рассматривать в контексте теории мотивов правомерного поведения субъекта – Человека (гражданина).

Несмотря на наличие фундаментальных ценностей, правонациональная система ценностей является оригинальной, так как отображает в своем содержании особенности исторического и социокультурного развития общества⁶⁹³. В своих поступках индивидуальный субъект права воспроизводит (репродуцирует) те нормы, ценности, стереотипы и традиции, которые уже созданы и одобрены предшествующими поколениями, существуют в обществе на протяжении его исторического развития. Это означает, что коллективное бессознательное (национальный правовой менталитет) оказывает существенное воздействие (влияние) на поведение личности. Поскольку об этом автор подробно высказался в ряде своих работ⁶⁹⁴, постольку останавливаться подробно на этом сюжете полагаю излишним, тем не менее, отметим следующий момент.

Взаимодействуя с другими членами общества и агентами государственной власти, человек (гражданин) «перенимает» коллективные (национальные) ценности, анализирует их и на основании своих представлений и умозаключений, полученных в результате опыта в публично-правовой и социальной сферах, способен самостоятельно создать и закрепить в сознании свою персональную систему ценностей. В дальнейшем человек (гражданин) будет воспринимать и оценивать правовую действительность через призму социально-политических, экономических и культурных условий жизни общества и ценностей, которые повлияли на его правосознание, т.е. ценности будут служить критерием оценки (правомерно или неправомерно) правовых явлений, например правомерного поведения (как своего, так и окружающих).

Законотворчество как особая разновидность правотворчества – процесса создания формального источника права и в силу этого значимый сегмент государственно-правовой жизни общества – остается объектом теоретической юриспруденции

⁶⁹³ Об этом сюжете темы подробнее см.: Ромашов Р. А. Правовая культура и правовой нигилизм: юридико-психологические аспекты восприятия и выражения // Право: нормативность и девиантность. СПб.: АЛЕТЕЙЯ, 2018. С.88-139.

⁶⁹⁴ Крупеня Е.М. Гражданское общество, государство, публично-правовая активность личности гражданина: соотношение понятий и явлений: коллективная монография под общей редакцией А.Г. Чернявского. М.: РУСАЙНС, 2017, С. 5-32; Она же. Субъект статусного публичного права: некоторые проблемные вопросы в рамках постклассических правовых исследований // Классическая и постклассическая методология юридической науки: сборник научных трудов по материалам Международной научной конференции 28-29 апреля 2017 г., Минск. Академия МВД Республики Беларусь. С. 132-139.

денции и в современный период развития общества и государства. Освоение законотворчества средствами теоретико-правовой науки современности (постмодерна) продиктовано, прежде всего, проблемами практического свойства. К их числу следует отнести, например, сложные, а потому не имеющие однозначного и быстрого решения вопросы, оказывающие, тем не менее, существенное влияние на состояние законодательства в системе национального права сегодня.

Обратимся к тем факторам, которые помогают обосновать значимость теоретико-правовой разработки законотворчества и связанных с ним государственно-правовых явлений и процессов в научном плане.

Истина из разряда школьных: законотворчество имеет принципиальное, а не второстепенное значение для любого государственно организованного социума современности. И все же стоит подчеркнуть, что особенно оно значимо для правовой жизни тех обществ и государств, которые традиционно входят в систему континентального европейского права. В государствах романогерманской правовой семьи, к числу которых относится и России, ценность законотворчества обусловлена тем, что оно является деятельностью, которая предшествует появлению доминирующего источника права – нормативного правового акта в форме закона (конституция, кодекс и др.). Широко известно и стало общим местом в науке, что в государствах континентальной Европы и тех политических союзов, которые связаны с ней правовой традицией, закон занимает соответствующее своему значению место среди иных формальных источников права⁶⁹⁵.

В условиях все более глобализирующегося мира, который, тем не менее, объективно «сдерживается» сформировавшейся тенденцией к глокализации, проблема законотворчества как разновидности правотворческой деятельности социального субъекта права, которая не только предшествует появлению законов, но и направлена на их гармонизацию с иными источниками права, в том числе и международного права все больше актуализируется⁶⁹⁶.

Приведем и еще один пример – он из области публично-правовой практики, сложившейся в национальном правопорядке современной России. Данные, при-

⁶⁹⁵ См.: Дробышевский С.А., Данцева Т.Н. Формальные источники права. М., «Норма», 2011; Разуваев Н.В. Источники современного права Российской Федерации // Разуваев Н.В., Черноков А.Э., Честнов И.Л. Источники права: классическая и постклассическая парадигмы. СПб., 2011. С.103-113; Честнов И.Л. Классическое определение источника права // Разуваев Н.В., Черноков А.Э., Честнов И.Л. СПб., 2011. С. 127-130.

⁶⁹⁶ В этом плане значительный научный потенциал сохраняет исследование А.Ю. Гарашко, посвященное среди прочего исследованию системных свойств источников права реализовано на методологическом фундаменте сравнительного правоведения и международного права. В рамках страноведческого подхода автору удалось определить место источников международного права в общей системе источников национального российского права, описать системные свойства источников правовых семей европейского типа. В дополнение к этому социально-культурологический анализ позволил ей оценить перспективы имплементации в национальную правовую систему России источников права других правовых семей (См. подробнее: Гарашко А.Ю. Особенности системных свойств источников права. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. М., 2013. С. 95-108; С. 108-127; С. 127-139).

веденные в одном из последних социологических исследований Левада-центра (18-24 октября 2018), показывают следующее: На вопрос « Вы в целом одобряете или не одобряете деятельность Государственной Думы федерального Собрания Российской Федерации» положительно ответили 36% респондентов, а отрицательные оценки дали 62%, принявших участие в опросе⁶⁹⁷.

Эмпирические данные и национального, и международного, и межгосударственного порядка детерминируют обращение к теории вопроса с целью найти и предложить адекватные с позиции науки решения актуальных задач современного социума.

В общетеоретической науке законотворчество интерпретируется по-разному. В узком, собственном значении этого понятия, законотворчество большинством представителей сообщества права и экспертов в области отраслевых дисциплина (конституционного права) понимается как телеологическая, т.е. нацеленная на издание закона *деятельность* (здесь и далее курсив мой. – Е.К.) специального субъекта. Таким субъектом, чаще всего, называется само государство – доминирующий субъект власти и социального управления, которое действует в социальном пространстве, вступая в конкретные правоотношения посредством специальных органов и должностных лиц. С такой интерпретацией правотворчества соглашается, в частности, Р. А. Ромашов⁶⁹⁸.

На разные стороны сложной, обуславливающей принятие, изменение и систематизацию законодательства (например, в форме кодификации) деятельности специального субъекта традиционно обращают внимание эксперты в области теоретико-правового анализа.

Так, А.С. Пиголкин отмечал, что закон, как и любой нормативно-правовой акт «рождается» в результате «специальной, имеющей официальное значение государственной *деятельности* по установлению правового регулирования»⁶⁹⁹. Соглашается с ним авторитетный исследователь в области общей теории государства и права профессор М.Н. Марченко⁷⁰⁰. Аналогично суждение С.В. Полениной⁷⁰¹. Разделяет такую научно-исследовательскую позицию В.И. Анишина⁷⁰².

Трудно оставить без внимания, а тем более игнорировать тот факт, что в процессе теоретико-правового описания законотворчества между представителями научного цеха утвердилась, как правило, трудно достижимая конвенция. Она

⁶⁹⁷ Подробнее об этом см.: Одобрение институтов власти [Официальный сайт] // Режим доступа: <https://www.levada.ru/2018/10/24/odobrenie-institutov-vlasti-6/> (дата обращения: 25.10.2018).

⁶⁹⁸ Ромашов Р. А. Правовая культура и правовой нигилизм: юридико-психологические аспекты восприятия и выражения // Право: нормативность и девиантность. СПб.: АЛЕТЕЙЯ, 2018. С. 51.

⁶⁹⁹ Проблемы общей теории государства и права / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2002. С. 307.

⁷⁰⁰ Проблемы теории государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. М., 2004. С. 660.

⁷⁰¹ Проблемы теории государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. М., 1999. С. 567.

⁷⁰² Проблемы теории государства и права / Под ред. В.М. Сырых. М.: «Издательство «Эксмо», 2008. С. 291.

оформилась в процессе интерпретации законодательства в рамках **социолого-правовой парадигмы**, конкретизированной в деятельностном подходе.

В процессе теоретико-правовой разработки понятия законотворчества как разновидности правотворчества устанавливаются его признаки, характерные черты. Они помогают не только выявить общее между законотворчеством и иными видами правотворчества, но и определить различия между ними.

В первую очередь, как правило, в качестве характерологической черты, онтологического свойства законотворчества называется субъект, который и будет посредством интеллектуально-мыслительной и духовно-наполненной деятельности в акте творения создавать закон. При этом законодатель (субъект правотворчества) в акте своего творения нормативного правового акта высшей юридической силы, конечно, действует ни как чинитель произвола. Напротив, в процессе сотворения закона пределы его деятельности по созданию нового закона или внесению новелл в существующее законодательство определяются известными стандартами и правилами юридической техники (юридические конструкции, юридические фикции, юридические аксиомы, юридические презумпции, правила изложения правовой нормы в статье закона и др.), которые и помогают выразить правовые смыслы в тексте закона⁷⁰³.

Помимо технико-юридических ограничений имеются и другие факторы, которые устанавливают определенные пределы в законотворчестве. Речь идет о правовых ограничениях процессуального свойства. Законотворчество как деятельность властного субъекта и одновременно субъекта правовой политики регламентирована специальными процедурами и протекает в особых правовых формах, установленных законодательным процессом. Простая мыслительная операция по установлению соотношения содержания понятий «законотворчество» и «юридический процесс» позволяет выявить такие признаки законотворчества как: стадийность, большое количество субъектов и участников с различными и меняющимися статусами, большое количество факультативных юридических актов, оформляющих деятельность субъектов и предвещающих принятие закона, наличие особых процедур и др.

Наряду с телеологическим характером и сложными процессуальными формами деятельности субъекта законотворчества ее характерным признаком является особый результат. А именно «рождение» закона – формального источника права, нормативного правового акта, обладающего высшей юридической силой.

Не станем останавливаться на теории закона, тем более что она хорошо разработана. Перейдем к другой стороне анализа данной темы с целью внимательней

⁷⁰³ См.: Павлов В.И. Правокак техника: к вопросу о техническом характере языка классической общей теории права // Муромские чтения «Язык и логика закона и права». Материалы XIV Международной конференции 17 апреля 2014 г. / Под ред. Н.И. Архиповой и С.В. Тимофеева. М.: РГГУ, 2014. С.21-25.

присмотреться к феномену законотворчества с позиции социолого-деятельностного подхода, который существенно усилен ресурсами аксиологической методологии.

Хорошо известно, что деятельность не бывает бессубъектной. И коль скоро это так, то и исследование законотворчества предполагает введение в анализ субъекта – того, кто продуцирует деятельность по созданию закона, шире – законодательства, а также его систематизации.

В теоретико-правовом дискурсе субъектом создания законодательства зачастую провозглашается либо само государство, либо его агенты – органы государственной власти и индивидуальные субъекты с особым статусом. С целью проиллюстрировать этот, широко известный тезис приведем показательный пример, сославшись при этом на Основной закон РФ. В соответствии с Конституцией РФ субъектом, уполномоченным разрабатывать и принимать законы является Федеральное Собрание РФ. Именно парламент, «является законодательным органом Российской Федерации»⁷⁰⁴.

Принимая во внимание тот факт, что, что Россия является федеративным государством уместно, полагаем, назвать и тех субъектов государственной власти, которые занимаются законотворчеством в пределах ведения субъектов Федерации: законодательные собрания, советы депутатов, думы, законодательная дума, верховные советы, государственное собрание, хурал, парламент и др.⁷⁰⁵

В специальной литературе помимо государства субъектом законодательной деятельности называется и другой субъект, а именно народ. Вопрос о народе как субъекте законотворчества едва ли можно признать решенным окончательно⁷⁰⁶, особенно в той части, которая затрагивает отношения общества и государства в различных типах государственно-правового режима, а также формы выражения воли народа (референдума). Поскольку эта дискуссия не имеет непосредственного отношения к нашей теме, то лишь заметим, подчеркнув следующую мысль. Действительно, в процессе правотворчества государство как доминирующий субъект политической системы обращается к обществу за помощью и поддержкой при решении наиболее значимых для социума вопросов, при определении основ, например, конституционного регулирования. В этом случае государство обязано учитывать мнение большинства общества в процессе социального управления, решения задач как стратегического, так и тактического свойства. В описанной ситуации законотворчество, как очевидно, лишь выносится за рамки самого госу-

⁷⁰⁴ Ст. 94 Конституции РФ 1993.

⁷⁰⁵ См. детально: Список официальных сайтов органов законодательной власти субъектов РФ [Сайт] // Режим доступа: http://www.gsr.ru/ru/zakonorgan_rf/ (дата обращения: 15.10.2018).

⁷⁰⁶ Показательной и более, чем актуальной иллюстрацией служит информация, полученная в ходе социологических замеров. См. подробнее: Референдум о повышении пенсионного возраста [официальный сайт]: Режим доступа: <https://www.levada.ru/2018/09/03/referendum-protiv-povysheniya-pensionnogo-vozrasta/> (дата обращения: 01.10.2018).

дарственного аппарата, но, тем не менее, реализуется при его непосредственном участии. Поэтому стоит все же внимательней присмотреться к субъекту законотворчества с иных методологических позиций.

Представляется, что в процессе осмысления законотворчества определенные перспективы в плане приращения нового знания обретает, во-первых, персонцентристкая (человекоцентристская) исследовательская программа⁷⁰⁷. Наиболее полно она обзревается в контексте социально-антропологического критического⁷⁰⁸ подхода к исследованию государственно-правовой жизни общества, модификацией которого и является. Во-вторых, с учетом изложенного в первой части настоящей работы, аксиологический подход.

Исходным основанием, которое одновременно задаёт вектор и определяет перспективу понимания природы и сущности законотворчества как социально-правового явления, является человек (гражданин). Он предстает во всей полноте своих характеристик, одновременно как родовое существо (правовое существо), наделенное сознанием, обуславливающим правомерную деятельность, и социокультурная переменная величина. В основание социально-антропологической аналитической программы законотворчества, таким образом, положен атомизм, конкретизируемый в личности Человека. Однако этот атомизм едва ли стоит переоценивать, поскольку он сдерживается объективным влиянием со стороны культуры, создаваемой ею политико-институциональной структуры общества, его нормативно-правового комплекса, ценностей и др. И это, во-первых.

Во-вторых, социально-антропологическая программа рационального описания и объяснения феномена законотворчества позволяет обоснованно с научной точки зрения утверждать и отстаивать следующее суждение. А именно: первичным и основным субъектом законотворчества является Человек - гражданин государства, обладающий особым публичным статусом и компетенционной правосубъектностью. Именно от его витальной энергии, состояния правового сознания, творческих способностей принимать новые либо корректировать действующие законы, целеполагания и актов правомерного поведения, благодаря которым реа-

⁷⁰⁷ Подробнее об этом автор ранее высказывался в ряде работ (См., например, Крупеня Е.М. Эвристические ресурсы персонцентристкой программы в исследовании публичной активности гражданина // История государства и права. 2009. № 12. С.43-46; Она же. Политико-правовая активность личности. М., «Университетская книга». 2009. С. 48-64; Она же. Актуальные вопросы научной стратегии в исследовании статусного публичного права // *Научные исследования и образование*. 2015. № 20. С. 239-286; Право публичных статусов гражданина (статусное публичное право): интегративное понимание // Типы правопонимания и вызовы меняющегося мира: Сборник научных статей по результатам Международной научно-практической конференции. Составитель А. А. Дорская. СПб.: Астерион, 2016. С. 150-162; Институт статусного публичного права: онтологические характеристики в контексте гносеологических установок // *Вестник Академии права и управления*. 2017. № 46 (1). С.60-68и др.

⁷⁰⁸ Социальная антропология права современного общества / Под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2006. С.17; Социология публичного права: антрополого-правовая парадигма / Под ред. С.А. Сидоров, И.Л. Честнова. СПб., Издательство РГГУ им. А.И. Герцена. 2009. С. 16-28. и др.

лизуется его специальный публичный статус в рамках организационных структур государства (парламент) поставлена в зависимость законодательная функция государства.

В формате социально-антропологического подхода именно Человек как наиболее массовидный субъект публичных правоотношений, которые возникают в связи с разработкой, принятием, официальным опубликованием и вступлением закона в силу обнаруживает себя в качестве не поддающейся дальнейшему элиминированию субстанциональной основы законодательства. Свойства же Человека быть актором публично-правовой функции государства в процессе законодательного регулирования общественных отношений принимаются за аксиомы в процессе дальнейшей идеализации правовой деятельности законодателя.

Социально-антропологический метод, приложимый к феномену законодательства, позволяет нюансировать научно-теоретические представления об его инструментарии - того, при помощи чего осуществляется транзит права, и оно из области социальной потенциальности, социально-правовой возможности «перемещается» в область реальных публично-правовых связей и отношений, наполняя их гуманистическими ценностями права и прав человека, оформленных в законодательстве. Полагаем, что таким инструментом является публично-правовая активность гражданина как субъекта законодательного процесса.

Очевидно, что эффективность законодательства находится в прямой зависимости от содержания закрепленных законов правовых норм, которые прямо или косвенно преломляют в себе субъективный выбор уполномоченных на правотворчество лиц. Законы отражают понимание людьми общественных закономерностей, их оценку и прогнозы по развитию, личные предпочтения нравственно-этического, религиозного, идеологического характера, а также желания обеспечить проникновение естественного права и прав человека в материю права позитивного. Отсюда становится понятным, что состояние политико-правового сознания субъектов правотворчества, усвоение ими ценностей права и прав человека определяет степень правотворчества законодательства, выступает показателем наличия или отсутствия в законодательстве нравственно-гуманистических начал.

Права человека в процессе правотворческой деятельности выступают в качестве системообразующего элемента, организующего весь процесс создания нормативных правовых актов. Выраженные в форме закона ценности права и прав человека являются доминирующим вектором, обеспечивающим реализацию их ценностей в рамках политического процесса в соответствии с общими началами гуманистического правопонимания. Детерминируя правовой статус личности, ее правовые связи с другими гражданами, обществом, государством на основе пропорционально представленных индивидуальных и коллективных интересов, права человека в массиве нормативного материала создают уравновешенную систему,

способную предотвратить конфронтацию и разобщенность между субъектами политико-правовой жизни.

С сожалением приходится констатировать, что принятие многих законодательных актов нередко обусловлено в большей степени политическими мотивами, а не необходимостью публично-правового свойства. Анализ же только некоторых из них демонстрирует наряду с положительными моментами и ряд серьезных недостатков. Они препятствуют эффективной реализации качественного правового обеспечения социальной жизни, отдельных ее сегментов, реализуемых системных преобразований в обществе. Очевидно, что качество законопроектной работы в Российской Федерации (признание низкого качества законодательной работы наблюдается в самых разных группах населения и самих законодателей, и правоприменителями, и рядовыми гражданами) оставляет желать лучшего.

Поэтому не менее, а скорее более важным аспектом в анализе законодательства является детерминирующая законодательную деятельность субъективная реальность гражданина, состояние его правосознания - основы правовой культуры.

В заключении отметим следующее. Дополняющая социолого-антропологический подход аксиологическая методология позволяет переформатировать традиционную проблематику в отношении законодательства, т.е. осуществить так называемую сложную интеллектуальную деятельность, качественное своеобразие которой (синтетичность, сложность) состоит в контекстуальности исследования⁷⁰⁹ проблемы правотворчества вообще и законодательства, в частности.

Дополняющая социолого-антропологический подход аксиологическая методология актуализирует проблему субъекта⁷¹⁰ законодательства -разновидности правотворчества. Важно подчеркнуть при этом, что речь можно и следует вести не об абстрактном субъекте права с безличным статусом, а о культуросозидающем субъекте, о правовом существе (в терминологии В. П. Малахова), который проявляет себя не столько в акте продуцирования, сколько в акте воспроизведения правовых ценностей и их формального закрепления в законе; проблематизирует вопрос о правовой мотивации субъекта правотворчества в форме законодательства в контексте ценностей права и прав человека и связанный с ним и вопрос о корреляции между ценностями права и прав человека и содержанием закона как источника права.

⁷⁰⁹ Князева Е. Н., Курдюмов С.П. Основания синергетики. Человек, конструирующий себя и свое будущее. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011, 2017. С.173-176.

⁷¹⁰ Пашенцев Д. А. Правосубъектность в современной теории права // Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой и международно-правовой анализ: сборник материалов к XII Ежегодным научным чтениям памяти профессора С. Н. Братуся / В.Ф. Яковлев, Т.Я. Хабриева, В.К. Андреев и др. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; Статут, 2017. С.29-35.

§ 18. Новый закон Республики Беларусь «О нормативных правовых актах» от 17 июля 2018 года: понятие нормативности права и смежных правовых явлений

Введение. 1 февраля 2019 году вступает в силу Закон Республики Беларусь «О нормативных правовых актах» от 17 июля 2018 г. № 130-3 (далее – Закон 2018 года)⁷¹¹. Закон Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» (далее – Закон 2000 года)⁷¹², принятый еще 10 января 2000 года и действовавший в национальной правовой системе 18 лет, утрачивает юридическую силу 31 января 2019 года. Действующий Закон 2000 года стал важным этапом развития отечественной правовой системы: он заложил основы реализации многих доктринальных положений в юридической деятельности и позволил юристам-практикам иметь научный ориентир в легальной форме, сформировал легальные доктринальные позиции по целому ряду элементов правовой системы (система законодательства, классификация и иерархическое строение нормативных правовых актов, нормотворческий процесс, реализация нормативных правовых актов и т.д.).

Вместе с тем на исходе 2000-х гг. в Национальном центре законодательства и правовых исследований Республики Беларусь на основе обобщения практики реализации положений Закона 2000 года государственными органами (организациями), анализа проблемных ситуаций его применения и в целом для повышения уровня и качества правового регулирования началась подготовка нового закона.

Новый Закон 2018 года содержательно является более насыщенным нормативным правовым актом по целому ряду нормативных положений. Он ввел ряд новых доктринальных позиций, конкретизировал и детализировал некоторые ранее неопределенные положения, в нем был учтен положительный опыт работы государственных органов в части совершенствования положений прежнего закона.

Настоящая статья посвящена анализу основных положений Закона 2018 года, прежде всего, связанных с понятиями нормативности права.

Понятие нормативности права. Вопрос нормативности права в традиционной общеправовой теории всегда являлся одним из наиболее значимых, поскольку в зависимости от его решения происходило определение, выбор той или иной концепции правопонимания. Вместе с тем для большинства юристов-практиков вопрос правопонимания не является актуальным. Практикующие юристы работают с массивом действующего законодательства, которое они и воспринимают в качестве права. Для практика поэтому, как правило, характерно нормативистское правопонимание что, однако, не означает отсутствия у него критиче-

ской рефлексии относительно действующих правовых предписаний. В связи с этим, учитывая назначение настоящей статьи, вопрос о нормативности права мы будем исследовать безотносительно проблемы различных концепций правопонимания, поскольку для практикующих юристов актуален нормативистский взгляд на правовую реальность.

В общеправовой теории нормативность права понимается, во-первых, как характеристика особого способа регулирования поведения людей через реализацию общеобязательных правил поведения – норм права, и, во-вторых – как признак нормативного правового акта, отвечающий юридической природе правил, его составляющих. Нормативность правового акта основана на факте установления, изменения либо отмены в акте порядка регулирования общественных отношений посредством правовых предписаний. В целом можно сказать, что признак нормативности правового акта характеризуется 3 обязательными составляющими:

- а) неопределенностью круга лиц, на которых распространяется действие правового акта;
- б) неоднократностью реализации, применения правовых предписаний;
- в) абстрактностью формулировок общеобязательных правил.

Признак, или, свойство нормативности правового акта и дает ему наименование *нормативного* правового акта, а не, например, акта применения права. Нормативный правовой акт является самым распространенным способом правового регулирования в странах континентальной системы права и основным источником права.

Понятие нормы права и ее онтологическая структура. С понятием нормативности права тесно связано понятие нормы права. Следует отметить, что легальная дефиниция нормы права в Законе 2018 года отсутствует, хотя путем систематического толкования ее понятие выводится из легальной дефиниции нормативного правового акта, изложенной в пункте 8 статьи 2. Под *нормой права* понимается общеобязательное правило поведения постоянного или временного характера, рассчитанное на индивидуально не определенный круг лиц и неоднократное применение. В этом определении имеется ввиду наиболее часто встречающаяся в практической юридической деятельности типичная норма права регулятивного или охранительного характера. Вопрос об иных видах правовых норм, о подходах к их классификации, о специфике логической структуры правовых норм в регулятивных и охранительных отраслях права в настоящей статье мы рассматривать не будем.

В юридической науке общеизвестным является учение о логической структуре типичной нормы права (трех- и двухэлементное логическое строение нормы права), – на нем мы также не будем делать акцент. Единственное что следует отметить, что логическая структура правовой нормы, устанавливаемая юристом-практиком в процессе правореализационной деятельности, представляет собой

⁷¹¹ О нормативных правовых актах: Закон Респ. Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-3 // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО "ЮрСпектр", Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2018.

⁷¹² О нормативных правовых актах Республики Беларусь: Закон Респ. Беларусь от 10 февр. 2000 г. № 361-3: (ред. от 02.07.2009) // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО "ЮрСпектр", Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2018.

операцию интеллектуального соотнесения логических элементов общеобязательного правила с текстом закона («если – то – иначе»). То есть юристу в практической деятельности при разрешении юридически значимых ситуаций нужно обнаружить в конкретном применяемом нормативном правовом акте или в нормативном массиве в целом текстуально выраженную формулировку общеобязательного правила поведения, условие его применения, и ответственность за нарушение этого правила.

Однако логическая структура нормы права указывает только на формальную взаимосвязанность и логическое соотнесение ее элементов. Хотя в общей теории права высказывались различные точки зрения относительно структуры правовой нормы, в своем исследовании в рамках антропологического подхода к праву мы предложили *онтологическую структуру* типичного правового предписания⁷¹³. Она отвечает за два ключевых момента, две характеристики, связанные с правовой нормой, которые не охватываются ее логической:

а) способ существования правовой нормы, ее юридического бытия;

б) способ смыслового определения правовой нормы как общеобязательного правила поведения (в его целостности как гипотезы, диспозиции и санкции), установление его границ, их подвижности и т.д.

Иными словами, здесь идет речь не о формально-логических, а об онтологических характеристиках правила поведения. Остановимся на онтологической структуре правовой нормы более подробно.

Для выяснения способа юридического бытия правовой нормы, а также способа ее смыслового определения в онтологической структуре правовой нормы предлагается различать две составляющие нормы права:

- 1) текстуальное значение (часть, элемент) нормы права, и
- 2) смысловое значение (часть, элемент) нормы права.

Текстуальное значение нормы права понимается традиционно юридически как документарное знаковое выражение правила поведения в нормативном правовом акте либо ином источнике права.

Смысловое значение нормы права представляет собой актуализацию знакового выражения нормы права субъектом понимания, которая осуществляется на уровне практики правового существования исходя из личностных свойств субъекта права. Смысловое значение правовой нормы – это ее правовой смысл, включающий в себя все возможные аспекты содержания правового сознания лица (как правило, юриста-практика) относительно текстуальной части нормы права (всех трех ее логических частей – гипотезы, диспозиции, санкции) в ее соотношении с той или иной юридически значимой ситуацией.

Говоря об онтологической структуре правовой нормы важно понимать, что правовой смысл – это понятие, отражающее явления не нормативной, а антропологической правовой реальности. Ведь в юридической практике всегда есть конкретный субъект, лицо, понимающее, реализующее общеобязательное правило поведения, т.е. содержание юридического знака применительно к конкретной жизненной ситуации. Поэтому если текстуальная часть нормы права самодостаточна и отражает лишь нормативный уровень бытия правовой нормы, и, следовательно, существует на уровне нормативной правовой реальности, то смысловая часть нормы права существует на уровне антрополого-правовой реальности через способ понимания юристом текстуальной части нормы права как юридического знака. В процессе понимания лицом правила происходит развертывание правового концепта, в который концентрированно включены идея, ценность конкретной нормы права независимо от того, чем на самом деле руководствуется это лицо, реализующее правовую норму.

Поэтому правовой смысл не есть данность нормативного текста, нормативно-понятийной реальности, он не поддается формализации, а есть юридическое смысловое образование, которое требует от лица, сталкивающегося с нормой, интерпретационной работы.

Выделение текстуального и смыслового элементов нормы права не означает игнорирования традиционного понимания правового смысла как проектного замысла законодателя, выраженного в знаковой форме в тексте нормативного правового акта либо в различных интерпретационных юридических практиках (официальное толкование права и т. д.). Однако применительно к предлагаемой структуре нормы права правовой смысл есть конкретная непосредственная актуальная схема понимания нормы права конкретным лицом, эту норму реализующим в актуальной юридической ситуации. Это хорошо видно на примере квалификационной юридической деятельности, например, в процессе квалификации преступлений.

Конечно, смысл нормы права знаково и проектно кодируется в тексте нормативного правового акта как замысел, «смысл, или, воля законодателя», требующий своей актуализации со стороны интерпретатора, который может модифицировать этот проектный смысл, если это позволяют текстуальные границы нормы права, или даже образовывать новый правовой смысл вне зависимости от них. Однако с точки зрения понимания природы нормативности в праве для юридической деятельности важен тезис о том, что в правовом смыслообразовании задействуется смысл, не только проектно представленный в тексте нормативного правового акта, но и рождающийся на уровне конкретного правового существования лица, эту норму реализующего.

Таким образом, правовое бытие правовой нормы осуществляется на двух уровнях правовой реальности – на уровне нормативной и антрополого-правовой реальностей. Оба этих уровня являются обязательными для признания целостности правовой нормы, хотя для некоторых видов правовых норм могут быть и ис-

⁷¹³ Павлов, В.И. Проблемы теории государства и права : учебное пособие / В.И. Павлов ; учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел Респ. Беларусь». Минск : Академия МВД, 2017. С. 158-163.

ключения (например, неформализованные в нормативных текстах нормы-принципы права). Такой вывод означает – и это весьма актуально для юридической практики – что норма права не тождественна тексту нормативного правового акта, который является лишь частью целостного общеобязательного правила.

Ненормативный правовой акт. Понятие ненормативности. В национальной правовой системе понятие ненормативного правового акта дано в статье 3 Закона 2000 года, имеется оно и в пункте 1 статьи 4 нового Закона 2018 года. Легальная дефиниция ненормативного правового акта в Законе 2018 года основана на общепринятом в правовой теории понятии ненормативности – это отсутствие в акте момента установления, изменения либо отмены правовой нормы. «Ненормативный правовой акт – официальный документ установленной формы, принятый (изданный) нормотворческим органом (должностным лицом) в пределах его компетенции или референдумом с соблюдением предусмотренной законодательством процедуры, который не содержит норм права и в целях применения действующих норм права устанавливает обязательные предписания распорядительного и (или) организационного характера, в том числе в отношении индивидуально определенных лиц (изменяет или прекращает действие этих предписаний) и (или) рассчитан на однократное применение» (пункт 1 статьи 4 Закона 2018 года).

В пункте 2 этой же статьи дополнительно указаны еще и конкретные виды ненормативных правовых актов. Не будем останавливаться на анализе этого перечня. Для нас важно, что последний абзац содержит формулировку, указывающую на незакрытый, неопределенный характер перечня «иные правовые акты, обладающие признаками, указанными в пункте 1 настоящей статьи».

Отдельный вопрос с данным перечнем представляет абзац 3 пункта 2 статьи, в котором к ненормативным правовым актам относятся, в том числе, «программы, стратегии, концепции». На упомянутом выше семинаре юристы-практики поставили вопрос о правомерности отнесения законодателем такого вида правового акта как концепции к ненормативному правовому акту, ведь в системе законодательства действуют концепции, обладающие свойством нормативности, т.е. содержащие общеобязательные правовые предписания (например, Концепция национальной безопасности Республики Беларусь, утвержденная Указом Президента Республики Беларусь № 575 от 09.11.2010 г.).

Более тщательный анализ данных концепций показывает, что в основном это правовые акты нетипичного характера. В них заинтересованный государственный орган выражает программные намерения по совершенствованию той или иной сферы правового регулирования и непосредственных типичных правовых норм они, как правило, не содержат. Но главное что все они являются утверждаемыми актами. Несмотря на то, что концепция как утверждаемый акт не указана в пункте 1 статьи 21 Закона 2018 года («Основные виды утверждаемых нормативных правовых актов»), тем не менее, она всегда утверждается нормативным правовым ак-

том. В связи с этим можно высказать гипотезу о том, что как уже действующие в национальной системе законодательства, так и вновь принятые концепции все же могут быть нормативными правовыми актами вопреки позиции Закона 2018 года. Тем более что пункт 2 статьи 21 Закона 2018 года допускает наличие и иных (помимо непосредственно указанных в пункте) утверждаемых нормативных правовых актов в случае если это предусмотрено законодательными актами.

Таким образом, относительно концепции в новом Законе 2018 года, видимо, есть правовая неопределенность, выражающаяся в том, что пункт 1 статьи 21 и пункт 2 статьи 4 в части концепций нуждаются в согласовании. Несмотря на то, что большинство концепций являются актами конкретно-программного характера, тем не менее, будучи утвержденными законодательными актами, в концепциях могут формулироваться не только нормы-принципы, нормы-декларации, но и иные, в том числе и типичные правила поведения, направленные на совершенствование той или иной сферы правового регулирования.

Правовая природа актов высших судебных органов: нормативность и официальное толкование. Отдельный и традиционный для общеправовой теории вопрос представляет проблема определения правовой природы актов высших судебных органов в национальной правовой системе. В связи с этим интересно отметить, что в новом Законе 2018 года, в отличие от Закона 2001 года, законодатель вообще не определил правовую природу актов Конституционного Суда Республики Беларусь. В качестве аргумента можно было бы сослаться на пункт 2 статьи 1 Закона, исключая акты Конституционного Суда Республики Беларусь из сферы действия Закона 2018 года. Однако акты Верховного Суда Республики Беларусь также исключены из сферы его действия, но при этом Постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь (далее – ППВС) в пункте 2 статьи 17 напрямую отнесены к нормативным правовым актам.

Насчет Постановлений Пленума Верховного Суда Республики Беларусь, равно как и в целом насчет актов высших судебных инстанций, осуществляющих правосудие, в правовой науке нет общепринятой позиции. В Кодексе о судостроительстве и статусе судей Республики Беларусь речь идет только о разъяснениях и нет положений о том, что ППВС являются нормативными. Часть 1 статьи 58 Кодекса указывает на полномочие Пленума давать в порядке судебного толкования разъяснения по вопросам применения законодательства⁷¹⁴. О нормативной функции ППВС ничего не сказано.

Большинство ученых-теоретиков склоняется к тому, что подобного рода акты не являются нормативными, а выделяются в самостоятельную группу интер-

⁷¹⁴ О судостроительстве и статусе судей: Кодекс Республики Беларусь от 29.06.2006 № 139-3 (ред. от 17.07.2018) // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО "ЮрСпектр", Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2018.

претационных актов, или, актов толкования. Это нисколько не умаляет значимость данных актов в правовой системе, не устраняет их общеобязательность, но точно указывает на их юридические свойства и функции в правовой системе. В ППВС, как правило, не формулируются общеобязательные правила поведения (нормы права) – в нем осуществляется официальное нормативное или казуальное толкование, которое является обязательным для практиков. Формулирование общеобязательных правил в ППВС в процессе нормативного толкования является редким случаем, исключением подтверждающим правило. Причем и природа сформулированной нормы права будет иметь достаточно специфический характер⁷¹⁵. Вместе с тем пункт 3 статьи 69 Закона 2018 года определяет, что при официальном толковании нормативного правового акта (ППВС как правило толкует положения кодифицированных актов) не допускаются изменения содержания его нормативных предписаний.

Возможно, было бы целесообразно (что на определенном этапе в рабочей группе по подготовке Закона 2018 года и предлагалось) дифференцировать все ППВС на акты нормативного и ненормативного характера и создать каталог, свод ППВС как актов, содержащий нормы права (своего род аналог свода судебных прецедентов в системах общего права), однако это предложение оказалось нереализованным.

Конечно, в Законе 2018 года в легальной дефиниции нормативного правового акта имеется достаточно радикальная новация по сравнению с легальной дефиницией НПА Закона 2001 года (хотя, правда, эта новация путем толкования выводится из понятия нормотворческой деятельности и в Законе 2000 года). В пункте 8 статьи 2 Закона 2018 года указано, что в качестве признака НПА является не только установление, изменение и прекращение действия норм права, но и *их официальное толкование*. Пункт 1 статьи 69 подтверждает это намерение законодателя, определяя, что официальное толкование осуществляется путем принятия (издания) нормативного правового акта.

Иными словами, здесь проявляется особенность национальной правовой системы: два различных по своему существу вида юридической деятельности – нормотворчество и официальное толкование, – законодатель объединяет в один. Официальное толкование включено в нормотворчество и рассматривается законодателем только в его контексте. С позиции юридической доктрины это вряд ли целесообразно, поскольку речь идет о смешении формы и юридического содержания правового акта. Одно дело, когда речь идет о результатах официального толкования, которые действительно нередко выражаются в форме нормативного правового

го акта. Другое дело – эта сама суть юридической деятельности, в одном случае по установлению, изменению либо отмене общеобязательных правил поведения, в другом – по их официальному толкованию. Задача нормативного правового акта – определить новый порядок нормативного правового регулирования, задача официального толкования – раскрыть смысл правового предписания как общеобязательный.

Локальные правовые акты. Одной из проблем как в юридической науке, так и в юридической практике является определение правовой природы локальных правовых актов.

Пункт 1 статьи 5 содержит легальную дефиницию локального правового акта (по тексту Закона 2018 года он именуется локальным актом). Это: 1) установление обязательных правил поведения; 2) сфера регулирования этих правил – организация внутренней деятельности нормотворческого органа, издавшего локальный акт, а также его территориальных органов и подчиненных ему организаций.

Кроме того законодатель в части второй этого же пункта 1 статьи 5 дополнительно конкретизирует юридические свойства локальных актов. Так, указывает, что он 3) распространяет действие исключительно на работников данного органа, а также на тех лиц, которые попадают в сферу внутренней организации деятельности органа (проходят временную службу, иным образом становятся причастными и т.д.) 4) предусматривает локальные порядки деятельности (создание и деятельность комиссий, структурных подразделений и т.д.).

Следует сначала сказать о самом термине. Является ли локальный правовой акт нормативным и почему законодатель не называет его локальным нормативным правовым актом? Локальный правовой акт обладает свойством нормативности, однако эта нормативность как установление, изменение или отмена правил поведения носит ограниченный характер. Она отличается от нормативности базового, типичного нормативного правового акта, составляющего законодательство (статья 3 Закона 2018 года), поскольку содержащиеся в локальном акте правила имеют ограниченное распространение, следовательно, они не являются общеобязательными. Именно на этом основании локальные акты не включаются в систему законодательства Республики Беларусь (статья 3 Закона 2018 года). На этом основании в локальном акте не должны формулироваться общеобязательные правила поведения. Законодатель прямо указывает на это в части 3 пункта 1 статьи 5 Закона 2018 года: «...действие локальных актов не должно затрагивать права, свободы и обязанности иных граждан и юридических лиц».

Закключение. Таким образом, подводя итог рассмотрению вопросов нормативности и связанных с нею правовых явлений, следует отметить в целом позитивное значение появления в национальной правовой системе нового Закона 2018 года. В Республике Беларусь как ни в одной постсоветской правовой системе так детально не регламентированы вопросы нормотворческой деятельности, не лега-

⁷¹⁵ Павлов, В.И. Судебное правотворчество в контексте теории интерпретации и антропологической концепции права / В.И. Павлов, Н.М. Дубрава // Ежегодник Нижегородской академии МВД России «Юридическая техника». 2014. №8. Ч. 2 («Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника»). С. 553–560.

лизованы многие доктринальные юридические понятия и процедуры. Вместе с тем даже самый детальный закон в сфере нормотворчества не способен решить вопросов аналитического характера, которые юристам-практикам придётся решать в процессе своей деятельности. Можно даже сказать, что новый Закон 2018 года достиг предела в степени нормативной регламентации вопросов нормотворчества, – в остальном дело за качественной юридической практикой. И в этом отношении следует отметить, что в качестве положительной тенденции на практике следует рассматривать сужение ненормативного правового регулирования. Правовое государство должно функционировать на банальном принципе законности и ориентации на четкие юридические правила, содержащиеся в нормативных правовых актах.

ГЛАВА III

ПРАВОВЫЕ ЦЕННОСТИ И ОСОБЕННОСТИ ОТРАСЛЕВОГО ПРАВООБРАЗОВАНИЯ

§ 1. Общественное обсуждение проекта нормативного правового акта как условие обеспечения эффективности правотворчества

Эффективность и качество нормативных правовых актов предопределяются должным уровнем их проработанности на всех стадиях правотворческого процесса, то есть напрямую зависят от эффективности правотворческих процедур⁷¹⁶. В связи с этим имеет важное значение всестороннее и комплексное изучение различных аспектов правотворчества с учетом стратегических задач и потребностей российского государства и общества на современном этапе.

Изучение эффективности в праве в российской юридической доктрине имеет многолетнюю историю. Об эффективности правового регулирования, правовых норм, законодательства, воздействия права на общественные отношения и т.д. писали С.С. Алексеев, Г.З. Анашкин, Н.А. Беляев, А.Б. Венгеров, Д.А. Керимов, Ф.Т. Кузнецов, Б.М. Лазарев, М.П. Лебедев, В.М. Манохин, В.И. Никитинский, Е.А. Павлодский, А.С. Пашков, И.Л. Петрухин, М.И. Пискотин, П.Е. Подымов, Н.Г. Салищева, И.С. Самощенко, О.В. Смирнов, Д.М. Чечот, М.Д. Шаргородский, И.В. Шмаров, Л.С. Явич и др.⁷¹⁷. В последние годы наблюдается возрождение интереса к теме эффективности в праве, которая затрагивается в работах Е.С. Аничкина, И.Д. Бадамшина, А.Р. Бахтизина, Е.М. Бухвальда, Н.С. Волковой, А.Н. Газетова, М.Е. Глазковой, А.Б. Дроновой, В.П. Емельянцева, С.М. Зырянова, О.А. Иванюк, А.Г. Коцоева, В.Ю. Лукьяновой, С.Б. Нанбы, И.В. Плюгиной, Н.А. Поветкиной, Н.В. Путило, В.И. Радченко, Ю.А. Тихомирова, Т.Я. Хабриевой, Н.И. Хлуденевой, А.М. Цирина, А.С. Черепашкина, Г.Т. Чернобеля, Н.Н. Черногора, И.И. Шувалова, Ю.И. Щуплецов и др.⁷¹⁸. Кроме того, ведутся исследования качества закона⁷¹⁹.

⁷¹⁶ Актуальные проблемы правотворчества: учебное пособие / Н.Н. Черногор, М.В. Залоило. М., 2018. С. 34.

⁷¹⁷ См., например: Лебедев М.П. Об эффективности воздействия социалистического права на общественные отношения // Советское государство и право. 1963. № 1; Пашков А.С., Чечот Д.М. Эффективность правового регулирования и методы ее выявления // Советское государство и право. 1965. № 8; Самощенко И.С., Никитинский В.И. О понятии эффективности правовых норм // Ученые записки ВНИИСЗ. 1969. Вып. 18; Пашков А.С., Явич Л.С. Эффективность действия правовой нормы (к методологии и методике социологического исследования) // Советское государство и право. 1970. № 3; Самощенко И.С., Никитинский В.И., Венгеров А.Б. Об основах методологии и методики изучения эффективности действия правовых норм // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 25. М., 1971; Эффективность правовых норм. М., 1980.

⁷¹⁸ См., например: Радченко В.И., Иванюк О.А., Плюгина И.В., Цирин А.М., Чернобель Г.Т. Практические аспекты прогнозирования законодательства и эффективности применения прогнозируемых норм // Журнал российского права. 2008. № 8; Хабриева Т.Я. Современные юридические технологии в теории и практике правотворчества и правоприменения // Эффективность законодательства и со-

Известны различные подходы к определению эффективности в праве: отождествление с обоснованностью и целесообразностью правовых норм; результативность действия права; оптимальное достижение целей, поставленных в процессе создания правового акта, с позиций снижения затратности правотворческого процесса; соотношение между социально значимыми целями правового акта и фактическими результатами его реализации⁷²⁰. Последний подход получил наибольшее распространение.

Повышению эффективности правотворческого процесса и созданию «качественных» правовых норм способствует, помимо прочего, институт общественного обсуждения проектов нормативных правовых актов, служащий, к тому же, одним из индикаторов развития в стране гражданского общества.

По справедливому утверждению В.Е. Чиркина относительно всенародного обсуждения конституций, всенародное обсуждение проекта имеет большое значение для цели легитимации власти, поскольку «внедряет в сознание населения сопричастность в подготовке основного закона, убеждает, что устанавливаемый конституцией порядок отражает его волю»⁷²¹.

Общественное обсуждение проектов нормативных актов и значимых вопросов не является новеллой современного законодательства, оно имело место еще в дореволюционной России (обсуждение проекта «Основных положений преобразования судебной части в России» в 1862 г.⁷²²), во времена существования СССР (всенародное обсуждение проектов Конституции СССР 1936 и 1977 гг.)⁷²³. В конце 1980-х годов в СССР и РСФСР были приняты законодательные акты, содержа-

временные юридические технологии. М., 2009; Эффективность законодательства в экономической сфере / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2010; Глазкова М.Е., Нанба С.Б. Оценка эффективности действия нормативных правовых актов: современные подходы // Журнал российского права. 2011. № 9; Эффективность законодательства: вопросы теории и практика / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, В.П. Емельянцева. М., 2015.

⁷¹⁹См., Качество закона и эффективность законодательства. М., 1993; Парамонов А.Р. Технико-юридическое качество законодательных актов: теоретические и прикладные аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000; Сырых Е.В. Общие критерии качества закона: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001; Иванов А.А. Качество законов и деятельность арбитражных судов // Журнал российского права. 2005. № 4; Картухин В.Ю. Технико-юридическое качество законов субъектов Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005; Воробьева С.А. Качество закона и его роль в обеспечении прав человека (теоретико-правовой аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2014; Червонюк В.И. Качество закона: современная концепция и проблемы демократизации // Юридическая техника. 2014. № 8; Залоило М.В. Проблемы обеспечения качества закона // Журнал российского права. 2017. № 1; и др.

⁷²⁰Правовой мониторинг: актуальные проблемы теории и практики / под ред. Н.Н. Черногора. М., 2010. С. 8–19.

⁷²¹Чиркин В.Е. Легализация и легитимация государственной власти // Государство и право. 1995. № 8. С. 69.

⁷²²См.: Илюхин А.В. Общественное обсуждение законопроектов в России (на примере законодательного процесса в отношении суда присяжных): историко-правовой аспект // История государства и права. 2012. № 5. С. 11–14.

⁷²³Хохлова Е.А. Общественное обсуждение законопроектов и важных вопросов государственной и/или общественной жизни: конституционно-правовое регулирование и практика применения // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 4. С. 47–59 // СПС КонсультантПлюс.

щие регулирование всенародного обсуждения важных вопросов государственной жизни⁷²⁴. В 2010 году масштабный резонанс вызвало общественное обсуждение проектов федеральных законов «О полиции» и «Об образовании Российской Федерации».

Общественное обсуждение проектов нормативных правовых актов на федеральном уровне осуществляется на основе:

Указа Президента Российской Федерации № 167 «Об общественном обсуждении проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов»⁷²⁵;

Правил раскрытия федеральными органами исполнительной власти информации о подготовке проектов нормативных правовых актов и результатах их общественного обсуждения, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 25 августа 2012 г. № 851⁷²⁶ (далее – Правила).

Возможность вынесения Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации принятого в первом чтении проекта федерального закона на всенародное обсуждение предусмотрена пунктом 6 статьи 119 Регламента Государственной Думы⁷²⁷. Однако данной возможностью Государственная Дума пока не пользовалась.

Законодательство субъектов Российской Федерации в рассматриваемой сфере опережает федеральное⁷²⁸. Основы общественного обсуждения проектов нормативных правовых актов в ряде субъектов заложены в конституциях и уставах (Республика Татарстан, Вологодская область и др.), а специальное регулирование общественного обсуждения проектов региональных законов или проектов любых региональных нормативных правовых актов содержится в одноименных законах субъектов Российской Федерации (Республики Башкортостан, Коми, Архангельская, Вологодская области и др.).

Наряду с общественным обсуждением проектов нормативных правовых актов в законодательстве присутствует также общественное обсуждение как одна из форм общественного контроля⁷²⁹, но объектом последнего выступают не проекты

⁷²⁴Закон СССР от 30 июня 1987 г. «О всенародном обсуждении важных вопросов государственной жизни» // Ведомости Верховного Совета СССР. 1987. № 26. Ст. 387; Закон РСФСР от 20 апреля 1988 г. «О народном обсуждении важных вопросов государственной жизни» // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1988. № 17. Ст. 540.

⁷²⁵СЗРФ. 2011. № 7. Ст. 939.

⁷²⁶СЗРФ. 2012. № 36. Ст. 4902.

⁷²⁷Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 22 января 1998 г. № 2134-II ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 801.

⁷²⁸Липчанская М.А. Общественное обсуждение законопроектов как форма участия граждан Российской Федерации в управлении делами государства // Правовая политика и правовая жизнь. 2011. № 2. С. 17.

⁷²⁹Федеральный закон от 21 июля 2014 г. № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» // URL: Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 22.07.2014.

нормативных правовых актов, а общественно значимые вопросы, проекты решений органов государственной власти и местного самоуправления и пр. Кроме того, различается круг субъектов этих двух видов общественного обсуждения: в общественном обсуждении проектов нормативных правовых актов принимает участие все население страны, тогда как субъектами общественного обсуждения как формы общественного контроля выступают общественные палаты и общественные советы при органах власти⁷³⁰, а также представители различных профессиональных и социальных групп, в том числе лица, права и законные интересы которых затрагивает или может затронуть решение, проект которого выносится на общественное обсуждение⁷³¹.

Законодательно урегулирована общественная экспертиза, объектом которой может являться проект нормативного правового акта⁷³². Общественную экспертизу также следует отграничивать от общественного обсуждения проекта нормативного правового акта, прежде всего в силу их различной природы: если первая является одной из форм общественного контроля, то второе выступает институтом непосредственной демократии; субъектами первой являются общественные эксперты, отобранные организатором общественной экспертизы с соблюдением определенных правил, тогда как субъектами второго выступают все граждане.

Существование названных процедур дополнительно гарантирует учет мнения общественности, защиту прав и законных интересов всех слоев населения, в большей степени способствует диалогу гражданского общества и государства, обеспечивает большую эффективность проектируемого правового регулирования. Вместе с тем нельзя не признать некую неопределенность, сложившуюся в результате употребления понятия «общественное обсуждение» одновременно применительно к форме непосредственной демократии и к форме общественного контроля, когда объект общественного обсуждения в этих двух случаях не совпадает. В связи с этим надлежит четко разграничивать два этих института, а также институт общественной экспертизы.

Также полагаем, что процедура общественного обсуждения проекта нормативного правового акта должна найти отражение в давно назревшем к принятию Федеральном законе «О нормативных правовых актах в Российской Федерации»⁷³³ как обязательный этап правотворческого процесса. При этом в указанном Федеральном законе должно быть оговорено, что его положения не затрагивают проведение общественного обсуждения как формы общественного контроля в соответ-

ствии с Федеральным законом «Об основах общественного контроля в Российской Федерации». Целесообразна также конкретизация норм Федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» в положениях специального Федерального закона «Об общественном обсуждении проекта нормативного правового акта в Российской Федерации».

В настоящее время на федеральном уровне сфера проведения общественного обсуждения ограничена проектами нормативных правовых актов, подготовленными федеральными органами исполнительной власти (включая законопроекты, которые будут вноситься в Государственную Думу Правительством Российской Федерации, проекты постановлений Правительства Российской Федерации, проекты нормативных правовых актов самих федеральных органов исполнительной власти), проектами федеральных конституционных и федеральных законов в сфере социально-экономического развития России, подготовленными федеральными органами государственной власти. Кроме того, Правила предусматривают определенные исключения, когда общественное обсуждение некоторых проектов нормативных правовых актов не проводится. Вместе с тем, целям развития гражданского общества, повышению уровня правосознания и правовой культуры граждан будет способствовать расширение сферы общественного обсуждения, его распространение на все проекты нормативных правовых актов.

В литературе отмечается незначительная популярность процедуры общественного обсуждения проектов нормативных правовых актов у населения⁷³⁴, что связывается с недостаточным уровнем правовой культуры, «цифровым неравенством» населения, несовершенной рубрикой специально созданного интернет-портала regulation.gov.ru, отсутствием должного информирования граждан о готовящихся проектах.

Решению обозначенной проблемы и преодолению названных трудностей будут способствовать:

во-первых, создание четкой системы планирования правотворческой деятельности на федеральном уровне, действующей во всех органах государственной власти и предусматривающей разработку как текущих, так и перспективных планов⁷³⁵;

во-вторых, широкое обнародование планов правотворческой деятельности в средствах массовой информации, на интернет-сайтах федеральных органов государственной власти и т.п.;

⁷³⁰ См. ст. 9 Федерального закона «Об основах общественного контроля в Российской Федерации».

⁷³¹ См. ст. 24 Федерального закона «Об основах общественного контроля в Российской Федерации».

⁷³² См. ст. 22 Федерального закона «Об основах общественного контроля в Российской Федерации».

⁷³³ См., например: Проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» (инициативный законопроект) / Хабриева Т.Я., Тихомиров Ю.А., Власенко Н.А. и др. М., 2013; Научные концепции развития российского законодательства: монография. 7-е изд., доп. и перераб. / отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров. М., 2015. С. 75–86.

⁷³⁴ Дзидзоев Р.М., Тамаев А.М. Общественное (публичное) обсуждение проектов законодательных и иных нормативных правовых актов в формате открытого правительства // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 8. С. 66–70 // СПС КонсультантПлюс.

⁷³⁵ См.: Абрамова А.И. Актуальные проблемы планирования законодательной деятельности // Журнал российского права. 2012. № 3. С. 42; Залоило М.В. Стратегическое планирование в обеспечении эффективности правотворчества // Журнал российского права. 2018. № 4. С. 49–51.

в-третьих, преодоление «цифрового неравенства», что связывается с реализацией Программы «Цифровая экономика Российской Федерации»⁷³⁶ и цифровизацией права⁷³⁷;

в-четвертых, надлежащее информирование населения о сущности, порядке, сроках общественного обсуждения проекта нормативного правового акта, особенно в случаях разработки важных, затрагивающих интересы всех граждан законопроектов;

в-пятых, усовершенствование рубрикации на интернет-портале regulation.gov.ru, например, выделение рубрик, посвященных разным видам проектируемых нормативных правовых актов (законопроекты, проекты нормативных правовых актов Президента РФ, проекты нормативных правовых актов Правительства РФ, проекты нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, которые также надлежит расположить по рубрикам в зависимости от вида соответствующего министерства и ведомства), разграничение проектов по сферам регулирования и т.д.;

в-шестых, устранение формального характера общественного обсуждения, в частности, путем закрепления обязанности органов-разработчиков соответствующего проекта нормативного правового акта по аргументированному ответу на поступившие замечания со стороны населения.

§ 2. Участие общества в принятии правотворческих решений (на примере анализа правового регулирования общественной экспертизы в правотворческой деятельности)

Развитие гражданского общества требует повышения степени участия граждан в управлении государством⁷³⁸. Одной из форм такого участия и влияния населения на управленческие решения является общественный контроль, осуществляемый в различных формах и, в частности, в форме общественной экспертизы проектов актов.

Отдаление государства от институтов гражданского общества влечет самые негативные последствия, что может выражаться в ослаблении самого государства,

⁷³⁶ Утверждена распоряжением Правительства Российской Федерации от 28 июля 2017 г. № 1632-р.

URL: Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 03.08.2017.

⁷³⁷ См.: Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 9. С. 5–16; Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85–102; Залоило М.В., Шулятьев И.А. Право в условиях цифровой реальности (обзор XIII Международной школы-практикума молодых ученых-юристов) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 4. С. 171–187.

⁷³⁸ См.: Тихомиров Ю.А. Гражданское общество в фокусе права // Журнал российского права. 2013. № 10. С. 35–45.

повлечь вмешательство внешних сил во внутренние дела страны⁷³⁹. Использование общественной экспертизы в правотворческой деятельности способствует повышению эффективности этой деятельности, открытости и прозрачности системы государственного и муниципального управления⁷⁴⁰, созданию оптимальных условий для реализации гражданами их прав и законных интересов, снижению уровня правового нигилизма и, наоборот, повышению уровня правовой культуры населения, установлению доверия граждан к государству и его органам, предупреждению социальных, в том числе юридических, конфликтов⁷⁴¹.

В условиях постепенного формирования в стране открытого правительства, расширения диалога между обществом и властью, новаций законодательства в области общественного контроля исследования института общественной экспертизы проектов нормативных правовых актов приобретают особую актуальность и своевременность.

Институт общественной экспертизы проектов актов является относительно новым для российского законодательства. К законодательным источникам ее регулирования на федеральном уровне относятся Закон об основах общественного контроля⁷⁴² и Закон об Общественной палате⁷⁴³.

В субъектах Российской Федерации федеральные правовые нормы об общественном контроле и, в частности, об общественной экспертизе проектов региональных нормативных правовых актов конкретизированы в принятых относительно недавно законах об общественном контроле⁷⁴⁴, об общественной палате соответствующего субъекта Российской Федерации⁷⁴⁵, об общественной экспертизе проектов законов⁷⁴⁶.

Общественная экспертиза согласно Закону об основах общественного контроля представляет собой анализ и оценку проектов нормативных правовых актов,

⁷³⁹ Хабриева Т.Я. Социальный контроль и противодействие коррупции // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 4. С. 6.

⁷⁴⁰ См.: Макарова О.В. Общественный контроль за соблюдением открытости информации о деятельности публичной власти // Журнал российского права. 2017. № 7. С. 54–62.

⁷⁴¹ См.: Юридический конфликт / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2017. С. 136–151.

⁷⁴² Федеральный закон от 21 июля 2014 г. № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» // СЗРФ. 2014. № 30. Ст. 4213.

⁷⁴³ Федеральный закон от 4 апреля 2005 г. № 32-ФЗ «Об Общественной палате Российской Федерации» // СЗРФ. 2005. № 15. Ст. 1277.

⁷⁴⁴ См., например: Закон Липецкой области от 2 ноября 2017 г. № 123-ОЗ «О некоторых вопросах осуществления общественного контроля в Липецкой области» (Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 07.11.2017); Закон Свердловской области от 19 декабря 2016 г. № 151-ОЗ «Об общественном контроле в Свердловской области» (Официальный интернет-портал правовой информации Свердловской области <http://www.pravo.gov66.ru>, 22.12.2016).

⁷⁴⁵ См., например, Закон Республики Татарстан от 27 апреля 2017 г. № 24-ЗРТ «Об общественной палате Республики Татарстан» // Официальный портал правовой информации Республики Татарстан <http://pravo.tatarstan.ru>, 27.04.2017.

⁷⁴⁶ Закон Республики Северная Осетия-Алания от 12 февраля 2014 г. № 3-ПЗ «Об общественной экспертизе проектов законов Республики Северная Осетия-Алания» // Северная Осетия. 2014. № 34(26542).

проверку их положений на соответствие требований законодательства, а также на предмет соблюдения прав и свобод человека и гражданина, прав и законных интересов общественных объединений. К проведению такой экспертизы субъектом общественного контроля привлекаются специалисты, обладающие необходимыми знаниями и опытом.

Общественная экспертиза проектов нормативных правовых актов, как сказано в Законе об основах общественного контроля, является обязательной в случаях, установленных федеральными законами, однако случаев обязательности ее проведения, закрепленных в федеральных законах, нами при проведении исследования не было выявлено. Например, одним из видов экологической экспертизы в России является общественная экологическая экспертиза, однако обязательность проведения такой экспертизы в соответствующем законодательстве не закреплена⁷⁴⁷. К тому же, изучение правил ее организации и проведения приводит специалистов к выводу о том, что она не относится к общественной экспертизе, осуществляемой в порядке Закона об основах общественного контроля⁷⁴⁸.

Исходя из анализа положений Закона об основах общественного контроля, можно выявить неудачное, на наш взгляд, правовое регулирование и связанную с этим проблему понятийно-терминологического характера, когда в названном Законе помимо субъектов общественного контроля⁷⁴⁹ (и, соответственно, субъектов такой его формы, как общественная экспертиза⁷⁵⁰) отдельно указаны «участники»⁷⁵¹, «инициаторы»⁷⁵² и «организаторы»⁷⁵³ общественной экспертизы, а также общественный эксперт (экспертная комиссия)⁷⁵⁴.

⁷⁴⁷ См.: Федеральный закон от 23 ноября 1995 г. № 174-ФЗ «Об экологической экспертизе» // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4556.

⁷⁴⁸ См.: Половникова Ю.С. Правовые проблемы становления института общественной экспертизы в Российской Федерации // Юридический вестник Самарского университета. 2015. № 2. С. 46.

⁷⁴⁹ К таковым статьей 9 Закона об основах общественного контроля отнесены: Общественная палата Российской Федерации, общественные палаты субъектов РФ, общественные палаты (советы) и муниципальных образований, общественные советы при федеральных органах исполнительной власти, общественные советы при законодательных (представительных) и исполнительных органах государственной власти субъектов РФ.

⁷⁵⁰ См. ч. 1 ст. 22 Закона об основах общественного контроля.

⁷⁵¹ См. ч. 4 ст. 23 Закона об основах общественного контроля.

⁷⁵² Органы государственной власти; органы местного самоуправления; государственные и муниципальные организации; иные органы и организации, осуществляющие в соответствии с федеральными законами отдельные публичные полномочия; Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации; Уполномоченный при Президенте Российской Федерации по правам ребенка; Уполномоченный при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей; уполномоченные по правам человека, по правам ребенка, по защите прав предпринимателей, по правам коренных малочисленных народов в субъектах Российской Федерации; в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, – Общественная палата Российской Федерации, общественные палаты субъектов Российской Федерации, общественные палаты (советы) муниципальных образований и иные субъекты общественного контроля.

⁷⁵³ См. ч. 5–7 ст. 22, ч. 2, 3 ст. 23 Закона об основах общественного контроля.

⁷⁵⁴ См. ч. 6, 7, 9 ст. 22, ст. 23 Закона об основах общественного контроля.

Остро стоит вопрос об участии граждан, общественных объединений в общественной экспертизе законопроектов⁷⁵⁵.

В связи с этим интересен опыт Республики Северная Осетия-Алания, где действует упомянутый выше Закон об общественной экспертизе проектов законов Республики⁷⁵⁶. Субъектами проведения общественной экспертизы согласно ст. 4 этого Закона являются граждане, достигшие возраста 18 лет, социально ориентированные некоммерческие организации, зарегистрированные в установленном законом порядке и осуществляющие деятельность на территории Республики, за исключением таких граждан и организаций, которые принимали участие в разработке законопроекта.

В доктрине указываются также такие недостатки действующего правового регулирования общественной экспертизы проектов нормативных правовых актов, как нерешенность вопроса о численности и представительности экспертов, выражающих мнение различных слоев населения⁷⁵⁷.

Отсутствуют и единый порядок и методики проведения общественной экспертизы проектов нормативных правовых актов всеми ее субъектами, поскольку Законом об основах общественного контроля определено порядок проведения общественной экспертизы является прерогативой ее организатора (ч. 5 ст. 22).

Другой проблемой правового регулирования в рассматриваемой сфере является неопределенность характера заключений по результатам общественной экспертизы проектов нормативных правовых актов. В Законе об основах общественного контроля указано лишь, что они направляются в соответствующие органы и организации (ч. 10 ст. 22). Вместе с тем в ч. 1 ст. 19 Закона об Общественной палате закреплен рекомендательный характер ее заключений, которые тем не менее согласно ч. 2–6 ст. 19 этого Закона подлежат обязательному рассмотрению в органах государственной власти и местного самоуправления по проектам тех нормативных правовых актов, которые находятся на их рассмотрении. Как отмечается в литературе, наличие такой нормы призвано «сбалансировать» рекомендательный характер заключений Общественной палаты РФ⁷⁵⁸. Логично, что заключения иных субъектов общественной экспертизы также имеют рекомендательный характер. Однако представляется, что субъекты общественной экспертизы вправе ожидать «обратную связь» от правотворческих органов, выражающуюся в аргументированном ответе на замечания, обосновании причин отказа учитывать таковые.

⁷⁵⁵ См., например: Хабриева Т.Я. Социальный контроль и противодействие коррупции. С. 8.

⁷⁵⁶ Положения этого Закона не распространяются на отношения по проведению общественной экспертизы Общественной палатой Республики Северная Осетия-Алания.

⁷⁵⁷ См.: Половникова Ю.С. Указ. соч. С. 46.

⁷⁵⁸ Научно-практический комментарий Федерального закона от 4 апреля 2005 г. № 32-ФЗ «Об Общественной палате Российской Федерации» и Регламента Общественной палаты Российской Федерации / под общ. ред. В.В. Гриба. М., 2008. С. 165.

Демонстрация действительной заинтересованности органов власти в участии общества в экспертизе проектов нормативных правовых актов, реальное взаимодействие власти с населением, учет общественного мнения – все это ставит перед государством новые задачи по совершенствованию и оптимизации правотворческого процесса⁷⁵⁹.

Роль общественной экспертизы проектов нормативных правовых актов и прежде всего проектов федеральных и региональных законов велика, но, к сожалению, потенциал ее в полной мере в настоящее время не раскрыт. Правовые основы и методика проведения общественной экспертизы нуждаются в совершенствовании. Существующая нормативно-правовая база не является исчерпывающей. Не решен вопрос об участии граждан и общественных объединений в проведении общественной экспертизы. На уровне закона не определены предметные сферы регулирования, по которым общественная экспертиза должна быть обязательной (например, проекты актов, затрагивающих основные права и свободы человека и гражданина).

Законом об основах общественного контроля установлено, что заключение по результатам общественной экспертизы проекта акта подлежит обнародованию, в том числе посредством размещения в сети Интернет. Вместе с тем в свете реализации проектов по цифровизации правотворчества⁷⁶⁰ представляется целесообразным создание специализированного интернет-сайта, аккумулирующего деятельность по проведению общественной экспертизы, на котором должны размещаться заключения субъектов общественной экспертизы и мотивированные ответы правотворческих органов на высказанные в ходе общественной экспертизы замечания и предложения.

На федеральном уровне необходимо создать единый правовой механизм, унифицирующий понятие, субъектом общественной экспертизы, их статус, права и обязанности, порядок и методику проведения общественной экспертизы всеми ее субъектами, характер заключения по результатам этой экспертизы, который может служить ориентиром для региональных законодателей. Закон об основах общественного контроля в этой области имеет рамочный характер и нуждается в конкретизации, в частности, путем принятия Федерального закона «Об общественной экспертизе в Российской Федерации».

§ 3. К вопросу о нормотворческой деятельности Конституционного Суда России

Конституционное судопроизводство является неотъемлемой частью правопорядка современных государств. Оно позволяет обеспечить равновесие во взаимоотношениях публичной власти и граждан, согласовать часто разнонаправленные интересы общественного и индивидуального значения, равно как и придать конституции функцию мерила человеческой свободы. Основным законом тогда становится объективным ограничителем взаимного воздействия личности и государства.

В то же время роль органов конституционного контроля в этом процессе едва ли допустимо определить как устоявшуюся. Действительно, оберегая конституцию, они нередко придают ей положениям смысл иной, чем тот, которым привыкли руководствоваться субъекты права прежде. Делается это, как известно, при помощи толкования, с использованием разных его приёмов и способов⁷⁶¹. Разумеется, с точки зрения классической теории права в процессе толкования не могут создаваться новые нормы права⁷⁶². Толкование как уяснение и разъяснение всегда ограничено смыслом толкуемой нормы⁷⁶³. Акт толкования имеет юридическое бытие лишь постольку, поскольку ему предшествует и продолжает существовать в дальнейшем та правовая норма, которая породила потребность в интерпретации. Толкование, следовательно, должно восприниматься как деятельность, направленная на выявление истинного смысла закона. В этом случае оно (толкование) занимает срединное положение между правотворчеством и правоприменением.

Тот факт, что толкование обеспечивает адекватное применение закона, по всей видимости, не вызывает серьёзных возражений. Как отмечал в своё время профессор Рождественский, любой, даже самый ясный на первый взгляд закон требует пояснения, чтобы быть приложимым к конкретной ситуации⁷⁶⁴. Иными словами, реализации права предшествует его толкование. Тесная прямая связь здесь очевидна. А вот обратная связь, проходящая от толкования к правотворчеству, не представляется столь же явной.

Проблема нормотворческой функции Конституционного Суда давно интересует исследователей⁷⁶⁵. Но, если его значение как «негативного» законодателя,

⁷⁶¹ Должников А.В. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. – 2016. – № 4 (113). – С. 132-135.

⁷⁶² Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1907. С. 343.

⁷⁶³ Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1999. С. 138-139.

⁷⁶⁴ Рождественский А.А. Основы общей теории права. М., 1912. С. 72-73.

⁷⁶⁵ Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2011. – 325 с.; Конституционный контроль в зарубежных странах: колл. монография / [Ю.И. Лейбо и др.]; под ред. Е.Я. Павлова, Е.А. Кремянской. - М.: МГИМО-Университет, 2015. – 340 с.; Конституционно-правовые основы судебной власти в зарубежных странах: колл. монография / [И.А. Ракитская и др.]; под ред. К.В. Карпенко. – М.: МГИМО-Университет, 2017. – 325 с.

⁷⁵⁹ См.: Черногор Н.Н., Залоило М.В. Актуальные проблемы правотворчества. М., 2018. С. 34–42.

⁷⁶⁰ См.: Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 9.

кажется, получила известное признание доктрины, «позитивное» правообразование нуждается в некотором уточнении. Признание положений какого-либо закона несоответствующими Конституции приводит к невозможности их применения и, более того, вынуждает парламент вносить изменения в текущий актовый материал. В этом случае Конституционный Суд оказывает прямое воздействие на законодательство. Однако нередко Суд предпочитает примирить оспариваемые нормативные положения с текстом Конституции, осуществив так называемое «гармонизирующее» или согласующее толкование⁷⁶⁶. Он выявляет конституционно-правовой смысл нормы закона, устраняя, тем самым, презюмируемое противоречие. В этом случае спорное нормативное предписание сохраняется в системе правового регулирования, но получает иную смысловую нагрузку. Вопрос, таким образом, сводится к тому, способен ли Конституционный Суд породить новую правовую норму в процессе праворазъяснительной деятельности.

Мы изложим наши соображения по вышеназванной проблематике последовательно, в двух аспектах, которые нам представляются актуальными. Сначала мы рассмотрим судебское усмотрение, используемое в практике Конституционного Суда РФ. Мы попытаемся определить, какие формы оно принимает, и в какой степени оно придаёт правовым позициям Суда нормативный характер. Во второй части нашего краткого исследования мы возьмём на себя труд предложить некоторые гарантии против произвольного толкование Конституционным Судом РФ нормативных предписаний действующего законодательства. Эмпирической основой для нас станут решения отечественного органа конституционного контроля. Учитывая их немалое количество, мы, разумеется, не сможем в данной работе представить анализ их всех. Сделанная нами случайная выборка таких решений обусловит ограниченный и, в то же время, индуктивный характер проведённого исследования. Методологическую базу нашего труда составят формально-юридический метод, системный, а также метод сравнительного правоведения.

I. Судейское усмотрение как основание нормотворческой функции Конституционного Суда РФ

В правовом и демократическом государстве власть должна быть распределена между несколькими учреждениями. Этого, как известно, требует теория обособления (разделения) властей⁷⁶⁷, являющаяся одним из столпов конституционализма. Цель вполне очевидна: не допустить сосредоточения властных полномочий в одном государственном органе. В противном случае авторитарным устремлениям, всегда сопутствующим власти, будет легче осуществиться. Теория обособле-

ния властей признана и в Конституции России, в ст. 10. Тем не менее, практика отечественного Конституционного Суда позволяет, как будто, усомниться в непреложности её постулатов.

1. Императивные рекомендации Конституционного Суда России

Когда Конституционный Суд производит проверку нормативного текста на его соответствие Основному закону России, он через толкование уточняет смысл отдельных его положений. Аналогично и при абстрактном нормоконтроле, Суд интерпретирует предписания самой Конституции в свете тех принципов, которые в ней же и заложены. Получается, как бы «замкнутый круг». Нормативно-правовые акты толкуются в пределах конституционного текста, а Конституция – в соответствии с её собственным «духом». На первый взгляд, что может быть более наглядной иллюстрацией к нормативистскому учению Г. Кельзена! Право рождается из права и обуславливается правом же. Теория обособления властей не нарушается, Конституционный Суд сохраняет свой статус неизменным и отвергает всяческие подозрения во вмешательстве в область полномочий иных органов.

Изложенная выше ситуация является идеальной моделью. Это образец, по которому должно осуществляться правовое регулирование. Но действительное состояние законодательства рисует нам не столь радужную картину. Ни один закон, ни в одной стране мира не может похвалиться совершенством. Не говоря уже о том, что сама жизнь общества и государства постоянно развивается и изменяется, что требует, подчас, серьёзных корректив текущего актового материала. Отсюда нетрудно предположить, что содержание какой-либо толкуемой нормы может оказаться недостаточным для того, чтобы путём интерпретации добиться её адекватного применения. Если Конституционный Суд твёрдо держится золотого правила толкования и не придаёт расплывчатому нормативному предписанию несвойственного ему значения, он должен указать на того субъекта государственной власти, которому вменяется в обязанность исправить ущербность правовой нормы. Таким субъектом, вне всякого сомнения, является парламент, в ком единственном коренится законотворческая прерогатива. Указание на представительный орган помещается в решении Конституционного Суда.

При обращении к законодателю, Конституционный Суд, мы бы сказали, «напоминает» ему о его полномочиях. Одновременно в таком обращении могут быть намечены и пределы требуемого вмешательства. Ведь «инфляция» законов есть не менее досадная проблема, чем их пробельность. Подобное обращение Суда вписывается в практику формулирования правовых позиций, однако поскольку у обращения имеется адресат, мы предложили бы назвать их императивными рекомендациями. Конституционный Суд не может приказать парламенту принять тот или иной нормативный акт, но он вполне способен подчеркнуть потребность в дополнительном правовом регулировании. Указывая на законодателя как на исключительного субъекта правотворчества, Суд руководствуется Конституцией. Таким

⁷⁶⁶ Должников А.В. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. – 2016. – № 4 (113). – С. 145-146.

⁷⁶⁷ Нам представляется более удачным использовать в названии данной теории слово «обособление», поскольку оно вернее передаёт её смысл. Тем более, что в оригинале, у Ш.Л. Монтескье она звучит как «*séparation des pouvoirs*». Некорректность перевода «разделение властей» подчёркивал ещё Н.М. Коркунов, в XIX в. См. Коркунов Н.М. Русское государственное право. Т. I, СПб., 1908. С. 378.

образом, это Конституция устами Суда предписывает парламенту выполнить свои обязанности и создать новую правовую норму или изменить существующую.

Подобные императивные рекомендации содержатся во многих решениях Конституционного Суда РФ. Так, в постановлении от 13 февраля 2018 г. Суд отметил, что в федеральном законодательстве, регулирующем вопросы параллельного импорта, должен быть обеспечен баланс интересов правообладателя товарного знака и конечного потребителя⁷⁶⁸. Как выяснилось в процессе рассмотрения дела, такой баланс в действующем нормативном материале является недостаточным, что и привело к нарушению прав и, как следствие, к подаче жалобы в Конституционный Суд. Императивная рекомендация, обращённая к законодателю, направлена, по всей видимости, в будущее, коль скоро она отмечает право федерального парламента внести требуемые изменения. Но в то же время, как нам представляется, её допустимо понимать и как предупреждение. Иными словами, если созданное законодателем новое регулирование не будет в должной мере учитывать баланс интересов правообладателя и потребителя, Конституционный Суд вправе объявить такой нормативный текст (или его часть) противоречащими Конституции России.

В другом своём решении, принятом в 2016 г., Конституционный Суд отметил, что однократный перенос даты выборов Государственной Думы, хоть и не противоречит Конституции, нуждается, тем не менее, в подробном обосновании⁷⁶⁹. Сделать это должна сама палата, т.к. она выступила заинтересованной стороной в данном вопросе. При всей спорности проблемы досрочного прекращения полномочий парламента⁷⁷⁰, нельзя не заметить, что Суд и в этом деле призвал законодателя придерживаться предписаний Основного закона. Иными словами, Конституционный Суд РФ не создал новую норму, а указал парламенту на недостаточность правового регулирования.

В одном постановлении 2012 г. Конституционный Суд сформулировал пределы законодательного усмотрения при регулировании налогов и сборов⁷⁷¹. Таковыми являются принцип равенства перед законом и судом, а также принцип пропорциональности, закреплённые в двух первых главах Основного закона. Кроме того, Суд пояснил, что парламент при разработке налогового законодательства может учитывать цели социальной политики, такие как, например, защита материнства, отцовства и детства, обеспечение граждан жильём. Следовательно, Конституционный Суд ори-

ентирует законодателя, указывая на предпочтительное направление правообразующей деятельности. Такое «предпочтение» парламенту следует рассматривать как императивное, коль скоро оно опирается на нормы и принципы Конституции 1993 г. А Суд, в данном случае, лишь проговаривает их, но не создаёт.

Таким образом, императивные рекомендации, даваемые Конституционным Судом парламенту, требуют от последнего изменять и/или совершенствовать законодательство в конституционном духе. Отсутствие адекватной реакции со стороны законодателя свидетельствует об отсутствии межвластного диалога и, более того, показывает низкий авторитет Конституционного Суда в российском обществе. Эта проблема, видимо, должна стать объектом изучения политологии и социологии; к праву она имеет лишь косвенное отношение. В любом случае, императивные рекомендации в тексте его решений могут, как нам представляется, значительно смягчить подозрения во вмешательстве Конституционного Суда в область законодательства.

2. Толкование порядка применения нормы

Императивные рекомендации Конституционного Суда РФ обеспечивают совместное участие законодательной и судебной властей в правовом регулировании. Вместе с тем, российский орган конституционного контроля не лишён возможности изложить собственное видение возникшей перед ним коллизии. Очевидно, он это делает в своих правовых позициях, которые есть отношение Суда к толкуемой норме⁷⁷².

В российской доктрине высказывается мнение, что правовая позиция схожа по своей структуре с правовой нормой. И в той и в другой присутствует как гипотеза, так и диспозиция⁷⁷³. Мы не станем оспаривать этот тезис, лишь подчеркнём, что правовая позиция в любом случае обладает нормативностью. Данное качество делает её обязательной для всех субъектов права. Это – с одной стороны.

С другой же стороны правовая позиция Конституционного Суда РФ, сформулированная в результате толкования⁷⁷⁴, имеет своим объектом применение нормы или группы норм в конкретной ситуации. Разъяснение и уточнение Судом смысла какого-либо нормативного предписания направлено на его адекватную реализацию в тех или иных правоотношениях. Разумеется, из этого тезиса не следует, что Конституционный Суд всегда даёт «правильную» интерпретацию оспариваемой нормы. Когда мы говорим об адекватной реализации, мы имеем в виду, что она, по мнению самого Суда, соответствует Конституции. Адекватная реализация нормы означает, что в её диспозиции находят своё отражение высшие кон-

⁷⁶⁸ Постановление КС РФ № 8-П от 13.02.2018 // URL: <https://www.consultant.ru> (дата обращения: 15.09.2018).

⁷⁶⁹ Постановление КС РФ № 18-П от 1.07.2015 // URL: <https://www.consultant.ru> (дата обращения: 17.09.2018).

⁷⁷⁰ Нашу позицию по этому вопросу см.: Карпенко К.В. О досрочном прекращении полномочий парламента // Материалы международной научно-практической конференции «Стратегия национального развития и задачи российской юридической науки». – М.: Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. С. 109-113.

⁷⁷¹ Постановление КС РФ № 6-П от 1.03.2012 // URL: <https://www.consultant.ru> (дата обращения: 17.09.2018).

⁷⁷² Изложение основных подходов к понятию правовой позиции КС РФ см., например, у Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2011. – С. 73-79.

⁷⁷³ Вересова Н.А. Нормотворческая функция Федерального Конституционного суда ФРГ и Конституционного Суда РФ (сравнительно-правовой анализ): автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.02 / СПбГУ экономики и финансов. – СПб., 2008. – 27с.

⁷⁷⁴ Власенко Н.А. Правовые позиции: понятие, виды // Журнал российского права. – 2008. – № 12. – С. 77-86.

ституционные принципы. Но проблему «правильности» или «неправильности» толкования, осуществляемого Конституционным Судом РФ, мы обсудим во второй части нашего труда.

Итак, правовая позиция корректирует применение нормативного предписания. Например, в определении от 16 января 2018 г. Суд приравнял бездействие должностного лица к основаниям отрешения его должности, коль скоро оно породило противоправные последствия⁷⁷⁵. Конституционный Суд не создал новое основание для досрочного прекращения полномочий должностного лица, он лишь распространил имеющиеся в законодательстве последствия незаконных действий на ситуацию, когда сами действия отсутствуют, хотя по закону они должны производиться. Речь шла о невыполнении главой органа местного самоуправления вступившего в силу решения суда общей юрисдикции. В этом же решении Суд уточнил, что срок для отрешения главы муниципального образования от должности следует исчислять с момента вступления в силу решения суда апелляционной инстанции. В этом случае право на обжалование не будет ограничено. Нетрудно, думается, заметить, что речь здесь идёт о процессуальных гарантиях.

В ранее приведённом постановлении о проблеме параллельного импорта Конституционный Суд высказал правовую позицию, что национальный принцип исчерпания исключительного права по ст. 1487 ГК РФ должен применяться во взаимосвязи с п. 16 Договора о ЕАЭС⁷⁷⁶. В последнем устанавливается, как известно, региональный принцип исчерпания прав. Следовательно, по мнению Конституционного Суда РФ, реализацию двух нормативно закреплённых принципов необходимо производить в согласовании друг с другом. Едва ли допустимо утверждать, что мы имеем дело с нормообразованием. В этом же решении Суд указал на применимость антимонопольного законодательства к правоотношениям, связанным с исключительными правами на товарный знак, хотя федеральный закон 2006 г. «О защите конкуренции» выводит их из-под своего действия⁷⁷⁷. Конституционный Суд не создал новую норму, а расширил её применение при помощи толкования.

В Определении от 13 февраля 2018 г. Суд ещё раз подчеркнул, что осуществление права на судебную защиту предполагает активные действия со стороны заинтересованного лица, т.е. того, чьи права нарушены. Речь шла о возмещении финансовых потерь при длительном неисполнении органами власти судебного решения. Согласно позиции Конституционного Суда, взыскатель обязан проявить свою волю, а именно направить исполнительные документы соответствующему адресату, предоставить свои банковские реквизиты и т.д. Аналогичная правовая позиция была высказана ранее, в 2012 г. Как мы видим, в этом случае активная позиция

⁷⁷⁵ Определение КС РФ № 12-О от 16.01.2018 // URL: <https://www.consultant.ru> (дата обращения: 1.10.2018).

⁷⁷⁶ Постановление КС РФ № 8-П от 13.02.2018 // URL: <https://www.consultant.ru> (дата обращения: 15.09.2018).

⁷⁷⁷ ФЗ № 135 от 26.07.2006, ст. 10 // URL: <https://www.consultant.ru> (дата обращения: 17.09.2018).

Конституционного Суда ограничивается рамками реализации индивидуального права. Он не творит новое право, а конкретизирует порядок его использования.

Мы постарались показать, с учётом ограниченности объёма исследования, что судебское усмотрение Конституционного Суда РФ не столько порождает новое право, сколько ориентирует законодателя и обеспечивает порядок реализации нормативных предписаний. Проще говоря, толкование, даваемое Судом, направлено на практическую апробацию актового материала, а не на его создание. Вместе с тем, праворазъяснительная деятельность Конституционного Суда должна сама по себе осуществляться в соответствии с буквой и «духом» Основного закона России. Это тем более важно, что Суд никому не подотчётён и его решения не могут быть обжалованы никуда и никогда. Лишь он сам способен изменить в перспективе своё мнение при наличии весьма веских причин⁷⁷⁸. Отсюда ясно, что его позиция должна быть безупречной, что налагает на него тяжёлую ответственность.

II. Возможные гарантии против злоупотребления судебским усмотрением

Конституционный Суд формально является, пожалуй, одним из главных учреждений в России. Его решения, как известно, обязательны для исполнения всеми субъектами права. Высказанные им правовые позиции, в которых даётся толкование норм Конституции и текущего законодательства, должны приниматься во внимание в рамках законодательной и правоприменительной деятельности. Органы государственной власти обязаны приводить в соответствие с Основным законом нормативные акты, ставшие предметом изучения в Конституционном Суде, для чего в законодательстве установлены известные сроки⁷⁷⁹. Таким образом, в руках Суда сосредоточена значительная власть.

Вместе с тем, едва ли следует рассматривать его полномочия как абсолютные и ничем не ограниченные. Правовое демократическое государство требует наличия или создания пределов властного воздействия, дабы предотвратить неизбежные авторитарные устремления, всегда свойственные власти. Если над Конституционным Судом РФ нет и не может быть иного властного субъекта, то ограничения его полномочий следует искать в порядке его деятельности и формирования.

