ЗАКОН
ИЗиСП

Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

В. В. Лазарев

# Избранное последнего десятилетия

НОРМА
Москва, 2020

УДК 34(081.2)Лазарев В. В.
ББК 67я44+67д(2)Лазарев В. В.
Л17

Электронно-Библиотечная Система
znanium.com

*Одобрено секцией публичного права Ученого совета Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации*

**Рецензенты**

**С. Б. Поляков** — профессор кафедры теории и истории государства и права Пермского государственного национального исследовательского университета, доктор юридических наук, адвокат.

**Н. Н. Черногор** — заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, профессор РАН.

**Лазарев В. В.**

Л17 Избранное последнего десятилетия / В. В. Лазарев. – Москва : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации : Норма, 2020. — 760 с.

ISBN 978-5-00156-111-8 (Норма)
ISBN 978-5-16-109164-7 (ИНФРА-М, online)

В сборнике представлены избранные научные публикации автора в период с 2010 по 2020 г., посвященные наиболее общим вопросам теории государства и права, а также отдельным проблемам государственно-правовой жизни. Традиционно значительное внимание уделено проблемам взаимосвязи законодательства и правоприменительной практики.

Для ученых-юристов и всех, кто заинтересован в дискуссии по вопросам государственно-правового развития.

УДК 34(081.2)Лазарев В. В.
ББК 67я44+67д(2)Лазарев В. В.

ISBN 978-5-00156-111-8 (Норма)
ISBN 978-5-16-109164-7 (ИНФРА-М, online)

© Лазарев В. В., 2020

Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation

V. V. Lazarev

# Favorites of the Last Decade

NORMA
Moscow, 2020

*Approved by the Section of Public law of the Scientific Council of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation*

**Reviewers**

**S. B. Polyakov** — Professor of the Theory of Law and State Department of the Perm State National Research University, Doctor of Law, Advocate.

**N. N. Chernogor** — Deputy Director of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation.

**Lazarev V. V.**

Favorites of the Last Decade / V. V. Lazarev. – Moscow : The Institute of Legislation and Comparative Law Under the Government of the Russian Federation : Norma, 2020. – 760 p.

The collection contains selected scientific publications of the author of the period from 2010 to 2020, devoted to both the most general issues of the theory of state and law, and individual problems of state and legal life. Traditionally, much attention is paid to the problems of the relationship between legislation and law enforcement practice. During this period, the author had the opportunity to head the Department for the Implementation of Judicial Decisions into the Legislation of the Russian Federation.

The presented works will be of interest both to legal scholars and to all those who are interested in discussions on issues of state and legal development.

## Содержание

**От автора** ....15
**Об авторе** ....20
Биография В. В. Лазарева ....20
От редакции «Lex Russica» ....24
**I. Юридическая наука: проблемы исследования и преподавания** ....30
Поиск науки о праве и государстве (научно-публицистическое эссе) .... 30
Юридическая наука: современное состояние, вызовы и перспективы (размышления теоретика) .... 43
Юридическая наука: продолжение полемики .... 61
Integrative Perception of Law .... 80
Интегративное восприятие права .... 93
Правовые отношения — это и есть жизнь права, и, в отличие от известных времен, мы можем ее объективно оценивать .... 108
Риски в юридической науке .... 119
К вопросу о рисках юридической науки .... 136
Об эволюции правопонимания в российской доктрине права .... 153
Государство в свете мемологии .... 162
К вопросу о трансдисциплинарности в постнормальной науке права .... 178
**II. Правовой статус человека и гражданина** .... 184
Гражданское общество и концепция адвокатуры Н. В. Андрианова (совместно с Т. Н. Радько) .... 184
Конституционные ограничения конституционных ценностей .... 188

«Человеческое измерение» правоприменительной практики в Арктической зоне Российской Федерации ... 198
Естественно-правовые основания ограничения прав человека и гражданина ... 206
Культурные традиции права. Рецензия на книгу Г. В. Мальцева «Культурные традиции права» ... 222
Об ограничении права гражданина на жалобу ... 230
Разумность и определенность в правовом регулировании с позиций интегративного восприятия права ... 236
Конституция как стабилизирующий фактор развития общества ... 245
Оценивать рационально и конкретно-исторически. Комментарий к Закону о поправке к Конституции РФ ... 261
**III. Общие вопросы правотворчества и правоприменения** ... 266
Закономерности развития современного права и юридическая глобалистика (совместно с А. Х. Саидовым) ... 266
Техника учета решений Конституционного Суда Российской Федерации в законодательной деятельности ... 274
Общетеоретические положения, подлежащие учету в оценке предложений по внесению изменений и дополнений в КПЭА ... 299
Принцип правового государства в механизме совершенствования деятельности органов государственной власти (совместно с А. В. Поповым) ... 303
Лоббирование правотворческих решений ... 319
Экстремизм (интервью, данное Ю. С. Пилипенко и Я. Розовой — программа «Правовой аспект» радиостанции «Эхо Москвы» 27 сентября 2013 г.) (совместно с А. Р. Султановым) ... 334
Обоснование идеи имплементации судебных решений в законодательные акты (совместно с Д. А. Фурсовым) ... 345



Об органичности для права разумности и определенности (рецензия на книгу: Власенко Н. А. «Разумность и определенность в правовом регулировании») ... 367
Создание отдела Института законодательства по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации — стратегическая инновация в законотворчестве ... 371
Восприятие законодателем судебного права ... 378
Technologies. Law. Person (co-authored with D. A. Fursov) ... 393
Субъективный фактор в решении вопросов системы права ... 407
Функциональная характеристика принципов права ... 415
Доктрина имплементации решений судебных органов в законодательство ... 427
**IV. Суд и судебные решения** ... 440
Нормативная природа судебного прецедента ... 440
Прецедент: реалии и перспективы в российском праве ... 451
Особенности аргументации позиции постоянного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде РФ ... 464
Место и роль суда в правовой системе ... 477
Лоббизм в конституционном судопроизводстве ... 493
О суверенитете суда ... 511
Толкование права: классика, модерн и постмодерн ... 518
Мониторинг судебных решений в современном культурном пространстве России ... 536
Объективное и субъективное в интерпретационных актах суда ... 544
Диалектика объективного и субъективного в интерпретационных актах суда ... 554
Конкретизация судебной практикой оснований признания нормативного правового акта недействующим (совместно с С. Б. Поляковым) ... 566

Интеграция права и имплементация интегративных подходов к праву в решении суда ..... 580
Установление содержания права в судебных решениях (совместно с Д. А. Фурсовым)..... 595
Правосудие в международном пространстве: сравнительно-правовой срез (совместно с Д. А. Фурсовым)..... 613
К вопросу о роли правосудия в жизни государства (совместно с Д. А. Фурсовым)..... 639
Правосудие в жизни общества (совместно с Д. А. Фурсовым)..... 645
О месте и значении судебного прецедента в механизме правового регулирования ..... 665
Ограничение права судебными решениями ..... 676
**V. Из истории правовой мысли** .....690
Отзыв о диссертации С. А. Егорова «Ярославская юридическая школа. Анализ научно-педагогического опыта Демидовского лицея» ..... 690
Об экзистенции отечественной юридической науки..... 700
Поиск государства (научно-публицистическое эссе) ..... 709
Интегративное видение государственности в ранних работах Маркса ..... 723
Право и закон в программируемом обществе. К 100-летию Даниела Белла. ..... 729
Вспоминая А. И. Денисова. К вопросу о сущности государства..... 735
О критическом методе правоведения..... 745

## Table of contents

**From the author** ..... 15
**About the author**..... 20
Biography of V. V. Lazarev..... 20
From The Lex Russica editorial office ..... 24
**I. Legal Science: Problems of Research and Teaching** ..... 30
Search for the science of law and state (scientific and publicistic essay) ..... 30
Legal science: current state, challenges and prospects (reflections of the theoretician) ..... 43
Legal science: continuation of the controversy ..... 61
Integrative Perception of Law ..... 80
Integrative perception of law ..... 93
Legal relations — this is the life of law, and, unlike known times, we can objectively assess it ..... 108
Risks in legal science .....119
To the question of the risks of legal science ..... 136
On the evolution of legal thinking in the Russian doctrine of law ..... 153
Mr. States countries in the light of memologii..... 162
To the question of transdisciplinarity in the post-normal science of law ..... 178
**II. The Legal Status of a Person and a Citizen**..... 184
Civil society and the concept of the legal profession N. V. Andrianova (together with T. N. Radko) ..... 184
Constitutional restrictions on constitutional values ..... 188

«Human dimension» of law enforcement practice in the arctic zone of the Russian Federation ..... 198
Natural-legal grounds on the borderline of human and civil rights ..... 206
Cultural traditions of law. Book review: Maltsev G. V. Cultural traditions of law ..... 222
On the restriction of the citizen's right to complaint ..... 230
Reasonableness and certainty in legal regulation from the standpoint of integrative perception of law ..... 236
The constitution as a stabilizing factor in the development of society ..... 245
Evaluate rationally and concretely historically. Commentary on the Law on Amendments to the Constitution of the Russian Federation ..... 261
**III. General issues of lawmaking and law enforcement** ..... 266
Laws of development of modern law and legal globalistics (together with Saidov A. Kh.) ..... 266
Technique for taking into account decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation in legislative activity ..... 274
General theoretical provisions to be taken into account in the evaluation of proposals for amendments and additions to the KPEA ..... 299
The principle of the rule of law in the mechanism of improving the activities of public authorities (together with Popov A. V.) ..... 303
Lobbying for law-making decisions ..... 319
Extremism (interview with Yu. S. Pilipenko and Ya. Rozova — the program «Legal aspect» of the radio station *Echo of Moscow* 09/27/2013) (together with Sultanov A. R.) ..... 334
Substantiation of the idea of implementing judicial decisions into legislative acts (together with D. A. Fursov) ..... 345



About organicity for the law of rationality and certainty (book review: Vlasenko N. A. Reasonableness and certainty in legal regulation) ..... 367
Creation of a department of the Institute of Legislation for the implementation of judicial decisions into the legislation of the Russian Federation — a strategic innovation in lawmaking ..... 371
Legislator's perception of judicial law ..... 278
A Technologies. Law. Person (co-authored with Fursov D. A.) ..... 393
Subjective factor in solving issues of the legal system ..... 407
Functional characteristics of the principles of law ..... 415
Doctrine of the implementation of judicial decisions into legislation ..... 427
**IV. Court and judgments** ..... 440
Normative nature of judicial precedent ..... 440
Precedent: realities and prospects in Russian law ..... 451
Features of the argumentation of the position of the Permanent Representative of the State Duma in the Constitutional Court of the Russian Federation ..... 464
Place and role of the court in the legal system ..... 477
Lobbying in constitutional proceedings ..... 493
About the sovereignty of the court ..... 511
Interpretation of Law: Classical, Modern and Postmodern ..... 518
Monitoring of court decisions in the modern cultural space of Russia ..... 536
Objective and subjective in the interpretative acts of the court ..... 544
Dialectics of the objective and the subjective in the interpretational acts of the court ..... 554
Specification by judicial practice of the grounds for recognizing a normative legal act as invalid (together with Polyakov S. B.) ..... 566
Integration of law and implementation of integrative approaches to law in a court decision ..... 580

Establishing the content of the law in court decisions (together with D. A. Fursov) ..... 595
Justice in the international space: a comparative legal cross-section (together with D. A. Fursov) ..... 613
To the question of the role of justice in the life of the state (together with D. A. Fursov) ..... 639
Justice in the life of society (together with D. A. Fursov) ..... 645
On the place and significance of the judicial precedent in the mechanism of legal regulation ..... 665
Limitation of rights by court decisions ..... 676
**V. From the history of legal thought** ..... 690
Review of the thesis by S. A. Egorova «Yaroslavl law school. Analysis of the scientific and pedagogical experience of the Demidov lyceum» ..... 690
About the existence of domestic legal science ..... 700
Search for the state (scientific and publicistic essay) ..... 709
An integrative vision of statehood in the early works of Marx ..... 723
Law and law in a programmed society. Daniel Bell's 100th birthday ..... 729
Remembering A. I. Denisov. On the question of the essence of the state ..... 735
About the critical method of jurisprudence ..... 745

## От автора

В 2010 году вышли три тома моих избранных трудов, в которые вошли монографии, брошюры и статьи, опубликованные в период с 1966 г.[1] Был пройден некий категорийный маршрут, и по правилам горного туризма была поставлена Точка. Казалось бы, следовало успокоиться. Но время продолжает листать мои страницы. Сразу десятилетие листнуло!

Нет, никаких вершин покорено не было. Однако пройден еще один перевал и вполне оправданны претензии на новую Точку. Следовательно, надо предъявлять отчет. А начать его целесообразно с рядом оговорок или, если угодно, с отговорок.

Во-первых, автор никогда не считал своей целью научные исследования и всегда оставался преподавателем. Университетское профессорское звание, признаюсь, было более значимо, чем степень доктора юридических наук. Подготовленные учебные программы, учебники и учебные пособия занимают в моем творчестве главенствующее место.[2]

[1] *Лазарев В. В.* Избранные труды: в 3 т. Т. 1: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. М., 2010; Т. 2: Закон. Законность. Применение закона. М., 2010; Т. 3: Из истории политической мысли. М., 2010. В трехтомнике нет монографии «Применение советского права» (изд-во Казанского ун-та, 1972), которая затем вошла в книгу: *Лазарев В. В.* «Шестидесятничество» казанских лет». М., 2017. А в этой последней, к сожалению, нет моего **первого** «научного опуса» — тезисов доклада «Советы как органы государства и общественного самоуправления», произнесенного на конференции, посвященной 100-летию Парижской коммуны.

[2] Основы советского государства и права: учебник (в соавт.). Казань, 1974; Суд и правосудие в СССР: учебник для вузов (в соавт.). Казань, 1980; Правовые основы обеспечения общественного порядка: учеб. пособие (в соавт.). М., 1987; Правоприменительная деятельность органов внутренних дел: учеб. пособие (в соавт.). М., 1989; *Лазарев В. В.* Теория государства и права (актуальные проблемы). М., 1992; Общая теория права (в соавт.): курс лекций / под ред. *В. К. Бабаева*. Нижний Новгород, 1993; Общая теория права (в соавт.). М., 1994; Общая теория права и государства (науч. ред. и соавтор). М., 1994, 1996, 1999; Теория права и государства (в соавт.): курс лекций. Уфа, 1994; Актуальные проблемы теории права (в соавт.): курс лекций. Уфа, 1995; Теория права и государства (в соавт.). М., 1995; Общая теория права: учебник для юридических вузов. М., 1995; Конституционное право / под ред. *А. Е. Козлова* (соавтор и рук. авт. колл.). М., 1996; Основы права (науч. ред. и соавтор). М., 1996, 1998; Теория государства и права (науч. ред. и соавтор). М., 1996; Конституционное право: учебник. (отв. ред. и

Никто и никогда не давал мне тему для научной работы. Все научные статьи и книги производны от преподавательской работы. В течение 1963—2018 гг. в разных вузах в разное время я вел три полноценных учебных курса и два спецкурса, в каждом из которых были свои научные проблемы теоретического и практического порядка, требующие осмысления и доведения до заинтересованной аудитории. Отсюда язык публикаций далеко не академический.

Во-вторых, нельзя не заметить влияния на выбор тем и методику подачи материала факта участия автора в многочисленных научных конференциях. Публикации рождались на основе произнесенных докладов. Приверженность к полемическому дискурсу, сама постановка вопроса иногда превалирует над обстоятельным всеобъемлющим его анализом. Соответствующие публикации необходимо оценивать в контексте всех материалов соответствующих конференций, представляющих достаточно объемные сборники[1].

В-третьих, многие публикации навеяны теми впечатлениями и знаниями, которые обусловлены соприкосновением с практической работой юриста. Имеются в виду плановые стажировки в органах прокуратуры, суда и милиции, а также штатная работа в Государственной Думе и Конституционном Суде РФ. Особо следует указать на работу в составе официальных групп по подготовке законопроектов о молодежи, о гражданстве, КоАП, о нормативных актах, о защите чести и др. Выделяется здесь давняя работа в качестве руководителя коллектива по подготовке Устава г. Москвы.

При оценке соответствующих идей и их аргументации следует учитывать, что автор всегда исходил из относительности провозглашаемых истин, необходимости использования принципа дополнительности и выхода, в конечном счете, на интегративное восприятие реальностей. Внимательный читатель может заметить эволюцию взглядов автора. Если в первых своих публикациях он непреложно следовал парадигме континентальной системы права и в изложении материа-

соавтор). М., 1998; Правоведение (в соавт.). М., 2001; История государственно-правовых учений (науч. ред и соавтор). М., 2006; История политических и правовых учений (науч. ред. и соавт.). М., 2008; Теория государства и права (в соавт. с С. В. Липенем). М., 1998; Теория государства и права (в соавт. с С. В. Липенем). М., 2000, 2004, 2010).

[1] Следует отметить четыре площадки проведения наиболее авторитетных форумов теоретиков права: Нижегородская академия МВД РФ (В. К. Бабаев, В. М. Баранов, В. А. Толстик); Российская академия (университет) правосудия (В. В. Ершов, В. М. Сырых); МГЮА им. О. Е. Кутафина (В. Н. Синюков, Т. Н. Радько, А. В. Корнев); ИЗиСП при Правительстве РФ, в котором самое непосредственное участие всегда принимала академик Т. Я. Хабриева.



ла господствовали легистские ценности, то в дальнейшем можно заметить все большее признание правотворческой роли суда, обоснование значения судебного прецедента. В условиях стремительного и часто хаотичного движения, а главное, одномоментного схватывания его цифрой трудно ждать полнокровных решений законодателя и только суд может оперативно и во всех нюансах обосновать государственно-властное решение. За короткое время произошли такие изменения в технологической фактуре правопорядка и приоткрылись такие «черные дыры» в перспективах правового регулирования, что индивидуальные средства в некоторых областях претендуют занять лидирующие роли. Нормативно-правовые акты могут оказаться бессильными, если условно принять характеристики естественниками черных дыр как бездонных гравитационных ям пространства-времени, называемых гравитационной сингулярностью. В ранних статьях говорилось просто о границах и пределах правового регулирования, о неизбежности пробелов в законодательстве и пр., но перспективы таковы, что присутствие законодателей вообще может оказаться излишним. Индуктивное видение права и экспертные оценки для каждого конкретного случая оказываются более эффективными. Они не потеряют своей актуальности даже при самых выдающихся успехах цифрового права и цифровой юстиции.