1. Пирамида конституционных ценностей

В одном из своих решений 2008 г. Конституционный Суд заявил, что нормы в правовой системе выстроены иерархически, что важно для систематического толкования законов⁷⁸⁰. Таковое должно производиться с учётом соответствия низ-

⁷⁷⁸ Половченко К.А. Конституционный Суд как гарант стабильности в «сложном» государстве // Актуальные проблемы сравнительного, зарубежного и российского конституционного права: сб. науч. трудов / [Г.П. Толстопятенко и др.]; под ред. И.А. Ракитской. – М.: МГИМО-Университет. 2017. С. 429-447.

⁷⁷⁹ ФКЗ № 1 от 21.04.1994 «О Конституционном Суде РФ», ст. 79, 80 // URL: <https://www.consultant.ru> (дата обращения: 24.09.2018).

⁷⁸⁰ Постановление КС РФ № 5-П от 13.03.2008 // URL: <https://www.consultant.ru> (дата обращения: 1.10.2018).

ших норм высшим. К последним Суд, в частности, отнёс те, которые устанавливают конституционные принципы. Очевидно, Конституционный Суд РФ использовал в своей аргументации кельзеновскую модель правопорядка, где высшие нормы порождают и обуславливают низшие. Иными словами, все нормативные акты в отдельно взятой правовой системе выстраиваются в пирамиду, которую венчает конституция, в нашем случае, российская.

Если имеется соподчинённость нормативных предписаний в государстве, логично предположить, что подобная же вертикальная структура может быть обнаружена и в отдельно взятом документе. А коль скоро главным нормативно-правовым актом является конституция, то в ней, по всей видимости, и следует вести поиск.

Нам представляется, что текст Конституции 1993 г. укладывается в пирамидальную модель Г. Кельзена. Во-первых, в нашем Основном законе есть неизменные положения, к которым относятся главы 1, 2 и 9. В зарубежной конституционно-правовой доктрине они называются «вечными» положениями («*eternity clauses*»). Изменить их, конечно, можно, но лишь пересмотрев Конституцию целиком в рамках сложной процедуры. Мы склонны сделать вывод, что, т.к. эти главы обладают повышенной защитой, то значит их юридическая сила выше, чем у прочих положений Конституции. Главы 1 и 2 содержат в себе более значимые ценности для общества и государства, а невозможность изменить главу 9 означает, что наша Конституция оберегает и процессуальный порядок её изменения.

Во-вторых, ст. 16 российской Конституции устанавливает приоритет положений первой главы, поскольку ничто не может им противоречить. Это открывает возможность проверки на соответствие её предписаниям не только всех прочих положений Основного закона, но и поправок к нему. Следует, однако, оговориться, что практическая значимость первого случая незначительна, коль скоро Конституция принималась в 1993 г. целиком, без изъятий и оговорок. Соответственно, все её нормы презюмируются не противоречащими главе 1. А вот во втором случае, когда речь идёт о поправках, нам кажется вполне допустимым сделать их предметом рассмотрения Конституционного Суда⁷⁸¹.

В-третьих, отдельное место в нашем конституционном тексте занимает преамбула. Её юридическая сила и юридическое значение не вызывает сомнений, т.к. Конституционный Суд на сегодняшний день более чем в 100 своих решениях ссылался на её принципы. Мы склонны согласиться с Б.С. Эбзеевым, что преамбула заключает в себе исходные начала для толкования всех прочих положений Конституции⁷⁸². Иными словами, нормы Конституции должны соответствовать её

преамбуле. В своих решениях Конституционный Суд РФ находит в тексте преамбулы принципы гуманизма, справедливости, равенства, приверженности России демократическим ценностям и т.д. и использует их в качестве мотивировки своих правовых позиций.

Таким образом, нам представляется очевидным, что в Конституции России 1993 г. присутствует внутренняя иерархическая структура, позволяющая выделить из совокупности её норм те, которые обладают наивысшим политико-правовым значением и, как следствие, наделены от имени учредительной власти большей юридической силой по сравнению с остальными. Мы возьмём на себя смелость предложить ниже схематическое изображение этой пирамиды. На вершине следует поместить нормы главы 9, т.к. они устанавливают формальную процедуру изменения Основного закона и, при этом, сами не могут быть изменены. Закон же (включая и Конституцию) является таковым, т.е. всеобщим и обязательным предписанием, именно в силу особого порядка его принятия, т.е. в силу формальных, а не материальных признаков⁷⁸³. Логично предположить, что преамбула также подчиняется правилам главы 9, поскольку она может быть изменена лишь вместе с Основным законом. Но в тексте нашей Конституции об этом ничего не сказано. Поэтому преамбулу мы предложили бы поставить на второе место. Тогда на третьем месте презюмируемой пирамиды конституционных ценностей окажутся нормы, регулирующие правовой статус личности. Это не только глава 2, но и, например, ст. ст. 2 и 3 главы 1. Ведь свобода индивида юридически определяется через ограничение власти. Применительно к личности действует принцип, что разрешено всё, что не запрещено. Это внешние пределы поведения человека. О внутренних мы не говорим, т.к. они будут всегда не юридическими, а нравственными. Наконец, на последнем по порядку месте мы назовём принципы и нормы Конституции, устанавливающие порядок функционирования и полномочия властных субъектов. Сюда относятся основы конституционного строя (за исключением тех, которые касаются статуса личности) и система государственных органов России.

Представленная иерархия конституционных ценностей, выраженная в нормативных предписаниях отечественной Конституции, способна обеспечить равновесие интересов в обществе и государстве. Кроме того, она придаёт согласованность всему тексту⁷⁸⁴. Практика же толкования Конституционного Суда, при опоре на неё, становится не только системной, но и подлинно научной, т.к. позволяет избежать недопустимой в таком деле «конъюнктурности» правовых позиций.

2. «Расширенное» формирование Конституционного Суда России

Порядок назначения судей Конституционного Суда имеет большое значение для результатов его деятельности. Дело в том, что он выступает в известном смысле

⁷⁸¹ Троицкая А.А. Российский Конституционный Суд и проверка поправок к Конституции: как распахнуть приоткрытую дверь // Сравнительное конституционное обозрение. – 2016. – № 2 (111). – С. 107-113.

⁷⁸² Эбзеев Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный Суд. М., 1997. С. 46.

⁷⁸³ Ивановский В.В. Учебник государственного права. Казань, 1913. С. 129-130.

⁷⁸⁴ Сафонов В.Н. Концепция «интерпретивизма» в деятельности Верховного суда США // Вестник РУДН. Серия: юридические науки. – 2017. – № 1. – С. 13.

ле «цензором» парламента, подтверждая или нет выраженную в законах волю народных избранников. Последние опираются на поддержку избирателей, что и придаёт им требуемую легитимность. По крайней мере, такова классическая идея законодательного органа. Тот факт, что данная схема не вполне применима к сегодняшней России, не освобождает нас от решения проблемы легитимности.

Парламенту, таким образом, не нужно подтверждать своё право выступать от имени народа, он по определению представляет его интересы. Иное дело, Конституционный Суд, чей профессиональный состав едва ли позволяет ему выступать с позиций защиты высших интересов народа. Ведь народ не только не участвует в его формировании, но даже не имеет возможности донести до судей свои пожелания. И, несмотря на это, Конституционный Суд на деле контролирует законодательную активность парламентариев и нередко корректирует их волеизъявление.

Другой проблемой, хотя и связанной с легитимностью, является «закрытый» порядок назначения наших судей. В процедуре участвуют лишь два властных субъекта: Президент РФ и Совет Федерации. Вследствие этого возникает неоправданное сужение возможностей, своего рода «фильтр», через который проходят кандидаты. Крайне ограниченное количество субъектов назначения приводит к высокой степени предсказуемости результата, что не может не отражаться досадным образом на составе Суда. Конституционный Суд ведь не является политической организацией, ему не нужно единомыслие и идейная сплочённость, как, например, политической партии. Наоборот, среди судей должны быть представлены разные мнения, подходы, быть может, различные правовые школы. В дискуссии происходит сближение точек зрения, вырабатывается общая позиция, а итоговое голосование сформулирует объективное и взвешенное решение.

В свете вышесказанного нам представляется уместным и полезным для самого Суда предложить расширение перечня участников его назначения. Наряду с главой государства и верхней палатой парламента, определённое количество судей могли бы назначать, например, Верховный Суд, правительство РФ, Государственная Дума, Российская академия наук. Целесообразно было бы привлечь к этому процессу и некоторое количество общественных организаций, например, Общественную палату. При этом общее количество судей, требования к кандидатурам, равно как срок полномочий можно оставить без изменений. Следует только установить в законодательстве, какое количество судей назначает каждое учреждение. Множественность субъектов в процедуре формирования Конституционного Суда будет способствовать укреплению его легитимности. Также, не исключено, что состав суда будет адекватен социально-политическим ожиданиям граждан, коль скоро в него войдут представители разных идейных ориентиров, но объединённые едиными критериями профессионализма. Совокупность всех этих факторов, думается, облегчит задачу самоограничения Суда, без чего невозможно плодотворное сотрудничество властных органов.

§ 4. Влияние разъяснений Верховного Суда Российской Федерации на правотворчество в Российской Федерации

Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации (далее также – Верховный Суд РФ, ВС РФ) даются судам на основе анализа и обобщения судебной практики в целях обеспечения ее единообразия.

Решение вопроса о влиянии разъяснений Верховного Суда РФ на правотворческий процесс в России напрямую зависит от определения характера (нормативного или ненормативного, общеобязательного или рекомендательного) этих разъяснений, от их содержания (толкование действующих юридических норм, создание новых юридических норм, формулирование правоконкретирующих положений).

Правовую основу праворазъяснительной деятельности Верховного Суда РФ составляют ст. 126 Конституции Российской Федерации⁷⁸⁵, ст. 19 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»⁷⁸⁶, Федеральный конституционный закон № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации»⁷⁸⁷, ст. 391.9 ГПК РФ⁷⁸⁸, ст. 308.8 АПК РФ⁷⁸⁹, ст. 341 КАС РФ⁷⁹⁰. Верховный Суд РФ уполномочен давать разъяснения судам по вопросам судебной практики.

В отличие от законодательства советского периода, предусматривавшего общеобязательность и руководящий характер разъяснений Верховного Суда СССР, современное российское законодательство не содержит подобных характеристик разъяснений Верховного Суда РФ, хотя указывает на общеобязательность судебных постановлений, форму которых и принимают разъяснения Верховного Суда РФ, даваемые его Пленумом. Отсутствие прямого указания в законе на общеобязательный характер непосредственно разъяснений Верховного Суда РФ не свидетельствует о снижении роли таковых, отсутствии необходимости у нижестоящих судов руководствоваться разъяснениями ВС РФ⁷⁹¹. Наоборот, нарушение единообразия в толковании и применении судами юридических норм, выраженное в разъяснениях Верховного Суда РФ, является согласно правилам ГПК РФ, АПК РФ, КАС РФ основанием для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора. Кроме того, несмотря на указание в законодательстве на

⁷⁸⁵ Конституция Российской Федерации, принятая всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 01.08.2014.

⁷⁸⁶ СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1.

⁷⁸⁷ Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 06.02.2014.

⁷⁸⁸ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

⁷⁸⁹ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

⁷⁹⁰ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 09.03.2015.

⁷⁹¹ См.: Мадьярова А.В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. СПб., 2002 // СПС КонсультантПлюс.

то, что Верховный Суд РФ дает разъяснения по вопросам судебной практики судам, на практике ими руководствуются и иные, не только судебные органы, но и органы исполнительной власти, физические и юридические лица. А в силу системного толкования норм Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» разъяснения Верховного Суда РФ, даваемые его Пленумом и облакаемые в форму постановлений, являются обязательными для всех без исключения органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации.

Вопросы толкования юридических норм Верховным Судом РФ напрямую связаны с необходимостью решения вопроса о правотворчестве в праворазъяснительной деятельности Верховного Суда РФ. Общеизвестным считается положение о том, что в процессе толкования не должны создаваться новые юридические нормы⁷⁹². Однако практика дачи разъяснений по вопросам судебной практики Верховным Судом РФ демонстрирует, что в данном случае более уместно говорить о конкретизации юридических норм Верховным Судом РФ.

Ряд авторов считает возможным осуществление конкретизации юридических норм лишь в процессе правотворческой деятельности, но не в рамках правоприменения⁷⁹³. Другие посвящают свои работы исключительно правоприменительной конкретизации, и, в частности, конкретизации юридических норм судами⁷⁹⁴. Многие ученые исследуют конкретизацию на разных стадиях правового регулирования⁷⁹⁵. Не вдаваясь в детали изучения вопросов конкретизации юридических норм, согласимся с учеными, которые видят существование конкретизации и в правотворчестве, и в правоприменении.

⁷⁹² См.: Пиголкин А.С. Толкование норм права и правотворчество: проблемы соотношения // Закон: создание и толкование / Под ред. А.С. Пиголкина. М., 1998. С. 69; Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М., 1979. С. 29.

⁷⁹³ См., например: Ноздрачев А.Ф. Пределы конкретизации законов и подзаконных актов министерствами и ведомствами Союза ССР (по материалам функциональных министерств и ведомств Союза ССР) // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1968. Вып. 12; Дюрягин И.Я. К теории применения права. Рецензия на книгу В.В. Лазарева «Применение советского права». Казань, 1972. 200 с. // Правоведение. 1972. № 6. С. 144.

⁷⁹⁴ Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С.Н. Братуся. М., 1975; Венгеров А.Б. Роль судебной практики в развитии советского права: дис... канд. юрид. наук. М., 1965; Зейдер Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966; Кац А.К. Конкретизация судом гражданских и семейных правоотношений с частично неурегулированным содержанием: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1965; Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4 и др.

⁷⁹⁵ См., например: Власенко Н.А. Конкретизация в праве: методологические основы исследования // Журнал российского права. 2014. № 7. С. 60–75; Залоило М.В. Пределы и техника конкретизации юридических норм в правотворчестве // Журнал российского права. 2014. № 11. С. 34–41; Его же. Правоприменительная конкретизация юридических норм // Журнал российского права. 2012. № 8. С. 50–56; Его же. Понятие и виды правореализационной конкретизации юридических норм // Адвокат. 2011. № 11. С. 28–37; Шмелева Г.Г. Конкретизация юридических норм в правовом регулировании. Львов, 1988; и др.

Установление в рамках праворазъяснительной деятельности Верховного Суда РФ обязательных для последующего исполнения правоположений, не выводимых из существующих юридических норм, не является уже в чистом виде толкованием, а представляет собой правотворческую деятельность в рамках конкретизации юридических норм. Таким образом, Верховный Суд Российской Федерации в своей праворазъяснительной деятельности не только толкует юридические нормы, но и осуществляет посредством их конкретизации определенного рода правотворческие функции, вырабатывая новые, конкретизирующие правила (правоположения).

Содержание разъяснений Верховного Суда РФ составляют толкование и конкретизация юридических норм⁷⁹⁶. В случае, когда в разъяснениях Верховного Суда РФ содержатся результаты осуществленной им конкретизации неопределенных или недостаточно определенных юридических норм, а также результаты конкретизации при наличии пробелов в праве, правоконкретизирующие положения, содержащиеся в разъяснениях, приобретают нормативный характер⁷⁹⁷, поскольку:

- разъяснения Верховного Суда РФ – органа государственной (судебной) власти – предусмотрены законодательством и даются Пленумом Верховного Суда РФ в установленном порядке;
- эти разъяснения воплощаются в определенных внешних формах, самой распространенной из которых является обзор судебной практики, утверждаемый постановлением Пленума Верховного Суда РФ;
- разъяснения Верховного Суда РФ обязательны для исполнения судами, иными органами государственной власти, органами местного самоуправления, общественными объединениями, должностными лицами, другими физическими и юридическими лицами;
- круг лиц, которым адресованы указанные разъяснения, персонально не определен;
- разъяснения Верховного Суда РФ рассчитаны на многократное применение и содержат общие правила.

Разъяснения Верховного Суда РФ являются формой, в которую облакается судебная практика. Правоположения, вырабатываемые в процессе праворазъяснительной (правоинтерпретационной и правоконкретизирующей) деятельности Верховного Суда РФ, являющиеся результатом толкования и конкретизации юридических норм (прообраз будущей правовой нормы, сформулированное практикой правило⁷⁹⁸), представляют собой содержание разъяснений Верховного Суда РФ.

⁷⁹⁶ Власенко Н.А., Залоило М.В. Конкретизация и толкование права как творческое содержание судебной практики // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 43–57; Судебная практика в современной правовой системе России / под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. М., 2017. С. 67–101.

⁷⁹⁷ См. в связи с этим: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 138.

⁷⁹⁸ Реутов В.П. О юридической природе и видах предписаний, содержащихся в актах высших судебных органов // Конкретизация права: теоретические и практические проблемы: Материалы IX Международной научно-практической конференции. М.: РГУП, 2015. С. 332, 337

Разъяснения Верховного Суда РФ, обладая нормативным характером, не являются судебным прецедентом. Вместе с тем, судебный прецедент как индивидуальный правоприменительный акт, решение суда, вынесенное по конкретному делу и ставшее образцом при рассмотрении аналогичных категорий дел, способен породить судебную практику, одной из форм которой являются разъяснения Верховного Суда РФ.

Законодателю (иному правотворческому органу) в случае конкретизации юридических норм и выработки новых правоположений в разъяснениях Верховного Суда РФ предоставляется уже выработанная на основе обобщения судебной практики так называемая абстрактная судебная норма, которая может получить дальнейшее свое законодательное (иное нормативно-правовое) развитие и закрепление в юридической норме. Анализируя разнообразный опыт судебного правоприменения, ВС РФ формулирует собственный вариант нормативного решения, который и предписывает в разъяснениях другим судам и который разработчики нормативных правовых актов учитывают при создании проекта нового нормативного правового акта. Судебная практика зачастую служит образцом последующего нормативно-правового решения правовых проблем через совокупность индивидуальных решений, обобщенных и проанализированных высшей судебной инстанцией.

Разъяснения Верховного Суда РФ являются мощным фактором, влияющим на развитие правовой системы России в целом. Именно при отправлении правосудия чаще всего выявляются дефекты действующего нормативно-правового массива, связанные с существованием юридических коллизий и пробелов в праве, исправление которых может положительно сказаться на развитии и эффективности законодательства. В российской практике заметна тенденция принятия так называемых опережающих постановлений пленумов высших судов⁷⁹⁹. В случае выявленных в ходе обобщения судебной практики и дачи разъяснений по вопросам судебной практики Верховным Судом РФ недостатков нормативных правовых актов и медленной реакции правотворческих органов по их устранению регулятивная роль указанных разъяснений повышается, поэтому праворазыяснительная деятельность Верховного Суда РФ, результатом которой являются правоконкретизирующие положения, выраженные в форме разъяснений Пленума Верховного Суда РФ, является стимулом непрерывного развития и совершенствования нормативно-правового массива, индикатором тех изменений и дополнений, которые надо внести в действующее законодательство и иные нормативные правовые акты⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ См. подробнее: Анишина В.И. Правотворчество в деятельности Верховного Суда Российской Федерации: форма и проблемы реализации // Российский судья. 2011. № 11. В качестве примера в литературе приводятся Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» (Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2003. № 12); от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2004. № 5) и другие.

⁸⁰⁰ См.: Судебная практика в современной правовой системе России. С. 97–101.

Полагаем необходимым учесть разъяснений Верховного Суда РФ, содержащих правоконкретизирующие положения, в правотворческом процессе всех уровней и видов (законотворчество Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, подзаконное правотворчество Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, муниципальное правотворчество, локальное правотворчество). В Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации⁸⁰¹, Положении о законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации⁸⁰², а также Федеральном законе «О нормативных правовых актах в Российской Федерации», необходимость принятия которого давно назрела и широко обсуждается в юридической доктрине⁸⁰³, целесообразно указать на необходимость учета при подготовке нормативного правового акта соответствующих разъяснений Верховного Суда РФ, выявившего пробелы, коллизии, содержащего правоконкретизирующие положения нормативного характера в области предметного регулирования проектируемого нормативного правового акта.

§ 5. К вопросу о роли института делегированного законодательства в правотворческом процессе

Делегированное законодательство показывает эволюцию понятия нормативного акта на современном этапе, как данная трансформация влияет на уровень конфликтности в социуме. С усложнением общественной жизни парламент, в силу неоднозначности проблемы, несовпадения подходов, своевременно не регулирует на законодательном уровне новые общественные отношения. Парламент передаёт решение вопросов другим субъектам власти. Адресатом полномочий часто является правительство. И.С. Арефина отмечает: «исполнительная власть для эффективной реализации основных функций нуждается в возможности издавать, применять правовые нормы»⁸⁰⁴. Парламент осуществляет передачу полномочий посредством делегированного законодательства, сущность которого заключается в наделении правительства по поручению парламента правом издавать нормативные акты с юридической силой закона.

⁸⁰¹ Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 22 января 1998 г. № 2134-II ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 801.

⁸⁰² Постановление Правительства Российской Федерации от 30 апреля 2009 г. № 389 «О мерах по совершенствованию законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 19. Ст. 2346.

⁸⁰³ Научные концепции развития российского законодательства: монография. 7-е изд., доп. и перераб. / отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров. М., 2015. С. 75–86; Павлушкин А.В., Павловский А.С. Современное правотворчество: новые возможности для общества и государства: обзор круглого стола «Актуальные проблемы правотворчества и проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» // Журнал российского права. 2015. № 3.

⁸⁰⁴ Арефина. И.С. Конституционные основы делегированного законодательства. Автореф. дисс. на соискание учен. степ. к.ю.н. М., МГУ. им. Ломоносова. 2003. С. 14

Первый пример делегированного законодательства в Великобритании - статут привилегий (Statute of Proclamation) 1539 г.⁸⁰⁵, обоснован чрезвычайными обстоятельствами, когда нет времени ждать статута парламента, необходимо быстро принять политическое решение. Институт делегированного законодательства используется, как механизм ограничения Короны, таким образом «гасятся» внутриполитические конфликты. В XX в. мировые войны и локальные политические конфликты привнесли в делегированное законодательство общую передачу законодательных полномочий без каких-либо ограничений, что привело к усилению позиций органов исполнительной власти в законотворчестве, как следствие, снижение роли парламента, повышение уровня конфликтности.

В странах, где делегированное законодательство используется давно, количество делегированных актов возрастает с каждым годом. По замечанию С.И. Арефиной: «институт используется в странах, где делегирование законодательных полномочий не предусмотрено конституцией»⁸⁰⁶. В.С. Троицкий, Л.А. Морозова, классифицируют Россию как «государство, где основной закон прямо запрещает законотворческую деятельность правительства»⁸⁰⁷. Мы относим РФ к странам, где не выражено отношение к делегированному законодательству. Это подтверждается, во-первых, иерархией нормативных актов, установленной конституцией, во-вторых, компетенцией президента, правительства и парламента. По нашему мнению, замалчивание вопроса, приводит к плачевным последствиям, таким, как широкая трактовка полномочий и злоупотребление правом со стороны государственных органов и должностных лиц.

Первые десятилетия XXI в. демонстрируют миру угрозы в виде экономического кризиса и депрессии в промышленности, обострения локальных вооружённых конфликтов в Восточной Европе (Украина) и на Ближнем Востоке (Сирия), политический раскол Евросоюза (Brexit). Европейский регион, Северная Америка, Азия показали спад производства и рост безработицы, что предопределяет необходимость оперативных антикризисных мер, следовательно, сфера применения делегированного законодательства в ближайшие годы будет расширяться.

По замечанию В.С. Троицкого и Л.А. Морозовой: «социально значимые решения требуют нормативного обеспечения»⁸⁰⁸. В.Г. Графский связывает возникновение делегированного законодательства «с последствиями усложнения и уско-

рения социально-экономических и законодательных процессов»⁸⁰⁹. Л.Ф. Абзалова отмечает «способность делегированного законодательства изменять и дополнять содержание законов, исходя из требований конкретной политической и экономической ситуации»⁸¹⁰. По нашему мнению, возникновению делегированного законодательства способствовал комплекс формально-юридических, социально-экономических, исторических, конфликтологических и политических причин. Не только динамика правовых отношений, сложность и длительность законодательного процесса, но также, особенности исторического развития, социальная обстановка, уровень конфликтности в стране, спектр политических сил, находящихся у власти, стимулировали становление института.

В юридической литературе высказываются точки зрения: полезно ли делегированное законодательство или является «неизбежным злом»⁸¹¹. Рост правительственного нормотворчества вызывает опасение у специалистов. Оно, по замечанию В.В. Маклакова, «лишает парламент, возможности принимать решения по вопросам, отнесённым к ведению органов исполнительной власти»⁸¹². Исследования В.Е. Чиркина показывают, что осуществление делегированного законодательства связано с такими демократическими институтами современного государства как разделение властей, парламентаризм.⁸¹³ В работе Ховарда «Новая деспотия», говорится, что использование делегированного законодательства приводит к установлению «новой деспотии» исполнительной власти⁸¹⁴. Мы положительно оцениваем делегированное законодательство в случае, когда парламент подробно прописывает в делегирующем законе правила, которыми должны руководствоваться органы исполнительной власти при реализации полномочий.

Произошла подмена понятия «делегированное законодательство», терминами иного рода. Определение делегированного законодательства не сформулировано, его не отличают от указного права и восполнения пробелов. Существуют различные подходы к определению делегированного законодательства. Ряд специа-

⁸⁰⁵ Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Учебное пособие. Под ред. Проф. З.М. Черниловского. Составитель В.Н. Садиков. М., 1994. С. 320; Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. Т.1: Древний мир и Средние века. Н. А. Крашенинникова, О.Л. Лысенко, Е. Н. Трикоз. М.: Юр. Норма, НИЦ Инфра-М, 2016. С. 120.

⁸⁰⁶ Арефина. И.С. Конституционные основы делегированного законодательства. Автореф. дисс. на соискание учен. степ. к.ю.н. М., МГУ. им. Ломоносова. 2003. С.4

⁸⁰⁷ Троицкий В.С., Морозова Л.А. Делегированное законотворчество// Государство и право. 1997. № 4. С. 21

⁸⁰⁸ Троицкий В.С., Морозова Л.А. Делегированное законотворчество// Государство и право. 1997. № 4. С. 21

⁸⁰⁹ Графский В.Г. Всеобщая история права и государства: Учебник для вузов. Институт государства и права РАН. М., Норма, НИЦ Инфра - М, 2016. С. 634.

⁸¹⁰ Абзалова Л.Ф. Делегированное законодательство// Государственная власть и местное самоуправление. М., 2007. № 1. С. 20

⁸¹¹ Колюшин Е.И. Конституционное (государственное) право России. М., 1999. С. 238; Реут. В. Декреты президента Республики Беларусь: теоретические аспекты и практика издания// Конституционное право: восточноевропейское обозрение. Чикаго. М., 1998, № 4(25); 1999 №1 (26) С. 44 – 48; Окушева Р.Т. Законы и акты исполнительной власти, имеющие силу закона в республике Казахстан (теоретический анализ)// Журнал российского права. М., 2000. №9. С. 111 - 124

⁸¹² Маклаков В.В. Эволюция статуса исполнительной власти в зарубежных конституциях// Исполнительная власть: сравнительно-правовое исследование. Сборник статей. Отв. ред. Маклаков В.В. М., ИНИОН РАН. 1995. С. 69.

⁸¹³ Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. 8 изд., перераб. и доп. М. Норма, НИЦ Инфра-М, 2014. С. 236; Чиркин В.Е. Законодательная власть. Монография. М. Норма, НИЦ Инфра-М, 2016. С. 91; Чиркин В.Е. Верхняя палата современного парламента: сравнительно-правовое исследование. Монография. М., Норма, НИЦ Инфра-М, 2015. С. 19-20.

⁸¹⁴ Howard G. The New Despotism. L. 1929. P. 63.

листов указывают на то, что это деятельность: И.С. Арефина определяет делегированное законодательство: «деятельность органа публичной власти на основании уполномочия парламента по изданию нормативных актов, регулирующих общественные отношения из сферы компетенции парламента на определенных условиях».⁸¹⁵

Другие авторы определяют институт через совокупность актов, В.Е. Чиркин: «акты исполнительной власти, изданные по поручению парламента, имеющие силу закона»⁸¹⁶. И.Н. Кирякова рассматривает делегированное законодательство в широком и в узком смысле, разграничивая акты, издаваемые в порядке делегирования законодательных и иных полномочий, определяет его, как совокупность нормативных правовых актов, издаваемых различными государственными органами, занимающими различную ступень в иерархии⁸¹⁷. В скандинавских странах, доктрина рассматривает делегированное законодательство, как возможность передачи компетенции одного органа другому, подход представлен и в отечественной науке. Компетенцию, как эффективный инструмент рассматривает Ю.А. Тихомиров: «Ядро компетенции субъекта права - принятие решений в соответствии с законом»⁸¹⁸. Через компетенцию, делегированное законодательство определяет Ю.Г. Арзамасов: «нормативные документы федеральных органов исполнительной власти могут быть делегированными, направленными на реализацию компетенции вышестоящих органов власти»⁸¹⁹. Мы считаем, что определение делегированного законодательства как деятельности необоснованно расширит границы понятия. Термин деятельность уместно употреблять только в отношении англосаксонской семьи, где делегированное законодательство разнообразно по форме и содержанию, множество адресатов полномочий. В романо-германской семье отношения по делегации сконцентрированы в высших органах государственной власти. Использование понятия «компетенция» не позволит разграничить делегирование и властное поручение в соподчиненной системе.

Делегированное законодательство, как отмечает С.И. Арефина, «связано с понятием делегирования полномочий»⁸²⁰. Мы считаем, понятия не просто взаимосвязаны, а соотносятся друг с другом, как причина и следствие. Делегирование полномочий по времени предшествует возникновению делегированного законода-

тельства, является основанием для нормотворчества. А.Н. Максимов отмечает: «предоставление подчиненным права самостоятельно решать задачи повышает ответственность и руководителя, и подчиненных, которым делегированы полномочия»⁸²¹. Связь делегации полномочий с процессом управления, отмеченная рядом авторов⁸²² не нашла закрепления в законодательстве.

В.С. Троицкий и Л.А. Морозова по способу наделения полномочиями выделяют прямое и косвенное делегированное законодательство: «При прямой делегации парламента издаёт акт, на основании которого правительство получает право на делегированное законодательство. При косвенном делегировании парламента закон составляется в общих выражениях, и применить его без нормоустанавливающей деятельности исполнительных органов невозможно»⁸²³. По нашему мнению, подход не позволяет отграничить косвенное делегирование от восполнения пробелов в праве. Мы предлагаем определить условную (частичную) делегацию, в случаях, когда парламентом установлены рамки правового регулирования для правительства, и безусловную (полную) передачу полномочий, при которой ограничений нет. Деление имеет значение, так, как только за частичной делегацией возможен контроль. Мы считаем, что возможность безусловной (полной) делегации полномочий должна быть ограничена законом или вовсе запрещена.

Основанием делегированного законодательства выступает акт парламента. С.И. Арефина выделяет стадии осуществления делегированного законодательства⁸²⁴: 1. Принятие парламентом решения о делегировании законодательных полномочий или обращение субъекта (правительства, президента) с просьбой о предоставлении ему полномочий. 2. Выполнение уполномоченным органом переданных ему парламентом полномочий. 3. Утверждение парламентом актов делегированного законодательства. 4. Вступление в силу акта делегированного законодательства или утрата им силы. И.Н. Кирякова, выделяет стадию «инициатива делегирования»⁸²⁵, В.И. Червонюк - «прекращение действия делегированного акта»⁸²⁶.

По нашему мнению, необходимо дополнить стадии в процессе осуществления делегированного законодательства: А) Медиативной: осуществляется переговорный процесс, достигаются предварительные соглашения по материальным и ор-

⁸¹⁵Арефина. И.С. Конституционные основы делегированного законодательства. Автореф. дисс. на соискание учен. степ. к.ю.н. М., МГУ. им. Ломоносова. 2003.С.11.

⁸¹⁶Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. 8 изд., перераб. и доп. М. Норма, НИЦ Инфра-М, 2014. С. 236

⁸¹⁷Кирякова И.Н. Уровни и субъекты делегирования полномочий// Вестник Полоцкого государственного университета. № 5. 2012. С. 145 – 149.

⁸¹⁸Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. М., Юстициформцентр. 2001. С. 237.

⁸¹⁹Арзамасов Ю.Г. Нормотворческая компетенция федеральных органов исполнительной власти// Государство и право. 2007. № 6. С. 27.

⁸²⁰Арефина. И.С. Конституционные основы делегированного законодательства. Автореф. дисс. на соискание учен. степ. к.ю.н. М., МГУ. им. Ломоносова. 2003.С.12.

⁸²¹Максимов А.Н. Делегирование полномочий как фактор оптимизации стиля управления// Юрист. 2007. № 8.

⁸²²Вересов Н.Н. Психология управления. М., 2001. С. 111-114; Яськов Е.Ф. Теория и практика социального управления. М., 1997. С. 44.

⁸²³Троицкий В.С., Морозова Л.А. Делегированное законотворчество// Государство и право. 1997. № 4. С. 21

⁸²⁴Арефина. И.С. Конституционные основы делегированного законодательства. Автореф. дисс. на соискание учен. степ. к.ю.н. М., МГУ. им. Ломоносова. 2003.С.14.

⁸²⁵Кирякова И.Н. Стадии делегирования законодательных полномочий в зарубежных странах// Научные стремления. 2012. № 4. С. 19-21.

⁸²⁶Червонюк В.И., Якадин Д.Д. Делегирование законодательных полномочий как вид юридических производств (сравнительно-правовой анализ)// Вестник Саратовской государственной юридической академии. №3(98). 2014. С. 180-187.

ганизационным условиям делегации полномочий. Б) Контрольной: отчётность органов исполнительной власти перед парламентом. Парламент оценивает реализацию переданных полномочий, правильность выполнения указаний по делегированным вопросам. Мы включаем в данную стадию административные и судебные процедуры по контролю. Контрольной стадией часто пренебрегают, что недопустимо.

Перераспределение законодательных полномочий при определённых обстоятельствах может создавать условия для доминирования правительства, разрушения системы сдержек и противовесов. Мы не согласны с выводом И.С. Арефиной, что «институт делегированного законодательства не противоречит теории разделения властей, а органично в неё вписывается»⁸²⁷. В случае передачи общих, ничем не ограниченных полномочий, делегированное законодательство деформирует разделение властей.

Следующее направление критики - ограничение прав и свобод граждан посредством делегированных актов. В.А. Мальцев, в отношении делегации полномочий, связанных с обеспечением прав и свобод граждан, отмечает: «не все вопросы являются делегируемыми, передавая полномочия исполнительной власти, законодатель должен установить рамки для подзаконных актов»⁸²⁸. Соглашаясь, отметим, создание рамок не решит проблем и не даст гарантию от правонарушений. Такие вопросы, как правовой статус личности, права и обязанности, гарантии и свободы граждан, особенности правового положения апатридов, иностранцев и лиц с двойным гражданством, не могут делегироваться. Слабая сторона в правоотношении с административными органами - гражданин, должен защищаться законом. В перечень не делегируемых вопросов мы включаем, основы конституционного строя, судебную систему, правоотношения в сфере уголовного права и уголовного процесса, национальной безопасности, государственной тайны. Перечень должен быть закреплён законодательно. Передача исполнительной власти данных вопросов недопустима, потому что создаёт условия для злоупотребления полномочиями и неравенства участников правоотношений, является конфликтогенным фактором.

Новая тенденция: не принимаются делегированные акты, необходимые для исполнения закона и защиты прав граждан. С.В. Кабышев приводит пример: в 2000 г. из-за содержания в воде опасных бактерий в Уолкертоне (Онтарио) умерли 7 человек, тысячи заболели. По итогам расследования вина возложена на правительство провинции Онтарио, которое не приняло актов, регламентирующих

оценку качества воды, и на федеральное правительство Канады, которое не разработало национальные стандарты безопасности воды⁸²⁹.

Специалисты говорят о делегированном законодательстве в контексте взаимоотношений парламента и правительства. Мы отметим, форма государства, его административно-территориальное устройство, оказывают воздействие на делегированное законодательство. В федеративных государствах, в унитарных (с широкой степенью автономии регионов), присутствует делегация законодательных полномочий от федерального центра субъектам. Мы не согласны с И.С. Арефиной: «функционирование института делегированного законодательства в зависимости от формы правления, от модели конституционного права, от территориального устройства, которые существуют в данной стране, они не будут оказывать существенного влияния на модель делегированного законодательства, хотя иногда определяют круг управомочиваемых субъектов»⁸³⁰. Не только субъектный состав определяется формой государства, но и предметный круг вопросов, процедура принятия актов делегированного законодательства.

Для интеграции института делегированного законодательства в правотворческий процесс, с соблюдением всех его базовых принципов, по нашему мнению, необходима реализация следующей концепции поправок в Конституцию РФ, федеральные законы и подзаконные нормативные акты, связанных с признанием деюре института делегированного законодательства, как конфликто-регулирующего инструмента.

Мы предлагаем:

1. Дополнить ст. 78 Конституции РФ⁸³¹ п. 5 в следующей редакции: «Федеральное собрание РФ делегирует Правительству РФ, федеральным органам исполнительной власти, а так же органам законодательной и исполнительной власти субъектов РФ, принадлежащие ему законодательные полномочия. Передача полномочий осуществляется в порядке, предусмотренном федеральным законом».

2. Ч. 1 ст. 103 Конституции РФ, касающуюся предметов ведения Государственной Думы, дополнить пунктом «е», в следующей редакции: «делегирование законодательных полномочий Правительству РФ, федеральным министерствам, законодательным органам субъектов РФ».

3. В. ч. 1 ст. 102 Конституции РФ, посвящённую предметам ведения Совета Федерации, включить п. «ж» в следующей редакции: «контроль над актами делегированного законодательства, принятыми Правительством РФ, федеральными министерствами, законодательными органами субъектов РФ».

⁸²⁷ Арефина. И.С. Конституционные основы делегированного законодательства. Автореф. дисс. на соискание учен. степ. к.ю.н. М., МГУ. им. Ломоносова. 2003.С.12.

⁸²⁸ Мальцев В.А. Проблемы ограничения основных прав граждан делегированным законодательством// Международно-правовые чтения. Выпуск 1. Отв. ред. П.Н. Бирюков. Воронеж: Воронежский государственный университет. 2005. С. 52.

⁸²⁹ Кабышев С.В. Контроль над делегированным законодательством в Канаде.// Вестник Нижегородской Академии МВД России. 2014. № 4(28). С. 35 – 39.

⁸³⁰ Арефина. И.С. Конституционные основы делегированного законодательства. Автореф. дисс. на соискание учен. степ. к.ю.н. М., МГУ. им. Ломоносова. 2003.С.20

⁸³¹ Собрание законодательства РФ, 04.08.2014, N 31, ст. 4398.

4. Ст. 108 дополнить ч. 3 в следующей редакции: «Законы о делегировании полномочий принимаются в форме привилегированных законов, посредством квалифицированного большинства в 65% от общего числа депутатов Государственной Думы, одобряются квалифицированным большинством в 65 % от общего числа членов Совета Федерации».

5. Ст. 71 Конституции РФ дополнить ч. 2, в следующей редакции: «РФ вправе делегировать субъектам РФ вопросы, находящиеся в исключительном и совместном ведении РФ».

6. П.7 ст. 3 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»⁸³², по нашему мнению, абстрактный, создаёт условия для произвольной трактовки полномочий КС РФ и роста коррупции в судебной системе. Мы предлагаем дополнить ст. 3 п. 8 в следующей редакции: «Суд осуществляет проверку актов делегированного законодательства по запросам государственных органов и должностных лиц, а также по собственной инициативе, при наличии представлений соответствующих управлений Секретариата КС РФ».

7. Мы отмечаем, во-первых, упрощённый подход к медиации, зафиксированный в ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»⁸³³. Во-вторых, узкую сферу применения медиации, ограниченную ч.2 ст.1 указанного ФЗ, гражданскими, семейными, трудовыми и бизнес-конфликтами. Недооценена применимость медиации в других сферах, например, в управлении.

Мы предлагаем дополнить ФЗ «О медиации» особенной частью - глава 1 «Медиация споров сфере управления» в следующей редакции:

Ст. 21. Общие принципы медиации административных конфликтов:

законность, соблюдение прав и свобод граждан, единство правового пространства РФ, субординации.

Ст. 22. Медиативные инструменты в административных спорах.

1. Медиативными инструментами в административных спорах являются: переговорный процесс, учёт взаимных интересов государственных органов и должностных лиц, медиативные оговорки в уставах государственных и муниципальных органов.

2. Особыми медиативными инструментами являются институты делегированного законодательства и делегированных полномочий, установленные соответствующим федеральным конституционным законом.

Ст. 23. Медиатор в административных спорах.

1. Медиатором в административных спорах могут быть государственные и частные медиаторы, обладающие необходимыми опытом и квалификацией в вопросах управления, политики и права.

2. Соглашение о передаче спора на медиацию заключается публично между государственными органами и должностными лицами, по итогам конкурса и правилам государственных контрактов, в целях предотвращения коррупции.

Ст. 24. Медиативное соглашение по административным спорам.

1. Положительная процедура медиации по конфликтам в сфере управления заканчивается подписанием медиативного соглашения.

2. Одной из форм медиативного соглашения являются акты делегированного законодательства.

8. Главу 4 ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ»⁸³⁴ мы предлагаем дополнить ст. 26.10 «Акты делегированного законодательства при взаимодействии РФ и субъектов РФ» в следующей редакции:

«1. Исполнение субъектами РФ отдельных государственных полномочий осуществляется на основании делегированного законодательства.

2. К делегированным актам применяются правила соответствующего федерального конституционного закона».

9. П. 2. Ст. 19 ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ»⁸³⁵ мы предлагаем изложить в следующей редакции: «Наделение органов местного самоуправления государственными полномочиями РФ осуществляется только делегирующими законами РФ, государственными полномочиями субъектов РФ - делегирующими законами субъектов РФ, в соответствии с федеральным конституционным законом».

Главу 7 закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ» мы предлагаем дополнить статьёй 48-1 «Акты делегированного законодательства в сфере местного самоуправления», в следующей редакции:

«1. Органы местного самоуправления принимают акты делегированного законодательства в порядке, установленном Конституцией и соответствующим федеральным конституционным законом.

2. Основанием для делегированного нормотворчества являются законы парламента и постановления правительства.

3. При делегации полномочий, исполнение которых требует финансовых вложений, соответствующие средства предоставляются одновременно с наделением полномочиями.

4. Органы законодательной и исполнительной власти наделяются контрольными полномочиями в отношении актов делегированного законодательства органов местного самоуправления.

5. Согласие органов местного самоуправления является обязательным для возложения делегированных полномочий».

⁸³²Официальный интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 30.07.2018).

⁸³³Собрание законодательства РФ, 02.08.2010, N 31, ст. 4162.

⁸³⁴Официальный интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 04.08.2018).

⁸³⁵Официальный интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 19.02.2018).

10. Для исчерпывающей и логически завершённой системы правового регулирования соответствующие изменения, посвящённые делегированному законодательству необходимо внести в регламенты палат Федерального Собрания РФ.

Для защиты и реализации основных принципов правотворчества, ответственность за делегированное законодательство должна быть распределена между верхней и нижней палатами парламента следующим образом: Государственная Дума РФ делегирует полномочия, а Совет Федерации контролирует их исполнение.

Главу 16.1 Регламента Государственной Думы РФ⁸³⁶ мы предлагаем дополнить ст. 143.3 следующего содержания:

«1. Государственная Дума РФ делегирует правотворческие полномочия Правительству РФ

2. Делегация осуществляется посредством делегирующего закона».

Главу 12 Регламента Совета Федерации РФ⁸³⁷ мы предлагаем дополнить ст. 110. 1, и изложить в следующей редакции:

«1. Предварительное рассмотрение вопросов делегированного законодательства осуществляется в профильном комитете.

2. Совет Федерации Федерального собрания реализует контрольные полномочия в отношении актов делегированного законодательства».

Таким образом, реализация института делегированного законодательства может не только не противоречить основным принципам правотворчества, но и органично способствовать их полной и всесторонней реализации. При этом важно соблюсти ряд условий: не делегировать абстрактные, ничем не ограниченные полномочия. За верхней палатой парламента должны быть закреплены контрольные полномочия. Необходимо создание совместного комитета Государственной Думы и Совета Федерации Федерального Собрания РФ по делегированному законодательству, в рамках деятельности которого разрешались бы спорные вопросы и конфликтные ситуации.

§ 6. Юридическое образование как конституционная ценность (на примере Республики Арцах)

Юридическое образование - это целенаправленный процесс получения личностью фундаментальных (глубоких, научных, систематизированных, комплексных) юридических знаний, отвечающих современному уровню развития юридической теории и практики⁸³⁸. Несмотря на то, что регулярно говорится о большом числе выпускников с юридическим образованием и о «выпуске» большого числа

юристов, чем спрос на рынке труда, часть выпускников средних учебных заведений продолжает выбирать именно эту профессию.

По нашему мнению, «выпуск» большого числа юристов, или, как часто говорится, чрезмерное производство юристов не является негативным явлением, поскольку юристы не работающие по профессии могут также способствовать процессу построения гражданского общества и правового государства. Самой большой проблемой здесь является низкий профессиональный уровень юристов, что может иметь противоположный результат. Кроме того, знания и возможности неквалифицированного юриста могут вводить в заблуждение других представителей общественности о профессии юриста, предполагая, что поступить на юридический факультет и окончить его очень просто.

Ни для кого не секрет, что почти во всех странах мира юридическое образование находится на передовом месте и является составляющей конституционной безопасности. Юридическое образование, как конституционная ценность, приобрело значение конституционной безопасности и в такой стране, как Республика Арцах, которая пока еще не признана международным сообществом. По мнению О.Снежко, под конституционными ценностями следует понимать основополагающие, предельно обобщенные принципы (цели, установки), лежащие в основе российской государственности⁸³⁹. Как отмечает Н. Бондарь, «понимание юридического образования как конституционной ценности заключается в том, что качество подготовки юридических кадров – это, в конечном счете, проблема конституционной безопасности; причем безопасность в этом случае в одинаковой степени касается как общества и государства, так и каждой конкретной личности»⁸⁴⁰. Здесь, говоря о конституционной безопасности, необходимо принять бесспорную истину о том, что особенно те, кто имеет профессию юриста, должны строго следовать Конституции и чувствовать обязанность выполнения положений последнего, а также обучать граждан таким же образом. Вообще, мы глубоко убеждены в том, что благородная миссия юриста заключается не только в разрешении правовых споров, но и в содействии облегчению и минимизации этих правовых споров внутри страны и за ее пределами.

Проблема юридического образования связана также с профессиональной правосознательностью юристов, поскольку они, как говорится на библейском языке, являются «семенами» правовых знаний. В то же время, дипломированный юрист, имеющий юридическое образование и искаженные юридические знания, работающий в государственном и частном секторах, в некотором смысле, представляет собой угрозу для государственности и правовой системы.

⁸³⁶ Собрание законодательства РФ, 16.02.1998, N 7, ст. 801

⁸³⁷ Собрание законодательства РФ, 18.02.2002, N 7, ст. 635

⁸³⁸ Усанов Е.Е. Место юриспруденции в системе наук об образовании // Юридическое образование и наука, 2012, № 2, с. 12-17.

⁸³⁹ Снежко О. Правовая природа конституционных ценностей современной России // Сравнительное конституционное обозрение, 2005, №2(51), С. 13.

⁸⁴⁰ Бондарь Н.С. Российское юридическое образование как конституционная ценность: национальные традиции и космополитические иллюзии. Серия «Библиотечка судебного конституционализма». Вып. 3. 2-е изд., доп. - М.: Изд-во «Юрист». 2014, с. 23.

Итак, в Республике Арцах юристов готовят Арцахский государственный университет⁸⁴¹ и два частных вуза: университет «Месроп Маштоц»⁸⁴² и университет «ГригорНарекаци»⁸⁴³. По ряду причин уровень подготовки юристов не находится на надлежащем уровне, и в данном направлении необходимо предпринять конкретные шаги.

В этой связи мы разделяем мнение профессора А. Вагаршяна о том, что при проведении реформ в сфере юридического образования необходимо учитывать следующие обстоятельства: 1. реформы надо связывать с местными особенностями; 2. реформы следует осуществлять, не заимствуя модели других стран, а учитывая тенденции развития науки во всемирном масштабе, при этом не ломая армянскую систему⁸⁴⁴.

Ниже приведем и проанализируем основные причины, которые препятствуют развитию юридического образования в Республике Арцах.

Пересмотр подходов к юридическому образованию

Так как в мире не существует всеобъемлющей модели юридического образования, в Республике Арцах необходимо выработать на государственном уровне концепцию по развитию юридического образования, уделяя особое внимание в процессе подготовки юристов качеству, а не числу последних. Наши наблюдения показали, что рост числа юристов в стране не способствует повышению уровня правовой культуры граждан. В этой связи есть мнение, что «главная проблема юридического образования состоит не столько в снижении уровня подготовки юристов как таковом, сколько в том, что наша юридическая образовательная среда в своих базовых элементах не находит вектора изменений, адекватных потребностям социального развития общества. Сложилось фундаментальное противоречие между современной социальной практикой и сложившейся моделью подготовки юристов»⁸⁴⁵.

При разработке вышеупомянутой концепции следует рассмотреть следующие основные вопросы:

- Весь комплекс юридического образования может быть изображен в виде дома, фундамент которого закладывается в школе, верхние этажи - в университете, а содержание передается через опыт. Поэтому для подготовки квалифицированных юристов следует уделять одинаковое внимание всем этим аспектам.
- Необходимо пересмотреть и улучшить требования к поступлению на юридический факультет или отделение, в частности, абитуриент должен обяза-

тельно сдать экзамен из юридического компонента предмета «Обществоведение». Тем самым будет проверен уровень его юридических знаний до поступления в высшее учебное заведение.

- В учебную программу необходимо вводить такие предметы, у которых будет не просто обязательное требование получить кредит, а которые станут основой для правильной ориентации и принятия адекватных решений на основе теоретических правовых знаний в разных жизненных ситуациях. В этой связи важно рассмотреть вопрос о внедрении института выборных предметов в вузах, когда студенту предоставляется возможность выбрать определенное количество предметов из нескольких курсов, что принято во многих зарубежных вузах.

- В результате обучения выпускник с юридическим образованием должен приобрести определенные качества, способности и навыки, подходящие как для этой, так и для других профессий, ведь профессия юриста, помимо того, что она авторитетна, является хорошей основой для занятия ответственных должностей как в государственном, так и в частном секторах.

- Собственный опыт преподавания в вузах Республики Арцах показывает, что необходимо ужесточить требования к осуществлению юридического образования по системе заочного обучения. По данной форме обучения студенты бакалавриата изучают и заканчивают юридический факультет, получают диплом, не имея достаточных правовых знаний, мышления и навыков для работы в этой профессии. Здесь большая проблем заключается также в том, что часто в магистратуру юридического отделения поступают не юристы, и вместо того, чтобы передавать знания и обсуждать вопросы соответствующего уровня, преподаватель вынужден объяснять, к примеру, что такое право и государство. Резюмируя, процитируем справедливое замечание С. Шахрая - «Невозможно стать юристом на расстоянии»⁸⁴⁶. Поэтому необходимо постепенно ужесточить, а в случае невозможности - устранить форму заочного обучения в юридическом отделении.

Последовательное совершенствование преподавателей, методика преподавания и вознаграждение

Как справедливо отмечает Ю. Овчинникова, «уровень юридического образования обусловлен качеством преподавательских кадров»⁸⁴⁷. В 2017 году, в ходе конференции, проведенной в городе Нижний Новгород Российской Федерации, мы выразили мнение, что «для качества юридического образования очень важна подготовка и повышение квалификации преподавателей, которые должны регулярно заниматься научной деятельностью, выступать с докладами на научных конференциях и публиковать научные статьи в местных и зарубежных журналах.

⁸⁴¹ Веб-сайт Арцахского государственного университета <http://www.asu.am/>.

⁸⁴² Веб-сайт Университета «Месроп Маштоц» <http://www.mashtots.am/>.

⁸⁴³ Веб-сайт Университета «ГригорНарекаци» <http://grigornarekatsi.am/>.

⁸⁴⁴ Вагаршян А., Педагогические системы современного мира и проблемы юридического образования в Армении, ЕГУ, сборник материалов конференции профессорско-преподавательского состава юридического факультета ЕГУ, Ереван, ЕГУ, 2016, С. 6-17.

⁸⁴⁵ Синюков В.Н., Синюкова Т.В. Концептуальные основы развития университетского и прикладного юридического образования в России, Юридическая техника, 2009, №3, с. 293.

⁸⁴⁶ Шахрай С.М. Проблемы качества юридического образования // Интернет-конференция Шахрая Сергея Михайловича // URL: <http://www.garant.ru/action/conference/10208/> - 11.01.2018.

⁸⁴⁷ Овчинникова Ю.В. Актуальность повышения квалификации преподавателей права в направлении развития педагогической составляющей их профессиональной компетентности // Юридическое образование и наука, 2011, № 4, с. 20-22.

Университеты, в свою очередь, должны обеспечить преподавателей и студентов новой литературой (монографии, учебники, журналы, сборники международных конференций и т. д.)»⁸⁴⁸. Здесь следует отметить, что «непризнание страны в некоторых случаях препятствует установлению реального сотрудничества между университетами Арцаха и иностранными университетами»⁸⁴⁹.

Для того чтобы подготовить высококачественные кадры, преподаватели должны постоянно совершенствоваться, что подразумевает комплекс следующих компонентов.

- Желательно, чтобы университеты в своей политике преподавания совместили как научную степень преподавателей, так и их богатый практический опыт, и поощряли такой подход. Хорошо известно, что во время учебы студенты вузов пишут рефераты, курсовые работы и магистерские диссертации, которые в основном проводятся под руководством преподавателя. Если преподаватель, к примеру, не владеет или в недостаточной мере владеет нюансами проведения научных исследований и не имеет соответствующего опыта, то могут появиться сомнения относительно качества выполненной под его руководством работы и знаний, полученных в итоге исполнителем.

- Независимо от фактических знаний и мировоззрения преподавателя, если он хотя бы раз в год не участвует в серьезной иностранной конференции и не общается со своими коллегами, не причастен к глобальным событиям в сфере науки, или, по крайней мере, раз в пять лет не направляется на обучение за рубежом для изучения передового иностранного опыта и его внедрения в Республике Арцах, то начнется процесс деградации, который окажет негативное влияние на его профессиональную деятельность.

- Необходимо руководствоваться узко ориентированной методикой преподавания, и в данном контексте следует исключить практику, при которой, например, специалист по гражданскому праву преподает уголовное право, или специалист по теории государства или права преподает международное право или наоборот.

- Предлагается установить порядок в вузах, согласно которому каждый основной преподаватель должен опубликовать по меньшей мере одну статью в авторитетных зарубежных научных журналах, за что будут предусмотрены премии

⁸⁴⁸ Арутюнян А.Г. Проблемы юридического образования в Республике Арцах, Сборник докладов международной научно-практической конференции «Трансформация человеческого потенциала в контексте столетия»/ Под общей редакцией проф. З.Х. Саралиевой: В 2 т. Т. 2. – Н.Новгород: Изд-во НИСОЦ, 2017, с. 332.

⁸⁴⁹ Подробнее об этом смотрите: Арутюнян А.Г., Петикян С.Г. Проблемы установления международных связей между вузами Нагорно-Карабахской Республики и Российской Федерации // Специфика профессиональной деятельности социальных работников / Под общей ред. проф. З.Х. Саралиевой – Н.Новгород: изд-во НИСОЦ, 2015, с. 503-505.

альные, как это принято во многих зарубежных вузах⁸⁵⁰. Это также создаст конкурентную среду внутри вуза и по всей Республике.

- Для подготовки квалифицированных юристов также важно наличие современной профессиональной литературы. Имеется в виду приобретение как отечественной, так и зарубежной литературы, поскольку в вузах мы часто видим учебники или другие вспомогательные материалы, которые давно утратили свою актуальность и вышли из употребления, а новые отсутствуют. Кроме того, как преподаватели, так и студенты должны умело пользоваться правовыми - информационными системами как Республики Арцах, так и других стран, и со студенческой скамьи изучать и освоить законодательство страны.

Преподаватель 21-ого века должен иметь новаторские взгляды, связанные с юридическим образованием, и преподавать по новой методике. Очевидно, что внедрение новых методов обучения в индивидуальном порядке, в среде тех, кто не является носителями этих идей, невозможно. Поэтому в современных условиях необходимо готовить квалифицированных специалистов, что предоставляет возможность сочетать фундаментальные профессиональные знания с новаторством практического склада мышления и решать конкретные проблемы с помощью исследовательского подхода⁸⁵¹.

Некоторые эксперты считают, что отказ от академических подходов может привести к сокращению числа магистрантов и аспирантов⁸⁵². Тем не менее мы не можем полностью согласиться с этой идеей, так как использование альтернативных методов облегчает выявление студентов, у которых есть желание и способности заниматься наукой в будущем. Последнее обусловлено тем, что новые методы призваны способствовать формированию и укоренению правового мышления и правового мировоззрения. В этом смысле необходимо пересмотреть методику преподавания, отдав предпочтение интерактивным методам (например, через слайды).

В заключение следует отметить, что одной из проблем сферы юридического образования является повышение роли и значимости преподавателя в обществе, и одним из факторов здесь можно считать низкую заработную плату⁸⁵³. Для того, чтобы сделать работу преподавателя привлекательной и почетной, необходимо

⁸⁵⁰ Выплата вознаграждений за публикации статей в высокоцитируемых научных журналах - <https://mipt.ru/science/Stop100/staff/publications/renumeration.php>, Стимулирование публикаций в зарубежных научных изданиях - <https://urfu.ru/ru/science/stimul-publik/> - 08.01.2018;

⁸⁵¹ Сергеев И.В. Методика оценки уровня профессиональной подготовки выпускников вуза // Вестник Российской таможенной академии, 2012, № 4, с. 66-71.

⁸⁵² Наумкина В.В. Двухуровневое юридическое образование и компетентностный подход: вопросы теории // Юридическое образование и наука, 2012, № 4, с. 13-15.

⁸⁵³ A. Kenneth Pye, *Legal Education in an Era of Change: The Challenge*, 1987 *Duke Law Journal* 191-203 (1987) <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.am/&httpsredir=1&article=2978&context=dlj>; Кондратьева Е.А., Отдельные проблемы качества юридического образования и пути их решения: взгляд преподавателя, Проблемы качества юридического образования в современной России: материалы международной научно-практической конференции, Нижний Новгород, 2011, с. 84.

увеличить заработную плату последнего, а также установить дополнительные привилегии (например, возможность приобрести квартиру в Республике Арцах по льготному ипотечному кредитованию).

Низкий уровень финансовой безопасности в некоторых случаях повышает риски коррупции, что отрицательно сказывается на профессиональном качестве и образе действия будущего юриста.

Гармонизация теоретических знаний с практическими навыками

Одной из проблем юридического образования является неполное наличие теоретических знаний и практических навыков у студентов. Личный опыт показывает, что во время учебы главное внимание акцентировано на приобретении теоретических знаний, которые должны передаваться посредством новых технологий и методов преподавания. Н.Семенова также считает, что «юридическое образование должно быть не только теоретическим, но и ориентированным на будущую практическую деятельность»⁸⁵⁴.

Необходимость развивать практические навыки и умения обусловлена довольно жесткими требованиями рынка труда, а именно конкурентоспособностью, профессиональной мобильностью и т. д..

В настоящее время сотрудники обязаны не только выполнять инструкции работодателя, но и занимать ту или иную позицию, предлагать новаторские идеи, чтобы сделать работу более эффективной. В этом случае важно существование сотрудника с различными профессиональными способностями и возможностями, их дальнейшее развитие и приобретение новых⁸⁵⁵.

На наш взгляд, для повышения уровня профессионализма юристов крайне необходимо, чтобы вузы тесно сотрудничали с работодателями в государственном и частном секторах и передавали будущим юристам минимальные возможности и навыки, необходимые для применения как в общих, так и конкретных областях.

За годы учебы, в основном на старших курсах, студенты проходят образовательную, производственную и преддипломную практику. По сути, студенты получают самые стабильные знания на производственной практике, где у них есть возможность почувствовать себя юристом. Именно поэтому высшие учебные заведения должны поддерживать тесные контакты с практикующими юристами, поскольку в результате непосредственного контакта с ними студенты больше интересуются профессией юриста. Только таким образом можно будет применять теоретические знания на практике.

⁸⁵⁴ Семенова Н.С., Пути совершенствования содержания юридического образования. Проблемы качества юридического образования в современной России: материалы международной научно-практической конференции, Нижний Новгород, 2011, с. 191.

⁸⁵⁵ Ильина Л.А. Формирование профессиональной компетентности как компонента подготовки менеджеров / Л. А. Ильина // Устойчивое развитие вуза на основе стратегии повышения качества образовательного процесса : монография / Г. П. Гагаринская, Л. А. Ильина [и др.]. – Самара: СамГТУ; Минск: БГУИР, 2007, с.295.

Кроме того, чтобы укрепить теоретические знания практическими навыками, необходимо начать практику с первого курса, где они смогут познакомиться с сущностью работы и рабочим местом. Желательно, чтобы с первого курса для студентов организовывались посещения государственных органов (Национальное собрание, Правительство, Прокуратура, Полиция, Центральная избирательная комиссия и т. д.), где они познакомились бы с особенностями деятельности каждого органа. Представителям этих органов можно предложить выступить с лекциями в университетах. А со 2-го курса студенты могут посещать суд для участия в судебных заседаниях, исправительные учреждения, где они ознакомились бы с условиями несения наказания заключёнными, проведут некоторое время в тюремных камерах, будут говорить о необходимости уважения прав, о привлечении к ответственности, о будущем и о многом другом.

Одним из наиболее эффективных способов решения обсуждаемой проблемы является открытие юридических клиник во всех университетах Республики Арцах. В свое время мы также затронули этот вопрос⁸⁵⁶, и мы рады, что в Арцахском государственном университете уже существует такая клиника⁸⁵⁷. Желательно, чтобы и в других университетах также открылись создание юридических клиник.

При наличии юридической клиники студенты уже с первого курса могут участвовать в решении юридических вопросов. Сначала с преподавателями и специалистами-практиками, а затем самостоятельно, они смогут полностью применить теоретические знания в жизни, понять, готовы ли они взять на себя ответственность в этой серьезной профессии.

В настоящее время студент-юрист сдает экзамены по тестам, что мешает ему получить гибкость речи и мысли, присущие юристу. Тесты помогают учащимся механически запоминать теоретические знания и препятствуют восприятию сущности и содержания представленного материала. Необходим подход, при котором у учащихся развивалась бы устная речь, а не стандартное мышление. В данном контексте необходимо пересмотреть существующую систему оценки знаний и отдать предпочтение самообучению студентов и развитию творческого мышления.

В этом смысле также важно пересмотреть темы курсовых работ и магистерских диссертаций, отдавая предпочтение актуальным вопросам, связанные с правовыми вопросами Арцаха. Кроме того, студентам и магистрантам должно быть дано право предлагать свои темы. Параллельно необходимо продемонстрировать последо-

⁸⁵⁶ Арутюнян А.Г. Проблемы юридического образования в Республике Арцах, Сборник докладов международной научно-практической конференции «Трансформация человеческого потенциала в контексте столетия»/ Под общей редакцией проф. З.Х. Саралиевой: В 2 т. Т 2. – Н.Новгород: Изд-во НИСОЦ, 2017, с. 331-333.

⁸⁵⁷ Состоялась церемония открытия юридической клиники Арцахского государственного университета http://www.asu.am/index.php?option=com_content&view=article&id=1141&Itemid=1&lang=am - 06.11.2017.

вательное отношение в плане того, чтобы работы с аналогичным содержанием 3-летней давности не повторялись и был исключен плагиат.

В целях повышения качества юридического образования и развития способностей учащихся необходимо организовывать студенческие олимпиады, конкурсы, интеллектуальные игры, а также дискуссии по различным отраслям права. Исходя из личного опыта, мы можем с уверенностью сказать, что довольно эффективно проводить тренинги для повышения правосознания студентов и магистрантов юридических и других факультетов⁸⁵⁸, которые могут быть осуществлены с помощью методологий неформального образования и при сотрудничестве с общественными организациями.

Празднование профессионального дня юриста

В Республике Арцах часть граждан являются юристами по профессии. Они работают как в государственном (правоохранительные и другие органы), так и в частном секторах. Несмотря на это, в календарях двух армянских республик нет Дня юриста. В качестве примера отметим, что День юриста в Российской Федерации отмечается 3-го декабря, в Беларуси - в первое воскресенье декабря, в Кыргызстане - в последнее воскресенье июня, в Молдове - 19-ого октября, в Украине - 8-го октября и т. д.

Кстати, определенная категория юристов в Республике Арцах имеет свой профессиональный день. Так, день работника судебной системы отмечается 20-ого января, день сотрудника прокуратуры - 26-го ноября, профессиональный день сотрудника полиции - 30-го ноября⁸⁵⁹.

Поскольку не все юристы работают в вышеупомянутых органах и с учетом необходимости оценить профессию юриста в обществе и государстве, предлагаем добавить День юриста в календаре Республики Арцах и отметить его 20-го мая. Этот день выбран не случайно - 13-го мая 488 года, который, согласно работе Р. Амбарцумяна «Армянский календарь», соответствует 20 мая современного календаря (месяц мая начинается 8-го мая и заканчивается 6-го июня), во время собрания, созванного Вачаганом Барепаштом в местности Агвен в Арцахе, была принята первая в армянской действительности конституция - «Каноничная Конституция», которая по сей день находится в центре внимания ученых со дня ее принятия.

Учреждение и празднование профессионального Дня юриста в Республики Арцах 20-ого мая может также иметь тот подтекст, что 1530 лет назад именно в Арцахе был принят правовой документ, близкий к философии современных конституций.

⁸⁵⁸В Степанакерте начался четырехдневный учебный курс по повышению уровня правосознания молодежи, <http://aegmm.org/archives/639-24.03.2016>.

⁸⁵⁹Службы национальной безопасности, спасательная исполняющая судебных актов, в которой также работают юристы, имеют свой профессиональный день, соответственно 20-ого декабря, 4-ого сентября и 10-ого сентября.

§ 7. Порядок изменения, внесения поправок и принятия Уставов (Конституций) субъектов Российской Федерации как опыт регионального правотворчества.

Наука и практика конституционного права оперирует терминами «гибкая» и «жесткая» конституции, относящиеся к степени сложности процедуры изменения основного закона. Данные понятия в научный оборот ввел английский историк и юрист конца XIX – начала XX века Джеймс Брайс. К гибким конституциям относятся такие, изменение которых возможно в порядке принятия обычного закона (такой порядок характерен для законодательного процесса Новой Зеландии, Израиля и др.), жесткая конституция подразумевает усложненную процедуру, по сравнению с принятием обычного закона, внесения изменений в конституцию (такой порядок характерен для большинства стран мира, в том числе и России).

Если попытаться использовать данную терминологию для характеристики Устава Курской области с точки зрения сложности его изменений, то можно говорить о его «жесткости», поскольку сам Устав оговаривает наличие усложненной процедуры внесения в него поправок и пересмотра основных положений.

Также отметим, что Устав Курской области не содержит так называемых защищенных статей, которые изменяются в еще более жестком порядке, чем другие, либо инициатива их изменения влечет пересмотр всех положений устава в целом (по аналогии с пересмотром глав 1,2,9 Конституции Российской Федерации).

В соответствующей статье Устава перечислены должностные лица, имеющие право вносить предложения в Курскую областную Думу о поправках или пересмотре Устава. К ним относятся: Губернатор Курской области, одна треть от установленного числа депутатов Курской областной Думы и не менее чем одна пятая от числа представительных органов местного самоуправления муниципальных образований Курской области. Заметим, что Устав содержит исчерпывающий, закрытый перечень данных субъектов, причем он значительно уже, чем перечень должностных лиц и органов, обладающих правом законодательной инициативы вообще.

Устав Курской области устанавливает одну, унифицированную процедуру и для внесения поправок, и для пересмотра основных положений. Исходя из смысла статьи 38 Устава, можно сделать вывод о том, что процедура принятия Устава области полностью совпадает с процедурой внесения изменений и дополнений (поправок). В данном случае, разницу между процессами следует понимать как то, что принятие нового Устава подразумевает изменение его полностью, включая содержательную часть и его реквизиты (дата принятия, номер и т.д.), а также отмену ранее действовавшей редакции. Изложение Устава в новой редакции предполагает изменение содержательной стороны отдельных норм, без изменения реквизитов.

Данные нормы Устава Курской области вполне согласуются с требованиями Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (пред-

ставительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», часть 1 статьи 5 которого устанавливает, что законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ «принимает конституцию субъекта Российской Федерации и поправки к ней, если иное не установлено конституцией субъекта Российской Федерации, принимает устав субъекта Российской Федерации и поправки к нему...»⁸⁶⁰.

Рассмотрим процедуру внесения поправок в Устав Курской области и пересмотр положений Устава, для полноты изложения которой выделим несколько стадий:

1. Внесение предложения о поправках и пересмотре основных положений Устава;
2. Рассмотрение предложения в Курской областной Думе
3. Обнародование Губернатором обновленного Устава Курской области, либо закона о внесении изменений (и дополнений) в Устав Курской области;
4. Официальное опубликование Устава Курской области.

На первой стадии – внесения предложений о поправках или пересмотре основных положений Устава – субъекты данного права вносят проекты таких изменений в Курскую областную Думу. Они перечислены в статье 87 Устава и к ним относятся: Губернатор Курской области, одна треть от установленного числа депутатов Курской областной Думы и не менее чем одна пятая от числа представительных органов местного самоуправления муниципальных образований Курской области. Право инициативы на пересмотр Устава или его изменение осуществляется в форме внесения в Курскую областную Думу проекта закона Курской области о внесении изменений и дополнений в Устав Курской области. Причем такой законопроект исключен из сферы действия закона Курской области № 57-ЗКО от 02.12.2002 года «О правовых актах, принимаемых Курской областной Думой», регулирующего порядок подготовки, внесения, рассмотрения, принятия, опубликования, вступления в силу законов Курской области.

На втором этапе происходит рассмотрение данного законопроекта в областной Думе, согласно Регламенту Курской областной Думы⁸⁶¹. Новый проект Устава Курской области, либо поправки к нему рассматриваются Курской областной Думой не менее чем в двух чтениях. Для принятия новой редакции Устава необходимо одобрение 2/3 голосов от установленного числа депутатов областной Думы. Решение о принятии либо отклонении Устава, поправок к нему должно быть оформлено постановлением Курской областной Думы.

⁸⁶⁰ Федеральный закон от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 18.10.1999. № 42. Ст. 5005.

⁸⁶¹ Постановление Курской областной Думы от 31.03.2011 № 2-V ОД (ред. от 19.12.2013) «О Регламенте Курской областной Думы».

Следующим шагом для принятия Устава или внесения в существующий Устав изменений является обнародование документа Губернатором Курской области. В пятидневный срок одобренный Думой Устав направляется Губернатору на утверждение и подписание. Заметим, что в предыдущей редакции Устава Курской области содержалась норма, согласно которой Губернатор имел право наложить вето на версию Устава, одобренную областной Думой. В настоящее время высшее должностное лицо Курской области утратило данное право, сохранив его лишь на обычные законы, принимаемые Курской областной Думой.

Однако буквальное толкование статьи 38 Устава Курской области дает основание говорить о двусмысленном характере изложения данной нормы. С одной стороны, согласно Уставу, Губернатор может «отклонить закон Курской области в течение четырнадцати календарных дней со дня поступления закона Курской области Губернатору Курской области». При этом Устав Курской области принимается Думой в форме закона Курской области, поэтому на него распространяются все процедурные условия принятия закона. Но с другой стороны – изъятие из настоящей редакции Устава прямого указания на возможность Губернатора отклонять проект Устава или поправок в него говорит об отсутствии у последнего такого полномочия. Двойкий смысл данной нормы проистекает в том числе из толкования части 2 статьи 8 Федерального закона от 06.10.1999 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», которая также содержит указание на обязанность высшего должностного лица субъекта обнародовать устав, и возможность отклонить только закон субъекта.

Завершающим этапом в принятии обновленной редакции Устава Курской области является его официальное опубликование. Под официальным опубликованием понимается первая полная текстовая публикация Устава (или закона о внесении изменений (и дополнений) в Устав Курской области) в одном из официальных источников опубликования. Закон Курской области от 02.12.2002 № 57-ЗКО «О правовых актах, принимаемых Курской областной Думой» предусматривает следующие источники официального опубликования:

- газета «Курская правда»
- и (или) газета «Курск»
- или официальный сайт Администрации Курской области (<http://adm.rkursk.ru> или <http://администрация.курскаяобласть.рф>),
- или «Официальный интернет-портал правовой информации» (www.pravo.gov.ru).

Официальным электронным источником опубликования законов Курской области является федеральный регистр нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации.

Устав Курской области и его обновленная редакция должны быть также официально опубликованы в «Сборнике законодательства Курской области» и «Бюллетене Курской областной Думы», которые являются официальными периодическими изданиями Курской областной Думы и Администрации Курской области.

Текст Устава Курской области, включенный в Банк правовых актов Курской области в составе информационно-правовой системы «Законодательство России», является официальными.

Также Устав Курской области может быть опубликован в других печатных изданиях, а также доведен до всеобщего сведения (обнародован) по телевидению и радио, разослан органам государственной власти Курской области и органам местного самоуправления, должностным лицам, предприятиям, учреждениям, организациям. Устав Курской области может быть опубликован в виде отдельного издания.

Датой вступления в силу Устава Курской области является день его официального опубликования.

Под вступлением в силу понимается придание актам нормативного содержания юридической силы. Вступление в силу Устава Курской области напрямую зависит от процедуры его официального опубликования, в случае его неопубликования, Устав не будет применяться, а его нормы не повлекут правовых последствий. Соответствующий вывод формулируется, исходя из системного толкования статьи 15 Конституции Российской Федерации и части 2 ее заключительных и переходных положений. Так, любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения.

В настоящий момент точного определения термина «опубликование нормативных правовых актов» как в законодательстве, так и юридической науке не установлено. В этой связи можно назвать Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2007 г. № 48, которое разъясняет, что официальным опубликованием нормативного правового акта считается публикация его полного текста на государственном языке Российской Федерации в том средстве массовой информации, которое определено в качестве официального периодического издания, осуществляющего публикацию нормативных правовых актов, принятых органом или должностным лицом⁸⁶².

При этом в юридической литературе наряду с категорией «опубликование» используется понятие «обнародование» в качестве синонима, что не в полной мере соответствует действительности. Понятия обнародование и опубликование действительно близки, и частично перекрывают друг друга, но полностью не совпадают.

Обнародование представляет собой более широкое понятие, охватывающее собой все известные формы «доведения до народа» официальной правовой информации. Исходя из данного подхода, опубликование – это часть обнародования⁸⁶³. Надо отменить, что публикация нормативного акта имеет двоякую задачу, с одной стороны она является обязательным элементом в порядке вступления в законную силу, тем самым легитимизируя данный акт в глазах общественности, другим важным аспектом публикации является реализация принципа гласности в деятельности органов власти, наделенных нормотворческими полномочиями. Доведение до сведения широких масс принятых правовых актов является важной задачей стоящей перед любой властью. В современном мире данная проблема незаметно отходит на второй план. С появлением информационных и коммуникационных технологий, в том числе справочно-правовых систем, свободного доступа к ресурсам Всемирной сети Интернет, поиск необходимого правового акта становится «делом техники».

Как следует из текста статьи, не все нормы Устава Курской области вступают в силу одновременно. Изъятие касается нераспространения на некоторых должностных лиц, а именно первого заместителя Губернатора Курской области, председателя комитета финансов, председателя комитета по управлению имуществом правила о получении согласия Курской областной Думы при их назначении, а также решения о недоверии им.

Высшая юридическая сила Устава на территории области, наряду с верховенством, обеспеченным особым порядком его принятия, обеспечивают легитимность данного нормативного акта в пределах субъекта.

Согласно пункту 4 статьи 7 Федерального закона от 06.10.2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», муниципальные правовые акты не должны противоречит Уставу субъекта и правовым актам субъекта Российской Федерации. В этой связи не совсем понятным является использование в Уставе термина «предложить» органам государственной власти и местного самоуправления привести в соответствие свои акты с Уставом. Исходя из буквального толкования приведенной статьи 7, это является обязанностью указанных органов и их должностных лиц. Кроме того федеральное законодательство обеспечило защиту органов местного самоуправления в случае нарушения их прав со стороны органов и должностных лиц субъекта РФ, предусмотрев возможность обжалования таких актов в судебном порядке (часть 5 статьи 27 ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»).

⁸⁶² См. подробнее: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2007 № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 1.

⁸⁶³ Официальное электронное опубликование: История, подходы, перспективы / под ред. проф. В.Б.Исакова. М., 2012.-С.12.

§ 8. Защита вещных прав в системе способов защиты гражданских прав

Правоприменительная и законодательная практика в гражданско-правовой сфере помимо деятельности, направленной на признание за субъектами гражданских правоотношений субъективных прав и юридических обязанностей и обеспечения их надлежащей реализации, сталкивается с необходимостью их охраны и защиты. Это обусловлено тем, что обычный ход гражданского оборота с силой объективной необходимости предполагает не только соблюдение установленного правопорядка, но и его нарушение. Подобное положение лежит в основе существования и развития института «охраны гражданских прав».

Данный институт охватывает собой совокупность мер, обеспечивающих нормальный ход реализации прав. В него включаются меры, как экономического, социального, политического, воспитательного и образовательного, так и правового характера, направленные на создание необходимых условий для осуществления субъективных прав. При этом совокупность мер правового характера «включает в себя права, закрепляющие право, права, определяющие порядок их реализации и права их защиты...»⁸⁶⁴.

Важнейшее место в системе правовых мер охраны прав принадлежит институту защиты прав. Данный институт включает в себя предусмотренные законом меры, направленные на восстановление или признание прав при их нарушении или оспаривании.

Сегодняшнее гражданское право предоставляет для защиты гражданских прав достаточно обширный набор правовых средств охранительного характера, направленных на восстановление или признание гражданских прав субъектов правоотношений при их нарушении или оспаривании. Так, Гражданский кодекс РФ предоставляет достаточно обширный набор форм и способов защиты гражданских прав.

Так, в качестве форм защиты гражданских прав, под которыми понимается комплекс, не противоречащих закону, организационных мероприятий по применению способов защиты субъективных прав, современный закон выделяет две основные формы: юрисдикционную и неюрисдикционную. Юрисдикционная форма представлена широчайшим спектром судебных органов и уполномоченных органов исполнительной власти, а неюрисдикционная самыми разнообразными её институциональными образованиями, обеспечиваемыми гражданским обществом (самозащита, претензии, арбитраж, нотариат, медиация и др.).

Законодательство так же предусматривает достаточно широкий спектр способов защиты субъективных гражданских прав, под которыми понимаются закрепленные законом материально-правовые меры принудительного характера, посредством которых производится восстановление (признание) нарушенных (оспа-

риваемых) прав. Общий перечень этих мер дается в ст. 12 ГК. «Способы защиты гражданских прав» Все эти меры делятся на две основные группы: меры защиты гражданских прав и меры ответственности за нарушение гражданских прав.

К мерам защиты гражданских прав законодатель относит: признание права; восстановление положения, существовавшего до нарушения права, и пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; признание оспоримой сделки недействительной и применение последствий ее недействительности, применение последствий недействительности ничтожной сделки; признание недействительным решения собрания; признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления; самозащита права; присуждение к исполнению обязанности в натуре; прекращение или изменение правоотношения; неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону. К мерам ответственности за нарушение гражданских прав кодекс относит: возмещение убытков; взыскание неустойки; компенсация морального вреда. Данный перечень способов защиты не является исчерпывающим.

Выбор субъектами правоотношений формы и способа защиты своих прав зависит, прежде всего, от правовой природы защищаемых прав. Последняя накладывает свою специфику на весь комплекс защитных мероприятий, используемых правообладателем для защиты своего права. Такой, серьезной спецификой, влияющей на порядок защиты субъективных прав, обладают вещные права и прежде всего, права собственности. Защита данных прав, образующих, по существу, основу существующего правопорядка, предполагает использования практически всего комплекса гражданско-правовых форм и способов защиты прав.

При колоссальной роли неюрисдикционной формы в защите вещных прав правоприменение в этой сфере, прежде всего, связано с использованием судебного порядка защиты прав, основанного на подаче истцом в суд иска и его рассмотрении судом.

В рамках искового производства иск выступает как средство судебной защиты. В этом случае иск представляет собой документ, который, с одной стороны, закрепляет и выражает право истца на судебную защиту нарушенного субъективного гражданского права, а, с другой, порождает обязанность суда на осуществление предусмотренных законом действий, обеспечивающих его защиту.

Всё многообразие исков о защите вещных прав в зависимости от природы правоотношений, лежащих в основе нарушения вещных прав как правило делятся на: вещно-правовые, обязательно-правовые, вытекающие из неправомерных действий публичной власти.⁸⁶⁵

Вещно-правовые иски характеризуются тем, что они направлены непосредственно на защиту самого вещного права (собственности, сервитута, оперативного

⁸⁶⁴ Суханов Е.А. Вещное право: Научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017 – с.251.

⁸⁶⁵ Суханов Е.А. Вещное право: Научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017. С. 252-258.

управления и др.). В число данных исков входят виндикационный и негаторный иски, иски о признании права собственности и о признании права собственности отсутствующим. Данные иски применяются в том случае, когда у правообладателя возникают сложности с владением, пользованием и распоряжением объектом (вещью) своего абсолютного права на него по причине противоправного действия правонарушителя (хищения, препятствования пользованию).

Обязательно-правовые иски по своему содержанию являются косвенными (опосредованными) по отношению к нарушенному вещному праву. Нарушение вещного права в этом случае связано с нарушением обязательственного права в связи с нарушением договора или причинением вреда. В этом случае восстановление вещного права непосредственно зависит от восстановления обязательственного. К данной группе исков доктрина традиционно относит: иск о признании сделки недействительной и применении последствий ее недействительности, кондикционный иск, иск о возмещении убытков, причинённых неисполнением или ненадлежащим исполнением договоров, деликтные иски.

Третью группу исков, направленных на защиту вещных прав. Входят иски, вытекающие из действий публичной власти (неправомерной и правомерной), связанной, прежде всего, с принятием различных актов (о регистрации прав, включения имущества в опись, арест имущества и др.). К данным искам относятся: иск о государственной регистрации права собственности (статья 551 ГК РФ), иск об освобождении имущества от ареста (исключения из описи), иск о полном взыскании убытков, включающих и не полученные им доходы, и стоимость утраченного им имущества (в результате национализации) (ст. 306 ГК).

Вместе с тем, наряду с представленной классификацией исков о защите вещных прав, представляется целесообразным рассматривать всё многообразие данных исков через призму общегражданских способов защиты гражданских прав, указанных в ст. 12 ГК РФ. Данные способы, по нашему мнению, следует характеризовать как родовые по отношению к указанным выше видам исковых требований о защите права вещных прав.

Подобный подход по нашему мнению обосновывается самой логикой законодательной и правоприменительной практики, в соответствии с которой, указанные в ст.12 ГК РФ способы защиты гражданских прав, выступают как носители родовых признаков, имеющие большое видовое разнообразие в зависимости от вида защищаемых прав и особенностей их нарушения и защиты. В этой связи можно говорить о возможности классификации исков о защите вещных прав по критерию их родовой принадлежности к общегражданским способам защиты.

По нашему мнению, в рамках данного подхода можно указать на то, что такие виды защиты права собственности как виндикационный и негаторный иски, иски о признании права собственности и о признании отсутствия права собственности следует считать разновидностями, указанного в ст.12 ГК РФ способа –

«признание права». Это обусловлено общей правовой природой данных исков, которая характеризуется судебным подтверждением наличия оспариваемого вещного права у его правообладателя или отрицания его наличия у других лиц.

Способ защиты, предполагающий «восстановление положения, существовавшего до нарушения права, и пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения» может рассматриваться как родовой для негаторного иска, иска о сносе самовольной постройки и в определённой степени для виндикационного и негаторного исков. Это обусловлено тем, что эти виды исков в том или ином виде направлены на восстановление существовавшего положения и пресечение противоправных действий, препятствующих реализации защищаемого права.

Признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления, по нашему мнению, можно рассматривать в качестве родового для иска о государственной регистрации права собственности (статья 551 ГК РФ), иска об освобождении имущества от ареста (исключения из описи). Данные иски объединены тем, что они направлены на оспаривание правомерности действий (актов) органов власти нарушающих вещные права истцов.

Указанный в 12 статье ГК РФ такой способ защиты гражданских прав как «признание оспоримой сделки недействительной и применение последствий ее недействительности» можно так же считать родовым по отношению иску о защите вещного права в случае признания сделки, связанной с оборотом вещи недействительной. На это указывает положение п.2, ст.167 ГК РФ, в соответствии с которой «каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре ... возместить его стоимость». Видовой характер данного способа защиты вещных прав обусловлен тем, что реституция предполагает не только возврат вещей или их стоимостного эквивалента. Реституция так же предполагает возврат стоимостного эквивалента иных объектов гражданских прав, выраженных в пользовании имуществом, выполнении работы или предоставлении услуги.

§ 9. Влияние процессов глобализации на трансформацию уголовно-исполнительной политики России

В 1991 г. в России начался новый период в ее истории, связанный с выбором либеральной модели развития и включением в процессы глобализации. Радикальные изменения коснулись практически всех сторон жизни российского общества и государства и получили выражение в многочисленных реформах социальных, государственных и правовых институтов. Новая политическая власть провозгласила курс на гуманизацию и смягчение уголовной кары, ограничение репрессии, гуманизацию и демократизацию уголовно-исполнительной системы.

Выполняя условия вступления России в Совет Европы, в 1992 г. в соответствии с Законом РФ «О внесении изменений в ст. 24 Уголовного кодекса РСФСР» в России было введено пожизненное лишение свободы по отношению к осужденным, приговоренным к смертной казни и затем помилованным. Закон РФ от 17 декабря 1992 г. «О внесении изменений в ст. 24 УК РФ» вводил норму, согласно которой при замене в порядке помилования смертной казни лишением свободы оно могло быть назначено пожизненно. Исходя из этого положения, начали функционировать учреждения, предназначенные для содержания лиц, отбывающих пожизненное лишение свободы.

18 февраля 1993 г. был принят Закон РФ «О внесении изменений в УК РСФСР, УПК РСФСР, ИТК РСФСР», который отменил такие виды наказаний, как ссылка, высылка, условное осуждение с обязательным привлечением к труду и условное освобождение с обязательным привлечением к труду. Сотни тысяч осужденных, будучи освобожденными из исправительно-трудовых колоний, в порядке ст. 532 УК РСФСР 1960 г., находились в режиме полусвободы. 866 Данные категории осужденных в последующем стали получать неадекватно мягкие наказания или подвергаться лишению свободы, что приводило к отрицательным криминологическим последствиям. Законодатель попытался исправить допущенную ошибку, реанимировав через три года некоторые из рассматриваемых наказаний под новым названием «ограничение свободы» (ст. 53 УК РФ) с отбыванием наказания в исправительных центрах. Однако за это время была полностью утрачена соответствующая инфраструктура и кадровый потенциал, необходимые для реализации данного наказания. В последствии законодатель на короткое время отказался от идей содержания осужденных в исправительных центрах.

Особое внимание необходимо обратить на судьбу таких наказаний, не связанных с изоляцией от общества, как ссылка и высылка. Оба эти наказания, в первую очередь так называемая «колониционная» ссылка, имеют многовековую историю применения и во многих странах мира, и в России. Однако с начала 70-х годов в советской уголовно-правовой науке они (прежде всего ссылка) зачастую стали получать негативную оценку.

В качестве доводов в пользу запрещения ссылки приводили следующие аргументы: неэффективность, разрушение социальных связей осужденного, неудовлетворительное исполнение и редкое применение судами. Эти доводы опровергает профессор С.Ф. Милоков, утверждая, что более высокий уровень рецидива сам по себе не может свидетельствовать о недостаточной эффективности того или иного наказания, поскольку, в частности, к ссылке приговаривались более злостные преступники. Что касается разрушения социальных связей преступника, то это обстоятельство в ряде случаев не только не свидетельствует об ущербности

⁸⁶⁶ См.: Милоков С.Ф. Российское уголовное законодательство. Опыт критического анализа: монография. СПб., 2000. С. 152.

данного вида наказания, но и весьма желательно, так как эти связи могут быть криминогенными⁸⁶⁷.

Новый Уголовный кодекс РФ, принятый в 1996 г., предусмотрел три новых вида наказания в виде обязательных работ, ограничения свободы и ареста. Однако эти наказания не были абсолютными новеллами российского уголовного законодательства и имели место в различных интерпретациях в разные периоды его истории.

В русле демократических преобразований и в угоду обязательствам перед Советом Европы в 1998 году Указом Президента РФ уголовно-исполнительная система МВД РФ была передана в ведение МЮ РФ. Однако такой перевод происходил в условиях жестокого кризиса, поразившего Россию, и естественно не был должным образом обеспечен, прежде всего, материальными и финансовыми ресурсами.

Последствия таких непродуманных мер проявляются до сих пор. Особенно это наглядно прослеживается на эффективности исполнения наказаний без изоляции осужденных от общества. В частности, также ограничение свободы с содержанием в исправительном центре было заменено на обязательное домашнее присутствие. В силу различных объективных обстоятельств и причин, прежде всего, связанных с переводом УИС из МВД в МЮ и экономических обстоятельств, ограничение свободы не применялось вплоть до существенного изменения его содержания ФЗ от 27.12.2009 г. № 377-ФЗ "О внесении изменений в отдельные акты Российской Федерации в связи введением в действие положений Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-исполнительного Кодекса Российской Федерации о наказании в виде ограничения свободы. В новом виде ограничение свободы представляет собой комплекс устанавливаемых судом условий (обязанностей) и запретов, исполняемых осужденным без изоляции от общества под надзором специализированного государственного органа. Таким образом, отбывание наказания осуществляется фактически на дому и представляет собой, не что иное, как домашний арест. "Домашний арест" как термин больше отвечает данному наказанию исходя из сего содержания. По своему содержанию ограничение свободы близко к российскому условному осуждению и институту probation, применяемому в некоторых зарубежных странах.

Обязательные работы являются разновидностью наказаний без изоляции осужденных от общества и связаны с обязательной трудовой деятельностью осужденного.

Многие специалисты и представители правоохранительных органов считают, что обязательные работы не оказывают должного предупредительного эффекта как уголовное наказание.

⁸⁶⁷ См.: Милоков С.Ф. Указ. соч. С. 153.

Вызывает сомнение целесообразность применения наказания данного наказания в отношении ранее судимых и лиц, не имеющих работы. Целесообразно ранее судимым, как рецидивистам, назначать лишение свободы. В отношении не работающих осужденных закон предусматривает возможность применения и исправительных работ, что также представляется не эффективным. В отношении таких преступников лучше применять принудительные работы.

Наказания в виде обязательных и исправительных работ, по нашему мнению, следует исключить из системы наказаний как неэффективные.

Ограничение свободы как вид уголовного наказания имело аналог в советском уголовном законодательстве в виде «условного осуждения с обязательным привлечением к труду». Что касается ареста, то такое наказание существовало в уголовном законодательстве Российской империи.

В 2011 г. Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ был вновь реанимирован институт содержания в исправительных центрах, в которых предполагалось исполнять вновь вводимое наказание в виде принудительных работ как вид уголовного наказания без изоляции осужденных от общества. Советские аналоги исправительных центров - спецкомендатуры обслуживали советский производственно-промышленный комплекс квалифицированной рабочей силой. Современной экономике России исправительные центры как структурные производственные единицы не нужны, как и осужденные в лице дешевой рабочей силы. Широкое применение принудительных работ может быть осуществлено в условиях другой экономической и правовой политики, когда будет востребована мобильная дешевая квалифицированная рабочая сила.

Принудительные работы формально трудно отнести к наказаниям без лишения свободы, так как осужденный размещаются в специальных режимных помещениях исправительных центров. В данном случае принудительные работы близки к лишению свободы в колониях-поселениях. Принудительные работы по своей правовой природе, скорее всего, занимают промежуточное положение между лишением свободы и ограничением свободы.

Вызывает сомнение название данного вида наказания, так как понятия "принудительные работы" и "принудительный труд" близки по своему значению. Известно, что принудительный труд запрещен Конституцией РФ и международными нормами. Выбор законодателем такого названия видимо был обусловлен исчерпанностью возможной в данном случае терминологии так как уже использовались названия "обязательные и исправительные работы".

Наказание в виде принудительных работ следует заменить переименовать на "исправительные работы" оставив его прежнее содержание, заключающееся в обязательном труде с содержанием в специальном учреждении. Название "исправительного центра" следует заменить на "исправительно-трудовой центр" как более отвечающее сути и целям наказания.

Обязательные работы как термин также считаем неудачным, так как своим названием они на первое место ставят кару, которая выражает содержание наказания, но не его социальные цели, которыми являются исправление и предупреждение преступлений.

С началом 90-х годов в России началась радикальная реформа уголовно-исполнительного законодательства и уголовно-исполнительной системы. Реформа уголовно-исполнительного законодательства началась с Указа от 30 ноября 1991 г. «Об изменениях в системе оплаты труда осужденных и лиц, содержащихся в лечебно-трудовых профилакториях МВД РФ». Указ отменил 50%-ное удержание из заработка осужденных в доход государства и установил лишь удержания по фактической стоимости питания и вещевого имущества, предоставленного осужденным. Однако такие меры не дали существенной прибавки заработка осужденным по сравнению с 70-80 годами, так как произошло обвальное разрушение экономики в стране, и повальная безработица, которая коснулась и осужденных.

12 июня 1992 г. был принят Закон Российской Федерации «О внесении изменений и дополнений в Исправительно-трудовой кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР». Закон предусмотрел возможность отпусков всем работающим осужденным, а время их работы в период отбывания наказания в виде лишения свободы стало зачитываться в общий трудовой стаж. Были сняты ограничения на отправление осужденными писем и телеграмм, отменены такие меры взыскания, как лишение посылок и передач, а также свиданий. Женщины, имеющие детей до 3 лет, получили возможность проживать с ними за пределами исправительного учреждения.

Администрация исправительных учреждений обязывалась разъяснять осужденным их права и обязанности, условия труда и отдыха, предоставлять возможность ознакомления с различными нормативно-правовыми актами. Закон определял правовое положение администрации исправительных учреждений, требования, предъявляемые к персоналу, ответственность сотрудников ИТУ.

6 июля 1993 г. был принят Закон Российской Федерации «О внесении изменений в Уголовный кодекс РСФСР и Исправительно-трудовой кодекс РСФСР», который внес существенные изменения в деятельность уголовно-исполнительной системы. Данный закон ликвидировал ИТК усиленного режима, а осужденные, содержащиеся в этих колониях, переводились в колонии общего режима.

Значительные изменения в функционировании исправительных учреждений внес Закон «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы» от 21 июля 1993 г.

Закон впервые установил принципы функционирования уголовно-исполнительной системы, что, безусловно, является достижением. Таких принципов четыре: законность, гуманизм, уважение прав человека, приоритет исправления осужденных перед производственной деятельностью.

18 декабря 1996 г. Государственная дума приняла Уголовно-исполнительный кодекс, который вступил в силу с 1 июля 1997 г. УИК пришел на смену ИТК РСФСР 1970 г.

8 октября 1997 г. Президент РФ подписал Указ «О реформировании уголовно-исполнительной системы МВД РФ». В нем было отмечено, что «в целях совершенствования системы исполнения уголовных наказаний в РФ, в соответствии с рекомендациями Комитета Министров Совета Европы о единых европейских пенитенциарных правилах и впредь до принятия соответствующих федеральных законов» Президент РФ определил: «осуществить поэтапное реформирование уголовно-исполнительной системы МВД РФ, предусмотрев ее передачу в ведение Министерства юстиции РФ». Непосредственная передача УИС в ведение Минюста РФ была осуществлена с 1 сентября 1998 г. в соответствии с Указом Президента РФ от 28 июля 1998 г.

Следует отметить, что действующее в нашей стране уголовно-исполнительное законодательство в целом соответствует требованиям международных норм. Вместе с тем при решении вопросов приведения уголовно-исполнительного законодательства в соответствии с международно-правовыми актами необходимо учитывать, что международные акты не являются нормативными актами прямого действия, они соответствующим образом должны быть трансформированы в уголовно-исполнительном законодательстве.

Реализация международных стандартов обращения с осужденными в уголовно-исполнительной системе России зависит от ряда социально-экономических и политических факторов, общественного сознания, многонационального состава населения, особенности территории и климатических условий России и ряд других.

Россия сняла многие вопросы, возникающие у мирового сообщества по поводу соответствия международным стандартам в области исполнения уголовных наказаний и обращения с осужденными. Процесс совершенствования российского уголовно-исполнительного законодательства не только не завершен, но и продолжается по мере укрепления социально-экономической базы государства и появления у него возможностей выделять больший объем ресурсного обеспечения этой сферы деятельности.

Одной из проблем уголовно-исполнительной системы России является чрезмерно большое количество осужденных, содержащихся в местах лишения свободы. Первичной причиной является плохое социально-экономическое состояние общества. В результате в местах лишения свободы находятся в основном люди, для которых не нашлось на свободе достойного места. Поэтому пока не будет решена проблема социально-экономического фактора, Россия будет иметь большое число осужденных к лишению свободы. Вторая причина обусловлена первой

и заключается в репрессивном уклоне наказательной политики, которая закрывает социально-экономические бреши уголовной карой.

Уголовное законодательство позволяет судебной системе осуждать значительное число лиц к лишению свободы, для чего предусматривает широкий разрыв между минимальными и максимальными сроками наказания в виде лишения свободы за конкретное преступление.

Согласно Минимальным стандартным правилам обращения с заключенными каждому осужденному должна быть предоставлена отдельная камера (площадью не менее 12 квадратных метров). В настоящее время Россия не может выполнить это требование по экономическим причинам.

Основной целью современной уголовно-исполнительной политики России заявлено совершенствование уголовно-исполнительного законодательства, системы исполнения наказания. Совершенствование системы исполнения наказаний предполагается осуществить в рамках радикальной масштабной реформы с учетом пенитенциарного опыта США и европейских государств и международных пенитенциарных стандартов.

Концепция предусматривала создание новой системы пенитенциарных учреждений на основе замены существующей системы исправительных учреждений на 2 основных вида учреждений - тюрьмы (общего, усиленного и особого режимов) и колонии-поселения (с обычным и усиленным наблюдением) при сохранении учреждений, созданных для выполнения специальных задач, - лечебно-исправительных и лечебно-профилактических.

Планируемая замена колоний на тюрьмы даже при существенном сокращении числа заключенных не состоялась, так как оценивалась более чем в полтора триллиона рублей, что оказалось не под силу государственному бюджету.

Российская система исправительных учреждений слабо увязана с личностью осужденного и, прежде всего, со степенью ее опасности, возможностями ее исправления.

Ряд внешних и внутренних факторов повысил угрозу нормальному функционированию исправительных учреждений. Есть угрозы со стороны находящихся на свободе криминальных "авторитетов" и угрозы "внутри учреждения", исходящие от лидеров группировок осужденных отрицательной направленности⁸⁶⁸

Лидеры преступного мира обладают широкими межрегиональными и коррумпированными связями, как на свободе, так и в учреждениях уголовно-исполнительной системы. Они направляют свои усилия на консолидацию противоправной деятельности, подкуп представителей администрации учреждений.

⁸⁶⁸ Смирнов Л.Б. Генезис и эволюция уголовно-исполнительной политики России: монография. СПб., 2014. Смирнов Л.Б. Генезис и эволюция уголовно-исполнительной политики России: монография. СПб., 2014. С.78

В России имеется богатый исторический опыт нейтрализации повышенной социальной опасности лидеров и членов преступного мира. ИТК 1924 г. предусматривал изоляторы специального назначения для лишения свободы со строгой изоляцией.

Временным положением о местах лишения свободы Главного управления исправительно-трудовых учреждений НКЮ РСФСР для лиц, допускающих систематические нарушения режима, предусматривались штрафные исправительно-трудовые колонии.

В 80-е годы в Пермской области в г. Соликамске на базе транзитно-пересыльного пункта был создан профилактический центр учреждение АМ – 244/6 для исполнения наказаний в виде лишения свободы в отношении «воров в законе» и других лидеров преступной среды. Создавался данный центр с целью нейтрализации лидеров преступного мира. В дальнейшем подобных учреждений было создано восемь.

Представителей пенитенциарной, рецидивной, профессиональной и организованной преступности целесообразно содержать в отдельных карательно-пенитенциарных учреждениях расположив их в отдаленных северных местностях Сибири и Дальнего Востока в сотнях километров от крупных населённых пунктов. В таких учреждениях следует исключить даже малейшую возможность использования Интернета и мобильной связи. Персонал в таких учреждениях должен нести службу вахтовым методом. По такому принципу организованы тюрьмы особо-строго режима в США, в которых содержатся особо-опасные преступники, включая лидеров и членов преступных сообществ.

Принцип отбывания наказания в виде лишения свободы в условиях России не может быть универсальным.

Такое расположение: существенно понизит криминогенный потенциал преступников; сведет к минимуму попытки побегов; отобьет всякое желание, даже за очень большие деньги, посещать данные места нежелательным субъектам, в том числе, находящимся на содержании Госдепа США; позволит исключить доставку запрещённых предметов и веществ; исключит вредные контакты и связи с внешним миром.

Различного рода социальные, экономические, экологические катаклизмы и потрясения могут дать резкий рост преступности и тогда понадобятся не десятки, а возможно сотни мест лишения свободы.

Полагаю, что государство должно позаботиться заблаговременно о резервных карательно-пенитенциарных учреждениях на случай особых обстоятельств. В распоряжении министерства обороны были переданы исправительные учреждения, освободившиеся в результате сокращения значительного числа осужденных. Такие учреждения следует законсервировать.

В США имеются законсервированные тюрьмы, рассчитанные на содержание 3 млн. чел., расположенные в труднодоступных местах под видом воинских частей.

Для исполнения и отбывания наказания лишения свободы в отношении осужденных мигрантов, возможно, предусмотреть карательно-трудовые учреждения. Цель исправления в отношении таких осужденных ставиться не должна. После освобождения такие осужденные должны выдворяться за пределы России с установлением запрета какого-либо ее посещения.

Исправление теснейшим образом связано с социальной справедливостью.

Таким образом, современная проблема реализации цели исправления связана с кризисом социальной справедливости.

Реализацию целей исполнения наказания и применения средств исправления осужденных необходимо рассматривать также в контексте теории кризиса наказания, который является закономерным следствием либерализма и глобализма.

Идеология либерализма характеризуется значительным отрицанием российских традиционных нравственных ценностей, в основе которых лежит справедливость.

Зацикленность на правах и их приоритете ведет к формированию потребительской, эгоистической личности. Если в муравейнике каждый муравей будет думать, прежде всего, о себе, то муравейник быстро прекратит свое существование, как и сами муравьи.

Превращение идеи господства «естественных прав человека» в правовую догму и, не уравновешенной ни нравственно, ни юридически идеей «естественных обязанностей», свойственных каждому гражданину, ведет к неизбежной моральной и нравственной деградации общества.

В сложившейся ситуации возникает вопрос: формирование, каких ценностей должно входить в содержание исправления? Если ценностей рынка и глобализма, то это приведет к коллапсу общества и государства, что мы и наблюдаем.

Сейчас полным ходом идёт деградация семьи, морали, школы. Духовный мир человека перекрашивают в чёрные цвета. К этому следует добавить «половое воспитание», проституцию, наркоманию, алкоголизм. 869

Однако принятие даже самой нравственной системы ценностей возможно на основе реализации в обществе принципа социальной справедливости. Только в справедливом обществе можно успешно осуществлять воспитание населения и исправление преступников.

Большое значение в воспитательной работе по исправлению осужденных в пенитенциарных учреждениях должно быть отведено формированию у осужденных позитивной юридической ответственности.

Позитивная юридическая ответственность предполагает такое отношение лица к обществу, государству, другим лицам, которое включает эмоционально-психологическое осмысление и рациональное осознание лицом своего граждан-

ского долга перед обществом, государством и другими лицами, а также готовность действовать в соответствии с этой личностной установкой.

Теорию кризиса уголовного наказания можно рассматривать как инструмент информационного воздействия направленного на дискредитацию уголовного наказания и лишения свободы в особенности. Такая дискредитация осуществляется в контексте политики ослабления правоохранительной политики и правоохранительных органов ведущих борьбу с преступностью. В либерализации наказания, прежде всего, заинтересованы потенциальные преступники.

Апологеты теории кризиса наказания появились в период становления и развития капитализма. Э. Дюркгейм говорил: «Преступность - нормальное явление потому, что общество без преступности совершенно невозможно... Преступность необходима; она прочно связана с основными условиями любой социальной жизни и именно в силу этого полезна, поскольку те условия, частью которых она является, сами неотделимы от нормальной эволюции морали и права»,⁸⁷⁰

В теории кризиса наказания можно выделить два взаимоисключающих вывода. Первый вывод обозначен нами выше. Речь идет о том, что наказание в виде лишения свободы не достигает своих целей. Основным аргументом в пользу данного вывода приводится высокий уровень рецидива, в том числе постпенитенциарного, достигающий до 50%.

Однако стоит обратить внимание, что другая половина лиц, отбывших наказание, не совершает преступлений, и на основании этого формального показателя можно утверждать, что эффективность наказания, в том числе в виде лишения свободы составляет 50%. При этом остаётся открытым вопрос о доле влияния других факторов на выбор правомерного поведения.

Другой вывод сторонников теории кризиса наказания констатирует глобальное снижение зарегистрированной преступности. При этом роль наказания, в том числе лишения свободы, не учитывается. В качестве доводов о причинах снижения преступности называю разные факторы, например увлечение Интернетом. Однако есть исследования, утверждающие о существенном влиянии Интернета на выбор преступного поведения.

У нас есть серьёзные основания не согласиться с утверждениями о снижении преступности, пусть даже основанными на статистике. Мы приходим к выводу, что официальную статистику о числе преступлений можно искусственно корректировать тогда, как численность осужденных занизить гораздо сложнее, если не применять регулярные амнистии и массовое условно-досрочное освобождение.

В Европе, с одной стороны, ограничение численности тюремного населения осуществляется с помощью сверх коротких сроков лишения свободы. Другая причина заключается в установлении высоких стандартов содержания заключенных в

связи, с чем в тюрьмах содержится столько осужденных сколько может позволить экономика страны.⁸⁷¹

Мировая тенденция заключается в том, что в мире постоянно повышается искусственный уровень латентности преступности.

Еще один довод сторонников теории кризиса наказания касается критики лишения свободы как вида наказания. Они апеллирует к распространённому мнению, что «тюрьма не исправляет, а наоборот криминально заражает» ссылаясь на особую субкультуру и неформальную организацию осужденных.

Позволю себе конкретно возразить этим выводам и их убежденным носителям. Субкультура осужденных выступает как приспособленная ими под себя система духовных, интеллектуальных, материальных, эстетических, человеческих ценностей. Во многом содержание этих ценностей не отличается от содержания ценностей общества в целом. Более того зачастую осужденные упрекают общество в отступлении от традиционных ценностей, и этим противопоставляют свою культуру обществу, как более справедливую. В местах лишения свободы гомосексуализм признается аморальным явлением и отвергается.

Количество осужденных, исповедующих патриотизм, больше в процентном отношении, чем среди остальной части населения. Во время войны более миллиона осужденных добровольно вступили в действующую армию. Среди них почти не было случаев перехода на сторону врага, тогда как среди военных и гражданских лиц это было достаточно массовым явлением.

Осужденные позитивно воспринимают режим содержания, направленный на формирование внутренней дисциплины и ответственности. Осужденные сами следят за своим внешним видом, опрятны и, наоборот, отрицательно относятся к лицам, нарушающим данные нормы.

В исправительных учреждениях развернута система психологической коррекции осужденных. К осужденным в полной мере применяются такие меры исправления, как воспитательная работа, общее образование, профессиональное обучение, общественное воздействие.

Существует заблуждение в том, что содержание большое количество граждан, которые содержатся в местах лишения свободы тяжким бременем ложится на бюджет государства и сдерживает многие социальные программы. Советский опыт с успехом опровергает эти доводы. Советские пенитенциарные учреждения фактически находились на самообеспечении, что, кстати, является подтверждением эффективности плановой экономики. Что касается рыночной экономики, то она, действительно, не способна достичь эффективных результатов в части пенитенциарного труда.

Исправительные учреждения в определённой мере — это учреждения, дающие приют, социальный пансион бедным, сирым и несчастным людям.

⁸⁷⁰ Дюркгейм Э. Норма и патология // Социология преступности (Современные буржуазные теории). М., 1996. С.40,42.

⁸⁷¹ Уголовно-исполнительное право: Учебник: В 2т. Т.1. Общая часть / Под общ.ред. Ю.И. Калинина. Рязань, 2001. С. 68

§ 10. К вопросу реформирования юридической техники уголовного правотворчества России

Создание логически завершенной и непротиворечивой системы норм права есть важнейшая ступень для обеспечения эффективности правового регулирования общественных отношений, требующая постоянного совершенствования законотворческой деятельности.

Цели и задачи нормотворчества определяются идеалами демократии, законности, правопорядка и правого государства.

Однако для реального достижения этих идеалов законодателю следует обратить особое внимание на соблюдение правил составления правовых предписаний, на специфические приемы, способы, методы и средства юридической техники.

Основным назначением юридической техники является создание «относительно устойчивых программ поведения..., определяющих меру должного, возможного, дозволенного и запрещенного»⁸⁷². Юридическая техника обеспечивает четкость, ясность и доступность языка принимаемых актов, последовательность в изложении правовой информации, разумное сочетание лаконичности, полноты, конкретности и абстракции нормативных предписаний.

Известно, что в различных отраслях законодательства общие правила нормотворчества изменяются сообразно специфике предмета и метода этих отраслей. Однако, наибольшую значимость, точное и неукоснительное следование правилам построения правовых предписаний имеет место при составлении уголовно-правовых норм, поскольку уголовное право в большей степени, нежели все прочие отрасли, стремится к обеспечению конкретности и однозначности правовых предписаний, их чёткости, лаконичности и логической непротиворечивости. Данная цель может быть достигнута исключительно посредством использования и соблюдения юридических конструкций, правил, приемов и средств законодательной техники.

Уголовный кодекс РФ (далее УК РФ)⁸⁷³ – единственная форма выражения уголовно-правовых предписаний, он представляет собой «вместилище» фактического содержания уголовного права. Ограниченный состав источников, запрет применения аналогии, ограниченные возможности преодоления пробелов и коллизий, принцип *nulla crimen sine lege*, исключительная важность регулируемых отношений, и суровость воздействия обуславливают необходимость повышенного качества законодательной работы над данным актом.

За 17 лет существования УК РФ 1996 г. было принято более 3000 поправок к нему, в отдельные статьи изменения вносились дважды и даже трижды, при этом, поток обоснованных и не совсем предложенных по реформированию и совершенствованию рассматриваемого акта с годами не иссякает. На наш взгляд, ученые чрезмерно увлеклись рассмотрением частных проблем уголовно-правового воздействия, тогда как, большинства из них можно было избежать еще на стадии создания кодекса путем грамотного применения правил законодательной техники. Мы считаем, что большинство неточностей, пробелов, коллизий в уголовно-правовом регулировании прямо вытекают из неверного использования языка уголовного закона.

Таким образом, для совершенствования УК РФ необходимо привести его в соответствие с требованиями языковых правил, предъявляемых к нормативным актам, а именно: устранить многозначность слов и словосочетаний, снизить до минимума употребление слов в переносном значении.

Для достижения поставленной цели следует:

- Разъяснять специальную терминологию;
- Использовать общеупотребительные термины в их прямом значении;
- Исключать архаизмы, историзмы, неологизмы, вульгаризмы, просторечия и не ставшие общеупотребительными иностранные слова;
- Не допускать нарушения правила лексики и пунктуации;
- Придерживаться законодательной стилистики, исключая экспрессивные, эмоциональные лексические конструкции;
- Не допускать усложненной терминологии.

Также, в целях совершенствования юридической техники уголовного закона, предлагаем новый способ изложения уголовно-правовых норм. На наш взгляд, улучшить качество уголовных предписаний, не меняя их смысла, можно путем дифференцированного изложения диспозиций и санкций статей УК РФ.

Известно, что в тексте уголовного закона знаки препинания, соединительные и разделительные союзы («и, также, либо, или») играют определяющую роль. Однако, множество сторонних элементов, чрезмерное использование сложных и усложненных различными оборотами предложений существенно затрудняет понимание смысла любого текста, даже в отсутствие специальной терминологии. Данное обстоятельство способствует образованию логических и лексико-грамматических ошибок, что препятствует правильному толкованию нормы, уяснению подлинной воли законодателя и, как следствие, негативно сказывается на правоприменении.

Для решения данной проблемы предлагаем излагать уголовно-правовые нормы посредством выделения маркерами однородных по смыслу категорий, которые, являясь однородными членами предложений, в существующих редакциях статей отделены друг от друга знаками препинания, соединительными или разде-

⁸⁷² Черногор Н.Н. Юридическая техника правового мониторинга: постановка проблемы и подходы к исследованию // Законодательство и экономика. 2010. № 1. С.11-16.

⁸⁷³ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ// Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954. 14.

лительными союзами. Кроме того предлагаем создать унифицированную форму дифференцированного изложения статей Особенной части УК РФ по категориям. При применении данной формы обязательно должны раздельно раскрываться следующие категории:

1. Специфические признаки, входящие в состав конкретного преступления и определяющие его специфику;
2. Квалифицирующие признаки;
3. Наказания, которые могут быть применены к лицу, признанному виновным в совершении данного преступления;
4. Специальные правила назначения наказаний (назначение наказаний по совокупности, применение альтернативных санкций и т.д.)
5. Специальные условия освобождения от ответственности и наказания, применимые к данной конкретной статье или группе статей;
6. Иные категории.

Приведенный перечень является открытым, в процессе формулирования тех или иных составов преступления он может существенно дополняться, отдельные элементы могут быть исключены. Однако, каждая из перечисленных нами категорий, при её наличии в тексте нормы, обязательно должна излагаться отдельно от иных категорий, при этом, признаки (обстоятельства, элементы, ...), входящие в нее также должны перечисляться дифференцированно. Тем не менее, не в наших силах уложить в единую модель все вариации нормотворческого процесса, законодателю следует самостоятельно анализировать конкретные случаи и решать какие позиции из предложенной нами унифицированной формы следует применить и раскрыть, а какие можно упустить.

Выражаем надежду, что наше предложение не останется без внимания и будет способствовать предупреждению ошибок в юридической технике составления уголовного закона. Такая форма изложения позволит унифицировать, стандартизировать юридические конструкции, способы изложения и построения законов, что является необходимым качеством законодательства, непосредственно исходящее из такого свойства права, как его формальная определенность, необходимость точного и четкого выражения мысли законодателя.

Чтобы продемонстрировать преимущества данной конструкции, приведем несколько примеров существующих и новых редакций статей.

Статья 210. Организация преступного сообщества (преступной организации) или участие в нем (ней)

(в ред. Федерального закона от 03.11.2009 N 245-ФЗ)

1. Создание преступного сообщества (преступной организации) в целях совместного совершения одного или нескольких тяжких или особо тяжких преступлений либо руководство таким сообществом (организацией) или входящими в него (нее) структурными подразделениями, а также координация преступных действий,

создание устойчивых связей между различными или раздел сфер преступного влияния и преступных доходов между ними, совершенные лицом с использованием своего влияния на участников организованных групп, а равно участие в собрании организаторов, руководителей (лидеров) или иных представителей организованных групп в целях совершения хотя бы одного из указанных преступлений -

наказываются лишением свободы на срок от двенадцати до двадцати лет со штрафом в размере до одного миллиона рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до пяти лет либо без такового и с ограничением свободы на срок от одного года до двух лет.

(в ред. Федерального закона от 27.12.2009 N 377-ФЗ).

С нашей точки зрения, содержание приведенной статьи не соответствует требованиям ясности и доступности языка, четкости и последовательности изложения текста закона. Восприятие нормы существенно затрудняют многочисленные союзы и знаки препинания. Применение к данной статье предлагаемого нами метода дифференциации, выделение маркерами отдельных составляющих нормы, сделает её более доступной для понимания, правило при этом будет изложено лаконично, последовательно и непротиворечиво.

Вариант новой редакции статьи 210 п.1:

Статья 210. Организация преступного сообщества (преступной организации) или участие в нем (ней)

(в ред. Федерального закона от 03.11.2009 N 245-ФЗ)

Создание и руководство:

- преступным сообществом;
- структурным подразделением преступного сообщества (преступной организации)

для совместного совершения одного или нескольких тяжких, особо тяжких преступлений, а так же:

- за координацию преступных действий между различными самостоятельно действующими организованными группами
- за создание устойчивых связей между различными самостоятельно действующими организованными группами
- за разработку планов для совершения преступлений различными самостоятельно действующими организованными группами
- за создание условий для совершения преступлений различными самостоятельно действующими организованными группами
- за раздел сфер преступного влияния между различными самостоятельно действующими организованными группами
- за раздел преступных доходов между различными самостоятельно действующими организованными группами

- за участие в собрании организаторов, руководителей (лидеров) или иных представителей организованных групп

за совершение хотя бы одного из указанных преступлений наказываются совокупно:

- Лишением свободы на срок от двенадцати до двадцати лет
- Денежным штрафом, который может быть заменен ограничением свободы на срок от одного года до двух лет.

Величина денежного штрафа может быть определена по одному из следующих пунктов в размере:

- До одного миллиона рублей
- Заработной платы осужденного за период до пяти лет
- Иного дохода осужденного за период до пяти лет.

Приведем еще ряд существующих редакций статей и их возможный вариант в новой редакции:

Действующая редакция

Статья 15. Категории преступлений п.6

6. С учетом фактических обстоятельств преступления и степени его общественной опасности суд вправе при наличии смягчающих наказание обстоятельств и при отсутствии отягчающих наказание обстоятельств изменить категорию преступления на менее тяжкую, но не более чем на одну категорию преступления при условии, что за совершение преступления, указанного в части третьей настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее трех лет лишения свободы, или другое более мягкое наказание; за совершение преступления, указанного в части четвертой настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее пяти лет лишения свободы, или другое более мягкое наказание; за совершение преступления, указанного в части пятой настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее семи лет лишения свободы.

Новая редакция п.6 статьи 15 УК РФ.

6. Суд вправе изменить категорию преступления на менее тяжкую, но не более чем на одну категорию преступления с учетом фактических обстоятельств преступления и степени его общественной опасности. Изменение категории преступления допускается только в случае, если:

- Наказание, назначенное осужденному за совершение преступления, указанного в части третьей настоящей статьи, не превышает трех лет лишения свободы, или другое более мягкое наказание;
- Наказание, назначенное осужденному за совершение преступления, указанного в части четвертой настоящей статьи, не превышает пяти лет лишения свободы, или другое более мягкое наказание;
- Наказание, назначенное осужденному за совершение преступления, указанного в части пятой настоящей статьи, не превышает семи лет лишения свободы;

При этом обязательно должно выполняться следующие условия:

- Наличие смягчающих наказание обстоятельств;
- Отсутствие отягчающих наказание обстоятельств;

Предлагаемые юридические конструкции обеспечивают ясность и доступность языка закона, точность и определенность терминов и формулировок, логическую непротиворечивость и формальную определенность актов. При таком способе изложения в тексте закона отсутствуют лишние слова и выражения, предложения выверены, ясны и лаконичны. Мысли излагаются четко и последовательно, внутренняя логика не нарушается.

Как видится, реформация юридической техники уголовного закона посредством дифференцированного изложения сложных текстовых конструкций соответствует концепции применения юридической техники в правовой системе России и обеспечивает создание эффективных по форме и содержанию юридических документов.

§ 11. Система принципов, предусмотренных главой 2 УПК РФ как отражение направленности современного уголовного судопроизводства

Несмотря на то, что глава 2 УПК РФ названа «Принципы уголовного судопроизводства», большинство авторов склоняются к мнению о том, что в уголовном процессе действует система принципов, где все они взаимосвязаны, взаимообусловлены и направлены на достижение задач уголовного судопроизводства⁸⁷⁴. Система принципов существует объективно и представляет собой совокупность равных элементов, образующих единое целое. Возводя то или иное положение в статус принципа, общество и государство на определенном этапе своего развития выделяют наиболее важные направления совершенствования уголовного судопроизводства и судебной системы. При этом чем стабильнее система ценностей, лежащих в основе, тем стабильнее система принципов уголовного судопроизводства, задающая вектор развития всех уголовно-процессуальных институтов. Современная система принципов уголовного судопроизводства дважды претерпела изменения за относительно непродолжительный период времени действия Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ), что свидетельствует о постоянном поиске законодателя наиболее значимых направлений совершенствования уголовно-процессуальной деятельности.

Учитывая нестабильность нормативных предписаний, предусмотренных главой 2 УПК РФ, в юридической литературе обоснованно поднимается проблема

⁸⁷⁴Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса (вопросы теории и практики). М., 1971. С. 38.

разумности и пределов расширения системы принципов уголовного судопроизводства. Затронутая проблематика представляется весьма актуальной, имеющей важнейшее методологическое и практическое значение. Справедливо мнение о том, что с позиции определения направлений дальнейшего развития уголовно-процессуального законодательства одинаково вредно как чрезмерное расширение, так и чрезмерное сужение системы принципов уголовного процесса. Необоснованное расширение приведет к загромождению элементами, не имеющими базового значения для формирования общей направленности уголовного судопроизводства. Сужение же границ системы принципов повлечет ограничение ценностей, обуславливающих основные свойства и нравственно-идеологическое содержание уголовного судопроизводства⁸⁷⁵.

Думается, что принципиальность того или иного положения для построения уголовного судопроизводства зависит от того, насколько эти правила являются значимыми, наиболее общими для осуществления уголовного судопроизводства. Они должны определять его главные свойства, пронизывать все уголовно-процессуальные институты, выражать качественные стороны уголовного-процессуального права. Именно такой подход к пониманию принципов применяется в теории уголовного процесса⁸⁷⁶.

Проблема реформирования системы принципов уголовного судопроизводства носит дискуссионный характер. Ряд авторов считают, что действующая система принципов искусственно расширена и предлагают оставить в качестве принципиального положения лишь законность и состязательность⁸⁷⁷. Весьма критически оценивается авторами включение в главу 2 УПК РФ принципа назначения уголовного судопроизводства (ст.6 УПК РФ), как не отвечающего всем критериям принципа⁸⁷⁸.

Высказываясь за необходимость сужения системы принципов уголовного судопроизводства, целый ряд авторов считают излишним отражение в главе 2 УПК РФ принципа неприкосновенности личности, жилища, тайны переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, уважение чести и достоинства личности, охраны прав и свобод человека и гражданина. По мнению исследователей, во-первых, перечисленные конституционные установления имеют более широкое содержание, являясь составной частью правового статуса человека и гражданина⁸⁷⁹, а, кроме того, в силу прямого действия Основ-

ного закона должны применяться непосредственно⁸⁸⁰. Во-вторых, перечисленные конституционно-правовые гарантии являются одной наиболее общей для уголовного судопроизводства идеей - принципа защиты законных интересов личности, вовлекаемой в уголовное судопроизводство⁸⁸¹. Высказанные суждения заслуживают внимания и одобрения.

В 2010 году под влиянием авторитетных международных документов⁸⁸² законодатель включил в главу 2 УПК РФ принцип разумного срока уголовного судопроизводства (ст. 6-1 УПК РФ)⁸⁸³. Появление указанного положения в качестве принципиального обусловлено общественным запросом на эффективное и рациональное отправление правосудия. Н.А Подольный отмечает, что общество и государство тем самым проявили свое отношение к волоките при рассмотрении уголовных дел как к действиям явно безнравственным⁸⁸⁴. Как указал Конституционный Суд РФ разумный срок уголовного судопроизводства – необходимое условие эффективного правосудия, одним из показателей которого является своевременность разрешения дел⁸⁸⁵. Наряду с этим, следует отметить, что любые изменения уголовно-процессуального закона, в том числе, продиктованные реалиями современной действительности, должны носить системный характер. Сказанное в полной мере касается системы принципов уголовного процесса.

Отводя рассматриваемому положению роль принципа, законодатель не вполне определился с его местом в главе 2 УПК РФ. Верно отмечает И.А. Насонова, что традиционно иерархия принципов уголовного судопроизводства начиналась с принципа законности. В действующей системе принципов разумный срок уголовного судопроизводства поставлен выше законности, что дает основание усомниться в его принадлежности к системе принципов. Если разумный срок уголовного судопроизводства действительно принцип, то необходимо отвести ему

⁸⁷⁵ Насонова И.А. К вопросу о разумности расширения системы принципов уголовного судопроизводства // Российская юстиция. 2013. № 1. С. 39 - 42.

⁸⁷⁶ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / Л.Н. Башкатов и др.; отв. ред. И.Л. Петрухин, И.Б. Михайловская. М.: Проспект, 2011. С. 64.

⁸⁷⁷ Пикалов И.А. Состязательность в системе принципов уголовного процесса и ее реализация стороной защиты на досудебных стадиях: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 8.

⁸⁷⁸ Пикалов И.А. Указ. соч. С. 9.

⁸⁷⁹ Алиев Т.Т., Громов Н.А. Основные начала уголовного судопроизводства. М., 2003. С. 59.

⁸⁸⁰ Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж: Воронежский государственный университет, 1980. С. 46;

⁸⁸¹ Томин В.Т. Уголовный процесс: Актуальные проблемы теории и практики. М., 2009. С. 241; Проценко В.П. Принципы уголовного процесса и критерии их систематизации. Краснодар, 2006. С. 59 - 107.

⁸⁸² Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS № 005 (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изм. и доп. от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января 1990 г., 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г.) Конвенция ратифицирована Российской Федерацией Федеральным законом от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ, с оговоркой и заявлениями. URL: <http://base.garant.ru/2540800/#ixzz5n0UucRCh> (дата обращения 02 августа 2018 г.); Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 г.) URL: <http://base.garant.ru/2540295/#ixzz5n0VwWnOl> (дата обращения 02 августа 2018 г.)

⁸⁸³ Федеральный закон от 30.04.2010 № 69-ФЗ (ред. от 08.03.2015) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» // Российская газета. 2010. 4 мая.

⁸⁸⁴ Подольный Н.А. Указ. соч. С. 429-436.

⁸⁸⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 19.07.2011 N 17-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 5 части первой статьи 244.6 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С.Ю. Какуева»//СПС КонсультантПлюс.

соответствующее место, учитывая верховенство закона⁸⁸⁶. Рассуждая о значении разумного срока его месте среди институтов уголовно-процессуального права, автор предлагает рассматривать его не как принцип, а как одно из требований, предъявляемых к процессуальным срокам и закрепить в главе УПК РФ «Процессуальные сроки. Процессуальные издержки». Соглашаясь с высказанным предложением М.В. Махмутов предлагает изменить название рассматриваемого положения на принцип процессуальной экономии⁸⁸⁷. В пользу изложенного вывода ученый приводит позицию Конституционного Суда РФ, в соответствии с которой разумный срок уголовного судопроизводства выступает гарантией права на своевременный доступ к правосудию, реализуемой через действие принципа процессуальной экономии⁸⁸⁸.

Отсутствие основополагающего значения разумного срока по отношению к институтам уголовно-процессуального права отмечают и другие авторы, которые предлагают считать указанное правило общим условием предварительного расследования или судебного разбирательства⁸⁸⁹. Высказанные критические замечания представляются вполне обоснованными. Не умаляя значимости разумного срока уголовного судопроизводства для обеспечения качества предварительного расследования и судебного разбирательства, все же, следует отметить, что это правило не отражает существа уголовного судопроизводства, не определяет направление совершенствования уголовно-процессуального законодательства, развития процессуальной деятельности.

Другие авторы высказываются за расширение системы принципов уголовного судопроизводства. Так, весьма своевременным является предложение о дополнении главы 2 УПК РФ принципом всесторонности, объективности и полноты установления обстоятельств уголовного дела⁸⁹⁰. Указанное правило имело законодательное закрепление в УПК РСФСР и носило принципиальный характер. Руководствуясь ст.20 УПК РСФСР, следователь, дознаватель устанавливал не только обстоятельства события преступления и виновность лица, но также и обстоятельства, смягчающие наказание, исключаяющие преступность и наказуемость деяния, влекущие освобождение от уголовной ответственности и (или наказания). Всесторонность, объективность и полнота исследования обстоятельств дела лежит в основе

⁸⁸⁶ Насонова И.А. Указ. соч. С. 39-42.

⁸⁸⁷ Махмутов М.В. Разумные сроки - принцип уголовного судопроизводства? // Законность. 2016. № 9. С. 54 - 56.

⁸⁸⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 20 октября 2015 г. № 27-П «По делу о проверке конституционности части третьей статьи 333 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.И. Карбанова и В.А. Мартынова» // Российская газета. 2015 г. 30 октября.

⁸⁸⁹ Химичева О.В., Химичева Г.П. О совершенствовании принципов уголовного судопроизводства // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 4. С. 625 - 630.

⁸⁹⁰ Зинатуллин З.З. Основные вопросы современного российского уголовного процесса и их решение // Вестник Омского университета. Серия «Право». № 1 (4). Омск, 2008. С. 101.

деятельности не только следователя и дознавателя, но также прокурора и суда, разрешающего уголовное дело по существу, реализуется на всех этапах производства по делу, предупреждает обвинительную направленность доказательственной деятельности должностных лиц. Учитывая, что это правило направляет деятельность субъектов доказывания, опосредует законность и обоснованность принимаемых ими решений, представляется весьма необходимым дополнить главу 2 УПК РФ указанным принципом.

Определенным новаторством является предложение Т.Ю. Вилковой о дополнении системы принципов уголовного судопроизводства положением о привилегии против самоизобличения. Обосновывая необходимость изменения системы принципов за счет названного правила, автор отмечает, что привилегия против самоизобличения имеет конституционно-правовую и международно-правовую значимость, поэтому является самостоятельным принципом уголовного судопроизводства⁸⁹¹. Основу рассматриваемого положения, по мнению автора, составляет право не свидетельствовать против себя, закрепленное в Конституции РФ (ст.51) и УПК РФ (п.2, ч.4 ст.46, п.3 ч3 ст. 47 УПК РФ, п.1 ч.4 ст. 56 УПК РФ). Исследовав позиции Европейского Суда по правам человека, а также Конституционного Суда РФ, Т.Ю. Вилкова формулирует вывод о том, что привилегия против самоизобличения имеет гораздо более широкое содержание и включает: право подозреваемого, обвиняемого не оказывать содействия деятельности по осуществлению уголовного преследования, в том числе и в иных, не связанных с дачей показаний, формах, например, не давать объяснений, явку с повинной, не выдавать предметы, документы и ценностей, которые могут иметь значение для уголовного дела, не участвовать в некоторых следственных действиях (например, в проверке показаний на месте, очной ставке, следственном эксперименте). В то же время автор предлагает критерии ограничения привилегии против самоизобличения. Вне всякого сомнения указанное предложение обладает новизной и практической значимостью, однако не вполне укладывается в имеющиеся представления об основополагающих принципах уголовного судопроизводства, поскольку не обладает критерием системности.

Рассуждая о необходимости реформирования системы принципов уголовного судопроизводства, следует обратить внимание на критерии системности, предложенные А.А. Давлетовым. По мнению ученого системность предполагает: а) высший уровень выделения качественных свойств объекта; б) самостоятельность, относительную обособленность каждого элемента, образующего целое; в) равнозначность частей системы, отсутствие между ними отношений подчиненности; г) внутреннюю связь компонентов как звеньев единой цепи; д) ограниченное количе-

⁸⁹¹ Вилкова Т.Ю. Привилегия против самоизобличения (nemoteneturseibsemaccusare) в системе принципов уголовного судопроизводства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 4. С. 15 - 20.

ство элементов, обеспечивающих в единстве завершенность целого»⁸⁹². Следуя традиционным теоретическим канонам понимания принципа уголовного процесса, И.А. Насонова обоснованно считает, что «степень абстрактности норм-принципов должна быть гораздо выше, чем иных правовых норм»⁸⁹³.

Учитывая изложенное, на роль принципов уголовного судопроизводства должны претендовать такие правила как: 1) законность; 2) всесторонность, объективность и полнота исследования обстоятельств уголовного дела; 3) разумность, целесообразность и своевременность; 4) обеспечение прав участников уголовного процесса; 5) непосредственность исследования доказательств и оценка доказательств по внутреннему убеждению. Представляется, что перечисленные положения обладают признаками системности, лежат в основе построения всего уголовного судопроизводства, отражают его направленность.

§ 12. Критерии определения профессионального статуса футболиста: правовые позиции Спортивного арбитражного суда (CAS)

ФИФА как организация, взявшая на себя миссию развития футбола в глобальном масштабе, разрабатывает общие подходы к регулированию отношений, связанных с профессиональной деятельностью спортсменов и клубов. Наиболее масштабной областью, нуждающейся во внимании ФИФА, объективно является статус и переходы (трансферы) спортсменов, оформление и исполнение взаимных прав и обязанностей клубов, и футболистов. Текущее представление об оптимальном регулировании было систематизировано ФИФА в положениях Регламента по статусу и переходам футболистов (далее – Регламент), определяющем ключевые принципы, а также сферу нормотворческого усмотрения национальных ассоциаций, конфедераций. В то же время не следует рассматривать Регламент, равно как и иные акты ФИФА по аналогии с государственным законодательством: спортивное регулирование по-умолчанию отличается умышленной пробельностью, обусловленной квалифицированным молчанием международной федерации. Заявленная в настоящей статье тематика статуса футболиста прекрасно демонстрирует данный вывод: положения ст. 2 Регламента указывают только на два критерия, которые отличают профессионального футболиста от любителя, без детализации их содержания. Во-первых, профессионал имеет с клубом соглашение в письменной форме. Во-вторых, такой игрок должен получать оплату его услуг, не являющуюся компенсацией только фактически понесенных затрат в связи с футбольной дея-

тельностью за клуб. Никаких третьего и последующих критериев Регламент не называет, что не препятствует, тем не менее, клубам и футболистам при разрешении споров ссылаться на будто бы существование таковых. В этом проявляется обратная сторона тезисного регулирования ФИФА, оставляющего значительную область для усмотрения прямо или косвенно ассоциированных с международной федерацией субъектов, а также для спортивных юрисдикционных органов и Спортивного арбитражного суда (CAS). Наличие широкой «территории понимания ситуации»⁸⁹⁴, то есть специфики регулирования спортивных отношений субъектами в каждом конкретном случае, создает иллюзию возможности полного отказа от принципов и подходов ФИФА или, как минимум, для их молчаливого («мягкого» в силу характера, иногда приписываемого спортивному праву) игнорирования. Данное заблуждение, разумеется, не могло найти понимания в правоприменительной практике спортивных инстанций. Параллельно, CAS как специализированному спортивному арбитражу потребовалось выстроить собственную практику выявления статуса игроков на основе оценки каждого конкретного соглашения между футболистом и клубом. В силу компактности публикации мы не будем обращаться ко всему массиву практики арбитража по заявленной проблематике, а обратим внимание на некоторые правовые позиции CAS относительно критериев разграничения профессиональных игроков и любителей.

В первую очередь, нас будет интересовать влияние разных видов договоров между клубом и футболистом на определение статуса последнего. В практике спортивных контрактов, как демонстрируют решения арбитража, не редко встречаются «ученические договоры», «договоры на подготовку спортсмена» и иные юридические конструкции⁸⁹⁵, которые, по мнению клубов, используются для оформления исключительно любительских отношений. При выборе различных вариантов клубы могут ссылаться и на национальное регулирование, и на практику своей ассоциации, и на корпоративное обыкновение. Иногда привлекаются и аргументы, связанные с позицией самого игрока, составившего письмо о своем статусе, или заявлявшего об этом в устной форме. Зачем клубам необходимо многоуровневое постулирование статуса футболиста? В подобных случаях преследуется вполне прагматичная задача – создание в трансферных переговорах уверенности в наличии любительского или, наоборот, – профессионального статуса игрока. Не секрет, что интерес клубов к футболистам зачастую обусловлен не только их профессиональными качествами, но и общей стоимостью трансфера, в которой присутствует и цена передачи экономических прав на футболиста, и компенсация за

⁸⁹² Давлетов А.А. Принципы уголовно-процессуальной деятельности // Известия вузов. Правоведение. 2008. № 2. С. 95.

⁸⁹³ Насонова И.А. Указ. соч. С. 39–42.

⁸⁹⁴ Arbitration CAS 2005/C/976 and 986 Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & World Antidoping Agency (WADA), 21 April 2006 // <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/976,%20986.pdf> (дата обращения: 29.10.2018).

⁸⁹⁵ См. Шабалина Е.А., Синицына Н.И., Дорский А.А., Шмигельская Н.А. «Ученический договор» клуба с футболистом и паспорт игрока как критерии определения статуса профессионального спортсмена в практике Спортивного арбитражного суда (CAS) // Образование и право. № 7. 2018. С. 119–130.

подготовку и обучение футболиста, а также и выплата по механизму солидарности. К примеру, наличие профессионального статуса у футболиста исключает его первую регистрацию как профессионала, тогда как обратное активирует обязанность клуба осуществить в адрес предыдущих клубов компенсацию за подготовку и обучение. Поэтому стремление к поиску новых критериев, позволяющих доказать любительский статус игрока вполне понятно и основано на трансферных стратегиях, а иногда является последствием недостаточной информации, собранной клубом, или даже незнанием им положений Регламента.

Обратимся в качестве обсуждения вида договора между клубом и футболистом к делу CAS 2006/A/1177 *Aston Villa FC v. B.93 Copenhagen*⁸⁹⁶, в котором апеллиант представил оригинальное толкование положений Регламента. По мнению клуба, трудовых отношений между ним и футболистом не существовало, поскольку спортсмены, подписавшие «ученический договор», не являются работниками в смысле английского права и регулирования Ассоциации футбола Англии.⁸⁹⁷ Однако, настоящая интерпретация обоснованно не была принята арбитражем, который подчеркнул, что существование трудового договора не является критерием для определения статуса футболиста. Положения ст. 2 Регламента называют только два критерия, позволяющих квалифицировать статус игрока. Более того, как отметил CAS в данном решении: «... существует достаточное количество примеров, когда оплата услуг футболиста осуществляется не на основании трудового договора, а вследствие иного соглашения с клубом».⁸⁹⁸ Поэтому вполне логично, что классификация, проведенная в национальном праве и (или) праве спортивных ассоциаций не может противоречить регулированию ФИФА. При этом Регламент переносит право первоначального определения статуса на национальные ассоциации, поскольку именно они регистрируют футболистов за клубы после осуществления трансферов. Однако, ассоциации обязаны имплементировать в свои акты регулирование ФИФА, а юрисдикционные органы федерации и CAS выносят юридически значимые решения об определении статуса футболиста, основываясь исключительно на положениях Регламента.⁸⁹⁹ Таким образом, факт наличия договора между клубом и игроком в письменной форме формирует первый признак для профессионального статуса футболиста. При этом заключенное сторонами соглашение не обязательно должно обладать трудо-правовой природой и являться трудовым договором. Например, в деле CAS 2006/A/1027 *Blackpool F.C. v. Club Topp Oss*⁹⁰⁰, арбитраж счел, что не имеет значение название контракта или его формаль-

ная направленность, а важны понесенные для исполнения такого соглашения клубом расходы как признак наличия финансовых обязательств, превышающие размер компенсации игроку фактически понесенных расходов в связи с футбольной деятельностью за клуб.⁹⁰¹

Во-вторых, следует обратиться к анализу финансовых условий соглашений между клубом: действительно ли футболистам компенсируются исключительно фактически понесенные расходы. Исполнение такого компенсаторного обязательства позволяет находиться как в пределах любительского статуса игрока, так и перемещаться в статус профессионала. Подчеркнем, что направленность сторон, заключавших договор, на преследование определенного статуса не имеет юридического значения, поскольку релевантен только результат, когда футболист получает вознаграждение, то есть большую сумму, чем компенсацию его фактических расходов в связи с осуществлением деятельности за клуб. Однако, насколько важна «математика» вычисления, существует ли некая условная сумма, являющаяся границей между игроками-любителями и профессионалами? Для ответа на этот вопрос мы обратимся к делу CAS 2015/A/4148 & 4149 & 4150 *Sheffield Wednesday FC v. Louletano Desportos Clube & Internacional Clube de Almancil & Associação Académica de Coimbra*.⁹⁰² В данном споре арбитраж обратил внимание на отсутствие необходимости вычисления размера превышения фактически понесенных футболистом затрат. Отличительный признак профессионального игрока, указанный в положениях ст. 2 Регламента, – когда существует оплата, то есть его вознаграждение больше, чем затраты, понесенные в результате осуществления им футбольной деятельности в интересах клуба. Поэтому можно согласиться с CAS, который подчеркнул: не имеет значения, насколько больше: «намного» или «немного»⁹⁰³, так как Регламент не указывает на минимальный размер оплаты услуг профессионального футболиста. Значит, игрок будет рассматриваться как профессионал даже если им подписан договор с незначительным вознаграждением, что связывает возможности сторон по недобросовестному поведению и сокрытию фактического статуса. В случае маскировки сторонами в положениях соглашения оплаты услуг футболиста, юрисдикционный орган ФИФА или арбитраж проведут экспертизу размеров компенсации, учитывая ценообразование в конкретном государстве. Подобное решение проблемы уже ранее было представлено в практике CAS.⁹⁰⁴

⁸⁹⁶ Arbitration CAS 2006/A/1177 *Aston Villa FC v. B.93 Copenhagen*, award of 28 May 2007 // <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1177.pdf> (дата обращения: 29.10.2018).

⁸⁹⁷ CAS 2006/A/1177, para. 21.

⁸⁹⁸ CAS 2006/A/1177, para. 26.

⁸⁹⁹ CAS 2006/A/1177, para. 28.

⁹⁰⁰ Arbitration CAS 2006/A/1027 *Blackpool F.C. v. Club Topp Oss*, award of 13 July 2006 // <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1027.pdf> (дата обращения: 29.10.2018).

⁹⁰¹ CAS 2006/A/1027, para. 26.

⁹⁰² Arbitration CAS 2015/A/4148 & 4149 & 4150 *Sheffield Wednesday FC v. Louletano Desportos Clube & Internacional Clube de Almancil & Associação Académica de Coimbra*, award of 17 February 2016 // <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4148,%204149,%204150.pdf> (дата обращения: 29.10.2018).

⁹⁰³ CAS 2015/A/4148 & 4149 & 4150, para. 4.

⁹⁰⁴ См., напр., Arbitration CAS 2014/A/3659 & 3660 & 3661 *KSV Cercle Brugge v. Clube Linda-A-Velha & Club Uniao Desportiva e Recreativa de Alges & Sport Club Praiense*, award of 11 May 2015 //

Выводы.

1. Спортивный арбитражный суд не дает повода усомниться, что в положениях ст. 2 Регламента представлены только два статуса футболиста: профессионал и любитель. Следовательно, отсутствуют любые промежуточные или смешанные статусы, а значит не может быть принята позиция о необходимости выделения нового статуса для лица, которое занято в спортивной деятельности, но одновременно «подготавливается» в статусе ученика или ином аналогичном статусе на основании некоего соглашения. Как следует из практики CAS, данный вывод незыблем, даже если такие футболисты «... не могут быть названы в спортивном обиходе полноценным профессионалом или любителем».⁹⁰⁵

2. Спортивный арбитражный суд следует логике ФИФА и требует наличия заключенного в письменной форме договора, не ограничивая его правовую природу исключительно «трудовым договором»⁹⁰⁶. Заключение клубом и футболистом какого-либо соглашения: «любительского гражданско-правового договора», «предварительного договора перед заключением трудового соглашения», не предопределяет статус футболиста. Влияние оказывает письменная форма договора, а также фактическое содержание – оплата услуг игрока, выступающие в качестве двух критериев. По аналогии, и название контракта юридически иррелевантно при определении профессионального или любительского статуса игрока.

3. Спортивный арбитражный суд в процессе разрешения споров о статусе футболиста, основываясь на содержании заключенного клубом и игроком соглашения, уточняет содержание положений Регламента. Такое влияние распространяется и на регламентирующие акты национальных спортивных ассоциаций, обязанных выстраивать свое регулирование субординационно на основе актов ФИФА. Такие процессы сегодня являются, пожалуй, распространенными и потому вполне естественными.⁹⁰⁷ Тем не менее, специфика права отдельных национальных ассоциаций ранее демонстрировала дискорреляцию в вопросах критериев определения статуса футболиста.

<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3659,%203660,%203661.pdf> (дата обращения: 29.10.2018).

⁹⁰⁵ CAS 2006/A/1177, para. 23.

⁹⁰⁶ Ср. в п. 2 ст. 2 Регламента: «A professional is a player who has a written contract with a club...». Regulations on the Status and Transfer of Players // <https://www.fifa.com/about-fifa/official-documents/law-regulations/index.html> (дата обращения: 29.10.2018).

⁹⁰⁷ См. Дорская А. А. Основные способы интернационализации права: история и современность. В сборнике: Актуальные проблемы юридической науки и практики. 2017. С. 40-44; Дорская А. А. К вопросу об основных этапах интернационализации права // Юридическая наука. 2017. № 3. С. 45-51.

§ 13. Проблемы распределения бремени доказывания в спорах по определению суммы компенсации, выплачиваемой спортивным клубам за обучение футболистов, имеющих профессиональный или любительский статус в практике Спортивного Арбитражного суда (CAS)

Общеизвестно, что от правильного распределения бремени доказывания зависит эффективность разрешения судебного спора. Однако данная проблема является довольно сложной, поскольку очень редко вопрос о распределении бремени доказывания между сторонами прямо урегулирован в законе.

В арбитражных разбирательствах по спорам CAS любая сторона, желающая выиграть процесс по спорному вопросу, должна выполнить свое бремя доказывания, т. е. взять на себя бремя обоснования своих утверждений и подтвердить факты, на которые она опирается в отношении этого вопроса. Иными словами, сторона, которая выдвигает факты в поддержку своих прав, несет бремя их доказывания.

В этой связи кодекс CAS устанавливает состязательную, а не инквизиционную систему арбитражного правосудия. Следовательно, если сторона желает установить факты, имеющие существенное значение для разрешения дела по существу, она должна активно и аргументированно обосновывать свои утверждения убедительными доказательствами. Каждое лицо, участвующее в деле, должно раскрыть доказательства, на которые оно ссылается как на основание своих требований или возражений, перед другими лицами, участвующими в деле, до начала судебного заседания или в пределах срока, установленного судом⁹⁰⁸.

Согласно прецедентному праву CAS (дело CAS 2009/A/1810 & 1811 SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas & Club Atlético River Plate, от 5 октября 2009 года) аргументы в пользу свободы передвижения футболистов по территории ЕС могут выдвигаться только самим футболистом, а не футбольными клубами⁹⁰⁹.

Правила FIFA, касающиеся компенсации за обучение, дают спортивному клубу, возражающему против компенсации за обучение, рассчитанной на основе ориентировочных сумм, упомянутых в правилах FIFA, возможность доказать, что такая компенсация непропорциональна на основе конкретных документов, имеющих доказательственное значение в подобных спорах. К таким документам могут быть отнесены: счета-фактуры, затраты на учебные центры, расходы на содержание футболиста и тому подобное. Однако такие спортивные клубы должны также предоставить в обоснование своей позиции убедительные доказательства того,

⁹⁰⁸ Треушников М.К., Арбитражный процесс / М.К. Треушников. – М.: Издательский дом «Городец», 2017. – 736 с.

⁹⁰⁹ Arbitration CAS 2009/A/1810 & 1811 SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas & Club Atlético River Plate, award of 5 October 2009 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4148,%204149,%204150.pdf> (дата обращения: 20.06.2018).

что, такая компенсация является несоразмерной, в противном случае применяется ориентировочная общая сумма.

В вышеупомянутом деле единоличный арбитр указал на то, что в ходе осуществления разбирательства по делу в CAS любая сторона, желающая одержать победу по спорному вопросу, должна выполнить свое бремя доказывания, т. е. она должна выполнить бремя доказывания для обоснования своих утверждений и аргументированно доказать факты, на которые она ссылается в отношении этого вопроса.

Иными словами, сторона, которая утверждает факты в поддержку своих прав, несет бремя их установления (ст. 8 Швейцарского Гражданского кодекса, ATF 123 III 60, ATF 130 III 417)⁹¹⁰. Кодекс устанавливает состязательную, а не следственную систему арбитражного правосудия.

Следовательно, если сторона желает установить некоторые факты и убедить суд, он должен активно обосновывать свои утверждения убедительными доказательствами.

Единоличный арбитр в данном деле отметил, что заявление апелланта, согласно которому игрок имел статус профессионала до того, как он отправился в Германию, фактически отсутствует. Заявитель не представил каких-либо доказательств, подтверждающих наличие правдоподобного трудового договора между "Ривер Плейт" и игроком, или тот факт, что последний фактически был оплачен ответчиками за свою футбольную деятельность.

С учетом вышесказанного единоличный арбитр посчитал, что любительский статус игрока с ответчиками в период с 20 марта 1998 года по 7 февраля 2007 года в достаточной мере подтверждается его регистрацией как таковой в АФА и отсутствием каких-либо надёжных контрдоказательств.

Аналогичный подход прослеживается и в деле CAS 2003 / A/ 506, решение от 30 июня 2004 года, стр. 10, par. 54⁹¹¹.

В споре CAS 2015/A/4328 Tema Youth Football Club v. Ghana Football Association (GFA)⁹¹² спортивный клуб, оспаривая привлечение к ответственности за участие в матче двух игроков, которые не могли быть доступными для участия в тот момент. Представители клуба настаивали на том, что их действия являлись правомерными, поскольку они исходили из информации, взятой из паспортов футболистов. Клуб полагал, что несмотря на то, что на нем лежит бремя доказывания

из-за того, что он выступал в качестве апелланта по данному делу, он фактически не может реализовать свое право до тех пор, пока не будет проведена проверка причины недостоверности указанных в паспортах футболистов сведений национальной ассоциацией.

Спортивный Арбитражный суд при вынесении решения по данному делу отметил, что этот спор является «нетипичным», поэтому установил «пониженное» бремя доказывания, поскольку необходимые доказательства могла предоставить исключительно национальная ассоциация, в которой был зарегистрирован данный спортсмен. Национальная ассоциация жена момент рассмотрения дела еще не осуществила проверку сведений, указанных в паспортах футболистов. Именно по этой причине при вынесении решения CAS не возложил ответственность на национальную ассоциацию за недостоверность информации в паспортах игроков в полном объеме, а кроме того, снизил размер санкции, наложенной на клуб, который допустил участие в матче игроков, не имеющих соответствующего разрешения.

В деле CAS 2015/A/4214 Nömme JK Kalju v. FK Olimpic Sarajevo, от 28 апреля 2016 года стороны не высказывали возражений по поводу факта регистрации футболиста за клуб-ответчик в качестве любителя, вследствие чего не выносился на обсуждение и вопрос о том, что игрока, подписавшего с клубом-апелланта «ученический» договор, в данном деле следует рассматривать как любителя в соответствии со статьёй 2 Регламента ФИФА. Проанализировав доводы обеих сторон, арбитраж не смог убедиться в наличии у игрока профессионального статуса в то время, когда тот выступал за предыдущий клуб. Из-за чего важное доказательственное значение имеет содержание последнего паспорта спортсмена: клуб-апеллент не смог выполнить возложенное на него бремя доказывания, несмотря на представленное им заявление от футболиста о наличии профессионального статуса, чтобы опровергнуть любительский статус футболиста, с которым он был зарегистрирован национальной ассоциацией⁹¹³.

Таким образом, необходимо сделать вывод о том, что в правоприменительной практике Спортивного Арбитражного суда глубоко укоренился принцип о том, что при осуществлении разбирательства по делу в CAS бремя доказывания распределяется в равной степени между сторонами, по общему правилу, поскольку любая из двух сторон, желающая одержать победу по спорному вопросу, должна выполнить свое бремя доказывания в своей части, а именно, должна обосновать свои утверждения и аргументированно доказать факты, на которые она ссылается в отношении этого вопроса.

⁹¹⁰ Швейцарский гражданский кодекс от 10 декабря 1907 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа:

<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>

⁹¹¹ Arbitration CAS 2003 / A/ 506, решение от 30 июня 2004 года, стр. 10, par. 54, [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4328.pdf> (дата обращения: 20.06.2018)

⁹¹² Arbitration CAS 2015/A/4328 Tema Youth Football Club v. Ghana Football Association (GFA), award of 13 July 2016 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4328.pdf> (дата обращения: 20.06.2018)

⁹¹³ Arbitration CAS 2015/A/4214 Nömme JK Kalju v. FK Olimpic Sarajevo, award of 28 April 2016 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4214.pdf> (дата обращения: 27.09.2018).

§ 14. Правовые аспекты регулирования деятельности и защиты медицинских работников

Регулирование отношений между врачом и пациентом берет свое начало с древнейших времен. Еще в Древнем Египте и Китае делались предписания врачу, касательно его поведения с больным, устанавливались главные принципы врачевания: ориентировать больного на выздоровление, создавать положительные эмоции, отвлекать от плохих мыслей. В Древней Индии уделялось значительное внимание не только формированию положительных эмоций больного, но и внешности врача: правильной формы глаза и нос, приятный голос, тихая речь, спокойный темперамент, опрятный вид. Таким образом, можно видеть, что древние подметили важность нравственного и психологического воздействия доктора на пациента, которые как в те времена, так и сейчас, не менее важны для выздоровления, чем все другие терапевтические средства.

Уже тогда врачи принимали клятву, создавая определённые ограничения для своего поведения и закрепляя основу взаимоотношений как с пациентом, так и с коллегами.

Сложившиеся принципы легли в основу биоэтики – науки, которая сложилась уже в двадцатом веке. Приставка «био» происходит от греческого слова «биос», что в переводе означает жизнь. «Этика» же в свою очередь берёт начало от слова «этнос». Первоначально «этнос» означал совместное жилище и действующие в нём негласные правила, сложившиеся со временем обычаи и нравы. Биоэтика же рассматривает именно нравственные аспекты деятельности человека, связанные с медициной и биологией.

Данное учение претерпевало множество изменений на своём пути и значительно преобразовывалось вместе с человечеством. Общеизвестной на данный момент, хоть и менее актуальной сейчас в некоторых своих положениях, является Клятва Гиппократа, которая и по сей день обязательна к ознакомлению любого человека, желающего связать свою жизнь с медициной. Однако в данной статье будут рассмотрены лишь определённые теоретические и практические аспекты этой многогранной науки, а именно в её правовом аспекте, или же *lexbiomedica*. Правовые аспекты врачебной деятельности уже давно волнуют медиков со всего мира из-за специфичности данной профессии с законодательной точки зрения.

Врачи являются одними из немногих, кто способен ограничивать передвижения человека или даже насильно удерживать из-за психологического или физиологического состояния. Специалисты данной профессии имеют дозволенность на прямое нарушение общеизвестных гражданских прав человека, однако они не связаны прямо с правоохранительной системой, что оставляет их в шатком положении во многих аспектах. Дарованная возможность кардинально

воздействовать на судьбы людей оказывается довольно непрочной в своих законных основаниях и, при возможных конфликтах с пациентом или его родственниками, может быть выставлена в невыгодном для медицинского работника свете из-за недостаточности правовых документов, защищающих его действия⁹¹⁴.

Особенно ярко данная проблема освещается в развитых странах, где минимальное юридическое образование людей часто переходит в правовой идеализм. Многие из ведущих государств принимают меры для борьбы с этим явлением, включая и медицинскую сферу, имеющую крайне тонкие границы в законодательных аспектах. В нашей стране также проводятся подобные мероприятия, однако их объём и исполнение пока что не приводит к значительным результатам, что вносит определённый хаос в итак непростых отношениях «врач-пациент».

Аналогично отношениям с больными, многие работники данной сферы также испытывают трудности во взаимодействии со своим начальством и регулирующими органами, что делает медицину в нашей стране неустойчивой как изнутри, так и снаружи. Активное развитие платного сектора медицины, имеющего более стойкую структуру, и не всегда достоверная информация от СМИ лишь усугубляют ситуацию. Настоящая статья посвящена данным вопросам.

Построение отношений между врачом и пациентом само по себе можно отнести к достаточно сложной психологической сфере. Ведь доктор должен одновременно и напрямую влиять на физиологическое состояние больного, так и вложить определённые поведенческие мотивы в психологию другого человека. Об этом говорит ещё цитата сирийского врача XIII века Абуль-Фараджа: «Смотри, нас трое - я, ты и болезнь. Если ты будешь на моей стороне, нам двоим будет легче одолеть её. Но если ты перейдёшь на её сторону, я один не в состоянии буду одолеть вас обоих»⁹¹⁵. Коммуникативная компетентность врача и его культура общения требуют постоянного развития для должного выполнения им своих функций, ведь без выполнения предписанных назначений и определённых ограничений в образе жизни плодотворность лечения стремительно падает. Большинство людей принимают временное менторство и управление частью их жизни со стороны врачей как должное и способны без кардинальных проявлений недовольства переносить некоторые лишения, которые может принести процесс лечения. Последующий же тип их действия после выхода из стационара может сильно разниться и зависит как от социальных установок самого пациента, так и адекватности убеждения медицинского персонала. Хоть в нашей стране активно наблюдается пренебрежение состоянием своего здоровья во «внестационарное» время, вступление их в отношения «врач-пациент» чаще всего имеют позитивный эмоциональный оттенок.

В данной статье мы рассмотрим, что может происходить при невозможности

⁹¹⁴ Права граждан при оказании психиатрической помощи / Ю. Н. Аргунова. – М.: Грифон. 2014.

⁹¹⁵ <http://www.mgzl.ru/n-25-ot-13-aprеля-2016-g/nas-troe---ya-ty-i-bolezнь...>

установить необходимый контакт между медицинским персоналом и больным. Данный исход событий может быть вызван как с одной, так и с другой стороны. Иногда наблюдается взаимное непонимание или же внедрение третьей стороны в отношения, чаще всего родственников пациента, находящихся под сильным эмоциональным давлением и неспособных полностью его подчинить, что может выражаться во внешних изменениях поведения в виде, к примеру, агрессивности или же излишней циничности. Из-за отсутствия понимания между врачом и больным возможна полная невозможность проведения эффективного лечения. При таком стечении обстоятельств важную роль играет компетентность врача в решении конфликтных ситуаций. Результат чаще всего прямо пропорционален его опыту работы в данной сфере. К сожалению, наблюдаются случаи, когда даже грамотные с точки зрения его искусства действия медицинского персонала не приводят к нужному результату. В данном случае для эффективного продолжения лечения используется практика смены лечащего врача, развитая во многих странах. Для примера посмотрим на некоторые из них.

«Кодекс общественного здравоохранения Франции предоставляет врачу право отказать пациенту в лечении по профессиональным или личным причинам (за исключением экстренных случаев или случаев, в которых врач нарушил бы свой долг гуманности), оповестив его об этом и направив указанному пациентом врачу необходимую для продолжения лечения информацию (статья R.4127-47), с учётом требований и ограничений, установленных другими статьями данного кодекса (в частности, статьями L.1110-3, L.1110-3-1)».

«Закон Латвии от 01.07.1997 (в ред. От 18.06.2015) «О медицинской помощи» закрепляет за врачом право отказаться от дальнейшего лечения пациента в случаях (при условии отсутствия угроз жизни пациента), если пациент не соблюдает режим и предписания, выдаваемые медицинским персоналом, или сознательно наносит вред своему здоровью и тем самым непосредственно влияет на лечение заболевания (ст.47)».

«В Законе Польши от 05.12.1996 (в ред. От 2015 г.) «О профессиях врача и врача-стоматолога» подтверждается право отказаться от приёма или лечения пациента, кроме безотлагательных случаев, в установленном законом порядке (ч.1 ст. 38), а также право воздержаться от выполнения медицинских услуг, несовместимых с его совестью (ч.1 ст. 39)»⁹¹⁶

Таким образом мы видим, что за исключением экстренных случаев (в которых необходимо отметить то, что пациент чаще всего не имеет физиологической возможности вступать в агрессивную стадию конфликта и родственники не имеют способности постоянно контактировать ни с ним, ни с медицинским персоналом, что по большей части выдирает корень данной проблемы) возможность врача отказаться

⁹¹⁶Права врачей /А.А.Понкина, И.В.Понкин. - М.: ГЭОТАР-Медиа, 2016. – С. 18 – 21.

от пациента закреплена законодательно и является трудно оспоримой. Особенно интересно то, что довольно часто в необходимых документах присутствует возможность отказаться от предоставления медицинских услуг как по этическим, так и религиозным соображениям самого врача, что позволяет исключить возможные недопонимания в будущем ещё в начале, предоставив пациента другим специалистам, более индивидуально схожими с его мировоззрением, тем самым в разы повысив эффективность лечения.

Над данным вопросом в нашей стране ещё ведутся дискуссии, однако настолько широких возможностей российский медицинский персонал не имеет. Рассмотрим разрешённые у нас случаи отказа от пациента.

В соответствии со ст. 4 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», к основным принципам охраны здоровья относится недопустимость отказа в оказании медицинской помощи. Отказ в оказании медицинской помощи по программе государственных гарантий, как и взимание платы за неё при реализации данной программы также не допускаются (ч.1 ст.11 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»). Так же, как и в вышеописанных документах других стран экстренная медицинская помощь является обязательной и безотлагательной (ч.2 ст.11 ранее указанного ФЗ)⁹¹⁷.

Несмотря на это, возможна передача пациента коллеге согласно ч.3 ст.70 ФЗ-323. Об этом пишет Старчиков М.Ю.: «Лечащий врач по согласованию с руководителем медицинской организации (подразделения медицинской организации) может отказаться от наблюдения за пациентом и его лечением, а также уведомить в письменной форме об отказе от проведения искусственного прерывания беременности, если отказ непосредственно не угрожает жизни пациента и здоровью окружающих»⁹¹⁸.

При этом высшее должностное лицо должно организовать замену лечащего врача.

Во-первых, данное утверждение противоречит Документу Всемирной медицинской ассамблеи от 1963 г. (с последними изменениями) «Двенадцать принципов предоставления медицинской помощи в любой национальной системе здравоохранения». В нем артикулируется право свободного выбора пациента, кроме случаев необходимости экстренной медицинской помощи (Принцип 2)⁹¹⁹. Также в Кодексе врачебной этики Российской Федерации от 07.06.1997 было сформулировано право отказаться от лечения больного, если у врача имеется

⁹¹⁷Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. N 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в РФ»

⁹¹⁸Правовой минимум медицинского работника (врача)/ М.Ю.Старчиков. - М. : ГЭОТАР-Медиа, 2017. – С.158.

⁹¹⁹Документ Всемирной медицинской ассамблеи от 1963 г. (с последними изменениями) «Двенадцать принципов предоставления медицинской помощи в любой национальной системе здравоохранения».

уверенность, что между ним и его пациентом нет необходимого взаимного доверия, а также если врач чувствует себя недостаточно компетентным или не располагает необходимыми для проведения лечения возможностями (приняв все меры к информированию об этом соответствующего органа здравоохранения и порекомендовав больному компетентного специалиста) (ст.3 раздела 2) Стоит отметить, что тут сказано о рекомендации другого специалиста, а не об обязательном его назначении в данной медицинской организации⁹²⁰.

Во-вторых, по российскому законодательству лечащий врач обязательно должен контактировать со своим начальством (или же отделения, или больницы), что, из-за особенностей русского менталитета уже накладывает на данное действие отрицательный эмоциональный отпечаток. Также, в большинстве случаев при появлении «конфликтного» пациента у кого-либо из коллег, его товарищи будут об этом осведомлены и, даже имея большой опыт и компетентность в этом вопросе, способны пренебрежительно отнестись к передаче им данного пациента. Это приводит к тому, что высшее должностное лицо не имеет возможности порекомендовать «сложное» задание кому-либо без нанесения ущерба либо своей репутации внутри коллектива, либо самому себе. Итогом будет являться снижение эффективности лечения данного пациента, повышенная вероятность ятрогении на отделении или другой структуре больницы, а также повышенный стресс для самого лечащего врача.

Вместе с этим пациент способен, согласно положениям ст.20 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», добровольно отказаться от медицинского вмешательства, однако, в силу специфичности медицинской практики, неравноценность данного договора крайне сложно оценивать.

«Для подтверждения данных рассуждений обратимся к решению Дзержинского районного суда г. Нижнего Тагила Свердловской области от 21.04.2015 по делу № 2-592/2015, «любая медицинская организация, оказывающая медицинские услуги, вне зависимости от формы собственности, организационно-правовой формы... не имеет права отказать пациенту в оказании медицинской помощи»⁹²¹.

При этом не имеет правового значения, нарушает ли пациент общественный порядок, имеются ли конфликтные и неприязненные отношения с сотрудниками учреждения, последние при необходимости в установленном законом порядке вправе решать вопрос о принятии мер реагирования путём обращения в правоохранительные органы, в суд за защитой нарушенных прав, но это не

предоставляет права лишать его возможного правонарушителя права на получение медицинской помощи и медицинских услуг.

При этом разрешение конфликтов с пациентами через суд является довольно проблематичным для врачей нашей страны из-за ряда причин, присущей всей нашей судебной системе в целом. Включая тот факт, что самостоятельный отказ от пациента в законодательстве отсутствует, это приводит к нежелательным последствиям, даря возможность «конфликтным» пациентам или же их родственникам оказывать отрицательное влияние как на лечащего врача, так и на медицинское учреждение в целом, не имеющих эффективного способа противодействия данной ситуации. Данный факт подтверждает древняя сентенция римского мыслителя Публия Сира «*Crudelem medicum intemperans aeger facit*» («Недисциплинированный [нетерпеливый] больной делает врача жестоким»). Расширяя утверждение не рациональной возможности правовой защиты врачей можно сказать, что защита своих прав в нашей стране является довольно трудоёмким и затратным процессом и не всегда гарантирует, что дело окончится положительно. Оба эти фактора тесно связаны со многими из работающих врачей Российской Федерации. Рассматривая уровень оплаты труда, мы можем отметить, что он не соответствует тем интеллектуальным и физическим затратам, которые требуются от медицинского работника. Эта тема заслуживает отдельной статьи, но, чтобы обеспечить себе достойный уровень существования врачи вынуждены работать сверх нормы рабочего времени. Проблема переработок во врачебной среде связана так же с нехваткой персонала.

Как говорит статья 350 «Некоторые особенности регулирования труда медицинских работников» Трудового кодекса Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. От 30.12.2015) максимальное количество рабочих часов медицинских работников в неделю – 39 часов. Данное сокращение, к сожалению, не имеет достаточного веса для оценки сложности специальности, ведь нормальная трудовая неделя составляет 40 часов, что прописано в ст.91 ТК РФ⁹²².

Нельзя не отметить, что некоторые из профессий среди врачей имеют большие ограничения. 30 часов в неделю является границей для всего медицинского персонала туберкулёзных и противотуберкулёзных организаций, а также их подразделений. К сожалению, на практике данное условие не соблюдается в должной мере.

Переработки в данной специальности являются результатом недостаточной квалификации кадров, а также миграции кадров за рубеж. Это чаще всего связано с недостаточным материальным стимулированием, сложными условиями труда, а также низким уровнем социальной защиты медицинских работников в России. Наиболее ярко данные проблема видна в сельских территориях, где данные факторы многократно увеличивают своё воздействие.

⁹²⁰ «Кодекс профессиональной этики врача Российской Федерации» (принят Первым национальным съездом врачей Российской Федерации 05.10.2012).

⁹²¹ Правовой минимум медицинского работника (врача) / М.Ю.Старчиков. - М. : ГЭОТАР-Медиа, 2017. – С.158.

⁹²² Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 11.10.2018).

Нельзя не отметить, что по заявлениям СК в 2016 году было возбуждено 878 уголовных дел против врачей, а в 2017 – 1,8 тысячи, что является явным фактором ухудшения ситуации в условиях недостаточной проработки способа решения конфликтов в отношениях «врач-пациент», о чём было сказано выше. В том же высказывании говорилось о том, что большая часть (90%) ятрогенных дел не доходит до суда, что может говорить о не квалифицированности подающих жалобы пациентов в данных вопросах. Повышение же зарплат запланировано, но по официальным данным не превышает 6 %, что может быть связано лишь с установкой той же нормы, что и сейчас, при условии инфляции.

Важный момент работы в медицинской сфере является возможность досрочного выхода на пенсию. Об этом говорит ст.8 ФЗ от 28.12.2013 № 400-ФЗ (ред. от 29.12.2015) «О страховых пенсиях» при наличии индивидуального пенсионного коэффициента в размере не менее 30. Также следует упомянуть п.20 ч.1 ст.30 Федерального закона от 28.12.2013 № 400-ФЗ «О страховых пенсиях» о возможности выхода на пенсию врачей в независимости от их возраста, проработав 25 лет в сельской местности или же 30 лет в городах⁹²³.

Однако недавняя реформа пенсионного возраста видоизменила данный момент, увеличив досрочный выход на пенсию медиков на 5 лет. В силу продолжительности обучения, а также использования пенсии как дополнительного, иногда даже необходимого источника дохода врачей это не может не иметь отрицательного влияния на здравоохранение в целом.

Хотелось бы отметить тот факт, что одной из причин повышения пенсионного возраста, по мнению Ольги Ткачевой, главного внештатного гериатра Минздрава России, является то, что сегодня у активного человека процессы старения замедляются, так что 60-летнего россиянина далеко не всегда можно назвать пожилым. Однако, оценивая медицинскую сферу деятельности, мы видим другие результаты. По исследованиям в Ростовском государственном медицинском университете продолжительность жизни врачей в среднем короче, чем у пациентов на пятнадцать лет, что связано со стрессом, Синдромом эмоционального выгорания, а также несоблюдением правил здорового образа жизни. Данный факт не может не вызвать необходимости рассмотрения вопросов медицинской сферы отдельно.

Всё это усугубляет факт специфичности забастовок в данной среде. Они не могут осуществляться как по этическим соображениям, так и по законодательным. Пункт «б» ст.413 Трудового Кодекса Российской Федерации от 30.12.2001 № 197 относит к числу незаконных и не допускаемых забастовки, осуществляемые на мероприятиях, прямо связанных с обеспечением жизнедеятельности населения, в их число входят больницы, в том случае, если «их проведение создаёт угрозу

жизни и здоровью людей». В силу профессии, последнее действие просто неизбежно.

Ещё один момент, на который хотелось бы обратить внимание в данной статье это необходимая, но отсутствующая в данной мере автономность врачей. «Документ Всемирной медицинской ассамблеи от 1963 г. (с последними изменениями) «Двенадцать принципов предоставления медицинской помощи в любой национальной системе здравоохранения» говорит о праве на моральную, экономическую и профессиональную независимость (Принцип 7). Также в Кодексе профессиональной этики врача Российской Федерации от 05.10.2012 закреплено право ни при каких обстоятельствах не изменять принципам профессионального долга и отклонять любые попытки давления со стороны физических и юридических лиц, требующих от него действий, противоречащих этическим принципам, профессиональному долгу или закону (ст.6)»⁹²⁴.