Предлагаемые читателю публикации могут иметь главным образом историческую ценность. По ним можно видеть, каковы были реалии определенного времени, каковы были возможности их публичного отражения и каков выход на практику. Сегодня приходится оговаривать естественно печальную будущность многих идей в свете перспектив нашего цифрового времени. Перспектива юридического образования видится так, что оно непременно будет осуществляться в параметрах и оболочке используемых на практике компьютерных программ и технологий. По отношению к отраслевым юридическим дисциплинам, по отношению к юридическим практикам в этом не приходится сомневаться. Но в то же время есть основание надеяться, что философия права не утратит общенаучного значения и преподавание общей теории государства и права сохранит ценности классического гуманитарного образования. Более того, оно будет противостоять тем технократам, которые откровенно или замаскированно пропагандируют свои взгляды во имя поддержания корыстных интересов экономически и политически властвующих элит.

Сказанное оттеняет значение методологических аспектов правоведения[1]. Более системное восприятие авторских позиций может быть почерпнуто из содержания двух книг, написанных в соавторстве с коллегами — профессором С. В. Липенем и академиком А. Х. Саидовым, к которым автор питает давние дружеские чувства и неизменную симпатию[2].

В предлагаемом сборнике нет газетных статей. Это были, как правило, полемические выступления «на злобу дня» (например, в «Известиях», «Московских новостях», «Независимой газете», «Адвокатской газете», «Парламентской газете»). Упоминаю о них, поскольку они могли бы пролить свет на идеологию, сопровождавшую собственно научные публикации. В этой части интересны также газетные оценки моего творчества со стороны неизвестных мне авторов (например, рецензия на книгу «Чаадаев» в газете «Известия» и на учебник «История политических учений» в «Литературной газете»).

И последнее. Было бы наивно и самонадеянно предлагать свои суждения в качестве истины в последней инстанции (*ipsi dixi*). Кроме общепризнанного принципа относительности истины, есть принцип фаллибилизма (от англ. *fallible* — погрешимый), согласно которому никакая научная теория не может быть обоснована стопроцентно, поскольку может обнаружиться ошибочность любой из них, включая самые фундаментальные[3]. Цифровое право и цифровая юриспруденция могут породить иллюзии цифровой науки. Но известная формула Пифагора «Все есть число» менее всего приложима к исходным началам философии и общей теории государства и права. Даже если оставить в стороне теологическую теорию, в которой безальтернативно главенствует одно божественное откровение, мы вынуждены будем признать величие многих субъективных факторов, питающих истину не в мень-

[1] Современная методология исследования государственно-правовых реалий позволяет вносить существенную лепту в признание фундаментальности правоведения. Теоретику приходится озаботиться этим, поскольку в России мало кого волнует развитие фундаментальных наук. А гуманитарные науки многие и за науки не принимают. Хуже того, науки о государстве и праве скорее вызывают неприятие, поскольку соответствующие институты в представлении обывателя вяжутся исключительно с ограничением его свободы. Связывать с ними благополучие людей — не многим приходит в голову.

[2] См.: *Лазарев В. В., Липень С. В., Саидов А. Х.* Проблемы общей теории jus: учебник для магистрантов юридических вузов. М., 2014; *Лазарев В. В., Липень С. В.* История и методология юридической науки: университетский курс для магистрантов юридических вузов. М., 2016.

[3] См.: *Хайтун С. Д.* Кризис науки как зеркальное отражение кризиса теории познания. Кризис теории познания. М., 2014. С. 2.



шей степени, чем объективно складывающиеся формальные числовые характеристики. Я понимаю Чаадаева, когда он говорит, что истину «нельзя выразить числом»[1]. И в толпе она не рождается. Истину по крупицам можно собрать в сусеках богатейших библиотек мира, где письменно или электронно блистают могущественные умы одиноких интеллектуалов.

[1] *Чаадаев П. Я.* Полное собрание сочинений и избранные письма / отв. ред. *З. А. Каменский.* Т. 1. М., 1991. С. 524.

# Об авторе

## Биография В. В. Лазарева[1]

Валерий Васильевич Лазарев – доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации.

Родился 25 октября 1940 г. в с. Ключевое Сергачского района Горьковской области.

В 1963 г. окончил юридический факультет Казанского государственного университета.

В 1967 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему: «Пробелы в советском праве и методы их установления». В 1977 г. – докторскую диссертацию на тему: «Правоприменительные акты и их эффективность в условиях развитого социалистического общества». В 1981 г. присвоено ученое звание профессора.

С 1963 г. работал в качестве ассистента на кафедре теории и истории государства и права Казанского государственного университета. В последующем он занимал должности старшего преподавателя, доцента, профессора и начальника научно-исследовательской части юридического факультета — заместителя декана по науке. В 1982 г. приглашен на работу в Академию МВД (г. Москва), где с 1986 по 1998 г. руководил кафедрой государственно-правовых дисциплин. С 1998 по 2003 г. занимал должность Постоянного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации — заместителя начальника Правового управления Государственной Думы. С 2001 г. по совместительству, а с 2003 на постоянной основе — профессор кафедры теории государства и права МГЮА. Научный руководитель юридического факультета Международного института права и экономики (МИЭП), главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

[1] См.: *Сырых В. М.* Правовая наука и юридическая идеология России // Энциклопедический словарь биографий и автобиографий. Т. 3 / отв. ред. *В. М. Сырых*. М., 2015. С. 972–975.



Сфера научных интересов: проблемы общей теории права и государства, история политических и правовых учений, конституционное право.

Автор свыше 300 научных работ.

Основные труды: «Применение советского права» (Казань, 1972), «Пробелы в праве и пути их устранения» (М., 1974), «Эффективность правоприменительных актов» (Казань, 1975), «Социально-психологические аспекты применения права» (Казань, 1982), «Чаадаев» (М., 1986), «Общая теория права и государства (М., 2000–2007) (соавт., отв. ред., рук. авт. колл.). В 2010 г. изданы «Избранные труды» этого ученого в трех томах. В 1972 г. за цикл работ по теории права первым из юристов был удостоен премии Ленинского комсомола. Книга «Пробелы в праве и пути их устранения» издана в Венгрии, учебник «Общая теория права и государства» издан в Китае, а теоретические статьи публиковались в Болгарии, Венгрии, Германии, Финляндии.

Научная деятельность начиналась с проблематики — установление возможностей и пределов правового эксперимента. Вторая проблема, к которой обратился автор, — пробелы в праве. Усилия автора были направлены прежде всего на установление пробелов, отграничение их от смежных и сходных явлений. Отсюда обозначился выход на общую проблему — сферы и пределы правового регулирования, которой были посвящены ряд его статей. Вывод был таков, что не все общественные отношения допускают правовое регулирование, а те, что допускают, не всегда его требуют. Пробелы в праве следует искать только в сфере правового регулирования. Установление конкретного пробела в правовом регулировании влечет за собой практические действия по их устранению правотворческим органом. В.В. Лазарев первым обосновал позицию о том, что в процессе правоприменения пробелы не устраняются, а только преодолеваются на основе вырабатываемых практикой правоположений. Ученый различал правотворческую деятельность, деятельность по конкретизации права и преодолению пробелов. В связи с этим автор рассматривает общие вопросы реализации права и особенно такую ее форму, как правоприменение. Исследуя в своих монографиях социально-психологические аспекты применения права, вопросы эффективности правоприменительных актов, он прослеживает вклад правоприменения в достижение того социального результата, к которому стремился законодатель.

В учебниках по теории государства и права и в отдельных статьях проявилась авторская позиция по ряду вопросов, и в частности по тому, где и как следует вести «поиск права» и «поиск государства». Автору свойственно разделять чувственное и рациональное в познании, ему близка теория относительности всякого знания. Отсюда декларируется приверженность к интегративной (интегральной) юриспруденции. Большое значение придается понятию «Jus», интегрирующему юснатурализм и юспозитивизм, естественное и позитивное право, право и правосудие, свободу и справедливость.

Объективистский подход проявился и в изложении ряда направлений политической мысли (например, марксистского учения, утопического социализма и др.) и взглядов отдельных мыслителей. Примечательна в этом отношении книга о Чаадаеве, в западничестве которого автор увидел глубокий патриотизм.

В исследовании проблем правоприменения В.В. Лазарев предпринял весьма успешную попытку выйти за пределы традиционного формально-догматического анализа правоприменительной деятельности и применить такие новые в середине 70-х гг. прошлого столетия методы, как социально-психологические и социально-правовые методы изучения эффективности действия норм права. Он определил полную эффективность правоприменительного акта как достигнутый с помощью этого акта результат, характеризующийся достижением всех его целей, как ближайших, так и отдаленных, и конечных с наименьшим ущербом для различных социальных ценностей, с наименьшими экономическими затратами, в наиболее короткий срок. Наряду с полной эффективностью правоприменительного акта он признал существование отрицательной эффективности. Такое значение правоприменительный акт приобретает в случаях, когда юридическое дело решается вопреки объективной истине и законности или затраты превышают достигнутый результат.

В.В. Лазарев справедливо обратил внимание на то, что наиболее сложным вопросом в исследованиях эффективности правоприменительных актов, как и норм права, является измерение эффективности. Имеющиеся трудности обусловлены тем, что критерии, по которым можно вычленить результат, обеспечиваемый правоприменительной деятельностью и принятым актом, весьма трудно выделить из совокупных результатов действия права и остальных средств общественно-политического и юридического воздействия. Кроме того, социальные ценности пока не поддаются количественному измерению. Однако он полагает, что названные трудности в исследованиях эффективности правоприменительных актов носят временный характер, цели, не поддающиеся учету и измерению сегодня, будут доступны для такого анализа завтра.



В числе основных факторов, обеспечивающих высокую эффективность правоприменительных актов, В.В. Лазарев выделяет экономические (материальные), социально-политические и идеологические факторы. При этом он отмечает, что основное направление внедрения материального фактора в обеспечение эффективности применения права состоит в том, чтобы, основываясь на точном знании достигнутого уровня экономического развития, на всестороннем учете действующих в сфере экономики закономерностей, сообразуясь с имеющимися возможностями, решительно использовать материальный стимул как по отношению к субъекту правоприменения, так и по отношению к адресатам правоприменительной деятельности, как в плане обещания и воздаяния соответствующих материальных благ, так и в плане их лишения или угрозы таковым. Не менее значимую роль в обеспечении эффективности правоприменения играют социально-правовые факторы. С их помощью, полагает автор, можно обеспечить правильное, быстрое, результативное и экономичное прохождение правоприменительных дел в соответствии с интересами государства и охраняемыми им правами и интересами граждан. Два названных фактора, по мнению В.В. Лазарева, способны оправдать возлагаемые на них надежды в правоприменении лишь в тесном органическом единстве с мелким культурным уровнем правового сознания граждан и должностных лиц. Социалистическая идеологическая, воспитательная деятельность государства, направленная на создание новой, более высокой общей, политической и правовой культуры, имеет для достижения полной эффективности правоприменения не менее важное значение, нежели экономический и социально-политический факторы.

В.В. Лазарев исследует роль права в обеспечении экономической свободы и развитии либеральной модели экономики. Он признает, что в этих условиях право призвано создавать предпосылки для эффективного функционирования рыночных отношений внутри страны, а также предусматривать благоприятные условия внешнеэкономической деятельности. Регулирование рыночных отношений позволяет: 1) закрепить цели развития рынка; 2) закрепить и гарантировать все формы собственности и их равноправие; 3) запретить под страхом применения юридической ответственности порочные методы ведения хозяйства и коммерции; 4) регламентировать порядок разрешения конфликтов, возникающих между субъектами рыночных отношений;

5) установить действенные санкции для нарушителей действующего законодательства. В то же время на соотношение спроса и предложения право способно оказывать лишь косвенное воздействие. В.В. Лазарев отмечает, что его подход к соотношению экономики и права отличен от подхода, который культивировали сторонники экономического детерминизма, поскольку он учитывает в этом соотношении не только право и экономику, но и другие реалии социального бытия.

Принимая весьма активное участие в дискуссии по вопросам современного правопонимания, В.В. Лазарев обосновал необходимость применения интегративного подхода к процессу выявления сущностных, необходимых признаков права. Свою позицию он мотивирует тем, что знакомство с разными подходами к праву (нормативистским, социологическим, естественно-научным и др.) обнаруживает много ценного и приемлемого в каждом из них, и поэтому возникает соблазн объединить в единое понятие все признаки, более всего отвечающие интересам правоприменительной практики. Следуя этому подходу, полагает он, не стоит настаивать на том, что тот или другой признак права является неприемлемым или, напротив, существенным, необходимым, без которого права не существует. Право всегда в чем-то неудовлетворительное, несовершенное, требует разных изменений и неодинаковой трансформации, в зависимости от условий мест и времени. Поэтому искать существенные признаки права нужно отдельно от содержания и формы права. При таком подходе справедливые меры свободы будут характеризовать содержание права, а его формальным свойствам будет присуща общеобязательность, основанная на принуждении со стороны главенствующей структуры данного социума. Право же в целом, как признает В.В. Лазарев, с позиций интегративного подхода понимается как совокупность признаваемых в данном обществе и обеспеченных официальной защитой нормативов равенства и справедливости, регулирующих борьбу и согласование свободных воль в их взаимоотношении друг с другом.

## От редакции «Lex Russica»[1]

25 октября 2015 г. выдающемуся российскому теоретику, доктору юридических наук, профессору, заслуженному деятелю науки Российской Федерации, почетному работнику высшего профессионального

[1] Из колонки редактора журнала «Lex Russica» «Профессору В. В. Лазареву — 75 лет!» // Lex Russica. 2015. № 11. С. 7—9.



образования Российской Федерации Валерию Васильевичу Лазареву исполняется 75 лет.

Уроженец российской глубинки, он мог бы разделить судьбу поколения, последовав примеру своих сверстников — послевоенных подростков. Однако будущий профессор твердо увидел свою собственную дорогу в жизни, решив посвятить себя науке. В этом смысле В. В. Лазарев относится к редкой породе подлинных российских самородков, которым было тесно в рамках обыденных форм жизни.

Окончив общеобразовательную сельскую школу, Валерий Лазарев дерзнул поступить на юридический факультет прославленного Казанского университета. Увы, в те времена сделать это было довольно сложно, хотя бы потому, что нельзя было просто так покинуть место своего проживания без надлежащих документов. История получения паспорта заслуживает если не повести, то во всяком случае увлекательного рассказа. И тем не менее эта попытка ему удалась. Вряд ли сегодняшние молодые люди могут понять те реалии, в которых жили когда-то их сверстники.

Итак, Валерий Лазарев — студент Казанского государственного университета (в то время вуз носил имя Ульянова-Ленина, а ранее был Императорским университетом). Учился Валерий не просто хорошо и отлично, а с упоением, жадно поглощая знания, которые давал университет.

Но Лазарев никогда не довольствовался только формальной стороной дела, он стремился постичь больше, чем было предусмотрено учебными планами. Благо в университете была прекрасная библиотека, где можно было читать работы классиков дореволюционной юридической науки. Это обстоятельство и обусловило в конечном итоге его научные интересы, а именно выбор им общей теории права и государства, истории политических и правовых учений, философии права.

Умудренные опытом профессора по достоинству оценили рвение студента Лазарева. С отличием окончив юридический факультет Казанского университета и недолго пробыв ассистентом и преподавателем, он поступил в аспирантуру Московского университета имени М. В. Ломоносова.

Конечно, всякий аспирант хотел бы иметь в качестве научного руководителя маститого ученого или крупного руководителя от науки. Именно так и случилось у В. В. Лазарева. Волею судеб и безо всяких протекций в Московском университете его научным руководителем стал известный ученый-юрист А. И. Денисов.

Тема диссертационного исследования, которую выбирает соискатель, — одна из характеристик его личности. Пренебрегая советами и

предвидя сложности с защитой диссертации, молодой ученый избирает фактически вызывающую проблематику исследования — пробелы в праве. И не просто в праве, а в советском праве! Сама идея озадачила не только научного руководителя, но и кафедру в целом. Ибо она в той или иной мере разрушала миф о советском праве как высшем типе права, в котором никакие пробелы невозможны по определению. Сегодня этот поступок может и не вызвать никаких эмоций у неискушенного читателя, а те, кто помнят времена оны, прекрасно понимают, о чем идет речь.

Несколько забегая вперед, отметим довольно редкую черту, которая, несомненно, присуща Валерию Васильевичу: он не ищет проторенных путей, не замыкается в рамках общепринятого, не боится ставить перед собой серьезные, малоизученные проблемы. Наряду с этим он человек консервативный, обстоятельный, который принимает новое только тогда, когда старое кажется безусловно отжившим свой век.

По возвращении в Казань, теперь уже в качестве кандидата юридических наук, В. В. Лазарев продолжает плодотворно заниматься проблемами теории государства и права.

Если в юридическом сообществе упомянуть В. В. Лазарева, то сразу же можно услышать по меньшей мере два кодовых слова — пробелы и применение права. В этом смысле судьба Лазарева-ученого складывалась очень успешно, ибо редко кому удается персонифицировать проблему.

Следующая, докторская диссертация, которую он блестяще защитил в МГУ, была посвящена теории правоприменительной деятельности. К слову сказать, по современным меркам В. В. Лазарев стал доктором наук в весьма юном возрасте: ему не было еще и сорока лет.

Валерий Васильевич штурмовал не только высоты науки. Горы были второй страстью педагога, ученого и большого романтика. Тишина библиотек, шумные студенческие аудитории перемежались с посиделками у костра, восхождением на вершины.