Можно смело говорить о том, что автономность врачей является одним из главных факторов, необходимых для создания качественного здравоохранения. Несмотря на это, в нашей стране на практике можно наблюдать всё более узкие как нормы оказания медицинской помощи. По приказу Минздрава от сентября 2015 г. на заполнение документации должно уходить не более 35 % времени приёма, имеющего, итак, крайне малые рамки, по мнению работающих специалистов (посещение гинеколога – 22 минуты), так и обязательное «выполнение планов» в медицинской сфере.

Последнее является фактором, нарушающим основные права врачей, закрепленные в международных конвенциях, ведь часто наблюдается следование именно необходимому проценту в нужной статистике (количество принимаемых пациентов за определённый период или же имеющих определённую патологию), а не качеству индивидуального лечения каждого больного. Данные факторы безусловно ещё больше усугубляют сложность построения отношений «пациент-врач» и приводят к образованию новых конфликтов из-за не идеальности организации функционирования российской системы здравоохранения.

В последние два года общественность беспокоит тенденция к увеличению количества возбуждаемых уголовных дел против медицинских работников и медицинских организаций. Причиной такой отрицательной ситуации может быть как рост случаев некачественного оказания медицинской помощи, так и установка Следственного комитета РФ и правоохранительных органов на увеличение выявления данной категории преступлений. Повышенное внимание к ятрогенным преступлениям, привело к появлению инициативы внести изменения в уголовный кодекс. Рассмотрим статьи которые инкриминируются врачам. Уголовный кодекс содержит ч. 2 ст. 109 – «Причинение смерти по неосторожности вследствие

⁹²³Федеральный закон «О страховых пенсиях» от 28.12.2013 N 400-ФЗ.

⁹²⁴Права врачей /А.А.Понкина, И.В.Понкин. - М.: ГЭОТАР-Медиа, 2016. –С. 39.

ненадлежащего исполнения лицом своих профессиональных обязанностей»; ч. 4 ст. 122 УК – «Заражение другого лица ВИЧ-инфекцией вследствие ненадлежащего исполнения лицом своих профессиональных обязанностей»; ст. 124 УК – «Неоказание помощи больному без уважительных причин лицом, обязанным её оказывать в соответствии с законом или со специальным правилом, если это повлекло по неосторожности причинение вреда здоровью больного»; ч. 1 ст. 238 УК – «Производство, хранение или перевозка в целях сбыта либо сбыт товаров и продукции, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности жизни или здоровья потребителей»; ч. 1 ст. 293 УК – «Халатность, то есть неисполнение или ненадлежащее исполнение должностным лицом своих обязанностей вследствие недобросовестного или небрежного отношения к службе либо обязанностей по должности, если это повлекло причинение крупного ущерба или существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства»⁹²⁵.

Следственный комитет предложил внести дополнения в Уголовный кодекс, а именно: ст. 124.1 «Ненадлежащее оказание медицинской помощи (медицинской услуги)» и ст. 124.2 «Соккрытие нарушения оказания медицинской помощи». По данной статье предполагается уголовная ответственность за внесение недостоверных сведений в медицинскую документацию или её сокрытие и уничтожение. Так же речь идет об установлении уголовной ответственности за врачебные ошибки. Такая инициатива вызвала волну критики не только со стороны медицинского сообщества, но и со стороны общественности, где данную инициативу назвали «Дело врачей – 2». Такой подход не предполагает повышения качества медицинской помощи, а скорее наоборот, снизит ее, т.к. в случае возможности совершения действий, сопряженных с оправданным риском, врач не пожелает бороться за жизнь пациента проявляя творческую инициативу. Так же обоснованный риск всегда предполагает альтернативу в действиях врача и если исход летальный, то, как ни поверни врач окажется виновным, т.к. можно сказать, что он не выбрал правильный метод. Таким образом, ужесточение наказания и увеличение статей в Уголовном кодексе по которым можно привлечь к ответственности медицинского работника не является правильным решением проблемы. Ответственность за врачебные ошибки должна устанавливаться в рамках гражданского права и предусматривать возмещение морального вреда и вреда, причиненного здоровью.

Таким образом, можно сделать вывод, что врачи сегодня являются наименее защищенным субъектом в правоотношениях «врач – пациент». Формально установленные права такие как право (в общем порядке) на защиту профессиональной чести, достоинства и деловой репутации, которые ст.150 Части

⁹²⁵Уголовный кодекс Российской Федерации" от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 03.10.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 21.10.2018)

первой Гражданского кодекса РФ относит к числу нематериальных благ, принадлежащих гражданину от рождения или по закону. Право на защиту чести, достоинства или деловой репутации предусмотрено ст.152 Гражданского кодекса РФ, на практике трудно реализуемы в силу перечисленных нами причин⁹²⁶.

Врачебная деятельность имеет крайне много аспектов, не способных в должной мере регулироваться общими правилами законодательства и должна быть рассмотрена в специальных нормах. Нашему государству стоит перенять и преобразовать опыт других, имеющем большие успехи в здравоохранении, в том числе и из-за более глубокой законодательной проработки многих специфических вопросов.

§ 15. О росте спроса блокчейн – специалистов на рынке труда

Технология, которая окажет наибольшее влияние в ближайшие несколько десятилетий уже существует. Это не социальные сети, не большие данные, не альтернативные источники энергии, не робототехника, не искусственный интеллект. Это цепочка блоков транзакций, blockchain. Эта технология является следующим поколением интернета, она несет огромный потенциал для развитиялюбого бизнеса, а также общества.

Что такое блокчейн? Блокчейн — это структура данных, фактически список связанных блоков, но с одним важным дополнением — каждый из них содержит в себе криптографический хэш предыдущего блока. Таким образом, создается цепочка блоков и их индивидуальных отпечатков, которую невозможно изменить. Выделим два плюса блокчейна: децентрализованность и невозможность вносить изменения в «историю операций» как следствие. За счет этих качеств создается система, которую почти невозможно контролировать извне, при этом гарантирующая свою безопасность (данные блокчейна хранятся на всех компьютерах пользователей, нельзя их изменить сразу везде). Т.к. к технологии большой процент доверия, можно позволить ей совершать автоматически действия с финансами без участия человека. Например, пришел человек в магазин, взял нужные продукты и вышел, а деньги за предоставленные товары списались автоматически и ровно в необходимом объеме.

Благодаря блокчейну можно создавать договоры, которые обеспечивает исполнение обязательств, осуществлять платежи и управление. На данный момент данные технологии популярнее всего на финансовом рынке. Например, Сбербанк использует блокчейн для осуществления международных транзакций, а также использует его в кредитовании. Таким образом, блокчейн – это набор технологий,

⁹²⁶Гражданский кодекс РФ. 30 ноября 1994 года N 51-ФЗ.

используемых для различных целей. Это база данных, поддерживаемая всеми заинтересованными сторонами, а не контролируемая одним субъектом.

Технологии создают специалистов. Первыми начали привлекать специалистов по блокчейну банки, так как они проводят много финансовых операций, где технология блокчейн (распределенных реестров) помогает бороться, например, с мошенничеством. Разработчики и архитекторы приложений нужны страховым и телекоммуникационным компаниям, розничным сетям, а также госсектору – у Минэкономразвития, например, есть проект Единого реестра недвижимости на базе блокчейна. ВЭБ и Единая электронная торговая площадка объявили о запуске совместного проекта с применением блокчейна.

Динамичное развитие блокчейна способствует тому, что за последние несколько лет разработчики блокчейн-технологии превратились из представителей узконаправленной специализации в профессионалов, дефицит которых серьезно ощущается на рынке. По данным издания TechCrunch⁹²⁷, на сегодняшний день специалисты, работающие с блокчейном, занимают второе место по росту востребованности на международном рынке труда, а на каждого разработчика приходится порядка 14 вакансий по всему миру.

Стремительный рост востребованности блокчейн-разработчиков был впервые отмечен в прошлом году⁹²⁸. Так, на платформе Upwork⁹²⁹, для поиска и найма удаленных сотрудников в 2017 году Bitcoin-разработчики заняли первое место по востребованности среди списка топ-20 наиболее популярных профессий. А на площадке TopTal⁹³⁰, для программистов фрилансеров с января 2017 года по январь 2018 года спрос на блокчейн-разработчиков вырос на 700%. Более того, 93% опрошенных разработчиков платформы TopTal указали, что планируют получить дополнительное образование для работы с технологией распределенного реестра, поскольку средний заработок программиста при наличии таких знаний в США находится на уровне \$130 тысяч в год⁹³¹, в Швейцарии зарплаты специалистов по вопросам развития блокчейн-сетей составляют от \$120 до \$180 тысяч в год⁹³², а в Великобритании начинающим блокчейн-разработчикам платят порядка \$50-60 тысяч, а опытным – от \$90 до \$140 тысяч в год.

Похожая ситуация сложилась и на российском рынке труда, где все больше компаний заинтересованы в найме блокчейн-разработчиков. Согласно рекрутингово-

му агентству Head Hunter⁹³³, в 2017 году для специалистов по блокчейну было представлено 484 вакансии, в то время как в 2016 году таких предложений не было вообще.

С начала 2017 г. на портале HeadHunter работодатели разместили 484 вакансии для специалистов по блокчейну – в 2016 г. таких предложений не было вообще. Людей с нужной квалификацией и опытом на российском рынке единицы и компании – в основном банки – готовы приглашать на заработную плату в 200 000–400 000 рублей в месяц.

Если раньше на 90% вакансий в России, связанных с блокчейном, искали разработчиков, то сегодня до 40% вакансий адресованы тем, кто будет продвигать ICO, – маркетологам, SMM-менеджерам, PR-специалистам и копирайтерам.

В настоящее время требования к специалистам по блокчейну в финансовой отрасли ужесточаются. Например, от кандидатов в разработчики иногда требуют знания не только стандартных языков программирования, но и криптографии, распределенных баз данных, языка программирования Solidity для криптовалюты Ethereum. Нужен опыт работы в финансовых компаниях, например, с шифрованием, ценными бумагами, обработкой платежей, но готовых специалистов на рынке нет. Спецкурсы и мастер-классы появились в МГУ, ВШЭ, МИСиС, МФТИ и СПбГУ. Крупные банки, например Сбербанк, пытаются самостоятельно выращивать специалистов.

Учитывая, что технология блокчейна была представлена только 10 лет назад, то даже высокий уровень востребованности не может способствовать быстрому росту количества и качества специалистов. Тем не менее игроки крипторынка и сами разработчики активно работают над решением данной проблемы. Так, помимо специализированных платных курсов, для разработчиков существуют образовательные MOOC-курсы (Massive open online course), которые предлагают онлайн-программы по блокчейну. Массовые открытые онлайн-курсы появились в сфере дистанционного обучения еще в 2008 году, но стали по-настоящему популярны в 2012 году, когда такие проекты, как Coursera, Udacity и Udemu начали привлекать большое количество пользователей. Среди немногочисленных MOOC курсов, направленных на изучение блокчейна и криптовалют для разработчиков, зачастую встречаются бесплатные программы⁹³⁴, такие как «Blockchain Initiative», Coursera «Bitcoin and Cryptocurrency Technologies» и «Blockchain for Business» блокчейн-проекта Hyperledger и Linux Foundation.

Таким образом, наибольший спрос на блокчейн-специалистов отмечен в финансовом секторе. Крупные банки и финансовые организации давно признали технологию распределенного реестра как оптимальную систему, способную снизить затраты, ускорить транзакции и повысить безопасность сетей.

⁹²⁷ <https://techcrunch.com/2018/02/14/blockchain-engineers-are-in-demand/>

⁹²⁸ <https://www.upwork.com/press/2018/02/07/q4-2017-skills-index/>

⁹²⁹ <https://beta.techcrunch.com/tag/upwork/>

⁹³⁰ <https://www.banklesstimes.com/2018/02/15/topal-connects-business-blockchain-talent/>

⁹³¹ <https://www.computerworld.com/article/3235972/it-careers/blockchain-jobs-continue-to-explode-offer-salary-premiums.html>

⁹³² <https://www.businessinsider.nl/blockchain-developer-salaries-in-switzerland-raised-by-ico-boom-2017-12/?international=true&r=US>

⁹³³ <https://ru.insider.pro/topnews/2017-10-25/slovo-blokchejn-v-rezyume-povyshaet-stoimost-rabotnika-na-25/>

⁹³⁴ <https://decenter.org/blockchain/159-cryptocurrency-courses-rus>

§ 16. Информационная модель правотворчества в сфере образования: проблемы правового регулирования использования средств мобильной связи

Информационная модель правотворчества является основой для создания нового вида информации в виде нормативных правовых актов. Специалисты рассматривают информационную модель правотворчества как разновидность социального управления, необходимую в правотворческой деятельности для того, чтобы ввести в правовую систему новые нормы, изменить или отменить уже действующие⁹³⁵.

К элементам информационной модели правотворчества относят сбор информации, ее оценку, определение целей правового регулирования, конструирование правотворческого решения, как итогового действия, которое вносит преобразование в то или иное нормативное содержание правового регулирования определенных социальных отношений.

Как правило, предпосылками правотворчества являются объективные требования и проблемы социальной жизни, требующие разрешения с помощью правовых способов и механизмов. Часто эти проблемы обусловлены техническим прогрессом, достижения которого ставят человечество перед необходимостью упорядочивания определенной части общественных отношений с помощью правовых регуляторов. Так, например, появление новых средств связи, таких, как мобильные устройства, всевозможные гаджеты, одновременно с улучшением качества жизни создало и целый ряд проблем правового характера, в том числе, связанных с правомерным использованием средств мобильной связи в сфере образования.

Для решения такого рода проблем общество прибегает к правовому регулированию. В юридической литературе понятие «правовое регулирование» рассматривается как целенаправленное воздействие государства на общественные отношения при помощи специальных юридических средств и методов, направленных на стабилизацию и упорядочивание этих отношений. Источником правового регулирования выступает правотворчество как совокупность актов, действий, направленных на создание права, где право есть результат правотворческой деятельности государства⁹³⁶.

Понятие «средства связи» содержится в ст. 59 ФЗ от 29.12.2012 № 273 – ФЗ «Об образовании в РФ» (ред. от 03.08.2018), которая регламентирует формы и порядок проведения государственной итоговой аттестации. Согласно закону формы государственной итоговой аттестации, порядок проведения такой аттестации по соответствующим образовательным программам различного уровня и в любых формах (включая требования к использованию средств обучения и воспитания, средств связи при проведении при проведении государственной итоговой аттеста-

ции) определяются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере образования, если настоящим Федеральным законом не установлено иное. Что имеется в виду под «средством связи», законодатель в данном случае не разъясняет.

Определение понятия «средства связи» содержится в ФЗ «О связи» от 07.07.2007 № 126 – ФЗ (ред. от 03.08.2018). «Средства связи» - это технические и программные средства, используемые для формирования, приема, обработки, хранения, передачи, доставки сообщений электросвязи или почтовых отправлений, а также иные технические и программные средства, используемые при оказании услуг связи или обеспечении функционирования сетей связи, включая технические системы и устройства с измерительными функциями» (п. 28 ст. 2 ФЗ).

Своим правом, предоставленным Федеральным законом в отношении определения требований к использованию средств связи при проведении государственной итоговой аттестации, федеральные органы исполнительной власти в сфере образования вынуждены были воспользоваться, когда столкнулись с практикой неправомерного использования средств мобильной связи (мобильных устройств), прежде всего, экзаменуемыми в пунктах проведения экзамена. Эти неправомерные действия приводили к искажению результатов государственной итоговой аттестации как формы оценки степени и уровня освоения обучающимися образовательной программы, нарушая требования российского закона о том, что итоговая аттестация должна проводиться на основе принципов объективности и независимости оценки качества подготовки обучающихся. В результате был подготовлен и введен в действие Приказом Минобрнауки России от 26.12.2013 № 1400 (ред. от 09.01.2017) порядок проведения государственной итоговой аттестации по образовательным программам среднего общего образования, который запретил иметь при себе средства связи, электронно-вычислительную технику, фото, аудио- и видеоаппаратуру, справочные материалы, письменные заметки и иные средства хранения и передачи информации выпускникам прошлых лет и обучающимся в день проведения экзамена в период с момента входа в пункт проведения экзамена и до окончания экзамена. При установлении фактов нарушения порядка проведения ГИА со стороны обучающихся председатель ГЭК принимает решение об аннулировании результатов ГИА соответствующего экзаменуемого.

Пленум Верховного Суда РФ подтвердил законность признания факта наличия у экзаменуемого в период экзамена на территории пункта проведения экзамена мобильного телефона нарушением порядка проведения ЕГЭ, влекущим удаление нарушителя с экзамена с аннулированием результатов ЕГЭ, причем для удаления обучающегося с экзамена и (или) аннулирования результатов ЕГЭ достаточно установить факт наличия у экзаменуемого запрещенного предмета независимо от факта его от использования и от того, находится ли данный предмет в собст-

⁹³⁵ Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 81.

⁹³⁶ Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М., 2002. С. 228 – 229.

венности обучающегося. В материалах обобщения судебной практики по административным делам об оспаривании решений государственных и конфликтных комиссий субъектов РФ приводятся два случая нарушения порядка проведения государственной итоговой аттестации, связанных с обнаружением в пунктах приема экзамена запрещенных средств связи в виде мобильных телефонов, повлекшие аннулирование результатов ГИА⁹³⁷.

Однако в одном случае суд отказал в удовлетворении заявленных исковых требований, указав на то, что факт наличия у экзаменуемого средств связи (мобильного телефона) подтвердили материалы видеозаписи проведения ЕГЭ. Согласно порядку проведения ГИА аудитории должны быть оборудованы средствами видеонаблюдения. Отсутствие их или видеозаписи экзамена является основанием для остановки экзамена. По этическим соображениям санитарные комнаты в пункте проведения экзамена не могут быть оснащены средствами видеонаблюдения. При рассмотрении административного дела суд установил, что обучающийся вошел в санитарную комнату и увидел, по его словам, лежащий на полу мобильный телефон. Он отказался по просьбе члена ГЭК поднять его, заявив, что телефон ему не принадлежит. Тем не менее, в отношении обучающегося был составлен акт об удалении с ЕГЭ, на основании которого ГЭК субъекта РФ приняла решение об аннулировании результатов экзамена без права пересдачи в дополнительные сроки в текущем учебном году. В этом случае суд удовлетворил требование административного истца о признании незаконным акта об удалении обучающегося с экзамена и решение ГЭК субъекта РФ об аннулировании результатов экзамена. Суд посчитал, что мобильный телефон, найденный на полу помещения в момент нахождения там экзаменуемого не является доказательством того, что именно этот обучающийся нарушил порядок проведения ГИА.

Вместе с тем, обнаружился пробел в правовом регулировании порядка проведения государственной итоговой аттестации, который может быть решен путем внесения в документы нормы о том, что в случае обнаружения запрещенных средств связи, когда невозможно подтвердить материалами видеозаписи их принадлежность конкретному лицу в пункте проведения ЕГЭ, председатель ГЭК должен принять решение об остановке экзамена.

В документе следует более четко прописать мнение суда о том, что в ряде случаев требования административных исковых заявлений о признании незаконными актов об удалении обучающихся из пунктов проведения и решений ГЭК субъектов Российской Федерации об аннулировании результатов ГИА удовлетво-

рялись со ссылкой на то, что обнаруженный у экзаменуемого в ходе ГИА запрещенный предмет не использовался, а это следует признать ошибочным.

На сегодняшний день, помимо п. 5 ст. 59 ФЗ «Об образовании в РФ» и федерального подзаконного акта о порядке проведения государственной итоговой аттестации по образовательным программам среднего общего образования, отношения, связанные с использованием мобильного телефона в сфере образования, регулируются локальными нормативно-правовыми актами образовательной организации.

По исследуемой проблеме удалось изучить более трех десятков таких актов образовательных организаций общего среднего образования в виде приказов, правил, положений. Эти организации воспользовались своим правом принимать локальные нормативные акты (п. 1 ст. 30 ФЗ «Об образовании в РФ»), которые содержат нормы, регулирующие образовательные отношения в пределах своей компетенции в соответствии с законодательством РФ в порядке, установленном ее уставом. Согласно российскому законодательству, образовательная организация вправе принимать локальные нормативные акты по основным вопросам организации и осуществления образовательной деятельности. Вопросы правового регулирования использования средств мобильной связи вполне можно отнести к основным, так как принятие актов локального характера позволяет учитывать особенности в конкретной образовательной организации.

Спецификой образовательной организации среднего общего образования можно объяснить включение в текст локального нормативного акта рекомендации родителям (законным представителям) обучающимся не звонить своим детям во время образовательного процесса, чтобы не отвлекать их от учебной деятельности. Некоторые образовательные организации запрещают родителям звонить обучающимся именно во время урока и сообщают им номер телефона, по которому можно позвонить дежурному администратору в экстренных случаях.

Ряд локальных нормативных актов образовательных организаций концентрирует подобные предписания, оговаривая при этом, что мобильным телефоном запрещено пользоваться во время урока, классного собрания и другого внутришкольного мероприятия, допуская, что в случае экстренной необходимости ученик может использовать телефон как средство связи, но вне учебных классов и не нарушать учебный процесс.

К разряду специфичных можно отнести норму о том, что средства мобильной связи, в том числе, в выключенном состоянии, не должны размещаться на классных партах и на обеденных столах в столовой. С учетом того, что образование представляет собой единый целенаправленный процесс воспитания и обучения, вполне естественным является и то, что локальный нормативный акт образовательной организации включает в себя требование соблюдать этические нормы при использовании средств мобильной связи, например, не использовать в качест-

⁹³⁷ Обобщение судебной практики по административным делам об оспаривании решений государственных экзаменационных и конфликтных комиссий субъектов РФ при проведении в 2016 году государственной итоговой аттестации по программам среднего общего образования в форме ЕГЭ. Утверждено Президиумом Верховного Суда РФ 1 июня 2017 г. // Российская газета [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://cdnimg.rg.ru/pril/article/142/03/40/obzor_ege (дата обращения: 30 октября 2018).

ве звонка мелодии и звуки, которые могут оскорбить и встревожить окружающих (нецензурную лексику, грубые и резкие выражения и звуки и т. п.), не вести приватных разговоров с использованием средств мобильной связи в присутствии других людей, не использовать чужие средства мобильной связи, не сообщать их номеров третьим лицам без разрешения владельцев, разговаривать по мобильному телефону тихим голосом и др.

Локальные нормативные акты, регулирующие пользование средствами мобильной связи несовершеннолетними, содержат также нормы превентивного характера, например, обязывающие участников образовательного процесса в целях сохранности средств мобильной связи не оставлять свои мобильные телефоны, планшетные устройства и т. п. без присмотра, в том числе, в карманах верхней одежды. При посещении уроков, на которых невозможно ношение средств мобильной связи, например, уроков физкультуры, на время занятия учащиеся могут оставить средства мобильной связи в месте, специально отведенном учителем. По окончании занятия учащиеся «организованно» забирают свои средства мобильной связи. В одном из локальных актов место, где можно оставить на время мобильный телефон, определено как «короб», который должен стоять в учебном кабинете на столе учителя.

Иногда локальные нормативные акты буквально закрепляют алгоритм поведения обучающихся. Например, предлагается в здании школы переводить телефон в режим вибровызова, беззвучный режим или оставлять в выключенном состоянии. Предписывается не позднее первого звонка на урок выключать средства мобильной связи и убирать со стола. После урока во время перемены разрешается их включить и использовать по назначению. Во время факультативных и иных занятий мобильный телефон и другие портативные электронные устройства следует в обязательном порядке выключать и убирать с рабочего стола. Обучающимся строго запрещается вешать телефон на шею, хранить в карманах брюк и юбок, а также подключать телефон к электрическим сетям образовательного учреждения для зарядки.

Как известно, обеспеченность правовых предписаний санкциями – это аксиома. Составители текстов локальных нормативных актов, понимая это, как правило, сопровождают текст акта фразой о том, что за нарушение правил пользования средствами мобильной связи виновные несут персональную ответственность в соответствии с действующим законодательством РФ, уставом образовательной организации и ее локальными нормативными актами.

Декларативный характер этой нормы вполне очевиден. Так, в случае, когда правила нарушают несовершеннолетние обучающиеся, их поведение рассматривается как нарушение дисциплины, проявляющиеся в неисполнении или нарушении локальных нормативных актов по вопросам организации и осуществления образовательной деятельности. К ним могут быть применены меры дисциплинарного

взыскания (ст. 43 ФЗ «Об образовании в РФ»). К этим мерам закон относит замечание, выговор, отчисление из организации, осуществляющей образовательную деятельность. Закон при этом запрещает применять меры дисциплинарного взыскания к обучающимся по образовательным программам дошкольного, начального образования, а также к обучающимся с ограниченными возможностями здоровья (с задержкой психического развития и различными формами умственной отсталости). Таким образом, определенная группа субъектов права выпадает из-под действия санкционных правовых мер. При выборе меры дисциплинарного взыскания организация должна учитывать тяжесть дисциплинарного проступка, причины и обстоятельства, при которых он совершен, предыдущее поведение обучающихся, его психофизическое и эмоциональное состояние, а также мнение советов обучающихся, советов родителей. Согласно закону родители также должны соблюдать правила внутреннего распорядка организации и требования локальных нормативных актов, которые устанавливают режим занятий обучающихся, порядок регламентации образовательных отношений между образовательной организацией и обучающимися и (или) их родителями (законными представителями). Остается только сожалеть, что законодатель не посчитал нужным законодательно потребовать от родителей (законных представителей) обучающихся, чтобы те обеспечили соблюдение их детьми требований указанных выше локальных нормативных актов образовательных организаций. Если бы такая норма была закреплена была закреплена в ФЗ «Об образовании в РФ», то можно было бы влиять на родителей несовершеннолетних, если педагогам не удастся мерами воспитательного воздействия в сочетании с мерами дисциплинарного взыскания добиться от нарушителей соблюдения требований локальных нормативных актов образовательной организации путем привлечения их к административной ответственности. КоАП РФ устанавливает только один состав административного правонарушения, предусматривающего ответственность родителей и лиц их замещающих в сфере образования. Согласно ст. 5.35 КоАП РФ данные лица привлекаются к административной ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанности по содержанию, воспитанию, обучению, защите прав и интересов несовершеннолетних, то есть тех обязанностей, которые закрепляет ст. 44 ФЗ «Об образовании в РФ». Статья не предусматривает норму о том, что родители должны обеспечивать соблюдение их детьми законных требований локальных нормативных актов образовательной организации. В связи с этим А.П.Жуков считает, что, несмотря на законодательное установление обязанности родителей (лиц, их замещающих) в сфере образования, неисполнение либо ненадлежащее исполнение которых составляет объективную сторону рассматриваемого правонарушения, расплывчатость формулировок законодательной нормы в этой части привело к тому, что фактически родители могут быть привлечены к ответственности лишь в случае неполучения ребенком общего образования. Квалифицированное мнение юриста сводится к тому,

что «трудно себе представить на практике случай привлечения к административной ответственности за несоблюдение внутреннего распорядка образовательной организации. Если буквально понимать закон, то в случае, если ребенок опоздал на урок, то фактически он нарушил установленный внутренний распорядок образовательной организации, и соответственно родители подлежат административной ответственности» в виде предупреждения или административного штрафа⁹³⁸.

Недостаточность легальных санкций приводит к тому, что виды ответственности за нарушение положения о запрете пользования мобильными телефонами и планшетами определяются каждой школой самостоятельно и являются иногда весьма сомнительными с правовой точки зрения.

В приказе директора одной из школ говорится о том, что в случае нарушения Положения о запрете пользования мобильными телефонами и планшетами за однократное нарушение, оформленное докладной на имя директора, объявляется замечание (с написанием объяснительной). В случае нарушения запрета использовать телефон и планшет на уроке в любом режиме допускается изъятие телефона и планшета учителем для передачи администрации школы. В случае отказа пользователя передать телефон или планшет для изъятия учитель вправе поставить оценку «2» с трактовкой «За работу на уроке».

Все изученные локальные нормативные акты образовательных организаций закрепляют только один вид дисциплинарного взыскания – замечание – за однократное нарушение запрета использовать средства мобильной связи. Казалось бы, за повторное нарушение правил пользования средствами мобильной связи следовало бы объявить виновному выговор, однако образовательные организации своими локальными нормативными актами предпочли установить за повторный проступок меры, препятствующие нарушению соответствующих норм в виде временного изъятия средств мобильной связи. В некоторых случаях оговаривается, что это возможно при предварительном письменном согласии владельца телефона (родителя, законного представителя). Вполне естественно, что такая процедура исполнения меры воздействия вызывает ряд вопросов. В частности, неясно, что делать, если необходимое согласие не получено, или один из родителей просто не желает его давать. Непонятно, когда администрация школы должна получить такое согласие учащихся, их родителей (законных представителей) до нарушения правил или после факта нарушения правил. Тенденция исполнения данной нормы сводится к тому, что при повторных фактах нарушения учащимся требований локального правового акта администрация образовательной организации проводит беседу (собеседование), после чего мобильный телефон или планшетное устройство изымается.

В локальных нормативных актах выделяется норма о том, что при фактах грубого нарушения правил, даже единичных, конкретным учеником, предусматривается полный запрет на ношение мобильного телефона на весь учебный год. В данном случае остается неясным, должно ли это предписание распространяться только на урочное время или также на внеурочное и внешкольное время. Что касается понятия «грубое нарушение», то из анализа контекста нормативного материала следует понимать под ним использование телефона или планшета и других средств мобильной связи на уроке, пропаганда насилия и порнографии, сознательное нанесение вреда посредством этих средств имиджу школы. Представляется, что было бы целесообразно, прежде чем привлекать обучающегося к дисциплинарной ответственности в виде объявления замечания, применить к нему меры воспитательного характера, например, ту же самую беседу в присутствии родителей, школьного психолога, представителей родительского комитета и других участников образовательных отношений, закрепив меры воспитательного характера, их процессуальное оформление в локальном нормативном акте организации.

Использование обучающимися мобильных устройств в учебное время повсеместно создает немало конфликтных прецедентов. На это указывает активность директоров образовательных организаций по изданию приказов о запрете мобильных телефонов, планшетов и тому подобных средств мобильной связи. Видимо, директора запрещают использование мобильных телефонов в школе для того, чтобы предотвратить их хищение. Запреты могут быть жесткими, когда обучающимся 1 – 11 классов, а также учителям категорически запрещается пользоваться мобильными телефонами во время учебных занятий в любом режиме, а в случае нарушения приказа к нарушителям применяется дисциплинарное взыскание. В некоторых школах обучающимся все-таки предоставляется право использовать мобильный телефон в здании школы во время перемен. Практически всегда изъятые мобильные телефоны передаются родителям (законным представителям).

Как известно, правотворчество – это деятельность рациональная, направленная на решение определенных социальных проблем, на достижение определенных целей. В обобщенном виде цели локального нормативного регулирования использования средств мобильной связи в образовательной организации представлены стремлением улучшить организацию режима работы школы, повысить качество и эффективность получения образовательных услуг, гарантировать психологически комфортные условия учебного процесса, защитить гражданские права всех «субъектов образовательного процесса». В связи с тем, что понятие «образовательный процесс» законодательно не определено, можно воспользоваться опытом Республики Беларусь. Кодекс Республики Беларусь об образовании от 13 января 2011 г. № 243 – 3 рассматривает образовательный процесс как обучение и воспи-

⁹³⁸ Правовая политика в сфере образования: Словарь / Под ред. А.В.Малько и Д.А.Смирнова и др. М., 2017. С. 15.

тание, организованное учреждением образования в целях освоения обучающимися содержания образовательных программ⁹³⁹.

Другим решением может стать изменение самой формулировки. Вместо выражения «защитить гражданские права «субъектов гражданского процесса», видимо, следует написать «защитить гражданские права «участников образовательных отношений». Унификации подлежат и другие понятия и термины, закрепленные текстами ныне действующих локальных нормативных актов в силу того, что они регулируют однородные общественные отношения, такие, как «учебный процесс», «средства мобильной связи» и другие. В этом случае трудно не согласиться с мнением о том, что точность и доступность понимания юридических текстов является непременным условием эффективности нормативных правовых актов.

Некоторые локальные нормативные акты, регулирующие использование средств мобильной связи, содержат раздел «Основные понятия», в котором говорится, что сотовый телефон – это средство коммуникации и «составляющая имиджа современного человека, которую не принято активно демонстрировать»; пользователь – это субъект образовательного процесса, пользующийся сотовым телефоном; «пропаганда культа насилия, жестокости и порнографии посредством телефона» - демонстрация окружающим видео и фото сюжетов соответствующего содержания, а «сознательное нанесение вреда имиджу школы» - съемка в стенах школы постановочных сцен насилия, вандализма с целью дальнейшей демонстрации сюжетов окружающим.

Таким образом, анализ уже действующих локальных нормативных актов позволяет выявить типовые затруднения правотворческой деятельности тех, кто осуществляет ее самостоятельно в образовательных организациях, то есть, учредителей органов управления, коллективов организаций. В данном случае следует обратить внимание на то, что локальный нормативный акт, регулирующий образовательные отношения, по своей природе схож с иными нормативными актами. Как любой другой правовой акт, он должен иметь определенные реквизиты, структуру, приниматься в специальном порядке и устанавливать правила поведения. Вместе с тем, локальный правовой акт обладает ограниченной сферой действия, то есть, действует в пределах компетенции образовательной организации.

Находящиеся в общей доступности локальные нормативные акты образовательных организаций общего среднего образования были приняты в период с 2014 по 2018 г., то есть, в течение последних пяти лет. Такие акты действуют в образовательных организациях Москвы, Санкт-Петербурга, Симферополя, Казани, Ялты, Ростова-на-Дону, Орска и других регионов. Все это указывает на востребованность правового регулирования, которое осуществляется с помощью локальных нормативных актов, регламентирующих образовательные отношения с участием

обучающихся, закрепляя их права, обязанности, ответственность за использование средств связи в виде «сотовых телефонов», «мобильных телефонов», «средств коммуникации», «мобильных информационно-коммуникативных устройств», «портативных электронных устройств», «планшетов» и «средств мобильной связи». Сфера использования перечисленных выше средств связи ограничивается в разных актах образовательным процессом, учебным процессом, школой, учебными кабинетами и т.п.

Таким образом, к недостаткам локального правотворчества можно отнести разноречивость в наборе основных понятий и терминов, используемых в актах, регулирующих использование средств мобильной связи, отсутствие дефиниций, что нарушает основополагающий принцип юридической техники – принцип единства терминологии. Нормы локальных нормативных актов отличаются излишней детализированностью, часто имеют казуальный характер. К настоящему времени не выработан единый подход к структуре подобных локальных актов. Обращает на себя внимание преобладание в локальных нормативных актах норм запретительного характера, регулирующих использование средств мобильной связи, непродуманность санкций и последовательности их применения.

Все это указывает на необходимость совершенствования, упорядочивания правотворческой деятельности в этой области. Результаты проведенного анализа могут быть полезными для системно-структурного построения правового материала на основе обобщений, присущих сходным ситуациям, как основы разработки типовых документов силами самих образовательных организаций, а также для систематизации федеральных нормативных правовых актов, их возможной консолидации в сфере образования, особенно по вопросам использования мобильной связи как средства обучения, безопасности информации, передаваемой с помощью этих устройств, и, конечно, нельзя обойти вниманием проблему физической безопасности при пользовании персональными средствами мобильной связи.

Место мобильного телефона, этого многофункционального технического устройства для передачи, обработки и хранения информации в организации учебной деятельности обучающихся как средства обучения, также предстоит осмыслить и педагогам, и юристам. На сегодняшний день локальные нормативные акты отдают этот вопрос и его решение на усмотрение учителя.

Несмотря на то, что порядок принятия локальных нормативных актов устанавливается уставом образовательной организации, федеральный закон вправе прямо или косвенно устанавливать требования к содержанию локальных нормативных актов, например, в виде качественного модельного закона как законодательного акта рекомендательного, типового характера, принимаемого в целях унификации законодательства и определяющего цели, принципы регулирования, формулировки принципиальных правовых норм и дефиниций, нормативные рекомендации.

⁹³⁹ Василенко А.А. Правовое регулирование пользования средствами мобильной связи в образовательном процессе // Право и образование. 2014. № 8. С. 13.

ГЛАВА IV.

МЕЖДУНАРОДНОЕ И НАДНАЦИОНАЛЬНОЕ ПРАВСТВО И ЦЕННОСТИ МИРОВОГО СООБЩЕСТВА

§ 1. Идеология суверенитета как правовая ценность

Суверенитет в современном общепринятом, и как увидим, исторически выработавшемся его смысле означает собой тот правовой характер, свойство, государственной власти, в силу которого власть эта является высшей и независимой.

Существовала ли в античном мире идея суверенитета и получила ли она какое либо значение в представлениях о государстве наиболее развитых народов греков и римлян?

Греческие государства, жившие долгое время совершенно изолированной и самостоятельной жизнью, ровно как и могущественный Рим, несомненно были высшими и независимыми территориальными союзами властвования, то есть обладали суверенитетом. Но сама идея, что государственная власть в силу правовой своей природы является высшей и независимой, суверенной у древних не выработалась. Античное государство обладало полновластием. Оно было в одно и то же время носителем не только высшей светской, но и духовной власти. Религиозный культ играл огромную роль в публично правовой жизни римлян в форме *sacra ius publicum* и высший надзор в этой области принадлежал государственному органу – сенату. Государственная власть господствовала во всех формах сферах публичной жизни в Риме и никакая другая власть не ограничивала и не оспаривала ее полновластия.

Не существовало никакого антагонизма между представителями религиозного культа – жрецами и представителями светской власти – магистратами. Жрецы были собственно теми же должностными лицами, на которых были возложены специальные публично правовые функции в области религиозного культа. Высшие жрецы, понтифы, так и назывались: *sacer dotes publici Populi Romani*. О каком либо противопоставлении духовной власти светской, как это произошло позднее в Византии и затем особенно в средние, не могло быть и речи в античном, языческом государстве. Жрецы были естественными светских должностных лиц, а государство одинаково являлось организацией светских и религиозных отношений.

Из идеи автаркии и разных других положений «Политики» Аристотеля можно заключить, что независимость и принципиальная неограниченность власти государства вытекают как бы сами собой, и потому идея суверенитета далеко не исключалась из представления греков о государстве; они не видели в суверенитете существенного признака государства лишь потому, что никогда не ставили вопро-

са прямо в такой форме⁹⁴⁰. Однако сегодня утверждается, что из идеи автаркии вытекает у Аристотеля лишь нравственная и экономическая независимость идеального государства. Современное же понятие суверенитета лишь подчеркивает формальное юридическое верховенство и независимость государства, а не его фактическую способность быть самостоятельным и полную изоляцию от других государств. Суверенитет вовсе потому не исключает международных сношений и международного права. Поэтому, если даже и признать, что в идее автаркии заключаются задатки идеи суверенитета, то, во всяком случае, она была далеко не тождественна с современным понятием суверенитета.

Существовала ли идея суверенитета у римлян в смысле верховенства и независимости государства, и формулировали ли эту идею юридически, отличая точки зрения нравственную и политическую от юридической. Но в то время, как частно-правовые понятия Римлянами были развиты настолько образцово, что послужили фундаментом для дальнейшего развития частного права всех цивилизованных народов, предметом поклонения и подражания, публично-правовые понятия далеко не были выяснены римлянами с таким совершенством. Римляне значительно отстали в этом отношении даже от греков. Далее, для римлян не было нужды, как справедливо замечает Еллинек, сравнивать государство с какими-либо силами низшими в сравнении с ним или ему равноправными и таким образом заключать об отличительных признаках государства и его власти. Пока Рим не достиг всемирного владычества, римской политике даже противоречило-бы утверждение своего суверенитета над другими народами, так они охотно оставляли фикцию государственной самостоятельности за завоеванными народами. Когда же Рим достиг всемирного владычества, ему более не нужно было отстаивать свое верховенство и независимость, развивать идею своего суверенитета, так как решительно никто ее не оспаривал. Идея внешнего суверенитета предполагает противопоставление одного государства другому, но Рим уже обратил все известные античному миру государства в свои провинции, в составные подчиненные части Римской Империи. Точно также верховенство государственной власти над всеми элементами в Риме не подлежало сомнению вплоть до его последних времен существования. Никакая сила не оспаривала верховенства государственной власти, а также *majestas* и *imperium Populi Romani*. Таким образом, римляне выработали, если можно так выразиться, идею суверенитета всемирного государства, но не государства вообще.

Рим передал последующим векам идею единой абсолютной государственной власти и ту идею владычества, из которой в средние века возгорелась знаменитая борьба пап с императорами. Идея же суверенитета предполагает сопоставление одних общественных союзов с другими, власти государства с властью других общественных союзов и государств. Но государственному началу не приходи-

⁹⁴⁰Le Fur, Etat federal et la confederation d'Etats, Paris, 1902.

лось в античном мире отстаивать свое самостоятельное значение и верховенство в борьбе с другими силами, как например это случилось в средние века.

Также необходимо отметить, что партикуляризм древних государств, слабость международных отношений и склонность относиться к другим государствам как к врагам, не приводили к необходимости определения взаимного отношения государств и их положения в области международного права, а скорее вызывали лишь представление о фактической мощи или слабости противника, порождали стремление замкнуться в своей национальной сфере или же завоевательные наклонности. Вот почему греческая политическая мысль довольствуется идеей автаркии. Греческие государства до эпохи Александра Македонского ведут почти изолированную жизнь и взаимные юридические отношения их ограничиваются лишь договорами, заключаемыми для каких либо временных определенных религиозных и политических целей. Когда же, в период македонского и римского господства, греческие государства входят в состав прочно организованных союзов, федераций, то обсуждение вопроса о взаимном отношении и юридическом положении государств, входящих в состав таких федераций, могла бы конечно породить вопрос о юридическом характере государства и его суверенитете, но это время политическая мысль Греции пришла уже в упадок, господствующие философские школы относились отрицательно к государственной жизни и мало занимались исследованием публично-правовых вопросов⁹⁴¹.

Греки поэтому в своем представлении о государстве так и не пошли дальше идеи автаркии обособленного государства – города.

В силу всех этих причин идея государственного суверенитета в современном смысле осталась чуждой классическим народам древности⁹⁴².

В средние века и прежде всего во Франции зарождается идея суверенитета в современном ее значении. Здесь, впервые в победоносной борьбе королевской власти с враждебными ей феодальными элементами и притязаниями на универсальное господство пап и императоров, формулируется и осуществляется идея суверенитета, безусловного верховенства и независимости власти государства, не как всемирной империи, не допускающей существования наряду с ней других самостоятельных государств, но как суверенного территориального союза, существующего наравне с другими такими же территориальными союзами⁹⁴³.

Сам термин «суверенитет» ведет свое происхождение из Франции. Возникает этот термин из средневекового латинского слова *superareitas* (от *supra*, *superior*)-*superanitas-soveranitas*, что значит буквально «более высокий» и передается в старофранцузском языке «*sovrains*».

⁹⁴¹ Brie, Der Bundesstaat, 1874, page 8.

⁹⁴² Г. Еллинек, Право современного государства, т. 1, 2-изд., испр. и доп. – С.-Пб, Н.К. Мартынов, 1908, стр. 358.

⁹⁴³ Paul Viollet, Droit public: histoire des institutions politiques et administratives de la France : le roi et ses ministres pendant les trois derniers siècles de la monarchie, t. II, page 19-46? 141-267, 1898.

В течение долгого периода политической истории Франции само понятие суверенитета, как оно постепенно выработалось в связи с развитием государственной власти во Франции и было сформулировано Боденом, а за ним Руссо, в основных своих чертах оставалось одним и тем же; различно только решался вопрос о носителе суверенитета и были смягчены, как увидим ниже, конституционной теорией, крайние абсолютистские выводы из этого понятия.

По праву Франция является страной, которую можно считать родиной суверенитета. Во Франции эта идея зародилась в средние века, здесь впервые она ясно была сформулирована Боденом и осуществлена в жизнь королевской властью, и отсюда главным образом распространилось ее влияние на всю государственную жизнь и государственные учения цивилизованного мира, в том числе и на правовые.

Но идея суверенитета развивалась во Франции не обособленно, а в связи с общими условиями развития государственной власти в Западной Европе и политическими идеями, сопровождавшими это развитие.

Возникновение идеи суверенитета именно в средние века было вызвано, как уже было замечено выше общими условиями политической жизни того времени, которые привели к столкновению государственной власти с различными враждебными ее самостоятельности и верховенству силами.

По сути можно утверждать, что нет политической пользы от неуверенной, не осуществляемой идеологии суверенитета и в современном государстве. Таким образом, можно говорить о роли идеи суверенитета и в национальном интересе для правовой идеологии.

Отметим, что такая категория как «национальный интерес» в настоящее время активно обсуждается в литературе.

В праве теорию интереса впервые разработал Рудольф фон Иеринг, который высказывал идеи об интересе как о материальном основании прав. Впоследствии категорию продолжали изучать российские ученые Г.Ф. Шершеневич, О.С. Иоффе, С.В. Муромцев, Г.К. Гак, С.Н. Братусь, Л.И. Петражицкий, Р.Е. Гукасян, Ю.К. Толстой, Д.М. Чечот, В.П. Грибанов. Однако серьезных системных исследований в этой области мало в силу того, что понятие интереса не является чисто юридическим.

Интерес – сложное неделимое явление действительности, представляющее собой форму осознанных потребностей, характеризующееся динамичным соотношением объективного и субъективного, имеющее предметный ценностный характер.

Отметим, что сущность "национального интереса" изучалась преимущественно политологами и социологами. Это и понятно, потому что термин "национальный интерес" вошел в научный оборот в результате его включения в Оксфордскую энциклопедию социальных наук в 1935 г.⁹⁴⁴.

⁹⁴⁴ Гаджиев К.С. Геополитика. М.: Международные отношения, 1997. С. 260.

Современное понимание национальных интересов в политике начало формироваться на рубеже XVIII и XIX столетий, в период "национализации" внешней политики Франции, Германии, Италии, России, Австрии, и закончилось к началу XX в. Особое внимание к проблеме национального интереса появилось после Второй мировой войны, когда США как великая мировая держава объявили о своих главных интересах, разработав концепцию национальной безопасности США. В 1947 г. был принят закон США о национальной безопасности, определивший политику в сфере национальной безопасности. В 40 - 50-е гг. сформировались "объективистский" подход, представленный школой политического реализма, и "субъективистский" подход, разрабатываемый политологами-бихевиористами. Концепцию национального интереса лидера школы политического реализма Г. Моргантау впоследствии насыщали Дж. Кеннан, У. Липман, К. Уолтц, Э. Фернисс, Дж. Розентау и др.⁹⁴⁵.

В настоящее время во многих странах накоплен значительный опыт по определению национальных интересов. Конечно, эта категория наиболее разработана в США и сформулирована в преамбуле Конституции США как "образование более совершенного союза штатов, утверждение правосудия, охрана внутреннего спокойствия, организация совместной обороны, содействие всеобщему благоденствию и обеспечение гражданам страны и потомкам благ свободы".

В период существования Советского Союза вместо понятия "национальные интересы" использовалась категория "интернациональные интересы"⁹⁴⁶, поэтому к моменту распада СССР в 1991 г. в России отсутствовала целостная концепция российских национальных интересов. Но события, связанные с распадом "системы социализма", объединением Германии, резкой вспышкой национализма в бывших республиках СССР, вновь привлекли к этой проблеме внимание политологов.

В 1992 г. впервые был принят Закон Российской Федерации "О безопасности", определивший не национальные интересы, а жизненно важные интересы как "совокупность потребностей, удовлетворение которых надежно обеспечивает существование и возможности прогрессивного развития личности, общества и государства". Как видно, в Законе отождествлялись категории "потребность" и "интерес". К сожалению, это произошло и в ныне действующей Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года, представившей национальные интересы как "совокупность внутренних и внешних потребностей государства в обеспечении защищенности и устойчивого развития личности, общества и государства"⁹⁴⁷.

⁹⁴⁵ Телегин В.И. Историко-социологический анализ развития социальной и социологической мысли по проблемам национальной безопасности // *Безопасность*. 1995. N 2. С. 90.

⁹⁴⁶ Шаваев А.Х. Национальная безопасность как сложная комплексная система, ее сущность и структура // *Безопасность*. 2002. N 1-2. С. 175.

⁹⁴⁷ Указ Президента Российской Федерации от 12 мая 2009 г. N 537 "О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года" // *СЗ РФ*. 2009. N 20. Ст. 2444.

Однако огромной заслугой указанного Закона стало законодательное установление соотношения интересов личности, интересов общества и интересов государства, в котором ослабление любой из трех составляющих наносит ущерб как для государства в целом, так и для конкретной личности. Неизмеримым достижением Закона Российской Федерации "О безопасности" стало закрепление принципа баланса интересов. Однако в новом Федеральном законе "О безопасности"⁹⁴⁸ этот важнейший принцип обеспечения национальной безопасности был утрачен. Полагаем, что недостаточно изученный "баланс национальных интересов" требует серьезного научного осмысления в юридической науке.

В научной среде распространенным является мнение о необходимости системного исследования сложного понятия национального интереса⁹⁴⁹. Вместе с тем методологической проблемой является определение субъектного состава, а именно носителя этих интересов - "нации". Понятие "нация" (от лат. "nation"), как правило, подразумевает "народ", т.е. дословно "национальный интерес" - "интерес народа". Во Франции понятие "нация" со времен французской революции было использовано для обозначения сообщества свободных граждан, которые имеют право на образование своего государства. В таком смысле понятие "нация" было перенесено во многие европейские языки. В Германии, наоборот, сформировалась идея немецкой государственной общности, поэтому "нация" употребляется до сих пор в смысле "народ".

В русском языке понятие "нация" обычно употребляется в этническом смысле, не связанном с государственностью. В Конституции СССР было закреплено: "Союз Советских Социалистических Республик есть государство, выражающее волю и интересы всех наций и народностей страны", т.е. нациями признавались имеющие свою государственность и язык народы. В.А. Тишков⁹⁵⁰, В.Л. Цымбурский⁹⁵¹ и другие ученые предлагают использовать "нацию" в смысле политической и гражданской общности.

Уникальность России в национальном отношении состоит в том, что в ней более четырех пятых - русские, но более ста народностей имеют свою историческую территорию, культуру и язык. Поэтому, несмотря на ведущую роль русского народа, Россия не является "нацией-государством", как многие развитые страны.

Существуют разные взгляды на наименование рассматриваемых нами интересов. Одни авторы (Э.А. Поздняков, С.А. Проскурин, Т.А. Ашурбеков и др.) рас-

⁹⁴⁸ Федеральный закон от 28.12.2010 N 390-ФЗ "О безопасности". Ст. 2 // Российская газета. 2010. 29 декабря.

⁹⁴⁹ Выборнов В.Я. Развитие и безопасность (Опыт стран Востока и России). М.: Восточная литература. РАН, 1997. С. 77; Идеологические ориентиры России. Основы новой общероссийской национальной идеологии / Под общ. ред. С.В. Степашина. М., 1998.

⁹⁵⁰ Тишков В.А. Концептуальная эволюция национальной политики. Исследования по прикладной и неотложной этнологии в России. М., 1996. С. 17.

⁹⁵¹ Цымбурский В.Л. "Остров Россия" за семь лет, или Приключения одной геополитической концепции. URL: http://www.archipelag.ru/ru_mir/ostrov-rus/cymbur/67/.

смаывают национально-государственные интересы, смешивая общее понятие с частным. Представляется, что такое возможно лишь в идеальном правовом государстве с развитым гражданским обществом, в котором созданы действенные механизмы, позволяющие государству выступать носителем и выразителем интересов всего общества. Другие исследователи (М. Хрусталева, Е. Степанов, Я. Этингер и др.) рассматривают "этнические интересы". Третьи ученые (А. Калядин, С. Стреляев и др.) используют обобщенный термин "интересы России", который отождествляется с общенациональными интересами. Конечно, самой распространенной научной позицией является использование понятия "национальные интересы" (Л.И. Манилов, А.А. Прохожев, А.В. Возжеников и др.)⁹⁵².

По поводу соотношения объективного и субъективного в национальном интересе полагаем, что в них превалирует объективный характер, обусловленный существованием в реальной действительности независимых от сознания и воли объективных потребностей личности, общества и государства, направленных на реализацию национальных ценностей. С этим соглашаются многие ученые⁹⁵³.

Жан-Луи Бертельс отмечает, что право "непрестанно трансформируется, подстраиваясь к ритму истории, затормаживая или питая его; благодаря этому право передает особенности своего времени и несет на себе стигматы той эпохи, когда сформировалось"⁹⁵⁴. Право, как и все сущее в мире, подвержено динамике, развитию. Невозможно производить лишь отдельные изменения, менять декорации фасада, часто требуется кардинальная перестройка всего здания права.

Изменения, происходящие в обществе, неминуемо приводят к постоянному развитию права, привнесению в него черт, блокирующих всевластие государства. Бесконтрольные новации и изменения должны были неизбежно натолкнуться на волю к порядку и стабильности, к позитивному смыслу реформирования, угодному обществу. Коррупционные проявления тем и опасны, что паразитируют на пороках законодательства. "Коррупция возможна только при благоприятной правовой ситуации. Она может быть либо следствием благоприятного правового обеспечения коррупции, либо следствием выведения коррупционеров из зоны ответственности. Второе - следствие первого, но менее законное. Именно второе, в силу очевидной ущербности законности, и попадает в поле зрения, тогда как первое воспринимается обществом явно неадекватно и идеологически защищено"⁹⁵⁵.

⁹⁵² Цит. по Кардашова И.Б. О сущности национального интереса // Административное право и процесс. 2015. № 5. С. 11-16.

⁹⁵³ Правовая основа обеспечения национальной безопасности Российской Федерации: Монография / Ю.И. Авдеев, С.В. Аленкин, В.В. Алешин и др.; Под ред. А.В. Опалева. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2004. С. 29-47.

⁹⁵⁴ Бертельс Ж-Л. Общая теория права. М.: NOTA BENE, 2000. С. 198.

⁹⁵⁵ Малахов В.П. Правовые свойства гражданского общества // История государства и права. 2010. № 4. С. 3-9.

В ответ на вызовы социальных деструкций общество улучшает и реформирует уже созданное: выдвигает контрмеры регулятивного характера, создает дополнительные организационно-управленческие средства, призванные уравновесить, а при необходимости и блокировать те формы трансгрессивного поведения, которые явно угрожают социальному порядку. Там, где право человека проявляется в полной мере, задействованы все механизмы гражданского общества. Законы теряют свою коррупционную составляющую, происходит реальное разделение властей, правосудие становится реальным, чиновник перестает быть социальным паразитом. Насколько фантастичен подобный сценарий развития, может показать только время.

Правовая идеология - инструмент обеспечения национальной безопасности, а состояние национальной безопасности - самый эффективный ее критерий. Эффективный в том плане, что она самый очевидный, самый значимый для всех участников политико-правового процесса. Причем речь должна идти о базовом понятии "безопасность государства". Его не следует растворять в многочисленных модификациях национальной безопасности - экономической, продовольственной, религиозной и т.д.

Таким образом, эффективность правовой идеологии следует подвергать практической оценке с точки зрения данных критериев.

Резюмируя сказанное, можно сделать следующие выводы.

1. Создание принципиально новой правовой идеологии, обладающей национальной российской спецификой, учитывающей уникальные особенности этноса, нам представляется неактуальным и невозможным, т.к. такая правовая идеология уже создана и в сжатом виде изложена в ст. 1 Конституции Российской Федерации, утверждающей правовые начала российской государственности.

2. Как бы ни разнились интересы участников социального процесса, у них всегда есть те общие интересы, которые позволяют государству четко артикулировать правовую идеологию и реализовать ее через правовую политику. Как нам представляется, к таким общим интересам, которые могут стать основой правовой идеологии, относятся юридическое равенство, охрана правопорядка, справедливость в распределении материальных и духовных благ, личная безопасность. Эти ценности базовые и за редким исключением проявлялись во всех типах общества и во все эпохи.

3. В России пока четко определились два пути развития правовой идеологии: классически либеральный и возрождение традиционных форм российской государственности и правопорядка. Однако перед обществом и властью встает актуальная задача не обретения новой правовой идеологии, а совершенствования имеющихся концептуальных идей о праве (правовоидеологическое моделирование).

4. В качестве оснований оценки эффективности правовой идеологии могут выступить следующие критерии правовой идеологии, а именно: во-первых, это

эффективность правового регулирования и юридической деятельности в целом (показывает работу правовой системы в целом); во-вторых, критерий консенсуса в общественном сознании (рост договорных начал в жизни социума); в-третьих, критерий контролируемости деятельности государственных структур со стороны участников политико-правового процесса; в-четвертых, критерий антропосоциальности; в-пятых, критерий национальной и личной безопасности.

Основное значение правовой идеологии как элемента правовой системы для общества состоит в легитимации государственной власти, стимулировании процесса построения правового государства и развития гражданского общества и в обеспечении правомерного поведения, а именно для этого важна легитимная идеология суверенитета.

Правовая идеология предполагает создание идеологического баланса между интересами индивидов и их групп, представляемых гражданским обществом, и общими (общегосударственными) интересами, представляемыми государством. Этот баланс на идеологическом уровне отражается в диалектической взаимосвязи идей порядка и справедливости в системе правовой идеологии.

Правовая идеология осуществляет воздействие на правосознание, стимулирующее правомерное поведение, понимаемое как поведение, поддающееся оценке с позиций правовой идеологии, а не права, исходящего от государства. В этом смысле под правомерным поведением понимается не законопослушное поведение, а осознанное поведение человека как правового существа, то есть поведение человека с актуализированным правосознанием.

10. Исходя из своего особого места в правовой системе, а также с учетом юридикации всех сфер жизни современного общества именно правовая идеология сегодня способна стать базовой идеологией современного светского государства.

Под правовой идеологией следует, таким образом, понимать важнейший элемент правовой системы общества, включающий систему правовых идей, выражающих определенную систему ценностей и идеологический механизм, который обладает определенной спецификой и существует как на уровне подачи смысла - уровне интерпретации идеи, так и на институциональном уровне.

Предложенный подход к пониманию правовой идеологии позволяет подойти к ее изучению не только на уровне содержания, но и на уровне ее механизма. Механизм правовой идеологии важен для нас при рассмотрении функциональных характеристик правовой идеологии. Идеологический механизм, рассматриваемый как составная часть правовой идеологии, включает как различные институты современного общества, так и определенные социальные практики. В частности, предложенный теоретический подход позволяет детально проанализировать действие идеологического механизма как на уровне интерпретации содержания идеологии, так и на уровне системы учреждений, внедряющих положения правовой

идеологии в общественное сознание. Таким образом, мы уже изучаем не только содержание правовой идеологии, но и ее «приводной механизм». Только такой подход способен дать удовлетворительный, в контексте задач исследования, теоретический и практический результат.

Содержание правовой идеологии принципиально определяется правовыми идеями порядка и справедливости. Взаимосвязь этих идей носит диалектический характер. Взаимосвязь идей порядка и справедливости осуществляется по гегелевской схеме «тезис-антитезис-синтез». В результате такого синтеза и получается то, что принято называть правом. Этими идеями обусловлено определенное «напряжение», из которого правовая идеология черпает свое развитие. В содержание современной правовой идеологии входит также ряд правовых идей, некоторые из которых характерны именно для современной правовой идеологии.

Следует констатировать тот факт, что правовая идеология в современном обществе играет главную роль в идеологическом процессе. Это во многом обусловлено «юридикацией» жизни современного общества, повышением значения правовых регулятивных и охранительных институтов. Именно правовые, а не религиозные или политические ценности становятся сегодня интегративной и цементирующей основой общественного сознания, именно на их основе строится и международное общение. Толерантность современной идеологии государства также связана с ведущей ролью именно ее правового сегмента (правовой идеологии), так как правовые ценности наиболее универсальны и не требуют с необходимостью приверженности какой-либо религиозной или политической доктрине. Таким образом, правовая идеология закономерно оказывается ведущей в идеологической сфере современного общества.

Рассматривая функциональные характеристики правовой идеологии как элемента правовой системы современного общества, следует говорить о воздействии правовой идеологии на правосознание, на иные элементы правовой системы и на общество в целом. Так как при выполнении ряда функций правовой системой современного общества используется ресурс правовой идеологии, то эти функции следует считать социальными функциями правовой идеологии.

Функции правовой идеологии по отношению к индивидуальному и общественному правосознанию имеют универсальный характер. Следует выделить онтологическую, гносеологическую и аксиологическую функции, которые имеют соответствующие подфункции. По отношению к общественному правосознанию роль правовой идеологии в наиболее общем виде заключается в формировании духовной сферы общественного правосознания. В отношении индивидуального правосознания правовая идеология формирует правовое мировоззрение индивида. Кроме того, следует констатировать, что правовая идеология оказывает существенное влияние на все формальные источники права. Особенно сильно со всей очевидностью ее влияние ощущается в отношении правовых принципов и правовой док-

трины. Это подтверждает системообразующее значение правовой идеологии в структуре правовой системы общества.

Для правовой идеологии в структуре правовой системы характерен набор функций, которые она выполняет именно как элемент правовой системы в связи с иными ее элементами по отношению к обществу в целом. Потребности современного общества обуславливают наличие трех основных направлений реализации этих функций: легитимация государственной власти, построение правового государства и гражданского общества, обеспечение правомерного поведения граждан. В рамках этих направлений действия выявляется ценность правовой идеологии как элемента правовой системы современного общества.

Легитимация государственной власти является одной из основных задач правовой идеологии. Легитимность есть сущностное свойство государственной власти, потеряв которое она более не сможет существовать в обществе. Таким образом, это еще раз подчеркивает тот факт, что наличие государственной идеологии (правовой идеологии) является важным признаком государства. Следует разделять два уровня легитимации. Первый - легитимация власти как таковой. Второй - легитимация конкретной власти. На всех этих уровнях значение правовой идеологии велико.

Легитимация государственной власти посредством правовой идеологии возможна через актуализацию базовой идеи правовой идеологии - идеи справедливости. Легитимация государственной власти возможна также через актуализацию базовой идеи правовой идеологии - идеи порядка. В этом случае легитимация осуществляется путем легализации (то есть властные отношения закрепляются в позитивном праве), а правовая идеология содержит установки позитивного права, объясняет их, наполняет их смыслом. Идея свободы как базовая идея правовой идеологии также содержит в себе легитимационный потенциал.

Следует отметить то, что правовая идеология содержит и возможность для идеологической динамики. Эта возможность предусмотрена уже самим фактом наличия двух основных путей легитимации: через идею порядка и через идею справедливости. Таким образом, государство может применять как один, так и другой путь легитимации и трактовать одни и те же события, факты и так далее по-разному.

Правовое государство и гражданское общество являются важными идеями в системе современной правовой идеологии. О них в исследовании можно говорить и как об элементах правовой социальной реальности, идеальное состояние которых описывают эти идеи. Или, наоборот, можно говорить об объективации идей правового государства гражданским обществом в действительности. Правовое государство и гражданское общество тесно связаны и как идеи и как элементы социальной реальности.

Важно подчеркнуть то, что правовая идеология, являясь идеологией государства, одновременно выступает и как идеология общества. Очень не просто ответить на

вопрос кому принадлежит более веская роль в формировании правовой идеологии: государству или обществу. Правовая идеология как элемент правовой системы выступает как форма единства государства и общества и одновременно - как сфера противостояния (борьбы) государства и общества за приоритет идеологических тенденций. Таким образом, правовая идеология обеспечивает прямую и обратную связь общества и государства, она выступает как необходимое условие существования гражданского общества и правового государства в их различии и единстве.

Чтобы определить роль правовой идеологии в становлении правового государства и развитии гражданского общества необходимо обратиться к базовым идеям правовой идеологии. Необходимо констатировать, что в системе правовой идеологии транслируемой правовым государством особо актуализируется идея порядка. При этом идея свободы рассматривается как свобода для властвования, свобода властвовать, ограниченная порядком и прописанная в процедурах властвования. В правовой идеологии гражданского общества акцент смещен на идею справедливости, при этом идея свободы рассматривается как идея свободы от власти и свободы для самовыражения. Следует сказать об определенном идейно обусловленном противостоянии государства и общества. Это противостояние создает «напряжение» между идеологическими тенденциями системообразующих идей правовой идеологии. Результатом разрядки этого напряжения является идеолого-правовая нормализация. Во многом функция нормализации является определяющей именно ввиду того, что для ее реализации необходимо определенное «напряжение», идеологическое разрешение которого достаточно сложно прогнозировать. Именно поэтому так важно для стабильного развития общества и для безопасности его идеологической сферы опираться на выработанные исторически, верифицированные в рамках правовых культур практики и процедуры разрешения идейного противостояния.

Важнейшим направлением действия правовой идеологии как элемента правовой системы современного общества является стимулирование правового поведения граждан. Главным образом, в рамках указанного направления, задействована воспитательная функция. Не вызывает сомнений то, что правовая идеология занимает важное место в системе средств обеспечения правомерного поведения граждан именно в силу указанной присущей ей функции. Здесь нам следует говорить о правовом идеологическом воспитании. Правовое идеологическое воспитание осуществляется посредством идеологического механизма. Этот механизм представлен на институциональном уровне СМИ (можно говорить о пропаганде правовых ценностей через прессу). В него в качестве важного компонента входит общественное мнение как мнение профессиональных групп, призванное внушать определенные модели правового поведения, так и мнение обывателей, призванное эти модели консервировать. Воспитательный механизм идеологии представлен и образовательными учреждениями. Он включает в себя также позитивно-правовой компонент (здесь можно констатировать теснейшую связь правовой идеологии с

инными элементами правовой системы общества). На определенном теоретическом уровне можно даже выделить научный, философский, религиозный воспитательные компоненты механизма правовой идеологии. Правовая идеология, осуществляя воспитательную функцию, задействует также эстетические ресурсы. Правовые идеи и ценности, а также модели правового поведения, представлены в искусстве.

Именно анализ институтов идеологического механизма часто способен ответить на целый ряд вопросов практической направленности, связанных с функционированием правовой идеологии как элемента правовой системы в современном обществе. Важно отметить, что в рамках юридической теории еще не предпринималось сколько-нибудь значимых попыток изучить организацию и порядок работы социальных институтов, занимающихся «трансляцией» содержания правовой идеологии в общественное правосознание. Именно обратив внимание на эти институты, играющие столь важную роль в идеологическом процессе и, в частности, в осуществлении ряда функций правовой идеологии, имеющих чрезвычайно важное значение для правовой системы современного общества и для социума в целом. Например, проанализировав ситуацию в идеологической сфере современного российского общества, мы можем сделать вывод о том, что идеологический механизм на институциональном уровне нуждается в совершенствовании. В нем должны активнее использоваться негосударственные учреждения, то есть структуры гражданского общества. «Государственный сектор» сегодня играет определяющую роль в механизме правовой идеологии государства, что говорит, во-первых, об определенном недоверии к общественным институтам, во-вторых, о неспособности государства регулировать сложные процессы, то есть осуществлять регулятивное воздействие не на основе административно иерархии, а на основе других более сложных сетевых координационно-манипулятивных механизмов. Этому, несомненно, благоприятствуют этатистские традиции российского общества. В связи с вышесказанным, нам представляется крайне важным сегодня реформировать на институциональном уровне идеологический механизм правовой идеологии российской правовой системы, возложив значительную часть идеологической работы на негосударственные учреждения, общественные объединения. Необходимо понимать, что негосударственный сектор при налаженной системе правовой идеологии может внедрять положения правовой идеологии в общественное сознание не менее, а в ряде случаев более эффективно, чем сейчас это делают государственные структуры. Это вовсе не означает «уход» государства из идеологической сферы общества, напротив, это совершенствование и усиление идеологического механизма. При этом «незримые», но от этого не менее эффективные формы контроля со стороны государства в идеологической сфере должны сохраняться. Это является важнейшим условием обеспечения национальной безопасности России. Но такое положение вещей также может быть более предпочтительным в контексте того, что способно обеспечить развитие современной правовой идеологии и

правовой системы в целом в «диалоговом» режиме, предполагающем учет интересов широких слоев населения⁹⁵⁶.

Таким образом, изучение правовой идеологии в правовой системе современного общества, ее сущностных и функциональных характеристик, позволило нам прийти к приведенным выше выводам, которые формируют теоретическое видение феномена правовой идеологии в правовой системе современного общества, а также позволяют более осмысленно и эффективно использовать идеологический ресурс правовой идеологии для достижения социально полезных целей в рамках выделенных основных направлений действия правовой идеологии. Максимальное использование функционального потенциала правовой идеологии в пределах этих трех направлений способно привести к оптимизации функционирования всей современной правовой системы ввиду того обстоятельства, что правовая идеология выступает в качестве ее системообразующего элемента.

Рассмотрение идеологической функции права приводит к мысли о том, что любые преобразования в обществе, а также в сфере государственно-правового строительства всегда проводились на определенной идеологической основе. Опыт России свидетельствует, что при проведении реформ в нашем обществе зачастую отсутствовала какая-либо осознанная идеологическая программа. В силу этой и других причин в обществе накопилось достаточно много проблем, а где-то и прямых ошибок, допущенных в области реформирования государства и его основных институтов. Попытка построить общество в отсутствие определенной идеологии не оправдалась. Поэтому в современный период для укрепления российской государственности необходимо выработать адекватную государственно-правовую идеологию, которая придавала бы осмысленный ход проводимым преобразованиям это, учитывая современную международную обстановку является показателем и устойчивой идеологии суверенитета.

§ 2. Основные трудности в определении понятия «правовые ценности» в контексте актуальных вопросов международного права и международных отношений

Понятием «ценности» в его нематериальном понимании оперируют не только исследователи, специализирующиеся в различных научных направлениях, но и общественные деятели, политики, нередко используется это понятие и в обыденном межличностном общении. В научном и общественном дискурсе говорят о ценностях общечеловеческих, о ценностях духовных, о ценностях семейных и многих-многих других, включая правовые ценности. Однако, с точными дефинициями, одинаково

⁹⁵⁶Беседин А.А. Правовая идеология как элемент правовой системы современного общества. Автореф. дис...канд. юрид. наук. М., 2011.

признаваемыми всеми, существуют немалые трудности. Во многом содержание названных понятий является как бы подразумеваемым: зачем как-то громоздко разъяснять, скажем, понятие «семейные ценности», если и так ясно, что, как правило, оно означает... Но, обращаясь к трактовке понятия более детально, мы понимаем, что всё не так просто и однозначно, так как у разных народов, у разных групп населения, у разных людей может быть своё, отличающееся в большей или меньшей степени от других, представление о том, как раскрывать содержание такого понятия.

С понятием «правовые ценности» ситуация ещё сложнее, поскольку важно учитывать не только внутрисударственный, но и международно-правовой контекст. Более того, говоря о международно-правовых аспектах, нельзя игнорировать и практическую сторону вопроса – состояние международных отношений в конкретный период времени: текущие проблемы, угрозы, риски, или, напротив, достижения, прорывы, активное развитие новых сфер международного взаимодействия. Поэтому считаем необходимым исследовать основные трудности в определении понятия «правовые ценности» именно в контексте актуальных вопросов международного права и международных отношений.

Правовые ценности исследователи относят к числу так называемых идеальных ценностей, объединяющих в себе комплекс социальных ценностей, отмечая при этом, что право имеет собственную специфику, которая заключается в том, что «превращает социальные, абстрактные ценности в реальные, придает им практическую силу, обеспечивает условия для их осуществления, выступает в качестве средства их достижения, гарантирует их целостность и реализацию. С помощью права социальные ценности обретают статус правовых идей – принципов. Теперь они, в свою очередь, через право влияют на общественную жизнь»⁹⁵⁷.

В подходах к определению содержания правовых ценностей важную роль играет правовая традиция. Правовая традиция определяется учеными различно, в том числе, как «сознательно поддерживаемые обществом, а иногда и государственными органами, правовые установки и ценности, которые проявляются в повседневной жизни, играя в разные периоды как новаторскую, так и сдерживающую роль»⁹⁵⁸. Как отмечает С.В. Михайлов, «правовые ценности западной правовой традиции не вполне совпадают с правовыми ценностями иных правовых систем... Здесь правовые ценности занимают более высокое положение по отношению к морально-нравственным, религиозным, политическим ценностям. Причем в иерархии самих

⁹⁵⁷ Михайлов С.В. Правовые ценности и их классификация // Актуальные проблемы современной науки. Юридические науки. 2010. № 3 (43). С. 10.

⁹⁵⁸ Дорская А.А. Российская правовая традиция в условиях новых вызовов международному сотрудничеству в рамках международных организаций // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2016. № 3 (23). С. 17.

правовых ценностей главенствуют индивидуалистические и частноправовые – ценности субъективного права, автономии, договора, децентрализации и т.д.»⁹⁵⁹.

Разумеется, есть специфика определения правовых ценностей в государствах и обществах, для которых характерно религиозное мировоззрение, где сильна роль религии во всех сферах общественной жизни. И, как справедливо отмечает А.А. Дорская, «посягательства на веками сложившиеся традиции регулирования того или иного вида общественных отношений вызывает негативную реакцию и на политическом уровне, и у юридического сообщества, и у общества в целом»⁹⁶⁰. Это можно отнести и к рассматриваемой нами проблематике – определению содержания понятия «правовые ценности». Х. Безрух, как и многие другие исследователи, констатирует, что хотя главная универсальная ценность права заключается в разграничении сфер свободы и произвола, система правовых ценностей в рамках разных правовых культур различна: «В рамках разных правовых культур формируются свои системы правовых ценностей, и право осуществляет их ранжирование, которое отвечает представлениям о ценностях и об их иерархии, закрепившихся в рамках соответствующих цивилизаций и культур и распространенных в данном обществе. Сравнение систем ценностей и их ранжирование в рамках разных правовых культур демонстрирует, что, несмотря на их частичное совпадение, их смысловая нагрузка имеет принципиальное различие, определяющее их сущность и содержание»⁹⁶¹.

По определению С.В. Михайлова, «правовые ценности – это обобщенные правовые цели и правовые средства их достижения, выполняющие роль правовых норм. Таким образом, каждая правовая ценность и система правовых ценностей имеют двуединое основание: в личности как в субъекте права и в обществе как социокультурной системе. Установление правовой ценности как идеального образца, лежащего в основе оценки субъектом объекта познания, позволяет выделить в системе общечеловеческих ценностей такие ценности, как правовые ценности, культурные ценности, этические ценности и т.д. При этом многие из перечисленных субъективных ценностей личности имеют правовой характер, что делает их общеобязательными, превращая из морально-нравственных, абстрактных пожеланий в правовую плоскость и правовую реальность»⁹⁶².

⁹⁵⁹ Михайлов С.В. Правовые ценности и их классификация // Актуальные проблемы современной науки. Юридические науки. 2010. № 3 (43). С. 10.

⁹⁶⁰ Дорская А.А. Российская правовая традиция в условиях новых вызовов международному сотрудничеству в рамках международных организаций // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2016. № 3 (23). С. 22. См. подробнее: Дорская А.А. Правовые традиции России и развитие права международных организаций: проблемы взаимовлияния: монография. СПб.: Астерион, 2016.

⁹⁶¹ Бехруз Х. Правовые ценности в исламской и западной правовых традициях: сравнительно-правовой ракурс // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2015. № 5 (9). С. 162.

⁹⁶² Михайлов С.В. Правовые ценности: теоретико-правовой аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2011. С. 9. См. также: Михайлов С.В. Правовые ценности: теоретико-правовой аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2011.

Нередко под правовыми ценностями подразумевается «юридическая догма, уже превратившаяся в норму, устойчивые стандарты национальной или международной правовой системы и определяющая связь между человеком и обществом, личностью и государством»⁹⁶³. Кроме того, правовые ценности соотносят с ценностными ориентирами общества в целом и отдельных личностей. По мнению Г.В. Бондаренко, «правовыми являются ценности, значимые с точки зрения правовых отношений. В рамках жизнедеятельности общества они выступают общеобязательными ценностными ориентирами и положены в основу юридически оформленной системы права»⁹⁶⁴.

Итак, обратимся к международной проблематике с тем, чтобы выявить, насколько факторы международной жизни способны влиять на представления о правовых ценностях, тем более что исследователями отмечается, что на сегодняшний день правовые ценности все больше превращаются в «глобальную действительность». Так, например, Б.М. Кандов и Н.Я. Алимухамедова полагают: «Каждое государство развивается на основе собственного заложенного фундамента, но вместе с тем в экономике, политике, идеологии, правовом мышлении и культуре правовые ценности все больше приобретают общие черты. Политическая и правовая система государств XXI века характеризуется синтезом всех положительных сторон богатого опыта человечества. Данный опыт подтверждает возникновение демократического правового государства и справедливого гражданского общества для стабильного развития и социального прогресса. Этот процесс происходит посредством глобализации правовой культуры, т.е. путем формирования общепланетных правовых ценностей»⁹⁶⁵. Такой оптимистичный взгляд, вероятно, разделяют не все, хотя, в целом, исследователи весьма точно отразили общую идею, современные тенденции и мировой контекст рассматриваемой проблематики.

Международные отношения иногда называют «постмеждународными», то есть пришедшими на смену доминировавшим межгосударственным отношениям, отражающими перемены в современной международной жизни. К ключевым переменам, повлиявшим на право, политику, а также на обыденную жизнь людей в разных странах мира, можно отнести: тенденцию к универсализации и стандартизации международных отношений; усложнение существующих взаимосвязей и взаимозависимостей между внутренней и внешней политикой государств мира; увеличение численности субъектов международных отношений; углубление существующих и появление новых противоречий, порождающих новые поколения

⁹⁶³ Кандов Б.М., Алимухамедова Н.Я. Глобализация правовых ценностей и перспективы развития правовой культуры // Сборники конференций НИЦ Социосфера. 2014. № 45. С. 270.

⁹⁶⁴ Бондаренко Г. В. Правовые ценности в системе ценностных ориентаций личности // Евразийский юридический журнал. 2014. № 7 (74). С. 209.

⁹⁶⁵ Кандов Б.М., Алимухамедова Н.Я. Глобализация правовых ценностей и перспективы развития правовой культуры // Сборники конференций НИЦ Социосфера. 2014. № 45. С. 269-270.

конфликтов; коренную модификацию средств и методов международной деятельности; интернационализацию большого количества сфер общественной жизни, выражающуюся, в том числе, в росте контактов между людьми, распространении практики международных обменов.

При этом наиболее значительными факторами, влияющими на развитие международных отношений, являются: мировая экономическая ситуация; военно-стратегическая ситуация в отдельных регионах мира; состояние сырьевых и природных ресурсов.

Если же обратиться к международно-правовому аспекту, то здесь следует особо «высветить» такие группы проблем, как:

- «дефицит» по-настоящему действенной, эффективной защиты прав и свобод человека (причем, как в условиях мирной жизни, так и, что наиболее существенно, в зонах военных действий);
- масштабные нарушения норм международного гуманитарного права в условиях локальных вооруженных конфликтов, имеющих место в разных частях мира;
- отсутствие должной добросовестности государств в выполнении договоров в сфере универсальной и региональной международной безопасности, включая договоры об антитеррористическом сотрудничестве, и, как следствие, состояние нестабильности в мире;
- трудности в практической реализации попыток стандартизации правовых ценностей с использованием международно-правовых механизмов и инструментов.

Действительно, в науке всё чаще отмечается справедливое мнение о том, что стабильность представляет собой одну из основных правовых ценностей: «Все остальные социальные ценности (право, закон, права и свободы человека и гражданина) необходимо рассматривать в контексте достижения правовой стабильности. Достижение любых результатов должно подкрепляться и гарантироваться стабильным их обеспечением и исполнением. В условиях же неопределенности, постоянной изменчивости функционирование любых правовых явлений становится бессмысленным и неэффективным»⁹⁶⁶.

Также по рассматриваемому вопросу весьма интересную мысль излагает М.С. Балаянц, поэтому считаем необходимым привести полную цитату: «Право как элемент культуры имеет транснациональный характер, что нашло отражение не только в сфере рыночных, торговых отношений, но и в создании международного права как системы норм, призванной установить отношения между государствами соответствующие общепризнанным стандартам, предотвратить действия, нарушающие или ущемляющие права других государств, удерживать в правовых границах государства, пытающиеся диктовать свои правила, противоречащие принципам справедливости и равенства участников международных отношений.

⁹⁶⁶ Милинчук Д.С. Стабильность правовых явлений в контексте правовых ценностей: понятие, признаки, способы достижения // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 4 (5). С. 18.

Однако транснациональный характер права не означает, что все правовые сферы подлежат универсальному правовому регулированию. Национальное право любого государства и в условиях глобализации сохраняет свои особенности, особые выраженные зоны, где превалируют специфические способы правового регулирования (аграрные, земельные, трудовые, налоговые, уголовно-процессуальные и гражданско-процессуальные отношения, сфера семейных отношений и др.). В наш век они должны соответствовать общепризнанным демократическим принципам и нормам нравственности, однако специфика сохраняется с учетом уровня экономического развития, традиций, обычаев общества, его культуры, исторической преемственности»⁹⁶⁷.

Важным обстоятельством является и то, что «развитие общественных отношений, увеличение интенсивности межгосударственных связей, рост внимания в мире к гуманитарной проблематике привели к необходимости проявлять должное внимание к исконно национальным предметам регулирования»⁹⁶⁸.

Таким образом, отдельные международно-правовые проблемы и некоторые специфические особенности современной международной жизни, охарактеризованные нами выше, на наш взгляд, во многом, предопределили существующие в настоящее время трудности в определении понятия «правовые ценности» в его международном (международно-правовом) измерении.

§ 3. Социальные травмы мирового сообщества и проблемы реформирования ООН⁹⁶⁹

Социальные травмы в современном мире, не обходят стороной ни одного государства. Причиной таких травм могут быть различные явления в различных сферах жизни общества.

Представления о социальной травме начали формироваться в XX веке, когда ученые иначе взглянули на такие явления, как расизм, колониализм, а отношение к пострадавшему народу стало меняться.

Если обратиться к истории, то можно увидеть огромное число трагических событий, которые связаны с жестоким уничтожением различных народов, а также религиозных групп.

Понятие социальной травмы стали активно обсуждать социологи, историки в 1990-е годы, в этот период возникли различные понятия социальной травмы. Так, например, социолог Д. Лакапра считал, что социальная травма это своего рода эмоциональное переживание, которое разрушает память людей и делает их уязвимыми.

Р. Айерман считает, что социальная травма — это какое-либо событие, происходящее в мире и противоречащее обычному пониманию народа.

Французский социолог Э. Дюркгейм утверждал, что травмы могут проявляться в двух направлениях — позитивном и негативном⁹⁷⁰. По мнению ученого, позитивное направление — это провозглашенный социальный порядок, а негативное направление — это нарушение этого порядка.

Следует отметить, что Конституция любого государства устанавливает перечень прав и свобод человека и гражданина, гарантии которых обеспечиваются международными договорами и соглашениями. Помимо этого запрещается издание законов, которые влекут за собой любое нарушение прав и свобод человека.

Наверное, самым ярким примером всеобщей социальной травмы является геноцид. Теория травмы позволяет нам понять основное противоречие, которое связано не с причинами геноцида, а с его последствиями⁹⁷¹.

В настоящее время основная масса людей во всем мире воспринимает геноцид скорее в эмоциональном ключе, нежели в ином, то есть на первый план встает трагедия, а вопросы об ответственности и о возмещении последствий остаются за рамками национального сознания.

Одним из ярких примеров современной социальной травмы является проблема терроризма, которая имеет общемировой характер и угрожает стабильности во всем мире. Помимо этого участились и случаи катастроф различного характера.

Терроризм не только угрожает основным ценностям общественной жизни, но и затрагивает и препятствует осуществлению основных прав и свобод человека.

Таким образом, терроризм напрямую связан с нарушением прав человека, так как происходит гибель людей, уничтожается их имущество, приносятся колоссальные страдания всему обществу. Тем самым терроризм напрямую связан с нарушением прав и свобод человека.

При этом, как утверждают ученые, расколотое общество, неспособное прийти к согласию, объединяется. Не маловажным является и тот аспект, что

⁹⁶⁷ Балаянц М.С. Правовые ценности в контексте правовых культур // Успехи современной науки. 2017. Т. 6. № 4. С. 127.

⁹⁶⁸ Кожевников К.К. Демократия как международно-правовая ценность // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 7 (56). С. 195.

⁹⁶⁹ Данный параграф выполнен М.В. Игнатевой при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-011-01233 «Правовой фактор в динамике социальной травмы: российский опыт».

⁹⁷⁰ Александер Дж. Культурная травма и коллективная идентичность // Социологический журнал. №3.2012. с. 10.

⁹⁷¹ Александер Дж. Культурная травма и коллективная идентичность // Социологический журнал. 2012. № 3. С.37.

социальная травма оказывает влияние на общество не сразу, для этого требуется продолжительное время⁹⁷².

Нужно отметить, что во многих странах, в том числе и в России, травмы часто оказывают противоположное воздействие, то есть усиливают непримиримость и сокращают солидарность и сплоченность общества до предельно низких уровней. Травма, приобретает силу и значимость тогда, когда ее последствия охватывают все человечество.

В последнее время в повседневной жизни все чаще стало встречаться словосочетание «социальная травма», которое относится не только к психологии и социологии, оно стало применимо и к юриспруденции.

В современном мире существует и постоянно возникает огромное количество проблем, которые невозможно решить в рамках одного государства. Общеизвестно, что для решения таких проблем необходимо усилие всех стран мира и для этого нужно уметь договариваться между собой и приходить к компромиссам.

В последнее время многие государства не могут наладить общение и решать какие-либо вопросы на уровне двусторонних договоренностей, для этого в мире существует организация, которая призвана выработать общие правила и подходы для решения различных проблем. Организация Объединенных Наций является самой авторитетной и представительной в мире для всех государств. За достаточно долгий период своей работы у организации есть как положительные, так и отрицательные моменты в деятельности.

Многие ученые утверждают, что деятельность и структура ООН на сегодняшний день не соответствуют «сегодняшнему миру» и необходимо реформирование. Однако, считается, что неизменным должны оставаться цели, которым служит ООН: поддержание мира и безопасности, предотвращение новой мировой войны и эффективное решение проблем, возникающих в различных сферах.

Считается, что в нынешнем положении ООН не в состоянии решать, возникающие проблемы в современном мире. В мире появилось множество различных вызовов для всего человечества. Это и распространение оружия массового поражения, региональные конфликты, международный терроризм и прочее. В связи с этим реформа необходима и существует ряд причин для этого: во-первых, все чаще в мире происходят противоречия между так называемыми «малыми» и «большими» государствами; во-вторых, в современном мире резко изменилась расстановка сил; в-третьих, долгое время ООН не может четко определить, что первично государство или нация, что порождает множество конфликтов; в-четвертых, с каждым днем все сложнее становится природа

972 Александр Дж. Культурная травма и коллективная идентичность // Социологический журнал. 2012. №3. С.17.

региональных конфликтов, в связи с чем, осложняется процесс их урегулирования.

Можно сделать следующий вывод, что основной целью реформирования ООН является приспособленность организации к современным проблемам. Как известно, первая идея реформирования была предпринята в 1992 году Генеральным секретарем ООН Бутросом Гали, который попытался сократить административный аппарат Секретариата и сократил некоторые подразделения, которые, на его взгляд, дублировали друг друга. Однако, эта попытка была неудачной.

Бытует мнение, что начать реформирование необходимо с Совета Безопасности, так как без него не будет действенным реформирование ООН. Связано это с тем, что от решений Совета Безопасности зависит дальнейшее развитие реформ и их результативность. Ученые считают, что при реформировании ООН могут быть затронуты общепризнанные принципы, которые содержатся в Уставе этой организации. Так, например, принцип единогласия постоянных членов Совета Безопасности, право вето.

Существует и иное мнение, в отношении реформирования ООН, ряд политиков и ученых считают вообще не целесообразным сохранение ООН, так как, по их мнению, организация давно не справляется со своими функциями по обеспечению мира и безопасности.

Другие исследователи утверждают, что США не позволят реформировать ООН, а в том статусе, в котором она существует, у нее нет будущего⁹⁷³.

В настоящее время вопрос реформирования ООН так и остается открытым. Изменения, которые происходят в мире и в международных отношениях, требуют определенных действий, но основа должна оставаться неизменной и реформа требует тщательного изучения и подхода для сохранения мира и безопасности во всем мире. Как бы там ни было, но при всех недостатках универсальный формат Организации Объединенных Наций позволяет и по сей день учитывать широкий круг интересов всех государств при решении важнейших вопросов международной безопасности и мирового развития.

§ 4. Международное право в аспекте решения проблем международной безопасности

Международное право, сложившееся на основе Устава ООН, далеко не всегда способно регулировать современные проблемы международной безопасности. Многообразие и многоаспектность правовых проблем безопасности современных международных отношений требуют своевременного и адекватного реагирования

973 Баранчик Ю. Закат ООН как института мировой политики. Начало новой «силовой» эпохи // Мультипортал «Независимое аналитическое обозрение. 2015.

международного права посредством инициации процесса качественно нового международного правотворчества.

Современное восприятие состояния международной безопасности и уверенность в отсутствии факторов, дестабилизирующих международные отношения, являются гарантом стабильности международного правопорядка одним из ключевых факторов гармонизации отношений между государствами, народами, этносами и, наконец, между отдельными людьми.

Успех в разрешении современных правовых проблем международной безопасности зависит и от их объективного восприятия и конкретизации. Посредством адекватного правового сознания, конструктивного анализа и грамотной международно-правовой оценки современных угроз и вызовов возможно достижение согласия подавляющего большинства государств и упорядочения межгосударственных отношений.

Одним из главных составляющих международной безопасности является, среди прочих, атомная или ядерная безопасность. Начиная разговор о перспективах атомной энергетики в условиях современных техногенных катастроф, глобальных и локальных политических кризисов, обострения проблем истощения традиционных источников энергии и разжигания страстей вокруг предполагаемых угроз и вызовов, необходимо отметить, что ядерная безопасность должна быть одним из главных аспектов, лежащих в поле дальнейшего правотворческого процесса.

Острота проблем ядерного нераспространения в условиях новых террористических угроз может быть ослаблена посредством поиска объективно детерминированных и потенциально реализуемых вариантов юридически значимого поведения. Очевидно, что действующие международно-правовые регуляторы уже не в состоянии затормозить вирулентный генезис существующих и перманентно возрастающих латентных угроз существованию человеческой цивилизации. В этой связи представляется целесообразным инициирование и градуационное воплощение новых теоретически выдержанных правовых подходов, способных оказать полномасштабное влияние как на процесс модернизации международного правосознания, международного правотворчества и совершенствование механизма международно-правового регулирования, так и на постепенное снятие остроты обозначенных нами проблем.

Концепция ядерного нераспространения в контексте всеобъемлющего подхода к международной безопасности, постулированная и обоснованная автором настоящего исследования, несомненно, проявляет свою жизнеспособность, теоретическую оправданность и выполнимость в сфере современных международных отношений.

Связанные воедино и подвергнутые научному анализу существующие и потенциально возможные правовые проблемы ядерного нераспространения и атом-

ной деятельности в целом сквозь призму универсальной международной безопасности могут быть объектом международно-правового регулирования на качественно новом уровне развития международного права. Следовательно, руководствуясь обоснованной нами концепцией, формирование нового международного правосознания, крайне необходимо в свете новых террористических угроз и вызовов, представляется весьма достижимой целью.

Вместе с тем, учитывая неоднозначность оценки ядерных угроз со стороны отдельных акторов международных отношений и даже, порой, отсутствие компромиссов в отношениях ведущих мировых держав, неизбежно проявляется необходимость находиться в процессе постоянного поиска взаимно приемлемых условий развития пограничных потенциально опасных ситуаций, способных поставить международное сообщество на грань полного физического самоуничтожения.

Ввиду того, стоит констатировать, что в сегодняшних условиях международных отношений важнейшей задачей в сфере нормализации и повышения эффективности сотрудничества государств в решении глобальных проблем человечества является совершенствование процесса проведения дипломатических переговоров, в рамках которых должны будут создаваться новые нормативно-правовые регуляторы. Успех в достижении данной цели зависит от решения конкретных задач, главными из которых представляются, в частности, следующие: 1) расширение круга участников переговоров и их диверсификация путем: а) привлечение к участию в международных переговорах, затрагивающих обязательства *erga omnes*, не только непосредственных участников спора или ситуации, но и государств, несущих особую ответственность в деле поддержания международного мира и безопасности; б) задействования как можно большего числа наиболее заинтересованных сторон и, в случае неудачи или стагнации в рамках одного формата переговоров, достижение компромиссного решения в других переговорных форматах, в том числе путем выработки политических документов на международных встречах и саммитах различного уровня; 2) повышение эффективности информационного обеспечения дипломатических переговоров, в том числе путем задействования высококвалифицированных журналистов и повышения ответственности средств массовой информации за искажение сведений о сложившейся в процессе переговоров ситуации и за участие в процессе формирования мирового общественного мнения; 3) использование тактики постепенного разрешения международных проблем от частного к общему; 4) учет позиций и мнений ведущих ученых-правоведов, представляющих различные правовые системы, с целью облегчения процесса поиска компромиссных решений.

Резюмируя все вышесказанное, требуется отметить исключительную своевременность компромиссного решения международного сообщества по поводу урегулирования иранской ядерной проблемы, долгие годы дестабилизирующей систему межгосударственных отношений. В этой связи трудно переоценить важ-

ность завершения долгоиграющего переговорного процесс вокруг ситуации ИРИ. Креационирование новой парадигмы стало потенциально возможным с момента заключения и начала поэтапного воплощения Совместного всеобъемлющего плана действий по иранской ядерной проблеме (СВПД), одобрение которого 14 июля 2015 года ознаменовало собой завершение переговоров и снятие напряженности относительно возможности переключения мирной атомной деятельности Ирана. Однако, как будет отмечено в дальнейшем, относительное спокойствие международного сообщества установилось вплоть до выхода США из данного соглашения.

Начало завершению процесса переговоров было положено 2 апреля 2015 года посредством заключения Рамочного соглашения по иранской ядерной проблеме. Именно тогда Иран и шесть ведущих мировых держав пришли, наконец, к договоренности, правда на том момент лишь прелиминарному соглашению, в соответствии с которым в течение десяти лет должны быть приостановлены две трети иранских мощностей по обогащению урана.

В числе прочих в ходе восьмидневных переговоров были достигнуты следующие договоренности:

- все неиспользуемые в работе центрифуги, а именно: центрифуги IR-2M, располагающиеся в Натанзе, должны быть помещены на склад под наблюдение МАГАТЭ;

- все ядерные объекты Ирана должны быть подвергнуты тщательному регулярному контролю со стороны Агентства, причем международный мониторинг должен быть сохранен в жестком режиме в течение десяти лет;

- ядерный реактор на тяжелой воде в Араке должен быть перестроен таким образом, чтобы он не мог быть использован для производства оружейного плутония;

- санкции со стороны Европейского союза и Соединенных Штатов Америки должны постепенно смягчаться, однако, в случае неисполнения Ираном взятых на себя международных обязательств, санкции могут быть восстановлены.

Стоит отметить, что достигнутое в Лозанне соглашение не имело юридически обязательного характера, поэтому говорить о снижении остроты иранской ядерной проблемы на состояние апреля 2015 года, конечно, было преждевременно, поскольку в зависимости от развития дальнейших событий, порой далеко не всегда предсказуемых в реальной международной политической жизни, окончательное международное соглашение, влекущее юридически значимые последствия, могло бы быть не достигнуто.

К счастью, несмотря на сложность международной обстановки, обостренной к июлю 2015 года в результате продолжавшихся и вновь возникших и находящихся на грани обострения локальных конфликтов и трений между ведущими мировыми державами относительно их урегулирования, с момента достижения 14 июля 2015 года воплощения Совместного всеобъемлющего плана действий по иранской

ядерной проблеме можно было говорить о начале, не побоимся этого словосочетания «новой эры» в отношениях международного сообщества и ИРИ. Вполне очевиден тот факт, что в процессе поэтапной реализации СВПД можно будет делать определенные прогнозы относительно формирования нового концептуального подхода о разграничении мирной и военной атомной деятельности, а возможно и внесение необходимых коррективов в международно-правовой механизм нераспространения ядерного оружия.

Речь идет, в частности, о том, что решение проблемы дальнейшего ядерного нераспространения требует повышение универсализма Договора о нераспространении ядерного оружия. Эффективность механизма ядерного нераспространения представляется реальной только в условиях общеобязательности положений данного Договора. Возможность объявления положений Договора о нераспространении ядерного оружия 1968 г. обязательным для третьих государств представляется вероятной только при наличии согласия третьих государств соблюдать эти нормы в качестве юридически обязательных. Согласно статье 34 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., договор не создает обязательств для третьего государства без его на то согласие. В соответствии со статьей 38 той же Конвенции, норма, содержащаяся в договоре, может стать обязательной для третьего государства в качестве обычной нормы международного права, признаваемой как таковая. Стоит отметить, что и в этом случае нельзя говорить об обязательности содержащихся в договоре правовых норм для третьих государств без их на то согласие.

Вместе с тем, если невыполнение Договора о нераспространении ядерного оружия будет представлять угрозу международной безопасности и человеческой цивилизации в целом, то Совет Безопасности ООН может принять решение о необходимости устранения подобной угрозы, руководствуясь при этом своими полномочиями, предусмотренными Главой VII Устава ООН. Посредством принятия Советом Безопасности ООН подобного решения даже не участвующие в Договоре 1968 г. государства должны будут соблюдать его положения.

Важность повышения транспарентности гражданской атомной деятельности посредством ужесточения режима инспекционных проверок МАГАТЭ зависит от эффективного проведения интрузивных инспекций. Для реализации данной цели было бы уместным внести изменения в Дополнительный Протокол к Договору о нераспространении ядерного оружия (Документ INFCIRC/540). В частности, представляется оправданным «увязать» факт принятия обязательств по Дополнительному Протоколу с гарантированием возможности получения помощи соответствующих государств по оказанию услуг ядерного топливного цикла.

Представляется целесообразным принять необходимые меры для предотвращения выхода государств из Договора о нераспространении ядерного оружия 1968 г., учитывая прецедент, созданный Северной Кореей.

Даже в условиях невозможности наложения запрета на выход из Договора о нераспространении ядерного оружия 1968 г. необходимо ужесточить порядок выхода из него путем внесения соответствующей поправки в статью X Договора. В частности целесообразно повысить роль Совета Безопасности ООН в проведении комплексной оценки сложившейся ситуации и определении характера всех существующих и гипотетически возможных угроз. Очевидно, что простое уведомление Совета Безопасности ООН и всех участников Договора с изложением исключительных обстоятельств, рассматриваемых как поставившие под угрозу высшие интересы государства, не должно рассматриваться самостоятельным доказательством необходимости и безотлагательности осуществления права выхода из Договора.

По нашему мнению, одним из способов снятия остроты проблемы переориентации мирной направленности атомной деятельности Ирана и других пороговых государств могла бы стать конкретизация содержания права на развитие исследований, производства и использование ядерной энергии в мирных целях, предусмотренного статьей IV Договора о нераспространении ядерного оружия. В Договоре 1968 г. требуется внести изменения. Право на развитие исследований и использования ядерной энергии в мирных целях должно быть определено в узком смысле, исключая расширительное толкование, как право на развитие гражданской ядерной программы. В таком случае любые действия, направленные на создание и поддержание замкнутого топливного цикла будут квалифицированы как неправомерные. Для реализации данного предложения требуется безотлагательное воплощение идеи создания международных центров по оказанию услуг ядерного топливного цикла.

Отдельного внимания настоящего исследования заслуживает также проблематика физической защиты. Существующая на сегодняшний день система физической защиты ядерных материалов и ядерных установок не удовлетворяет современным требованиям международной безопасности по целому ряду причин.

Во-первых, большинство международных актов, принятых в данной сфере, затрагивают вопросы физической защиты только ядерных материалов.

Во-вторых, нет абсолютной уверенности в том, что радиоактивные отходы, отработавшее ядерное топливо, а также расщепляющиеся материалы, высвобождающиеся в результате демонтажа ядерного оружия и отслужившие свой срок атомные подводные лодки, не станут объектами нападения террористов, ввиду отсутствия жесткого контроля на национальном и международном уровнях за местами их хранения и утилизации.

В-третьих, не существует обязательных международных стандартов в отношении создания национальных систем физической защиты. Скажем, документ МАГАТЭ «Физическая защита ядерного материала и ядерных установок» (INFCIRC/225/Rev.4) носит рекомендательный характер.

В-четвертых, Конвенция о физической защите ядерного материала имеет крайне узкую сферу действия.

В-пятых существующие международные документы по физической защите не содержат определенных четких мер, направленных на недопущение ядерного терроризма, поэтому большую важность имеет соблюдение Международной конвенции по борьбе с актами ядерного терроризма 2005 г.

В-шестых, современные ядерные объекты были спроектированы и построены таким образом, что они являются практически беззащитными в случае нападения террористов-смертников.

В-седьмых, принятие периодических инспекций, осуществляемых экспертами МАГАТЭ на ядерные объекты с целью оценки качества физической защиты, является на сегодняшний день по существу добровольным делом государств.

В этих условиях крайне важно, как уже было отмечено выше, обеспечить эффективность Договора о нераспространении ядерного оружия и предпринять соответствующие усилия для вступления в силу Договора о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний.

Необходимо отметить, что возможность выработки единого понятия «международный терроризм» может быть реализована в случае успешной окончательной доработки единой Всеобъемлющей конвенции по борьбе с международным терроризмом. Однако, даже при условии принятия данной конвенции сложно представить, что будущее определение будет полным и приемлемым для охвата всего спектра возможных проявлений международного терроризма. Что касается сегодняшнего определения понятия международный терроризм, то отдельные виды подобных деяний должны квалифицироваться в соответствии с их определением в специальных международных договорах, направленных на борьбу с конкретными видами таких преступлений.

Особая опасность ядерного терроризма, в отличие от других видов международного терроризма, может быть определена следующими обстоятельствами: во-первых, объектами такого преступления могут быть как гражданские, так и военные атомные объекты, во-вторых, в результате совершения подобных актов последствия могут быть настолько серьезными, что возникнет реальная угроза для существования всего мирового сообщества. В связи с принятием Международной конвенции о борьбе с актами ядерного терроризма перед международным сообществом встала задача обновления и совершенствования норм международного права по вопросу физической защите ядерных материалов и ядерных установок. Кроме того, в реформировании нуждается и национальное законодательство государств. С учетом вышесказанного, в сегодняшних условиях развития международных отношений одной из главных целей в области физической защиты выступает общая и частная превенция ядерного терроризма, а также снижение негативных последствий этого деяния и неотвратимость ответственности за его совершение.

Весьма очевидно, что решение проблем захоронения радиоактивных отходов и обращения с отработавшим ядерным топливом является одной из ключевых задач в области недопущения радиоактивного загрязнения планеты и одним из главных аспектов ядерной безопасности и ядерного нераспространения. В этой связи особую важность представляет окончательное правовое оформление специального Принципа безопасного захоронения радиоактивных отходов и обращения с отработавшим ядерным топливом, который должен стать основополагающим принципом в области атомной деятельности. Данный принцип, в случае окончательной легитимации, должен определять основную линию поведения государств и международных организаций в реализации концепции ядерного нераспространения. Международные стандарты безопасного обращения с радиоактивными отходами, разработанные МАГАТЭ, будучи по своему характеру рекомендательными, не налагают на государства юридических обязательств. Приобретение качества универсализма принятой в 1997 г. Объединенной конвенции о безопасности обращения с радиоактивными отходами будет способствовать повышению уровня ядерной безопасности и укреплению доверия между государствами.

Существующий механизм контроля МАГАТЭ не устанавливает ограничений на производство и хранение расщепляющихся материалов. Поэтому крайне важно создание соответствующего договорного механизма, что может быть реализовано посредством разработки и вступления в силу конвенции о запрещении производства расщепляющихся материалов для военных целей. Требуется подвергнуть детальному правовому регулированию вопросы вовлечения высвобождающихся в результате разоружения ядерного топлива в замкнутый топливный цикл в реакторах на быстрых нейтронах, что позволит одновременно решить несколько важных проблем в атомной сфере. Во-первых, создание замкнутого топливного цикла будет реальным препятствием дальнейшему ядерному распространению. Во-вторых, своевременное изъятие оружейного топлива и его использование в атомной энергетике позволит предотвратить радиационное загрязнение окружающей среды. В-третьих, использование реакторов на быстрых нейтронах расширит топливную базу атомной энергетике за счет вовлечения в топливный цикл урана-238. В-четвертых, реакторы на быстрых нейтронах обладают высоким уровнем ядерной безопасности.

Необходимо констатировать недостаточную эффективность международно-правовых норм, касающихся охраны окружающей среды от радиоактивного загрязнения. О наличии определенных пробелов в данной сфере свидетельствуют следующие факты: весьма слабо урегулированы, по крайней мере на договорном уровне, вопросы снижения негативного влияния военной атомной деятельности на состояние окружающей среды, недостаточно разработан механизм реализации ответственности за ущерб, причиненный окружающей природной среде, не предусмотрена абсолютная ответственность государства за причинение экологического

ущерба, явившегося результатом правомерной атомной деятельности, как это установлено в нормах международного космического права. Включение дополнительных положений в тексты действующих международных договоров, в частности, конвенции о гражданской ответственности за ядерный ущерб, Объединенную конвенцию о безопасности обращения с отработавшим ядерным топливом и о безопасности обращения с радиоактивными отходами 1997 г. и др., вряд ли оправдано. Более целесообразным представляется заключение специального международного договора, регулирующего весь комплекс вопросов, связанных с охраной окружающей природной среды планеты Земля от радиоактивного загрязнения. Явным преимуществом созданного международно-правового механизма будут являться его интегративная целостность, единообразность толкования правовых терминов и унифицированный характер международно-правовых обязательств государств в указанной сфере.

Учитывая особенности международно-правового статуса космического пространства, предпочтительнее было бы расширить перечень оснований ответственности запускающих государств посредством урегулирования вопросов ответственности за ущерб, причиненный космическому пространству и другим запускающим государствам в результате вредоносного действия радиации. В данном случае более предпочтительным видится внесение дополнений и конкретизация действующих норм международного космического права.

Возвращаясь к главному предмету настоящего исследования- СВПД от 14.07.2015, представляется оправданным остановиться на отдельных его положениях и дать правовую оценку качественности и возможности практической реализации данного международно-правового акта.

Как это определено в тексте Соглашения, шесть международных посредников (Китай, Франция, Германия, Российская Федерация, Великобритания и США совместно с Высоким представителем Европейского Союза по иностранным делам и политике безопасности) и Исламская Республика Иран приветствуют этот исторический СВПД, который обеспечит исключительно мирный характер ядерной программы Ирана и знаменует собой фундаментальный сдвиг в их подходе к данному вопросу. Стороны ожидают, что выполнение СВПД в полном объеме внесет положительный вклад в обеспечение международного мира и безопасности на региональном и универсальном уровнях. Иран вновь подтверждает, что ни при каких условиях не будет стремиться получить, разработать или приобрести любое ядерное оружие.

Иран исходит из того, что СВПД позволить ему продвинуться в развитии собственно исключительно мирной ядерной программы, исходя из научных и экономических соображений, в соответствии с СВПД и в расчете на укрепление доверия и поощрение международного сотрудничества. В этом контексте за установленными на взаимной основе ограничениями в отношении начального этапа, кото-

рые прописаны в СВПД, последует постепенная в рамках разумных темпов эволюция мирной ядерной программы Ирана, включая его деятельность по обогащению, в направлении коммерческой программы в исключительно мирных целях и в соответствии с международными нормами нераспространения.

«Группа шести» исходила из того, что осуществление СВПД постепенно позволит ей укрепить доверие к исключительно мирному характеру ядерной программы Ирана.

СВПД, по мнению его участников должно было бы привести к всеобъемлющему снятию всех санкций Совета Безопасности ООН, а также многосторонних и национальных санкций в отношении иранской ядерной программы, включая шаги по обеспечению доступа в сферах торговли, технологий, финансов и энергетики.

К сожалению, произошло непредвиденное. В 2018 г. Соединенные Штаты выходят из СВПД и тем самым размывают эффективность действия СВПД. Поэтому окончательное решение иранской ядерной проблемы в сегодняшних правовых реалиях вряд ли представляется возможным.

§ 5. Фактор воли в формировании международного процессуального права⁹⁷⁴

Воля является одной из фундаментальных категорий в философии, лингвистике, психологии, политологии, праве, причем разные науки наполняют данную категорию различным содержанием.

Если в психологии воля рассматривается, в основном, в качестве характеристики индивида, то в философии объектом исследования стала не только воля личности, но также социальная воля как «свойство социальной общности»⁹⁷⁵. Политологи уделяют большое внимание аспектам реализации «политической воли».

Можно согласиться с тем, что «типология социальной воли строится в зависимости от уровня социальной организации и типологии социальных субъектов (социальная или этническая группа, социальный слой, класс, государство, надгосударственные образования), а также от содержания предметной деятельности (политическая, экономическая, художественная, научная, духовно-религиозная), что обеспечивает в процессе цивилизационного развития растущее и усложняющееся многообразие социальных волей»⁹⁷⁶.

⁹⁷⁴ Данный параграф выполнен И.А. Орловой при финансовой поддержке РФФИ в рамках научно-исследовательского проекта «Концепция международного процессуального права», проект № 17-03-50181-ОГН/18.

⁹⁷⁵ Крыжановская О.А. Политическая воля: социально-философский анализ. Автореферат дисс... докт. Наук. Ростов-на-Дону, 1997. С. 25.

⁹⁷⁶ Крыжановская О.А. Указ. соч. С. 15.

Особое смысловое содержание приобретает категория воли в правовой действительности, причем в правовой науке исследуется как индивидуальная, так и социальная воля.

Согласно мнению Г. Гегеля, исходным пунктом права является воля, которая свободна⁹⁷⁷.

В международном праве категория воли является одной из центральных, причем особое значение приобретает именно социальная воля, присущая различным социальным общностям.

В международно-правовых актах можно встретить отсылку к воле различных субъектов. Так, в Декларации о праве народов на мир (Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 39/11 от 12 ноября 1984 г.) фиксируется, что Генеральная Ассамблея выражает «волю и чаяние всех народов»⁹⁷⁸.

В Преамбуле Договора между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов (Москва, 18 марта, 2014 г.) содержится положение, что Российская Федерация и Республика Крым выражают «общую волю своих народов»⁹⁷⁹.

В Консульской конвенции между Российской Федерацией и Венгерской Республикой содержится отсылка к воле в следующем виде: «Российская Федерация и Венгерская Республика...выражая волю дополнять и развивать положения Венской конвенции о консульских сношениях от 24 апреля 1963 года»⁹⁸⁰ (схожие положения содержатся в консульских конвенциях, заключенных Российской Федерацией с Республикой Болгарией⁹⁸¹, Республикой Македонией⁹⁸² и др.); в Консульской конвенции между Российской Федерацией и Республикой Польша закрепляется: «Российская Федерация и Республика Польша, выражая волю к упрочению добрососедских отношений, укреплению дружбы и углублению взаимовыгодного сотрудничества...»⁹⁸³.

В Соглашении между правительством Российской Федерации и Правительством Доминиканской Республики о взаимной отмене виз для владельцев

⁹⁷⁷ Гегель Г. Сочинения. Т. VII. Философия права. М.-Л., С.31.

⁹⁷⁸ Консульская конвенция между Российской Федерацией и Венгерской Республикой от 12 января 2001 // Собрание законодательства Российской Федерации, N 7, 16.02.2004, ст.452

⁹⁷⁹ Договор между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов (Москва, 18 марта, 2014 г.) // Российская газета. 2014. 19 марта.

⁹⁸⁰ Консульская конвенция между Российской Федерацией и Венгерской Республикой от 12 января 2001 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 7. Ст.452.

⁹⁸¹ Консульская конвенция между Российской Федерацией и Республикой Болгарией от 7 сентября 1995 г. // Бюллетень международных договоров. 1997. № 10.

⁹⁸² Консульская конвенция между Российской Федерацией и Республикой Македонией от 14 января 2003 г. // Собрание законодательства Российской Федерации 2006. № 6. Ст.641.

⁹⁸³ Консульская конвенция между Российской Федерацией и Республикой Польша от 22 мая 1992 г. // Бюллетень международных договоров. 1998. № 6.

дипломатических и служебных паспортов прямо указывается, что Соглашение направлено на реализацию воли государств: «Правительство Российской Федерации и Правительство Доминиканской Республики, именуемые в дальнейшем Сторонами...выражая волю своих государств»⁹⁸⁴.

Воля суверенного государства проявляется как свобода участия в международных отношениях, в том числе, в создании социальных регуляторов и формировании системы международного права, а также подчинению своего поведения созданным нормам.

Система будет иметь характер правовой только тогда, когда кроме блока материальных норм, регламентирующих отношения между субъектами, формируются средства правовой защиты данных норм.

Процессуальное право имманентно присуще праву как особому явлению социальной жизни, а международное процессуальное право является неотъемлемой частью международного права.

Международное процессуальное право в данной работе определяется как системный комплекс правовых принципов и норм, регулирующих деятельность субъектов международного права по вопросам создания, и функционирования юрисдикционных (судебных, третейских и квазисудебных) органов, включая вопросы исполнения решений этих органов, а также регламентирующих порядок разрешения споров с использованием примирительных процедур.

Международное процессуальное право, как комплексное правовое образование, с одной стороны входит в систему процессуального «блока» норм, а с другой стороны – в систему международного права.

Тот факт, что международные процессуальные нормы имеют специфическое место в системе права, определяет их подчиненность принципам разного уровня.

Во-первых, в основе формирования международно-процессуальной правовой системы лежат общеправовые принципы (принцип права на защиту).

Во-вторых, вхождение нормативного массива в систему международного права определяет его подчиненность основным принципам международного права (в первую очередь, принципа мирного разрешения международных споров).

В-третьих, в качестве особого правового регулятора, связанного с общностью правовых процессуальных норм, международное процессуальное право строится на основе межотраслевых принципов (процессуальное равноправие сторон) и специальных процессуальных принципов (доступность судебной защиты).

Средства международно-правовой защиты должны быть созданы на основе международного права.

⁹⁸⁴Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Доминиканской Республики о взаимной отмене виз для владельцев дипломатических и служебных паспортов от 09.09.2009 // Бюллетень международных договоров. 2010. № 5. С. 76–78.

Международное право как самостоятельная система права характеризуется особым способом образования правовой нормы.

В российской правовой доктрине доминирующей теорией нормообразования является теория согласования воли государств, разработанная Г.И. Тункиным⁹⁸⁵.

Государственная воля является одним из видов социальных волей. В правовой доктрине проблема воли государства остается открытой и широко diskutированной.

Черниченко С.В. в своих работах высказывает мнение, что «воля государства – это, прежде всего, политическая и юридическая воля. Это вполне реальная, а не условная воля, слагающаяся из воли людей и социальных групп, образующих государство, не сумма волей, а своя особая воля, своего рода вектор составляющих ее волей. Поэтому можно говорить о личности государства. Вес и роль каждой индивидуальной и групповой воли, образующей государственную волю, различен. Преобладающей будет воля доминирующей в экономическом и политическом отношении социальной группы или класса. Огромную роль может играть и личная воля того или иного государственного деятеля»⁹⁸⁶.

Действительно, государственная воля реализуется через действия уполномоченных органов. Если обратиться к международной практике, то большое значение на действия государства оказывает воля должностных лиц, которые согласно законодательству государств определяют внешнюю политику.

А.А. Фатьянов полагает, что «государственная воля есть фикция в принципе, равно как общая, точнее – общенародная, воля», «вместо «государственной воли»... следует говорить о совокупном взаимодействии индивидуальных и групповых волеизъявлений и иных волевых действий государственных служащих, которые они осуществляют в правотворческой и правоприменительной сферах в пределах определенной для них компетенции, общеобязательность которых базируется на доверии большинства граждан-избирателей и суверенитете государственной власти»⁹⁸⁷.

Государства являются основными субъектами, создающими систему международного права, в том числе, и основу международного процессуального права.

Основные принципы международного процессуального права явились результатом волевых действий государств. Государства определяют и формируют средства защиты международно-правовой нормы.

⁹⁸⁵Тункин Г.И. Теория международного права. Под общей ред. Проф. Л.Н. Шестакова. – М.: ИКД «Зерцало – М», 2017.

⁹⁸⁶Черниченко С.В. Государство как личность, субъект международного права и носитель суверенитета // Российский Ежегодник международного права, 1993-1994. СПб.: Социально-коммерческая фирма «Россия-Нева», 1995. С. 16.

⁹⁸⁷Фатьянов А.А. Воля как правовая категория // Государство и право. 2008. № 4. С. 10.

В то же время стоит отметить, что «в процессе цивилизационного развития расширился круг субъектов социальной воли и возможности ее институализации. Концентрируясь сначала в узком кругу агентов государственного управления, механизмы социальной воли в XX веке структурированы в таких социальных институтах, как социальные движения и партии, элитные группы и группы социального представительства, лидеры и средства массовой информации»⁹⁸⁸.

Круг волевых субъектов расширился и в международных отношениях и стал включать международные межправительственные организации, народы, борющиеся за самоопределение, международные органы, иных акторов (транснациональные корпорации, международные хозяйственные объединения, международные неправительственные организации и пр.).

Международные межправительственные организации проявляют все большую активность в международном общении.

Позиция Н.Б. Крылова, что международные организации не обладают внутренне им присущей волей, эта воля – «целостная система, сложная совокупность различных волей отдельных государств» вызвала критику в кругах российских юристов-международников.

Т.Н. Ковалева отмечала: «Воля организации – не простая сумма воли ее членов, а продукт согласования воли государств-учредителей и потому имеет относительно самостоятельный характер. В самом деле, факт надления организации волей, ее основная направленность, пределы и объем predetermined учредительным актом. Однако после приобретения соответствующих полномочий она начинает функционировать... как самостоятельный, имеющий собственную волю международный механизм, и вступает в правоотношения с другими субъектами права от своего имени. В этом смысле воля организации имеет самостоятельное «качество и значение»⁹⁸⁹. Несколько позже С.А. Малинин и Т.Н. Ковалева так выскажут свою позицию: «Волевой момент, присущий организации, имеет специфику. Если определить эту специфику в общем виде, то она может быть выражена в формуле: воля организации носит относительно самостоятельный характер.

Самостоятельность воли проявляется в том, что после того, как организация создана государствами, она. (воля) представляет собой уже новое качество по сравнению с индивидуальными волями членов организации. Воля международной организации не есть сумма воли государств-членов, точно так же не есть и слияние их волей. Эта воля «обособлена» и от воли других субъектов международного права. Международная организация благодаря указанному качеству своей воли

приобретает самостоятельное бытие, делается участником международно-правового общения, автономной международной личностью. Без собственной воли международная организация не могла бы нормально функционировать и выполнять возложенные на нее функции»⁹⁹⁰.

Т.Н. Нешатаева также обращает внимание на обладание международной организацией собственной воли: «Гносеологические корни правотворческой функции международной организации – в автономии и свободе ее воли»⁹⁹¹.

Международные межправительственные организации, реализуя собственную волю в международных отношениях, могут создавать международные процессуальные нормы. Однако при осуществлении международного нормотворчества они не должны выходить за пределы своей компетенции (как, например, при создании трибуналов на основании резолюций Совета Безопасности).

При формировании механизмов разрешения споров в рамках международных межправительственных организаций реализуется как воля государств-участников организации (принципиальные основы такого механизма, как правило, содержатся в учредительном акте организации, который является международным договором), так и собственная автономная воля организации в процессе осуществления деятельности по разрешению споров (принятие правил процедуры юрисдикционных органов, определение порядка проведения примирительных процедур и т.д.). Таким образом, автономная воля международных межправительственных организаций ограничена волей государств-участников.

Международная межправительственная организация может заключать с государствами договоры, предметом которых будет создание и функционирование международного юрисдикционного органа (Соглашение между Организацией Объединенных Наций и правительством Сьерра-Леоне об учреждении Специального суда по Сьерра-Леоне от 16 января 2002 г.).

Несмотря на то, что международное право создается властными субъектами международного права, и они же определяют формы и механизмы правовой защиты, в деятельности международных юрисдикционных и иных органов, созданных для урегулирования международных конфликтов, реализуется также воля этих органов.

Правовой статус международных юрисдикционных органов различен. Среди них можно выделить международные органы, которые являются международными межправительственными организациями *suigeneris* и обладают международной правосубъектностью – Международный трибунал по морскому праву, Международный уголовный суд; органами международных межправительственных организаций – Международный суд ООН, Суд ЕС и др., а также уникальными

⁹⁸⁸Крыжановская О.А. Указ.соч. С. 30-31.

⁹⁸⁹Ковалева Т.М., Нешатаева Т.Н. Н.Б. Крылов. Правотворческая деятельность международных организаций. М., Наука, 1988. 170 с. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. Издательство: Санкт-Петербургский государственный университет, 1990. № 1. С. 106.

⁹⁹⁰Малинин С. А., Ковалева Т. Правосубъектность международных организаций // Правоведение. 1992. № 5. С. 53–62.

⁹⁹¹Ковалева Т.М., Нешатаева Т.Н. Указ. соч. С. 107.

международными правовыми институтами (Постоянная палата третейского суда – *Permanent Court of Arbitration, PCA*).

Механизмы правовой защиты создаются и в рамках международных организаций, причем в их создании и деятельности реализуется воля самой международной организации.

Необходимо обратить внимание еще на один аспект – создание механизмов разрешения международных (транснациональных) споров, которые возникают между суверенными и несуверенными субъектами, а также между несуверенными субъектами.

Механизм разрешения споров между властными, но не суверенными субъектами (приграничными территориями, административными единицами) пока не разработан, именно поэтому соглашения между такими субъектами в статьях о разрешении споров содержат, в основном, положения о примирительных процедурах. При определении форм разрешения споров несуверенные субъекты могут проявить свою волю лишь в объеме своей компетенции, которая определена волей государства. Кроме того, действия субъектов не должны противоречить принципам международного процессуального права.

Транснациональные споры могут быть разрешены как в пределах государственной юрисдикции, так и посредством международной юрисдикции. Допустимость выбора юрисдикции определяется волей государства. Государство определяет категории споров, которые могут быть выведены за пределы национальной юрисдикции и которые решаются только в рамках национальных процедур.

При разрешении международных частноправовых споров сторонам нередко предоставляется возможность самим определить способы разрешения споров, т.е. выбор способа урегулирования конфликта будет зависеть от воли сторон. В частных отношениях воля невластных субъектов также ограничена волей государства, но в допустимых государством отношениях она автономна. В международном частном праве автономия воли сторон исследуется, в основном, в материальном аспекте – как возможность выбора сторонами права, применимого к их контрактным обязательствам. Автономию воли сторон нередко наделяют качеством принципа⁹⁹². В работах зарубежных исследователей возможность выбора применимого права определяется термином «party autonomy»⁹⁹³.

⁹⁹²Постановление Президиума ВАС РФ от 22.05.2012 г. № 16541/11 // <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70103372/>.

⁹⁹³Yeshnah D. Rampall & Ronan Feehily. The Sanctity of Party Autonomy and the Powers of Arbitrators to Determine the Applicable Law: The Quest for an Arbitral Equilibrium // Harvard Negotiation Law Review. 2018. Vol. 23. P. 345-404; ShadatSsemakulaMutyabMohmed. Party Autonomy Doctrine is the Cornerstone of Arbitral Provisional Measures // International Academic Journal of Law and Society. Volume 1. Issue 1. P. 28-43; Pertegás M., Marshall B. Party Autonomy and its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts // Brooklyn Journal of International Law. 2014. Vol. 39. No. 3. P. 975-1003.

Можно отметить, что автономия воли в частных отношениях проявляется и в процессуальных вопросах. Положения о разрешении споров как результат «волевого консенсуса» включаются в текст контракта. В исследовательских работах подобные контракты именуется «процессуальными договорами»⁹⁹⁴.

Воля сторон может быть выражена в арбитражной оговорке (которая создается «по воле и согласию сторон») ⁹⁹⁵, однако, если рассматривать более широко, то автономная воля сторон реализуется в свободе выбора не только арбитражной юрисдикции, но и судебной (кроме случаев, когда спор подпадает под исключительную подсудность государственным судам).

Ранее в работах автором было высказано мнение, что процессуальные нормы контрактов «могут содержать положения о том, какой способ стороны избрали для разрешения конфликта. В то же время стороны в контракте могут закрепить положения о формировании органа, который будет рассматривать их спор и полностью определить правила процедуры. Представляется, что в таких случаях сторонами создается *ad hoc* процессуальное право. Определить структурную принадлежность данных норм довольно сложно. Они могут быть включены в систему транснационального гражданского процессуального права (в случае, если сторонами создается международный арбитраж *ad hoc*), и в систему международного публичного процессуального права, поскольку нормы *ad hoc* процессуального права могут создаваться и властными субъектами международного права при разрешении их споров»⁹⁹⁶.

Таким образом, система международного процессуального права формируется как результат активности воли субъектов, обладающих разной степенью суверенности, власти и автономности при их деятельности на международной арене.

§ 6. Обычное право в договоре между Русью и Византией 971 года

Договоры между Русью и Византией – это важнейшие источники для изучения истории права, обычного права, международных отношений, русских и греческих традиций.

Договоры с Византией следует считать древнейшими письменными источниками русской государственности. Вместе с тем, будучи международными договорными актами, они зафиксировали нормы международного права, а также пра-

⁹⁹⁴ Елисеев Н.Г. Процессуальный договор. М.: Статут, 2015.

⁹⁹⁵ShadatSsemakulaMutyabMohmed. Party Autonomy Doctrine is the Cornerstone of Arbitral Provisional Measures // International Academic Journal of Law and Society. Volume 1. Issue 1. P. 35/

⁹⁹⁶ Орлова И.А. Процессуальная составляющая международного права // Российский Ежегодник международного права, 2017. СПб.: Социально-коммерческая фирма «Россия-Нева», 2017.С. 167-178.

вовые нормы договаривающихся сторон, что означает вовлечение каждой из них в орбиту другой культурно-юридической традиции⁹⁹⁷.

Первоначальная летопись сохранила тексты четырех договоров русских князей – Олега, Игоря и Святослава – под 907, 912, 945 и 971 гг.⁹⁹⁸.

Последний договор заключен был в июле 971 года великим киевским князем Святославом с греческим императором Цимисхием. По летописным данным в период с 944 по 957 годы между двумя странами существовал прочный мир.

Договор Руси с Византией 971 года, переведенный на современный русский язык: «И послал [Святослав] послов к цесарю в Доростол, ибо там находился цесарь, говоря так: «Хочу иметь с тобою прочный мир и дружбу» (Цесарь) же, услышав это, обрадовался и послал ему дары, больше прежних. Святослав же принял дары и начал думать со своею дружиною, говоря так: «Если не заключим с цесарем мира, а он узнает, что нас мало, то, подойдя, осадит нас в городе. Русская же земля далеко, а печенеги с нами воюют, кто нам (тогда) поможет? Если же заключим с цесарем мир, - ведь он нам обязался платить дань, - то нам того будет (вполне) достаточно. Если же не станет посылать (нам) дани, тогда снова, собрав множество воинов, пойдем из Руси на Царьград». И была по нраву дружине эта речь. И послали лучших мужей к цесарю. И прийдя в Доростол, поведали они об этом цесарю. Цесарь же на следующее утро призвал их и сказал: «Так говорит наш князь: хочу быть в прочной дружбе с цесарем греческим во все будущие времена». Цесарь же, обрадовавшись, повелел писцу записывать на хартии все речи Святослава. И начал послы говорить все речи и начал писец писать. Так говорили они:

Список с другого (экземпляра) договора, находящегося у Святослава, великого князя русского, и у цесаря греческого Иоанна, называемого Цимисхием, писан Свенельдом и синкелом Феофилом в Доростоле месяца июля, индикта 14, в год 6479.

1. Я, Святослав, князь русский, как клялся, так и подтверждаю настоящим договором свою клятву: хочу вместе с подвластными мне русскими боярами и прочими иметь мир и прочную дружбу с Иоанном, великим цесарем греческим, с Василием и Константином, богом данными цесарями, и со всеми вашими людьми до конца мира.

2. И никогда не буду посягать на Вашу страну, ни собирать войска (для войны с ней) и не наведу другого народа на вашу страну и земли, подвластные грекам, на Корсунскую область со всеми ее городами и на Болгарскую землю.

3. А если кто-либо другой посягнет на Вашу страну, то я буду ему противником и буду биться с ним.

4. Как уже клялся я греческим цесарям, а со мною бояре и вся Русь, да соблюдем (впредь) эти нерушимые договоры. Если же вышесказанное я и те, кто вместе со мною и кто подвластен мне, не соблюдем, пусть будем прокляты богом, в которого веруем, Перуном и Велесом, богом скота, и да пожелтеем, как золото, и да будем иссечены своим собственным оружием. И не сомневайтесь в правде того, что ныне изобразили на золотой дощечке, написали на этой хартии и скрепили своими печатями.

Святослав заключил мир с Греками и в ладях отправился к порогам».

Комментарии к договору 971 г.:

1. Отправил князь Святослав послов в Доростол для заключения мира с греками. Цесарь отправил дары Святославу больше прежнего. Далее речь идет о военной хитрости князя Святослава Храброго. Поскольку дружина Святослава была мала, чтобы не воевать с греками, Святослав заключает договор с ними с тем условием, чтобы греки заплатили дань. Если бы греки обнаружили, что дружина Святослава мала, то дружину могли окружить и уничтожить.

По другому экземпляру договора:

1. Святослав клянется и подтверждает мир с греческими цесарями: Иоанном, Василием, Константином.

2. Святослав клянется в том, что не будет посягать на Византию, а также на подконтрольные земли Византии – Корсунские земли, Болгарские земли, не будет наводить другие народы для войны с Византией.

3. Если на Византию нападали, то войско русское должно было помочь грекам. Здесь речь идет о международной военной помощи.

4. В 4-й статье идет речь о том, что если русская сторона нарушит договор, то будет проклята богом, в которого верует, Перуном, Велесом, нарушившие договор пожелтеют, будут иссечены собственным оружием.

Помимо составления в 2-х экземплярах договора и скрепления договоров печатями, на золотой дощечке был изображен мир между русскими и греками. Святослав заключил мир с греками и отправился на Русь⁹⁹⁹.

Договор 971 г. очень короткий, договор заключен с целью установления мира, про торговые отношения и преступления, как в договорах 911 г. и 944 г., ничего не сказано.

⁹⁹⁷ Бибииков М.В. Русь в Византийской дипломатии: договоры Руси с греками X в. // Древняя Русь. Вопросы медиевистики. № 1(19). М.: «Индрик», 2005. С. 5.

⁹⁹⁸ Пиджаков А.Ю., Майор Ф.М. Договоры Руси с Византией как источники древнерусского права // Юридическая мысль. № 4 (42). СПб: «Юридический институт», 2007. С. 10.

⁹⁹⁹ Памятники русского права. Выпуск 1 / Под. ред. С.В. Юшкова. М: Государственное издательство юридической литературы. 1952. С. 59-60.

Частное право, также как и публичное право Руси, появилось из обычного права. Развитие права и переход из обычного права в более сложные формы стал возможен, в первую очередь, благодаря появлению письменности. Именно благодаря письменности остались свидетельства о развитии права на Руси, о переходе из обычного права к более сложным формам права. Также сыграли важную роль проводимые реформы в религиозной сфере, политической, экономической, культурной, военной сферах, а также новые вызовы обществу.

К частному праву, например, можно отнести многочисленные купчие. К частному международному праву можно отнести договоры между Русью и Византией.

Очевидно, что среди памятников древнерусского права договоры русских с греками, заключенные в X веке, имеют особое значение как оригинальные документы, отражающие действующий правовой порядок формирующегося древнерусского государства на раннем этапе его становления. Договоры преследовали специальную цель – урегулирование русско-византийских отношений; это делает их документами международной практики Древней Руси.

До настоящего времени ведутся споры о количестве заключенных договоров между русскими и греками, о точных годах и датах заключения договоров. Но можно точно сказать, что русско-византийские договоры – уникальные по своему содержанию документы. Договоры свидетельствуют о том, что появилась необходимость фиксировать результаты войн и переговоров в письменном виде, о высоком уровне дипломатии, как у русских, так и у греков, о способности находить компромиссы в сложных ситуациях, о развитии права и общества.

§ 7. К вопросу об эволюции международно-правовых ценностей и их влиянии на национальную правовую систему российского государства: историко-правовой анализ

На сегодняшний день, ценностный подход позволяет выходить на принципиально новый уровень анализа соответствующих процессов и явлений, правовые ценности превращаются в общепланетарную, глобальную действительность. С.С. Алексеев в своих трудах понимал под правовыми ценностями устойчивые стандарты национальной или международной правовой системы и определяющую связь между человеком и обществом, личностью и государством.¹⁰⁰⁰ К этому определению представляется возможным добавить, что с позиции международного права правовые ценности также определяют формат взаимодействия между государствами. Правовые ценности непосредственно связаны с правом в контексте со-

¹⁰⁰⁰ Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 230.

ответствующих правовых систем и зависят от уровня развития соответствующей системы.

Если рассматривать право с точки зрения его структуры, то несомненно можно говорить о сосуществовании двух правовых систем: национального и международного права. У национального и международного права много общего: обе системы по своей природе носят социальный характер и как следствие связаны с эволюцией общественных отношений, отражают потребности общества. Историческое развитие обеих систем носит преимущественно объективный характер, хотя и не лишено определенного субъективного влияния. При этом, говоря о правовых ценностях, формирующихся в рамках данных, разноуровневых, несмотря на обозначенные сходства, систем, целесообразно, в том числе, рассматривать их взаимовлияние. Настоящая статья будет посвящена исследованию вопросов эволюции международно-правовых ценностей и их влияния на национальную правовую систему в историко-правовом контексте.

Долгое время в российской науке имеет место дискуссия относительно того, какая правовая система – национальное или международное право первично не имеет однозначного ответа в современной юридической науке.

Относительно вопроса о времени появления международного права также существуют несколько точек зрения, которые в общем виде представляется возможным свести к двум: международное право появилось одновременно с образованием государств и международное право появилось после возникновения государств, когда последние осознали необходимость регулирования внешних отношений правовыми нормами.

Вместе с тем, исходя из современного понимания международного права, автор настоящего исследования придерживается позиции о первичности происхождения государственно-правовых систем, согласно которой изначально, с появлением государства появилось национальное право, обеспечивавшее внутренние потребности соответствующего государства и общества, международное же право появилось несколько позднее.

В то же время нельзя не согласиться с мнением профессора М.Н. Марченко, который отмечает длительное непризнание международного права по причине относительной его неразвитости на протяжении продолжительного времени в отличие от национальных правовых систем, развивавшихся в более стремительном темпе¹⁰⁰¹.

Действительно, длительное время не признавался самостоятельный характер международного права по причине существовавшей позиции, согласно которой отрицалось существование разных правовых систем в мире, признавалось наличие единой универсальной правовой системы.

¹⁰⁰¹ Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: учебник. М.: Проспект, 2013. С. 715.

По своему историческому происхождению международное право формирующееся как общее право «европейских христианских» государств (не отрицая определенного, ограниченного участия иных государств), получило свое активное развитие, начиная со второй половины XVII в., чуть позже к этому процессу присоединилось и российское государство. Петр I, без сомнения «прорубивший окно в Европу» стремился не только укрепить внутривосточное и внешнеполитическое положение России, его и его последователей заботили и более глобальные проблемы.

Таким образом, начиная с XVII века, государства встали на путь формирования единой мирополитической системы, что позволило им более эффективно реализовывать свои интересы. С содержательной точки зрения этот процесс сопровождался активным нормотворчеством, что предопределило активное формирование международного права, основными субъектами которого стали Европейские государства.

Представляется, что окончание наполеоновских войн дало толчок новому этапу развития международных отношений и резкому усилению миграционных процессов, которые, в том числе, были сопряжены с интенсификацией международных отношений и их юридического оформления.

Постепенно расширялся круг межгосударственных отношений, входящих в предмет международного права. Изначально спектр таковых отношений был узок – первичные взаимодействия государств ограничивались преимущественно военными и торговыми взаимодействиями, однако, постепенно предмет стал расширяться и к XIX веку представляется возможным выделить следующие группы вопросов, подпадающих в том числе под межгосударственное регулирование: публично-правовые характеристики государства, внешнеэкономическая деятельность, вопросы подданства, предоставление личных и имущественных прав иностранным подданным, семейные отношения с иностранным элементом, взаимодействие в рамках уголовного права, уголовного и гражданского процесса. Вместе с тем, как видно из приведенного круга вопросов, в ходе развития международного права, к XIX веку появилась возможность дифференцировать его предмет на международные межгосударственные отношения (сфера международного публичного права) и международные негосударственные отношения (преимущественно сфера международного частного права). Целесообразно также отметить, что именно в XIX веке началось интенсивное формирование структуры международного права: произошла дифференциация на международное публичное и международное частное право, начали формироваться отдельные отрасли международного права.

К XIX веку международное право получило свое признание в качестве новой правовой сформировавшейся правовой системы, находящейся в непосредственной взаимосвязи с правом национальным. И, в первую очередь на уровне юридической доктрины стали формироваться соответствующие теории, отражающие

соотношение данных двух систем, называемых в современном международном праве дуалистическая и монистическая.

Основателем принципа дуализма был Г. Трипель, издавший в 1899 году труд «Международное и внутривосточное право», в котором отмечает следующее: «Международное и внутривосточное право суть не только различные отрасли права, но и различные правовые порядки. Это два круга, которые соприкасаются но никогда не пересекаются»¹⁰⁰². Нельзя не согласиться с мнением профессора Буткевича, исследовавшего данный вопрос, который отметил, что «дуалисты увлеклись анализом особенностей отношений международного и внутривосточного права и настолько их гипертрофировали, что не признали возможным соотношение правовых систем и их элементов между собой»¹⁰⁰³.

Юридическая природа монистических принципов состоит в том, что национальное и международное право рассматриваются как части одной правовой системы, вместе с тем, они делятся на сторонников примата национального права с одной стороны и международного – с другой. В середине XIX века многие ученые (Мальберг, Эйхельман, Безбородов Н.А. и др.) придерживались позиции относительно примата национального права и как следствие определяли международное право как отрасль национального. К концу рассматриваемого периода данный подход подвергся критике, что, как представляется, было обусловлено в том числе повешением роли международного права. Современные ученые также в своем большинстве придерживаются противоположной позиции.

До XIX века российская правовая наука, имея преимущественно прикладной характер, не уделяла внимания вопросам соотношения международного и национального права, однако, благодаря влиянию европейских тенденций, в XIX веке этот вопрос нашел свое отражение в международно-правовой доктрине. Русские ученые Ф.Ф. Мартенс, П.Е. Казанский, Л.А. Камаровский и другие уделяли внимание данному вопросу в своих работах, рассматривая указанные системы как автономные. Камаровский Л.А. был приверженцем дуалистической концепции и отмечал, что «нормы, выставленные каким-либо одним государством, превращаются в международные лишь на основании согласия всех остальных народов, выраженного либо молчаливо (обычай), либо формально (договоры)»¹⁰⁰⁴, «Правительство своими законами, распоряжениями и действиями придает международным нормам практическую санкцию на подвластной им территории и по отношению к собственным подданным... Часто издаются законы, сообразные с трактатами, и, наоборот, заключаются последние для дальнейшего развития и осуществления первых»¹⁰⁰⁵. Очень важное заявление для характеристики состояния рассматриваемо-

¹⁰⁰² Цит. по: Восканов С.Г. Международные договоры и правовая система Российской Федерации. Дис. к.ю.н. М., 2003. С. 21.

¹⁰⁰³ Буткевич В.Г. Соотношение внутривосточного и международного права. Киев, 1982. С.53.

¹⁰⁰⁴ Камаровский Л. Основные вопросы науки международного права. М., 1892. С.9

¹⁰⁰⁵ Там же. С.33 – 34.

го вопроса в науке принадлежит перу другого известного ученого П.Е. Казанского: «Внутригосударственное право не может противоречить международному»¹⁰⁰⁶. Данное высказывание в целом отражает концептуальное отношение российского государства к данному вопросу в XIX веке.

Изначально, международное право стало формировать систему общих базовых правовых ценностей, являющихся ориентирами для развития национальных правовых систем и к началу XX века международное право достигло весьма серьезного уровня развития, были сформированы базовые принципы международного права, определяющие общий формат отношений между государствами и отражающие специфику данного этапа. Изначально, некоторые принципы имели несколько иное звучание, носили ограниченный характер, их содержание отличалось от современного понимания. С другой стороны, несомненно, именно названная система принципов легла в основу формирования принципов современного международного права.

К числу этих принципиальных основ, доработанных и развитых в современном международном праве, можно отнести: принцип сотрудничества, принцип суверенитета, принцип территориального верховенства, принцип самосохранения, принцип независимости и невмешательства во внутренние дела, принцип национальностей, принцип разрешения споров мирными средствами. Данные принципы юридически закрепили уровень развития международного права рассмотренного периода, в том числе, общие тенденции взаимодействия государств.

Зеркалом, отражающим процесс формирования единой мирополитической системы, является правовое оформление, которое предполагает создание международно-правовых актов, регулирующих отношения между государствами и освещающих основные принципы их взаимодействия друг с другом. Таким образом, любое государство, открываясь внешнему миру, присоединяясь к мировому сотрудничеству, участвует в разработке соответствующих международных договоров, анализ которых позволяет по прошествии многих десятков лет говорить о соответствующих процессах и их значении.

Международные договоры, являясь основным источником международного права, играли значимую роль в регулировании отношений как непосредственно на уровне международного права, так и на внутригосударственном уровне. Вместе с тем, ретроспективному изучению международных договоров, находящемуся на стыке международного права и истории государства и права, в современной науке не уделяется должного внимания. Что представляется необоснованным, и данный пробел требует восполнения, что позволит более качественно анализировать соответствующие правовые процессы не только международных масштабов, но и внутригосударственного значения.

Основным, с точки зрения значимости, источником международного права в исследуемый период стали международные договоры. Ф. Ф. Мартенс писал: «Под международными договорами, в значении источников международного права, мы разумеем всякого рода обязательства, взаимно принимаемые на себя государствами, – выражены ли они в трактатах и конвенциях, или в нотах и декларациях. Такие соглашения государств представляют по преимуществу тот источник, изучение которого необходимо для полного уразумения существующих международных правоотношений»¹⁰⁰⁷. Договорная форма взаимодействия России с другими государствами уже в XVIII – первой половине XIX вв. приобретала особое значение в регулировании взаимоотношений в различных сферах взаимодействия как государств, так и частноправовых субъектов. В рассматриваемый период были выработаны различные названия международных договоров: договор, соглашение, пакт, трактат, конвенция, декларация и т.д. При этом, отметим, что твердо установленное значения тех или иных названий изначально, как и на последующих исторических этапах развития не существовало, однако Д. П. Никольский высказал мнение, что декларация есть официальный акт, в котором несколько государств указывают основные принципы своей будущей политики; конвенции и трактаты отличаются особенно торжественной формой и устанавливают для подписавших их государств взаимные права и обязанности. Конвенции считаются менее торжественной формой, чем трактаты, разница между конвенциями и трактатами не качественная, а количественная¹⁰⁰⁸. Сторонами в договоре изначально признавались суверенные государства, от имени которых соглашения заключали государи или иные уполномоченные на то лица.

Генезис системы договоров, с точки зрения содержания (предмета регулирования), можно охарактеризовать повышением специализации: от мирных договоров, имевших преимущественно политическое значение, до специальных конвенций, которых с течением времени становилось все больше по количеству, параллельно с этим можно наблюдать расширение предмета регулирования данных соглашений. Таким образом, в дореволюционный период сформировалась весьма обширная система международных договоров, регулирующих различные вопросы не только международно-правовой сферы, но и внутриправового значения.

Приведение в действие норм международного права возможно двумя способами: издание норм национального права, регулирующих те же вопросы и таким же образом, что и нормы международного права, и санкционирование государством самих договорных норм в качестве регуляторов общественных отношений.

Система источников международного права может быть дополнена и иными официальными актами и документами правового характера, направленными на упорядочение межгосударственных отношений: дипломатические акты, акты ме-

¹⁰⁰⁶ Казанский П.Е. Введение в курс международного права. Одесса, 1901. С. 264.

¹⁰⁰⁷ Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1900. С. 165.

¹⁰⁰⁸ Никольский Д. П. Международное право. СПб., 1903. С. 16.

ждународных организаций, судебные решения. В определенной степени международно-правовую доктрину также можно рассматривать в качестве источника международного права, так, в рассматриваемый период работа и решения Института международного права, неправительственной международной организации, объединявшей ведущих ученых в сфере международного права, оказали существенное влияние на международно-правовую практику государств и ее юридическое оформление. В ряде случаев акты внутреннего законодательства, в том числе, можно отнести к источникам международного права; такой позиции придерживался и Ф. Ф. Мартенс, который отмечал: «Национальные законы и правительственные мероприятия, поскольку они имеют своим предметом отношения, выходящие за пределы государственной территории, точно так же могут и должны быть признаваемы источником, ознакомляющим с началами международного права. ... Весьма часто международные отношения давали первый толчок к известным законодательным работам в государстве или к изменению законодательства, несогласного с трактатами, содержание которых, в свою очередь, зависело от направлений и взглядов, господствующих в управлении страны. Словом, взаимодействие между внутренней жизнью государства и международными его отношениями есть бесспорный факт»¹⁰⁰⁹. Отнесение национальных правовых актов к источникам международного права весьма спорно, вместе с тем, нельзя отрицать их непосредственную взаимосвязь с международным правом и соответствующими источниками, выстраивающими единую систему, направленную на юридическое оформление соответствующих отношений.

Возникает закономерный вопрос о включении норм международного права в право национальное. В целом, принято рассматривать три варианта реализации норм международного права: 1) отсылка, когда государство включает в свое внутригосударственное право нормы, отсылающие к нормам международного права, в результате чего последние могут действовать непосредственно во внутриправовой сфере; 2) инкорпорация, предполагающая необходимость принятия специального акта для включения норм международного права в национальное, 3) легитимация, т.е. принятие внутригосударственного нормативного акта, обеспечивающего выполнение государством соответствующих обязательств. Имплементация норм международного права определяется государством самостоятельно. Важное значение в процессе имплементации норм международного права в рассматриваемый период (так же, как и в наши дни) играла ратификация. По поводу возникновения института ратификации в науке имеются различные позиции. Так, существует мнение, согласно которому институт ратификации возник в Древнем Риме и использовался римлянами, в том числе, в целях выиграть время между заключением договора и последующим отказом от него в случае невыгодности. Другой позиции

¹⁰⁰⁹ Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1900. С. 166-167.

придерживается Д. И. Кудрявцев, который считает, что «институт ратификации идет от средних веков. Тогда в ряде случаев договоры заключались таким образом, что сами государства и их представители не знали хорошо, до чего договаривались их уполномоченные. ... Телеграфа и другой скоростной связи тогда не было, и уполномоченные в ряде случаев должны были действовать на свой страх и риск. Естественно, что каждое правительство, получив договор, который заключил его уполномоченный, хотело проверить, соответствовал ли договор его желаниям или уполномоченный договорился совсем не о том, о чем хотело его правительство»¹⁰¹⁰.

Термин «ратификация» входит в правовой оборот Российского государства с XVIII века, подтвержденные грамоты получают название «ратификационные». О. Э. Полицец в своем исследовании отмечает, что впервые термин «ратификация» употреблен в договоре, заключенном 10 июня 1710 года: «О супружестве царевны Анны Иоановны с Фридрихом Вильгельмом Герцогом Курляндским»¹⁰¹¹, другой исследователь данного вопроса Ф. П. Сергеев указывает, что термин «ратификация» как синоним русскому составному наименованию «подтвержденная грамота» впервые регистрируется в дипломатических памятниках конца XVII века¹⁰¹² и приводит соответствующие примеры. Таким образом, можно констатировать факт, что к XVIII веку термин «ратификация» вошел в международно-правовой оборот и стал постепенно прорабатываться и признаваться на доктринальном уровне, так, Ф. Ф. Мартенс писал, что «авторитеты международного права согласны между собой, что ратификация необходима для обязательной силы и действия договора»¹⁰¹³; В. Даневский утверждал, что «лишь ратификация превращает проект договора в трактат, поэтому она безусловно необходима, и в ней может быть *de jure* отказано»¹⁰¹⁴. При этом П. Казанский считал, что требование ратификации должно быть закреплено в договоре, сама по себе ратификация подразумеваться не может, и в силу этого многие исследователи «придают ратификации такое значение, которого она не имеет»¹⁰¹⁵.

Итак, взаимодействие государств в XIX веке, в силу значимости, формировалось весьма интенсивно, дополняя и содержательно влияя на соответствующее законодательство национального уровня. Формирующаяся договорная практика была направлена на решение проблем, затрагивающих взаимные интересы государств. Развитие международного права способствовало, с одной стороны, более эффективному обеспечению интересов самого российского государства, с другой –

¹⁰¹⁰ Основы международного права. М., 1970. С. 166.

¹⁰¹¹ Полицец О. Э. Ратификация международных договоров. М.-Л., 1950. С. 7.

¹⁰¹² Сергеев Ф. П. Русская терминология международного права XI–XVII вв. Кишинев, 1972. С. 217.

¹⁰¹³ Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1900. С. 399.

¹⁰¹⁴ Даневский В. П. Пособие к изучению истории и системы международного права. Харьков., 1892. Вып. 1. С. 221.

¹⁰¹⁵ Казанский П. Учебник международного права. Одесса, 1904. С. 257.

созданию системы обеспечения международного правопорядка и созданию основ современного международного права.

Нельзя не отметить, что развитие национальной государственно-правовой системы, в свою очередь, также оказывало определенное влияние на интенсивность становления международного права. Катализатором формирования системы международных договоров Российской империи стали судебные реформы XIX века, когда национальное законодательство, пусть частично, но было приведено в соответствие с европейскими стандартами.

Таким образом, представляется необходимым обращение к комплексному историко-правовому анализу национального права в контексте соответствующего развития системы межгосударственных отношений, международного права и соответствующих правовых ценностей. Ретроспективному изучению международных договоров, отражавших соответствующий уровень развития правовых ценностей, безусловно, влиявших на регулирование отношений не уделяется в современной науке должного внимания. Данный пробел требует восполнения, что позволит более качественно анализировать правовые процессы не только международных масштабов, но и внутригосударственного значения.

§ 8. Влияние международных стандартов на национальное законодательство в области гражданской авиации

Глобализация как одна из тенденций развития современного мирового сообщества затрагивает все сферы общественной жизни: экономику, культуру, политику, право, мораль, и оказывает влияние на развитие национального законодательства.

Процессы, происходящие в политической области, отличаются от глобализации в социально-экономической сфере, что в первую очередь связано со стремлением государства в значительной мере сохранить свой суверенитет. Несмотря на это под воздействием международно-правовых норм происходят изменения в национально-правовых системах, а также в системе источников права и их соотношении.

Таким образом, глобализация и интеграция оказывают влияние на национальные государства, на их правотворческий процесс и приводят к изменениям в правовой системе государств, способствуя интернационализации права и гармонизации национальных правовых систем.

В процессе правовой интеграции и адаптации в условиях глобализации государства вынуждены становиться участниками международных отношений, которые не всегда полностью отвечают национальным интересам, а вступление во многие международные организации зачастую требует изменения внутреннего за-

конодательства. В таких ситуациях актуальной становится проблема согласования интересов национальных и интернациональных, которое приводит государства к компромиссу в пользу интернациональных интересов, а также оказывает влияние на сближение внутригосударственного и международного правового опыта¹⁰¹⁶.

Глобализация и интеграция усиливают влияние международных норм на национальное право, во многих сферах разрабатываются международно-правовые стандарты. Так, принципы и нормы международного права, а также международные договоры являются составной частью правовых систем национальных государств.

Что касается правовой системы российского общества, то международные нормы входят в ее состав, международные договоры признаны составной частью правовой системы Российской Федерации (часть 4 статьи 15 Конституции РФ)¹⁰¹⁷.

Международные договоры РФ влияют на развитие отдельных отраслей и институтов российского законодательства, а также оказывают межотраслевое влияние, поскольку Российская Федерация согласно Федеральному закону от 15.07.1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»¹⁰¹⁸ подтверждает свою приверженность принципу добросовестного выполнения международных обязательств.

Согласимся с утверждением О.И. Тиунова, что «некоторые международные договоры РФ оказывают влияние на всю систему права, а их эффективная реализация зависит от согласованности нормативных правовых актов всех уровней: федерального, регионального, местного».¹⁰¹⁹

Анализируя нормы, регулирующие общественные отношения в области использования воздушного пространства и воздушного транспорта, также следует отметить приоритет международных норм, что определено статьей 3 Воздушного кодекса РФ¹⁰²⁰.

Таким образом, международно-правовые стандарты оказывают влияние на национальное право государств, особенно четко это влияние прослеживается в отдельных отраслях, в том числе в космическом и воздушном праве.

¹⁰¹⁶ Кулапова Т.Ю. Внутригосударственный и международный правовой опыт: проблемы интеграции и адаптации: дис.... канд. юр. наук: 12.00.01. Саратов, 2014. С. 11-12.

¹⁰¹⁷ Конституция Российской Федерации, принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 г. № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 г. № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 г. № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства Российской Федерации. 04.08.2014 г. № 31. Ст. 4398.

¹⁰¹⁸ Федеральный закон от 15 июля 1995 г. N 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) // <http://base.garant.ru>

¹⁰¹⁹ Тиунов О.И. Влияние норм международного права на развитие национального законодательства / О.И. Тиунов, А.А. Каширкина, А.Н. Морозов // Журнал российского права. 2010. №6. С. 39.

¹⁰²⁰ Воздушный кодекс Российской Федерации от 19.03.1997 г. № 60-ФЗ (ред. от 03.08.2018 № 342-ФЗ) (с изм. и доп., вступ. в силу с 14.08.2018 г.) // <http://www.consultant.ru>.

В правовом регулировании в области гражданской авиации большое значение имеют международно-правовые стандарты, принимаемые Международной организацией гражданской авиации ИКАО, являющейся межгосударственным объединением. Главной целью ИКАО является удовлетворение потребностей населения в безопасном, регулярном, эффективном и экономическом международном воздушном транспорте и обеспечении безопасного и планомерного роста международной гражданской авиации во всем мире.

В соответствии со статьей 37 Чикагской конвенции «каждое Договаривающееся государство обязуется сотрудничать в обеспечении максимально достижимой степени единообразия правил, стандартов, процедур и организации, касающихся воздушных судов, персонала, воздушных трасс и вспомогательных служб, по всем вопросам, в которых такое единообразие будет содействовать аэронавигации и совершенствовать ее».

Стандарты и рекомендуемая практика обязательны для выполнения Договаривающимися государствами, которые являются членами Ассамблеи. В случае невозможности выполнения стандарта государство обязано уведомить Совет ИКАО в течение 60-ти дней (статья 38)¹⁰²¹.

Договаривающиеся государства имеют в первую очередь обязательства «сотрудничать в обеспечении максимально достижимой степени единообразия», а не обязанности соблюдать правила, стандарты и процедуры¹⁰²².

При этом государства добровольно выполняют стандарты ИКАО и унифицируют внутригосударственные нормы в области гражданской авиации в соответствии с международными принципами, поскольку «пренебрежение требованиями, содержащимися в стандартах ИКАО, обрекает государства, уклоняющиеся от их соблюдения, на отставание в области обеспечения безопасности полетов в воздушном пространстве -над своей территорией»¹⁰²³.

Принцип обеспечения безопасности в международном воздушном праве существует в качестве обычной нормы, при этом он имеет большое значение и является основным принципом в деятельности не только гражданской авиации, но и воздушного транспорта в целом. Таким образом, безопасность полетов – это основополагающий принцип развития гражданской авиации, а обеспечение безопасности полетов – интеграционная проблема, объединяющая все государства.

В деятельности гражданской авиации между странами существует опыт правового сотрудничества, направленный на решение общих проблем, одной из которых является обеспечение безопасности. При этом каждое национальное го-

сударство в этой сфере имеет определенный опыт, а также имеется межгосударственный опыт, который оказывает влияние на формирование национального законодательства в этой сфере.

Большая часть стандартов не обладает юридической силой нормативно-правовых актов, также отсутствуют механизмы привлечения к ответственности за не уведомление, либо ответственности за невыполнение стандартов, тем не менее, Договаривающиеся государства стремятся их соблюдать и приводить национальное законодательство в соответствии с ними.

Также с 1995 г. Советом ИКАО была утверждена программа по контролю за обеспечением безопасности полетов. В связи с тем, что программа стала функционировать с 1996 г. как добровольная, не все страны первоначально принимали в ней участие, в том числе и Россия. Однако уже с 1999 г. начинается реализация Универсальной программы по проведению обязательных и регулярных проверок организации контроля за обеспечением безопасности полетов в Договаривающихся государствах.

По результатам проверки ИКАО выносит рекомендации для устранения недостатков в деятельности гражданской авиации. Так, в ходе проверки в 2001 г. и вынесенных рекомендаций ИКАО были разработаны и внесены изменения в отдельные нормативно-правовые акты в области гражданской авиации, в частности были разработаны Федеральные авиационные правила «Сертификация эксплуатантов авиации общего назначения. Требования к эксплуатанту авиации общего назначения, процедуры регистрации и контроля деятельности эксплуатантов авиации общего назначения»¹⁰²⁴.

На наш взгляд, разработка Универсальной программы по проведению обязательных и регулярных проверок организации контроля за обеспечением безопасности полетов – один из механизмов, благодаря которому ИКАО способствует выполнению принимаемых стандартов, оказывает влияние на изменение национального законодательства и унификацию норм в области гражданской авиации.

Таким образом, международно-правовые нормы и стандарты имеют большое значение для развития гражданской авиации, абсолютно справедливо оценила их значение А.В. Гаптрахманова отметившая, что «без установления международно-правовых стандартов в области обеспечения авиационной безопасности и имплементации их во внутригосударственную систему обеспечения безопасности полетов практически немислимы осуществление и организация воздушных сообщений»¹⁰²⁵.

¹⁰²¹ Конвенция о международной гражданской авиации (заключена в г. Чикаго 07.12.1944 г.) (с изм. от 26.10.1990) (с изм. и доп., вступившими в силу на 01.01.2000) // <http://legalacts.ru>.

¹⁰²² Аксаметов О.И. Обязательно ли соблюдать стандарты ИКАО // <http://www.ato.ru/content/obyazatelno-li-soblyudat-standarty-icao>.

¹⁰²³ Халимова Г.Р. Международно-правовая регламентация безопасности Гражданской авиации: автореф. дис. канд. юр. наук: 12.00.10. Казань, 2007. С.10

¹⁰²⁴ О ходе реализации в 2001 году рекомендаций ИКАО по итогам проверки этой организацией Росавиации Минтранса России // <https://mintrans.ru/press-center/news/2738>

¹⁰²⁵ Гаптрахманова А.В. Международно-правовые основы обеспечения безопасности полетов гражданской авиации Международной организацией гражданской авиации (ИКАО) // Юридическая наука. 2013. № 3. С. 117.

При этом, имплементация – это одна из важных форм взаимодействия не только норм и принципов международного и внутригосударственного права и не только национальных законодательств, но и как форма взаимовлияний правовых семей и правовых культур. Механизм имплементации может быть международный и внутригосударственный¹⁰²⁶.

Процесс реализации международных обязательств на внутригосударственном уровне в области гражданской авиации происходит в двух основных формах: правоприменительной (непосредственное применение норм, принципов и прецедентов международного права в российской правоприменительной практике в деятельности гражданской авиации) и правотворческой (приведение в соответствии с международными стандартами правовых норм, регламентирующих правоприменительную деятельность в области гражданской авиации).

Несмотря на то, что правоприменительная форма интеграции находится в стадии становления, число судебных дел решенных на основе норм и прецедентов международного права в последнее время растет. Примером может служить Монреальская конвенция 1999 г. Так, задолго до ратификации Монреальской конвенции, были приняты судебные решения по искам граждан с отсылкой к ее нормам (Судебное решение Октябрьского районного суда Санкт-Петербурга от 14.02.2012 г. о возмещении стоимости утраченного багажа при совершении международной воздушной перевозки по маршруту Санкт-Петербург-Амстердам-Эквадор)¹⁰²⁷.

Что касается правотворческой формы, то в качестве примера можно привести Воздушный кодекс РФ, Федеральные авиационные правила и также Монреальскую конвенцию 1999 г., после ратификации которой¹⁰²⁸, были внесены изменения в Воздушный кодекс РФ, в частности в статью 105 (Перевозочные документы); статью 117 (Ответственность перевозчика при причинении вреда жизни и здоровью пассажира воздушного судна); статью 127 (Особенности предъявления требований к перевозчику при международных воздушных перевозках); статью 128 (Начало течения исковой давности по требованиям, связанным с утратой, недостачей или повреждением (порчей) багажа, груза и почты, а также с просрочкой их доставки)¹⁰²⁹.

¹⁰²⁶Белянская О.В., Пугина О.А. Условия имплементации международно-правовых норм в российское законодательство // Международное публичное и частное право. 2005. № 5. С. 17 // <http://centerbereg.ru>

¹⁰²⁷Судебное дело № 2-500/2012 от 14.02.2012 // <http://old.судебныерешения.рф>.

¹⁰²⁸Федеральный закон от 03.04.2017 N 52-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок» // <http://www.consultant.ru>.

¹⁰²⁹Федеральный закон от 27.11.2017 N 338-ФЗ «О внесении изменений в Воздушный кодекс Российской Федерации в связи с присоединением Российской Федерации к Конвенции для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок от 28 мая 1999 года» // <http://www.consultant.ru>.

Резюмируя вышеизложенное, следует отметить, что процессы глобализации оказывают влияние на эволюцию национальных правовых систем, способствуют процессу интеграции права и созданию единого правового пространства на европейском континенте. Подтверждением этому может служить правовое пространство, сформированное в рамках межгосударственного объединения в области гражданской авиации. Так, Чикагская конвенция 1944 г, 19 Приложений к ней, стандарты и рекомендуемая практика, принимаемые Международной организацией гражданской авиации ИКАО, имеют большое влияние на формирование и изменение норм национального законодательства в области гражданской авиации.

§ 9. Унификация и гармонизация правового регулирования государственно-частного партнерства¹⁰³⁰

Глобализация – один из современных вызовов, который, можно сказать, довлеет над международными отношениями и международным правом, оказывая существенное воздействие на их развитие. Представляя собой процессы установления взаимосвязанности и взаимозависимости разных по своим экономическим, политическим и социальным показателям государств мира, глобализация сопряжена с выработкой общих или даже единых политических, экономических, правовых, социальных, культурных и иных стандартов. Поэтому ее воздействие затрагивает многие и в то же время разнообразные сферы международной жизни и внутригосударственных отношений. Под влиянием глобализации находится и право, что сказывается на характере и содержании и международного права, и внутригосударственного, а также на их взаимодействии. Как отмечал И.И. Лукашук, «глобализация стимулирует такие важные тенденции развития международного права, как расширение сферы действия и интенсификации регулирования. Право охватывает все новые области взаимодействия государств, а правовое регулирование становится более интенсивным, проникает вглубь этого взаимодействия»¹⁰³¹. Л.Н. Галенская справедливо отмечает другой важнейший аспект влияния глобализации: «Глобализация требует большой согласованности в правовом регулировании, что делает весьма актуальной унификацию как отдельных норм, так и целых отраслей права. В результате происходит сближение права. Эта тенденция наблю-

¹⁰³⁰ Данный параграф подготовлен при финансовой поддержке «Российского фонда фундаментальных исследований» в рамках проекта проведения научных исследований «Концептуальный анализ международно-правовой основы государственно-частного партнерства: ключевые проблемы и перспективы создания и применения», проект №17-03-50134.

¹⁰³¹Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. М., 2000. С. 176.

дается уже сейчас, а в дальнейшем она будет проявляться еще отчетливее и идти более быстрыми темпами»¹⁰³².

Обеспечение устойчивого развития человечества является не менее значимой проблемой, стоящей перед международным сообществом. Впервые она была сформулирована на Конференции ООН по развитию и окружающей среде в Рио-де-Жанейро в 1992 году. В дальнейшем концепция устойчивого развития стала идейной платформой для принятия Генеральной Ассамблеей ООН «Повестки дня в области устойчивого развития», утвердившей Цели устойчивого развития (далее – ЦУР). ЦУР – это универсальные цели и задачи, направленные на непрерывное и сбалансированное развитие всех, охватывающие весь мир: как развитых, так и развивающихся стран, а также всех людей. Они носят комплексный и неделимый характер и обеспечивают сбалансированность всех трех компонентов устойчивого развития: экономического, социального и экологического. Для настоящего исследования необходимо отметить важную особенность ЦУР, состоящую в том, что они не только воплощают идеологию устойчивого развития, но и включают в себя конкретные способы и средства их достижения. Одним из таких перспективных средств признается государственно-частное партнерство (далее – ГЧП). В Резолюции ГА ООН, утвердившей ЦУР, прямо предусмотрено, что необходимо укреплять партнерство в интересах устойчивого развития, дополняемое партнерствами с участием многих заинтересованных сторон, которые мобилизуют и распространяют знания, опыт, технологии и финансовые ресурсы, с тем, чтобы поддерживать достижение целей в области устойчивого развития во всех странах, особенно в развивающихся странах, а также стимулировать и поощрять эффективное государственное, *государственно-частное* (выделено автором – С.М.) и партнерство гражданского общества, опираясь на опыт и стратегии использования ресурсов партнеров¹⁰³³. Действительно, большая часть ЦУР связана с созданием, модернизацией и последующей эксплуатацией публичной инфраструктуры для целей оказания публичных услуг. Осуществление этих мероприятий весьма затратно и требует значительных ресурсов¹⁰³⁴. Поэтому неудивительно, что особое внимание уделяется ГЧП как средству достижения ЦУР из-за их способности привлекать частное финансирование и повышать эффективность государственных ресурсов, передавая часть рисков частному сектору при строительстве и эксплуатации публичной инфраструктуры.

Вместе с тем существует ряд факторов, затрудняющих использование ГЧП для достижения ЦУР. Один из них состоит в том, что страны, которые больше все-

¹⁰³² Галенская Л.Н. Тенденции развития правового регулирования международных отношений в XXI веке // Международные отношения и право: взгляд в XXI век // Материалы конференции, СПбГУ, 2009. С. 32.

¹⁰³³ Resolution A/RES/70/1 adopted by the General Assembly on 25 September 2015 “Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development” P. 33.

¹⁰³⁴ World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan, UNCTAD, 2014.

го нуждаются в ГЧП, являются теми, где нормативно-правовые рамки, которые так важны для ГЧП, к сожалению, являются наименее надежными¹⁰³⁵. В связи с этим возникает необходимость восполнить пробелы в правовом регулировании ГЧП, создать гибкие и качественные национальные правовые рамки ГЧП как основу для реализации проектов ГЧП, в том числе для достижения ЦУР. Другой фактор лежит в плоскости реализации международных трансграничных проектов. Например, «Экономический пояс Шелкового пути» признается как потенциальный «ускоритель и эффективный механизм для достижения ЦУР»¹⁰³⁶, а ключевым его проектом является международный транспортный маршрут «Европа – Западный Китай», создаваемый на основе ГЧП¹⁰³⁷. Его реализация охватывает территорию трех государств – России, Казахстана и Китая, что вызывает необходимость решить проблему «раздробленности» проектов ГЧП, с тем, чтобы частный партнер занимался одним целым, а не тремя проектами ГЧП по отдельности. Для этого должна быть создана специальная правовая основа, обеспечивающая разработку согласованной организационно-правовой структуры и единой финансовой модели трансграничных проектов ГЧП. Наконец надо сказать, что отношения в сфере ГЧП с точки зрения их субъектного состава достаточно сложны: напрямую их участниками являются государства в качестве публичных партнеров ГЧП и юридические лица, в том числе и иностранные (где это допустимо) в качестве частных, а также финансирующие организации (зачастую международные финансовые институты). Формально не являясь непосредственным участником проектов ГЧП, общество и население, тем не менее, находятся в фокусе проектов ГЧП. Именно они являются выгодоприобретателями ГЧП, конечными пользователями создаваемых и эксплуатируемых в рамках ГЧП объектов. Они же являются адресатами благ, получаемых в результате достижения ЦУР. В этой связи возникает потребность в единых стандартах ГЧП.

ГЧП, находясь, таким образом, в сфере общих интересов государств, predisположено к урегулированию нормами международного права и единообразными и/или сходными нормами национального права, созданными в результате унификации и/или гармонизации. Следовательно, осмысление теоретических аспектов эволюции международного и национального правотворчества в сфере ГЧП и практических аспектов сближения законодательства в данной сфере представляется весьма актуальным.

¹⁰³⁵ Promoting People first Public-Private Partnerships (PPPs) for the UN SDGs // Inter-Agency Task Force on Financing for Development & United Nations Economic Commission for Europe: Issue Brief, 2016. Эл.ресурс. Режим доступа: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2016/01/Promoting-People-first-Public-Private-Partnerships-PPPs-for-the-UN-SDGs_UNECE_IATF-Issue-Brief.pdf. P. 1. (Дата обращения: 27.10.2018)

¹⁰³⁶ UNDP, ‘Belt and Road: new path to regional development’, Press release, 10 Nov. 2016.

¹⁰³⁷ Инвесторы подтверждают заинтересованность в проекте «Европа – Западный Китай» // Эл.ресурс. Режим доступа: <http://www.fcpr.ru/media/invstory-podtverzhdayut-zainteresovannost-v-proekte-evropa-zapadnyy-kitay/> (Дата обращения: 27.10.2018 г.).

Теоретические основы и методология исследования

Для проведения научного исследования и, что более важно, для последующей интерпретации полученных в ходе него результатов требуется определить и указать те теоретические и методологические основы, на которых оно строится. Настоящее исследование основано на доминирующих в российской и зарубежной науке концепциях и теоретических подходах к ключевым для него понятиям и категориям. Во-первых, в отношении взаимодействия международного и национального права. Дискуссия по этой проблематике возникла давно и ведется до сих пор, то порождая порой противостоящие друг другу подходы, то опровергая их, то развивая новые концепции¹⁰³⁸. Не имея цели предметно участвовать в этой дискуссии, поскольку для настоящей работы в большей степени интересна не иерархия, а способности взаимодействия и влияния друг на друга международного и внутригосударственного права, укажем, что оно строится наследующих подходах российских ученых: В.М. Васильева, который полагал, что «в сопряженных сферах международного и внутригосударственного права происходит наиболее интенсивный обмен юридическими идеями и нормативными формулировками вплоть до взаимоперехода»¹⁰³⁹; О.И. Тиунова и Б.Г. Манова, которые, выражаясь фигурально, отмечают, что «международное право «десантирует» на почву национального права, и государства должны реализовывать соответствующие нормы. Если внимательно посмотреть на акты межгосударственных объединений, то национальные нормы поднимаются на уровень межгосударственных объединений, а затем «десантируют» на национально-правовую почву. Национальное право в таком случае является своеобразным источником международно-правовых норм, которые потом воздействуют на внутригосударственное право»¹⁰⁴⁰; А.А. Каширкиной, которая считает, что «международное право служит фундаментом, основой за счет общепризнанных принципов и норм для согласования воли государств и их сосуществованию на международной арене. В то же время внутригосударственное право, как более сформированное и исторически развитое, дает международному праву новые импульсы развития, которые впоследствии могут войти в «матрицу» международного права в качестве составной части (например, за счет признания международной практикой формирования международно-правового обычая или обрести

¹⁰³⁸Kelsen H. Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Tübingen, 1928; Фердросс А. Международное право. Л., 1959; Тункин Г. И. Теория международного права. М., 1970; Лукашук И. И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. № 3. Восканов С. Г. Историко-правовой аспект проблемы соотношения международного и национального права. Электронная версия журнала «Право: теория и практика». Эл.ресурс. Режим доступа: <http://www.yurclub.ru/docs/pravo/0303/1.htm/> (Дата обращения: 27.10.2018) и др.