Помимо общей теории права и государства, Валерий Васильевич преподавал историю политических и правовых учений. Именно эта дисциплина, более чем какие-либо другие, расширяет кругозор юриста. Не одно поколение студентов, которых можно встретить не только в России, но и за ее пределами, с огромной теплотой вспоминают Лазарева как блестящего лектора, который легко овладевал аудиторией, от начала и до конца держа ее в творческом, взыскующем напряжении. Цитаты, стихи, метафоры, интересные сюжеты украшали академический стиль изложения. Валерий Васильевич интересуется театральными постановками, посещает концерты классической музыки.



Валерий Васильевич и сегодня балуется пером, время от времени посвящает свои стихи людям, которые его окружают. Перу профессора Лазарева принадлежит также книга, исследующая взгляды П. Я. Чаадаева — фигуры невероятно сложной и противоречивой в истории общественно-политической мысли России. Западники восторгаются Чаадаевым, почвенники в основном его ругают. Валерий Васильевич до сих пор считает, что и те и другие не совсем точны в оценке взглядов этого российского мыслителя.

Известно, что у автора, который пишет о другом человеке, волей-неволей возникает особое отношение к нему. В связи с этим вспоминается курьезный случай. В одну из памятных дат Валерий Васильевич решил навестить могилу П. Я. Чаадаева. В это время некрополь Донского монастыря был закрыт для посещения. С букетом гвоздик Лазарев был остановлен строгим вопросом представителя службы охраны: «Вы, собственно, к кому?» «К Чаадаеву», — ответствовал Валерий Васильевич. «Но сейчас никак нельзя. А он что, Ваш родственник?» — «Да». — «Ну, родственникам можно», — последовал снисходительный ответ. Этот маленький эпизод наглядно демонстрирует своеобразное родство между исследователем и тем человеком, взгляды которого подвергаются научному анализу.

В 1982 году начинается московский этап биографии Валерия Васильевича. По традиции в Академию МВД СССР приглашали наиболее известных и перспективных ученых со всей страны. Среди них оказался и профессор В. В. Лазарев. К слову сказать, в Академию в свое время были приглашены Н. В. Витрук, В. Д. Зорькин, Г. А. Туманов и многие другие ученые.

Профессор, начальник кафедры, председатель диссертационного совета, член Экспертного совета МВД России. Это всего лишь формальные штрихи к его биографии. Длительный период В. В. Лазарев работал в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации в качестве заместителя руководителя правового управления, постоянного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации.

Его оппонент профессор М. А. Митюков неоднократно вспоминал повторяющиеся сюжеты их полемики в Конституционном Суде: «Я говорю: в Указе Президента, в Федеральном законе и т. д. записано... А вот профессор В. В. Лазарев нередко свою аргументацию предварял цитатами из Платона, Аристотеля, Монтескье, Гегеля, что не толь-

ко заостряло полемику, но и облекало дискуссию в интересные, нестандартные формы. Это были попытки взвесить и оценить насущные проблемы на основе фундаментальных философско-правовых постулатов, которые выработали лучшие умы человечества». Академизм, владение методологическими, концептуальными основами применительно к решению определенных задач и вопросов характеризуют фирменный стиль яркого полемиста и ученого — Валерия Васильевича Лазарева.

В. В. Лазарев возглавлял рабочую группу по подготовке Устава города Москвы. Не надо объяснять, какую роль играет Москва для России в целом и в системе федеративных отношений в частности. Были реализованы отдельные идеи профессора Лазарева и при формировании Общественной палаты Российской Федерации, целесообразность создания которой затем нашла подтверждение в процессе ее плодотворной деятельности по обсуждению наиболее актуальных общественно-значимых вопросов. Кроме того, Валерий Васильевич внес заметный вклад в разработку Конституции Российской Федерации, которая была принята 12 декабря 1993 г.

В эпоху идеологического и мировоззренческого безвременья под руководством профессора В. В. Лазарева был издан первый в постсоветский период коллективный учебник — «Общая теория права и государства» (М., 1994), особенность которого состояла в том, что он был подготовлен на общей методологической основе и представлял собой систематизированное изложение учебного материала, подготовленного коллективом авторов.

Фундаментальные труды, а именно комментарий к Конституции Российской Федерации, учебники по конституционному праву, общей теории права и государства, истории политических и правовых учений, объемные хрестоматии являются не только формальными показателями деятельности профессора Лазарева. Самое главное — они помогли не одному поколению российских юристов познать увлекательную и сложную науку права. Валерий Васильевич находится в прекрасной творческой форме (см. в этом номере его статью[1]).

Валерий Васильевич обладает довольно оригинальным чувством юмора. Так, он нередко шутит, что является едва ли не единственным профессором, среди учеников которого есть академик РАН. Что же касается общего числа учеников, то вряд ли его знает и сам юбиляр. За долгие годы своей научно-педагогической деятельности он подготовил не один десяток кандидатов наук и, что особенно значимо, докторов юридических наук.

[1] *Лазарев В. В.* Юридическая наука: продолжение полемики. Lex Russica. 2015. № 11.



В университете Валерий Васильевич работает с 2003 г. Переход на работу был осуществлен по приглашению тогда ректора, а впоследствии президента МГЮА, академика Олега Емельяновича Кутафина.

В. В. Лазарев сейчас является профессором Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) и одновременно возглавляет отдел в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, который исследует проблемы имплементации судебных решений в российское законодательство.

Профессор Лазарев состоялся как блестящий ученый и педагог. Творческий и научный путь Валерия Васильевича Лазарева отмечен различными наградами и поощрениями. В 2008 году он стал лауреатом высшей юридической премии «Фемида» — одной из самых авторитетных правовых наград России. Совсем недавно Указом Президента РФ от 22 августа 2015 г. № 431 за большой вклад в развитие науки, образования, подготовку квалифицированных специалистов и многолетнюю плодотворную деятельность Валерий Васильевич Лазарев был награжден Орденом Дружбы. Тем не менее из всех своих наград юбиляр выделяет премию Ленинского комсомола, лауреатом которой он стал в 1972 г. за исследования в области теории права.

Многочисленные коллеги, друзья и ученики сердечно поздравляют Валерия Васильевича Лазарева, доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки Российской Федерации, почетного работника высшего профессионального образования Российской Федерации, лауреата высшей юридической премии «Фемида», члена Экспертного совета МВД России, заместителя председателя Научно-консультативного совета Федеральной палаты адвокатов с юбилеем. Желают ему крепкого здоровья, творческого долголетия, новых книг и учеников, поэтических озарений, приятного человеческого общения и всего самого доброго.

# I. Юридическая наука: проблемы исследования и преподавания

## Поиск науки о праве и государстве (научно-публицистическое эссе)[1]

Все начиналось с «Поиска права»[2]. Безуспешно пытался я вести его, пока умные люди не подсказали: с государства надо начинать, вне связи с государством право неуловимо. Пришлось предпринять «Поиск государства»[3]. И вновь оказалось, что черную кошку в темной комнате пытался поймать. Как шторы ни раздвигал, сумерки сплошные. А что увидишь в сумерках, если ты не Тициан? Искать следует в свете и в цвете. Но каждый, оказывается, больше видит в своем. Караваджо в одном, а Леонардо в другом. На некоторых полотнах нет четких границ: все размыто, проникает одно в другое, дышит, живет, пробуждает фантазию. Христа вижу, измены вижу, стену плача зрю, а багровые льды государственного айсберга остаются недоступными. Из тьмы выскакиваю, но тверди не ощущаю. Болотная хлябь под ногами плывет, и никаких кувшинок. Ни Моне, ни Мане, ни розовых, ни голубых картинок размытого государственно-правового пейзажа. Но умные люди и здесь не оставили без совета: не импрессионизм, а экзистенциализм твой свет, присмотрись в строгом свете науки.

Начинаю поиск науки. Опасный во всех отношениях. Обид не оберешься. Укажешь на толстенный фолиант, который освещает истинный путь, а он для кого-то гроша ломаного не стоит. На отъявленного атеиста можно попасть. Авторы (творцы науки) тоже разные. На их счет слышались весьма нелестные мнения то ли от Лао Цзы («ученые не бывают умные»), то ли от Руссо с Иоганном Фихте, которые в сословии ученых видели источник и средоточие всей человеческой нищеты и испорченности: те, которые должны были своей эпохе задавать мудрый и строгий тон, старательно прислушивались к тону,

[1] Lex Russica (Русский закон). 2013. № 4 (95). С. 345—352.

[2] Журнал российского права. 2004. № 7.

[3] См.: *Лазарев В. В.* Избранные труды. Т. III. М., 2010. С. 366—381.



который задавали безгранично господствующая глупость и безгранично господствующий порок. Очевидно, речь шла об «ученых хлеба ради» (Шиллер), которые и сегодня все никак не переводятся, хотя хлеб с маслом получают теперь совсем другие сословия. Не убедила и лекция известного физика и писателя Чарльза Сноу («Две культуры»): ученые не хуже других людей, элемент моральности включен в самый процесс научной работы, и в самой науке заложена идея справедливости. То ответ не менее известному писателю и философу-экзистенциалисту Жан-Полю Сартру, вещавшему во времена известных студенческих волнений прошлого века: «А если бы начали сжигать профессоров, то я и тут не увидел бы ничего плохого, потому что некоторые из них преступники. Но фактически я настаивал бы, чтобы их подержали какое-то время в одиночных камерах, подобно книгам и картинам во время войны...»[1]. Тем основательнее становится интрига — надо найти эту самую науку, чтобы «обсудить на свежую голову», что она дает и что с ней делать.

Да где ж она, эта юридическая наука? На Западе иль на Востоке? В каком тридевятом царстве и тридесятом государстве? Хороша ли собой? Стройна ли? Умна ли, наконец? И причем здесь личные качества ученых? Не лучше ли посмотреть на их труды? На законодательство? На комментарии оного? На то, как правосудие вершится? Как вообще жизнь складывается? Заранее предвижу возражения: причем тут наука, если и трудов тех никто не читает, если к зову ее не прислушиваются? Властвуют политика и экономика! Экономический и политический интерес! Суть социальной экзистенции в прагматике: что полезно, то и истинно.

Таким образом, поиск и состояние юридической науки не следует связывать с тем, в какой степени и насколько адекватно входит она в экономику и политику. Политика, как известно, дама ветреная. Экономика — дама рассудительная и прагматичная. Ветреной даме часто отдают предпочтение. Есть еще родная сестра политики — идеология. Науке она также сестра, но неродная. Она с успехом может метаться от науки к политике и наоборот. Дамы ревниво предъявляют свои требования (вызовы) друг другу, и науке приходится возвыситься над разными интересами, чтобы дать адекватный, соответствующий исторической истине ответ. Ему мы всегда отдаем предпочтение и очень печалимся, если науку забыли, оттеснили, не призвали, не спросили и т. д. В России, мягко скажем, это случается. Но еще ху-

[1] Литературная газета. 1973. № 46. 14 нояб.

же, если сама призванная наука курвится. Прочитал в одной книжке: «В общественных науках России произошел невиданный в истории других стран переворот: все юристы, экономисты, философы поголовно по команде сверху сменили свои «убеждения» на 180° (...материя первична, сознание вторично. Но если нам прикажут и сверху нам укажут, то всякий запоет совсем наоборот...)»[1]. С начала 90-х гг. прошлого столетия Россию охватила эпидемия своего рода идиосинкразии к трудам классиков марксизма, к ленинским работам в особенности. Распад СССР и сокрушение роли КПСС способствовали такого рода диссеминации. Уже одно упоминание имени, ссылка на Ленина влекли отвержение цитируемого положения. Никто не пытался осмыслить его по существу, расценить в контексте событий того времени. Кстати, иногда это были и вовсе не ленинские, а аристотелевские, например, положения. Срабатывала реакция на символ. Точно так же идиосинкразически реагировали (хотя и по-разному в разное время) на имена Троцкого, Бухарина, Сталина. «Роман Пастернака не читал, но...». В политике, в публицистике это уместно, но наука в подобных случаях уподобляется известной унтер-офицерской вдове. Яркий пример с оценкой трудов Г. Кельзена. Им была написана небольшая работа по критике коммунистической теории права, и уже одно это обстоятельство обусловливало болезненную реакцию на его имя в советское время, несмотря на то что России всегда были близки позиции нормативистской теории права. Трудов Кельзена не издавали, их мало кто знал, но считалось уместным «лягнуть» его при случае. Сегодня, наконец, намечается объективный анализ его творческого наследия. К нему можно идти в поиске юридической науки!

Взаимоотношения политики, экономики, идеологии и науки протекают в социокультурном контексте. Культурный уровень, который «никакому закону не подчинишь», определяет отношения людей в любой сфере. Он, в свою очередь, подвергается воздействию со стороны означенных «сестер», но способен проявлять здесь завидную устойчивость. Сменяющие одна другую моды на разные культурные и псевдокультурные ценности все-таки преходящи. Поэтому юридическая наука должна, во-первых, откликаться на вызовы общей и правовой культуры, во-вторых, поддерживать устоявшиеся культурные традиции, удовлетворяющие интересам народа, и, в-третьих, сопровождать рекомендациями действия власти, которая в рамках закона решительно препятствует явлениям коррозии легитимных культурных ценностей.

[1] URL: http://lit.lib.ru/t/ tille_a/text_0010.shtml



Ух! Рассуждения о том, что юридическая наука в принципе должна быть и где она должна быть, можно вести бесконечно. Где она есть? Продолжаю поиск.

Для начала (чтобы от сестер отличить) приходится запастись портретом. Много их было, и до сего времени не один в обиходе (точной, бесспорной цифровой карточки нет), но для ориентира сгодится любое описание. При этом мы понимаем, что наука рождалась в далекие времена, была дитятей, юной, молодой; становилась зрелой, в чем-то старилась, а в чем-то омолаживалась до неузнаваемости. В модном макияже пребывала... Но наука всегда представлялась как особого рода деятельность особой породы людей, творящих, выражаясь современным научным языком, концептуализированную совокупность верифицируемых знаний о том, что есть и что может быть в мире идей и мире вещей в пространственно-временном и субъектном измерении.

Итак, есть описание, и я знаю, что ничего пока о незнакомке не знаю. Помню только, что похожая глубоко научная истина родилась в устах Сократа, творившего науку в жарких спорах с софистами на афинском базаре. Вот, думаю, где надо искать. Сегодня повсюду и повсеместно базар властвует. Наука же — это то, на чем вся цивилизация держится, и на рынке, должно быть, на самых первых прилавках увижу. Тем более что юридическую науку спрашиваю — она ведь о том, на чем и верхи, и низы держатся, по чему каждый шаг сверяется. Она только экономической науке уступает (вспомните, какую громадную сумму в валюте иностранцы заплатили за брошюру, написанную в соавторстве отечественными экономистами в начале славных 90-х!!!).

И что же? На что идут престижные инвестиции, кого покупают? «Анжи» покупает... 35 млн долл. за игрока... А ИГП РАН — никого! «Зенит» покупает за двадцать с чем-то... А юрфак СПбГУ — не слышно, хотя бывший декан факультета, а ныне ректор университета — весьма влиятельная фигура. А ведь как было бы здорово заполучить, например, того игрока из США, который глобальные политико-правовые «фигуры» на великой шахматной доске расставляет... Или сложиться с экономистами, да и на Сороса замахнуться?! Готов держать ответ за иронию. Тем более что мне известны примеры, когда западные профессора-юристы «играют» в российских клубах. Я знаком с «генералом холодной войны» Кристофером Осакве, блестящим американским профессором, издавшим книгу в родном мне издательстве

«Норма» и читающим почасовые лекции в ряде московских учебных заведений; много лет знаю другого советолога, специалиста сравнительного права профессора В. Батлера, создавшего свое учебное заведение в Москве, издающего научный журнал, и, наверное, многих не знаю еще, кто «провоцирует» российскую науку на достижения мирового уровня.

Высмеяли меня за поверхностное представление о рынке. Наши профессора, дескать, истину ищут, а не деньги. Они могут получать меньше школьного учителя, и это их не заботит, а рынок всегда готов извлечь здесь свою пользу. Пока все держится на энтузиазме отдельных ученых, в правительстве могут спать спокойно.

«Голос единицы тоньше писка»... Что в такой науке, как юриспруденция, может сделать одиночка? Есть же научные учреждения, есть учебные заведения, где должна буйствовать научная мысль! Последних сегодня великое множество, но ни одно из коммерческих и мало какое из государственных заявляют о себе как о едином производителе научных знаний. Перед ними ставится такая задача, но имеет ли она перспективу при существующей организации и формах оплаты труда? Похожая ситуация имеет место и с собственно научными учреждениями (хотя труды отдельных ученых, работающих в этих учреждениях, впечатляют). Ни одно из них сегодня, на мой взгляд, не оправдывает тех ожиданий, которые проистекают из факта их создания и статуса. По сути же никто и не ждет от них глубокого коллективного творчества. А власть, возможно, и не заинтересована в этом, если предположить появление независимого объективистского исследования. Чаще всего учреждения просто технически обслуживают государственные органы. Передо мной список 50 научно-исследовательских организаций, чей рейтинг рассчитывался по публикациям за 2007—2011 гг. В нем нет ни одного юридического профиля! А какая научно-исследовательская программа объединяет усилия разных учреждений и отдельных исследователей? Почему нет единого заказчика? И государства здесь нет, как нет его во многих других сферах. Только в коррупционные отношения внедрилось оно в лице видных своих представителей.