¹⁰³⁹Васильев А.М. О системах советского и международного права// Советское государство и право, 1985. № 1. С. 70.

¹⁰⁴⁰Тиунов О.И., Манов Б.Г. Принцип соблюдения международных договоров: коллизии международного и национального права// Журнал российского права. 2008. № 6. С.

международно-правовое закрепление в международно-правовых актах в виде писаной нормы). Кроме того, расширение и нелинейность взаимодействия международной и национальных систем способствует появлению новых объектов правового регулирования, являющихся смежными по правовой объективации на стыке публично-правовых и частноправовых аспектов»¹⁰⁴¹.

Во-вторых, в отношении самого государственно-частного партнерства. Одним из распространенных подходов к ГЧП является определение этой формы взаимодействия государства и бизнеса через финансовую составляющую, то есть как способ привлечения частного финансирования, позволяющий государству использовать частный капитал для улучшения деятельности регионального правительства и частных компаний, вовлеченных в проект¹⁰⁴²; как привлечение дополнительных частных инвестиций и повышение эффективности бюджетного финансирования, что, таким образом, является главной ценностью и целью ГЧП¹⁰⁴³. В рамках другого подхода ГЧП рассматривается как эффективный способ управления государственными активами и предоставления конкретных услуг гражданам, то есть как «инструмент или стиль современного государственного управления»: ГЧП сочетает использование капитала частного сектора, а иногда и капитала государственного сектора для улучшения государственных услуг или управления активами государственного сектора. Сосредоточив внимание на результатах государственных услуг, оно предлагает более сложный и экономически эффективный подход к управлению рисками в государственном секторе, чем это обычно достигается за счет традиционных государственных закупок государственного сектора. ГЧП позволяет государству фокусироваться на результате – на государственных услугах (устанавливая требования на «выход» (output-based approach)), а не на процессе их оказания. ГЧП позволяет государству использовать усовершенствованный и менее затратный подход к управлению рисками проекта, чем в случае с традиционным осуществлением проекта государством (при котором устанавливаются требования на «вход» (input-based approach))¹⁰⁴⁴. Развивая эту мысль, некоторые ученые также утверждают, что ГЧП является «хорошим способом снижения рисков» в инфраструктурных проектах: в рамках ГЧП публичные органы полностью освобождаются от рисков проектирования, строительства, эксплуатации и других возможных рисков, и становится приобретателем продукта, который не подвержен риску в том смысле, что публичный орган не платит, если услуга не

¹⁰⁴¹Каширкина А. А. Доктринальные подходы к соотношению международно-правовых и национальных норм// Журнал российского права. 2009. № 6 (150). С. 10.

¹⁰⁴²Hodge G., Greve C. Public-Private Partnerships: An International Performance Review // Public Administration Review. 2007. June. P. 546.

¹⁰⁴³Delmon J. (2009). Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Project and Risk. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.

¹⁰⁴⁴Gerrard M. B. 2001. Public-Private Partnerships: What Are Public-Private Partnerships, and How Do They Differ from Privatizations? Finance & Development 38(3): 48–51.

предоставляется, или не предоставляется в соответствии с согласованными показателями и стандартами. То есть государственный сектор приобретает долгосрочное предоставление услуги согласованного стандарта с одновременной гарантией того, что если услуга не предоставляется в нужное время или предоставляется несогласованного качества, то государственный сектор несет более низкие платежи или принимаются компенсации¹⁰⁴⁵. Среди российских исследователей широко распространено понимание ГЧП как юридически оформленного сотрудничества государства и частного бизнеса в целях решения общественно значимых задач, основанного на объединении вкладов и распределении рисков, осуществляемого путем финансирования, создания, реконструкции и эксплуатации находящихся в государственной собственности объектов транспортной, коммунальной, инженерной и социальной инфраструктуры¹⁰⁴⁶.

В-третьих, в отношении унификации и гармонизации права. Эти категории из рассматриваемых в настоящей статье являются наиболее дискуссионными и интерпретируемыми в настолько широких пределах, что доходят порой до уровня смещения понятий либо граничатся изменением их сути, допуская, например, «унификацию права без создания единообразных норм права»¹⁰⁴⁷. Абстрагируясь от них, отметим, что подход к унификации и гармонизации в этой статье построен на позиции С.В. Бахина и солидарных с его позицией ученых, которые считают, что в рамках сближения права могут быть выделены два механизма его осуществления – унификация и гармонизация права. Под унификацией понимается создание единых (унифицированных) норм, которые во всех признавших такую норму государствах, будут действовать в качестве норм международного права. Гармонизацией следует считать создание единообразных (сходных) предписаний национального права, обеспечивающих стирание различий (в той или иной степени) в регламентации отношений определенного рода¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁵ Grimsey D, Lewis M. (2004). Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance. Northampton, MA: EdwardElgarPublishing. P.20.

¹⁰⁴⁶Соколов М. Ю., Маслова С. В. Соглашения о государственно-частном партнерстве: понятие и содержание в теории и практике // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия Право. – 2014. Вып.4. С. 126.

Белицкая А. В. Правовое регулирование государственно-частного партнерства. М.: Статут, 2012. С. 188.

¹⁰⁴⁷Проблемы унификации международного частного права: монография / Н.В. Власова, Н.Г. Доронина, Т.П. Лазарева и др.; отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М.: ИЗ и СП, Юриспруденция, 2012. С.20.

¹⁰⁴⁸Бахин С.В. Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем (унификация и гармонизация права). Автореф. дис. на соиск. учен. степ. д.ю.н.: 12.00.10. Санкт-Петербург, 2003. С. 30.

Дмитриева Г.К. Унификация или гармонизация права: новые формы// Унификация международного частного права в современном мире: сборник статей /Отв. ред. И.О. Хлестова. – М.: Инфра, 2013. С. 16.

Пакерман Г.А. Методы унификации права на примере правового регулирования иностранных инвестиций // Журнал российского права. 2008. № 9. С. 102.

Методологическая основа для сближения национальных правовых основ ГЧП в настоящем исследовании формируется посредством методов сравнительного правоведения через выявление сходств и различий между основными механизмами и условиями ГЧП, закрепленными в сравниваемых объектах. Используемая методология также позволяет сделать надлежащий выбор способа сближения национальных правовых систем в части регулирования ГЧП, обнаруживая основания в пользу унификации или гармонизации. Основываясь на ней же, пределы сближения правового регулирования в сфере ГЧП тоже могут быть установлены.

Международные и национальные правовые основы ГЧП: взаимодействие и уровень соответствия

На международном уровне к числу актов, содержащих правила и рекомендации в отношении ГЧП, относятся: Руководящие принципы ЮНИДО в области развития инфраструктуры посредством проектов ВОТ, 1996; Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, 2001; Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, 2003; Основные принципы современного законодательства о концессиях, разработанные ЕБРР; Принципы ОЭСР для участия частного сектора в инфраструктуре, 2007; Пояснительный меморандум Европейской комиссии о концессиях по праву Европейского Союза, 2000; Руководство Европейской комиссии по успешным ГЧП, 2003; Зеленая книга о ГЧП и праве Европейского Союза о публичных контрактах и концессиях, 2004; Пояснительный меморандум о применении права Европейского Союза о публичных закупках и концессиях к институциональным ГЧП, 2008; Директива Европейского парламента о концессионных договорах, 2014; Модельный закон СНГ о публично-частном партнерстве, 2014; Руководство ЭСКАТО о ГЧП в интересах устойчивого развития в Азиатско-Тихоокеанском регионе, 2017 и др.

Нормы этих документов, за исключением, пожалуй, Директивы ЕС о концессионных договорах, могут использоваться и используются государствами в качестве типовых правовых моделей, не имеющих обязательной юридической силы. Тем не менее, время, прошедшее с разработки правил и рекомендаций в отношении ГЧП на международном уровне, свидетельствует о том, что в большинстве случаев они играют значительную роль в сближении правового регулирования ГЧП. Положения, закрепленные в них, напрямую включаются или отражаются в том или ином объеме в национальных правовых основах ГЧП. В одних случаях это обусловлено обязанностью государств (как в случае с Директивой ЕС о концессионных договорах), в других – качественным содержанием и практической применимостью самих правил и рекомендаций, а также опытом и репутацией в сфере ГЧП разработавших их международных организаций и органов.

Здесь необходимо сделать важное замечание, что при выработке международных правил и рекомендаций зачастую учитываются и даже заимствуются нормы национального права государств о ГЧП. Актуальными примерами тому может являться работа ЮНСИТРАЛ по обновлению Руководства, или работа ЕЭК ООН по разработке модельного закона о ГЧП и концессиях, опирающиеся в существенной своей части на «лучшие национальные образцы» правового регулирования ГЧП, апробированные «лучшей практикой ГЧП»¹⁰⁴⁹.

Говоря о национальных правовых основах ГЧП, следует отметить, что они более многочисленны и разнообразны по составу, включают в себя как специальные законы о ГЧП, подзаконные акты о ГЧП, законодательные акты общего законодательства, ненормативные акты о ГЧП. Эти различия обусловлены многими факторами, основными из которых являются принадлежность того или иного государства к системе общего права или континентального права, членство государства в той или иной международной организации или интеграционном образовании и др.

Оценка национальных правовых основ ГЧП как с точки зрения их содержания, так и с точки зрения их соответствия международным стандартам ГЧП осуществляется в основном международными организациями. Так, оценка законодательной составляющей ГЧП является частью усилий Европейского банка реконструкции и развития (далее – ЕБРР) по улучшению национальной правовой среды. В ходе ее проведения сравнивается состояние нормативно-правовых основ ГЧП в различных странах с международно принятыми стандартами ГЧП и передовой практикой в данной сфере, определяются сильные и слабые стороны национальных правовых режимов ГЧП. Оценка ЕБРР 2017 года, уже третья, охватывала почти 40 стран¹⁰⁵⁰.

Оценка Всемирного банка осуществляется путем сравнения сопоставимых данных о нормативной базе, регулирующей процессы ГЧП в 82 странах и определения их соответствия с позиций международно признанных передовых методов ГЧП¹⁰⁵¹. В ее фокусе – не сами правовые источники ГЧП как таковые, а регламентированные в них конкретные этапы и аспекты проектов ГЧП. Рамки настоящей статьи не позволяют привести все результаты, поэтому ниже представлены только перечни государств, получивших наибольшую и наименьшую оценки по каждому из критериев.

¹⁰⁴⁹Public-private partnerships (PPPs): Proposed updates to the UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects// Res A/CN.9/939 6 April 2017; A/CN.9/939/Add.2 26 February 2018; A/CN.9/939/Add.3 25 March 2018; UNECE Project Team on Model Law for PPP/Concessions

¹⁰⁵⁰Зверев А. Новейшая оценка состояния законодательства в сфере государственно-частных партнерств: выводы и рекомендации// Право на этапе перехода, 2018. С. 56.

¹⁰⁵¹Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement 2017.P. 5. Эл. ресурс. Режим доступа: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/benchmarking-ppp-procurement-2017> (Дата обращения: 27.10.2018 г.).

	Оценка ЕБРР, 2017	Оценка Всемирного банка, 2017			
Критерий	Соответствие национальных основ ГЧП международно принятым стандартам ГЧП и передовой практике	Подготовка ГЧП	Конкурсные процедуры	Незапрошенные предложения	Управление соглашениями о ГЧП и прекращение
Наибольшая оценка	Монголия Сербия Греция	Великобритания Литва Филиппины	Болгария Канада Австралия	Перу США Ямайка	Бразилия Мексика Филиппины
Наименьшая оценка	Туркменистан Узбекистан Грузия	Мьянма Ирак Того	Камбоджа Эквадор Алжир	Кения Пакистан Камерун	Ливия Конго Армения

Источник: составлено автором

Как мы видим, результаты оценки международных организаций разнятся. Можно, конечно, углубиться в их детали, чтобы найти объяснение этому. Но, как известно, увлеченность исключительно чужими суждениями приносит больше вреда, чем пользы для научного исследования. Самостоятельное прочтение и сравнительный анализ международных и национальных правовых основ ГЧП¹⁰⁵² во многом подтверждает оценки международных организаций, а также дает дополнительные содержательные результаты, на основании которых представляется возможным:

1) очертить круг отношений в сфере ГЧП, для которых на международном уровне выработаны правила и рекомендации. В их числе: понятие, признаки и принципы ГЧП; объектный и субъектный состав ГЧП; компетенция уполномоченных органов в сфере ГЧП; формы ГЧП (договорные и институциональные); отбор проектов ГЧП, определение их эффективности; этапы и процедуры отбора частного партнера для реализации проекта ГЧП; частная инициатива реализации проектов ГЧП, так называемые «незапрошенные предложения»; риски, связанные с проектами ГЧП и правительственная поддержка; гарантии; основные условия и порядок заключения, управления соглашением о ГЧП; расторжение соглашения о ГЧП

¹⁰⁵² Маслова С.В., Соколов М.Ю. Государственно-частное партнерство: международный, региональный и национальный уровни правового регулирования и применения: хрестоматия. – М.: Магистраль, 2018.

и прекращение проекта; компенсации при расторжении; права финансирующих организаций; применимое право и урегулирование споров, вытекающих из проектов ГЧП; институты поддержки ГЧП на национальном уровне. Новеллой международных актов о ГЧП являются правила ЭСКАТО в отношении применения ГЧП для достижения ЦУР, рекомендуемые включение обязательств по достижению ЦУР через ГЧП в национальные правовые рамки ГЧП (национальную политику ГЧП, закон или подзаконные акты о ГЧП). ЦУР также рекомендуется указывать в качестве одной из прямых целей проектов ГЧП. Конкретные требования в отношении ЦУР предлагается включать в процедуры отбора проекта ГЧП, в том числе, в рамках параметров принятия решений, содержания технико-экономических обоснований, тендерных документов. Специальные инструменты, внедряемые для поддержки проектов ГЧП, также могут касаться ЦУР с тем, чтобы проекты ГЧП, имеющие наибольший вклад в ЦУР, могли получить приоритетную поддержку;

2) выявить отношения в сфере ГЧП, по которым в рассматриваемых международных актах содержатся схожие правила и рекомендации, а также обнаружить отношения, в отношении которых в международных актах о ГЧП приводятся не всегда согласующиеся между собой правила и рекомендации. К числу последних относятся компенсации и преференции при подаче «незапрошенных предложений»; формы, объемы и условия предоставления правительственной поддержки; управление рисками и т.п.

Что касается содержания национальных правовых основ ГЧП, их общих и специальных характеристик, то:

1) оно варьируется от рамочного до детально регламентирующего процедуры и условия подготовки и реализации проектов ГЧП;

2) имеет общие, если отбросить детали и частности, подходы в отношении понятия, признаков и принципов ГЧП, субъектного состава ГЧП, компетенции уполномоченных органов в сфере ГЧП, конкурсной процедуры (двухэтапной, состоящей из предквалификации и оценки конкурсных предложений), условий соглашения о ГЧП и др.,

3) имеет различные подходы либо пробельные в национальном праве отношения, совокупность которых позволяет сформировать перечень подлежащих сближению положений: формы ГЧП; объекты и сферы ГЧП; объем и процедуры предоставления имущества и государственной поддержки; виды и объем гарантий частному партнеру; компенсации и преференций при подаче «незапрошенных предложений»; источники финансирования и возврата инвестиций частного партнера; формы, объемы и условия предоставления правительственной поддержки; правовой режим деятельности иностранных лиц в проектах ГЧП; условия замены частного партнера в проекте ГЧП и права финансирующих лиц/спонсоров; ответ-

ственность сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств; объем компенсаций при расторжении; применимое право и разрешение споров; управление рисками; социальная составляющая оценки эффективности проектов ГЧП и регламентация ГЧП как средства достижения ЦУР и др.

Унификация и гармонизация права в сфере ГЧП: структурированный баланс преимуществ и недостатков

И унификация, и гармонизация представляют собой способы сближения права в сфере ГЧП, направленные и обеспечивающие согласующееся взаимодействие правовых основ различных государств в данной предметной области. И унификация, и гармонизация правового регулирования ГЧП осуществляются в рамках правотворческих процессов, посредством которых могут быть созданы и создаются нормы, регламентирующие ГЧП. И унификацией, и гармонизацией решаются важные задачи, как то предотвращение или устранение излишней вариативности в регулировании отношений в сфере ГЧП, восполнение правовых пробелов в национальных правовых основах ГЧП путем урегулирования отношений, по которым на национальном уровне отсутствуют правила или они не создают достаточной правовой основы для развития ГЧП, в том числе для достижения ЦУР. Наряду с этим, между унификацией и гармонизацией существуют различия, которые в настоящей статье рассматриваются через призму преимуществ и недостатков каждого из этих способов сближения правового регулирования ГЧП.

Во-первых, различие способов сближения правового регулирования ГЧП приводит к различным результатам. Если итогом унификации становится появление в национальном праве разных государств единых, текстуально совпадающих норм права, то в результате гармонизации – регулирующих ГЧП схожим образом, но все-таки не идентичных по содержанию норм. Гармонизация, таким образом, может лишь максимально приблизить друг к другу национальные правовые режимы ГЧП, но иногда делает это без конкретного содержания. С другой стороны, за счет этого своего свойства гармонизация позволяет наиболее полным образом учесть национальные особенности правового регулирования ГЧП и смежных отношений, которые очень сопряжены и зависимы от особенностей и уровня экономического развития государств.

Во-вторых, унификация и гармонизация происходят в рамках различных процессов и воплощают свои результаты в разных международно-правовых источниках. Унификация возможна только на основе международного договора. Это трудоемкий, сложный, часто длительный и дорогостоящий процесс, сопровождающийся поисками компромиссных решений с целью согласования позиций разных государств по поводу как общей концепции будущего правового регулирования, так и содержания каждой нормы на первой стадии унификации, международной. При этом на позиции государства влияют не только особенности своей право-

вой системы, но и политические и другие интересы. Вторая стадия унификации – восприятие унифицирующих норм национальным правом также сложна, длительна и часто непредсказуема: многие международные договоры либо вообще не вступают в силу, либо действуют в незначительном круге государств¹⁰⁵³. Процесс гармонизации осуществляется не на основе международного договора, в силу чего он более гибкий и в существенно меньшей степени подвержен сложностям и затягиванию из-за трудностей переговоров и нахождения компромисса. Имея ту же цель – влияние на национальное и международное право, резолюции международных организаций в сфере ГЧП не обязывают государства. Они создают благоприятную основу для широкого применения предлагаемых ими правил в сфере ГЧП в международной и национальной практике, превращая тем самым содержащиеся в них правила в обще признаваемый и широко применимый правовой регулятор. Гармонизация в сфере ГЧП, как было показано выше в настоящей статье, осуществляется в большинстве случаев в рамках международных организаций (ЮНИДО, ЮНСИТРАЛ, ЕБРР, ОЭСР, СНГ, ЕС и др.). Разработанные ими или под их эгидой документы принимаются в форме модельных законов, типовых положений, рекомендаций о ГЧП, одобренных решениями и резолюциями этих организаций. Соответственно, их отличительная особенность – отсутствие обязательств государств имплементировать нормы актов, принятых таким образом, в свои юрисдикции, что предопределяет специфику их действия в национальном праве.

Третье различие следует из указанного выше. Им является разная природа обязательств, возникающих в результате унификации и гармонизации правового регулирования ГЧП. Характерной чертой унификации является наличие международного правового обязательства государств признавать и применять в своей юридической практике правовые нормы, о которых они договорились¹⁰⁵⁴. Следовательно, для государства унифицированные нормы в сфере ГЧП – это международные обязательства. Чтобы отказаться от их исполнения требуется выйти из международного договора, а это не так просто. Нормы же, созданные в результате гармонизации, – это нормы национального законодательства. Отменить или приостановить их действие для государства является менее затруднительным действием. Но в глазах правоприменителей, в том числе участников проектов ГЧП, это снижает стабильность правового регулирования ГЧП.

С учетом изложенного представляется, что ни унификация, ни гармонизация правового регулирования ГЧП не имеют перевеса в аргументах, свидетельствующих

ших пользу только лишь одного из них, в то время как сочетание обоих процессов представляется наиболее правильным решением.

Заключение

Происходящие в мире процессы глобализации и достижения устойчивого развития накладывают отпечаток на международное и национальное право, влекут их преобразование. В сфере ГЧП они предопределяют формирование общего курса правовой регламентации, направленного на преодоление правовых различий в данной сфере путем выработки на международном уровне общих правил и стандартов действий государств и невластных субъектов при реализации проектов ГЧП, в том числе и для достижения ЦУР. Формы влияния этих международных правил и стандартов в сфере ГЧП на сближение национальных правовых основ ГЧП различны, но на современном этапе преобладающим является гармонизация, осуществляемая в рамках международных организаций. В силу этого, в национальных правовых основах ГЧП разных государств преобладают схожие правовые нормы, что в некоторых случаях создает существенные препятствия для развития ГЧП и достижения ЦУР. Таким образом, унификация правового регулирования ГЧП является желательным процессом, хотя бы в отношении некоторых аспектов ГЧП. Вместе с тем, ни унификация, ни гармонизация не являются в настоящее время единственно верным способом сближения правового регулирования ГЧП. Представляется, что сбалансированное сочетание унификации и гармонизации в сфере ГЧП способно нивелировать недостатки каждого из этих способов и обеспечить результативное сотрудничество государств в развитии ГЧП и достижении ЦУР.

§ 10. Влияние международных организаций на формирование нормативно-правовой базы государственно-частного партнерства в Российской Федерации

Государственно-частное партнерство (далее – ГЧП) для Российской Федерации является относительно новым явлением, хоть уже и получившим определенное распространение (например, известные проекты ГЧП в Санкт-Петербурге: реконструкция аэропорта «Пулков», строительство «Западного скоростного диаметра»¹⁰⁵⁵).

Классификационные подходы к законодательству о ГЧП можно структурировать следующим образом:

- Законодательство о ГЧП ограничивается Федеральным законом от 13.07.2015 №224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве и внесении изменений в отдельные законодательные акты

¹⁰⁵³ Дмитриева Г.К. Унификация или гармонизация права: новые формы// Унификация международного частного права в современном мире: сборник статей /Отв. ред. И.О. Хлестова. – М.: Инфра, 2013. С. 16.

¹⁰⁵⁴ Унификация и гармонизация в международном частном праве. Вопросы теории и практики: монография / Я.О. Алимова, Н.Н. Викторова, Г.К. Дмитриева; отв. ред. Г.К. Дмитриева, М.В. Мажорина. М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2016. С. 6.

¹⁰⁵⁵ Публично-частное партнерство в России и зарубежных странах: правовые аспекты, под ред. В.Ф. Попондопуло, Н.А. Шевелевой [и др.]. - М.: Инфотропик Медиа, 2015. С.18

РФ» (далее – Закон о ГЧП), а также целым рядом региональных законов о ГЧП, которые до 2025 года должны быть приведены в соответствие с Законом о ГЧП.

- Законодательство о ГЧП представляет собой дуализм правового регулирования на федеральном уровне в виде Закона о ГЧП и Федерального закона от 21.07.2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее – Закон о концессионных соглашениях), а также ряд законов регионов о ГЧП принятие которых противоречит ст.71 Конституции РФ и их действие как таковых должно подвергнуться сомнению.

- Законодательство о ГЧП включает в себя широкий перечень законов, регулирующих инвестиционные отношения и различные формы взаимодействия частных организаций и публично-правовых образований (Федеральный закон от 30.12.1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции», Закон о концессионных соглашениях, Федеральный закон от 22.07.2005 №116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации», Федеральный закон от 25.02.1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений», Федеральный закон от 9.07.1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» и другие¹⁰⁵⁶).

Основой для выбора той или иной квалификации законодательства служит подход к определению не сколько правовой природы, сколько истоков законодательства о ГЧП и можно разделить эти подходы следующим образом:

- «Пророссийский подход», т.е. истоки законодательства о ГЧП необходимо проследить ретроспективно от дореволюционной России, иностранных концессий в СССР к современному концессионному законодательству как составной части законодательства о ГЧП.

- «Международно-зарубежный», т.е. поиск отправной точки в зарубежном опыте регулирования ГЧП и тех формах, которые были применены в начале 90-х годов в Великобритании как альтернативный приватизации метод управления государственной собственностью.

- «Комбинированный», т.е. сочетание вышеуказанных подходов.

Остановим свое внимание на «международно-зарубежном» подходе формирования законодательства РФ, сосредоточив внимание на международно-правовом аспекте. Можно выделить для Российской Федерации базовые документы:

- UNCITRAL: Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects'. United Nations: New York, 2001(далее - Руководство ЮНСИТРАЛ)¹⁰⁵⁷

- UNCITRAL 'Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects'. United Nations: New York, 2004(далее - Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ)¹⁰⁵⁸

- OECD: Basic Elements Of A Law On Concession Agreements, 1999.¹⁰⁵⁹(далее - Базовые элементы законодательства о концессионных соглашениях)

- «Модельный закон о публично-частном партнерстве» (Принят в г. Санкт-Петербурге 28.11.2014 Постановлением 41-9 на 41-ом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ) (далее - Модельный закон о ПЧП СНГ)

Рассматривая Руководство ЮНСИТРАЛ и Типовые законодательные положения ЮНСИТРАЛ в совокупности, можно проследить, что из них были имплементированы в отечественное законодательство (в Закон о ГЧП и Закон о концессионных соглашениях) и последовательно отображены компетенции публичных органов по принятию решений о реализации проектов и заключению договоров. Также отечественным законодательством регламентируются те публичные органы, которые осуществляют экономическую поддержку и уполномочены на распоряжения объектами публичной собственности. Имплементированы и принципы ГЧП, однако, они нашли свое отражение в Законе о концессионных соглашениях лишь косвенно и полноценно упоминаются лишь в ст.4 Закона о ГЧП. Воспринята отечественным законодателем, и рекомендация по отсутствию необходимости установления излишней регламентации разрешения споров, правда, это нашло отражение лишь в Законе о ГЧП. В ст.17 Закона о концессионных соглашениях четко говорится о том, что могут быть применены и альтернативные механизмы разрешения спора (обращение в третейский суд), при этом подчеркивается, что споры могут разрешаться сугубо на территории Российской Федерации, то есть существует привязка по территориальному признаку. В Законе о ГЧП подобная норма отсутствует и это можно трактовать как плюс, так и минус Закона о ГЧП.

Базовые элементы законодательства о концессионных соглашениях, которые явились результатом работы Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). При этом можно дискутировать о возможности применения указанных норм к законодательству о ГЧП в целом. При этом данные рекомендации

¹⁰⁵⁶ см. Жмулина Д.А. Система российского законодательства о публично-частном партнерстве // Юрист. 2015. № 7. С. 22 - 27.

¹⁰⁵⁷ UNCITRAL: Legislative Guide on Privately-Financed Infrastructure Projects'. United Nations: New York, 2001.// Доступ из СПС «Консультант плюс».

¹⁰⁵⁸ UNCITRAL 'Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects'. United Nations: New York, 2004.// Доступ из СПС «Консультант плюс».

¹⁰⁵⁹ OECD: Basic Elements Of A Law On Concession Agreements', 1999.// Доступ из СПС «Консультант плюс».

нашли отражение в п.7 ст.3 Закона о ГЧП, где было введено понятие прямого соглашения, то есть гражданско-правового договора с финансирующими организациями, которые до этого структурировались в соответствии с английским правом¹⁰⁶⁰. Интересны и положения Базовых элементов законодательства о концессионных соглашениях и в части противодействия коррупции и мошенничеству, что абсолютно не отражено в российском законодательстве о концессионных соглашениях и ГЧП.

Наиболее близким к Российской Федерации как в части используемых нормы, так и учитывая тот факт, что Российская Федерация является активным участником Содружества Независимых Государств является Модельный закон о ПЧП. Данный закон был принят в 2014 году и является рамочным, при этом оставляя вопросы финансирования проектов ГЧП на откуп законодательствам стран-членов ГЧП. К сожалению, во многом грамотный акт носит рекомендательный акт и почти не нашел отражения в Законе о ГЧП.

Подводя итог отметим, что международно-правовое регулирование, которое создается международными организациями (в частности ООН, ОЭСР, СНГ) оказывает влияние на отечественное регулирование ГЧП, но в незначительном объеме.

§ 11. Об общем коллизионном праве как специфическом правовом подразделении

По оценкам специалистов, действующее российское законодательство несовершенно. Оно страдает от избыточности, несогласованности, противоречивости нормативно-правового материала. Ему присуще немало «болезней»: необеспеченность выполнения предписаний, их чрезмерный объем, коллизии, пробелы, другие дефекты.

Как справедливо считает М.Н. Марченко, большинство принимаемых федеральных законов далеко не всегда соотносится с качеством правовой системы. Это как раз тот случай, когда не столько количество, сколько качество квалифицированно подготовленных и принятых правовых актов играет решающую роль. Согласно научным и статистическим источникам, в 90-е2000-е годы в России принято более полутора тысяч законов. А вот, например, с 1938 по 1988 годы - всего 100 законов (в чистом виде, не утверждавшихся указами Президиума Верховного Совета СССР)¹⁰⁶¹.

«В настоящее время в России, - пишет этот ученый - количественное увеличение законов привело к чрезмерной поспешности в их принятии, к снижению

качества принимаемых законов. И, кроме того, невнимание законодателя к вопросам установления соотношения закона с другими нормативно-правовыми актами отрицательно отразилось на всей системе нормативного регулирования, привело не к взаимодействию, а к соперничеству и необоснованной конфронтации правотворческих органов»¹⁰⁶².

Далеко не все благополучно складывается и с региональным законодательством. Согласимся с М.Ф. Казанцевым: «Получив право творить законы, российские регионы не замедлили этим воспользоваться. В первые годы формирования регионального законодательства в субъектах Федерации были приняты десятки тысяч законов и сотни тысяч других нормативных правовых актов. Однако при бурном росте массива регионального законодательства, к сожалению, не был обеспечен приемлемый уровень его качества. Можно выделить следующие основные недостатки в формировании регионального законодательства: 1) недостаточная системность; 2) регулирование региональными законами вопросов, находящихся вне предмета ведения и полномочий субъектов Федерации; 3) противоречивость регионального законодательства; 4) недостаточный технико-юридический уровень регионального законодательства. Характер и масштабы негативных тенденций в формировании регионального законодательства превратили его во многом в деструктивный фактор, мешающий нормальному развитию российской правовой системы, разрушающий единое правовое пространство России. К 2000 г. их опасность была осознана настолько, что федеральный центр уже не мог оставаться безучастным к проблеме законодательства субъектов Федерации и предпринял ряд организационно-правовых мер по преодолению перекосов в региональном правотворчестве»¹⁰⁶³.

Сегодняшняя дефектность законодательства существенно затрудняет реализацию правовых предписаний субъектами правоотношений, в том числе правоприменителями. Это служит благоприятной средой для всевозможных нарушений закона, волюнтаристских действий властных структур и должностных лиц. Не в последнюю очередь по этой причине в стране наблюдается высокий уровень преступности и других правонарушений, пораженность публичной власти коррупцией.

Спору нет, абсолютно совершенного, идеального законодательства нет ни в одной стране. В любом национальном праве с неизбежностью имеются пробелы, несовершенства и коллизии. Однако в сегодняшней России все это приобрело гипертрофированные формы. Наверное, другого попросту не могло и быть: ведь наша страна проходит сложнейший, противоречивейший этап коренных социально-экономических преобразований. Как и в периоды всех социальных по-

¹⁰⁶⁰ Maslova, S.V. The New Russian Law on PPP: Breakthrough or Throwback? // European Procurement & Public Private Partnership Law Review. 2015. Volume 10 (2015), Issue 4. P.301.

¹⁰⁶¹ См.: Марченко М.Н. Источники права. М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2008. С. 127.

¹⁰⁶² Там же. С.127-128.

¹⁰⁶³ Казанцев М.Ф. Правотворческий федерализм: конституционная идея и законодательная практика // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 16. С.19-20.

трясений резко нарушена преемственность правового развития, что служит причиной массовых юридических коллизий и социальных конфликтов. Во многих сферах жизнедеятельности общественные отношения пребывают в состоянии нестабильности. Процесс их правового урегулирования, упорядочивания нередко отстает от реальной жизни, ее потребностей. Существенное влияние оказывает процесс изменения границ между правовой и неправовой сферами, между отраслевыми правовыми блоками.

Как бы то ни было, ученые-компаративисты с тревогой констатируют, что российская правовая система с заметно меньшей эффективностью защищает права и свободы граждан, обеспечивает позитивное развитие общества и государства по сравнению с правовыми системами развитых стран. Не случайно, все большее число россиян, разуверившись в возможности защитить свои права и интересы в отечественных юридических структурах, обращается в поисках справедливости в международные судебные и правозащитные инстанции (в частности, в Европейский Суд по правам человека).

Итак, проблема правотворчества, т.е. формирования качественного правового пространства является исключительно актуальной для нашей страны. Совершенствование действующего законодательства осуществляется путем принятия новых, более качественных нормативных правовых актов, в большей мере учитывающих потребности общества, а также путем устранения вкрапившихся в законодательные акты дефектов, прежде всего, юридических коллизий.

В Большом юридическом словаре читаем: «Коллизия законов – противоречие друг другу (столкновение) двух или более формально действующих нормативных актов, изданных по одному и тому же вопросу»¹⁰⁶⁴.

По Н.И. Матузову: «Под юридическими коллизиями понимаются расхождение или противоречия между отдельными правовыми предписаниями, регулирующими одни и те же либо смежные общественные отношения, а также противоречия, возникающие в процессе толкования норм права, правоприменения и осуществления компетентными органами и должностными лицами своих полномочий»¹⁰⁶⁵.

На наш взгляд, более точным будет следующее определение. Юридические коллизии – это противоречия между нормами права, содержащимися в одном или различных нормативных правовых актах и регулирующими одни и те же либо смежные общественные отношения, а также противоречия, возникающие в процессе применения и толкования правовых норм.

Как известно, процесс правотворчества неспешен и длителен. А разрешение

конкретных жизненных вопросов, в том числе регулируемых противоречащими друг другу правовыми нормами, далеко не всегда может откладываться до необходимого вмешательства правотворческого органа, устранения коллизии путем включения механизма правотворчества. Юридическое решение по делу часто необходимо принимать безотлагательно, в режиме реального времени, в рамках существующего правового пространства. Отсутствие необходимых юридических норм, наличие коллизий между правовыми актами не может служить для правоприменителей оправданием для отказа от разрешения правовыми средствами насущных жизненных проблем. Вопрос в рассматриваемой ситуации чаще всего сводится к тому, каким нормативным правовым актам, каким юридическим нормам следует отдавать предпочтение? При ответе на него на помощь правоприменителям приходят методики общего коллизионного права, посредством которых юридические коллизии хотя и не устраняются, но преодолеваются применительно к конкретному рассматриваемому случаю, делу. Решение данной задачи в конкретной ситуации позволяет говорить об устранении юридической коллизии применительно только к этой ситуации, иными словами, о ее разовом разрешении, иначе говоря, преодолении. Подчеркнем, путем преодоления коллизия как дефект законодательства не ликвидируется. Она неминуемо встает перед правоприменителями, иными субъектами правоотношений вновь и вновь при необходимости последующего разрешения схожих ситуаций. И каждый раз, пока проблема не будет решена правотворчески, будет возникать потребность в оперативном преодолении этой юридической коллизии.

«Коллизии правовых норм, - считает Т.А. Щелокаева, - можно преодолеть применительно к конкретной жизненной ситуации и устранить (отметить действие нормы права, изменить модель правового предписания). Если устранение коллизий является прерогативой законодателя, то преодоление коллизий – это задача правоприменителя. Для преодоления коллизий законодатель адресует субъекту, применяющему право, особый вид норм, которые называются коллизионными нормами»¹⁰⁶⁶.

Отечественная юриспруденция и юридическая практика выработали целый ряд методик преодоления юридических коллизий. Сущность этих методик составляют т.н. «коллизионные нормы», содержащие «рецепты» преодоления коллизий между нормами, регулирующими одни и те же жизненные ситуации. Такого рода норм в достаточном количестве имеется в общей теории права, Конституции России, в различных отраслях законодательства, в международном праве. На законодательном уровне признается существование федерального коллизионного права, позволяющего разрешать противоречия в сфере отношений между Федерацией

¹⁰⁶⁴ Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, М.Е. Крутских. М.: ИНФРА-М, 2000. С. 156.

¹⁰⁶⁵ Матузов Н.И. Коллизии в праве: причины, виды и способы разрешения // Правоведение. 2000. № 5. С. 225.

¹⁰⁶⁶ Щелокаева Т.А. Юридические коллизии и коллизионные нормы: понятие, виды, Правоведение. 2003. № 6. С. 151.

и ее субъектами, между субъектами Федерации, и международное частное коллизионное право, регулирующее частные отношения между гражданами различных стран. Как представляется, все коллизионные нормы в совокупности составляют общее коллизионное право, а федеральное коллизионное право и международное частное коллизионное право можно считать его составными частями.

Анализ современного российского права и действующего законодательства позволяет сформировать следующую структуру общего коллизионного права.

1. Толкование права как преодоление юридических коллизий в сфере правопонимания

«Любой юридический конфликт порождается тем или иным правопониманием – ложным, ошибочным, двусмысленным и т.п. Как исток конфликта правопонимание его участников должно быть изменено или преобразовано. Иначе развязывание узла юридических противоречий внешними средствами – отменой акта и т.п. – может не повлиять реально на правосознание и правовое поведение людей»¹⁰⁶⁷.

Неверное, не соответствующее замыслу законодателя понимание правопользователями норм действующего законодательства происходит главным образом из-за его недостатков. Назовем главные из них а) неодинаковое использование в различных нормативных правовых актах юридических понятий и терминов, отсутствие порой разъяснения смысла общих понятий; б) не четкая формулировка правотворческим органом юридических норм, погрешности в их конструкции; в) в некоторых случаях допускается излишняя лаконичность принимаемых норм; г) законодательные органы Российской Федерации и ее субъектов нередко выходят за пределы предмета своего ведения, правотворческих полномочий; д) в подзаконных актах порой регламентируются вопросы, отнесенные к ведению законодателя.

Достижению цели установления истинного смысла юридических норм, т.е. вложенного в них правотворческим органом, служит институт *толкования права*. Толкование права представляет собой деятельность органов публичной власти, должностных лиц, общественных организаций, отдельных граждан по установлению содержания нормативно-правовых предписаний, раскрытию вложенного в них правотворческим органом смысла, для их практической реализации субъектами правоотношений.

2. Коллизионные нормы Конституции России

В Конституции Российской Федерации закрепляются все ключевые вопросы жизнеустройства государства и общества. Среди них права и свободы человека и гражданина, основы конституционного строя, структура, компетенция и полномочия высших органов государственной власти, основные свойства правовой системы. Важнейшее значение этого основополагающего нормативного правового акта

состоит в том, что в ее положениях содержатся «рецепты», позволяющие находить выход из противоречивых государственно-правовых ситуаций, даже, казалось бы, самых тупиковых. Существенное контрколлизионное значение действующему российскому Основному Закону придают такие его свойства, как высшая юридическая сила, прямое действие. В Конституции содержится весомый пакет норм-доминант, норм-предпочтений, норм-принципов, которые имеют непосредственное инструментальное значение для предотвращения и преодоления юридических коллизий. Среди них следующие конституционно-правовые формулы:

- Конституция Российской Федерации и федеральные законы имеют верховенство на всей территории России (ч.2 ст.4);

- Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу и прямое действие. Законы и иные нормативные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить ее Конституции (ч.1 ст.15);

- неопубликованные законы не применяются; не могут применяться и любые другие нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, если они не опубликованы официально, для всеобщего сведения (ч.3 ст.15);

- общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора (ч.4 ст.15);

- никакие другие положения Конституции Российской Федерации не могут противоречить ее положениям, устанавливающим основы конституционного строя (ч.2 ст.16);

- закон, устанавливающий или отягчающий ответственность обратной силы не имеет; если после совершения правонарушения, ответственность за него устранена или смягчена, применяется новый закон (ч.1 и 2 ст. 54);

- федеральные законы не могут противоречить федеральным конституционным законам (ч.3. ст.76);

- законы и иные нормативные правовые акты субъектов Федерации не могут противоречить федеральным законам, принятым по предметам исключительного ведения Российской Федерации и совместного ведения Российской Федерации и субъектов Федерации (ч. 5 ст.76); в случае противоречия между федеральным законом и нормативным правовым актом субъекта Федерации, изданным по предмету вне ведения Российской Федерации, действует нормативный правовой акт субъекта Федерации (ч.6 ст.76).

- Президент России вправе приостанавливать действие актов органов исполнительной власти субъектов Федерации до решения этого вопроса соответствующим судом, если эти акты противоречат Конституции Российской Федерации,

¹⁰⁶⁷ Юридический конфликт: процедуры разрешения / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев. М., 1995. С. 98.

федеральным законам, международным обязательствам Российской Федерации или влекут нарушения прав и свобод человека и гражданина (ч.2 ст.85).

Приведенные нормы коллизионного права, сформулированные в Конституции Российской Федерации, позволяют достаточно эффективно предотвращать возникновение юридических коллизий на всех этапах правотворческой деятельности так же, как и оперативно преодолевать их в процессе правоприменения.

3. Положения общей теории права

Контрколлизионным потенциалом обладают, например, такие правовые аксиомы: никто не может быть судьей в своем деле; никто не может передать другому больше прав, чем сам имеет; нет преступления без указания на то в законе; кто молчит, тот, по-видимому, соглашается; кто пользуется правом, тот ничьих интересов не нарушает, др.

4. *Нормы и принципы федерального коллизионного права* (сосредоточены в Конституции России, федеральных конституционных законах и федеральных законах).

5. *Нормы и принципы международного частного коллизионного права* (содержатся, главным образом, в международных договорах России).

6. *Оперативные методики преодоления юридических коллизий.*

а) *Преодоление коллизий по вертикали (между актами и нормами различной юридической силы).*

Действует универсальное правило: коллизии между нормативными правовыми актами, принятыми разными правотворческими органами, разрешаются в пользу актов большей юридической силы. Юридическая сила нормативного правового акта определяется положением правотворческого органа, его принявшего, в системе органов государственной и муниципальной власти. Чем выше властно-иерархическое положение правотворческого органа, тем большими властными полномочиями он обладает и, следовательно, выше юридическая сила принимаемых им правовых актов.

Однако при всей очевидности данной контрколлизионной методики сугубо «механистический» подход при ее использовании не уместен (особенно по части предмета регулирования).

б) *Преодоление коллизий горизонтали (между актами и нормами одинаковой юридической силы).*

При разрешении юридических коллизий *по горизонтали* следует руководствоваться известным правилом римского права: «*lex posterior derogate legi priori*» (последующий закон по тому же вопросу прекращает действие предыдущего). Эта формула римского права со временем трансформировалась, впрочем, не меняя своей сущности, в следующее правило: позже изданный закон отменяет предыдущий во всем том, в чем с ним расходится. То есть последний по времени принятия сходный правовой акт имеет приоритет перед ранее принятыми актами. Таким

образом, коллизия между нормативными актами по горизонтали разрешается в пользу принятого позже акта.

Вместе с тем, данное правило нельзя рассматривать слишком прямолинейно. Ю.А. Тихомиров пишет: «Немалая часть коллизионных норм посвящена предотвращению и разрешению противоречий между ранее и позднее принятыми законодательными и иными актами. Тем самым обеспечивается та степень правопреемственности в регулируемой сфере отношений, которая способствует непрерывности государственного и правового развития и устойчивости статуса граждан и юридических лиц. Здесь требуются полный обзор актов и точная оценка того, какие из них действуют, в каком объеме и какой продолжительности. Недооценка подобных коллизионных норм или их нечеткость порождают сложности в практике правоприменения. С этим можно было столкнуться и при оценке объема действия правовых актов бывшего Союза ССР, и при вступлении в действие новых кодексов, и в других ситуациях¹⁰⁶⁸».

в) *Преодоление коллизий между общими и специальными нормами (конкуренция правовых норм)*

Характерны ситуации, когда одно общественное отношение формально подпадает под действие общей правовой нормы и нормы специальной, причем специальная норма в силу большей конкретности своей диспозиции как бы противоречит норме общей. Подобные правовые коллизии принято называть конкуренцией правовых норм (актов).

«Особость» общественных отношений, регулируемых специальными нормами, выражается главным образом в специфичности объекта или субъектов правоотношений. Например, заключение трудового договора не просто с работником, а с лицом, направляемым на работу в зарубежное представительство, возмещение не просто имущественного вреда, а вреда, причиненного преступлением, и т.п.

В ситуации конкуренции юридических норм более конкретная норма той же юридической силы имеет приоритет при решении частного вопроса. Это вытекает из известного юридического постулата: «*Lex specialia derogate lex generalia*» (специальная норма отменяет норму общую).

Конкуренция правовых норм – явление достаточно распространенное и весьма непросто разрешаемое. Простота правила приоритета специальной нормы над общей в части ее применения – кажущаяся. Дело в том, что далеко не всегда очевидным является факт, что: 1) ситуация подпадает одновременно под действие нескольких юридических норм; 2) эти нормы состоят в соотношении «общая – специальная». Данные вопросы и подлежат разрешению в каждом отдельно взятом случае.

При конкуренции охранительных норм, ключ к решению задачи выбора нормы, подлежащей применению, на наш взгляд, лежит в плоскости теории мно-

¹⁰⁶⁸ Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. М.: Юринформ центр, 2000. С. 58-59.

жественности правонарушений. Наиболее основательно теория множественности разработана в науке и практике уголовного права.

Согласно теории множественности преступлений, если совершено единичное преступление, то и квалификация его может и должна осуществляться по признакам единственной нормы. Если лицо совершило несколько деяний, предусмотренных различными статьями части Особенной Уголовного кодекса, ни за одно из которых оно не осуждено, то квалифицировать каждое деяние необходимо по признакам соответствующих статей, а наказание назначается по совокупности преступлений (ст. 69 УК РФ). Это ситуация реальной совокупности преступлений. Если же совершенное деяние, подпадает одновременно под действие нескольких статей Уголовного кодекса, то оно, согласно ч.2 ст.17 УК РФ, должно квалифицироваться по признакам преступлений, предусмотренных данными статьями, а наказание назначаться также по совокупности преступлений. Подобная ситуация получила название идеальной совокупности преступлений. А вот если совершенное деяние предусмотрено как общей, так и специальной статьями УК РФ, то в этом случае и реальная, и идеальная совокупность преступлений отсутствуют, а уголовная ответственность согласно ч.3 ст.17 УК РФ наступает по специальной норме. Это и есть ситуация конкуренции уголовно-правовых норм, когда специальная норма обладает всеми признаками нормы общей, одновременно более подробно юридически характеризуя один или несколько признаков состава преступления. Например, в специальной норме может точно указываться предмет хищения (оружие, наркотики, предметы, имеющие особую ценность), личность потерпевшего от посяательства на жизнь (государственный и общественный деятель, лицо, осуществляющее правосудие или предварительное расследование, сотрудник правоохранительного органа), субъект преступления (секретноситель, должностное лицо).

Если наблюдается конкуренция охранительных норм другой отраслевой принадлежности, то, как представляется, следует руководствоваться положениями теории множественности преступлений с учетом специфики конкретной отрасли права.

г) *Роль норм-принципов, норм-приоритетов, норм-предпочтений, норм-доминант.*

При разрешении юридических коллизий важную роль играют т.н. «операционные нормы», к числу которых относятся нормы-принципы, нормы-приоритеты, нормы-доминанты, нормы-предпочтения. Специфика этих специальных коллизионных норм в том и состоит, что они не регулируют непосредственно поведение субъектов правоотношений, а указывают способы предотвращения и преодоления коллизий между обычными правовыми нормами (нормами-правилами). Для того чтобы операционные нормы эффективно "работали", необходимо, чтобы они были полно и точно закреплены в законодательстве.

Нормы-принципы устанавливают основополагающие начала регулирования в той или иной сфере общественных отношений, все регулятивные и охранитель-

ные нормы им должны неукоснительно соответствовать. Нормы-приоритеты означают преобладание юридической силы одного акта по сравнению с другими, особенно велико их значение для регулирования смежных отношений. Пример нормы-доминанты – «Конституция Российской Федерации обладает высшей юридической силой». Нормы-предпочтения позволяют, например, выбирать право той или иной страны в правоотношениях, где участниками наряду с российскими гражданами выступают иностранные физические и юридические лица.

д) *Роль кодифицированных (базовых) законов.*

Нормы базовых законов всесторонне, комплексно, с учетом специфики предмета и метода регулируют общественные отношения в пределах отдельной отрасли права. Между тем в той или иной степени эти же отношения регулируются нормами и других нормативных правовых актов, но лишь фрагментарно, без присущей кодифицированным актам основательности, комплексности. В силу этого коллизии кодифицированными нормативными актами (кодексы, основы законодательства, уложения, уставы) в сфере их «ответственности» и текущими законами, не говоря уже о подзаконных нормативных актах, разрешаются в пользу кодифицированных актов.

е) *Коллизии между нормами разной «строгости».*

Исходя из общей логики права, принципа гуманизма коллизии между правовыми нормами (актами), равнозначными по юридической силе, времени, территории и адресатам действия, но более строгой и менее строгой, должны разрешаться в пользу менее строгой нормы (устраняющей или смягчающей ответственность, иным образом улучшающей положение субъектов правоотношений). На этом правиле основана, например, обратная сила принятого нового уголовного закона, более мягкого, чем старый.

ж) *Коллизии между материальными и процессуальными нормами.*

Может показаться, что существование подобных коллизий является нонсенсом. Действительно, материальные и процессуальные нормы в принципе не должны пересекаться: первые устанавливают правила поведения, а вторые регламентируют порядок их воплощения в правовых отношениях, обеспечения их реализации. Однако на практике противоречия между нормами материальными и процессуальными все же возможны¹⁰⁶⁹. Это происходит при нарушении правотворческим органом правил юридической техники при конструировании правовых предписаний: когда в процессуальные нормы включаются элементы самих правил поведения, а в материальные, наоборот, содержат элементы процедуры. Кроме того, в тех сферах правового регулирования, где нет деления на материальные и процессуальные отрасли, нормы материальные и процессуальные порой «переплетаются».

¹⁰⁶⁹ См. об этом, например: Егорова Н. Коллизия материальных и процессуальных норм в «служебных» преступлениях // Российская юстиция. 1999. № 10. С. 39.

Как представляется, подход к разрешению подобных коллизий должен быть «функциональным». Если процессуальная норма противоречит материальной в части регламентации правила поведения, то бесспорный приоритет принадлежит материальной норме ввиду ее первичности. По образному выражению, телега (процессуальная норма) не может быть впереди лошади (материальная норма). Однако если материальная норма противоречит процессуальной в части урегулирования процедурного вопроса, применению подлежит процессуальная норма.

з) *Коллизии между правами и интересами юридических и физических лиц.*

Норма Конституции Российской Федерации о том, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью (ст. 2), служит ключом к разрешению коллизий между правосубъектностью, правами и законными интересами юридических и физических лиц. Такие юридические коллизии при всех прочих равных обстоятельствах должны разрешаться в пользу граждан, а не организаций.

и) *Коллизии между нормами естественного и позитивного права.*

Во всех случаях подобных противоречий, согласимся с М.В. Баглаем, примат должен отдаваться естественному праву (хотя само это право в содержании своих отдельных норм тоже может порождать столкновение трактовок)¹⁰⁷⁰.

Углубленный анализ права и законодательства, без сомнения, выделит и другие нормы и положения, обладающие антиколлизийным потенциалом. Коллизийные нормы разбросаны в современном правовом пространстве, существуют в дискретном, разрозненном виде. Сформировать из них единое сбалансированное правовое подразделение – общее коллизийное право – это важная задача будущего. В нашей статье работе лишь обозначены общие подходы к ее решению.

§ 12. Унификация в международном частном праве: современное состояние и перспективы

В результате интеграционных процессов, находящих свое проявление в различных сферах частноправовых отношений, выходящих за рамки одного государства, все большее значение приобретает процесс унификации правовых норм, предназначенных для регулирования такого рода отношений.

Каждая правовая система в мире имеет свои особенности регулирования вопросов частного права. Частное право охватывает правовые отношения между частными лицами и включает в себя, например, семейное право, договорное право¹⁰⁷¹.

¹⁰⁷⁰ См.: Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М, 1998. С. 31.

¹⁰⁷¹ Семушкина Н.И. Проекты Института европейского права и Международного института по унификации частного права как инструменты мягкого права // Вопросы экономики и права. 2017. № 105. С. 23.

В случае, когда частное общественное отношение осложняется иностранным элементом, на его регулирование начинают претендовать несколько национально-правовых систем. Однако одновременное применение норм этих национально-правовых систем невозможно в силу их неоднородности, неодинаковости. Из этого следует необходимость применять коллизийную норму и на ее основе выбирать ту национально-правовую систему, с которой отношение связано наиболее тесно. Унификация позволяет искоренить проблему выбора применимой национально-правовой системы путем создания одинаковых по содержанию норм. Единообразие в содержании норм права в принципе исключает возможность появления коллизий между ними. Таким образом, предпосылкой унификации является неоднородность норм правовых систем стран мира, а ее целью — максимально возможное обеспечение их единообразия. Унификация позволяет внести ясность и предсказуемость в правовое регулирование интернациональных отношений, а также адаптировать к их регулированию нормы права¹⁰⁷².

Многие ученые под унификацией права понимают «...сотрудничество государств, направленное на создание, изменение или прекращение одинаковых (единообразных, унифицированных) правовых норм во внутреннем праве определенного круга государств»¹⁰⁷³. На наш взгляд, в понятии унификации права необходимо отразить процесс создания государствами одинаковых, единообразных норм, закрепляемых в международных источниках¹⁰⁷⁴.

История унификации международного частного права включает два периода. Первый период начался в конце XIX века, когда в 1883 г. был принят первый универсальный международный договор — Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Второй период начал свой отсчет с образования Организации Объединенных Наций и продолжается по сей день.

Первый период можно назвать временем частных инициатив, когда унификация осуществлялась в основном по инициативе отдельных государств, организаций, как правило, неправительственных, и даже отдельных лиц (Паскуале Манчини и др.). В это время был разработан ряд важных международных конвенций, большая часть из которых действует и сегодня: в области интеллектуальной собственности — Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. и Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений 1886 г.; в области транспорта — Конвенция для объединения некоторых правил относительно оказания помощи и спасания на море 1910 г., Варшавская

¹⁰⁷² Аничкин Е.С. Международное частное право начала XXI века: универсальные векторы эволюции // Известия Алтайского государственного университета. 2015. № 2-1 (86). С. 19.

¹⁰⁷³ Кривенький А.И. Значение унификации и гармонизации в современном международном частном праве для глобализации права // Прав и свободы человека и гражданина: теоретические аспекты и юридическая практика: Материалы ежегодной международной научной конференции памяти профессора Феликса Михайловича Рудинского / Под общ. ред. Д.А. Пашенцева. 2016. С. 122.

¹⁰⁷⁴ См. подробнее: Алешина А.В., Косовская В.А. Международное частное право в схемах и таблицах. – Ростов-н-Д: Феникс, 2014. С. 34-35.

конвенция для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок 1929 г.; в области финансово-денежных отношений — Женевская конвенция, устанавливающая единообразный закон о переводном и простом векселях 1930 г., и Женевская конвенция, устанавливающая единообразный закон о чеках 1931 г.¹⁰⁷⁵

Второй период развития унификации норм международного частного права, напрямую связанный с особенностями международных отношений, характеризуется как принятием важных международных договоров (например, Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Монреальской конвенции для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г., Оттавской конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г. и др.), так и большим числом начинаний, не получивших своей реализации, поскольку значительное число конвенций, которые были приняты в этот период, оказались неработоспособны, поскольку имеют сравнительно небольшой круг участников и долго не вступают в силу.

На сегодняшний день высказывается мнение о вступлении мирового сообщества в третий этап унификации, связанный с развитием институтов договорного права. Развитие таких институтов обусловлено усложнением общественных отношений, товарооборота и, как следствие, договорных связей. Обозначаются две тенденции развития договорного и международного частного права:

1) расширение автономии воли сторон и свободы договора, что позволяет хозяйствующим субъектам самостоятельно разрабатывать договорные конструкции, например в области финансового рынка, обмена товарами;

2) возрастание роли императивных норм вследствие стремления государств экстраполировать свою защиту на национальных предпринимателей, что порождает проблему экстерриториальности в применении законодательства. В связи с этим особое значение приобретает механизм негосударственного третейского разбирательства, поскольку такой порядок разрешения споров создает необходимые условия для применения договорных конструкций, которые стороны разработали для регулирования своих правоотношений, обеспечивает адекватное применение диффузионных унифицированных норм *lex mercatoria*¹⁰⁷⁶.

Как отмечает Е.С. Аничкин, необходимость унификации вызвана неоднородностью норм различных национально-правовых систем, регулирующих частные общественные отношения (гражданские, семейные, трудовые). В процессе унификации норм международного частного права просматриваются два этапа. На первом этапе создается совокупность соответствующих международно-правовых

норм в форме международного договора, и государства берут на себя международно-правовые обязательства обеспечить их применение. Примечательно, что нормы международного договора обязательны только для государств, являющихся сторонами такого договора. Неудивительно, что в последние десятилетия в структуре источников международного частного права повышается роль и возрастает удельный вес международно-правовой составляющей. Особенностью рассматриваемого этапа унификации является его осуществление преимущественно в рамках международных организаций. Вторым этапом унификации сводится к восприятию международно-правовых норм внутренним законодательством государств — участников договора. В результате во внутреннем праве различных государств появляются полностью совпадающие по содержанию нормы¹⁰⁷⁷.

Существенный вклад в унификацию норм международного частного права внесли Гагская конференция по международному частному праву (1893 г.), за годы деятельности которой были подготовлены и приняты многочисленные конвенции в области брачно-семейных, наследственных отношений, международного гражданского процесса; Международный институт по унификации частного права (УНИДРУА), основанный в 1926 г. и занимающийся подготовкой проектов конвенций в области международной торговли, международных перевозок и других сферах обязательственного права; Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), учрежденная в 1966 г. в качестве специализированного учреждения ООН. Ею были разработаны многочисленные конвенции в сфере международной купли-продажи товаров, перевозки грузов и др.

Унификация, представляющая собой сложное и многогранное явление, может быть классифицирована по различным основаниям.

В частности, унификация дифференцируется в зависимости от характера норм, подвергнутых единообразному регулированию. По данному критерию разграничивают унификацию коллизионных норм (например, Конвенция о коллизии законов относительно формы завещательных распоряжений 1961 г.), унификацию материальных норм (например, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.) и смешанную унификацию (например, Конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.).

В зависимости от вида частноправовых отношений, которые подвергаются единообразному регулированию, можно выделить унификацию договорного права, деликтного права, права интеллектуальной собственности, наследственного права, семейного права и т.п.

Унификация различается в зависимости от ее уровня на универсальную (например, Брюссельская конвенция об унификации некоторых правил относительно

¹⁰⁷⁵Цириня М.А., Власова Н.В., Муратова О.В. Проблемы унификации международного частного права в современном мире // Журнал российского права. 2014. № 3 (207). С. 128.

¹⁰⁷⁶Цириня М.А., Власова Н.В., Муратова О.В. Проблемы унификации международного частного права в современном мире // Журнал российского права. 2014. № 3 (207). С. 133.

¹⁰⁷⁷Аничкин Е.С. Международное частное право начала XXI века: универсальные векторы эволюции // Известия Алтайского государственного университета. 2015. № 2-1 (86). С.21.

коносамент 1924 г.), региональную (например, Соглашение СНГ о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности) и локальную (например, Договор между Российской Федерацией и Республикой Молдова о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1994 г.).

А. Л. Маковский обозначил ряд проблем в сфере унификации частного права. В первую очередь это проблема вступления конвенций в силу. Если первые конвенции содержали довольно мягкие условия (несколько ратификаций и короткий период времени для вступления в силу), то впоследствии стало ясно, что такое положение вещей не соответствует самой задаче унификации — созданию единого регулирования, тем более универсального, рассчитанного на глобальные отношения. В тексты конвенций стали включать квалифицирующие признаки, в значительной мере осложняющие их вступление в силу. Как правило, такие признаки содержатся в деликтных конвенциях. Например, Брюссельская конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 г. требует, чтобы среди ее участников было определенное число государств с указанным тоннажем нефтеналивного флота.

Другой острой проблемой является необходимость изменения и пересмотра конвенций, возникающая вследствие подвижности отношений, подпадающих под действие унифицированных норм. Здесь интересен опыт создателей двух первых конвенций по интеллектуальной собственности (Парижской и Бернской), которые разработали очень сложную, но в целом разумную систему администрирования конвенций, предусмотрев специальные органы, основания, условия и сроки их пересмотра. С вопросом об изменении и пересмотре конвенций связана другая проблема. Даже в случае осуществления пересмотра, принятия новой редакции конвенции отсутствуют действенные механизмы, побуждающие участников первоначального международного договора стать участниками пересмотренного международного договора. Возникает явление многовариантности международно-договорной унификации соответствующих отношений. Сегодня, когда есть вполне современная и совершенная Монреальская конвенция 1999 г., продолжает действовать Варшавская конвенция 1929 г. В интересах, прежде всего клиентуры воздушного транспорта было бы разумно и справедливо покончить с Варшавской конвенцией 1929 г. и перейти на новое регулирование Монреальской конвенцией 1999 г., но сделать это пока невозможно¹⁰⁷⁸.

Таким образом, необходимо отметить, что, несмотря на сложность осуществления процесса унификации норм международного частного права, без ее последовательного и целенаправленного проведения государствами невозможно представить полноценное регулирование частнопровых отношений с иностранным элементом.

¹⁰⁷⁸ Проблемы унификации международного частного права. Монография / Отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М.: ИЗ и СП, Юриспруденция 2012. 488 с.

§ 13. Успешный опыт использования уголовно-правового инструмента в борьбе с рыночными злоупотреблениями Европейского Союза, предопределивший эволюцию практики уголовной ответственности в России

Институт рыночных злоупотреблений известен всем государствам с рыночной экономикой. Правовое регулирование противодействия рыночным злоупотреблениям в некоторых из них насчитывает более 100 лет. Для Российской Федерации данный институт является абсолютным нововведением. Настоящий факт связан с тем, что переход от советской экономической системы к рыночной экономике в России произошел чуть более 25 лет назад.

В результате мирового финансового кризиса 2007-2008 гг. были выявлены существенные недостатки финансовой системы Европейского Союза в целом, в том числе и существующий режим правового регулирования противодействия злоупотреблениям на рынке ценных бумаг. Реформа правовых основ противодействия злоупотреблениям на рынке ценных бумаг в ЕС проходила в период 2007-2016 гг. С 3 июля 2016 г. вступил в силу целый пакет актов ЕС, который в настоящее время является правовой основой противодействия злоупотреблениям на рынке ценных бумаг в ЕС: Регламент 596/2014 от 16 апреля 2014 г., Директива 2014/57/ЕС от 16 апреля 2014 г., Директива 2015/2392 от 17 декабря 2015 г. и Регламент 2016/522 от 17 декабря 2015 г.¹⁰⁷⁹

Европейский законодатель пошел по пути коренных реформ через отмену существовавших актов и принятие абсолютно нового регулирования. Абсолютным нововведением на уровне ЕС стало принятие единых стандартов в области уголовного наказания за злоупотребления на рынке ценных бумаг.

Директива 2014/57/ЕС от 16 апреля 2014 г. об уголовной ответственности за рыночные злоупотребления¹⁰⁸⁰ установила единые для всего ЕС понятия преступлений в области рыночных злоупотреблений: инсайдерские сделки, неправомерное раскрытие инсайдерской информации и манипулирование рынком; единые минимальные уголовные санкции за преступления в области рыночных злоупотреблений; концепцию привлечения к ответственности юридического лица за рыночные злоупотребления. Преступлениями в сфере рыночных злоупотреблений считаются только опасные действия при установлении формы вины в виде преднамеренности и грубой неосторожности. Согласно п. 2 ст. 6 Директивы 2014/57/ЕС попытка осуществить инсайдерскую сделку, рекомендацию или побуждение иных лиц к участию в инсайдерских сделках и манипулирование рынком

¹⁰⁷⁹ European Commission Press release «New EU rules to fight insider dealing and market manipulation in Europe's financial markets take effect» 1 July 2016 // Режим доступа: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2352_en.htm?locale=EN (дата обращения – 10.10.2018).

¹⁰⁸⁰ Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive) // Режим доступа: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0057> (дата обращения – 10.10.2018).

являются преступлением. Подстрекательство, пособничество и содействие вышеуказанным преступлениям является уголовно наказуемым преступлением.

В ст. 7 Директивы 2014/57/ЕС предусмотрены уголовные наказания для физических лиц. Они должны быть эффективными, соразмерными и оказывающими сдерживающее воздействие. За инсайдерские сделки, рекомендацию или побуждение иных лиц к участию в инсайдерских сделках, а также манипулирование рынком предусмотрена ответственность в виде лишения свободы на срок не менее четырех лет. Неправомерное раскрытие инсайдерской информации наказывается лишением свободы на срок не менее двух лет.

Ст. 8 Директивы 2014/57/ЕС устанавливает уголовную ответственность юридического лица за правонарушения, совершенные в его интересах его руководителями, а также иными лицами по причине недостаточного контроля со стороны руководящих органов.

Согласно ст. 9 Директивы 2014/57/ЕС государства-члены ЕС должны принять необходимые меры для обеспечения эффективных, соразмерных и оказывающих сдерживающее воздействие санкций в отношении юридических лиц, ответственных за рыночные злоупотребления. Такие санкции должны включать уголовные или не уголовные штрафы и могут включать иные способы уголовного воздействия: лишение права на получение государственных льгот и помощи; временное или постоянное лишение права заниматься коммерческой деятельностью; помещение под судебный надзор; принудительная ликвидация в судебном порядке; временное или постоянное закрытие учреждений, которые были использованы для совершения преступления.

Особенное внимание необходимо обратить на норму, содержащуюся в п. 3 ст. 8 Директивы 2014/57/ЕС, в соответствии с которой уголовная ответственность юридических лиц не исключает уголовного преследования физических лиц, которые принимали участие в преступлении в качестве исполнителя, подстрекателя, сообщника.

Директива 2014/57/ЕС предполагает перечень минимальных уголовных мер за совершение наиболее серьезных преступлений на рынке ценных бумаг. На национальном уровне государств-членов ЕС данный список мер может быть расширен и ужесточен.

В результате принятия Регламента 596/2014 от 16 апреля 2014 г. о рыночных злоупотреблениях и Директивы 2014/57/ЕС от 16 апреля 2014 г. об уголовной ответственности за рыночные злоупотребления были устранены все выявленные ранее недостатки и упущения: расширена сфера применения норм по кругу субъектов и объектов регулирования; введен принцип экстерриториальности; введен запрет на неправомерное раскрытие инсайдерской информации в качестве отдельного правонарушения; введены понятия «зондирования рынка», «принятая рыночная практика»; введены программы обратного выкупа и программы по стабилизации в

качестве исключения из правонарушения; ужесточены требования ведения списка инсайдеров; введено требование об обязательном раскрытии инсайдерской информации; уточнены требования к информации о сделках с участием менеджеров; попытка совершить правонарушение признана самостоятельным правонарушением; введены минимальные пороги административной ответственности и уголовных наказаний; и др.¹⁰⁸¹

Современный российский период рыночным злоупотреблениям получил свое начало в 1996 г. В 2010 г. правовое регулирование противодействия рыночным злоупотреблениям в РФ вышло на принципиально новый уровень. Российский законодатель пошел по пути европейского законодателя, и принял специальный ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁰⁸², что явилось достаточно важным событием для финансового рынка РФ. В связи с принятием указанного ФЗ были внесены изменения в ФЗ «О рынке ценных бумаг», ФЗ «О банках и банковской деятельности», УК РФ, ФЗ «Об инвестиционных фондах», УПК РФ, КоАП РФ, ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля». В результате концептуальное правовое регулирование рыночных злоупотреблений было сконцентрировано в отдельном правовом акте. В настоящий момент ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком» является основополагающим правовым актом в области противодействия рыночным злоупотреблениям.

Анализ ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком» позволяет сделать вывод о желании законодателя комплексно решить проблему противодействия рыночным злоупотреблениям аналогично европейскому опыту. В законе предусмотрена система правовых норм, направленных на обеспечение защиты от рыночных злоупотреблений: вводится терминологический аппарат; меры по предотвращению, выявлению и пресечению неправомерного использования инсайдерской информации и (или) манипулирования рынком; определяет соответствующие функции и полномочия Центрального Банка РФ.

Несмотря на то, что термин «рыночные злоупотребления» так и не был закреплён на законодательном уровне и в настоящее время носит доктринальный

¹⁰⁸¹ См. подробнее: Касьянов Р.А., Калинин Ю.В. Развитие российского законодательства в сфере противодействия неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 2. С. 89-94.

¹⁰⁸² Федеральный закон «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 27 июля 2010 г. № 224-ФЗ [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа: локальный (дата обращения – 10.10.2018).

характер, впервые в российском законодательстве были введены понятия «манипулирование рынком», «инсайдерская информация», «инсайдер», «нестандартные сделки».

Российский законодатель не предусмотрел определение термина «манипулирование рынком», при этом использовал описание запрещенных практик. Как верно отмечает Е. А. Емельянова, ФЗ «О неправомерном использовании инсайдерской информации и манипулировании рынком» «не устанавливает единую форму вины для соответствующих действий»¹⁰⁸³.

Одновременно с принятием ФЗ «О неправомерном использовании инсайдерской информации и манипулировании рынком» в 2010 г. была введена ст. 185.6 УК РФ «Неправомерное использование инсайдерской информации»¹⁰⁸⁴. Из диспозиции данной нормы можно установить, что неправомерным использованием инсайдерской информации для осуществления операций можно признавать любые действия, при принятии которых лицо ориентируется на известную ему инсайдерскую информацию.

Ст. 185.6 УК РФ содержит фактически два состава преступления. Первая часть устанавливает уголовную ответственность за использование инсайдерской информации для осуществления операций за свой счет или за счет третьего лица, а также использование инсайдерской информации путем дачи рекомендаций третьим лицам, обязывания или побуждения их иным образом к осуществлению операций, если такое использование причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо сопряжено с извлечением дохода или избежанием убытков в крупном размере.

Неправомерным использованием инсайдерской информации путем дачи рекомендаций третьим лицам следует считать предоставление рекомендаций или советов третьим лицам относительно принятия или непринятия какого-либо решения по совершению операций. При этом, необязательно предоставление непосредственно инсайдерской информации, достаточно факта предоставления рекомендаций, основанных на инсайдерской информации. Также не является определяющим, согласилось ли такое третье лицо с предложенными рекомендациями или не стало ими руководствоваться при принятии решений. Как отмечает коллектив авторов В.А. Блинные, А.В. Бриллиантов, О.А. Вагин, «на квалификацию не оказывают влияния мотивы таких действий – намеревался ли виновный посредством такой рекомендации обеспечить получение третьим лицом выгоды либо, напротив, причинить ему ущерб. Возмездность таких действий также не является условием уго-

ловной ответственности»¹⁰⁸⁵. Неправомерным использованием инсайдерской информации путем обязывания к совершению операций следует считать предоставление обязательных к исполнению указаний третьим лицам «в силу отношений подчиненности по службе либо договорных отношений между виновным и третьим лицом»¹⁰⁸⁶. Факт сообщения третьему лицу непосредственно инсайдерской информации также в данном случае не является обязательным. «Побуждение [...] предполагает совершение действий, направленных на возбуждение у третьего лица решимости совершить операцию (покупку либо продажу) с использованием указанных инструментов»¹⁰⁸⁷.

Вторая часть ст. 185.6 УК РФ устанавливает уголовную ответственность за использование инсайдерской информации путем ее неправомерной передачи другому лицу, если такое использование причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо сопряжено с извлечением дохода или избежанием убытков в крупном размере.

Субъективная сторона состава преступления, предусмотренного ст. 185.6 УК РФ, представлена виной в форме умысла. Предполагается, что виновный осознает, что использует инсайдерскую информацию для совершения правонарушения и желает наступления общественно опасных последствий. Данное положение законодательства является спорным. Европейский законодатель, например, предусматривает ответственность правонарушителя, в том числе и при неосторожной форме вины. С нашей точки зрения, в этом подходе европейский законодатель продвинулся дальше, однако, по мнению некоторых отечественных исследователей, «в российских реалиях иной подход приведет к злоупотреблениям со стороны контролирующих органов»¹⁰⁸⁸. Мы считаем, что нельзя отказываться от идеи повышения эффективности закона в силу несовершенства работы российских контролирующих органов. Подход, при котором законодатель будет стремиться повышать эффективность законодательства и одновременно совершенствовать систему контролирующих органов нам кажется наиболее оптимальным. В данном вопросе мы разделяем позицию европейского законодателя и считаем целесообразным установление ответственности в сфере злоупотреблений на рынке ценных бумаг за деяния, совершенные с неосторожной формой вины.

¹⁰⁸³ Емельянова Е. А. Манипулирование информацией на рынках // Инфотропик Медиа. – 2015. Доступ из справ.-правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения - 10.10.2018).

¹⁰⁸⁴ Введена Федеральным законом «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 27 июля 2010 г. № 224-ФЗ [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа: локальный (дата обращения - 10.10.2018).

¹⁰⁸⁵ Уголовное право России. Части Общая и Особенная: учебник / В. А. Блинные, А. В. Бриллиантов, О. А. Вагин и др.; под ред. А. В. Бриллиантова. 2-е изд., перераб. и доп. М. Проспект. 2015. Доступ из справ.-правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹⁰⁸⁶ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: в 2 т. (постатейный) / А. В. Бриллиантов, Г. Д. Долженкова, Э. Н. Жевлаков и др.; под ред. А. В. Бриллиантова. 2-е изд. М. Проспект. 2015. Т. 1. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹⁰⁸⁷ Там же.

¹⁰⁸⁸ Черкашин А. Законодательство об инсайдерской информации РФ и ЕС: проблемы и перспективы // Актуальные проблемы предпринимательского права / под ред. А.Е. Молотникова. М. Стартап. 2015. №4. С. 150-161.

Рассматриваемый нами состав преступления является материальным, поэтому для признания преступления оконченным необходимо наступление последствий в форме: 1) причинение крупного ущерба гражданам, организациям или государству либо 2) извлечение дохода или избежание убытков в крупном размере. Согласно примечанию к ст. 185.6 УК РФ, крупным ущербом, доходом, убытками в крупном размере признаются ущерб, доход, убытки в сумме, превышающей три миллиона семьсот пятьдесят тысяч рублей¹⁰⁸⁹. Данный порог был увеличен в 2016 г. и первоначально он был зафиксирован на уровне 2,5 миллионов рублей. Введение в законодательство такого порога (2,5 миллиона рублей) вызвало отрицательную реакцию в юридическом сообществе. Так, Е. Л. Силин считает, что лишение свободы за данное деяние противоречит либерализации наказаний за экономические преступления, а граница «крупности» ущерба – 2,5 миллиона рублей – проведена слишком низко¹⁰⁹⁰. Мы не разделяем позицию исследователя. С нашей точки зрения, 2,5 миллиона рублей – не достаточный порог, а тем более действующий с 2016 г. – порог в 3 миллиона 750 тысяч рублей. Необходимо ужесточение мер наказания, а не послабление. Данный порог достаточно высок в российских реалиях; в превентивных целях его необходимо снизить до 1 миллиона рублей – 1,5 миллионов рублей.

Таким образом, УК РФ устанавливает ответственность за неправомерное использование инсайдерской информации, но правовое регулирование данного вопроса требует совершенствование законодательства. Имеются и проблемы, связанные с квалификацией рассматриваемых деяний. Так, С. В. Пыхтин утверждает, что «объективные стороны незаконного использования или разглашения сведений, составляющих банковскую тайну, и неправомерного использования инсайдерской информации могут быть идентичны, в связи с чем, возникает сложность в определении статьи УК РФ, на основании которой должен быть привлечен к ответственности субъект»¹⁰⁹¹.

В юридической литературе состав преступления, предусмотренный ст. 185.6 УК РФ, является предметом научной дискуссии. М. А. Ефремова считает, что вышеуказанную норму необходимо дополнить «квалифицирующим признаком «с использованием информационно-телекоммуникационных технологий»»¹⁰⁹². Таким

¹⁰⁸⁹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ в редакции от 03.10.2018, ст. 185.6 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа: локальный (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹⁰⁹⁰ Силин Е. Л. Принятие Закона об инсайте - формальность или требование времени? // Внутренний контроль в кредитной организации. 2012. № 1. С. 38-51. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹⁰⁹¹ Пыхтин С. В. Инсайдерская информация: раскрытие и защита конфиденциальности // Юридическая работа в кредитной организации. 2012. № 3. С. 60-74. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹⁰⁹² Ефремова М. А. Уголовно-правовое обеспечение кибербезопасности: некоторые проблемы и пути их решения // Право и кибербезопасность. 2014. № 2. С. 33-38. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018 г.).

образом, исследователь намеревается предусмотреть дополнительный способ передачи информации.

С другим предложением выступают М.А. Лапина, Д.В. Карпухин, Ю.В. Трунцевский¹⁰⁹³. Исследователи предлагают дополнить вышеуказанную норму условием о том, что правонарушитель «ранее привлекался к административной ответственности за аналогичное деяние в течение года». Мы относимся к данной инициативе с критической точки зрения, однако, и такое мнение имеет место быть.

Вопрос применения ст. 185.6 УК РФ «на практике в первую очередь связан с качеством законодательства и квалификацией следователя корпуса»¹⁰⁹⁴. В то же время рынок практически не защищен от таких манипуляций, что наносит непоправимый ущерб экономике государства. Так, представитель Следственного комитета РФ Георгий Смирнов оценил объем операций, совершенных с использованием инсайдерской информации, в 50 - 70% от всех валютных операций¹⁰⁹⁵.

Одновременно с принятием ст. 185.6 УК РФ была изменена ст. 185.3 УК РФ, которая ранее называлась «Манипулирование ценами на рынке ценных бумаг», а с 2010 г. носит название «Манипулирование рынком». Стоит согласиться с мнением П. А. Колмакова и Ю. А. Тимофеева о том, что статья была представлена в «более проработанной, широкой редакции»¹⁰⁹⁶.

В ст. 185.3 УК РФ содержится основной и квалифицированный состав преступления.

Основной состав (ч. 1) устанавливает уголовную ответственность за манипулирование рынком в форме распространения через средства массовой информации (в том числе электронные, информационно-телекоммуникационные сети) заведомо ложных сведений или совершения операций с финансовыми инструментами, иностранной валютой и (или) товарами либо иные умышленные действия, если в результате таких незаконных действий цена, спрос, предложение или объем торгов финансовыми инструментами, иностранной валютой и (или) товарами отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без учета указанных выше незаконных действий, и такие действия причинили крупный ущерб гражданам, организациям

¹⁰⁹³ Лапина М. А., Карпухин Д. В., Трунцевский Ю. В. Административная преюдиция как способ декриминализации уголовных преступлений и разграничения уголовных преступлений и административных правонарушений в современный период // Административное и муниципальное право. 2015. № 11. С. 1138 - 1148. Доступ из справ.-правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹⁰⁹⁴ Никульцева А. Н., Ходусов А. А. Опыт стран Евросоюза в борьбе с мошенничеством в сфере биржевого оборота ценных бумаг // Безопасность бизнеса. 2016. № 1. С. 40-44. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹⁰⁹⁵ «Спекуляции» или «рациональное поведение». Ежедневная деловая газета РБК // Официальный сайт: <http://rbcdaily.ru/finance/562949993296828> (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹⁰⁹⁶ Колмаков П. А., Тимофеев Ю. А. К вопросу об уголовной ответственности за манипулирование финансовым рынком, неправомерное использование инсайдерской информации // Человек: преступление и наказание. 2011. № 4. С. 45.

или государству либо сопряжены с извлечением излишнего дохода или избежанием убытков в крупном размере. Квалифицированный состав преступления содержит указание на обязательный признак «организованной группы» либо наличие последствий в виде ущерба в особо крупном размере, либо извлечение излишнего дохода или избежание убытков в особо крупном размере. В соответствии с примечанием к ст. 185.3 УК РФ крупным ущербом, излишним доходом, убытками в крупном размере является ущерб, излишний доход, убытки в сумме, превышающей три миллиона семьсот пятьдесят тысяч рублей, а в особо крупном размере – пятнадцать миллионов рублей.

Распространением через средства массовой информации, в том числе электронные, информационно-телекоммуникационные сети (включая сеть Интернет), заведомо ложных сведений следует считать опубликование в данных источниках сведений, не соответствующих действительности.

Объектом преступления, предусмотренного в ст. 185.3 УК РФ, выступают общественные отношения и интересы, затрагивающие рынок ценных бумаг.

Состав преступления, предусмотренный ст. 185.3 УК РФ, является материальным, поэтому для признания преступления окончательным необходимо наступление последствий: причинение крупного (особо крупного) ущерба гражданам, организациям или государству либо извлечение излишнего дохода или избежание убытков в крупном (особо крупном) размере и отклонение цены, спроса, предложения или объема торгов финансовыми инструментами, иностранной валютой и (или) товарами от уровня или их поддержание на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без учета незаконных действий. Между данными последствиями и действиями лица должна быть прямая причинно-следственная связь.

В диспозиции ст. 185.3 УК РФ не установлены признаки субъективной стороны преступления. Отечественные исследователи настаивают на умышленном характере манипулирования рынком. По мнению А. В. Бриллиантова, «лицо осознает, что, манипулируя рынком, извлекает при этом излишний доход или избегает убытков в крупном размере и желает этого»¹⁰⁹⁷. О. Ушаков считает, что «при применении данных мер [...] также очень важно помнить о необходимости доказывания умысла в действиях лиц, которым вменяется манипулирование рынком»¹⁰⁹⁸.

Относительно субъективной стороны преступления мы придерживаемся ранее высказанной позиции и считаем необходимым использовать зарубежный опыт в привлечении к уголовной ответственности за рассматриваемые деяния, как при умышленной, так и при неосторожной форме вины.

¹⁰⁹⁷ Уголовное право России. Части Общая и Особенная: учебник / В. А. Блинников, А. В. Бриллиантов, О. А. Вагин и др.; под ред. А. В. Бриллиантова. 2-е изд., перераб. и доп. – М. – Проспект. – 2015. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹⁰⁹⁸ Ушаков О., Кондрацкая М. Без вины виноватые. Манипулирование рынком: обязательна ли умысел? // Финансовая газета. 2015. № 43. С. 9, 11.

На наш взгляд, уголовно-правовое регулирование противодействия манипулированию рынком находится на достаточно высоком уровне. Однако российские юристы более критически относятся к указанной уголовно-правовой норме. Так, Р. О. Долотов считает, что «существующая редакция данной статьи не позволяет эффективно противодействовать манипулированию рынком из-за недифференцированного использования криминообразующих признаков при описании преступного деяния»¹⁰⁹⁹. По мнению автора, «гораздо чаще предлагают меры организационного характера либо внесение поправок в процессуальное и гражданское законодательство, направленные в первую очередь на налаживание эффективной системы взаимодействия Банка России с правоохранительными органами. Однако настоящему эффективное противодействие манипулированию рынком может быть достигнуто лишь при комплексном подходе, что подразумевает необходимость совершенствования и уголовно-правовой политики государства». Мы разделяем указанную позицию и считаем наиболее оптимальным комплексный подход. В юридической прессе высказываются различные предложения о совершенствовании уголовного законодательства в сфере противодействия манипулированию рынком. Например, Р. О. Долотов предлагает добавить в ст. 185.3 УК РФ «альтернативные криминообразующие признаки в отношении самых распространенных форм манипулирования рынком, так как их совокупная общественная опасность составляет серьезную угрозу для российского фондового рынка». В соответствии с исследованием юриста наибольший процент от всех сделок, при которых происходит манипулирование рынком, занимают сделки по предварительному соглашению, в связи с чем, автор считает, что «данное деяние должно влечь уголовную ответственность и при отсутствии указанных в ст. 185.3 УК РФ последствий»¹¹⁰⁰.

М. А. Лапина, Д. В. Карпухин, Ю. В. Трунцевский¹¹⁰¹ предлагают ввести в ст. 185.3 УК РФ оговорку о том, что лицо будет подлежать уголовной ответственности, только если оно ранее привлекалось к административной ответственности за аналогичное деяние в течение года. Такая оговорка не кажется целесообразной. Превентивный характер нормы не будет эффективен, если будет внесена оговорка о «неоднократности». Стоит согласиться с мнением Р. О. Долотова, который, имея аналогичную позицию, в ее доказательство приводит пример неудачного опыта «введения признака "неоднократно"» в ст. 178 УК РФ. По мнению автора, в связи

¹⁰⁹⁹ Долотов Р. О. Проблемы привлечения лиц к уголовной ответственности за манипулирование рынком // Адвокат. 2016. № 3. С. 64-72. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018).

¹¹⁰⁰ Долотов Р. О. Указ.соч. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹¹⁰¹ Лапина М. А., Карпухин Д. В., Трунцевский Ю. В. Административная преюдиция как способ декриминализации уголовных преступлений и разграничения уголовных преступлений и административных правонарушений в современный период // Административное и муниципальное право. 2015. № 11. С. 1138 - 1148. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018).

с тем, что «злоупотреблением доминирующим положением на рынке реально занимались лишь юридические лица, и после привлечения руководителя компании за подобные действия к административной ответственности достаточно было лишь поменять директора, чтобы избежать уголовной ответственности в последующем»¹¹⁰².

Несмотря на то, что руководство правоохранительных органов России выступает с заявлениями о наличии серьезных правонарушений в области неправомерного использования инсайдерской информации и манипулирования рынком, практика уголовного преследования за данные деяния до сих пор не сложилась. Так, Председатель Следственного комитета РФ Александр Бастрыкин высказался, что во время глубокой девальвации российского рубля «некоторые крупные участники валютного рынка строили свои спекулятивные стратегии финансовыми инструментами таким образом, словно им было во всех деталях известно о динамике дальнейших курсовых колебаний национальной валюты». Без обладания инсайдерской информацией они вряд ли совершали бы подобные спекулятивные сделки, связанные с высокими рисками и использовали бы для этого практически всю доступную им ликвидность¹¹⁰³.

Однако даже после подобных заявлений никто не понес уголовного наказания за вышеуказанные преступления. А. Бастрыкин отсутствие судебной практики связывает «не только с объективными трудностями и отсутствием навыков выявления подобного рода преступлений. Сами эти статьи, по сути являются нормами, применение которых практически невозможно». В существующем виде уголовные правовые нормы имеют «крайне низкий правоприменительный потенциал» и, по мнению госслужащего, «лишь создают видимость уголовно-правовой защищенности соответствующих общественных отношений, которые в действительность нисколько не защищены от посягательств».

Российский опыт правового регулирования борьбы с рыночными злоупотреблениями имеет достаточно недолгую историю, что позволило России учесть проблемы и вопросы, с которыми столкнулись «страны-пионеры» в данной области, в частности, Европейского Союза.

Уровень российского законодательства в сфере противодействия неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулирования рынком достаточно высок. Анализ ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком» позволяет сделать вывод о желании законодателя комплексно решить проблему противодействия рыночным злоупотреблениям. Россия пошла по пути развития европейской моде-

ли: введены уголовные и административные санкции, воспринят терминологический аппарат. Однако правоприменительная практика выявляет пробелы в правовом регулировании, которые требуют немедленного разрешения. В частности, представляется целесообразным использование практики ЕС в части привлечения к уголовной ответственности за рыночные злоупотребления деяния, как при умышленной, так и при неосторожной форме вины.

§ 14. Некоторые вопросы соответствия оперативно-розыскных мероприятий стран СНГ и Модельного закона «Об оперативно-розыскной деятельности»

Современная Россия, в ходе собственного развития, обращается к опыту международного общества и стран, обладающих наиболее глубокими корнями демократии. Создание правовой системы, соответствующей потребностям верховенства закона, наравне с признанием прав и свобод человека и гражданина высшей ценностью, обусловило закрепление приоритета международных норм в Конституции России.

Вдобавок, из числа внешних факторов, воздействующих на формирование российского закона, наряду с нормами международного права, все значительную роль начинают представлять элементы системы, так называемого, мягкого права – политические решения и договоренности, резолюции и советы международных организаций, модельные законы. Их влияние на правовую систему носит разные формы – от применения отдельных концептуальных положений либо приемов юридической техники до практически полного включения некоторых положений и рекомендаций в тексты законодательных актов¹¹⁰⁴.

Одной из преград в развитии России как демократического, правового государства является преступность. В России в переходный момент данное общественно опасное явление получило большой толчок к развитию. Количественные показатели, кроме того, качественные сдвиги в преступности (преступления, связанные с политикой, экономикой, имеющие террористические и экстремистские направленности, создающие опасность государству и др.) позволяют утверждать о появлении угрозы национальной безопасности государства, с ее стороны.

В таких ситуациях, обычные уголовно-процессуальные способы и методы борьбы становятся неэффективными. Тем самым, особую значимость приобретают различные оперативно-розыскные средства противодействия преступности. В силу своей конфиденциальности, сочетание запаса гласных и негласных сил и средств, свойственных органам, осуществляющим оперативно-розыскную дея-

¹¹⁰²Долотов Р. О. Указ.соч. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹¹⁰³Бастрыкин связал падение рубля с использованием инсайдерской информации. Ежедневная деловая газета РБК // Официальный сайт: <http://www.rbc.ru/finances/12/02/2016/56bd9fc59a7947649515fe13> (дата обращения: 10.10.2018 г.).

¹¹⁰⁴Бризкун К.А. О видах рекомендательных актов международных организаций и формах их влияния на национальное законодательство // Журнал российского права. 2010. № 8. С. 111.

тельность (далее – ОРД), ОРД дает возможность достигать высоких результатов в выявлении, предупреждении, пресечении и раскрытии преступлений. В настоящий период, большая часть тяжких и особо тяжких преступлений раскрывается с применением результатов ОРД¹¹⁰⁵. По ряду преступлений, уголовные дела, как правило, возбуждаются исключительно после проведения оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ), направленных на их раскрытие.

В связи с этим, 6 декабря 1997 года принимают модельный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств (далее – СНГ)¹¹⁰⁶. Однако, 16 ноября 2006 года, на двадцать седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ, модельный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – модельный закон «Об ОРД») заново принимают в новой редакции¹¹⁰⁷. Модельный закон был принят для того, чтобы привести национальные оперативно-розыскные законодательства СНГ в одно единое правовое поле, а также для теоретического осмысления проблем реализации норм модельного закона.

Модельный закон – это акт рекомендательного характера, выполняющий нормативно-консолидирующую роль в законодательстве и дающий нормативную ориентацию для последующего законодательства; основной функцией модельного акта является определение вектора развития общего и отраслевого правового регулирования. Рекомендательный характер модельного закона может быть разным по характеру восприятия адресатами (более или менее авторитетный). Представляется, что смысл модельной рекомендации состоит в том, чтобы она была воплощена в законодательстве¹¹⁰⁸.

В данном определении верно указано, что рекомендательный характер модельного закона может быть разным по характеру восприятия адресатами, где под адресатами понимаются страны СНГ.

Для начала, необходимо отметить, что в модельном законе «Об ОРД» дано понятие ОРМ. Пример с этого закона взяли только три государства: Беларусь, Таджикистан и Туркменистан. У остальных стран данное понятие не определено. Однако оно упоминается в большом количестве монографий, учебных пособий и учебников, где даны свои авторские понятия ОРМ. К примеру, в России обзор

юридических источников позволил обнаружить около ста определений¹¹⁰⁹, многие из которых характеризуется большим разнообразием авторских подходов, содержащих в себе большое количество эмпирического материала.

Нельзя обойти стороной и оперативно-розыскное законодательство Республики Казахстан, в котором с момента принятия (1994 г.) было определено понятие ОРМ, но в 2009 году законодатель решил его убрать. Известно, что в этом действующем законе, ОРМ классифицируются на общие и специальные. По нашему мнению, законодатель отказался от определения понятия ОРМ в законе, так как объединил понятия, данные двум подвидам ОРМ.

Сравнивая перечень ОРМ в оперативно-розыскных законодательствах стран СНГ, заметно расхождение в их количестве: 1) Российская Федерация – 15; 2) Республика Казахстан – 23; 3) Туркмения (ассоциативный член) – 13; 4) Республика Узбекистан – 16; 5) Беларусь – 14; 6) Кыргызская Республика – 21; 7) Республика Таджикистан – 16; 8) Азербайджанская Республика – 18; 9) Республика Молдова – 20; 10) Республика Армения – 16.

Данные перечни ОРМ стран СНГ указаны здесь для того, чтобы показать, что многие мероприятия имеют тождественность в соответствии с мероприятиями модельного закона «Об ОРД». К ним можно отнести: опрос граждан; наведение справок; отождествление личности и иных объектов; сбор образцов для сравнительного исследования; проверочная закупка; исследование предметов и документов и иных объектов; наблюдение; обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств; контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений; прослушивание телефонных переговоров; снятие информации с технических каналов связи; оперативное внедрение; контролируемая поставка.

Однако, у некоторых стран СНГ ОРМ имеют схожесть с базовыми видами ОРМ модельного закона «Об ОРД», но при этом имеют либо отличающееся название, либо по-разному сформулированы, что в конечном итоге сказывается на самой сути оперативно-розыскного мероприятия и цели его осуществления¹¹¹⁰.

Одними из отличительных примеров нам видятся ОРМ закона «Об ОРД» Республики Казахстан, так как казахстанский оперативно-розыскной закон имеет наибольшее количество ОРМ. Кроме того, как мы выше указывали в данном законе ОРМ классифицированы на 1) общие и 2) специальные.

¹¹⁰⁵ Ступицкий А.Е. Вопросы совершенствования российского законодательства в области обеспечения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности на основе положений модельного закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // Вестник Востоchno-Сибирского института МВД России. 2014. № 1(68). С. 22.

¹¹⁰⁶ Об оперативно-розыскной деятельности: модельный закон МПА СНГ от 6 декабря 1997 г. // Информационный бюллетень МПА СНГ. 1998. № 16. С. 222.

¹¹⁰⁷ Об оперативно-розыскной деятельности: модельный закон МПА СНГ от 16 ноября 2006 г. // Информационный бюллетень МПА СНГ. 2007. № 39. Ч. 1. С. 228.

¹¹⁰⁸ Шестакова, Е.В. Модельное законодательство: теоретико-правовые аспекты и практика применения: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2006. С. 9-10.

¹¹⁰⁹ Чечетин, А. Е. К вопросу о понятии оперативно-розыскных мероприятий // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Оперативно-розыскная теория и практика в государствах-участниках СНГ): неведомственный сборник научных работ / под ред. А. Ю. Шумилова. Вып. 6. М.: Изд. Шумилова И. И., 2003. С. 89.

¹¹¹⁰ Парманасов А.Д. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности в странах – участниках Евразийского экономического союза (по материалам органов внутренних дел): дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2017. С. 133.

Республика Молдова аналогично разделяет ОРМ на три группы: 1) с разрешения судьи по уголовному преследованию, по ходатайству прокурора; 2) с разрешения прокурора; 3) с разрешения руководителя специализированного подразделения.

Также, сравнивая оперативно-розыскной закон Республики Молдовы с остальными странами СНГ, то можно заметить, что это единственный закон, который имеет отличающееся название – «О специально розыскной деятельности». Отличия имеются не только в названии, но и в том, что некоторые специальные розыскные мероприятия (далее – СРМ) могут осуществляться только в рамках уголовного процесса, в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом Республики Молдова.

Стоит также отметить оперативно-розыскной закон Азербайджанской Республики, который имеет несколько различных характерных черт. В данном законе, вместо оперативно-розыскных мероприятий, прописаны «оперативно-розыскные меры». Говоря о «мерах», многие российские ученые сталкиваются с проблемой разделения ОРМ от оперативно-розыскных мер¹¹¹¹, так как до принятия законов «Об ОРД» в России, данные два термина чаще всего отождествлялись. При этом, как и в первом¹¹¹², так и во втором оперативно-розыскном законодательстве¹¹¹³ законодатель не упоминал об оперативно-розыскных мерах.

Следует отметить, что в модельном законе «Об ОРД» в статье 1 указаны основные понятия. К основным понятиям относится определение «оперативно-розыскной деятельности» и весь перечень ОРМ. Такую позицию поддержали два государства – Узбекистан и Таджикистан, которые дали определение каждому ОРМ. Беларусь и Армения, в своих оперативно-розыскных законодательствах определили ОРД более детально, посвятив каждому мероприятию отдельную статью.

Казахстан, Молдова и Кыргызстан дали понятие только некоторым ОРМ (в Молдове – специальным розыскным мероприятиям), тогда как у остальных стран СНГ определение понятия каждого ОРМ в оперативно-розыскных законодательствах отсутствуют.

Важно отметить, что в модельном законе «Об ОРД», перечень ОРМ может быть изменен и дополнен только законом, что делает его ограниченным в осуществлении иных действий.

Бобров В.Г. считает, что ограничение сковывает инициативу оперативных сотрудников, ограничивает их творческий подход при решении поставленных задач, а также тормозит развитие оперативно-розыскной тактики в части внедрения

¹¹¹¹Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: Монография. М.: Издательский дом Шумилова И.И., 2006. С. 22.

¹¹¹²Закон утратил силу с принятием Федерального закона Российской Федерации от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

¹¹¹³Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: текст с изменениями на 2017 год. М.: Эксмо, 2017.

новых форм противодействия преступности, основанных на достижениях научно-технического прогресса¹¹¹⁴.

Однако, если законодатель разрешит проводить иные действия, то они, в-первых, должны решать задачи ОРД; во-вторых, соответствовать принципам ОРД; в-третьих, не нарушать конституционные права человека.

Также вызывают интерес наименования каждого мероприятия в перечне ОРМ оперативно-розыскных законодательств стран СНГ и модельного закона «Об ОРД».

Следует обратить внимание на то, что термин «оперативный» в наименованиях ОРМ часто употребляется в некоторых оперативно-розыскных законах стран участников СНГ, а в других не употребляется вовсе. В связи с этим, можно задать вопрос, нужен ли данный термин вообще? К примеру, в таджикском оперативно-розыском законе, в десяти ОРМ упомянут термин «оперативный», тогда как в законодательствах Туркмении и Молдовы нет данного термина.

Оперативный – способный быстро, вовремя исправить или направить ход дел¹¹¹⁵. Как верно отмечает Шумилов А.Ю., оперативность – это качество оперативника (системы управления), характер, его способность быстро включаться в новую работу, легко и скоро переходить в своей деятельности от выполнения одного задания к др., не затягивать его выполнение, принимать соответствующие решения, реагировать и умело действовать в меняющейся оперативно-розыскной ситуации¹¹¹⁶.

Кроме того, некоторые названия оперативно-розыскных мероприятий (опрос, наведение справок, наблюдение, исследование предметов и документов, отождествление личности, обследование зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств) весьма схожи с действиями, осуществляемыми сотрудниками охранных структур¹¹¹⁷. Тем самым, добавив термин «оперативный», можно лишь подчеркнуть принадлежность данного мероприятия к ОРД и выделить его среди прочих смежных понятий.

Необходимо также обозначить те ОРМ, которые, по нашему мнению, представляются дискуссионными.

В модельном законе «Об ОРД» первым по списку идет ОРМ «Опрос граждан». На наш взгляд, название данного мероприятия не является верным, так как термин «граждане» сужает охват данного понятия, тем самым усложняя и ставя

¹¹¹⁴Бобров, В.Г. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: вопросы, требующие разрешения // Проблемы формирования уголовно-розыскного права: введомств. сб. науч. раб. Вып. 1. М.: Изд. Шумилова И. И., 1998. С. 11–13.

¹¹¹⁵Словарь иностранных слов. 9-е изд., испр. – М.: Русский язык, 1982. С. 347.

¹¹¹⁶Шумилов, А.Ю. Оперативно-розыскная энциклопедия / А.Ю. Шумилов. М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2004. 364 с.

¹¹¹⁷Шахматов, А. В. Совершенствование оперативно-розыскного законодательства: состояние, проблемы, перспективы развития / А. В. Шахматов // Оперативно-розыскное противодействие организованной преступности (памяти профессора Д. В. Ривмана): материалы региональной научно-практической конференции. Ч. 2. СПб.:СПбУ МВД России, 2015. С. 173–174.

под вопрос действия оперативного сотрудника при проведении данного мероприятия. В частности, есть лица без гражданства, которых также нужно опрашивать если имеется такая необходимость.

В юридическом словаре отмечено, что гражданин – это лицо, принадлежащее на правовой основе к определенному государству. ...¹¹¹⁸, то есть в нашем случае, оперативный сотрудник может опрашивать только гражданина своего государства. Вместе с тем, в модельном законе «Об ОРД» под «опросом граждан» понимается сбор фактической информации, имеющей значение для решения конкретной задачи оперативно-розыскной деятельности, со слов опрашиваемого лица, которое реально или вероятно обладает ею¹¹¹⁹.

На наш взгляд, в данном ОРМ вместо названия «опрос граждан» необходимо употреблять название «оперативный опрос». Это представляет возможность проводить данное мероприятие с любыми лицами для выяснения как частных, так и общих вопросов.

Сравнивая данное ОРМ в модельном законе «Об ОРД» с оперативно-розыскными законодательствами стран СНГ, мы видим, что мероприятие именуется по-разному. К примеру: в Белоруссии – «оперативный опрос», Молдове – «опрос», а в Армении он называется «оперативный запрос». При этом, армянское законодательство раскрывает сущность данного мероприятия дав ему определение. Тем самым, под «оперативным запросом» понимается сбор сведений путем проведения опроса (запроса) юридических и физических лиц, реально или возможно владеющих такой информацией, и получения от них ответов о совершенных, готовящихся или совершаемых преступлениях, а также других обстоятельств, подлежащих уточнению в ходе ОРД¹¹²⁰.

Весьма интересным нам видится ОРМ «оперативный эксперимент». Не зря данное мероприятие считают одним из наиболее сложных ОРМ с точки зрения его сущности, видов, форм и условий осуществления¹¹²¹. Одна из главных сложностей проведения оперативного эксперимента заключается в действиях, которые в определенных ситуациях расцениваются лицами, в отношении которых оно проводится как незаконная провокация преступления. Из десяти независимых государств сотрудничества, «оперативный эксперимент» существует в семи. Отсутствием отличились всего три страны – Казахстан, Молдова и Туркменистан.

В оперативно-розыском законе Казахстана мы нашли ОРМ, имеющие схожесть с оперативным экспериментом – «применение модели поведения, имитирующей преступную деятельность». Азербайджанский закон «Об ОРД» отличился тем, что в нем законодатель решил подчеркнуть: «оперативный эксперимент, то есть применение модели поведения, имитирующей преступную деятельность».

В молдавском законе «Об ОРД», законодатель решил назвать это мероприятие совсем иным образом: «контроль за передачей денег или иных материальных ценностей, получаемых путем вымогательства». В данном мероприятии кажется неясным термин «вымогательства», так как объект может как вымогать, так и принимать деньги или иные материальные ценности, за что может нести уголовную ответственность, как указано в уголовном кодексе Молдовы (ст. 326). Однако, в связи с недоступностью многих нормативно-правовых актов данного государства, мы не можем определить точность проблемы проведения ОРМ «контроль за передачей денег или иных материальных ценностей, получаемых путем вымогательства».

Говоря о Туркменском законе «Об ОРД», мы не нашли подходящего и тождественного мероприятия с «оперативным экспериментом».

Осуществление оперативного эксперимента достаточно трудоемкий процесс для любого оперативника¹¹²². К сожалению, отсутствие его определения и процедур у большинства стран СНГ (Россия, Казахстан, Азербайджан, Молдова, Туркменистан) приводит к тому, что сложилась неординарная практика проведения данного ОРМ.

Таким образом, сравнивая ОРМ оперативно-розыскных законодательств стран СНГ и модельного закона «Об ОРД», мы пришли к выводу, что, несмотря на их базовую схожесть, у каждого законодательства все же есть отличия, о которых мы выше указали. Кроме того, считаем, что в оперативно-розыскных законах стран СНГ должны быть отражены как общие, так и видовые понятия ОРМ, а процедура их проведения должна оставаться прерогативой самих субъектов ОРД.

Считаем, что для унификации оперативно-розыскных законодательств государств-участников СНГ необходимо отталкиваться от центрального направляющего нормативного акта как модельный закон «Об ОРД».

§ 15. Правотворческая деятельность Европейского суда справедливости

В зарубежной и отчасти отечественной юридической литературе в связи с проходящими в мире в последние годы процессами глобализации и интеграции вопросам организации и функционирования наднациональных институтов уделяется повышенное внимание. Об этом свидетельствует, в частности, многочислен-

¹¹¹⁸ Додонов В. Н., Ермаков В. Д., Крылова М. А и др. Большой юридический словарь. М.: ИНФРА-М, 2001. С. 117.

¹¹¹⁹ Об оперативно-розыскной деятельности: модельный закон МПА СНГ от 16 ноября 2006 г. // Информационный бюллетень МПА СНГ. 2007. № 39. Ч. 1. С. 228.

¹¹²⁰ ст. 15 Закона Республики Армения от 19 ноября 2007 года №ЗР-223 // Законодательство стран СНГ. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=52390. (дата обращения 28.10.2018).

¹¹²¹ Чететин А.Е. Обеспечение прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий: монография / А.Е. Чететин СПб.: Изд-во СПб ун-та МВД России, 2016. С. 186.

¹¹²² Шумилов А.Ю., Васильев А.В. Особенности проведения оперативного эксперимента по взяточничеству в таможенном деле // Оперативник (ссылка). 2018. № 2 (55). С. 16.

ные публикации, посвященные деятельности Международного суда ООН, Международного уголовного суда, Европейского суда по правам человека и другим им подобным институтам.

Не является исключением в этом плане и Европейский суд справедливости (European Court of Justice) – зачастую именуемый также Судом правосудия Европейских сообществ (Court of Justice of the European Communities) или просто Судом, - выступающий в виде основного носителя судебной власти в Европейском союзе и олицетворяющий собой судебную ветвь власти в этом сообществе¹¹²³.

С момента своего образования в 1958 г. на базе трех ранее существовавших с 1950 г. наднациональных судов, «обслуживающих», соответственно, три Европейских сообщества: Европейское объединение угля и стали, Европейское экономическое сообщество и Европейское объединение по атомной энергии, Европейский суд справедливости (ЕЕС) если не находился в центре внимания исследователей европейского права, то, по крайней мере, постоянно занимал значительное место в проводимых в данной области исследованиях.

Анализ научного и законодательного материала показывает, что Европейский суд справедливости периодически подвергался исследованию с точки зрения порядка его формирования, состава, процедуры принятия его решений, характера его отношений с национальными судами государств Европейского союза и др.

Весьма важное значение, для дальнейшего, более глубокого и разностороннего изучения данного института имеет также, как представляется, рассмотрение его в качестве основного носителя власти в Европейском союзе; обладателя весьма широкой юрисдикции; многоликого института, обеспечивающего верховенство права Европейского союза и выполняющего другие, не менее важные функции.

При изучении и освещении этих и иных тесно связанных с ними вопросов, во избежание недопонимания, в особенности при констатации тезиса о Европейском суде справедливости, как главном носителе судебной власти в Европейском союзе, следует иметь в виду, что, будучи главным, он не является, тем не менее единственным судебным органом и соответственно – единственным носителем этой власти.

В современной западной литературе на этот счет имеются три в той или иной мере отличающиеся друг от друга позиции.

Суть первой из них заключается в том, что судебная власть в Европейском союзе осуществляется в основном только двумя судебными инстанциями, а именно – Европейским судом справедливости (Судом справедливости европейского союза – по Лиссабонскому договору) и так называемым Судом первой инстанции (The Court of First Instance)¹¹²⁴, который создан по настоятельной инициативе Ев-

ропейского суда справедливости и рассматривается едва ли не как «продолжение» этого Суда¹¹²⁵.

Основной смысл второй позиции выражается в том, что авторы исследующие судебную власть и судебную систему Европейского союза, выделяют в последней не два, а три звена, включая в нее помимо Европейского суда справедливости и Суда первой инстанции, также национальные суды государств – членом Европейского союза.

В качестве аргументов при этом используется тот факт, что национальные суды, по мнению авторов, разделяющих данную позицию, «применяя право Европейского союза», уже в силу этого могут и должны рассматриваться как «суды общей юрисдикции в системе всех европейских судов», как неотъемлемая составная часть этой системы¹¹²⁶.

Наконец, суть третьей позиции западных авторов в отношении судебной системы Европейского союза и составляющих ее звеньев заключается в том, что в качестве носителей судебной власти данного сообщества рассматриваются не только собственно судебные общеевропейские и национальные органы, но и такой институт, как Европейская комиссия. Последняя, не будучи «в строгом смысле слова судом как таковым» и, соответственно, не выполняя «в прямом смысле судебные функции», а занимаясь в основном вопросами, касающимися «политики свободной конкуренции и государственной помощи» в рамках Европейского союза, тем не менее, осуществляет, по выражению некоторых авторов, «околосудебные» функции¹¹²⁷.

Суть этих функций сводится, в конечном счете, к тому, что Европейская комиссия в ряде случаев, а именно в случаях нарушения правил свободной конкуренции и рассмотрения соответствующих дел в национальных судах, обладает и реализует представленные ей широкие возможности влияния на ход рассмотрения и разрешения в них подобного рода спорных вопросов.

Наличие различных точек зрения и суждений по вопросам структуры судебной системы Европейского союза вовсе не исключает, а наоборот, всячески предполагает, исходя из сложившейся практики деятельности судебных органов данного сообщества, единство мнений в отношении доминирующей роли Европейского суда справедливости¹¹²⁸ в этой структуре и выступления его в качестве главного носителя судебной власти Европейского сообщества.

Будучи признанным в качестве основного звена судебной системы Европейского союза и главного носителя его судебной власти, Европейский суд справедливости, по заключению исследователей, в силу своей довольно широкой и разно-

¹¹²⁵ См.: The Role and Future of the European Court of Court of Justice. L., 1996.P.1,3.

¹¹²⁶ См.: Burca G.de, Weiler J.(eds). Op.cit.P.78

¹¹²⁷ Ibid.P.179.

¹¹²⁸ Подробнее об этом см.: Марченко М.Н. Европейский Союз и его судебная система. М., 2012. С.110-153

¹¹²³ См.: Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота/под ред. В.В. Безбаха, А.А. Капустина, В.К. Пучинского. М., 2000. С.2005.

¹¹²⁴ См.: Millet T. The Court of First Instance of the European Communities. L., 1990. P.18,19.

сторонней юрисдикции, выступает одновременно в нескольких своих ипостасях, а именно: а) в виде международного суда, рассматривающего спорные вопросы, возникающие, с одной стороны, между различными институтами Европейского союза, а с другой - государствами – членами данного объединения¹¹²⁹; б) одновременно в роли конституционного и административного суда. При этом, признаки конституционного и административного суда усматриваются в том, что Европейский суд справедливости имеет дело, с одной стороны, с проблемами юридической состоятельности актов, исходящих от различных институтов Европейского союза – его «законодательных», исполнительных и иных органов, за соответствием издаваемых ими актов учредительным договором, а с другой – рассматривает и решает вопросы, касающиеся компенсации за ущерб, нанесенный юридическим или физическим лицам институтами Европейского союза или их служащими; в) одновременно в роли международного и конституционного суда в тех случаях, когда в соответствии с представленными ему полномочиями Европейский суд справедливости дает «предварительные заключения», касающиеся толкования учредительных договоров Европейского сообщества, а также юридической силы актов, исходящих от различных органов Европейского союза; г) в виде суда, обладающего уголовно-правовой юрисдикцией, а точнее, в виде суда, «имеющего признаки судебного органа, рассматривающего уголовные дела».

Такого рода юрисдикция Европейского суда справедливости, по мнению экспертов в области права Европейского союза, предусмотрена как учредительными договорными актами, в частности Римским договором, так и другими изданными на их основе нормативными правовыми актами.

Правовую основу Европейского суда справедливости составляют учредительные договорные акты западноевропейских государств, образовавших единый Союз, и Статут о Европейском суде справедливости (Statute of the Court of Justice) определяющие статус, порядок формирования и деятельности не только самого Суда, но и Суда первой инстанции.

Правовую основу Европейского суда справедливости составляют учредительные договорные акты западноевропейских государств, образовавших единый Союз, и статут о Европейском суде справедливости (Statute of the Court of Justice), определяющие статус, порядок формирования и деятельности не только самого Суда, но и Суда первой инстанции.

По своей юридической силе данный Статут – своего рода устав Суда, а точнее, закон о Европейском суде справедливости и о Суде первой инстанции, который представляет собой международный коллективный акт конституционного характера.

О правовой основе Европейского суда справедливости в Статуте (ст.1) говорится, что данный Суд «должен быть создан и должен функционировать в соот-

¹¹²⁹ См.: Pollard D., Ross M. European Community Law. Text and Materials. L., 1994 .P. 197.

ветствии с положениями Договора о европейском союзе (EU Treaty), Договора об образовании Европейского сообщества (EC Treaty), Договора о создании Европейского объединения по атомной энергии (EAES Treaty) и данного Статута».

В Протоколе, непосредственно касающемся Статута Европейского суда справедливости, указывается также на то, что правовую основу данного судебного института составляют, кроме учредительных договорных актов и Статута о Суде, «некоторые имеющие непосредственное отношение к учредительным договорам» акты, принятые главами государств – членов Европейского союза в Ницце (Франция), в феврале 2001 г.¹¹³⁰ и дополненные решениями Совета министров в июле 2003 г.¹¹³¹, а также апреле 2004 г.¹¹³².

Правовая основа Европейского суда справедливости, наряду с другими сторонами данного института, как свидетельствует практика, не остается неизменной, а постоянно развивается и совершенствуется. Однако базисные, своего конституционные элементы ее содержания, заложенные учредительными договорными актами, как исходные правовые положения остаются прежними, практически неизменными.

Помимо всего прочего это свидетельствует не только о стабильности положения Европейского суда справедливости в системе европейского правосудия, но и о сохранении и усилении его социально-правовой значимости, юридической весомости.

За истекшие десятилетия своего существования Суд не только сохранил свои позиции среди других европейских судов, а наоборот, еще более усилил их и расширил.

Одним из доказательств этого могут служить изменения в плане расширения компетенции Европейского суда справедливости, внесенные в его юрисдикцию Договором об образовании Европейского союза.

Речь идет, в частности, о расширении полномочий Суда в отношении проверки соответствия, издаваемых органами Европейского сообщества актов учредительным договорам.

Если раньше, в соответствии с Римским договором (ст.173, п.1), данные полномочия Суда позволяли ему проводить проверку на предмет «конституционности» только актов, исходящих от Совета Министров и Комиссии (за исключением их рекомендаций и высказанных мнений – «заключений»), то с принятием договора об образовании Европейского союза, перечень этих актов и органов, издающих такого рода общеобязательные акты, которые подлежат проверке Европейским судом справедливости, значительно расширился¹¹³³.

¹¹³⁰ OJC 80 of March.2001

¹¹³¹ OJC 188 of 26 July. 2003.P.

¹¹³² OJC 132 of 29 April..2004.P.1,5.

¹¹³³ Подробнее об этом см.: Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота.С.206, 207

Согласно договору об образовании Европейского союза, а так же сложившейся прецедентной практике, послужившей одним из оснований к изменению ст. 173 Римского договора, проверке Судом на предмет «конституционности», подлежат не только акты Совета министров и Комиссии, но и акты Европейского парламента, затрагивающие интересы третьих лиц, а также совместные акты, принимаемые Советом министров и Европейским парламентом.

Как известно, Римский договор (ст.189), лежащий в основе всех последующих за ним договорных и иных основополагающих европейских актов и образований, включая Европейский союз, предусматривает принятие высшими органами Европейского союза таких нормативных актов, как регламенты, или постановления, директивы, решения, рекомендации и заключения. Все они имеют юридический характер, но обладают далеко не одинаковой юридической силой и влиянием¹¹³⁴.

Так, если регламенты, будучи актами прямого действия и применения на территории всех государств – членов Европейского союза, обязательны для каждого из них, то директивы имеют обязательную силу «в отношении достижения конечного результата» лишь для тех государств, которым они адресованы. Определяя для каждого из них нормотворческую цель, директивы, как верно подчеркивается в научной литературе, оставляют «в компетенции национальных органов свободу выбора форм и методов действий по ее достижению»¹¹³⁵.

Решения имеют обязательный характер только для тех государств, которым они непосредственно адресованы. Что же касается рекомендаций и заключений, то они не имеют обязательного характера.

Имея дело с такого рода далеко не одинаковыми по своей юридической природе и характеру актами, Европейский суд справедливости в области проверки актов, принимаемых различными органами Европейского союза, по замечанию исследователей, придерживается концепции, согласно которой « проверки не ограничиваются лишь постановлениями, именуемыми регламентами, директивами и решениями. Содержание постановлений Суд считает важнее формы их выражения, и он неоднократно подтверждал, что допускает принятие к рассмотрению любых предписываемых органами Европейского союза действий, порождающих правовые последствия»¹¹³⁶. Например, в числе подвергавшихся рассмотрению на предмет «конституционности» со стороны Европейского суда справедливости были такие «акты», как письма, коммюнике, «материалы для обсуждения» и др.

В то же время, как отмечают эксперты, в ряде постановлений Суда имеют место указания на то, что ему «неподведомственны» отдельные материалы,

например в виде протоколов разногласий, предварительных замечаний, мнений и др.¹¹³⁷.

Будучи многоликими по своей природе и в своих проявлениях, выступая при рассмотрении подведомственных ему вопросов в качестве конституционного суда и «административного трибунала»¹¹³⁸, в роли международного суда и «иммиграционного трибунала», а также выполняя функции «иммиграционного трибунала» и суда, «имеющего дело с финансовыми и налоговыми проблемами, «родственными тем, которые решаются в рамках юрисдикции уголовного суда»¹¹³⁹, Европейский суд справедливости тем не менее, несмотря на свою многоликость, решает общие, а точнее, единые для всех его проявлений задачи.

Суть их заключается в том, как это следует из учредительных договорных актов, Статута о Европейском суде справедливости, практических решений самого Суда и некоторых других непосредственно относящихся к данному судебному органу и его деятельности актов, чтобы обеспечить контроль за соблюдением норм, составляющих систему права Европейского союза, их толкование в соответствии с буквой и духом учредительных договоров и непосредственного применения отдельных содержащихся в законодательстве Европейского союза норм и положений¹¹⁴⁰.

Весьма кратко основанная задача Суда формулируется в учредительных документах и последующих комментариях примерно так: обеспечить соблюдение действующего законодательства в процессе толкования и реализации положений, содержащихся в учредительных договорных актах¹¹⁴¹.

Более подробно – с предварительной констатацией того факта, что Европейский суд справедливости является «главным носителем судебной власти во всех сферах европейского права», что это «первая и последняя судебная инстанция» в Европейском союзе и что он не только применяет, но и развивает общие принципы права на базе существующего европейского законодательства и договоров, - основная задача Суда с такого рода «предисловием» излагается не только в традиционной сфере правоприменения и толкования права, но и в плане создания юридических гарантий его обеспечения, дальнейшего укрепления и развития правопорядка и т.д.

Главная задача Европейского суда справедливости, говорится в связи с этим в докладе Британского института международного и сравнительного права под названием «Роль и будущее Европейского суда справедливости» состоит в том, чтобы «способствовать развитию и укреплению юридических гарантий права Европейского союза, а также сохранению и усилению правового порядка» в рамках Европейского сообщества¹¹⁴².

¹¹³⁴ См.: Гражданское и Торговое право зарубежных стран/под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М., 2004.С.41, 42.

¹¹³⁵ См.: Там же.

¹¹³⁶ Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота. С.207

¹¹³⁷ См.: Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота. С.207

¹¹³⁸ Barah A. Op. cit.P.416

¹¹³⁹ Ibid.

¹¹⁴⁰ См.: Shaw J. Law of the European Union. L., 2000. P. 154. 155.

¹¹⁴¹ Mathijsen P.Op.cit.P.68

¹¹⁴² The Role and Future of the European Court of Justice. L.,1996.P.4

Помимо этого в непосредственную задачу Суда входят, как отмечают исследователи, также обеспечение одинакового (унифицированного) толкования, общего для всех стран – членов Европейского союза, европейского права национальными судами, защита интересов сторон – национальных государств и общеевропейских институтов, «обеспечение верховенства общеевропейского права над национальным правом»¹¹⁴³.

Следует заметить, что последней задачей, т.е. обеспечению верховенства права Европейского союза над национальным правом в западной юридической литературе традиционно уделяется повышенное внимание, поскольку от соблюдения данного принципа во многом напрямую зависит эффективность общеевропейского и косвенно – национального права.

Проблемы с приоритетом общеевропейского права по отношению к национальному особенно остро возникают тогда, когда, как это было в Германии в 70-80-х гг., оно входит в противоречие с национальным конституционным правом. Или тогда, когда по ряду причин Конституционный суд страны не признавал верховенства общеевропейского права над своим национальным правом и рассматривал их в виде «равноправных» нормативно-правовых систем¹¹⁴⁴.

Для решения главной задачи, стоящей перед Европейским судом справедливости, а также для достижения других, весьма многочисленных, обусловленных ею целей, Суд наделяется значительными полномочиями, затрагивающими различные сферы жизни европейского общества, широкой юрисдикцией.

Суть и содержание юрисдикции Европейского суда справедливости состоит в следующем.

Во-первых, в его полномочиях рассматривать и решать вопрос о том, было ли в том или ином случае нарушение европейского права со стороны государства – члена Европейского союза, а также – выполняет ли то или иное национальное государство свои обязательства, вытекающие из подписанного им учредительного договора.

В отношении государств – членов Европейского союза, нарушающих действующее общеевропейское законодательство, уклоняющихся или отказывающихся от его применения, Суд, согласно ст.226 Договора о создании Европейского союза, имеет право применять «принудительные меры». Они выражаются в финансовом воздействии на нарушителя, в частности, в «штрафных санкциях», налагаемых судом.

По мнению экспертов в области судебно-правовой системы Европейского союза, такого рода полномочия Европейского суда справедливости позволяют ему обеспечить в этой системе весьма важную роль¹¹⁴⁵.

Решая вопрос о применении мер воздействия к государству, нарушающему или отказывающемуся от применения права Европейского союза, Суд действует самостоятельно, независимо от каких бы то ни было общеевропейских или национальных институтов¹¹⁴⁶.

Действующее законодательство, в частности Статут о Суде, юридически гарантирует самостоятельный характер функционирования данного судебного учреждения, ровно, как и «иммунитет судей», от преследования за их профессиональные действия во время исполнения ими должностных обязанностей.

Статья 3 (гл.1) Статута о Суде по этому поводу гласит, что «судьи обладают иммунитетом в отношении юридического преследования» не только во время исполнения ими своих служебных обязанностей, но и после ухода в отставку. Они не могут преследоваться «не только за свои действия, которые предпринимались ими в силу их должностного положения, но и за свои слова, выраженные как в устной, так и в письменной форме».

Однако, Суд несколько ограничен в процессуальном смысле, имея в виду то обстоятельство, что в соответствии с Договором (ст.227) инициатива постановки перед Судом вопроса о рассмотрении того или иного нарушения или отказа в применении общеевропейского права принадлежит не Суду, а Комиссии, как «представителю интересов всего Европейского сообщества», своего рода «хранителю права Европейского союза», а также отдельным государствам – членам Европейского союза, которые первоначально могут поставить данный вопрос перед Комиссией¹¹⁴⁷.

Во-вторых, Европейский суд справедливости, вправе осуществлять судебный контроль за соответствием действий и издаваемых различными институтами Европейского союза актов положениям, содержащимся в учредительных договорах, а также в текущем законодательстве. Наряду с «законностью действий» институтов Евросоюза в поле зрения Суда находится также и «законность» их бездействия в тех случаях, когда они обязаны были, согласно существующему законодательству, действовать.

Правом обращений в Суд по вопросам законности действий (бездействия) того или иного института Европейского союза и издаваемых им актов обладает любой другой институт Евросоюза, каждое государство – член Европейского союза, а также «в особых случаях», предусмотренных законом, отдельные индивиды и частные организации и учреждения.

В-третьих, в полномочиях Европейского суда справедливости давать по требованию национальных судов так называемые «предварительные заключения», касающиеся различных аспектов права Европейского союза.

¹¹⁴³ Abo K. Some Aspects of the Court of Justice. L., P.4

¹¹⁴⁴ Подробнее об этом.: Ibid. P.82

¹¹⁴⁵ Alder J. General Principles of Constitutional and Administrative Law. L., 2004. P.190

¹¹⁴⁶ Chamon M. The Institutional Balance, an –Fated Principle of E11 Law// European Public Law. 2015. Vol.21. Iss.2. P.381-390

¹¹⁴⁷ См.: Mathysen P. Op.cit. P.72,73; Alder J. Op.cit. P.190

Согласно действующему законодательству (ст.177 Договора об образовании Европейского союза) любой национальный суд при рассмотрении дела, связанного с необходимостью применения общеевропейского права, в случае неясности тех или иных его положений, имеющих большое значение для принятия правильного решения, может официально обратиться в Европейский суд справедливости за соответствующим разъяснением.

В соответствии с законодательством и сложившейся практикой «предварительные заключения» Суда непосредственно касаются: а) толкования тех или иных статей и положений учредительных договоров; б) юридической силы актов, издаваемых различными институтами Европейского союза; в) толкования актов, исходящих от этих институтов и от Европейского Центрального банка; г) толкования статутов, непосредственно относящихся к тем или иным органам, создаваемых Советом министров.

Несмотря на законодательное закрепление и сложившуюся практику дачи «предварительных заключений» Европейским судом справедливости, в западной юридической литературе не прекращаются споры относительно того, должен ли Суд при каждом обращении к нему национальных судов давать такие заключения. И если должен, то в каких случаях и при каких обстоятельствах?

Подчеркивая сложность данного вопроса, исследователи апеллируют к отдельным судебным заключениям и к позиции самого Суда, выраженной им при рассмотрении относящихся к его ведению вопросов.

Основной смысл вполне разумной и обоснованной позиции Суда сводится к тому, что нет никакой необходимости в его «предварительных заключениях», если поставленный перед ним национальным судом вопрос не имеет отношения к рассматриваемому делу; если очевидно, что вопрос предельно ясен и не вызывает никаких сомнений в его однозначном понимании и толковании, и если по данному или алогичному ему вопросу Судом уже давалось раньше «предварительное заключение».

В-четвертых, в наличии полномочий у Европейского суда справедливости рассматривать и самостоятельно решать дела, связанные с причинением ущерба частным лицам действиями различных институтов Европейского союза и должностных лиц.

В соответствии с Римским договором (ст.215) в европейской судебной практике проводится четкое разграничение между договорной и внедоговорной ответственностью.

Вопросы, связанные с договорной ответственностью, относятся к сфере национального права и, соответственно, рассматриваются национальными судами. А все другие вопросы, касающиеся внедоговорной ответственности, возникающие в результате причинения вреда частным лицам действиями различных органов Ев-

ропейского союза и их служащими при исполнении ими своих должностных обязанностей, относятся к компетенции Европейского суда справедливости.

Действующее законодательство никак не ограничивает круг субъектов, имеющих право на предъявление иска о возмещении такого рода ущерба. Однако оно строго определяет момент, с которого возникает ответственность – совершение действий, причинивших тому или иному частному лицу вред, а также срок исковой давности - пять лет.

Закон предусматривает случаи возможного прерывания срока давности по рассматриваемым делам, а также определяет условия, при которых наступает ответственность институтов Европейского сообщества и должностных лиц. В обобщенном виде, как это следует из содержания действующего законодательства, в качестве таковых рассматриваются неправомерный характер действий или бездействия тех или иных институтов Сообщества и должностных лиц и наличие причинно-следственных связей между причиненным вредом и действиями (бездействием) институтов Сообщества и должностных лиц.

Наряду с названными правами и полномочиями Европейского суда справедливости, составляющими содержание его юрисдикции, действующее законодательство возлагает на него также полномочия по решению целого ряда и других, не менее важных вопросов. Наличие широких полномочий позволяет Суду оказывать значительное влияние не только на европейское право и судебную систему Европейского сообщества, но и на все иные сферы жизни Европейского союза.

Анализируя роль Суда в Европейском сообществе, исследователи не без оснований указывают, прежде всего, на то, что он своей повседневной деятельностью способствует поддержанию правопорядка в Евросоюзе и дальнейшей интеграции Европейского сообщества и тем самым не только сугубо юридические, но и социально-политические функции.

Исходя из факта высокого уровня доверия к Суду справедливости со стороны европейцев, некоторые авторы несколько высокопарно называют его даже «воплощением нового европейского духа»- своего рода «народного духа», «судом совести жителей современной Европы».

Однако, как бы то ни было, неоспоримым фактом остается то, что Суд играет разноплановую, в том числе и в сфере правотворчества, роль в развитии и укреплении Европейского сообщества.

§ 16. К вопросу о влиянии права Европейского Союза на национальное законодательство Эстонской Республики

Право Европейского Союза, несомненно, оказывает влияние на систему законодательства государств-членов.

В странах перед их вступлением в ЕС происходила жесткая перестройка их правопорядка в соответствии с требованиями законодательства Евросоюза. Здесь недостаточно было простой гармонизации или подравнивания законодательных текстов. Потребовалось создание фактически нового целостного правового поля, его кадровой и институциональной структуры¹¹⁴⁸.

14 сентября 2003 г. в Эстонии состоялся референдум по вопросу присоединения государства к Европейскому Союзу. Единственным вопросом в бюллетене референдума стал «Согласны ли Вы с присоединением Эстонии к Европейскому Союзу и с принятием изменений в Основной закон Эстонии?». В голосовании приняли участие 555 835 чел. (64,06 % от общего числа имеющих право голоса – 867 714 чел.) За присоединение высказались 369 657 чел. (66,83 % от количества граждан, принявших участие в голосовании), против – 183 454 чел. (33,17 % от количества граждан, принявших участие в голосовании)¹¹⁴⁹. Исходя из официальной статистики, значительная часть граждан, проголосовавших «за», оказалась из южного региона страны (преимущественно, эстоноязычного), «против» – жители уезда Ида-Вирумаа, в котором преобладает русскоязычное население.

Ст. 1 Договора о вступлении в ЕС закрепляет членство Эстонии¹¹⁵⁰. Это означало создание новой правовой ситуации. Право ЕС стало действовать на территории государства наряду с эстонским правом. Соответствующее указание появилось в Конституции Эстонской Республики¹¹⁵¹. В статье 2 Закона об изменении

¹¹⁴⁸ Европа перемен: концепции и стратегии интеграционных процессов: монография / Н.П. Шмелев и др., под ред. Глухарева Л.И. МГУ, М. 2006. С. 194.

¹¹⁴⁹ Материалы архива Государственной комиссии по проведению референдума по вопросу присоединения Эстонии к Европейскому Союзу. URL: <http://www.vvk.ee/varasemad/?v=rh03>. (Дата обращения: 30.10.2018 г.).

¹¹⁵⁰ См.: Договор между Королевством Бельгия, Королевством Дания, Федеративной Республикой Германия, Греческой Республикой, Королевством Испания, Французской Республикой, Ирландией, Итальянской Республикой, Великим Герцогством Люксембург, Королевством Нидерландов, Республикой Австрией, Португальской Республикой, Республикой Финляндия, Королевством Швеция, Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии (государствами-членами Европейского Союза) и Чешской Республикой, Республикой Эстония, Республикой Кипр, Республикой Латвия, Республикой Литва, Республикой Венгрия, Республикой Мальта, Республикой Польша, Республикой Словакия и Словачкой Республикой относительно присоединения Чешской Республики, Республики Эстония, Республики Кипр, Республики Латвия, Республики Литва, Республики Венгрия, Республики Мальта, Республики Польша, Республики Словакия и Словачкой Республики к Европейскому Союзу. (Заключен 16 апреля 2003 г. в г. Афины) // http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/uchred_docs/dogovor_prisoed.htm. (Дата обращения: 30.10.2018 г.).

¹¹⁵¹ Конституция Эстонской Республики (принята Рийгигогу 28.06.1992 г., с ред. вст. в силу 13.08.2015 г.) // Riigi Teataja 1992, 26, 349.

Конституции Эстонской Республики установлено, что после включения Эстонии в Европейский Союз Конституция Эстонской Республики применяется с учетом прав и обязанностей, вытекающих из Договора о присоединении¹¹⁵². Законодательство ЕС стало частью правовой системой Эстонии. Необходимо было привести национальное законодательство в соответствие с законодательством ЕС, не говоря о проблеме перевода многочисленных актов ЕС на государственный язык. Если ранее национальное законодательство не могло вступать в противоречие только с международными договорами и иными международно-правовыми актами, то теперь необходимо было произвести имплементацию европейского права во внутрисударственную систему права.

Важной частью системы источников права Эстонии являются источники права Европейского Союза, членом которого Эстония является с 1 мая 2004 г. В соответствии с условиями договора о присоединении Эстонии к Европейскому Союзу, весь действующий правопорядок ЕС («acquis communautaire») стал напрямую действовать в отношении Эстонии.

Конечно, интеграция Эстонии в ЕС не могла не отразиться на правовом статусе граждан и др. лиц. Граждане Эстонии и постоянно проживающие на территории государства иностранцы получили право беспрепятственно передвигаться внутри европейских границ и возможность трудоустройства на территории любого государства-члена ЕС. При этом, в Законе об иностранцах появляется новая категория лиц – «долговременные жители». Так законодатель стал определять тех иностранцев, которые обладают постоянным видом на жительство. В Законе о гражданстве упрощаются некоторые процедуры получения статуса гражданина. Так, например, смягчаются требования к знанию языка и гарантируется право несовершеннолетних жителей на гражданство Эстонии, не учитывая наличие такового у родителей¹¹⁵³.

Особый интерес вызывает введение гражданства ЕС. Как отмечает доцент Международного университета социальных наук «LEX» Маргарита Генриховна Черногорова, это поистине беспрецедентный шаг в истории как института гражданства, так и межгосударственных структур. Ни одна из региональных организаций, существующих в мире, не говоря уже о международной организации классического образца, не знает такого гражданства на практике и не признает его юридически¹¹⁵⁴. Именно Маастрихтский договор, вступивший в силу 1 ноября 1993 г., вводит институт единого европейского гражданства. Получение эстонского гражд-

¹¹⁵² См.: Закон Эстонской Республики «О внесении изменений в Конституцию Эстонской Республики» (принят Рийгигогу 14.09.2003 г., с ред. вст. в силу 06.01.2004 г.) // Riigi Teataja I, 2003, 64, 429.

¹¹⁵³ См.: Закон Эстонской Республики «Об иностранцах» (принят Рийгигогу 09.12.2009 г., с ред. вст. в силу 02.04.2015 г.) // Riigi Teataja I 2010, 3, 4; Закон Эстонской Республики «О гражданстве» (принят Рийгигогу 19.01.1995 г., с ред. вст. в силу 18.01.2017 г.) // Riigi Teataja I 1995, 12, 122.

¹¹⁵⁴ Черногорова М. Г. На пути в Европейский Союз. гражданство и иностранцы, язык, культурная автономия и национальные меньшинства. Изд-во «Гарбеинфо – Русский Телеграф», Таллинн, 2001. С. 16.

данства в последующее время автоматически влекло и влечет за собой возникновение у человека статуса гражданина ЕС. Такое «двойное» гражданство своеобразно так же, как и полугосударственная природа Европейского Союза¹¹⁵⁵. Закон о гражданстве Эстонии после вступления в ЕС в части запрета двойного гражданства не претерпел никаких изменений, что указывает на недопустимость использования понятия «бипатрид» по отношению к гражданину Эстонии, являющемуся одновременно гражданином ЕС.

Отдельно стоит отметить и о регулировании вопросов пребывания иностранных граждан на территории Эстонии. До вступления в Европейский Союз порядок въезда и выезда из страны был регламентирован исключительно Конституцией Эстонской Республики и Законом Эстонской Республики «Об иностранцах». Действие данного закона продолжается, но при этом необходимо учесть его применение вместе с положениями Визового кодекса Европейского Союза, где более детально и четко определены правила въезда на территорию государств-членов, вопросы организации дипломатических представительств государств-членов, а также правила и условия оформления шенгенских виз¹¹⁵⁶. Фактически национальное иммиграционное законодательство подчинено единому документу, имеющему одинаковую юридическую силу на территории любого государства-члена, за исключением отдельных государств, применяющих исключительно национальные иммиграционные нормы. При этом, выдача долгосрочных виз, предусмотренных для иностранных граждан с целью пребывания свыше разрешенных 90 дней в каждом полугодии, отнесено к ведению исключительно компетентных органов конкретного государства. Визовый кодекс ЕС в данном случае дет лишь некоторые рекомендации. Нормы Визового кодекса применяются к гражданам России с учетом Соглашения между Российской Федерацией и Европейским сообществом об упрощении выдачи виз гражданам Российской Федерации и Европейского Союза, подписанного 25 мая 2006 г. в г. Сочи. Нормы Соглашения в ряде случаев предусматривают для российских граждан более благоприятные положения, которые, при случае, имеют приоритет над общими правилами Визового кодекса¹¹⁵⁷.

Следствием суверенитета государства является признание иностранцами граждан ЕС, находящихся в том или ином государстве ЕС и не имеющих гражданства данного государства. Именно так решается вопрос о правовом статусе граждан Эстонии, оказавшихся в другом государстве ЕС. Однако по сравнению с иными иностранцами граждане ЕС имеют определенные привилегии. Стоит отметить, что для Эстонии, относительно недавно провозгласившей свою независимость,

¹¹⁵⁵ Лившиц Ю. Юридика и политика. Таллинн : Социально-гуманитарный институт, 2002. С. 108.

¹¹⁵⁶ Официальный сайт Посольства Эстонской Республики в Москве // <http://www.estemb.by/rus/viza/cat-539/aid-722>. (Дата обращения: 30.10.2018 г.).

¹¹⁵⁷ Визовый кодекс Европейского Союза // <http://eulaw.ru/content/visa-code>. (Дата обращения: 30.10.2018 г.).

вопрос о правовых актах Европейского Союза и их действии на суверенной территории, был довольно неоднозначным.

Эстонский законодатель уже относительно давно опираясь на статью 94 Европейского договора, стал принимать в расчет право ЕС. Его право располагает целой системой актов о защите прав потребителей. В гражданском праве определяющую роль в конкретизации прав потребителя играют нормы Обязательственно-правового закона¹¹⁵⁸, в основу которого положено более 20 Директив Европейского Союза.

Соотношение между собой национального права Эстонии и права ЕС определяется в соответствии с теорией прямого действия и теорией верховенства европейского права. Концепция прямого действия (*direct applicability, direct effect*) была сформулирована на основании целого ряда решений Суда ЕС, самым известным из которых является решение по делу *Van Gen en Loos*¹¹⁵⁹. Под прямым действием понимается непосредственная и обязательная применимость нормативно-правовых актов ЕС национальной администрацией и судами независимо от их согласия и условий, устанавливаемых государством-членом. К числу обязательных условий прямого применения права ЕС относятся ее четкость, ясность, непротиворечивость и возможность прямого использования судом¹¹⁶⁰. Однако, объем и степень применения принципа прямого действия неодинаковы, безусловны и условны, неограниченны и ограничены для различных категорий источников права ЕС¹¹⁶¹.

Суть принципа верховенства (*supremacy*) состоит в надении права ЕС преимущественной юридической силой по отношению к нормам национального права государств-членов. В случае коллизии нормы национального права и права ЕС преимущественную силу имеет последняя. Именно она и подлежит применению национальной администрацией и судами¹¹⁶².

Таким образом, источники права ЕС имеют несомненный приоритет над источниками национального права Эстонии. При этом, «как свидетельствует опыт старых стран-участниц ЕС, определенное нежелание применять правовые нормы, изданные на наднациональном уровне, сохранится и впредь»¹¹⁶³.

¹¹⁵⁸ Обязательственно-правовой закон (принят Рийгигогу 26.09.2001 г., с ред. вст. в силу 08.12.2013 г.) // *Riigi Teataja* I 2001, 81, 487.

¹¹⁵⁹ Дело № 26/62 *Van Gend en Loos*. Решение Суда ЕС от 5 февраля 1963 г. URL: <http://eulaw.ru/translation/1962/26>. (Дата обращения: 30.10.2018 г.).

¹¹⁶⁰ См. Дейвис К. Право Европейского Союза. Киев: Знание.2005. С.173-176.

¹¹⁶¹ Подробно о таком соотношении см. *Eerola R., Mylly T., Saarinen P. Euroopa Liidu õiguse alused, Tartu ülikooli kirjastus*, 2001, lk.111-123, Энтин Л.М. Европейское право. М.:Норма-Инфра –М, 2002, С.63-67.

¹¹⁶² Подробно см. Энтин Л.М. Европейское право. М.:Норма-Инфра, 2002. С.56-60; *Kerikmäe T. Euroopa Liit ja õigus*, Tallinn: Õiguskirjastus, 2000, lk.40-51.

¹¹⁶³ См.: Кацев М.И. Конституционно-правовая система Латвийской Республики.... Дисс. На соискание ученой степени кандидата юридических наук, М. 2011. 182 с.

ЛИТЕРАТУРА

1. Абзалова Л.Ф. Делегированное законодательство// Государственная власть и местное самоуправление. М., 2007. № 1.
2. Абрамова А.И. Актуальные проблемы планирования законодательной деятельности // Журнал российского права. 2012. № 3.
3. Агацци Э. Научная объективность и ее контексты. М.: Прогресс-Традиция, 2017. 688 с.
4. Азнагулова Л.М. Рецепция права: общетеоретические проблемы // Вестник Башкирского государственного университета. 2005. № 3. С. 88-90.
5. Аксаметов О.И. Обязательно ли соблюдать стандарты ИСАО // <http://www.ato.ru/content/obyazatelno-li-soblyudat-standarty-icao>
6. Актуальные проблемы правотворчества: учебное пособие / Н.Н. Черногор, М.В. Залоило. М., 2018.
7. Алексеев Н. Н. Современное положение науки о государстве и ее ближайшие задачи // Русский народ и государство. М.: Аграф, 1998.
8. Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж: Воронежский государственный университет, 1980. 252 с.
9. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Изд-во Норма, 2002. 608.
10. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х тт. Т.1. М.: Юрид. лит., 1981. 359 с.
11. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999.
12. Алексеев С.С. Проблемы общей теории права. Свердловск, 1972. Т. 1.
13. Алексеев С.С. Советское право как средство осуществления политики КПСС // Правоведение. 1977. № 5.
14. Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. М.: Юридическая литература, 1971.
15. Алексеев С.С. Теория права. М., 1994.
16. Алексеев С.С. Философия права // Алексеев С.С. Собр. соч. В 10-ти тт. М., 2010. Т. 7.
17. Алекси Р. Дуальная природа права // Правоведение. 2010. № 2. С. 138-152.
18. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойера; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. М., 2011. Серия «Германская юридическая литература: современный подход».
19. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). Пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. Москва – Берлин, Инфотропик Медиа, 2011. 173 с.
20. Алекси Р. Существование прав человека // Правоведение. 2011. № 4. С. 21-31.
21. Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. СПб., 2009. С. 446-456.
22. Алешина А.В., Косовская В.А. Международное частное право в схемах и таблицах. – Ростов-н-Д: Феникс, 2014. – 350 с.
23. Алиев Т.Т., Громов Н.А. Основные начала уголовного судопроизводства. М., 2003. 203 с.
24. Ананишвили Ю., Папава В. Налоги и макроэкономическое равновесие: Лаффер-Кейнсианский синтез. Стокгольм: Издательский дом СС&САРPress, 2010.
25. Андреевский И.Е. О наместниках, воеводах и губернаторах: рассуждения. СПб., 1864. 156 с.
26. Андреевский И.Е. Русское государственное право. СПб. 1866. 508 с.
27. Анисимов Е.В. Время петровских реформ. Л.: Лениздат, 1989. 496 с.
28. Аничкин Е.С. Международное частное право начала XXI века: универсальные векторы эволюции // Известия Алтайского государственного университета. 2015. № 2-1 (86). С.19-23.
29. Анишина В.И. Правотворчество в деятельности Верховного Суда Российской Федерации: форма и проблемы реализации // Российский судья. 2011. № 11.
30. Антология мировой правовой мысли. Т. 4. М. - 1999. 814 с.
31. Апель К.О. Этноэтика и универсалистская макрoэтика: противоречивость или дополнительность? // Политическая мысль. – 1994. № 4. С.85.
32. Арановский К.В. Конституция как государственно-правовая традиция и условия ее изучения в российской правовой среде // Изв. вузов. Правоведение. 2002. № 1. С. 4
33. Арджун Макхиджани. Договоры недостаточны // Энергетика и Безопасность 2000. № 6-7. (Russian language edition) Английский вариант был опубликован в 1998 г. (IEER: Energy & Security).
34. Арфина. И.С. Конституционные основы делегированного законодательства. Автореф. дисс. на соискание учен. степ. к.ю.н. М., МГУ. им. Ломоносова. 2003.
35. Арзамасов Ю.Г. Нормотворческая компетенция федеральных органов исполнительной власти.// Государство и право. 2007. № 6
36. Артемьев А.А. Краткое начертание римских и российских прав, с показанием крупно обоих, равномерно как и чиноположения оных истории / А.А. Артемьев. М.: Тип. Императорского Московского университета, 1777. 198 с.
37. Арутюнян А.Г. Проблемы юридического образования в Республике Арцах, Сборник докладов международной научно-практической конференции «Трансформация человеческого потенциала в контексте столетия»/ Под общей редакцией проф. З.Х. Саралиевой: В 2 т. Т 2. – Н.Новгород: Изд-во НИСОЦ, 2017, с. 331-333.
38. Арутюнян А.Г., Петибян С.Г. Проблемы установления международных связей между вузами Нагорно-Карабахской Республики и Российской Федерации // Специфика профессиональной деятельности социальных работников / Под общей ред. проф. З.Х. Саралиевой. Н.Новгород: Изд-во НИСОЦ, 2015, с. 503-505.

39. Арутюнян М., Здравомыслова О., Курильски-Ожвэн Ш., Образ и опыт права. Правовая социализация в изменяющейся России. М.: Весь мир, 2008. 208 с.
40. Афанасьев В.С. Правообразование и правотворчество // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2008. № 1 (4). С. 4-14.
41. Ашавский Б.М., Бирюков М.М., Бордунов В.Д. и др.; отв. ред. С.А. Егоров. Международное право: учебник / М.: Статут, 2015.
42. Бабенко А. Н. Правовые ценности и освоение их личностью : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002.
43. Бабенко А.Н. Правовые ценности и освоение их личностью. Автореферат дисс... д-ра юрид. наук. М., 2002. 42 с.
44. Бабенко Н.А. Значение правовых ценностей для процесса правового воспитания. // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». №13. 2008. С. 4-11.
45. Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М, 1998.
46. Балаянц М.С. Правовые ценности в контексте правовых культур // Успехи современной науки. 2017. Т. 6. № 4. С. 126-128.
47. Баршев, С.И. Взгляд на науку уголовного законодательства / С.И. Баршев // Журнал Министерства народного просвещения. 1858. XLVIII часть. 1046 с.; II отд. С. 153-172.
48. Баршев, С.И. Общие начала теории и законодательства о преступлениях и наказаниях: в 2 разделах / С.И. Баршев. – М.: Тип. Университетская, 1841. 269 с.
49. Баршев, Я.И. О влиянии обычая, практики, законодательства и науки на развитие уголовного, в особенности, русского права / Я.И. Баршев. СПб: Акт в Императорском СПб университете, 1846. – 116 с.
50. Баршев, Я.И. Основания уголовного судопроизводства, с применением к российскому уголовному судопроизводству / Я.И. Баршев. СПб: Тип. II отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1841. – 297 с.
51. Бастрыкин связал падение рубля с использованием инсайдерской информации. Ежедневная деловая газета РБК // Официальный сайт: <http://www.rbc.ru/finances/12/02/2016/56bd9fc59a7947649515fe13> (дата обращения – 10.10.2018).
52. Батурин Ю.М. Цензура против гласности: от Ивана Грозного до 1917 г. // Сов. госво и право. 1989. № 3. С. 82-90.
53. Бауман З. Индивидуализированное общество/Пер. с англ. под ред. В.Л. Иноземцева. М.: Логос, 2002. 390 с.
54. Бахин С.В. Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем (унификация и гармонизация права). Автореф. дис. на соиск. учен. степ. д.ю.н.: 12.00.10. Санкт-Петербург, 2003.
55. Бекетнова Ю.М., Крылов Г.О., Ларионова С.Л. Модели и методы решения аналитических задач финансового мониторинга. М.: Прометей, 2018.
56. Белицкая А. В. Правовое регулирование государственно-частного партнерства. М.: Статут, 2012.
57. Белянская О.В., Пугина О.А. Условия имплементации международно-правовых норм в российское законодательство // Международное публичное и частное право. 2005. № 5. С. 15-18 // <http://center-bereg.ru>
58. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998.
59. Бентамъ І. Принципы законодательства. О вліяніи условий времени и мѣста на законодательства. Руководство по политической экономіи / Переводъ М.О. Гершензона. М.: Типо-лит. О.И. Лашкевичъ и К, 1896. 136 с. (Работа была опубликована вместе с «Опытами» Д. Юма. Имеется переиздание 2012 года.)
60. Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995.
61. Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 2008.
62. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998.
63. Бехруз Х. Правовые ценности в исламской и западной правовых традициях: сравнительно-правовой ракурс // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2015. № 5 (9). С. 152-162.
64. Бехруз Х. Правовые ценности в исламской и западной правовых традициях: сравнительно-правовой ракурс // Вестник Университета им. О.Е. Кутафина. 2015. № 5 (9). С. 152-162.
65. Бибииков М.В. Русь в византийской дипломатии: договоры Руси с греками X в. Научная статья в журнале «Древняя Русь. Вопросы медиевистики» 1 (19). М: Издательство «Индрик», 2005 г., С. 5.
66. Бобров, В.Г. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: вопросы, требующие разрешения // Проблемы формирования уголовно-розыскного права: введомств. сб. науч. раб. Вып. 1. М.: Изд. Шумилова И. И., 1998. С. 11–13.
67. Богишич В.В. О технических терминах въ законодательстве: Чтеніе В.В. Богишича [въ засѣданіи Рус. филол. об-ва в С.-Петербур. ун-те 13 января 1887 г.]. Пг.: Русско-славянскій книжный магазинъ (Геруць и Дошень), 1890. 36 с.
68. Бондаренко Г.В. Правовые ценности в системе ценностных ориентаций личности // Евразийский юридический журнал. 2014. № 7 (74). С. 209-210.
69. Бондарь Н.С. Российское юридическое образование как конституционная ценность: национальные традиции и космополитические иллюзии. Серия «Библиотечка судебного конституционализма». Вып. 3. 2-е изд., доп. - М.: Изд-во «Юрист». 2014, с. 23.
70. Бошно С.В. Закон о нормативных правовых актах: прошлое, настоящее и перспективы // Право и современные государства. 2015. № 2. С. 7-22.
71. Братья собирают деньги, чтобы спасти мать // Sohu (Соху) на китайском языке // <https://m.sohu.com/n/266293129/> (Дата обращения 31.10.2018).

72. Бризкун, К.А. О видах рекомендательных актов международных организаций и формах их влияния на национальное законодательство/ К.А. Бризукин // Журнал российского права. – 2010. № 8. С. 111-119.

73. Бурдые П. Власть права: основы социологии юридического поля // Социальное пространство: поля и практики, М.; СПб.:Алетейя, 2005. С. 75-129.

74. Бурдые П. Дух государства: генезис и структура бюрократического поля // Поэтика и политика (сборник статей). Альманах Российско-французского центра социологии и философии Института социологии Российской Академии наук. СПб.: Алетейя, 1999. С. 125-166.

75. Бурдые П. За рационалистический историзм // Социологос постмодернизма. М.: Институт экспериментальной социологии, 1996. С. 9-29.

76. Бурдые П. Социальное пространство и символическая власть // Социология социального пространства. М.; СПб.:Алетейя, 2005. 64-87.

77. Бурдые П. Социология политики. М.: Socio-Logos, 1993. 336 с.

78. Буткевич В.Г. Соотношение внутригосударственного и международного права. Киев, 1982.

79. Бэдан Ш. Право лица и государство. Воронеж: Типо-Литография «Воронежского издательского товарищества», 1917. 188 с.

80. Вавилов А.И., Иойрыш А.И., Молодцова Е.С. МАГАТЭ: политико-правовой статус. М., 1992.

81. Вагаршян А., Педагогические системы современного мира и проблемы юридического образования в Армении, ЕГУ, сборник материалов конференции профессорско-преподавательского состава юридического факультета ЕГУ, Ереван, ЕГУ, 2016, С. 6-17.

82. Ван Хук М. Право как коммуникация / пер с англ М.В. Антонов и А.В. Поляков. СПб., 2012.

83. Варламова Н.В. Российская теория права в поисках парадигмы // Журнал российского права. 2009. №12. С. 24-35.

84. Василенко А.А. Правовое регулирование пользования средствами мобильной связи в образовательном процессе // Право и образование. 2014. № 8. – С. 12 – 19.

85. Васильев А.М. О системах советского и международного права // Советское государство и право, 1985. № 1.

86. Васильев А.А. Правовая доктрина как источник российского права: дискуссионные вопросы // Источники права и источники познания права: теоретические, методологические и методические проблемы исследования. Материалы круглого стола. 21-22 июня 2013 г. / отв. ред. С.В. Кодан. Екатеринбург: Рос. гуман. науч. фонд. Уральская гос. юрид. академия, 2013. С. 48-53.

87. Васильев А.В. Законодательство и правовая система дореволюционной России: Учеб. пос. для вузов / Под ред. С.А. Комарова. СПб., 2004.

88. Васильев И.В. Рассуждение о законах Государства Российского, изданных от основания онаго до нынешних времен: с показанием причин периодической оных законов пе-

ремены и постепенной образованности, в каковой они ныне / И.В. Васильев. – М.: Тип. Университетская, 1823. – 93 с.

89. Васильев Л.С. История религий. М., 2008.

90. Васильев Л.С. Конфуцианство и легизм // ВикиЧтение // <https://history.wikireading.ru/103367> (Дата обращения 04.10.18).

91. Васильев Н.Г., Амосова И.В. Методологические проблемы применения аксиологического подхода к правотворчеству//В сборнике: Проблемы современного российского законодательства Иркутский юридический институт (филиал) Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации. 2012. С. 7-10.

92. Васильева Н.С. Проблема действительности права в антиметафизической традиции (концепция Альфа Росса) //Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки». 2017. Т.21, № 3. С.396-414.

93. Васильев Е.В. Руководство к толкованию и применению законов: Пособие для начинающих юристов. М.: Юрид. бюро «Городец», 1997. 126 с.

94. Вельш В. «Постмодерн». Генеалогия и значение одного спорного понятия // Путь. 1992. № 1.

95. Вельяминов-Зернов, В.В. Опыт начертания российского частного гражданского права: в 2 ч. / В.В. Вельяминов-Зернов. – СПб: Тип. Правительствующего Сената, 1814. – 1 ч. – 218 с.

96. Венгеров А.Б. Роль судебной практики в развитии советского права: дис... канд. юрид. наук. М., 1965.

97. Вересов Н.Н. Психология управления. М., 2001. С. 111-114; Яськов Е.Ф. Теория и практика социального управления. М., 1997.

98. Вересова Н.А. Нормотворческая функция Федерального Конституционного суда ФРГ и Конституционного Суда РФ (сравнительно-правовой анализ): автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.02 / СПбГУ экономики и финансов. – СПб., 2008. – 27с.

99. Вилкова Т.Ю. Привилегия против самоизобличения (nemo tenetur seipsum accusare) в системе принципов уголовного судопроизводства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 4. С. 15 - 20.

100. Виноградов А.В., Трошинский П.В. Первая сессия ВСНП 13-го созыва и конституционные поправки // Проблемы Дальнего Востока. 2018. № 2. С. 15-31.

101. Власенко Н.А. Конкретизация в праве: методологические основы исследования // Журнал российского права. 2014. № 7.

102. Власенко Н.А. Правовые позиции: понятие, виды // Журнал российского права. – 2008. – № 12. – С. 77-86.

103. Власенко Н.А., Залоило М.В. Конкретизация и толкование права как творческое содержание судебной практики // Журнал российского права. 2016. № 8.

104. Вологдин А.А. История государства и права зарубежных стран. М., 2013.

105. Вопленко Н.Н. Источники и формы права: учебное пособие. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. 102 с.

106. Воробьева С.А. Качество закона и его роль в обеспечении прав человека (теоретико-правовой аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2014.
107. Восканов С. Г. Историко-правовой аспект проблемы соотношения международного и национального права. Электронная версия журнала «Право: теория и практика».
108. Восканов С.Г. Международные договоры и правовая система Российской Федерации. Дис.. к.ю.н. М., 2003.
109. Восканян М., Кобяков А. Развитие плюс справедливость // Однако. 11 марта 2013. С. 10-12.
110. Вундт В. Психология народов. М., 2002.
111. Вундт В. О развитии этических воззрений. М., 1886.
112. Гаврилова Ю. А. Правовые ценности и смысл права // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 3. С. 35-39.
113. Гаджиев Г.А. Договор как общеправовая ценность // Режим доступа: http://www.izak.ru/img_content/pdf/doklad-gadgiev.pdf/ (дата обращения: 26.10.2018).
114. Гаджиев Г.А. Онтология права. М., Норма, 2013. 319 с.
115. Гаджиев Г.А. Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2013.
116. Галенская Л.Н. Тенденции развития правового регулирования международных отношений в XXI веке// Международные отношения и право: взгляд в XXI век// Материалы конференции, СПбГУ, 2009.
117. Гаптрахманова А.В. Международно-правовые основы обеспечения безопасности полетов гражданской авиации Международной организацией гражданской авиации (ИКАО) // Юридическая наука. 2013. № 3. С. 117-120.
118. Гарантии в Европе. Международное агентство по атомной энергии. Вена, 1985.
119. Гарашко А.Ю. Особенности системных свойств источников права. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. М., 2013.
120. Гегель Г. Сочинения. Т. VII. Философия права. М.-Л., С.31.
121. Гилинский Я.И. Конструирование преступности // Конструирование девиантности / Монография. Составитель Я.И. Гилинский. СПб.: ДЕАН, 2011. С. 133-147.
122. Глазкова М.Е., Нанба С.Б. Оценка эффективности действия нормативных правовых актов: современные подходы // Журнал российского права. 2011. № 9.
123. Глухарева Л.И. Предмет как критерий научности юридического знания // Юриспруденция. 2010. № 2 (18). С. 21.
124. Голоскоков Л.В. О перспективах развития «сетового права» в России // Правоведение. 2006. № 3.
125. Голоскоков Л.В. Теория сетевого права. СПб, 2006.
126. Горюшкин, З.А. Руководство к познанию российского законодательства, сочиненное коллежским советником Захарием Горюшкиным: в 4 переплетах / З.А. Горюшкин. – М.: Тип. Университетская, 1811-1816. – 1 переплет. – С. 1-348.
127. Горячев В.А. Великокняжеская власть в договорах русских с греками X века. Научная статья в журнале «Юридическая мысль» 4 (48), СПб: Частное образовательное учреждение высшего образования «Юридический институт», 2008 г., С. 11.
128. Гражданское и Торговое право зарубежных стран/под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М., 2004.С.41, 42.
129. Графский В. Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще незавершенный проект // Правоведение. 2000. №3
130. Гришан И.В. Перспективы развития налогообложения системы «ПЛАТОН» // Постулат. 2017. № 5-1 (19).
131. Гуанчжоу: суд первой инстанции «Братья захватили заложников, чтобы собрать деньги для спасения матери // Sohu (Соху) на кит. языке // sohu.com // <https://m.sohu.com/n/267036037/> (Дата обращения 31.10.2018)
132. Гумилев Л. Н. Этногенез и биосфера Земли. СПб., 2002.
133. Гэн Хайтянь. Конфуцианство и его влияние на социально-политическую жизнь современного Китая; автореф. дис. ... канд. полит.наук. Уссурийск, 2011 // Электронная библиотека диссертаций // <http://www.dissercat.com/content/konfutsianstvo-i-ego-vliyanie-na-sotsialno-politicheskuyu-zhizn-sovremennogo-kitaya> (Дата обращения 04.10.18).
134. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996.
135. Давлетов А.А. Принципы уголовно-процессуальной деятельности // Известия вузов. Правоведение. 2008. № 2. С.95.
136. Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: монография. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009. 318 с.
137. Даневский В.П. Пособие к изучению истории и системы международного права. Харьков, 1892. Вып.1.
138. Даневский, П.Н. Об источниках местных законов некоторых губерний и областей России / П.Н. Даневский. СПб: Тип. И. Фишона, 1857. 79 с.
139. Дворкин В. Ядерное оружие в XXI веке // Отечественные записки. 2005. №5.
140. Дейвис К. Право Европейского Союза. Киев: Знание. 2005.
141. Десницкий, С.Е. Юридическое рассуждение о разных понятиях, какие имеют народы о собственности имущества в различных состояниях общежития / С.Е. Десницкий // Говоренное в торжественном Императорского Московского университета собрании. – М.: Унив. Тип. У Н. Новикова, 1781. – 20 с.; Перепеч. в кн.: «Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века». М., 1952. 1 т. С. 268-286.
142. Дзидзоев Р.М., Тамаев А.М. Общественное (публичное) обсуждение проектов законодательных и иных нормативных правовых актов в формате открытого правительства // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 8.
143. Дмитриева Г.К. Унификация или гармонизация права: новые формы // Унификация международного частного права в современном мире: сборник статей /Отв. ред. И.О. Хлестова. М.: Инфра, 2013.

144. "Дней Александровских прекрасное начало". Первое десятилетие 19 в. // Высшее образование сегодня. 2002. № 4. С. 55-57.
145. Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса (вопросы теории и практики). М., 1971. С. 38.
146. Добрынин А.В. Теоретические предпосылки конструирования девиантности // Конструирование девиантности / Монография. Составитель Я. И. Гилинский. СПб.: ДЕАН, 2011. С. 17-35
147. Добрынин Н.М. Социализм, социальность и социальное государство: к вопросу о соотношении понятий и смыслов на современном этапе конституционного обустройства России // Государство и право. 2018. № 5. С. 18-29.
148. Должников А.В. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4 (113). С. 125-151.
149. Дологов Р. О. Проблемы привлечения лиц к уголовной ответственности за манипулирование рынком // Адвокат. 2016. № 3. С. 64-72. Доступ из СПС «Консультант Плюс» (дата обращения - 10.10.2018).
150. Дорская А. А. К вопросу об основных этапах интернационализации права // Юридическая наука. 2017. № 3. С. 45-51.
151. Дорская А. А. Основные способы интернационализации права: история и современность. В сборнике: Актуальные проблемы юридической науки и практики. 2017. С. 40-44.
152. Дорская А.А. К вопросу о методологии изучения эволюции российских правовых ценностей // Историко-правовые проблемы: Новый ракурс. 2011. № 4-1. С. 194-201.
153. Дорская А.А. Правовые традиции России и развитие права международных организаций: проблемы взаимовлияния: монография. СПб.: Астерион, 2016. 244 с.
154. Дорская А.А. Правовые традиции России и революционные события начала XX века // Правозащитник. 2017. № 1.
155. Дорская А.А. Российская правовая традиция в условиях новых вызовов международному сотрудничеству в рамках международных организаций // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2016. № 3 (23). С. 17-23.
156. Дорская А.А. Эволюция правовых ценностей в правовой культуре России // Правовые культуры. Жидковские чтения: Материалы Всероссийской научной конференции. 25 марта 2011 г. М.: РУДН, 2012. С. 156-163.
157. Дорская А.А., Честнов И.Л. Эволюция системы права России: теоретический и историко-правовой подходы. СПб., 2010.
158. Дробышевский С.А., Данцева Т.Н. Формальные источники права. М.: Норма, 2011.
159. Дробязко С.Г. Правообразование, правотворчество, правоустановление, их субъекты и принципы // Право и демократия: сб. науч. тр. Минск, 2003. Вып. 14. С. 15-34.
160. Дунаева Н. В. Между сословной и гражданской свободой: эволюция правосубъектности свободных сельских обывателей Российской империи в XIX в.: монография. СПб.: Изд-во СЗАГС, 2010.
161. Дюгамель К. Опыт государственного права Российской империи. СПб., 1833.
162. Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М.: ИНФРА-М, 2014. 427 с.
163. Дюркгейм Э. Норма и патология // Социология преступности (Современные буржуазные теории). М.: Издательство Прогресс, 1966.С.33-49.
164. Дюрюгин И.Я. К теории применения права. Рецензия на книгу В.В. Лазарева «Применение советского права». Казань, 1972. 200 с. // Правоведение. 1972. № 6.
165. Европа перемен: концепции и стратегии интеграционных процессов: монография / Н.П. Шмелев и др., под ред. Глухарева Л.И. МГУ, М. 2006.
166. Елисеев Н.Г. Процессуальный договор. М.: Статут, 2015.
167. Емельянова Е. А. Манипулирование информацией на рынках // Инфотропик Медиа. – 2015. Доступ из справ. – правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения - 10.10.2018).
168. Ефремова М. А. Уголовно-правовое обеспечение кибербезопасности: некоторые проблемы и пути их решения // Право и кибербезопасность. 2014. № 2. С. 33-38. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения - 10.10.2018).
169. Жамсаев М. Б. Традиции легизма и конфуцианства в политической культуре Китая: автореф. дис. ... канд. филос. наук. Улан-Удэ, 2005. 25 с.
170. Жидких А.А. Правотворчество. Законность. Прокуратура: монография. Москва.: Юрлитинформ, 2010 – 176 с.
171. Жидков О.А. Избранные труды. М.: Норма, 2006.
172. Жирков Г. В. История цензуры в России в XIX в. СПб., – 2000. – С. 368.
173. Жмулина Д.А. Система российского законодательства о публично-частном партнерстве // Юрист. 2015. № 7. С. 22 – 27.
174. Жуков В.Н.. Юридическая наука и ценности // Государство и право. 2018, №1. С. 5-16.
175. Залоило М.В. Понятие и виды правореализационной конкретизации юридических норм // Адвокат. 2011. № 11.
176. Залоило М.В. Правоприменительная конкретизация юридических норм // Журнал российского права. 2012. № 8.
177. Залоило М.В. Пределы и техника конкретизации юридических норм в правотворчестве // Журнал российского права. 2014. № 11.
178. Залоило М.В. Проблемы обеспечения качества закона // Журнал российского права. 2017. № 1.
179. Залоило М.В. Стратегическое планирование в обеспечении эффективности правотворчества // Журнал российского права. 2018. № 4.

180. Залоило М.В., Шулятьев И.А. Право в условиях цифровой реальности (обзор XIII Международной школы-практикума молодых ученых-юристов) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 4.
181. Захарова М.В. Сравнительное правоведение: вопросы теории и практики. М., 2012.
182. Захарова М.В. Французская правовая система. Теоретический анализ. М.: Проспект, 2015. 288 с.
183. Захарова М.В. Юридический позитивизм - базисное основание французского правопорядка // История государства и права. 2012. № 1. С. 39-43.
184. Зверев А. Новейшая оценка состояния законодательства в сфере государственно-частных партнерств: выводы и рекомендации // Право на этапе перехода, 2018.
185. Зейдер Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966.
186. Зинатуллин З.З. Основные вопросы современного российского уголовного процесса и их решение // Вестник Омского университета. Серия «Право». № 1 (4). Омск, 2008. С. 101.
187. Зорькин В.Д. Цивилизация права и развитие России. М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. 320 с.
188. Иванов А.А. Качество законов и деятельность арбитражных судов // Журнал российского права. 2005. № 4.
189. Ивановский В.В. Учебник государственного права. Казань, 1913. – 511 с.
190. Ивин А.А. Логика оценок и норм. Философские, методологические и прикладные аспекты: монография. М.: Проспект, 2016. 320 с.
191. Ивина М.К. Институт строгого и сурового тюремного заключения (raineefortetdure) в средневековом английском праве // Автореф. дисс... канд. юрид. наук. СПб.: СПбФЭУ, 2012. 23 с.
192. Иеринг Р.фон. Борьба за право // Избранные труды в 2-х томах. СПб., 2007. Т.1.
193. Ильин И.А. О сущности правосознания. М., 1994. Русская книга. Т.4. 624 с.
194. Ильин И.А. Путь духовного обновления. М., Русская книга, 2003. 400с.
195. Ильин И.А. Родина и мы. Смоленск: Посох, 1995 511 с.
196. Ильина Л.А. Формирование профессиональной компетентности как компонента подготовки менеджеров / Л. А. Ильина // Устойчивое развитие вуза на основе стратегии повышения качества образовательного процесса : монография / Г. П. Гагаринская, Л. А. Ильина [и др.]. – Самара: СамГТУ; Минск: БГУИР, 2007, с. 295.
197. Илюхин А.В. Общественное обсуждение законопроектов в России (на примере законотворческого процесса в отношении суда присяжных): историко-правовой аспект // История государства и права. 2012. № 5.
198. Имашева Г.К. Правовой позитивизм и становление договора как социокультурного феномена // Юридический мир. 2015. № 7. С. 23-26.
199. История политических и правовых учений / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М., 2004.
200. История политических и правовых учений / под ред. О.Э. Лейста. М., 2006.
201. Кабышев С.В. Контроль над делегированным законодательством в Канаде // Вестник Нижегородской Академии МВД России. 2014. № 4(28).
202. Кавелин, К.Д. Взгляд на юридический быт древней России / К.Д. Кавелин // Современник. 1847. 1 т., Кн. 1., Отд. 2. С. 1-52.
203. Кавелин, К.Д. Государство и община / К.Д. Кавелин; сост., предисл., коммент. В.Б. Трофимова; отв. ред. О.А. Платонов. М.: Институт русской цивилизации, 2013. 1296 с.
204. Кавелин, К.Д. Русское гражданское уложение / К.Д. Кавелин // Журнал гражданского и уголовного права. 1882. Кн. 8. С. 1-28; Кн. 9. С. 1-24.
205. Кавелин, К.Д. Собрание сочинений: в 4 т. / К.Д. Кавелин. СПб: Тип. М.М. Стасюлевича, 1887-1900. 1 т. 563 с.; 2 т. 663 с.; 3 т. 648 с.; 4 т. 680 с.
206. Казанский П.Е. Введение в курс международного права. Одесса, 1901.
207. Казанцев М.Ф. Правотворческий федерализм: конституционная идея и законодательная практика // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 16.
208. Казьмин И.Ф., Поленина С.В. «Закон о законах»: проблемы издания и содержания // Советское государство и право. 1989. № 12.
209. Калачов Н.В. О Судебнике Царя Иоанна Васильевича / Н.В. Калачов // Юридические записки, издаваемые Петром Редкиным, доктором прав и ординарным профессором. – М.: Тип. Университетская, 1841. – 1 т. – С. 47-160.
210. Калачов, Н.В. О значении Кормчей в системе древнего русского права / Н.В. Калачов // Чтения в Обществе истории и древностей российских. – М., 1847. 3 отд. 1. С. 1-128; 4, С. 1-80.
211. Камаровский Л. Основные вопросы науки международного права. М., 1892.
212. Кандов Б.М., Алимухамедова Н.Я. Глобализация правовых ценностей и перспективы развития правовой культуры // Сборники конференций НИЦ Социосфера. 2014. № 45. С. 269-277.
213. Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011.
214. Карапетов А.Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник Высшего арбитражного Суда. 2010. № 5. С. 8-11.
215. Кареев Н.И. Западноевропейская абсолютная монархия XVI-XVIII веков. М., 2009.
216. Картухин В.Ю. Техничко-юридическое качество законов субъектов Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.
217. Касаткин С.Н. Юриспруденция и словоупотребление. Проект юридической догматики // Юриспруденция в поисках идентичности. Сборник статей, переводов, рефератов / под общ. ред. С.Н. Касаткина. Самара: Самар. гуманит. акад., 2010. С.10-25.
218. Кассихина В. Е. М. М. Сперанский, его роль в развитии и становлении российского государства и права // Научно-практический журнал «Государство и право в XXI веке». - 2017. № 2. – С. 4-13.