И все-таки «писк» отдельных исследователей на юридическом базаре можно услышать. Сегодня составляются рейтинги авторов, конкурирующих между собой по числу ссылок на их произведения. И в одном (не знаю, кем составленном) списке из 50 фамилий на первом месте вижу С. С. Алексеева. Многие уже годы занимает он это место, будучи цитируем и теоретиками, и отраслевиками. Но не вижу в списке, например, академика В. Н. Кудрявцева. Надо ли говорить об известности его исследований в области теории права, уголовного права, криминологии? Уже по одной этой причине закрадываются сомнения в авторитетности списка[1]. И сомнения эти усилятся, если знать, что считается уместным ссылаться на тех, кто сегодня занимает соответствующие должности, кто является экспертом, членом ученого совета, возможным оппонентом и т. д. О какой науке здесь может быть речь?! И какова ценность соответствующего списка, в котором учтены публикации за последние годы и фигурируют имена здравствующих ныне лиц, но не приводятся имена тех, чьи работы находятся в орбите современных исследований, хотя и изданы полвека или век назад?! Не вернее ли искать науку как раз в трудах, выдержавших испытание временем?! Недавно академик Велихов констатировал, что более всего ссылок на его небольшую и самую раннюю статью. Естественники ценят новое и начинают свои исследования с констатации того, что уже открыто. Гуманитариям свойственно скорее (в общей массе) умолчать о достигнутом, дабы возвысить свои успехи. Например, неисчислимы отечественные публикации по правам человека в последние годы, но редко кто ссылается (и может, теперь редко кто из пишущих знает) на статью В. М. Чхиквадзе о взаимной ответственности государства и личности. А ведь она была первой в российской науке и определяющей тему в методологическом плане.

Однако аксиома остается неопровергнутой: в поиске науки следует искать имена и их фолианты. Именно последние дают основание судить о присутствии или отсутствии науки и, соответственно, присуждать соискателям ученые степени или отказывать в этом. С 2007 по 2012 год, судя по объявлениям на сайте ВАК, были предъявлены к защите 475 докторских диссертаций по юридическим наукам. Для сравнения хорошо знать, сколько было «остепененных» на весь СССР. По данным Высшей аттестационной комиссии при Министерстве высшего и среднего специального образования СССР, количество лиц, утвержденных в ученых степенях доктора и кандидата юридических наук, за период 1937—1960 гг. росло следующим образом (см. таблицу).

[1] В списке, к большому удовлетворению, значится имя Виктора Васильевича Лунеева (только под номером 19). Я не специалист в его отраслевой науке, но слушал его, знакомился с книгами, знаю об оценке его исследований отечественными и зарубежными экспертами и в поиске науки могу отослать к его трудам без тени сомнения. Он мучительно ищет истину. Убедиться в этом можно при прочтении хлесткой, столь же публицистичной, сколь и научной, статьи «Свобода лучше, чем несвобода?» (Государство и право. 2012. № 9. С. 13—21).

| | 1937—1940 гг. | 1941—1945 гг. | 1946—1950 гг. | 1951—1955 гг. | 1956—1960 гг. |
|---|---|---|---|---|---|
| Доктора наук | 26 | 26 | 43 | 27 | 31 |
| Кандидаты наук | 100 | 64 | 243 | 861 | 301 |

В 1961 году Высшая аттестационная комиссия утвердила в ученой степени кандидата юридических наук 56 человек и доктора юридических наук — 8 человек, в 1962 г. соответственно 54 и 19. В 1960 году в стране было более 354 тыс. научных работников, занятых в высших учебных заведениях, в научных и других учреждениях. Из них имели ученые степени или звания 135 тыс. человек, или 38% от общего количества. В то же время научных работников в области юридических наук в стране было 2249, из них ученую степень доктора наук имело 105 человек и кандидата наук — 1339 человек, а всего 64,2% от общего количества[1]. Мой аттестат кандидата юридических наук был МЮР № 001191 (1968 г.), а докторский — ЮР № 000136 (1978 г.).

Без базара! Надо идти в советы по присуждению ученых степеней и званий, в ВАК, разумеется. Но уже на входе я был огорошен: идут проверки, выясняется, что не все ладно в королевстве Датском, что в выборочно проверенных диссертациях до 90% плагиата, есть сомнения в авторстве и пр. Правда, тут же шепнули, что не только у нас, но и в Германии лишают степеней... А что вы хотите, рыночные отношения, извлечение прибыли, а мы тоже европейская страна... Нет, не там ищите, дорогой товарищ!

Долгое время сам был членом ряда диссертационных советов, руководил одним из них, руководил кафедрой и многое знаю не понаслышке. Исследования ведутся чаще всего спонтанно, без должной координации и организации. Если раньше утверждение тем диссертаций требовало решения координационного совета, действующего в пределах СССР, теперь можно избирать тему кандидатской диссертации, по которой написаны десятки работ, в том числе защищена не одна докторская диссертация. Научные руководители часто не являются специалистами в той теме, которая привлекла молодого исследователя. Ему бы поехать туда, где есть своего рода исследовательская школа в избранной области, а он идет к единственному в вузе профессору. Поток информации таков, что стало сложно ориентироваться в новизне. Вся новизна в наименовании работы. Советы по защите диссертаций плодятся, появляются возможности легкой защиты... Вместе с тем диссертация требует денег (официальных и неофициальных). Считается, что написание диссертации — это личное дело диссертанта. Защитившему обе диссертации в советское время (МГУ 1967 и 1977 гг.) это трудно понять, так как в то время исследовательские работы государство обеспечивало и организационно, и материально. Сегодня жить наукой не каждому по средствам. Можно было бы ожидать наведения относительного порядка ВАКом, но перспективы представляются неутешительными. Ее компетенция и наличные силы недостаточны, а надеяться приходится только на нового руководителя, сменившего «рыночника». Как реакция на все происходящее — появление письма чиновника президентской администрации, в котором предлагается фактически обрушить всю систему присуждения ученых степеней и званий.

[1] URL: http://law.edu.ru/article/ article.asp?articleID=1130251



Коммерциализация науки и свободный рынок научной продукции обнажили многие негативные стороны. Чтобы издать монографию, надо найти спонсора. Но при деньгах можно издавать все и все научные степени становятся доступными. Фундаментальные исследования даже в естественных науках находят поддержку разве что за рубежом, а гуманитарные на это вообще не рассчитывают. Да и где они — фундаментальные? 20 лет назад создан Российский фонд фундаментальных исследований (РФФИ). Указана в числе других такая область знаний, как «Гуманитарные и общественные науки». Кто получил грант? Многие ли труды известных наших юристов изданы на Западе? Достойные условия работы в свое время заставляли многих известных юристов уходить из университетов в милицейские учебные заведения, а сегодня и те обеднели своими научными кадрами — привлекательней бизнес.

Ученые-юристы идентифицируются не столько по ведомственному и учрежденческому признаку, сколько по географическому принципу: московские, свердловские, саратовские, питерские. Последние, на мой взгляд, могут претендовать на первенство как в теоретических, так и в отраслевых исследованиях. Люблю наезжать в Питер. Люблю ледоход на Неве. А теперь еще и по той причине, что трещит и взламывается лед юриспруденции на Сенатской площади. И дело не только в степенях и званиях конституционных судей. Они на передовой исследовательского фронта. Сюда идут не академические запросы, но ответы на них требуют глубоких научных знаний и научного обоснования. Позитивно-правового и естественно-правового. Jus проявляется во всей полноте. Все сколько-нибудь важные проблемы государственно-правовой жизни здесь по необходимости не просто осмысливаются, но и решаются так или иначе. В публичных слушаниях имеют место дис-

куссии экспертов и специалистов высшего уровня. Решения Конституционного Суда активно вовлекаются в научно-исследовательскую деятельность по всей России. Сами конституционные судьи являются авторами наиболее авторитетных научных трудов. Здесь издается научный журнал. Непосредственно в суде или в городе Конституционный Суд проводит научные форумы. Широкие международные связи судей также имеют исследовательский оттенок. Одним словом, есть нечто мифическое в том, что Фемида берет под свое покровительство поиск научной истины. Есть нечто сакральное в том, чтобы Богиня в этом историческом дворце стояла без повязки на глазах и без меча в руке.

С учетом состава исследовательских кадров и качества продукции можно сделать вывод, что юридическая наука неоднородна. В самом общем виде позволю себе выделить три разновеликие ее части, каждая из которых претендует на звание науки, но не каждая таковой является в строгом значении этого слова.

Первая часть, возможно, исторически самая древняя, может быть образно поименована «служанкой». Впрочем, таковой она и была на самом деле. Она не только не стремилась к поиску истины, но, напротив, использовала весь наличный инструментарий для увода от истины. В угоду власть имущим, в угоду господствующему взгляду, к собственной выгоде.

Вторую часть, отнюдь не объемную, составляют ничем не обремененные поиски чистой истины по вопросам происхождения и сути государства и права, их назначения, наилучших форм, механизмов и функций. Это научные исследования на самом высоком методологическом уровне с опорой на достижения науки предшествующих эпох. Эта наука не состоит в услужении кому-либо, преследует собственный интерес, хотя не исключено, что ее результаты будут использованы той или другой социальной силой.

Третья часть самая обширная. Следует рассматривать ее в свете своего рода «социальной алхимии» со всеми теми плюсами и минусами, которые свойственны алхимии вообще. Да, усилия ее тружеников нацелены на творчество, на поиск своего «золота», своего «философского камня», но усилия эти бесплодны. Там, начиная от студента-первокурсника, воображают себя способными усвоить истины, не читая книг и не считаясь с мнением «основоположников». В той массе все «марксы». Но те, кто на «мерсах», «умнее» «марксов». А те, кто в «жириновских», — проворнее. Алхимию юридической науки характеризует емкое русское слово «словоблудие».



Не проведя специального исследования, все же рискну предположить, что науку как в первой, так и во второй ее части делают менее чем 10% всех занятых в этой сфере. Открытия здесь единичны, «изобретения» редки, преобладают «рационализаторские предложения». Большинство исследователей проводят черновую работу по систематизации юридических знаний, комментированию законодательства и практики, обозрению многочисленных точек зрения и т. д. и т. п. Определенным показателем значимости проводимых исследований является возвращение к их результатам по прошествии времени, востребованность в дальнейших научных поисках. Российская юридическая наука рождалась в российских университетах, в которых первое время преподавали немецкие профессора, и потом еще долгое время пропагандировались исследования преимущественно немецких ученых. Только в начале XX в. появились труды отечественных исследователей, претендующие на оригинальность. В настоящее время оригинальными работами в области права являются те, в которых проводятся своего рода реконструкции взглядов плеяды российских профессоров (и теоретиков, и отраслевиков) конца XIX и первой четверти XX в. Через призму истории философии и теории права выявляется юридический концепт современных реалий, постигается реальность права и правовая реальность, в которую юридическая наука входит в качестве самостоятельной онтологии права[1].

Наличие оригинальных работ являлось основанием присвоения профессорского звания, а оно, в свою очередь, позволяло возвести ученого в дворянское сословие со всеми существовавшими привилегиями. Судите меня: я против уничтожения сословий, если это сословия ученых; я за привилегии, если они воздаются по уму, а не по идеологическим пристрастиям. Иду возложить цветы к надгробиям тех, кто внес свою лепту в развитие отечественной юридической науки. «Спит в Донском монастыре русское дворянство...». И на Волковом спит... И в Александро-Невской лавре... «Спит и нас не судит...». Не согласен с поэтом, судит оно нас. Судит, какие мы, иваны, как относимся к национальному достоянию. Переиздаем ли их труды, цитируем ли. Да, говорю я упокоившемуся, наконец, в России Ивану Ильину, десятитомным собранием вышли ваши труды; да, говорю я ему,

[1] При всех оговорках придерживаюсь традиционных выводов о кумулятивном характере науки (см.: *Бернал Дж.* Наука в истории общества. М., 1956. С. 27) и не принимаю современный постпозитивистский взгляд на историю науки как историю заблуждений. Аристотель не заблуждался в определении государства, как не заблуждались и марксисты, отвергая аристотелевские определения.

интегрально мечтавшему о соединении преимуществ авторитаризма и демократизма, входят ваши идеи в правосознание мыслящих. Перемены сегодня в этом отношении заметны. Так, недавно случайно услышал, что в бывшем Казанском им. Ульянова-Ленина университете цивилисты страны проводят конференцию, посвященную памяти Г. Ф. Шершеневича. А ведь полвека назад мне пальчиком грозили, когда я писал о правовых взглядах этого профессора. О времена, о юридическая наука советского времени! Где они, ее служители? Отдельные — в кремлевской стене, другие нет, вряд ли много их на Новодевичьем. По неким подсчетам, пятая часть всех имевших отношение к юридической науке в период 1917—1964 гг. (ученые, пропагандисты, организаторы советской юридической науки) репрессирована и расстреляна.

Сегодня благодаря стараниям и большой работе профессора В. М. Сырых мы имеем возможность знать тех, кто представляет отечественную юридическую науку. Издан бесценный труд в нескольких томах «Правовая наука и юридическая идеология России. Энциклопедический словарь биографий». Замечательный ориентир для тех, кто идет с цветами поклониться выдающимся правоведам, и для тех, кто извлекает из запасников Ленинской библиотеки забытые книги для их тщательного анализа. Они разные, и не случайно на некоторых портретах значится: работы «имеют весьма отдаленное отношение к сфере правовой науки» или публикации «имели чисто идеологический характер и никакого вклада в развитие правовой науки не внесли».

Юридическая наука характеризуется собственными (внутренними) ценностями, принципами, нормами, институтами права и государства, конструктами их рефлексии, логическими конструктами, формулами генетических и семиотических средств управления. В коллайдере юридической науки производится масса идей, взаимные трения и столкновения которых порождают «кварки» отдельных независимых суждений и совокупности, образующие концепции, школы, направления правовой мысли. В особенности это заметно, если искать научную истину в русле истории политических и правовых учений. При этом становится понятно, что наука во многом несет на себе печать времени, во многом определяется соотношением политических сил, состоянием правового сознания в его идеологической части и психологическом наполнении. Жертвенное служение науке имело место во все времена, но оно никогда не было массовым. Поиск науки в конкретно-историческом контексте показывает, что определяющее влияние на содержание и развитие науки имели внешние факторы. Поэтому очевидно: науку нельзя искать в отрыве от тех отношений, которые порождают государство и право, от тех отношений, в которых они проявляют себя, отношений, которые они регулируют.



Право и государственно-правовые институты трудно оценить вне позитивного и негативного опыта реализации заложенных в них теоретических конструкций. Более того, с позиций социологов право надо искать в самих общественных отношениях, и в окончательном виде формулирует его суд или администрация. Даже собственно нормативистское направление в праве (континентальная правовая система), если отвлечься от «чистой» теории права Г. Кельзена, понимает источники права в самых разных аспектах, признает общественную (экономическую, политическую, религиозную, моральную) практику как фактор формирования законодательной воли, а судебную практику как непосредственный источник права.

Соображения о внутренних источниках, питающих науку, о связи ее с предметом изучения и действием внешних сил заставляют сместить направление (координаты) поиска. На кладбищах побывали, там все спокойненько... А наука рождается в шумных спорах. Конференции проводятся. Не мировые пока, но почти всегда международные (для перехода в разряд мировых рекомендую из университета Дружбы народов стажеров с разных континентов приглашать). Посетил. Шум случается, но не всегда. Часто перепеваются известные идеи, уже опубликованные автором или, хуже, к автору не имеющие отношения. Теоретики не перестают горячиться по поводу понятия права, отраслевики не могут определиться с положением их отрасли в системе права, государствоведы поют дифирамбы демократии — все о своем, все по-своему, вроде бы все о науке и по науке, но где конвенциальность? Между тем она выдвигается сегодня едва ли не как основной критерий научности. О какой конференции, о каком совещании правоведов постперестроечного времени мы можем сказать как о переломном для развития науки? Можно предполагать, что такие форумы были у цивилистов и криминологов, у трудовиков, поскольку новые кодексы увидели свет. Сегодня, наблюдая бесконечные правки фундаментальных нормативных актов, начинаешь сомневаться в их научной проработанности. Наблюдая перманентное изменение норм избирательного права, реформирование системы государственных органов и т. д. и т. п., убеждаешься, что наука к ним не имеет никакого отношения.

Законы производят и бесконечно правят на Охотном ряду. И там, как вдруг обнаружилось, и кандидаты, и доктора наук в большом количестве. Может быть, им и нет необходимости обосновывать свои инициативы ссылками на университетских профессоров (см. стенограммы заседаний)?! Может быть, именно они живут исключительно жизнью законодательства? Заходить не потребовалось. Благодаря трансляциям знаем, что жизнь многих не жизнь и бытие права, что заботит депутатов больше всего, как бы не обнаружили их незадекларированные квартиры и особняки, как бы Илья Пономарев в прокуратуру не обратился по поводу получения ученых степеней... Впрочем, по крылатой мысли Николая Бердяева, наука живет «на отчуждении человека от бытия», наука «не творчество, а послушание». Более послушное большинство, чем думское, найти трудно.

В итоге ловлю себя на гибельной для статьи мысли. Ищу науку в познании и устроении государства, в познании права и устроении системы права. Но начинал статью с констатации того, что предпринятый ранее поиск права и поиск государства мало что дал. Circulus vitiosus. Idem per idem. И вновь задаю вопрос о правоте тех, кто не считает право и государство объективной реалией, а видит здесь своего рода социальный конструкт, а поиск перемещает в область виртуальной реальности, где место достоверных истин заменяют образы и символы реальных вещей, где доказательства ad hominem рассчитаны совсем не на строгие ценности науки. Отсюда подвергается сомнению критерий научности исследовательского метода и сама наука не отделяется от мифа, религии и пр.[1] «Метафизика власти и закона» исключает рациональные подходы. Куда нам плыть?

Нахожу итоговый образ и тем завершаю поиск науки. Зрю я Афину в кабинете Папы Римского. В «Афинской школе» учителя и ученики, афиняне, персы, мусульмане с самыми разными (порой диаметрально противоположными) воззрениями, материалисты и идеалисты, метафизики и диалектики, математические умы и наивные мечтатели, жившие в разное время, в тесном коммуникативном общении обсуждают жизнь глубоко и многоаспектно, вырабатывая некое интегральное знание, некую всепроникающую мудрость, открытую для дальнейшего развития и практического воплощения во благо человека. Вселенская мудрость — суть сей Божественной науки. Спасибо Рафаэлю.