219. Касьянов Р.А., Калинина Ю.В. Развитие российского законодательства в сфере противодействия неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2017. № 2. С. 89-94.

220. Катков В.Д. *Jurisprudentiae novum Organon* (Реформированная общими языковыми логика и юриспруденция). Одесса: Тип. «Техник», 1913. 509 с.

221. Катков В.Д. К анализу основных понятий юриспруденции. Харьков: Т-во «Печатня С.Г. Яковлева», 1903. 492 с.

222. Кауфманн А. Онтологическая структура права // *Российский ежегодник теории права*. 2008, № 1. СПб., 2009. С.151–174.

223. Кац А.К. Конкретизация судом гражданских и семейных правоотношений с частично неурегулированным содержанием: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1965.

224. Кацев М.И. Конституционно-правовая система Латвийской Республики.... Дисс. на соискание ученой степени кандидата юридических наук, М. 2011. 182 с.

225. Качество закона и эффективность законодательства. М., 1993.

226. Кашанина Т.В. Частное право. М., 2009.

227. Каширкина А. А. Доктринальные подходы к соотношению международно-правовых и национальных норм // *Журнал российского права*. 2009. № 6 (150).

228. Келлер О.Б. Трансферт средневекового немецкого права на земли к востоку от Германии. Минск: РИВШ, 2017. – 392 с.

229. Кирякова И.Н. Стадии делегирования законодательных полномочий в зарубежных странах// *Научные стремления*. 2012.

230. Кирякова И.Н. Уровни и субъекты делегирования полномочий// *Вестник Полоцкого государственного университета*. № 5. 2012

231. Князева Е.Н., Курдюмов С.П. Основания синергетики. Человек, конструирующий себя и свое будущее. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011, 2017. 2018. 264 с.

232. Ковалева Т.М., Нешатаева Т.Н. Н.Б.Крылов. Правотворческая деятельность международных организаций. М., Наука, 1988. 170 с. // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. Издательство: Санкт-Петербургский государственный университет, 1990. № 1. С. 105-108.

233. Ковалевский М. М. Географическая школа в социологии // *Современные социологи* // Ковалевский М. М. Сочинения: В 2 т. Т. 1. СПб., 1997. С. 350–351.

234. Ковкель Н.Ф. Законодательная и юридическая техники: ретроспективный анализ проблем определения понятий, структур и классификации элементов // *Вестник Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта ім. Я. Купалы*. 2014. № 5 (181). С. 12-26.

235. Ковкель Н.Ф. Логика и язык закона: монография. Минск: Право и экономика, 2009. 299 с.

236. Ковкель Н.Ф. Особенности формирования логики закона как самостоятельного научного направления в российской дореволюционной, советской и постсоветской юриспруденции // *Проблемы взаимосвязи теоретического и исторического юридического научного знания: сб. ст. /*

М-во внутр. дел Республики Беларусь, учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел Республики Беларусь»; под ред. В.В. Лазарева, С.В. Липеня. Минск: Акад. МВД, 2012. С. 139-162.

237. Ковкель Н.Ф. Проблемы классификации и определения правил легального дефинирования правовых понятий // *Право в современном белорусском обществе: сб. науч. тр. / Нац. центр зак-ва и прав. исслед. Респ. Беларусь; редкол.: Н. А. Карпович (гл. ред.) [и др.]*. Минск: Бизнесофсет, 2017. Вып. 12. С. 52-61.

238. Кодан С.В. «Совет Народных Комиссаров и Центральный Комитет ВКП (б) постановляют...» Совместные нормативно-правовые акты коммунистической партии и советского государства в системе источников советского права // *Genesis: исторические исследования*. 2016. № 1.

239. Кожевников К.К. Демократия как международно-правовая ценность // *Актуальные проблемы российского права*. 2015. № 7 (56). С. 191-196.

240. Козлихин И.Ю., Поляков А.В. Тимошина Е.В. История политических и правовых учений. Учебник. Изд. Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2007. С.466-467.

241. Козлов В.А. Проблемы предмета и методологии общей теории права. Л., 1989. 120 с.

242. Колмаков П. А., Тимофеев Ю. А. К вопросу об уголовной ответственности за манипулирование финансовым рынком, неправомерное использование инсайдерской информации // *Человек: преступление и наказание*. 2011. №4. С. 42-45.

243. Колюшин Е.И. Конституционное (государственное) право России. М., 1999.

244. Комаров П.В. Международный контроль в области нераспространения ядерного оружия. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Спб., 2004.

245. Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // *Советское государство и право*. 1969. № 4.

246. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: в 2 т. (постатейный) / А. В. Бриллиантов, Г. Д. Долженкова, Э. Н. Жевлаков и др.; под ред. А. В. Бриллиантова. 2-е изд. М. – Проспект. – 2015. – Т. 1. . Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения - 10.10.2018).

247. Коммерческое право зарубежных стран/ Под ред. В.Ф. Попондопуло. СПб., 2005.

248. Кондратьева Е.А., Отдельные проблемы качества юридического образования и пути их решения: взгляд преподавателя, Проблемы качества юридического образования в современной России: материалы международной научно-практической конференции, Нижний Новгород, 2011, с. 84.

249. Конституционно-правовые основы судебной власти в зарубежных странах: колл. монография / [И.А. Ракитская и др.]; под ред. К.В. Карпенко. – М.: МГИМО-Университет, 2017. – 325 с.

250. Конституционный контроль в зарубежных странах: колл. монография / [Ю.И. Лейбо и др.]; под ред. Е.Я. Павлова, Е.А. Кремянской. - М.: МГИМО-Университет, 2015. – 340 с.

251. Конфуций. Суждения и беседы [исслед. А. Маслов; пер. с кит. П. Попов]. Изд. 3-е. Ростов н/Дону, 2006. 304 с.
252. Корельский В. М. Об особенностях и значении норм, содержащихся в совместных постановлениях ЦК КПСС и Совета министров СССР // Правоведение. 1965. № 2.
253. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1907. – 354 с.
254. Коркунов Н.М. Русское государственное право. Т. 2. СПб. - 1893. – 749 с.
255. Коркунов Н.М. Русское государственное право. Т. 1, СПб., 1908. – 623 с.
256. Корнев А.В., Борисов А.В. Правовая мысль в дореволюционной России. М., 2005. 296 с.
257. Кочукова О. В. Из опыта осмысления истории Франции XVIII в. в контексте общественных дискуссий в России середины XIX в. (русские отклики на сочинение А. Токвиля) // Известия Самарского научного центра Российской академии наук. Т. 15. 2013. № 5.
258. Краснов А. В., Скоробогатов А.В. Правовая ценность в России: теоретико-правовой и ретроспективный анализ // Genesis: исторические исследования. 2017. № 3. С. 126–143.
259. Кривенький А.И. Значение унификации и гармонизации в современном международном частном праве для глобализации права // Прав и свободы человека и гражданина: теоретические аспекты и юридическая практика: Материалы ежегодной международной научной конференции памяти профессора Феликса Михайловича Рудинского / Под общ.ред. Д.А. Пашенцева. 2016. С.121-124.
260. Кристи Н. Контроль над преступностью как индустрия. Вперед, к ГУЛАГу западного образца / под общ. ред. Я. И. Гилинского; ред. и авт. прим. Ю. Чижов; пер. с англ. А. Петрова, В. Пророковой. 3-е изд. СПб.:Алетейя, 2012. – 208 с.
261. Крупеня Е.М. Актуальные вопросы научной стратегии в исследовании статусного публичного права//Научные исследования и образование. 2015. № 20. С. 239-286.
262. Крупеня Е.М. Гражданское общество, государство, публично-правовая активность личности гражданина: соотношение понятий и явлений: коллективная монография под общей редакцией А. Г. Чернявского. М.: РУСАЙНС, 2017, С. 5-32.
263. Крупеня Е.М. Институт статусного публичного права: онтологические характеристики в контексте гносеологических установок // Вестник Академии права и управления. 2017. № 46 (1). С.60-68.
264. Крупеня Е.М. Политико-правовая активность личности. М., «Университетская книга», 2009.
265. Крупеня Е.М. Право публичных статусов гражданина (статусное публичное право): интегративное понимание // Типы правопонимания и вызовы меняющегося мира: Сборник научных статей по результатам Международной научно-практической конференции. Составитель А. А. Дорская. СПб.: Астенион, 2016. С. 150-162.
266. Крупеня Е.М. Эвристические ресурсы персоноцентристой программы в исследовании публичной активности гражданина // История государства и права. 2009. № 12. С.43-46.
267. Крупеня Е. М. Субъект статусного публичного права: некоторые проблемные вопросы в рамках постклассических правовых исследований // Классическая и постклассическая методология юридической науки: сборник научных трудов по материалам Международной научной конференции 28-29 апреля 2017 г. Минск: Академия МВД Республики Беларусь. С. 132–139.
268. Крыжановская О.А. Политическая воля: социально-философский анализ. Автореферат дисс... докт. Наук. Ростов-на-Дону, 1997.
269. Крыленко Н.В. Беседы о праве и государстве. Лекции, читанные на курсах секретарей убкомов при ЦК РКП(б). М., 1924.
270. Крыленко Н.В. Ленин и Сталин о революционной законности. М., 1934.
271. Крылов Б.С. США: федерализм, штаты и местное управление. - М., 1968.
272. Кукольник, В.Г. Начальные основания римского гражданского права. Для руководства в преподавании онога на публичных курсах / В.Г. Кукольник. – СПб: Медицинская типография, 1810. 292 с.
273. Кулапова Т.Ю. Внутригосударственный и международный правовой опыт: проблемы интеграции и адаптации: дис.... канд. юр. наук: 12.00.01. Саратов, 2014. 185 с.
274. Куницын, А.П. Право естественное / А.П. Куницын; под ред. И.Я. Щипанова. М.: Изд-во ЛКИ, 2011. 162 с.
275. Курский Д.И. Пролетарское право // Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1927.
276. Лабулэ Э. Государство и его пределы. В связи с современными вопросами администрации, законодательства и политики. СПб.: Издание Н.И. Ламанского, 1868. 412 с.
277. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974.
278. Лазарев, В. В. Теория государства и права: учебник для академического бакалавриата. М. : Юрайт, 2015. 521 с.
279. Лакофф Дж. Женщины, огонь и опасные вещи: Что категории языка говорят нам о мышлении / Пер. с англ. И.Б. Шатуновского. М.: Языки славянской культуры, 2004. 793 с.
280. Ланге О. Введение в экономическую кибернетику / Пер. с польского под ред. докт. экон. наук Е.З. Майминаса; Послесл. Акад. Н.П. Федоренко. М.: Издательство «ПРОГРЕСС», 1968.
281. Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., Российская академия правосудия, 2012. 578 с.
282. Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М.: Российская академия правосудия, 2012. 580 с.
283. Лапина М. А., Карпунин Д. В., Трунцевский Ю. В. Административная преюдиция как способ декриминализации уголовных преступлений и разграничения уголовных преступлений и административных правонарушений в современный период // Административное и муниципальное право. 2015. № 11. С. 1138 - 1148. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения - 10.10.2018).
284. Ларин В. Международное агентство по атомной энергии. М., 1957.

285. Лафитский В. И. Юридическая наука: история и современность // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2010. № 3. С. 26-30.
286. Леббон Г. Психология народов и масс. СПб., 1995.
287. Лебедев М.П. Об эффективности воздействия социалистического права на общественные отношения // Советское государство и право. 1963. № 1.
288. Лем С. Модель культуры // Вопросы философии. 1969. № 8.
289. Ленин В. И. Партии на выборах в районные думы Петрограда // Поли. собр. соч. М., 1969. Т. 32.
290. Ленин В.И. О карикатуре на марксизм // Ленин В.И. Полн. собр. соч. М., 1973. Т. 30. С. 99.
291. Ленин В.И. Плеханов о терроре // Ленин В.И. Полное Ленин В. И. Проект Программы РКП(б) // Ленин В. И. Полн. собр. соч. 1969. Т. 38. С. 115. собрание сочинений. М., 1974. Т. 35. С.185. Ленин В. И. набросок тезисов постановления о точном соблюдении законов // Ленин В. И. Полн. собр. соч. 1969. Т. 37.
292. Леонтьев В. Экономические эссе. Теории, исследования, факты и политика = Essays in Economics (1966, 1977, 1985) / Пер. с англ. М.: Политиздат, 1990.
293. Лешков, В.Н. Русский народ и государство. История русского общественного права до конца XVIII века / В.Н. Лешков; отв. ред. О.А. Платонов. – М.: Институт русской цивилизации, 2010. 688 с.
294. Лившиц Ю. Юридика и политика. Таллинн : Социально-гуманитарный институт, 2002.
295. Линдсей П., Норман Д., Переработка информации у человека. М., 1974.
296. Липень С.В. Иосиф Алексеевич Покровский - один из представителей юридического позитивизма в отечественной юридической науке начала XX в. // История государства и права. 2012. № 22. С. 24-26.
297. Липчанская М.А. Общественное обсуждение законопроектов как форма участия граждан Российской Федерации в управлении делами государства // Правовая политика и правовая жизнь. 2011. № 2.
298. Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. Юрьев (Дерпт), 1912.
299. Ло Дж. После метода: беспорядок и социальная наука / Пер. с англ. С. Гавриленко, А. Писарева и П. Хановой. Науч. ред. перевода С. Гавриленко. М.: Изд-во Института Гайдара, 2015. 352 с.
300. Ломанов А.В. «Мягкая сила» и поиск путей выхода китайской культуры во внешний мир // Китайская цивилизация в глобализирующемся мире. По материалам конференции. В 2-х тт. / Отв. ред. В.Г. Хорос. Том I. М.: ИМЭМО РАН, 2014. С. 188-195.
301. Лосев А.Ф. Эстетика Возрождения. М., 1982.
302. Лукашук И. И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. № 3.
303. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. М., 2000.
304. Лукашук И.И. Современное право международных договоров. В 2 томах. Том 1. Заключение международных договоров. М., 2004.
305. Любитенко Д.Ю. Системные свойства правовых доктрин // Вестник Владимирского юридического института. 2011. № 1. С. 140-145.
306. Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика Уголовного кодекса: Пособие к практич. занятиям по уголовному праву. Пг.: Типо-лит. Руманова, 1917. 270 с.
307. Мадьярова А.В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. СПб., 2002.
308. Мазуренко А. П. Правотворческая политика как фактор модернизации правотворчества в России: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Саратов, 2011.
309. Макарова О.В. Общественный контроль за соблюдением открытости информации о деятельности публичной власти // Журнал российского права. 2017. № 7.
310. Маклаков В.В. Эволюция статуса исполнительной власти в зарубежных конституциях // Исполнительная власть: сравнительно-правовое исследование. Сборник статей. Отв. ред. Маклаков В.В. М., ИНИОН РАН. 1995.
311. Максимов А.Н. Делегирование полномочий как фактор оптимизации стиля управления // Юрист. 2007. № 8.
312. Максимов С.И. Мировоззренческо-методологические подходы к осмыслению права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 139-140.
313. Малахов В. П. Методологическое мышление в познании и понимании права. М.: ЮНИТИ, 2018. 239 с.
314. Малахов В.П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории: монография. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. 431 с.
315. Малахов В. П. Общая теория государства и права. К проблеме правопонимания: учебное пособие. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2013. 144 с.
316. Малинин С. А., Ковалева Т. Правосубъектность международных организаций // Правоведение. 1992. № 5. С. 53 – 62.
317. Малинин С.А. Мирное использование атомной энергии. Международно-правовые вопросы. М., 1971.
318. Мальков Б. Н. Основы философии права: курс лекций. М.: Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России), 2005. 412 с.
319. Мальцев В.А. Проблемы ограничения основных прав граждан делегированным законодательством // Международно-правовые чтения. Выпуск 1. Отв. ред. П.Н. Бирюков. Воронеж: Воронежский государственный университет. 2005
320. Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999.
321. Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., Норма, 2007. 799 с.
322. Мальцев Г. В. Ранние формы права и государства // Проблемы общей теории права и государства. М., 1999.
323. Малюшин А.А. Конституционно-судебное правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики: монография. М.: Юрист, 2013.

324. Манохин В.М. Советская государственная служба. М., 1966. 195 с.
325. Марков Б. В. Люди и знаки: антропология межличностной коммуникации. СПб.: Наука, 2011. 667с.
326. Марков Б.В. Люди и знаки: антропология межличностной коммуникации. СПб.: Наука, 2011. 566 с.
327. Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Том 1. СПб., 1898.
328. Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1900.
329. Марченко М.Н. Европейский Союз и его судебная система. М., 2012. С.110-153.
330. Марченко М.Н. Источники права. М., 2005.
331. Марченко М.Н. Источники права. М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2008.
332. Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: учебник. М.: Проспект, 2013.
333. Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М., 2011. – 325 с.
334. Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право: учебное пособие. - 2-е изд., перераб. и доп. – Москва.: Проспект, 2017. - 448 с.
335. Маслова С. В., Соколов М. Ю. Соглашения о государственно-частном партнерстве: понятие и содержание в теории и практике // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия Право. – 2014. – Вып.4.
336. Маслова С.В., Соколов М.Ю. Государственно-частное партнерство: международный, региональный и национальный уровни правового регулирования и применения: хрестоматия. – М.: Магистраль, 2018.
337. Материалы архива Государственной комиссии по проведению референдума по вопросу присоединения Эстонии к Европейскому Союзу. URL: <http://www.vvk.ee/varasemad/?v=rh03>. (Дата обращения: 30.10.2018 г.).
338. Материалы международной научно-практической конференции «Международный правопорядок в современном мире и роль России в его укреплении», посвященной 90-летию профессора Д.И. Фельдмана. Казань. Казанский (Приволжский) федеральный университет, 11-12 октября 2012г.//ред. Коллегия: И.А. Тарханов, А.И. Абдуллин, Г.И. Курдюков, Р.Ш. Давлетгильдеев. 2014.
339. Матузов Н.И. Коллизии в праве: причины, виды и способы разрешения // Правоведение. 2000. № 5.
340. Махмутов М.В. Разумные сроки - принцип уголовного судопроизводства? // Законность. 2016. № 9. С. 54 - 56.
341. Мейер, Д.И. Русское гражданское право, чтения Д.И. Мейера, изданные по запискам слушателей / Д.И. Мейер; под ред. А. Вицина – 3-е изд., испр. сообразно определениям новейшего законодательства. – СПб.: Тип. Н. Тиблена, 1864. 789 с.
342. Милинчук Д.С. Стабильность правовых явлений в контексте правовых ценностей: понятие, признаки, способы достижения // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 4 (5). С. 15-19.
343. Милуков С.Ф. Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа. СПб.: СПБИНВЭСЭП, Знание. 2000. 279 с.
344. Министерство внутренних дел России: 1802-2002. Исторический очерк в 2-х томах / Под общ. ред. В.П. Сальникова. Т. 1. СПб., 2002.
345. Митр. Кирилл. Из выступления на XI Всемирном русском народном Соборе // Историческая газета. 2007. № 4.
346. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012.
347. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики: монография. М.: Юрлитинформ, 2012. 496 с.
348. Михайлов С.В. Правовые ценности и их классификация // Актуальные проблемы современной науки. Юридические науки. 2010. № 3 (43). С. 8-14.
349. Михайлов С.В. Правовые ценности: теоретико-правовой аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2011. 27 с.
350. Михайлов С.В. Правовые ценности: теоретико-правовой аспект: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук по спец-ти 12.00.01 - теория и история права и государства; история учений о праве и государстве. Ростов-на-Дону, 2011.
351. Михайлов С.В. Правовые ценности: теоретико-правовой аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2011. 200 с.
352. Мишутина Э. И. Действующее законодательство и понимание ценностей в истории философии: связь через века // История государства и права. 2010. № 20. С. 37-40.
353. Морозкин Ф.Л. О постепенном образовании законодательств / Ф.Л. Морозкин. М.: Тип. Университетская, 1832. 160 с.
354. Морозкин Ф.Л. Об Уложении и последующем его развитии / Ф.Л. Морозкин. М.: Тип Университетская, 1839. 87 с.
355. Муромцев Г.И. Правотворчество // Юридическая энциклопедия. М.: Юристъ, 2001. 1272 с.
356. Муромцев С.А. Что такое догма права? // Юриспруденция в поисках идентичности: сборник статей, переводов, рефератов / под общ. ред. С.Н. Касаткина. Самара: Самар. гуманит. акад., 2010. С. 160-185.
357. Мухаметзарипов И.А. Человек на перекрестке культур: право и справедливость в мультикультурном обществе // Государство и право. 2018. №3. С. 43-52.
358. Насонова И.А. К вопросу о разумности расширения системы принципов уголовного судопроизводства // Российская юстиция. 2013. № 1. С. 39 - 42.
359. Насырова Т.Я. Телеологическое (целевое) толкование советского закона. Теория и практика. Казань: Изд-во Казанского университета, 1988.
360. Наумкина В.В. Двухуровневое юридическое образование и компетентностный подход: вопросы теории // Юридическое образование и наука, 2012, № 4, с. 13-15.

361. Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации / отв. ред. В.В. Лазарев. 2-е изд. М., 2001.
362. Научно-практический комментарий Федерального закона от 4 апреля 2005 г. № 32-ФЗ «Об Общественной палате Российской Федерации» и Регламента Общественной палаты Российской Федерации / под общ. ред. В.В. Гриба. М., 2008.
363. Научные концепции развития российского законодательства: Монография. 7-е изд. Доп. и перераб. / С.Е. Нарышкин, Т.Я. Хабриева, А.И. Абрамова и др.; отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М.: ИД Юриспруденция, 2015.
364. Научные концепции развития российского законодательства: монография. 7-е изд., доп. и перераб. / отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров. М., 2015.
365. Научные концепции развития российского законодательства: монография. 7-е изд., доп. и перераб. / отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров. М., 2015.
366. Негласный комитет и его проекты. Политическая деятельность Негласного комитета // Международный исторический журнал. 2000. № 11.
367. Нелидов Н.К. Юридические и политические основания государственной службы. Ярославль. 1874. 292 с.
368. Нематов А. Р. Правотворческая составляющая кодификации законодательства // Вестник РУДН. Серия Юридические науки. – 2009. № 5. С. 31-35.
369. Нерсесянц В. С. Право - математика свободы: опыт прошлого и перспективы. М., ЮРИСТ, 1996. 157 с.
370. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник. М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. 552 с.
371. Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1968.
372. Нечаев В.М. Морошкин, Федор Лукич // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона: в 86 т. – СПб: Тип. И.А. Ефрона, 1896. – 19А т. – С. 875-876.
373. Никольский Д.П. Международное право. СПб., 1903.
374. Николокин С.В. Правотворчество: Учебное пособие для бакалавриата и магистратуры: Москва: Юрайт, 2017.- 254 с.
375. Никульцева А. Н., Ходусов А. А. Опыт стран Евросоюза в борьбе с мошенничеством в сфере биржевого оборота ценных бумаг // Безопасность бизнеса. 2016. № 1. С. 40 - 44. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения - 10.10.2018).
376. Новгородцев П.И. О путях и задачах русской интеллигенции / Сочинения. М., Раритет. 1995. 448 с.
377. Новгородцев П.И. Общественный идеал в свете современных исканий / Сочинения. М., Раритет. 1995. 448 с.
378. Новгородцев П.И. Право и нравственность / П.И. Новгородцев // Правоведение. 1995. № 6. С. 103-113.
379. Ноздрачев А.Ф. Пределы конкретизации законов и подзаконных актов министерствами и ведомствами Союза ССР (по материалам функциональных министерств и ведомств Союза ССР) // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1968. Вып. 12
380. О ходе реализации в 2001 году рекомендаций ИКАО по итогам проверки этой организацией Росавиации Минтранса России // <https://mintrans.ru/press-center/news/2738>.
381. О чем мечтают россияне (Размышления социологов). Аналитический доклад. Институт социологии РАН. М., 2012. 147 с.
382. Оболонский А.В. Геополитика – аморальный вид ложного сознания и цивилизационные альтернативы // Политическая концептология. 2010. № 1. С. 56.
383. Овчинникова Ю.В. Актуальность повышения квалификации преподавателей права в направлении развития педагогической составляющей их профессиональной компетентности // Юридическое образование и наука, 2011, № 4, с. 20-22.
384. Одобрение институтов власти [Официальный сайт] // Режим доступа: <https://www.levada.ru/2018/10/24/odobrenie-institutov-vlasti-6/> (дата обращения: 25.10.2018).
385. Окушева Р.Т. Законы и акты исполнительной власти, имеющие силу закона в республике Казахстан (теоретический анализ) // Журнал российского права. М., 2000. №9.
386. Орлова И.А. Процессуальная составляющая международного права // Российский Ежегодник международного права, 2017. СПб.: Социально-коммерческая фирма «Россия-Нева», 2017. С. 167-178.
387. Осипов М.Ю. Качество российского законодательства как ключ к повышению его эффективности // Актуальные проблемы экономики и права. 2016. Т. 10. № 4(40). С. 88-95.
388. Основы международного права. М., 1970.
389. Остин Дж. Л. Слово как действие // Новое в зарубежной лингвистике: Вып. 17. Теория речевых актов. Сборник. Пер. с англ. М., 1986. С. 26-27.
390. Официальное электронное опубликование: История, подходы, перспективы / под ред. проф. В.Б.Исакова. М., 2012.-С.12.
391. Павлов В.И. Право как техник: к вопросу о техническом характере языка классической общей теории права // Муромские чтения «Язык и логика закона и права». Материалы XIV Международной конференции 17 апреля 2014 г. / Под ред. Н.И. Архиповой и С.В. Тимофеева. М.: РГГУ, 2014. С. 21-25.
392. Павлов В.И. Проблемы теории государства и права: учебное пособие. Минск: Академия МВД, 2017. 262 с.
393. Павлов В.И. Судебное правотворчество в контексте теории интерпретации и антропологической концепции права / В.И. Павлов, Н.М. Дубрава // Ежегодник Нижегородской академии МВД России «Юридическая техника». 2014. № 8. Ч. 2 («Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника»). С. 553-560.
394. Павлушкин А.В., Павловский А.С. Современное правотворчество: новые возможности для общества и государства: обзор круглого стола «Актуальные проблемы право-

творчества и проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» // Журнал российского права. 2015. № 3.

395. Пакерман Г.А. Методы унификации права на примере правового регулирования иностранных инвестиций // Журнал российского права. 2008. № 9.

396. Памятники русского права, выпуск первый. Под редакцией заслуженного деятеля науки проф. С.В. Юшкова. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1952 г., С. 59-60.

397. Панкратов В.В. Идеократия: опыт типологизации интерпретаций понятия // Гуманитарные и социальные науки. 2018. № 3.

398. Панченко В.Ю. Правовое взаимодействие как вид социального взаимодействия: монография. М.: Проспект, 2015. 232 с.

399. Парамонов А.Р. Техничко-юридическое качество законодательных актов: теоретические и прикладные аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000.

400. Парамузова О.Г. Международный контроль в области атомной деятельности как фактор повышения эффективности всеобъемлющей системы международной безопасности в контексте эскалации иранской ядерной угрозы // Россия в глобальном мире. СПб., 2007. №12.

401. Парамузова О. Г. Отдельные правовые аспекты проблемы безопасного удаления радиоактивных отходов и отработавшего ядерного топлива в условиях нового международного правопорядка // Научно-технические ведомости СПбПУ. Гуманитарные и общественные науки. 2014. №1 (191).

402. Парамузова О.Г. Международно-правовые аспекты ядерной безопасности (актуальные проблемы правотворчества и правоприменения) // Polish Journal of Science. 2018. №11.

403. Парамузова О.Г. Международно-правовые проблемы разграничения мирной и военной атомной деятельности в контексте современных угроз со стороны отдельных пороговых государств. СПб., Сборник статей участников Конференции «Проблемы права в современной России», проходившей 16-18 апреля 2015 г. в Санкт-Петербургском политехническом университете Петра Великого. 2015.

404. Парамузова О.Г. Новая парадигма ядерного нераспространения в контексте принятия и начала поэтапной реализации Совместного всеобъемлющего плана действий по иранской ядерной проблеме // Сборник статей участников Конференции «Проблемы права в современной России», проходившей 21-23 апреля 2016 г. в Санкт-Петербургском политехническом университете Петра Великого. 2016.

405. Парамузова О.Г. Перспективность атомной энергетики как фактор стабильности международной безопасности (правовые проблемы) // Сибирский юридический вестник. 2014. №1.

406. Парамузова О.Г. Реновация международного правосознания в контексте ренессанса международно-правовых ценностей // Сборник статей участников Конференции «Проблемы права в современной России», проходившей 21-23 апреля 2016 г. в Санкт-Петербургском политехническом университете Петра Великого. 2016.

407. Парамузова О.Г. Ядерная безопасность в условиях современного международно-го правопорядка. СПб., 2006.

408. Парамузова О.Г. Ядерное оружие и безопасность: проблемы правового регулирования // Проблемы безопасности и военно-силовой политики в международных отношениях. Совместная монография преподавателей факультета международных отношений. СПб., 2007.

409. Парманасов, А.Д. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности в странах – участниках Евразийского экономического союза (по материалам органов внутренних дел): дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2017. – 263 с.

410. Пархитко В.П. Международное агентство по атомной энергии (международно-правовые вопросы структуры и деятельности). Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 1967.

411. Пахман С.В. О судебных доказательствах по древнему русскому праву, преимущественно гражданскому в историческом их развитии / С.В. Пахман. М.: Тип. Университетская, 1851. 224 с.

412. Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки: в 2 т. / С.В. Пахман. СПб: Тип. Второго Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1879. 2 т. 400 с.

413. Пашенцев Д.А. Правосубъектность в современной теории права // Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой и международно-правовой анализ: сборник материалов к XII Ежегодным научным чтениям памяти профессора С.Н. Братуся / В.Ф. Яковлев, Т.Я. Хабриева, В.К. Андреев и др. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; Статут, 2017. С. 29-35.

414. Пашенцев Д.А. Российская законотворческая традиция: онтология процесса // Журнал российского права. 2018. № 8. С. 6.

415. Пашенцев Д.А., Черногор Н.Н. Правовая традиция и правопорядок: соотношение и взаимовлияние // Правозащитник. 2017. № 1. С. 2. <http://pravozashitnik.net/ru/2017/1/2>

416. Пашков А.С., Чечот Д.М. Эффективность правового регулирования и методы ее выявления // Советское государство и право. 1965. № 8.

417. Пашков А.С., Явич Л.С. Эффективность действия правовой нормы (к методологии и методике социологического исследования) // Советское государство и право. 1970. № 3.

418. Пашков А.С., Явич Л.С. Эффективность действия правовой нормы (к методологии и методике социологического исследования) // «Советское государство и право». 1970. № 3.

419. Переломов Л. С. Конфуций и система разделения властей // Философия права Пятикнижия / под ред. А.А. Гусейнова и Е.Б. Рашковского/ Составитель П.Д. Баренбойм / Сборник статей. М.: Издательство «ЛУМ», 2012. С. 559-572.

420. Переломов Л.С. «Четверокнижие» — ключ к постижению конфуцианства: вступ. ст. // Конфуцианское «Четверокнижие» («Сы шу»). М., 2004.

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

422. Пиголкин А.С. Правотворчество: Проблемы теории государства и права / Ред. В.С. Нерсесянц. М., 2000. С. 309-310.
423. Пиголкин А.С. Толкование норм права и правотворчество: проблемы соотношения // Закон: создание и толкование / Под ред. А.С. Пиголкина. М., 1998.
424. Пиджаков А.Ю., Майор Ф.М. Договоры Руси с Византией как источники древнерусского права. Научная статья в журнале «Юридическая мысль» 4 (42), СПб: Частное образовательное учреждение высшего образования «Юридический институт», 2007 г., С. 10.
425. Пикалов И.А. Состязательность в системе принципов уголовного процесса и ее реализация стороной защиты на досудебных стадиях: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. 22 с.
426. Победоносцев К.П. Власть и начальство // Победоносцев К.П. Великая ложь нашего времени. Сборник статей и писем. М. 1993.
427. Победоносцев К.П. Закон // Победоносцев К.П. Великая ложь нашего времени. Сборник статей и писем. М. 1993.
428. Подольный Н.А. Система принципов уголовного судопроизводства как система нравственных ценностей // Lexrussica. 2014. № 4. С. 429 - 436.
429. Позер Р.А. Рубежи теории права. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2017.
430. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998.
431. Покровский, Г.Ф. Рассуждение о происхождении, постепенном ходе и некоторых чертах гражданских законов / Г.Ф. Покровский. – М.: Тип. Университетская, 1817. 20 с.
432. Поленец О.Э. Ратификация международных договоров. М.-Л., 1950.
433. Полное собрание законов Российской империи. Собрание первое. С 1649 по 12 декабря 1825 г.: в 45 т. СПб.: Тип. Второго отделения Собственной е. и. в. канцелярии, 1830.
434. Полное собрание сочинений К.А. Неволлина. Энциклопедия законоведения [Электронный ресурс] / К.А. Неволлин. – СПб: Тип. Эдуарда Праца, 1857. 530 с.
435. Половникова Ю.С. Правовые проблемы становления института общественной экспертизы в Российской Федерации // Юридический вестник Самарского университета. 2015. № 2.
436. Половченко К.А. Конституционный Суд как гарант стабильности в «сложном» государстве // Актуальные проблемы сравнительного, зарубежного и российского конституционного права: сб. науч. трудов / [Г.П. Толстопятенко и др.]; под ред. И.А. Ракитской. – М.: МГИМО-Университет. 2017. С. 429-447.
437. Поляков А.В. Коммуникативно-феноменологическая концепция права // Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Харьков, 2013.
438. Поляков А. В. Феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. 2-е изд., доп. СПб., 2003.
439. Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: Учебник. СПб., 2005.
440. Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: Учебник. СПб., 2005.
441. Полянский Д.А., Пузиков Р.В. Правовая доктрина как особое правовое явление // Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2013. № 11. С. 328-337.
442. Померанцев В. Об искренности в литературе //Новый мир, 1953, № 12. С. 218.
443. Потапов Ю.А. Российское законодательство о цензуре. XVIII – начало XX века: монография. М. : Издательство Юрайт, 2018.
444. Права врачей /А.А.Понкина, И.В.Понкин. - М.: ГЭОТАР-Медиа, 2016. - 120 с.
445. Права врачей /А.А.Понкина, И.В.Понкин. - М.: ГЭОТАР-Медиа, 2016. - 120 с.
446. Права граждан при оказании психиатрической помощи./Ю.Н.Аргунова. – М.: Грифон. 2014. – 640 с.
447. Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота/под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского. М., 2000.
448. Правовая политика в сфере образования: Словарь / Под ред. А.В.Малько и Д.А.Смирнова и др. М., 2017.
449. Правовое общение. Постановка проблемы: монография / под ред. Л. С. Мамута. М., 2012.
450. Правовой минимум медицинского работника (врача)/ М.Ю.Старчиков. - М. : ГЭОТАР-Медиа, 2017. - 256 с.
451. Правовой минимум медицинского работника (врача)/ М.Ю.Старчиков. - М. : ГЭОТАР-Медиа, 2017. –256 с.
452. Правовой мониторинг: актуальные проблемы теории и практики / под ред. Н.Н. Черногора. М., 2010.
453. Прело М. Конституционное право. М.: Иностранная литература, 1957. 671 с.
454. Проблемы общей теории государства и права / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2002.
455. Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / под общ. ред. проф. В.С. Нерсесянца. М.: Издат. группа НОРМА ИНФРА, 1999.
456. Проблемы теории государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. М., 2004.
457. Проблемы унификации международного частного права. Монография / Отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М.: ИЗИСП, Юриспруденция 2012. – 488 с.
458. Проблемы унификации международного частного права: монография / Н.В. Власова, Н.Г. Доронина, Т.П. Лазарева и др.; отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М.: ИЗИСП, Юриспруденция, 2012. С. 20.
459. Проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» (инициативный законопроект) / Хабриева Т.Я., Тихомиров Ю.А., Власенко Н.А. и др. М., 2013.
460. Проценко В.П. Принципы уголовного процесса и критерии их систематизации. Краснодар, 2006. 166 с.
461. Публично-частное партнерство в России и зарубежных странах: правовые аспекты, под ред. В.Ф. Попондопуло, Н.А. Шевелевой [и др.]- М.: Инфотропик Медиа, 2015. 528 с.
462. Пухтеев Г.Я., Югай Л.В. Об использовании межотраслевых балансов // Реформа. 2009. № 41. Т. 1. С. 42-49.

463. Пыхтин С. В. Инсайдерская информация: раскрытие и защита конфиденциальности // *Юридическая работа в кредитной организации*. 2012. № 3. С. 60-74. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения - 10.10.2018).
464. Радченко В.И., Иванюк О.А., Плюгина И.В., Цирин А.М., Чернобель Г.Т. Практические аспекты прогнозирования законодательства и эффективности применения прогнозируемых норм // *Журнал российского права*. 2008. № 8.
465. Развитие русского права второй половины XVII – XVIII вв. Москва, 1992.
466. Разуваев Н.В. Источники современного права Российской Федерации / Разуваев Н.В., Черноков А.Э., Честнов И.Л. СПб., 2011.
467. Ревнов Б.А.Н.Н. Алексеев о проблеме правовых ценностей // *Юридическая мысль*. 2012. № 5 (73). С. 50-55.
468. Рейц А.М.Ф. Опыт истории российских государственных и гражданских законов / А.М.Ф. Рейц; перевод с немецкого Ф.Л. Морошкина. – М.: Тип. Университетская. 1836. 452 с.
469. Реут В. Декреты президента Республики Беларусь: теоретические аспекты и практика издания // *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. Чикаго. М., 1998, № 4(25); 1999 №1 (26).
470. Реутов В.П. О юридической природе и видах предписаний, содержащихся в актах высших судебных органов // *Конкретизация права: теоретические и практические проблемы: Материалы IX Международной научно-практической конференции*. М.: РГУП, 2015.
471. Референдум о повышении пенсионного возраста [официальный сайт]: Режим доступа: <https://www.levada.ru/2018/09/03/referendum-protiv-povysheniya-pensionnogo-vozrasta/> (дата обращения: 01.10.2018).
472. Рождественский А.А. Основы общей теории права. М., 1912. – 157 с.
473. Романов А.К. Право и правовая система Великобритании. – М.: ФОРУМ, 2014. 288 с.
474. Романов Ю.И. История и философия науки. Гатчина, 2010.
475. Ромашов Р. А. Правовая культура и правовой нигилизм: юридико-психологические аспекты восприятия и выражения // *Право: нормативность и девиантность*. СПб.: АЛТЕЙЯ, 2018. 274 с.
476. Российская газета [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://cdning.rg.ru/pril/article/142/03/40/obzor_ege (дата обращения: 30 октября 2018).
477. Россинский Б.В., Стариков Ю.Н. Административное право. М., 2009.
478. Рыбаков В.А. Рецессия и правотворчество // *Вестник Омского университета*. Сер. Право. 2012. № 2(31). С. 16-23.
479. Рыбаков В.М. Система законов династии Тан // *Московский книжный журнал* // <http://morebo.ru/tema/segodnja/item/1381871682336> (Дата обращения 18.10.18).
480. Рябцева Е.В. Правовая аксиология разумности // *Вестник Оренбургского государственного университета*. 2012. № 3 (139). С. 163-165.
481. Савельева А.П., Снетков В.Н. Становление ценностно-нормативного аспекта правовой культуры вследствие развития философского рационализма / А.П. Савельева, В.Н. Снетков // *Евразийский юридический журнал*. 2018. № 3 (118). С. 485-486.
482. Самощенко И.С., Никитинский В.И. О понятии эффективности правовых норм // *Ученые записки ВНИИСЗ*. 1969. Вып. 18.
483. Самощенко И.С., Никитинский В.И., Венгеров А.Б. Об основах методологии и методики изучения эффективности действия правовых норм // *Ученые записки ВНИИСЗ*. Вып. 25. М., 1971.
484. Сафонов В.Н. Конституционное правотворчество в деятельности Верховного суда США. М., 2018.
485. Сафонов В.Н. Концепция «интерпретивизма» в деятельности Верховного суда США // *Вестник РУДН. Серия: юридические науки*. – 2017. – № 1. – С. 9-27.
486. Сборник постановлений о цензуре. СПб., 1884. С. 482.
487. Свободный ум в несвободную эпоху // В кн.: Хайек Ф.А. фон. Индивидуализм и экономический порядок / Пер. с англ. О.А. Дмитриевой под ред. Р.И. Капелюшников. М.; Челябинск: Социум, 2016 с.
488. Семенова Н.С., Пути совершенствования содержания юридического образования, Проблемы качества юридического образования в современной России: материалы международной научно-практической конференции, Нижний Новгород, 2011, с. 191.
489. Семушкина Н.И. Проекты Института европейского права и Международного института по унификации частного права как инструменты мягкого права // *Вопросы экономики и права*. 2017. № 105. С. 23-26.
490. Сергеев И.В. Методика оценки уровня профессиональной подготовки выпускников вуза // *Вестник Российской таможенной академии*, 2012, № 4, с. 66-71.
491. Сергеев Ф.П. Русская терминология международного права XI – XVII вв. Кишинев, 1972.
492. Сергеевич В.И. Русское государственное право: конспект лекций. М., 1868. 239 с.
493. Си Цзиньпин. Полный текст доклада, с которым выступил Си Цзиньпин на 19-м съезде КПК // 19-ый Всекитайский съезд КПК // http://russian.news.cn/2017-11/03/c_136726299.htm (Дата обращения 28.10.2018).
494. Силин Е. Л. Принятие Закона об инсайде - формальность или требование времени? // *Внутренний контроль в кредитной организации*. 2012. № 1. С. 38-51. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения - 10.10.2018).
495. Сильвермен Д. Анализ традиционной социологии. Предварительные замечания // *Новые направления в социологической теории*. М., 1978.
496. Синюков В.Н., Синюкова Т.В. Концептуальные основы развития университетского и прикладного юридического образования в России, *Юридическая техника*, 2009, №3, с. 293.
497. Скабичевский А. М. Очерки истории русской цензуры (1700 - 1863). С.-Пб., 1892. С. 495.

498. Скоробогатов А.В., Краснов А.В. Юридическая фикция как правовой миф (коллизийный аспект) // Юридическая техника. Ежегодник. Н. Новгород, 2017. № 11. С. 315-321.
499. Скоробогатов А.В., Рыбушкин Н.Н. Запрет как онтологическая основа правовой реальности России // Актуальные проблемы экономики и права. 2016. Т. 10. № 3 (39). С. 108-115.
500. Словарь иностранных слов. – 9-е изд., испр. – М.: Русский язык, 1982. – 608 с.
501. Смирнов Л.Б. Генезис и эволюция уголовно-исполнительной политики России: монография. СПб.: СПБИНВЭСЭП, 2014. 190 с.
502. Смирнова Н.Н. От социальной метафизики к феноменологии “естественной установки” (феноменологические мотивы в современном социальном познании). М., 1997.
503. Смит Р. История гуманитарных наук. М., 2008.
504. Снежко О. Правовая природа конституционных ценностей современной России // Сравнительное конституционное обозрение, 2005, №2(51), С. 13.
505. Снетков В.Н., Савельева А.П. Проблемы развития правового сознания в условиях международной интеграции / В.Н. Снетков, А.П. Савельева // Вестник Московского университета им. С.Ю. Витте. Серия 2: Юридические науки. 2015. № 2 (7). С. 11-15.
506. Сокольская Л.В. Взаимодействие правовых культур в историческом процессе // Вестник Российского университета дружбы народов. Сер. Юридические науки. 2013. № 4. С. 174-181.
507. Сокольская Л.В. Виды правовой аккультурации // Lex Russica (Русский закон). 2009. № 6. С. 1287-1296.
508. Сокольская Л.В. Правовая экспансия как историческая форма правовой аккультурации // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 7(44). С. 1333-1339.
509. Сокольская Л.В. Рецепция как историческая форма правовой аккультурации // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 8 (45). С. 1581-1589.
510. Сорокин В. В. Общее учение о государстве и праве переходного периода. М.: Юрлитинформ, 2010.
511. Сорокина Ю.В. Государство и право в культурно-философском аспекте. М., 2012.
512. Сперанский М. М. План государственного преобразования графа М.М. Сперанского: Введение к Уложению государственных законов 1809 г. М.: Русская мысль. 1905. 359 с.
513. Стомба А.В. Артур Кауфманн: в поисках «целого» права // Российский ежегодник теории права. 2008, № 1. СПб., 2009. С. 144-150.
514. Столярова Е.Е. Законодательство Российской империи второй половины XIX - начала XX в. о гражданской государственной службе. Дисс....канд. юрид. наук: 12.00.01. Екатеринбург. 1998. 199 с.
515. Стршмень-Стройновский, И.Б. Наука права природного, политического, государственного хозяйства и права народов: в 4 частях / И.Б. Стршмень-Стройновский; перевод с польского В. Анастасевича. 4-е издание. СПб: Медицинская типография, 1809. – 295 с.
516. Ступицкий, А.Е. Вопросы совершенствования российского законодательства в области обеспечения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности на основе положений модельного закона «Об оперативно-розыскной деятельности» / А.Е. Ступицкий // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. – 2014. № 1(68). С. 21-27.
517. Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С.Н. Братуся. М., 1975.
518. Судебная практика в современной правовой системе России / под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. М., 2017.
519. Супатаев М.А. Право в условиях модернизации в Китае: цивилизационный контекст // Институт государства и права РАН // <http://igpran.ru/articles/2960/> (Дата обращения 04.10.18).
520. Суханов Е.А. Вещное право: Научно-познавательный очерк. – М.: Статут, 2017 – с. 252-258.
521. Суханов Е.А. Вещное право: Научно-познавательный очерк. – М.: Статут, 2017 – с.251.
522. Сырых Е.В. Общие критерии качества закона: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.
523. Сырых Е.В. Общие критерии качества закона: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 23-24, 27.
524. Тарановский Ф.В. Энциклопедия права. СПб.: Изд-во «Лань», 2001. 560 с.
525. Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки: монография. Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного ун-та, 2001. 264 с.
526. Теория государства и права / под ред. В.К. Бабаева. М., 1999.
527. Теория государства и права / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2001.
528. Терлаич, Г.И. Краткое руководство к систематическому познанию гражданского частного права России: в 2 ч. / Г.И. Терлаич. – СПб: Тип. Императорской Академии Наук, 1810. 1 ч. - 114 с.; 2 ч. - 244 с.
529. Тертицкий К.М. Китайцы: традиционные ценности в современном мире. Ч. 1. М., 1994. 374 с.
530. Тимошина Е.В. Концепция нормативности Л.И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. 2011, № 5. С. 46-71.
531. Тиунов О.И., Манов Б.Г. Принцип соблюдения международных договоров: коллизии международного и национального права// Журнал российского права, 2008, № 6.
532. Тиунов, О.И. Влияние норм международного права на развитие национального законодательства / О.И.Тиунов, А.А. Каширкина, А.Н. Морозов // Журнал российского права. 2010. №6. С.35-44.

533. Тихомиров Ю.А. Гражданское общество в фокусе права // Журнал российского права. 2013. № 10.

534. Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. М.: Юриформцентр, 2000.

535. Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М., 2008.

536. Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. М., Юстицинформцентр. 2001

537. Тихомиров Ю.А., Рахманина Т.Н., Хабибулин А.Г. Закон о нормативных правовых актах - актуальная повестка дня // Журнал российского права. 2006. № 5.

538. Ткаченко С.В. Идеологический компонент рецепции права // Юридические записки. 2014. № 2. С. 21-27.

539. Ткаченко С.В. Миф о глупом законодателе в российской юридической науке // Влада. Людина. Закон. 2009. № 2. С. 31-35.

540. Томин В.Т. Уголовный процесс: Актуальные проблемы теории и практики. М., 2009. С. 241.

541. Томсинов В.А. «Крымское право», или Юридические основания воссоединения Крыма с Россией. М., 2015.

542. Томсинов В.А. Конституционный вопрос в России в 60-х начале 80-х годов XIX века. М., 2013. С. 206-207.

543. Тоффлер Э. Третья волна. М., 1999.

544. Треушников М.К., Арбитражный процесс / М.К. Треушников. – М.: Издательский дом «Городец», 2017. – 736 с.;

545. Троицкая А.А. Российский Конституционный Суд и проверка поправок к Конституции: как распахнуть приоткрытую дверь // Сравнительное конституционное обозрение. – 2016. – № 2 (111). – С. 96-115.

546. Троицкий В.С., Морозова Л.А. Делегированное законотворчество // Государство и право. 1997. № 4.

547. Трофимов В.В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект: автореф. дис. ...докт. юрид. наук. СПб., 2011.

548. Трошинский П.В. Влияние традиции на право современного Китая // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 94-106.

549. Трошинский П.В. К вопросу о традиционных взглядах на право в китайском обществе // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 3. С. 134-144.

550. Трошинский П.В. Эволюция правовой системы современного Китая в сравнительно-правовом измерении // Право и государство. 2014. № 3 (64). С. 69-76.

551. Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1999. – 318 с.

552. Трубецкой Н.С. О государственном строе и форме правления // Трубецкой Н.С. Избранное. М., 2010.

553. Тункин Г. И. Теория международного права. М., 1970.

554. Тункин Г.И. Теория международного права. Под общей ред. Проф. Л.Н.Шестакова. – М.: ИКД «Зерцало – М», 2017.

555. Уголовное право России. Части Общая и Особенная: учебник / В. А. Блинников, А. В. Бриллиантов, О. А. Вагин и др.; под ред. А. В. Бриллиантова. 2-е изд., перераб. и доп. М. Проспект. 2015. Доступ из справ. - правовой базы «Консультант Плюс» (дата обращения - 10.10.2018).

556. Уголовно-исполнительное право. Общая часть. Учебник: В 2т. Т.1. / Под общ. ред. Ю.И. Калинина. Рязань: Академия прав и управления Минюста России, 2001. 584с.

557. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / Л.Н. Башкатов и др.; отв. ред. И.Л. Петрухин, И.Б. Михайловская. М.: Проспект, 2011. 688 с.

558. Унификация и гармонизация в международном частном праве. Вопросы теории и практики: монография. М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2016.

559. Усанов Е.Е. Место юриспруденции в системе наук об образовании // Юридическое образование и наука, 2012, № 2, с. 12-17.

560. Ушаков О., Кондрацкая М. Без вины виноватые. Манипулирование рынком: обязательен ли умысел? // Финансовая газета. 2015. № 43. С. 9-11.

561. Фатьянов А.А. Воля как правовая категория // Государство и право. 2008. № 4. С. 5-12.

562. Фердросс А. Международное право. Л., 1959.

563. Филанжери Г. Наука законодательства // Фемис. Ежегодник истории права и правоведения. 2003. Вып. 4. М., 2003.

564. Филимонов, В.С. Система естественного права / В.С. Филимонов. – СПб: Тип. Императорская, 1811. 89 с.

565. Философия права. Курс лекций в 2-х томах / под ред. М. Н. Марченко. М.: Проспект, 2011. Т.1.

566. Финнис Дж. Естественное право и естественные права / пер. с англ. В. П. Гайдамака и А. Б. Панихиной. М.: ИРИСЭН, Мысль. 2012. - 554 с.

567. Фирсов Ф.Е. Концептуальный подход РФ в области разоружения. Деловые новости. Информационно-аналитическое агентство// <http://delonovosti.ru/analitika>

568. Хабриева Т.Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. 2009. № 2. С. 34-38.

569. Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 9.

570. Хабриева Т.Я. Современные юридические технологии в теории и практике правотворчества и правоприменения // Эффективность законодательства и современные юридические технологии. М., 2009.

571. Хабриева Т.Я. Социальный контроль и противодействие коррупции // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 4.

572. Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1.

573. Халимова Г.Р. Международно-правовая регламентация безопасности Гражданской авиации: автореф. дис.... канд. юр. наук: 12.00.10. Казань, 2007. 25 с.
574. ХаньФэй-цзы // Информационный портал по Китаю проекта АБИРУС // <https://www.abirus.ru/content/564/623/625/647/836/11102.html> (Дата обращения 25.10.18).
575. ХаньФэй-цзы // Средневековые исторические источники Востока и Запада // Восточная литература http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/China/I/Drvokit_fil/rametext14.htm (Дата обращения 25.10.18).
576. Хачатуров Р.Л. Толкование норм международного права по договорам Руси с Византией. Научная статья в журнале «Вектор науки Тольяттинского государственного университета» № 2. Серия: Юридические науки Тольятти: Тольяттинский государственный университет. 2010 г., С. 172.
577. Химичева О.В., Химичева Г.П. О совершенствовании принципов уголовного судопроизводства // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 4. С. 625 - 630.
578. Хохлова Е.А. Общественное обсуждение законопроектов и важных вопросов государственной и/или общественной жизни: конституционно-правовое регулирование и практика применения // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 4.
579. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Учебное пособие. Под ред. Проф. З.М. Черниловского. Составитель В.Н. Садиков. М., 1994.
580. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т.Т.1: Древний мир и Средние века. Н. А. Крашенинникова, О.Л. Лысенко, Е. Н. Трикоз. М.: Юр. Норма, НИЦ Инфра-М, 2016.
581. Царьков И.И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. СПб., 2006.
582. Царьков И.И., Кабардина Г.А. Ясная неясность юридического позитивизма // Право и политика. 2005. № 4. С.15-27.
583. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. Том I. Основы: пер. с нем. М., 2000.
584. Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право. М., 2011.
585. Цветаев Л.А. Начертание теории законов. М.: Тип. Университетская, 1816. 377 с.
586. Циммерман М. История международного права с древнейших времен до 1918 г. Прага, 1924.
587. Цирина М.А., Власова Н.В., Муратова О.В. Проблемы унификации международного частного права в современном мире // Журнал российского права. 2014
588. Цифровая диктатура: как в Китае вводят систему социального рейтинга // <https://www.rbc.ru/business/11/12/2016/584953bb9a79477c8a7c08a7> (Дата обращения 31.10.2018).
589. Червонюк В.И. Качество закона: современная концепция и проблемы демократизации // Юридическая техника. 2014. № 8.
590. Черданцев А. Ф. Вопросы толкования советского права: Учебное пособие Свердловск, 1979.
591. Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М., 2002.
592. Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М., 1979.
593. Черепанова И.В. Государственная служба Российской империи XIX века (Теоретическое исследование): Дис....канд. юрид. наук. Омск. 2001. 233 с.
594. Черепанова И.В. И.Е. Андреевский – теоретик государственного управления и государственной службы // Вестник омского университета. 2000. № 2. С. 124-126.
595. Черкашин А. Законодательство об инсайдерской информации РФ и ЕС: проблемы и перспективы // Актуальные проблемы предпринимательского права / под ред. А.Е. Молотникова. М. Стартап. 2015. №4. С. 150-161.
596. Черниловский З.М. От Маршала до Уоррена: очерки истории Верховного Суда США. М., 1982.
597. Черниченко С.В. Государство как личность, субъект международного права и носитель суверенитета // Российский Ежегодник международного права, 1993-1994. СПб.: Социально-коммерческая фирма «Россия-Нева», 1995. С. 16-47.
598. Черногор Н.Н., Залоило М.В. Актуальные проблемы правотворчества. М., 2018.
599. Черногорова М. Г. На пути в Европейский Союз. гражданство и иностранцы, язык, культурная автономия и национальные меньшинства. Изд-во «Гарбеинфо – Русский Телеграф», Таллинн, 2001.
600. Чернуха В.Г. Цензура в Европе и России // Цензура в России: история и современность. Сб. научных трудов. Вып.1. СПб., 2001. С. 8-12.
601. Червонюк В.И., Якадин Д.Д. Делегирование законодательных полномочий как вид юридических производств (сравнительно-правовой анализ) // Вестник Саратовской государственной юридической академии. №3(98). 2014.
602. Честнов И. Л. Универсальны ли права человека: Полемиические размышления о Всеобщей декларации прав человека // Правоведение. 1999. № 1. С. 73-82.
603. Честнов И.Л. Институт административных правонарушений в системе права // Автореф. дисс.... канд. юрид. наук. СПб.: СПб ЮИ МВД РФ, 1994. 22 с.
604. Честнов И.Л. Классическое определение источника права // Источник права: классическая и постклассическая парадигмы [Разуваев Н.В., Черноков А.Э., Честнов И.Л.]. СПб., 2011. СПб., 2011.
605. Честнов И.Л. Постклассическая диалогическая онтология права // Постклассическая онтология права / под ред. И.Л. Честнова. СПб.: Алетей, 2016.
606. Честнов И.Л. Постклассическая теория права. Монография. СПб.: Алетей-пресс, 2012. 650 с.
607. Честнов И.Л. Природа и этапы развития государственности // Правоведение. № 3. 1998.
608. Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2.

609. Чечельницкий И.В. Справедливость и правотворчество: монография. Москва.: Проспект, 2017. 176 с.
610. Чечетин А.Е. К вопросу о понятии оперативно-розыскных мероприятий // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Оперативно-розыскная теория и практика в государствах-участниках СНГ): вневедомственный сборник научных работ / под ред. А. Ю. Шумилова. Вып. 6. М.: Изд. Шумилова И. И., 2003. С. 89-98.
611. Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: Монография. М.: Издательский дом Шумилова И.И., 2006. 180 с.
612. Чечетин А.Е. Обеспечение прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий: монография / А.Е. Чечетин. СПб.: Изд-во СПб ун-та МВД России, 2016. 232 с.
613. Чжан Юй. Опыт китайских экономических реформ и их теоретическая значимость / Пер. с кит. Ефановой В.А. М.: ООО Международная издательская компания «Шанс», 2017.
614. Чиркин В.Е. Верхняя палата современного парламента: сравнительно-правовое исследование. Монография. М., Норма, НИЦИнфра-М, 2015.
615. Чиркин В.Е. Законодательная власть. Монография. М. Норма, НИЦ Инфра-М, 2016.
616. Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. 8 изд., перераб. и доп. М. Норма, НИЦ Инфра-М, 2014.
617. Чиркин В.Е. Легализация и легитимация государственной власти // Государство и право. 1995. № 8.
618. Чиркин В.Е. Общечеловеческие ценности и российское право // Общественные науки и современность. 2001. № 2. С. 64-76.
619. Чистое учение о праве Ганса Кельзена К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии // Отв. ред. В.Н.Кудрявцев, Н.Н.Разумович. Сб. пер. Вып. 1. М.: АН СССР ИНИОН, 1987. 195 с.
620. Чичерин Б.Н. Опыты по истории русского права / Б.Н. Чичерин. М.: Тип. Э. Барфкнехта, 1858. 389 с.
621. Чичерин Б.Н. Философия права. М.: Либроком, 2010. 344 с.
622. Шабалина Е.А., Синицына Н.И., Дорский А.А., Шмигельская Н.А. «Ученический договор» клуба с футболистом и паспорт игрока как критерии определения статуса профессионального спортсмена в практике Спортивного арбитражного суда (CAS) // Образование и право. № 7. 2018. С. 119-130.
623. Шалыганов Ю.В. Проект Россия. Полное собрание. М.: Эксмо, 2012. 944 с.
624. Шахматов А. В. Совершенствование оперативно-розыскного законодательства: состояние, проблемы, перспективы развития / А. В. Шахматов // Оперативно-розыскное противодействие организованной преступности (памяти профессора Д. В. Ривмана): материалы региональной научно-практической конференции. Ч. 2. СПб.: СПбУ МВД России, 2015. С. 170-175.
625. Шахрай С.М. Проблемы качества юридического образования // Интернет-конференция Шахрая Сергея Михайловича // URL: <http://www.garant.ru/action/conference/10208/> - 11.01.2018.
626. Швейцер А. Культура и этика. М.6 Прогресс, 1973. 437 с.
627. Шеймин П.Н. Полицейское право. Одесса, 1887.
628. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Москва-Тула, 2001.
629. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 4. М.: Изд-во Бр. Башмаковых, 1912. 805 с.
630. Шестакова, Е.В. Модельное законодательство: теоретико-правовые аспекты и практика применения: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2006. 203 с.
631. Шипилов А. Н. Правовое учение П. Е. Казанского о государственной власти. Дисс. канд. юрид. наук. Белгород. 2017. 148 с.
632. Шмелева Г.Г. Конкретизация юридических норм в правовом регулировании. Львов, 1988.
633. Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоповедения. Пер. и предисл. В.А. Краснокутского. М., 1908. 166 с.
634. Шугуров М.В. Баланс и дисбаланс как категории правовой реальности // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 4(5). С. 87-98.
635. Шугуров М.В. Феномен легитимности права: философско-правовое осмысление // Российский журнал правовых исследований. – 2015. № 1(2). С. 86-103.
636. Шумилов В.М. Введение в правовую систему ФРГ. М.: Бремен, 2001. 139 с.
637. Шумилов В.М. Правовая система США. М.: Международные отношения, 2016. 408 с.
638. Шумилов А.Ю. Оперативно-розыскная энциклопедия / А.Ю. Шумилов. М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2004. 364 с.
639. Шумилов А.Ю.; Васильев А.В. Особенности проведения оперативного эксперимента по взяточничеству в таможенном деле / А.Ю. Шумилов, А.В. Васильев // Оперативник (сыщик). 2018. № 2 (55). С. 12-17.
640. Шюц А. Избранное: Мир, светящийся смыслом. М., 2004.
641. Щелокаева Т.А. Юридические коллизии и коллизионные нормы: понятие, виды, Правоповедение. 2003. № 6.
642. Эбзеев Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный Суд. М., 1996. 349 с.
643. Эверс И.Ф.Г. Древнейшее русское право в историческом его раскрытии / И.Ф.Г. Эверс; перевод с немецкого Д. Языкова. СПб: Тип. Штаба Отд. корп. вн. Стражи, 1835. 442 с.
644. Энтин Л.М. Европейское право. М.: Норма-Инфра. 2002.
645. Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона: в 86 т. СПб: Тип. И.А. Ефрона, 1899.
646. Эсмен А. Общие основания конституционного права. СПб.: К.Т. Солдатенков, 1898. 357 с.

647. Эффективность законодательства в экономической сфере / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2010.
648. Эффективность законодательства: вопросы теории и практика / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, В.П. Емельянцева. М., 2015.
649. Эффективность правового регулирования: монография / под общ. ред. А.В. Полякова, В.В. Денисенко, М.А. Беляева. М.: Проспект, 2017. 240 с.
650. Эффективность правовых норм / Кудрявцев В.Н., Никитинский В.И., Самошенко И.С., Глазырин В.В. М.: Юрид. лит., 1980.
651. Эффективность правовых норм. М., 1980.
652. Юнг К.Г. Психологические типы. М., 1995.
653. Юридический конфликт / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2017.
654. Якушкин В.Я. Из истории русской цензуры // Русская печать и цензура в прошлом и настоящем. М., 1905. С. 1-45.
655. Ясперс К. Смысл и назначение истории. М., 1994.
656. Abo K. Some Aspects of the Court of Justice. L., P.4
657. Alder J. General Principles of Constitutional and Administrative Law. L., 2004. P.190
658. Allot A. African law // An introduction to legal system. London: Sweet and Maxwell, 1968. P. 131-156.
659. Bench-Capon T., Prakken H. Argumentation. Groningen: Springer, 2006. 22 p.
660. Braithwaite V.A., Scott W.A. Values. // J.P. Robinson, P.R. Shaver, L.S. Wrightsman, Measures of Personality and Social Psychological Attitudes. New York: Academic Press, 1991.
661. Burca G.de, Weiler J.(eds). Op.cit.P.78
662. Buzan B., Waeber O., Wilde J.D. Security: A New Framework for Analysis. London, Lynne Rienner Publishers, 1998. 239 p.
663. Chamon M. The Institutional Balance, an –Fated Principle of E11 Law// European Public Law. 2015. Vol.21. Iss.2. P.381-390
664. Cicourel A. Cognitive Sociology. Language and Meaning in Social Interaction. Penguin, 1973.
665. Clark D.; Merryman G. Comparative Law: Western European and Latin American Systems. Cases and materials. Stanford: Bobbs-Merrill, 1978. 1278 p.
666. Cruz R. A modern approach to comparative law. Deventer; Boston: Kluwer, 1993. 350 p.
667. Delmon J. (2009). Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Project and Risk. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
668. Eerola R., Mylly T., Saarinen P. Europa Liidu õiguse alused, Tartu ülikooli kirjastus, 2001, lk.111-123.
669. Fourth International Conference of Artificial Intelligence and Law. New York: ACM Press, 1993. P. 1-10.
670. Gerrard M. B. (2001). Public-Private Partnerships: What Are Public-Private Partnerships, and How Do They Differ from Privatizations? Finance & Development 38(3): 48–51.
671. Habermas J. Between Facts and Norms. Cambridge: 1996. P.136.
672. Habermas J. Technology and Science as «Ideology». London. 1971. P. 91-93.
673. Hodge G., Greve C. Public-Private Partnerships: An International Performance Review // Public Administration Review. 2007. June. -INFCIRC/153 (corrected)// www.un.org/ru/ga/iaea
674. Kelsen H. (1928). Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Tubingen.
675. Kerikmäe T. Euroopa Liit ja õigus, Tallinn: Õiguskirjastus, 2000, lk.40-51.
676. Kevelson R. The law as a system of signs. New York, London: Plenum Press, 1988. 331 p.
677. Kurakin A., Sukhareno A. Anti-corruption in the BRICS countries // BRICS Law Journal. 2018. № 5(1).
678. Laclau E. New Reflections on the Revolution of Our Time. London, Verso, 1990. 284 p.
679. Laclau E., Mouffe C. Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics. London, Verso, 1985. 197 p.
680. Millet T. The Court of First Instance of the European Communities. L., 1990. P.18,19
681. Natanson A. Anonymity: A Study in the Philosophy of Alfred Schutz. Bloomington, 1986.
682. Paramuzova O. Some legal aspects of the renaissance of the atomic power industry in the modern world // Bialystok, 2007.
683. Pertegás M., Marshall B. Party Autonomy and its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts // Brooklyn Journal of International Law. 2014. Vol. 39. No. 3. P. 975-1003.
684. Pertegás M., Marshall B. Party Autonomy and its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts // Brooklyn Journal of International Law. 2014. Vol. 39. No. 3. P. 975-1003.
685. Pollard D., Ross M. European Community Law. Text and Materials. L., 1994. P. 197.
686. Prakken H. A logical framework for modelling legal argument // Proceedings of the
687. Prakken H. Modelling reasoning about evidence in legal procedure // Proceedings of
688. Prakken H., Sartor G. A dialectical model of assessing conflicting arguments in legal reasoning // Artificial Intelligence and Law. 1996. № 4. P. 331-368.
689. Prakken H., Sartor G. The role of logic in computational models of legal argument: a critical survey // Computational Logic: Logic Programming and Beyond. Essays In Honour of Robert A. Kowalski. Ed. A. Kakas, F. Sadri. Part II. Berlin: Springer, 2002. P. 342-380.
690. Promoting People first Public-Private Partnerships (PPPs) for the UN SDGs // Inter-Agency Task Force on Financing for Development & United Nations Economic Commission for Europe: Issue Brief, 2016.
691. Public-private partnerships (PPPs): Proposed updates to the UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects// Res A/CN.9/939 6 April 2017;

A/CN.9/939/Add.2 26 February 2018; A/CN.9/939/Add.3 25 March 2018; UNECE Project Team on Model Law for PPP/Concessions.

692. Rorty R. *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton, Princeton University Press, 1979. 401 p.

693. Shadat Ssemakula Mutyab Mohamed. *Party Autonomy Doctrine is the Cornerstone of Arbitral Provisional Measures // International Academic Journal of Law and Society*. Volume 1. Issue 1. P. 28-43.

694. Shaw J. *Law of the European Union*. L., 2000. P. 154. 155.

695. *The Eighth International Conference of Artificial Intelligence and Law*. New York: ACM Press, 2001. P. 119-128.

696. *The Role and Future of the European Court of Court of Justice*. L., 1996.P.1, 3.

697. *The Role and Future of the European Court of Justice*. L., 1996.P.4

698. UNDP, 'Belt and Road: new path to regional development', Press release, 10 Nov. 2016.

699. World Bank, *Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement 2017*.

700. *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan*, UNCTAD, 2014.

701. Yeshnah D. Rampall & Ronan Feehily. *The Sanctity of Party Autonomy and the Powers of Arbitrators to Determine the Applicable Law: The Quest for an Arbitral Equilibrium // Harvard Negotiation Law Review*. 2018. Vol. 23. P. 345-404.

702. Bermejo Cabrero J.L. *Un texto afín al Fuero Viejo de Castilla: «El Fuero de los fijosdalgos y las Fazañas del Fuero de Castilla» // Anuario de historia del derecho español*. № 69. 1999.

703. Dworkin R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass., 2011.

704. *Fuero Real de España*. Glosado por Antonio Díaz de Montalvo. T 1. – Madrid, 1781.

705. García González J. *Notas sobre fazañas // Anuario de historia del derecho español*, № 33, 1963, págs. 609-624.

706. García-Gallo de Diego A. *Una colección de fazañas castellas del siglo XII // Anuario de historia del derecho español*. 1934. № 11. Pp. 522-532.

707. *Harvard Law Review*. Vol. 76. № 1. November 1962.

708. Kabatek J. *¿Cómo investigar las tradiciones discursivas medievales? El ejemplo de los textos jurídicos castellanos // Lengua medieval y tradiciones discursivas en la Península ibérica: descripción gramatical-pragmática histórica-metodología*. – Vervuert Verlagsgesellschaft, 2001. Pp. 97-132.

709. Laboulaye E. *Considérationssur la Constitution*. Paris: A. Durand, Franck, 1848. 135 p.

710. Laboulaye E. *Le Partilibéral. Son programme et son avenir*. 8-e éd. Paris: Charpentier et C, 1871. 344 p.

711. McCloskey R.G. *The Modern Supreme Court*. - Cambridge, Mass., 1972.

712. Morabito M. *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*. 12-e éd. Paris: Montchrestien, 2012. 554 p.

713. Pérez de Urbel, J. *Historia del Condado de Castilla*. - Madrid : Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Escuela de Estudios Medievales, 1945.

714. Perry Michael J. *Morality, Politics and Law*. N.Y.: Oxford University Press, 1988.

715. Prévost-Paradol L.-A. *La France nouvelle*. Paris: Michel Lévy frères, 1868. - 423 p.

716. Sánchez de la Torre A. *Los valores del Derecho // Anuario de filosofía del derecho*, № 13, 1967-1968, págs. 161-172.

717. Sánchez G. *Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano // Anuario de historia del derecho español*. 1929. № 6.

718. Sheldon Ch. *Supreme Court: Politicians in Robes*. Beverly Hills, 1970. P. XXI.

719. Simon J. *La libertépolitique*. 4-e éd. Paris: Librairie Hachette et C, 1871. 383 p.

720. Soler Bistue M. *A viva voz. La fuerza jurídica del relato en la fazaña medieval // Studi Ispanici*, № 39 2014, pp.41-51.

721. Soler Bistue M. *Los usos del pasado. Historia, derecho y narración en la Crónica de Pedro I y Enrique II de Pero López de Ayala y una colección de fazañas castellanas // e-Spania. Revue interdisciplinaire d'études hispaniques médiévales et modernes*. – 2010. – № 10. URL: <https://e-spania.revues.org/20164>. [Дата обращения: 03.03.2016]

722. Soler Bistué M.A. *Derecho, narración y racionalidad jurídica. El caso de la fazaña bajomedieval // Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, № 22, 2011, págs. 162-189.

723. Suárez Verdeguez F. *La colección de "fazañas" del ms.431 de la Biblioteca Nacional // Anuario de historia del derecho español*. № 14. 1943.

724. *The Court Years 1939-1975. The Autobiography of William O. Douglas*. - N.Y. 1980.

725. Tribe L. *American Constitutional Law*. Second edition. New-York: Foundation Press, 1988.

726. Tribe L. and Matz J. *The Uncertain Justice / The Roberts Court and the Constitution*. N.Y.: Picador books. P. 317; Burns James M. *Packing the Court. The Rise of Judicial Power and the coming crisis of the Supreme Court*. N.Y.: Penguin Books. P. 4-5, 250-254.

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

1. **АБАКАНОВА ВЕРОНИКА АНАТОЛЬЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного процесса Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

2. **АГЕЕВА ЕЛЕНА АЛЕКСАНДРОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного экономического университета.

3. **АКСЕНОВИЧ ОЛЬГА АЛЕКСАНДРОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), старший преподаватель кафедры теории права и гражданско-правового образования Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

4. **АЛЕКСЕЕВА НАТАЛЬЯ ИВАНОВНА** (Россия, Калининград), кандидат юридических наук, преподаватель Авиационного учебного центра Балтийского федерального университета им. И. Канта.

5. **АЛЕШИНА АЛЕКСАНДРА ВЛАДИМИРОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

6. **АРУТЮНЯН АВЕТИК ГАМЛЕТОВИЧ** (Республика Арцах, Степанакерт), кандидат юридических наук, доцент, учредитель и председатель Объединения молодых ученых и специалистов Арцаха.

7. **БАЙКЕЕВА СВЕТЛАНА ЕВГЕНЬЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры истории государства и права Санкт-петербургского университета МВД России.

8. **БОЧКАРЕВ СЕРГЕЙ ВАДИМОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

9. **ВАСИЛЬЕВ ИЛЬЯ АЛЕКСАНДРОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета.

10. **ВОЛКОВА СВЕТЛАНА ВАСИЛЬЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета.

11. **ГЛУХАРЕВА ЛЮДМИЛА ИВАНОВНА** (Россия, Москва), доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой теории права и сравнительного правоведения Российского государственного гуманитарного университета.

12. **ГЛУШАЧЕНКО СЕРГЕЙ БОРИСОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой государственного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

13. **ГОЛОВИНА АННА АЛЕКСАНДРОВНА** (Россия, Москва), кандидат юридических наук, старший научный сотрудник отдела теории права и междисциплинарных исследований законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

14. **ДЕНИСЕНКО ВЛАДИСЛАВ ВАЛЕРЬЕВИЧ** (Россия, Воронеж), кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права, международного права и сравнительного правоведения Воронежского государственного университета.

15. **ДЖАВАДОВА АЛИСА СИРАДЖЕДИНОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

16. **ДУНАЕВА НАТАЛЬЯ ВИКТОРОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала «Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», главный научный сотрудник Президентской библиотеки имени Б.Н. Ельцина».

17. **ЕРЕМИН ВИКТОР ВАЛЕРЬЕВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), аспирант юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

18. **ЗАЛОИЛО МАКСИМ ВИКТОРОВИЧ** (Россия, Москва), кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник отдела теории права и междисциплинарных исследований законодательства, доцент кафедры государственного, общеправовых и социально-гуманитарных дисциплин Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

19. **ЗАСОРИНА ТАТЬЯНА ДМИТРИЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат исторических наук; доцент, доцент кафедры социально-гуманитарных наук, экономики и права Северо-Западного государственного медицинского университета им. И.И. Мечникова.

20. **ЗЕМБАТОВ МАРАТ РУСЛАНОВИЧ** (Россия, Москва), кандидат экономических наук, руководитель Центра экономико-правового анализа Научно-исследовательского финансового института Министерства финансов России.

21. **ИГНАТЬЕВА ЕКАТЕРИНА ЮРЬЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), соискатель кафедры теории права и гражданско-правового образования Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

22. **ИГНАТЬЕВА МАРИНА ВАЛЕРЬЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

23. **ИЛЬИНА ТАТЬЯНА НИКОЛАЕВНА** (Россия, Курск), кандидат юридических наук, доцент, декан юридического факультета Курского государственного университета.

24. **КАЛИНИНА ЕЛЕНА ЮРЬЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории права и гражданско-правового образования Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

25. **КАРЛ АРДАК МАРАТОВИЧ** (Республика Казахстан, Костанай), капитан полиции, преподаватель кафедры оперативно-розыскной деятельности Костанайской академии МВД Республики Казахстан имени Шракбека Кабылбаева, адъюнкт Санкт-Петербургского университета МВД России.

26. **КАРПЕНКО КОНСТАНТИН ВИКТОРОВИЧ** (Россия, Москва), кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права Московского государственного института международных отношений МИД России.

27. **КОВКЕЛЬ НАТАЛЬЯ ФРАНЦЕВНА** (Республика Беларусь, Минск), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории права Белорусского государственного экономического университета, докторант Белорусского государственного университета.

28. **КОДАН СЕРГЕЙ ВЛАДИМИРОВИЧ** (Россия, Екатеринбург), доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, профессор кафедры теории государства и права Уральского государственного юридического университета.

29. **КОНСТАНТИНОВ КИРИЛЛ БОРИСОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры Российской Федерации.

30. **КОСОВСКАЯ ВИКТОРИЯ АЛЕКСАНДРОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

31. **КРУПЕНЯ ЕЛЕНА МИХАЙЛОВНА** (Россия, Москва), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права института права и управления Московского городского педагогического университета.

32. **ЛАПТЕВА ЛЮДМИЛА ЕВГЕНЬЕВНА** (Россия, Москва), доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета им. М.М. Сперанского Института права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ.

33. **ЛОМАКИНА ИРИНА БОРИСОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры Российской Федерации.

34. **ЛУКОВСКАЯ ДЖЕНЕВРА ИГОРЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета.

35. **МАЛЫШЕВА НАТАЛИЯ ИВАНОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета.

36. **МАСЛОВА СВЕТЛАНА ВАЛЕНТИНОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного и муниципального управления Санкт-Петербургского государственного университета, докторант кафедры международного права Санкт-Петербургского государственного университета.

37. **МАТЧАНОВА ЗОЯ ШАРИФОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

38. **МАШИНСКАЯ НАТАЛЬЯ ВИКТОРОВНА** (Россия, Архангельск), кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой уголовного права и процесса Северного (Арктического) федерального университета им. М.В. Ломоносова.

39. **МИХАЛЕНКО ЮЛИЯ ВЛАДИМИРОВНА** (Россия, Москва), аспирантка международно-правового факультета Московского государственного института международных отношений Министерства иностранных дел РФ.

40. **МОРОЗОВА СВЕТЛАНА АЛЕКСЕЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат педагогических наук, доцент, профессор кафедры теории права и гражданско-правового образования Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

41. **МОШНОВ АЛЕКСАНДР НИКОЛАЕВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат экономических наук, доцент кафедры экономической теории Санкт-Петербургского государственного электротехнического университета «ЛЭТИ».

42. **ОРЛОВА ИННА АНАТОЛЬЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры европейских исследований факультета международных отношений Санкт-Петербургского государственного университета.

43. **ПАВЛОВ ВАДИМ ИВАНОВИЧ** (Республика Беларусь, Минск), кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь.

44. **ПАВЛОВА СВЕТЛАНА ВИКТОРОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой теории и истории государства и права Санкт-Петербургской юридической академии.

45. **ПАРАМУЗОВА ОЛЬГА ГЕННАДЬЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент кафедры правоведения юридического факультета Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ.

46. **ПАШЕНЦЕВ ДМИТРИЙ АЛЕКСЕЕВИЧ** (Россия, Москва), доктор юридических наук, профессор, и.о. заведующего отделом теории права и междисциплинарных исследований законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

47. **ПЕТРОВА ЕКАТЕРИНА АЛЕКСЕЕВНА** (Россия, Иваново), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Ивановского государственного университета.

48. **ПОТАПОВ ЮРИЙ АЛЕКСЕЕВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры общетеоретических правовых дисциплин Северо-Западного филиала Российского государственного университета правосудия.

49. **ПРОЦЕНКО ЕВГЕНИЙ ДМИТРИЕВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры государственного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

50. **РОМАНОВ АЛЕКСЕЙ ЮРЬЕВИЧ** (Россия, Москва), аспирант кафедры государственного права, общеправовых и социально-гуманитарных дисциплин Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

51. **РОМАШОВ РОМАН АНАТОЛЬЕВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, профессор кафедры теории права и правоохранительной деятельности Санкт-Петербургского Гуманитарного университета профсоюзов.

52. **САВЕЛЬЕВА АЛЕКСАНДРА ПАВЛОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), ассистент кафедры «Земельное и экологическое право» Высшей школы юриспруденции и судебно-технической экспертизы Гуманитарного института Санкт-Петербургского политехнического университета Петра Великого.

53. **САВИНСКИЙ АЛЕКСАНДР ВАСИЛЬЕВИЧ** (Россия, Архангельск), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права и процесса Северного (Арктического) университета им. М.В. Ломоносова.

54. **САФОНОВ ВЛАДИМИР НИКОЛАЕВИЧ** (Россия, Москва), доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры конституционного права Российского государственного университета правосудия.

55. **СВЕТЛОВ АЛЕКСАНДР ИГОРЕВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), старший преподаватель кафедры государственного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

56. **СЕМАКОВ АЛЕКСАНДР АНАТОЛЬЕВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), лечебный факультет Северо-Западного государственного медицинского университета им. И.И. Мечникова.

57. **СКОРОБОГАТОВ АНДРЕЙ ВАЛЕРЬЕВИЧ** (Россия, Казань), доктор исторических наук, доцент, профессор кафедры теории государства и права и публично-правовых дисциплин Казанского инновационного университета им. В.Г. Тимирязева.

58. **СМИРНОВ ЛЕОНИД БОРИСОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

59. **СНЕТКОВ ВИТАЛИЙ НИКОЛАЕВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), доктор политических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Санкт-Петербургского политехнического университета Петра Великого.

60. **ТРЕТЬЯКОВА ЕКАТЕРИНА СЕРГЕЕВНА** (Россия, Пермь), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского и предпринимательского права Пермского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

61. **УРУСОВ ТАМЕРЛАН РУСЛАНОВИЧ** (Россия, Москва), аспирант кафедры государственного права, общеправовых и социально-гуманитарных дисциплин Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

62. **ХАРИТОНОВ ЛЕОНИД АЛЕКСАНДРОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

63. **ЦВЕТКОВ РОМАН ТИМУРОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), аспирант юридического факультета Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

64. **ЧЕРНОКОВ АЛЕКСЕЙ ЭДУАРДОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры государственного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

65. **ЧЕРНЯВСКИЙ АЛЕКСАНДР ГЕННАДЬЕВИЧ** (Россия, Москва), доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного (государственного) и международного права Военного университета Министерства обороны Российской Федерации.

66. **ЧЕСТНОВ ИЛЬЯ ЛЬВОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры Российской Федерации.

67. **ЧУГУНКОВ ПЕТР ИВАНОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), аспирант юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

68. **ШАДРИНА ЕКАТЕРИНА ГЕННАДЬЕВНА** (Россия, Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного процесса Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

69. **ШАХМАТОВ АЛЕКСАНДР ВЛАДИМИРОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры оперативно-разыскной деятельности в ОВД Санкт-Петербургского университета МВД России.

70. **ШМИГЕЛЬСКАЯ НАДЕЖДА АЛЕКСАНДРОВНА** (Россия, Санкт-Петербург), аспирантка юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

71. **ШУБНИКОВ ЮРИЙ БОРИСОВИЧ** (Россия, Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

Научное издание

ПРАВОТВОРЧЕСТВО КАК ИНДИКАТОР
ПРАВОВЫХ ЦЕННОСТЕЙ:
ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОЕ,
НАЦИОНАЛЬНОЕ И
МЕЖДУНАРОДНОЕ ИЗМЕРЕНИЯ

Коллективная монография

ЦНИТ «АСТЕРИОН»

Заказ № 228. Подписано в печать 22.11.2018 г.

Бумага офсетная. Формат 60×84^{1/16}. Объем 33,25 п.л. Тираж 90 экз.

Санкт-Петербург, 191015, а/я 83, тел./факс (812) 685-73-00, 970-35-70

E-mail: asterion@asterion.ru