[1] О поисках критериев научности юриспруденции, о метаниях западных идеологов и тупиках, в которые наука попадает, см., например: *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 216—236.



## Юридическая наука: современное состояние, вызовы и перспективы (размышления теоретика)[1]

Обозначенная тема статьи столь серьезна, обширна и многопланова, что сразу же требует оговорок. Во-первых, статья представляет собой предварительную обработку материала в порядке подготовки к научной конференции, где автору поручено выступить с заглавным докладом, предполагающим дискуссии. Во-вторых, было бы неоправданно ожидать от одного исследователя вхождения во все отраслевые науки и тем более освещения проблем каждой из них. В-третьих, автор не страдает ипседиксицизмом и откровенно рассчитывает на доброжелательную критику своих частных суждений, развитие принципиальных оценок отечественной юридической науки, проблематикой которой он ограничивается по причине недостаточного знания зарубежных первоисточников.

Каждая наука время от времени пытается осмыслить себя, вызнать свою родословную, осветить свой путь, определить свои перспективы[2]. Юридическая наука не может быть исключением. Она, выражаясь доктринальным языком, призывается к пониманию своей онтологии и выработке собственной гносеологии. Как теоретику мне импонирует постановка вопроса о саморефлексии теории государства и права[3], но эта наука именуется общей теорией, и, следовательно, она может взять на себя миссию глобальной рефлексии, рефлексии юридической науки в целом. Это тем более будет оправдано, что предмет теории государства и права и язык ее — суть предмет и язык всей юриспруденции[4], всего того, что составляет Jus в совокупности метатеории и реальной практики[5].

К познанию юридической науки пригодна разная методология — от отвлеченной метафизики до всепроникающей эмпирики. Наиболее приемлемый в качестве всеобщего — системный подход, в котором интегрируются достоинства всех известных способов теоретического

[1] Lex Russica (Русский закон). 2013. № 2 (95). С. 181—191.

[2] Не вдаваясь в анализ всех признаков и состава науки, представляется возможным исходить из того, что это концептуализированная совокупность верифицируемых знаний о том, что есть и что может быть в мире идей и мире вещей в пространственно-временном и субъектном измерении.

[3] См.: *Веденеев Ю. А.* К вопросу о теории государства и права: матер. IV Междунар. конф. «Кутафинские чтения»: сб. тезисов. М., 2012. С. 53—54.

[4] См.: Проблемы общей теории права и государства: учебник для юрид. вузов / под общ. ред. *В. С. Нерсесянца*. М., 1999. С. 2.

[5] См.: *Лазарев В. В., Липень С. В., Саидов А. Х.* Проблемы общей теории Jus: учебник для магистрантов юрид. вузов. М., 2012. С. 10.

и практического анализа. Только такой подход позволит выделять исторические периоды развития науки[1]. Вместе с тем среди множества объективных и субъективных факторов, характеризующих науку и ее развитие, всякий раз обнаруживаются определяющие, главные на том или ином пространственно-временном отрезке. Марксистская наука не преминет упомянуть экономические потребности и классовую борьбу; науки идеалистического толка будут апеллировать к разуму или уходу от него, к нравам или упадку нравов, к непостижимой экзистенции человека. Представляется целесообразным рассматривать все многообразие внутренних и внешних факторов, обусловливающих развитие науки и позволяющих характеризовать ее метафизику, через понятие «вызовы».

Вызовы *implicite* заключают в себе требовательное начало. На вызов надо отвечать. Вызовы предполагают незамедлительную рефлексию, определение тактики и стратегии поведения. В науке они требуют адекватных идей, новых подходов, новых доктрин. При этом мы бы не сводили современные вызовы к вызовам современности. Некоторые вызовы стары как мир[2]. На некоторые из них человечество веками ищет ответы и, увы, не находит до сих пор.

Нельзя не согласиться с тем, что многие ученые не замечают изменений в современном обществе, стремятся отгородиться от насущных проблем юридической науки, не умеют ответить на вызов времени[3]. Однако можно понять и критику в адрес тех, кто вызовы и ответы на них связывает единственно с «поворотами» в гуманитарном знании, с решением проблем неюридическими науками. Разумеется, я не собираюсь подвергать сомнению использование достижений других наук (возможно, и не только гуманитарных). Но только при том непременном условии, что не совершается полный уход в сферу трансцендентного, в сферу собственно психических процессов. Развитие социальной науки все-таки предполагает реального человека, реальное поведение, реальные отношения. Государство и право все же предстают перед нами не только номинально и категориально, не только в символах и знаках, но и в качестве реальных институтов. И вызовы науке происходили реально от рабского или крепостнического состояния человека, от игнорирования или прямого нарушения прав и свобод человека и гражданина, от того, сыт он или голоден, в безопасности ли жизнь его и здоровье. Постмодернистские ценности в юридической науке влекут за собой не меньшие опасности превращения науки в служанку властей предержащих, чем критикуемые многими легистские и пандектистские позиции. Ответом на те и другие могут служить интегративные установки с их диалогическим подходом: «...это взаимообусловленность противоположных моментов социальных дихотомий (должное и сущее, идеальное и материальное и т. д.), проявляющаяся во взаимодействиях между конкретными людьми, в принятии точки зрения другого (как в фактической интеракции, так и в мысленном соотнесении себя с другими, сопровождающем взаимодействие)»[1]. Тем самым предупреждается упрек в ретроградстве, отрицании новых методов в правовой науке. Диалог отвергает крайности, предупреждает односторонность и позволяет понять главное: колесо — великое открытие человека, но с его помощью того же человека могли колесовать.

Все вызовы, имеющие отношение к юридической науке, можно разделять на природные и социальные. Те и другие подлежат дальнейшей классификации, необходимой, в частности, для определения ответов на них и для реализации прогностической функции науки. Важно отметить, что все вызовы в юридической науке предопределены загрязнением природной среды в прямом смысле этого слова и «загрязнением» социальной среды — в переносном. Причем процессы «загрязнения» переплетаются и часто взаимно обусловливают друг друга.

Если отвлечься от теологической рефлексии, вряд ли можно оспорить объективность природных онтологий. В той же степени объективны и социальные процессы, если они с необходимостью предопределяются природными. Однако роль социальных факторов, даже роль отдельной личности, столь существенна и столь субъективна, что юридической науке приходится изыскивать средства, во-первых, для поощрения деятельности социума в соответствии с природной за-

[1] К сожалению, этапы развития российской юридической науки еще ждут своего глубокого исследователя. Периодизация развития советской юридической науки существует, но критерии выделения соответствующих этапов (периодов) не увязываются со сменой парадигм ее внутреннего развития. Указываются в качестве реперных точек такие, например, факторы, как высылка ученых из страны, обстановка культа личности, принятие партийных постановлений и т. д. (см., например: Российское правосудие. 2012. № 10. С. 88). Между тем куда большее значение для научной периодизации имеют, например, концепции Петражицкого или Муромцева о праве, ленинские идеи об отмирании государства и права, идеи Вышинского в понимании права и т. д.

[2] В качестве примера такого общего вызова со стороны общества или части его можно выделить отвержение права, что обусловливает актуальность давнего ответа на него, сформулированного и обоснованного Р. Иерингом: «Борьба за право». Российский правовой нигилизм, пик которого пришелся на наше время, также имеет свою историю.

[3] См.: *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 114.

[1] *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. С. 14.

кономерностью и, во-вторых, для предотвращения и пресечения его деятельности вопреки природе[1].

Итак, общая картина состояния науки видится следующим образом. Первое: перечень, описание и характеристика вызовов во всей их связи и взаимообусловленности. Второе: указание и характеристика ответов на них, констатация фактов и объяснение отсутствия ответов на определенные вызовы. Третье: существующие и возможные прогнозы системного обозрения вызовов и ответов на них.

Марксистская наука в полном соответствии с постулатами диалектического материализма концентрировала внимание на существовании классов, классовой борьбы, классовых антагонизмов. Отсюда проистекали главные вызовы юридической науке и правовому регулированию. Сегодня не замечают (стараются не замечать) не только антагонизмов, но и самих классов. Нет, об олигархах знают и о рабочих с крестьянами иногда вспоминают, но избегают анализа их места и роли в общественном производстве, скрывают их долю в потреблении общественного продукта, а в средний класс зачисляют тех, кто живет «средне»[2]. В лучшем случае сегодня готовы признать некий «общественный дискомфорт», выводящий людей на «болотные» площади. И наука может принять это понятие дискомфорта, если связывать его напряжение с формами социальных противоречий: различие, противоположность, антагонизм, если не будет ограничиваться собственно классовыми противоречиями и расширит их до признания личностных и межличностных, партийных и межпартийных, государственных и межгосударственных, национальных, расовых, культурологических и т. д.

Итак, принимаем емкое понятие «дискомфорт» для теоретического обозначения единого следствия любого из многообразных социальных вызовов как соединение физического и психического, прескриптивного и дескриптивного. При всей диатропичности проявлений дискомфорта, при всей неисчерпаемости их разнообразия необходимо рассмотрение уровней дискомфорта, его разновидностей, причин

[1] Классическая юридическая наука вырабатывала соответствующие максимы, в том числе в качестве средства реагирования на природу человека. Кто человек по природе своей — вопрос сложный, и ответы на него в истории давались разные. Между тем природа человека остается наисущественнейшим современным вызовом, перед которым наука до сих пор стоит в растерянности.

[2] При этом нельзя не видеть, что в постиндустриальном обществе марксистские характеристики классов устаревают, что антагонизмы, как и многое другое, перемещаются в сферу обслуживания и потребления, что само производство становится привлекательным в силу его творчества и отсутствия обременительного физического напряжения.



появления и, самое главное, нахождение равновесных ответов на дискомфорт. Нуждается в критическом переосмыслении российская ментальность, согласно которой всякий дискомфорт должна устранять власть (царь, КПСС, Президент), и непременно изданием законов. Разумеется, власть для того и власть, чтобы реагировать, предупреждать стрессовый дискомфорт и организовывать цивилизованное преодоление конфликтных ситуаций. Но люди сами проживают свою жизнь, и свои «дары свободы» они способны направить на относительно комфортное исполнение своей земной миссии. К сожалению, идеалы часто сокрушаются противостоянием власти и граждан, когда дискомфорт проистекает от поведения властей или когда масса людей зомбирована экстремистскими идеями.

Все вызовы юридической науке следует поделить на внутренние и внешние. Последние — это вызовы самой жизни, самой природной и социальной среды. Они во многом предопределяют (обусловливают) познавательные (исследовательские) задачи. Вместе с тем исследовательские задачи и цели диктуются не только внешними, но и собственно внутренними относительно самостоятельными потребностями, обусловленными механизмами развития науки. Приведенное деление вполне коррелирует с традиционными заключениями об источниках развития науки. С одной стороны, представления, согласно которым все знания выводятся из опыта, а с другой — заключение о том, что эмпирический материал только инспирирует рефлексию и понимание соответствующих процессов, что и питает науку. Идеи существуют изначально. Средневековый «реализм» развивал учение, согласно которому подлинной реальностью обладают только общие понятия, универсалии, а не единичные предметы, существующие в эмпирическом мире. Универсалии существуют до вещей, представляя собой мысли, идеи в божественном разуме, и только благодаря этому разум в состоянии познавать сущность вещей. Только разум способен постигать общее. Противоположное направление носило название номинализма, отрицающего онтологическое значение общих понятий и утверждающего, что они существуют не в действительности, а только в мышлении. По утверждению номиналистов, общие понятия — это только имена, они не обладают никаким самостоятельным существованием вне и помимо единичных вещей и образуются нашим умом путем абстрагирования признаков, общих для целого ряда эмпирических вещей и явлений. Поэтому универсалии существуют не до, а после вещей. Все приведенные споры уходят своими корнями в то расхождение между великим учителем и не менее великим учени-

ком, отраженное в картине «Афинская школа», где Платон указывает ученикам на небо, а Аристотель на бренную землю. Между тем, если привести некоторые оговорки, правы они оба.

В конечном счете, как известно, многие тысячи лет борются между собой материализм и идеализм, не всегда замечая неисчислимое множество материальных и идеальных факторов, обусловливающих движение вообще и развитие науки в частности. Не исключено, что архимедовское «Эврика!» и не состоялось бы, если бы мыслитель тогда заполнил ванну не до краев.

Можно спорить о первенстве экономических и политических вызовов, предопределивших появление государства и права, а затем соответственно и правовой науки. Истина интегративна: и те и другие во взаимосвязи между собой и множеством иных факторов. Как не приветствовать, например, в этой связи антропологические подходы, в центре которых оказывается человек и человечество? Однако вряд ли кто будет серьезно спорить, если мы назовем в числе главных факторов, обусловивших буржуазные революции на Западе или революции 1917 г. в России, а вместе с тем и взрывное развитие политико-правовых исследований, именно состояние экономики и политические интересы. По большому счету мало что изменилось и сегодня. Экономика стала глобальной, политические интересы приобрели глобальный окрас и столь же существенно определяют характер вызовов правовым системам и юридической науке.

Применительно к современной России первым из всех вызовов юридической науке отваживаюсь назвать вызов (вызовы) со стороны политической системы, государственного строя, изменившего свой облик после августовских событий 1991 г. Впрочем, формировался этот вызов уже с начала перестройки, и наука, как представляется, была застигнута врасплох, оказалась бессильной в решении сложнейших правовых вопросов. Примечательны в этом плане признания директора Института США и Канады академика Г. А. Арбатова, стоявшего у истоков перестройки. Когда его спросили, были ли какие-то планы на этот счет, он грустно ответил: «Нет. Было понимание того, что так дальше нельзя... Видимо, решили действовать по наполеоновскому принципу «Ввяжемся в бой, а там посмотрим»[1]. Ответ на вызов последовал в 1993 г. принятием Конституции. Был ли это ответ со стороны юристов? И да, и нет. Конституция в итоге рождалась в ходе расстрела российского парламента. И тогда же формировалась и

[1] *Беглова Н. С.* Московская семья рязанского разлива. М., 2012. С. 172.



конституционная юстиция как противовес произволу власти. Сегодня выясняется, что многое совершалось без научной проработки, но это естественное состояние противоборства права и политики, юристов и политиков. Важно подчеркнуть, что наука не оставалась в стороне от политических процессов, стараясь облечь их в правовые формы. Как бы ни хотелось кому-то, юридическая наука не может освободиться (очиститься) от политики. Закон принимается всегда в противостоянии политических сил, закон всегда есть разной степени политика. Следование закону суть реализация политической линии. В случаях, когда закон устаревает, когда он пробелен, когда нуждается в конкретизации и т. д., правоприменитель по необходимости должен принять определенную политическую позицию. Либералы напрасно упрекают здесь суды, напрасно ставят в вину Конституционному Суду РФ (часто его Председателю) наполнение политическим содержанием своих решений. Суды не могут быть независимыми от закона, и, следовательно, они не могут быть независимыми от политики в применении закона. А науке такого рода упрек будет уместен. К сожалению, в 90-е гг. прошлого века юридическая наука показала себя столь политизированной, так сильно зависимой от политической публицистики, что стала утрачивать качества науки.

Вторым вызовом российской юридической науке следует назвать изменения в экономических отношениях. Смена форм собственности, изменение характера труда — все процессы постиндустриального общества (пусть и не развитые во всей полноте) требуют ответа, реакции ученого сообщества. К сожалению, опять первыми реагируют политики и законодатели, а российская наука часто игнорируется. Иностранные специалисты (экономисты и юристы) участвовали, но, как мы можем сегодня убеждаться, они имели свои интересы[1]. Ответом на вызовы в названной сфере явились новые кодексы. Хорошие кодексы. Однако и ГК, и Кодекс о труде обнаружили свои недостатки, требуют своих поправок. И вновь обнажается проблема игнорирования позиций ведущих российских юристов. Минэкономики старается главенствовать в поправках к ГК.

Итак, состояние юридической науки следует оценивать в свете того, в какой степени и насколько адекватно (и критически) отражает

[1] Руководство высшими судебными инстанциями России справедливо сокрушается по поводу расширения иностранных юрисдикций. А почему так случилось? В лихие 90-е в числе множества советников (консультантов) ельцинских правительств были западные юристы, которые изначально сориентировали многие институты частного права на англо-американскую систему.

она состояние экономики и политики. Политика, как известно, «дама ветреная». Экономика — «дама рассудительная и прагматичная». Ветреной часто отдают предпочтение. Но можно сломать и ту и другую, только ущерб разный, и время на восстановление утраченного разное. И всякий слом — это вызов науке. Наука по определению сориентирована на реформирование. Есть еще родная сестра политики — идеология. Науке она также сестра, но неродная. Она с успехом может метаться от науки к политике, и наоборот. Дамы ревниво предъявляют свои требования (вызовы) друг другу, и науке приходится возвыситься над разными интересами, чтобы дать адекватный, соответствующий исторической истине ответ. Ему мы всегда отдаем предпочтение и очень печалимся, если науку забыли, оттеснили, не призвали, не спросили и т. д. В России, мягко скажем, это случается. С начала 90-х гг. прошлого столетия Россию охватила эпидемия своего рода идиосинкразии к трудам классиков марксизма, к ленинским работам в особенности. Распад СССР и сокрушение роли КПСС способствовали такого рода диссеминации. Уже одно упоминание имени, ссылка на Ленина влекли отвержение цитируемого положения. Никто не пытался осмыслить его по существу, расценить в контексте событий того времени. Кстати, иногда это были и вовсе не ленинские, а аристотелевские, например, положения. Срабатывала реакция на символ. Точно так же идиосинкразически реагировали (хотя и по-разному в разное время) на имена Троцкого, Бухарина, Сталина. «Роман Пастернака не читал, но...». В политике, в публицистике это уместно, но наука в подобных случаях уподобляется известной унтер-офицерской вдове. Яркий пример с оценкой трудов Г. Кельзена. Им была написана небольшая работа по критике коммунистической теории права, и уже одно это обстоятельство обусловливало болезненную реакцию на его имя в советское время, несмотря на то что России всегда были близки позиции нормативистской теории права. Трудов Кельзена не издавали, их мало кто знал, но считалось уместным «лягнуть» его при случае. Сегодня, наконец, намечается объективный анализ его творческого наследия.

Взаимоотношения политики, экономики, идеологии и науки протекают в социокультурном контексте. Культурный уровень, который «никакому закону не подчинишь», определяет отношения людей в любой сфере. Он, в свою очередь, подвергается воздействию со стороны означенных «сестер», но способен проявлять здесь завидную устойчивость. Сменяющие одна другую моды на разные культурные и псевдокультурные ценности все-таки преходящи. Поэтому юридическая



наука должна, во-первых, откликаться на вызовы общей и правовой культуры, во-вторых, поддерживать устоявшиеся культурные традиции, удовлетворяющие интересам народа, и, в-третьих, сопровождать рекомендациями действия власти, которая в рамках закона решительно препятствует явлениям коррозии легитимных культурных ценностей. Отечественная наука в последние полвека уделяла пристальное внимание правовой и антиправовой культуре, но явно недостаточно — влиянию права на позитивное развитие общей культуры в разных ее проявлениях.

Наиболее принципиальные и чувствительные вызовы правовой науке посылает юридическая практика. Их взаимоотношения заслуживают особого разговора. В свое время Эрлих не без оснований связывал возникновение правоведения исключительно с потребностями практики и основное содержание правоведения обозначал как практическое руководство для юристов-практиков, а собственно научные цели (науку в собственном смысле) связывал с возникновением потом государственного права и общего учения о государстве[1]. Этот общий вывод нуждается в определенных коррективах в связи с тем, что в лоне науки частного права (в основном в гражданском праве), а затем и науках публичного права (в частности, в полицеистике) рождались общенаучные категории, развиваемые впоследствии теорией государства и права. Подтверждением данных выводов может служить развитие дореволюционной российской юридической науки, которая, кстати, сделала большой шаг вперед, в сторону собственно научной теории, если учесть появление трудов Л. Петражицкого и его последователей.

Мы знаем «искусство для искусства», а здесь (и особенно в период постмодерна) представляется возможным говорить о «науке для науки». Оценки тому и другому даются разные. Сегодня в России отдельные представители отраслевых наук не видят ценности теории государства и права. Полагаю, что это их беда. Однако и вина науки — теории. Будучи скомпрометированной догматическим налетом в советское время, утратив марксистские «скрепы», не сразу адаптировавшаяся к реалиям постперестроечного общества современная теория права и государства не дает исчерпывающих адекватных отве-

[1] См.: *Эрлих О.* Основоположение социологии права / пер. с нем. *М. В. Антонова*; под ред. *В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова*. СПб., 2011. С. 67—68. Эрлих фактически не считал научными труды, которые ограничивались законоведением. В 1903 году он сделал доклад «Свободное правонахождение и свободная правовая наука», название которого говорит само за себя: поиск права ведется за пределами закона, ученый не может быть связан волей законодателя.

тов на их вызовы. В том числе на те, что транслируются отраслевыми юридическими науками. Примиряет одно: в Центре частного права, находящемся на передовой российской науки, работают ученые, получившие основательную теоретическую подготовку в советское время.

Очевидно одно: науку нельзя развивать в отрыве от тех отношений, которые порождают государство и право, от тех отношений, в которых они проявляют себя, отношений, которые они регулируют. Право и государственно-правовые институты трудно оценить вне позитивного и негативного опыта реализации заложенных в них теоретических конструкций. Более того, с позиций социологов, право надо искать в самих общественных отношениях, и в окончательном виде формулирует его суд или администрация. Даже собственно нормативистское направление в праве (континентальная правовая система), если отвлечься от «чистой» теории права Г. Кельзена, понимает источники права в самых разных аспектах, признает общественную (экономическую, политическую, религиозную, моральную) практику как фактор формирования законодательной воли, а судебную практику как непосредственный источник права. К сожалению, наша наука не всегда имеет своим объектом и предметом те или другие практики во всем богатстве их содержания, в их последовательном переходе от самой деятельности к ее результатам и последующему их внедрению[1].

Содержание и форма юридической практики зависят от ее вида (разновидности). В зависимости от характера, способов преобразования общественных отношений нужно различать правотворческую и правореализационную (правоисполнительную, правоприменительную, организационно-распорядительную), интерпретационную и другие виды практики. Как правило, это властная деятельность компетентных органов и должностных лиц, направленная на принятие нормативно-правовых актов и вынесение индивидуально-конкретных предписаний. Однако сегодня приобретают вес разного рода корпорации, само-

[1] В отечественном правоведении выделяются по меньшей мере три подхода к пониманию юридической практики. Одни авторы отождествляют практику с юридической деятельностью, другие относят к ней лишь определенные итоги, объективированный опыт правовой деятельности, и третьи (своего рода интегративный подход) юридическую практику рассматривают в неразрывном единстве правовой деятельности и сформированного на ее основе социально-правового опыта. Последний подход (кумулятивный, отражающий социальную наследственность) представляется плодотворным еще и потому, что всякая последующая деятельность осуществляется в свете предшествующего опыта, вливающегося в эту деятельность. Юридическую практику можно определить как правотворческую и правореализующую деятельность, взятую в единстве с ее результатами в виде правового опыта.



управляемые организации; получает распространение деятельность на индивидуально-правовой основе. Поэтому правовой опыт представляется результатом системного анализа самых разных видов юридической практики. Для науки важно более полно охватить основные элементы практики, правильнее отразить диалектику перехода прошлой деятельности в настоящую и предстоящую юридическую деятельность, понять значение разных элементов в механизме правового регулирования и правовой системе общества. Деятельностный подход позволяет увидеть индивида и социально-психологическую сторону его поведения, а результат деятельности многих индивидов предстает как коллективный опыт, обеспечивающий накопление, систематизацию, хранение и передачу информации и практических навыков, умений. Без такого опыта невозможны ни правотворческая, ни правореализующая деятельность. Здесь же учитывается субъектный состав практики, а по субъектам юридическая практика разграничивается, как правило, на законодательную, судебную, следственную, нотариальную и т. д.

Итак, юридическая практика представляет собой разновидность общественной, социально-исторической практики. Она составляет основное содержание и связующее звено правовой системы общества. Это часть правовой культуры общества. Юридическая практика носит преобразующий и созидательный характер. Соответствующие юридические последствия — ее неотъемлемый атрибут. Юридическая практика обусловлена многообразными процессами развития общества, но и сама призвана активно влиять на все стороны его жизни. Данное заключение заставляет, во-первых, вновь подчеркнуть взаимную связь и взаимодействие юридической науки и практики, во-вторых, указать на поиск единых методологических позиций в изучении и развитии науки и практики[1] и, в-третьих, призвать науку к рекомендациям в адрес практики, дабы исключить неоправданный субъективизм и вместе с тем определить рамки необходимого творчества.

Неоправданно ограничивать юридическую практику деятельностью соответствующих органов и должностных лиц. Следует подвергать изу-

[1] Методология практической социальной деятельности остается мало разработанной, подменяется изучением технологической и организационной сторон деятельности, методы которых иногда объявляются специфической для нее методологией, не имеющей прямого отношения к процессу познания. Методологические вопросы практического мышления на стадии его соединения с непосредственной социальной деятельностью оказываются за кадром философско-методологических разработок. В то же время постоянно повторяется тезис о том, что методология науки является не только орудием познания, но и способом преобразования действительности, что ее нужно умело применять как в исследовательской работе, так и в общественной практике.

чению в этом качестве и поведение граждан и их объединений. Причем не упуская из внимания соответствующие результаты. Историческая школа права именно в этом направлении сосредоточила бы свои усилия. Мы же совершенно не исследуем живую ткань отношений, готовых стать правоотношениями или становящихся ими на основе действия деловых обыкновений, складывающихся традиций и т. п. Можно оставаться легистами в практическом понимании права, но нельзя игнорировать социологические подходы в науке права, в поиске того, что должно быть признано правом, в том числе и законодателем.

Традиционно юридическая наука изучала юридическую практику в аспекте изучения отклоняющегося поведения, борьбы с правонарушениями. И хотя время от времени внимание ученых привлекает правомерное поведение[1], многие аспекты его остаются вне поля зрения, особенно в отраслевых науках. А перспективы здесь открываются огромные для трудового права, для предпринимательского и даже для уголовного[2].

До настоящего времени, как представляется, недостаточно исследуется поведение должностных лиц государства, как правомерное, так и неправомерное. О мотивах и составе преступлений написаны основательные книги. О мотивах и составе отклоняющегося поведения должностных лиц не знаю ни одной. Возможно, отсюда есть выход на проблему относительной самостоятельности государства. Это явление само по себе является серьезным вызовом обществу, праву, юридической науке, которая его тщательно обходит. Между тем разные проявления относительной самостоятельности государства и, в частности, бонапартизм замечали не только классики марксизма, но и признанные авторитеты буржуазной науки[3].

Наконец, в особую группу внешних вызовов следует выделить вызовы юридической науке, идущие от других наук. Имеются в виду не только философия или иные социальные науки, но также и естественные. Юридическая наука до сих пор не откликнулась по-настоящему на достижения медицины (пересадка органов, клонирование), биологии и химии, кибернетики, на компьютеризацию. В данном случае мы имеем в виду отклик на ту социальную информацию, которую доставляют разные науки, имея предметом изучения не государство и право, а иные явления жизни человека и общества. Но в качестве вызовов со стороны неюридических наук следует расценивать и те новые исследовательские механизмы, ту методологию, которую они предлагают[1]. В частности, при всем релятивизме постмодернистских философских теорий, при всей ограниченности постклассических эпистемологических подходов (в особенности, когда они порывают с аподиктичными суждениями классики[2]), при всей их эпатажности и уводящей в заоблачность реификации, они могут быть востребованы не только общей теорией права, но даже отраслевыми науками, если последние не замыкаются на заземленной легистике. Происходит диссеминация (от лат. disseminatio — сеяние, распространение) эпистемологического опыта. Проиллюстрируем полезность его восприятия в исследовании российских реалий.

Весьма типично для российской науки разного рода притворство, когда делают вид, что нечто имеет место в действительности, в то время как в ней имеет место нечто иное или вовсе ничего подобного нет. В семиотике это представляют так: есть некий знак, а самого обозначаемого предмета нет. Отсюда проистекают так называемые симулякры, когда делают вид, будто описывается сам предмет, в то время как в лучшем случае описываются «картинки» с него или некие репрезентации, хорошие или плохие копии предмета. В Конституцию СССР «победившего социализма» было введено понятие (знак) общенародного государства. Десятки книг и диссертаций появились с описанием сущности, механизма и функций общенародного государства. Но было ли оно в реалии? Молодой японский исследователь Исии Коки в 1965 г. не на шутку озаботил теоретиков права на кафедре в МГУ, когда предложил тему диссертации, всерьез решив посмотреть, как такое государство сформировалось в России и как оно функционирует.

[1] См., например: *Сорокин П.* Преступление и кара, подвиг и награда. СПб., 1999; *Лазарев В. В.* Правомерное поведение как объект юридического исследования // Советское государство и право. 1976. № 10; *Он же*. Выявление закономерностей правомерного поведения // Советское государство и право. 1983. № 11; *Оксамытный В. В.* Правомерное поведение личности. Киев, 1985; *Малахов В. П.* Правосознание и правомерное поведение. М., 2001.

[2] См., например: *Тарханов И. А*. Поощрение позитивного поведения в уголовном праве. Казань, 2001.

[3] *Эрлих О.* Указ. соч. С. 194.



[1] Научная новизна, пишет И. Л. Честнов, «предполагает выход за рамки существующего знания, как правило, в междисциплинарную область. Она-то как раз и лежит за пределами юридической науки — в философии, социологии, культурологии, лингвистике, семиотике и т. п.» (*Честнов И. Л.* Указ. соч. С. 112).

[2] С некоторых пор возродился интерес к презумпциям и фикциям в праве. Но, если быть более точным, следует признать, что они прежде всего категории юридической науки. Более того, из них она чаще всего и состоит. Много ли найдется в нашей науке аподиктичных положений? Много ли мы можем привести, хотя бы в качестве примера, аксиом? А между тем может ли существовать наука без аксиоматических идей? Нет аксиом — нет и открытий в науке.

Мы и сегодня знаем изображения без оригинала, благо существуют технологии их создания благодаря новейшим достижениям постмодернизма. Это тот самый грамматоцентризм как результат деконструктивизма — «культура означающих без означаемых, обращенных в замкнутую цепь самореференций»[1]. Возможно, это та самая реификация, которая с позиций постмодернизма представляет собой овеществление, процесс превращения абстрактных понятий в якобы реально существующие феномены, приписывания им субстанциональности, в результате которой они начинают мыслиться как нечто материальное[2]. В итоге, например, правовое государство перестает быть рациональным. Оно только операционально. Оно становится гиперреальным синтетическим продуктом комбинаторных моделей в нереальном гиперпространстве. Нетрудно убедиться в этом, если посмотреть на неимоверно большое количество не всегда увязываемых между собой признаков правового государства, выделяемых разными авторами. Представители естественных наук в лучшем случае видят здесь «болтологию», и, надо признать, в большой степени они правы.

Сегодня оправданно возрождается интерес к Петражицкому и психологической теории права. Экспектации мира сознания и подсознания столь существенны в их влиянии на реальное поведение, что вполне оправданно их сопоставление с влиянием официальных регуляторов. Кто может сказать, например, что больше влияет на отношения в семье: норма Семейного кодекса или экспектации, навеянные представлениями о роли мужа, жены, детей, даже навеянные тембром голоса, который, говорят, имеет иногда решающее значение в сближении супругов? Отечественная юридическая наука не дает примеров научных юридических исследований в аспекте философии феноменализма, экзистенциализма и сопричастных с ними направлений. Ни на светской, ни на религиозной основе идеи Бердяева не находят развития; Достоевский и Платонов не входят в плоть правовых исследований[3]. Юристы вообще не часто используют метафоры или литературные образы в своих исследованиях. Между тем подобные экспликации могут служить наиболее глубокому проникновению в сущность государственно-правовых явлений. О, если бы нос Клеопатры... В признании и отвержении синергетической судьбы государственности так хочется цитировать Шиллера: «О, предел коварства — шлюха в царский кабинет войдет. В сложную машину государства пальцы беспрепятственно сует».

[1] URL: hpsy.ru/ public/x3028.htm

[2] См.: postmodernism.academic.ru/ 110/реификация; vslovare.ru/ slovo/reifikatzija

[3] День за днем идет человек у Платонова, «...лишь бы занять голову бесперебойной мыслью и отвлечь тоску от сердца». Томленье, смятение жизни, предчувствие всеобщего будущего непрерывно владеет им в подтверждении самому себе, что «мир его воображения похож на действительность и горе жизни ничтожно». У него даже коровы в отчаянии среди тоскливого действия природы, и «неизвестный бред совершается в их уме». И главный герой «Ювенильного моря», «мгновенно превращавший внешние факты в свое внутреннее чувство», приходит к выводу, что «мир надо изменять как можно скорее, потому что и животные уже сходят с ума».



Вызовы внешнего порядка существенным образом сказываются на вызовах, диктуемых потребностями саморазвития науки. Но, прежде чем о них сказать, следует констатировать существование механизма осознания тех и других вызовов, механизма материализации ответов на них в содержании юридической науки. Представляется уместным в этой связи вести речь о процессах производства научных знаний и в первую очередь — о субъекте как необходимом компоненте научной деятельности[1].

Науку «производят» отдельные ученые, творческие группы ученых, научные учреждения и учебные заведения. Последних сегодня великое множество, но ни одно из коммерческих и мало какое из государственных заявляют о себе как о едином производителе научных знаний. Перед ними ставится такая задача, но она, на мой взгляд, не имеет перспективы при существующей организации и формах оплаты труда. Пока все держится на энтузиазме отдельных ученых, что и эксплуатируется властями предержащими. Похожая ситуация имеет место и с собственно научными учреждениями, хотя труды отдельных ученых, работающих в этих учреждениях, впечатляют. Ни одно из них сегодня, на мой взгляд, не оправдывает тех ожиданий, которые проистекают из факта их создания и статуса. По сути же, никто и не ждет от них глубокого коллективного творчества. А власть, возможно, и не заинтересована в этом. Чаще всего они просто обслуживают государственные органы.

Наука развивается усилиями отдельных ученых. Исследования ведутся чаще всего спонтанно, без должной координации и организации. Если раньше утверждение тем диссертаций требовало решения координационного совета, действующего в пределах СССР, теперь можно избирать тему кандидатской диссертации, по которой написаны десятки работ, в том числе защищена не одна докторская диссертация. Научные руководители часто не являются специалистами в той теме, которая привлекла молодого исследователя. Ему бы поехать туда, где

[1] См.: *Сырых В. М.* История и методология юридической науки: учебник. М., 2012. С. 25 и далее.

есть своего рода исследовательская школа в избранной области, а он идет к единственному в вузе профессору. Можно ожидать наведения относительного порядка ВАКом, но перспективы представляются неутешительными. Его компетенция и наличные силы недостаточны.

Ученые-юристы сегодня идентифицируются не столько по ведомственному и учрежденческому признаку, сколько по географическому принципу: московские, свердловские, саратовские, питерские. Последние, на мой взгляд, могут претендовать на первенство как в теоретических, так и в отраслевых исследованиях.

Коммерциализация науки и свободный рынок научной продукции обнажили многие негативные стороны. Чтобы издать монографию, надо найти спонсора. Но при деньгах можно издавать все и все научные степени становятся доступными. Фундаментальные исследования даже в естественных науках находят поддержку разве за рубежом, а гуманитарные на это вообще не рассчитывают. Многие ли труды известных наших юристов изданы на Западе? Достойные условия работы в свое время заставляли многих крупных ученых уходить из университетов в милицейские учебные заведения[1], а сегодня и те обеднели своими научными кадрами — привлекательней бизнес. Мощным центром науки является разве лишь Конституционный Суд РФ, чему есть свои объяснения.

С учетом состава исследовательских кадров и качества продукции можно сделать вывод, что юридическая наука неоднородна. В самом общем виде позволю себе выделить три разновеликие ее части, каждая из которых претендует на звание науки, но не каждая таковой является в строгом значении этого слова.

Первая часть, возможно, исторически самая древняя, может быть образно поименована служанкой. Впрочем, таковой она и была на самом деле. Она не только не стремилась к поиску истины, но, напротив, использовала весь наличный инструментарий для увода от истины. В угоду власть имущим, в угоду господствующему взгляду, к собственной выгоде.

Вторую часть, отнюдь не объемную, составляют ничем не обремененные поиски чистой истины по вопросам происхождения и сути государства и права, их назначения, наилучших форм, механизмов и функций. Это научные исследования на самом высоком методологическом уровне с опорой на достижения науки предшествующих эпох.

[1] В одном из учебников содержится специальная глава, посвященная ученым, трудившимся в вузах МВД, анализу их работ. См.: Теория государства и права: учебник под грифами УМО и МВД РФ. М., 2008.



Эта наука не состоит в услужении у кого-либо, преследует собственный интерес, хотя не исключено, что ее результаты будут использованы той или другой социальной силой.

Третья часть самая обширная. Следует рассматривать ее в свете своего рода «социальной алхимии» со всеми теми плюсами и минусами, которые свойственны алхимии вообще. Да, усилия ее тружеников нацелены на творчество, на поиск своего «золота», своего «философского камня», но усилия эти бесплодны. Там, начиная от абитуриента и студента-первокурсника, воображают себя способными усвоить истины, не читая книг и не считаясь с мнением «основоположников». В той массе все марксы. Но те, кто на «мерсах», «умнее» марксов. А те, кто в жириновских, — проворнее. Алхимию юридической науки характеризует емкое русское слово «словоблудие».

Не проведя специального исследования, все же рискну предположить, что науку как в первой, так и во второй ее части делают менее чем 10% всех занятых в этой сфере. Открытия здесь единичны, «изобретения» редки, преобладают «рационализаторские предложения». Большинство исследователей проводят черновую работу по систематизации юридических знаний, комментированию законодательства и практики, обозрению многочисленных точек зрения и т. д. и т. п. Определенным показателем значимости проводимых исследований является возвращение к их результатам по прошествии времени, востребованность в дальнейших научных поисках. Российская юридическая наука рождалась в российских университетах, в которых первое время преподавали немецкие профессора, и потом еще долгое время пропагандировались исследования преимущественно немецких ученых. Только в начале XX в. появились труды отечественных исследователей, претендующие на оригинальность.

В настоящее время оригинальными работами в области права являются те, в которых проводятся своего рода реконструкции взглядов плеяды российских профессоров (и теоретиков, и отраслевиков) конца XIX и первой четверти XX в. Через призму философии и теории права выявляется юридический концепт современных реалий, постигается реальность права и правовая реальность, в которую юридическая наука входит в качестве самостоятельной онтологии права[1]. В качестве таковой юридическая наука характеризуется

[1] См.: *Гаджиев Г. А.* Онтология права: Критическое исследование юридического концепта действительности. М., 2013. С. 12. Автор обращает внимание на «пространство виртуальной реальности», со стороны которого «праву брошен вызов, пожалуй, самый серьезный за всю его историю» (с. 14). Но это вызов прежде всего юридической

собственными (внутренними) вызовами, обусловленными ценностями, принципами, нормами, институтами права и государства, конструктами их рефлексии, логическими конструктами, формулами генетических и семиотических средств управления. В коллайдере юридической науки производится масса идей, взаимные трения и столкновения которых порождают «кварки» отдельных независимых суждений и совокупности, образующие концепции, школы, направления правовой мысли.

Надо писать книги, чтобы вновь и вновь отразить реакцию соответствующих элементов правовой системы на те или другие вызовы. Можно только сказать в заключение, что в состав «ядра», подвергаемого «бомбардировке», входят: понятие права и понятие государства; понятие нормы права и понятие источника права; система права и система законодательства; механизм, форма и функции государства.

Успех «бомбардировок» и новизна продукта во многом обусловливаются применяемой методологией, что наглядно подтверждается, в частности, коммуникативным и интегративным подходом к праву, которые, в свою очередь, сами не чужды интеграции в понимании онтологии права[1]. Методология юридической науки заслуживает большего места, нежели то, что отведено ей сегодня в предмете общей теории государства и права и предмете отраслевых юридических теорий. Именно с развитием методологических парадигм можно связывать перспективы развития юридической науки[2].

науке, вызов, требующий глубокого специального анализа в контексте глобализма, с учетом того негатива (см.: *Стиглиц Дж. Ю.* Глобализация: тревожные тенденции. М., 2003. С. 13, 23, 27, 39, 41 и др.), который имеет место быть, благодаря лицемерию игроков на мировой сцене. Рамки статьи не позволяют это сделать.

[1] Мною в свое время было предложено интегративное определение права, которое затем входило во все издания учебника «Общая теория права и государства» (см.: *Лазарев В. В.* Теория государства и права. Актуальные проблемы. М., 1992. С. 123). Сегодня его можно уточнить, принимая коммуникативный аспект.

[2] Нельзя не отметить в этой связи едва ли не единственную книгу, в которой специально ставится цель осветить горизонты юридической науки, что в общем до некоторой степени удалось именно благодаря глубоко содержательным статьям И. Л. Честнова, Н. Н. Тарасова, В. Г. Графского и др., сосредоточившим внимание на методологических аспектах науки и практики (см.: Юриспруденция XXI века: горизонты развития. Очерки / под ред. *Р. А. Ромашова, Н. С. Нижник*. СПб., 2006). В книге помещена также статья моего многолетнего соавтора С. В. Липеня «Юридическая наука в России на рубеже веков 100 лет назад», и это позволило мне не обращаться к истории отечественной юриспруденции.



## Юридическая наука: продолжение полемики[1]

Участники дискуссии в целом признали обоснованной тревогу, выраженную в моих публикациях. Профессор В. И. Крусс считает положение в сфере правоведения и юридического образования во многом критическим. И дело не в сугубо национальных тенденциях: «...Юриспруденция, укорененная в классической парадигме познания — научная, теоретическая, университетская, — во всем мире покрыта сегодня патиной девальвации, причины которой — в «тектонических» подвижках, беспрецедентных изменениях в основаниях и структуре социальной реальности. Не нужно кривить душой: юридический профессионализм всегда был в том числе товаром, способным обеспечить безбедное существование тем, кто выбирал соответствующую жизненную стратегию»[2]. Утилитарный прагматизм и отсутствие «тоски по идеалу» утверждают «ритуальную декларативность любой правовой онтологии»[3].

Признается и своевременность приглашения к настоящей дискуссии. «Дальнейшее уклонение юридической науки от «саморефлексии» может привести к еще большему падению престижа юридических знаний в целом, в обществе и особенно среди молодежи и чиновников»[4]. По мнению процитированного автора, в обсуждаемой статье В. В. Лазарева не обнаруживается строгого разделения вызовов по основанию тактики и стратегии современной юридической науки; главный вызов для юридической науки остался недостаточно проясненным автором; в качестве самостоятельной и значимой проблемы вполне заслуживают научного осмысления «лжевызовы». Вызывает сомнение у моего ученика и понятие «дискомфорт», употребляемое вместо понятий «противоречие», «коллизия» и т. п., а придание системному подходу статуса всеобщего является, с его точки зрения, слишком категоричным. Высказывается он и по поводу размышлений о знаках, не имеющих предметов отражения.

В этой связи могу только заметить, что «симулякры» в правоведении еще ждут своего исследователя и дискуссии здесь неизбежны, по-

[1] Lex Russica (Русский закон). 2015. № 11 (118). С. 10—24.

[2] *Крусс В. И.* О современном состоянии юридической науки // Юридическая наука и ее значение в современном обществе: сб. докладов на междунар. науч.-практ. конф. М., 2015. С. 33.

[3] Там же. С. 34.

[4] *Лазарев В. М.* Одна из возможных рефлексий на размышления одного из видных отечественных теоретиков права и государства // Юридическая наука и ее значение в современном обществе. С. 41.

скольку нельзя не признать уместность соображения другого моего ученика, А. Т. Рагимова: «В современном обществе не должно быть места науке ради науки»[1]. Попутно следует отметить и адресованное мне замечание Ю. С. Завьялова о неясности того, что имеется в виду, когда говорим «современное общество»[2]. Как убеждаемся, вопрос можно адресовать и д-ру юрид. наук Рагимову, и редакторам сборника с таким названием, в котором помещены цитируемые статьи.

Поставленный профессором Завьяловым вопрос тем более уместен, так как «наука не может совершенствоваться в отрыве от реалий жизни и ее потребностей, в том числе и ежеминутных. На наш взгляд, в этом и есть один из основных вызовов для исследователя: соотнести индивидуальные или групповые интересы и потребности в научном исследовании с общими интересами. ...К градации вызовов науке можно было б добавить глобальные и сиюминутные, тактические и стратегические и пр.»[3].

В научном исследовании всегда одно цепляется за другое, и соображение Т. В. Цгоева о значении для науки реалий и потребностей жизни настоятельно требует характеристики того, что за этим скрывается. И здесь более всего уместно обратиться к позиции Ю. А. Веденеева, отраженной в выступлении на конференции, а затем основательно проработанной в названных выше статьях, опубликованных в журнале «Lex Russica». С его точки зрения, «юридическая реальность как таковая (как юридический *образ* и явление или как социально-нормативный факт и *концепт*) возникает и существует на пересечении предмета исследования и способов его восприятия и понимания, описания и объяснения. Юридическая реальность существует одновременно в объективном и субъективном смыслах, в форме сущего и должного, фактического и нормативного, материального и идеального»[4].

Как приверженцу интегративных походов, мне импонирует изложенная методология. Однако здесь нет возможности обсуждать об-

[1] Юридическая наука и ее значение в современном обществе. С. 37.

[2] *Завьялов Ю. С.* К вопросу о месте права в постиндустриальном обществе // Юридическая наука и ее значение в современном обществе. С. 38.

[3] *Цгоев Т. В.* Некоторые мысли, навеянные статьей В. В. Лазарева о поиске науки // Юридическая наука и ее значение в современном обществе. С. 46.

[4] *Веденеев Ю. А.* К вопросу о юридической теории // Юридическая наука и ее значение в современном обществе. С. 60. «Правовая реальность — сложное явление, соединяющее в себе языковые, культурно-исторические и политические практики производства и воспроизводства права. Это совокупность правовых идей и понятий, правовых ценностей и ориентаций, обеспечивающих процесс социального общения» (*Веденеев Ю. А.* Правовая реальность: онтология и эпистемология. Lex Russica. 2015. № 5. С. 7).



щие эпистемологические вопросы философии права, и представляется целесообразным продолжить более специализированный поиск многомерной «реалии» применительно к предмету общей теории государства и права (ОТГП) как определяющей методологической составляющей всей юридической науки. Несомненный факт потери отечественной теорией государства и права ведущей роли в правоведении — это во многом следствие того, что юристы не осознают правовую реалию во всей ее полноте и сложности.

Впрочем, есть и объективное обстоятельство. В условиях, когда государство объявлялось основным орудием преобразования общественных отношений и строительства новой жизни, а право — неотъемлемым инструментом его в осуществлении всех государственных функций, ОТГП естественно виделась царицей всех юридических наук, признанной методологической, политической и идеологической основой правовых исследований. Тоталитарность режима проявлялась здесь с особой щепетильностью. И авторитаризм тотчас давал о себе знать, как только кто-то забывал о ведущей роли ОТГП.

В постперестроечный период, с утверждением новых экономических и политических ценностей, новые идеологи государству чаще всего даже роль «ночного сторожа» не отводили. Государство, по их убеждениям, скорее следовало сокрушать, а исходящие от него законы не могли претендовать на то, чтобы именоваться правом. Разумеется, я утрирую, и все намного сложнее, плюралистичнее и в теории, и в государственно-правовой практике, но ориентация на демократию и обеспечение частных (индивидуальных) интересов как первостепенных и первенствующих над интересами государственными имела место и дает о себе знать даже в путинское время.

Отсюда естественная утрата ОТГП ведущей роли. И в науке, и в преподавании утверждается прагматистский подход, которому в большей степени удовлетворяют конкретные науки, в частности те, что работают на бизнес, на удовлетворение интересов властвующей экономической и политической элиты. Надо ли сокрушаться по этому поводу? Надо ли разводить полемику? Мне кажется, что в силу самых разных причин надо проводить дальнейшие, более глубокие исследования.

ОТГП в России, конечно же, сильно изменилась с момента ее расцвета в конце прошлого и начале этого века. И не только по причине радикальной смены экономического и политического строя. Изменили ее и общемировые процессы информатизации. Кому она была доступна ранее и кто имел информацию о ее объекте, о государстве и праве?

Узкому кругу просвещенных. Тем более что мы помним об усилиях власть имущих скрывать подводную часть айсберга. Сегодня тоже хотели бы, но удается все реже, и к реалиям государственно-правового закулисья получить доступ легче. К сожалению, на ОТГП это не сказалось пока положительным образом. Скорее наоборот: сработал эффект инфляции информации.

О государстве и праве заговорили (заболтали) в средствах массовой информации не всегда компетентные журналисты и люди других профессий, далеко отстоящих от сути вещей. Интернет наводнен массовидными мнениями. Имеет место охлократия мысли. Сработала известная закономерность: при избытке информации теряется смысл. Зато легче манипулировать сознанием, легче инсценировать то, чего нет, легче производить симуляции. И в этой фасцинации (завороженности созданным без истины и без смысла) даже те, кто идет в науку и готовит свои диссертации, не могут творить полноценный продукт. Происходит своего рода субституция — замещение знания поверхностными мнениями, точками зрения вместо анализа событий и вскрытия закономерностей.

Утвердить положение ОТГП можно только при ясном осознании сути этой науки, социальной роли ее, оценки дескриптивных и прескриптивных инструментов, эпистемологических и репрезентативных возможностей. И здесь я претендую на некую субверсию устоявшихся взглядов, на некий модернизм или даже постмодернизм в российском варианте, что само по себе предполагает полемику.

Выбрасываю красный флаг для быков. *ОТГП — наука, которая не имеет предмета*. Да, читатель вправе возмутиться, вправе потрясать моими учебниками, в которых указывается на право и государство как на ее предмет. Но я искал их, написал два эссе — «Поиск права» и «Поиск государства» и не нашел ни того, ни другого.

Итак, объясняю. ОТПГ, как всякая общетеоретическая наука, — наука абстрактная. Я мог бы проговорить классическое видение абстракции, но для экономии времени опускаю и сразу сошлюсь на профессора-модерниста Жана Бодрияра, которого намереваюсь цитировать широко. Абстракция, пишет он, «порождение моделей реального без оригинала и реальности: гиперреального»[1]. В самом деле, кто-нибудь видел государство вообще? Есть КНР, есть США, РФ, наконец, но «государства вообще» нет. Впрочем, и конкретно названные трудно потрогать и ни в какой бинокль не разглядеть, в колбу не загнать и под

[1] *Бодрияр Ж.* Симулякры и симуляции / пер. с фр. *А. Качалова*. М., 2015. С. 5.



микроскопом не увидеть — лабораторный эксперимент исключается[1]. *Государство и право суть конструкции самой теории*. Признаки того и другого сформулированы самой теорией[2]. Совокупность (набор) этих признаков образует некую целостность, которая именуется государством и правом. Но есть ли они в реалии вещественно? Почему позволительно называть разные признаки, предлагать разный набор их, давать разные понятия? Разве есть какое-то зеркальное отражение государства, если кто-то выдает за государство население, проживающее на определенной территории[3], кто-то — законодательную или правительственную власть, а некто Людовик объявил в качестве государства самого себя. А между тем в реалиях мало что изменилось за многие века. *ОТГП, призванная презентовать нечто предметно реальное, скорее презентует саму себя, созданные ею понятия и признаки*.

Да, есть реальная осязаемая деятельность отдельных лиц и сообществ людей, есть благотворительные поступки и силовые акции: много что можно испытать на собственной спине или ощутить своим желудком. Однако ни один концепт этой реальности не становится реальностью, а является своего рода воображением, лишенным в конечном счете всякой рациональности[4]. Никто практически не утверждает,

[1] К. Маркс в предисловии к первому тому «Капитала» писал, что «при анализе экономических форм нельзя пользоваться ни микроскопом, ни химическими реактивами. То и другое должна заменить сила абстракции» (*Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 23. С. 6).

[2] Представляется объяснимой в этой связи позиция Ю. Ю. Ветютнева, который утверждает, что «определение права — это первичный, исходный акт правового познания». По его мнению, «ни в природе, ни в обществе нельзя обнаружить того, что объективно является правом. Имена не присущи своим носителям изначально, они служат частью языковой картины мира, т. е. не отыскиваются в окружающем мире, не принадлежат предметам в качестве их собственных атрибутов, а лишь присваиваются им. Поэтому понятие права не столько открывается, сколько конструируется. Не существует такого явления, которое «в действительности» есть право, существует лишь явное или скрытое решение общества именовать конкретное явление правом» (*Ветютнев Ю. Ю.* Выбор правопонимания: значение и критерии // Проблемы понимания права: сб. науч. ст. Серия: Право России: новые подходы. Вып. 3. Саратов, 2007. С. 144). С точки зрения автора, определение права, которое само по себе не может быть ни истинным, ни ложным, представляет собой необходимую предпосылку любого иного суждения о праве, которое также оказывается конвенциональным.

[3] Новейшая история сегодня открывает в центре Европы такое «государство», когда в наличии только свободная территория, никем пока не населенная, да и власть над ней пока находится за ее пределами.

[4] Здесь не место возвращаться к многовековой борьбе реализма и номинализма. Реалисты, как известно, считали подлинной реальностью только общие понятия, а не единичные предметы, существующие в эмпирическом мире. Номиналисты отрицали онтологическое значение общих понятий и утверждали, что они существуют не

что в действительности был реальный договор между людьми (между правителями и людьми и т. д.) относительно образования государства. Но все признают договорную теорию и, соответственно, выводят отсюда различные посылы. А что говорить о какой-нибудь спортивной теории происхождения государства, если за признак выдается ограниченная в пространстве и времени частная реалия Афин или Рима? И как можно говорить о государстве вообще, о сути его, если признать истинность каждой из теорий происхождения государства вообще? Или каждая из них имеет относительную истинность по отношению к происхождению государства у разных доисторических народов, или истина отсутствует вовсе. *ОТГП — теория, скрывающая отсутствие истины в отношении государства и права. ОТГП — симулякр.*

Симулякр (от лат. *simulo* — «делать вид, притворяться») — «копия», не имеющая оригинала в реальности. Иными словами, семиотически, знак, не имеющий означаемого объекта в реальности. ОТГП и есть та копия, то зеркало, тот набор знаков, который призван отразить то, что нельзя ни взвесить, ни измерить, поскольку нет той инстанции, того мерила, которым бы безоговорочно можно было измерить представляемое теорией государство и право. Только сама теория претендует на эту роль, но, как мы понимаем, в теории нет определенности (разные теории, разные оценки), нет и той истинности, на которую могли бы надеяться. Государство представляет общество или господствующую элиту? Теория рисует и то и другое, но вдруг выясняется, что оно представляет «одного себя любимого».

Сочувствующие марксизму уже здесь могут вступить в полемику и сказать, что ОТГП присуща не столько симуляция, сколько десимуляция, поскольку теоретики скрывают не отсутствие истины, а саму истину: идеологи власть имущих всегда скрывали ту реалию, что именно их интересы представляет государство, что именно их воля находит свое выражение в издаваемых государством законах. Есть предмет для разных суждений. Кстати, не снята и с успехом (впрочем, с успехом ли?) может быть продолжена полемика относительно того, чья это власть государственная, кому она принадлежит: всему народу, олигархам (богачам), беднейшим слоям (потому что их много),

в действительности, а только в мышлении. Это только имена, они не обладают никаким самостоятельным существованием вне и помимо единичных вещей и образуются нашим умом путем абстрагирования признаков, общих для целого ряда эмпирических вещей и явлений. Поэтому универсалии существуют не до, а после вещей. Крайние номиналисты доказывали даже, что реально лишь единичное, а общее — только иллюзия, не существующая даже в человеческом уме.



чиновникам, воровскому (мафиозному) слою и т. д.? Кажется, только интеллектуалов, интеллигенцию никто не называл, хотя в век информации и новейших технологий они могли бы претендовать. Если возродить античные подходы к смешанным формам государства, то соединение сил можно обнаружить и в переходах от одной сущности к другой, из одной формы в другую. Однако очень трудно обнаружить так называемое *народовластие.* Смею утверждать, что в реалии как такового его не было никогда, а картинки рисовались во все времена, даже при рабовладении. Кстати, ни в рабовладельческом, ни в феодальном обществе его и не могло быть, и «делать вид, притворяться» тоже не было необходимости. Такая необходимость появилась в буржуазном обществе и продолжает существовать сегодня повсюду, обогащаясь новейшими технологиями, позволяющими выдавать нарисованное за действительность. Доктрина *народовластия* — симулякр.

И снова есть место для полемики, тем более что есть и в моих статьях рассуждения о том, что просматривается как реальный объект и что искажается теорией. Да, но это *проявления* того, что мы именуем государством, но это не государство вообще как целостный объект во всей его полноте и глубокой сущности[1]. Если и можно говорить о реалии государства, то это будет трансцендентная реалия. В симулякрах исчезает и она.

Появление симулякров связано с отступлением от одной из существенных сторон (черт) научного знания, а именно от той, которая связывает науку с жизнью. С жизнью предметно-физического мира — в естественных науках и жизнью социального мира — в науках общественных. Всегда возникает сомнение в научности правовых суждений, если они ни прямо, ни косвенно не отражают социальное бытие (оторваны от него), если они даже и опосредованно не служат и не могут служить человеку и обществу. Однако симулякры требуют большего: сознательного увода от действительности, сознательного ее искажения путем начертания того, чего на самом деле нет. Фасад расцвечивается, в то время как за фасадом скрывается нечто иное. Поскольку государство и право — явления сложные и во многом закрытые, всегда при соответствующей заинтересованности есть возможность рисовать нечто в розовом или черном цвете, что и копией именовать будет трудно. Это тоже своего рода «наука», наука вводить в заблужде-

[1] *В. И. Ленин* в «Философских тетрадях» отметил положение Гегеля «каждый знает об общем, но не знает о нем как о сущности» и написал: «общее как сущность» (Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 29. С. 241). Такой подход позволяет, например, рассматривать категорический императив в качестве единой сущности права и государства.

ние, но к настоящей науке она не имеет отношения. Довольно часто это происходит при презентациях режима демократии и демократического образа правления, которые выдаются за исключительно позитивные явления. Цитируя Черчилля, забывают, что демократическая форма тоже имеет свои негативные черты и что при определенных условиях они делают эту форму наихудшей из всех.

Как убеждаемся, вновь можно полемизировать: есть реалия государства или нет, дается она в наших ощущениях или нет и т. д. Отвечу еще более полемично. И да, и нет. Я приверженец интегративных подходов. Мне представляется, что есть своя истина и в том, и в другом ответе. Я не склонен намертво противопоставлять реалистов и номиналистов. По-своему правы и те и другие. Зависит от того, откуда и как смотреть.

Человеческий разум способен в ходе анализа и синтеза создать такой образ предмета (явления), который будет отражать реалию едва ли не с математической (божественной) точностью. Но человеческий разум или антиразум способен так осуществить ту и другую операцию, что образ в итоге будет дьявольски привлекательным, но не имеющим аналога в материальных реалиях. Это будет даже не кривое зеркало, а то, которое делает предмет таким, каким надо, согласно мефистофельскому замыслу. И с того времени в противоположность процессу презентации открывается, как бы сказал Бодрияр, «эра симуляции», в которой созданный образ проходит свои стадии развития, и в конечном итоге начинает работать именно созданный симулякр, где реальное подменяется знаками реального, за которыми уже ничего не скрывается[1].

Мне импонируют глубокие характеристики российского правового нигилизма и правового идеализма, содержащиеся в публикациях одного из здравствующих мэтров — Н. И. Матузова[2]. Однако коренную причину того и другого он, как и многие, видит в юридическом невежестве, незрелом правосознании, дефиците политико-правовой культуры. Все это есть, но определяющими являются все-таки корни экономические и политические. Они питают и девальвацию духовных ценностей, и вседозволенность, и все другие социальные аномалии. Не устаревает тезис о необходимости за каждым правовым явлением видеть те или другие интересы. Судя по тому, как стремительно за-

[1] *Бодрияр Ж.* Указ. соч. С. 7, 12.

[2] См.: *Матузов Н. И.* Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2004; *Он же.* Правовой идеализм как «родимое пятно» российского общественного сознания // Вопросы теории государства и права. 2007. Вып. 6 (15).



строились берега отечественных и зарубежных водоемов великолепными депутатскими виллами, не такие уж они и невежественные, наши депутаты. Профессор Матузов указал на ряд нормативных актов, «наивность» которых «сразу же дала о себе знать»[1]. Но через три страницы он цитирует начальника Экспертного управления президентской администрации А. Дворковича (сегодня он в Правительстве РФ): «Послания Президента в Правительстве никто не читает, а до 90% конкретных поручений Президента не выполняется». Нет, о наивности не может быть и речи.

Профессор Матузов процитировал политобозревателя А. Бовина: «На развалинах советской мифологии мы стали создавать новую мифологию — мифологию «невидимой руки» рынка, абсолютной свободы, демократии. Реформаторы дискредитировали реформы. В частности, вряд ли нужно было отказываться от прежней системы социальных гарантий, направляющей роли государства»[2]. Очень важное положение для наших рассуждений. Сугубо полемически заявляю: *ОТГП способствовала и способствует мифотворчеству, выполняя политический заказ.*

На этом основании можно ей в качестве науки отказать. Но здесь оставим в стороне и экономику, и политику. Важнее обнажить гносеологические корни. Теоретики вспоминали о них, когда, например, указывали на причины множественности теорий, связывая их, в частности, с природой познания (превознесением одной стороны предмета в ущерб другим). Так уж ум человеческий устроен. А если говорить *о постижении предмета* (обращаю внимание на новизну постановки вопроса, поскольку в данном понятии есть такие смыслы, как понимание, усвоение, проникновение, прозрение и др.), когда не только умом, не только головой, но и сердцем, душой приходят к созданию образа предмета, явления, процесса, то возможности ухода от институциональной реалии многократно умножаются[3]. Можно про-

[1] *Матузов Н. И.* Правовой идеализм как «родимое пятно» российского общественного сознания. С. 29.

[2] *Бовин А.* Разрушение иллюзий // Известия. 1998. 31 дек.

[3] Еще в советское время мне приходилось писать главу о чувственном и рациональном в постижении государства и права (см.: *Фельдман Д. И., Курдюков Г. И., Лазарев В. В.* Теоретические проблемы методологии исследования государства и права. Казань, 1975). Хорошие возможности для полемики открывает феноменология, где феномен, по мнению ее отцов, является обозначением иллюзорных сторон человеческого опыта. У Канта феномены — это объекты и события, как они представляются нам в нашем опыте. Они могут в какой-то степени быть познанными, в отличие от ноуменов, которые разуму недоступны. Гегель, напротив, считал, что сознание развивает-

иллюстрировать это на примере постижения любимой женщины, но, в той же мере, и на примере постижения государства. Именно в процессе постижения (прежде всего на уровне познания) приходят к истинам (чаще относительным), но в том же процессе *постижения* рождаются симулякры. На протяжении своей славной истории ОТГП давала как то, так и другое. И моя интегративная методология позволяет смотреть на это спокойно, поскольку симуляция «ставит под сомнение различие между «истинным» и «ложным», между «реальным» и «воображаемым»[1].

Весьма часто представляют право как правду, как справедливость. Кто может ответить и тем более доказать, что здесь идет речь о действительности, но в то же время кто рискнет утверждать, что в действительности нет и капли правды и справедливости? Более того, никакой истины здесь и достигнуто быть не может, поскольку правовые нормы суть требования должного, поскольку есть много причин одним считать нечто добром, а другим — злом, для одних справедливо то, что для других абсолютно несправедливо, соответственно возвести в позитивное право можно самые разные постулаты[2]. Казалось бы, какая справедливость в войнах, но таковыми их целые народы именуют не без оснований; какое торжество добра и справедливости, когда человека «мочат в сортире», но, по моим понятиям, в том состоит высшее их проявление, если этот человек готов взорвать автобус с детьми. Право как справедливость — это симулякр, стирающий грань между истиной и ложью, между реальным и воображаемым.

А правовое государство? Даже в таком документе, как Послание Федеральному Собранию 1994 г., признавалось, что «пока нет полноценного демократического правового государства». Но, может быть,

ся, проходя различные стадии, от ступени сознания феномена до той ступени, где человеку открывается ноумен самого себя.

[1] *Бодрияр Ж.* Указ. соч. С. 8.

[2] Поводом, а впрочем, и основанием для развертывания полемики может выступить разногласие условно между профессорами Барановым и Сырых относительно возможности установления истины в правовых нормах. Спор этот пытался разрешить Иеринг: «Право не может осуществлять одни и те же нормы регулирования жизни для всех времен и всех народов. Оно должно адаптировать их к условиям жизни того или иного народа, уровню его цивилизации и к потребностям времени. Мерилом права служит не истина, являющаяся абсолютной, а цель, являющаяся относительной» (см.: *Синко Сурия Пракаш*. Юриспруденция. Философия. права: краткий курс / пер. с англ. М., 1996. С. 173). Но Иеринг тогда не ведал о философии относительности, подвергшей опровержению абсолютность истины. Для настоящей публикации более точным будет говорить не о праве, а о теории права, которая постигает высокие разумные цели, но затем вынуждена предлагать разные формы их реализации.



при принятии государства имела место не столько симуляция, сколько десимуляция, т. е. попытка скрыть обнаженную истину отсутствия связанности государства правом? Скорее так и было. Что-то изменилось спустя 20 лет?

А по поводу такого симулякра, как общенародное государство, и сомнений не могло быть в свое время. Разоблачалось только «государство всеобщего благоденствия», но, как мы понимаем, не у нас.

ОТГП — та наука, которая осмысливает реальную конкретику государственно-правовой жизни, систематизирует ее, выявляет общее и особенное (догматика права), что позволяет ей давать рекомендации практике. Но человек так устроен, что в *постижении* реалий он не останавливается на этом, и элементарный рациональный анализ уходит на более высокие уровни, обрастая при этом чувственным, психологическим арсеналом. ОТГП уходит к заоблачным, космическим, планетарным высотам, и в тех высотах мы с полным основанием видим в ней философию государства и права. Здесь место для полемики: видеть на этом уровне появление новой науки или это качественно новая часть ОТГП? Вижу технический образ: самолет — космический корабль — орбитальная станция — платформа для полетов к другим планетам — орбитальный корабль — ...? Этот образ позволяет понять, что на каждом последующем этапе требуются новые инструменты, порой непостижимые для ума на ранних ступенях технологических построений.

Философия государства и права изначально находилась на недосягаемой для ума высоте. В Бога можно только верить. Теологический вариант происхождения и бытия государства и права лежал в основе светских теорий естественного права, служил путеводной звездой в чувствах и мыслях людей, в практической их деятельности. При всех оговорках и теологическую философию государства и права можно считать развитием ОТГП, имея в виду труды Платона, Аристотеля, Августина, Аквинского и др. Вместе с тем трудами названных и многих, многих других мыслителей разного времени достигались многообразные «земные» высоты. Речь идет о сформировавшихся парадигмах *постижения* государства и права, основополагающих методологических максимах изучения государственно-правовых реалий, общих понятиях, отражающих эту реалию и саму эпистемологию.

С каждой из достигнутых высот открывается свое поле видения предмета, и было бы неправильно вычеркивать какую-либо позицию из списка, тем более что любая из них дает представление о времени, творце, об обстоятельствах появления. Не хочу давать повод для по-

лемики, отдавая первенство какой-либо философии. Но более предпочтительными кажутся мне те, которые более последовательно и полно во всех своих представлениях отражают тот категорический императив, который в том или ином виде содержится в древневосточной философии, формулируется Священным Писанием, концептуально прорабатывается Кантом, Гегелем и многочисленными их последователями. Будь личностью, уважай других как личностей; не делай зла, твори добро; будь милосерден. *Только то согласуется с правом, по существу является правом, что ограждает человека от противоположного. Только такая организация претендует именоваться государством, которая следует праву и создает условия для его действия.*

Мы зафиксировали позиции определенной высоты — философские позиции, развернутые мыслителями в ряды категорий. Но во избежание бесплодности последних следует всякий раз спускаться на бренную землю, и, кстати, может оказаться, что некоторые из них не найдут повсеместного оплодотворения. ОТПГ является той посредницей, которая переносит созревшие плоды (их семена) на земную почву. Эта почва могла быть уже и подготовленной той же теорией. Мы не можем забывать то обстоятельство, что именно теория возносилась с земли к сияющим философским высотам.

Раскрываемый разными словами категорический императив применительно к праву воплощает в себе одновременно и духовное, и формально-логическое. Он обращен ко всем в равной мере; он предполагает в личности нечто большее, чем биологическое и физиологическое; он исходит из коммуникативно-социальной сущности личности; пронизывает правовое глубоким нравственным началом. Это общее благо, Добро в его целостности. Категорический императив позволяет, как это сделал В. С. Соловьев, определять право как минимум добра.

Здесь самое время — пока остаемся на философской высоте категорического императива, пока не возвратились на грешную землю — дать определение права.

Право есть система требований, обеспечивающих формальное равенство всех в выполнении категорической коммуникативно-социальной обязанности быть личностью.

Судя по разным источникам, излагающим разные теоретические доктрины, судя по многообразным определениям права и государства, предлагаемым в разное время на разных континентах, ОТГП по-разному выполняла и выполняет свою миссию опредмечивания философских позиций. В том числе и тех, которые берутся как бесспорные за основу. Это имело место, когда сходились на божественном видении



мира, и это наблюдается, когда не подвергают сомнению содержание категорического императива. Многообразие объясняют три причины: ошибки (заблуждения) в использовании рационального инструментария; многообразие государственно-правовых реалий, к которым привязываются философские максимы; симуляция.

Последнее нуждается в пояснении. Во-первых, как указывалось выше, на уровне высокой теории, на уровне философии уже созданы свои симулякры. *Ex nihilo nihil*, и не получится извлечь какую-то истину, если ее предварительно убрали. Если идет речь о том, чтобы их безболезненно «спустить на бренную землю», нужно пройти тот же путь от абстрактного к конкретному, дезавуируя все уловки, которые приходилось делать при создании симулякра. Во-вторых, в движении к «земле», к конкретному не исключено создание новых симулякров — таких, которые искажают до неузнаваемости философские «реалии», в конечном счете уничтожая в них всякую истину. «Таков был подход иезуитов, которые строили свою политику на виртуальном исчезновении Бога в эпифании власти, означающем конец трансцендентности, которая служит отныне лишь алиби для стратегии, абсолютно независимой от каких-либо влияний и критериев. За вычурностью образов скрывался серый кардинал политики»[1]. По убеждению цитируемого автора, в пространстве, *поврежденном симуляцией,* исчезает всякая детерминированность, в логике симуляции нет ничего общего с логикой фактов и рациональным порядком[2].

«Кардинал политики» весьма прагматичен. В полном соответствии с этой философией он признает истиной то, что ему (ей — политике) служит. Он утверждает свою истину силой. За отсутствием превосходства готов договориться, и истиной станет то, на чем сойдутся две прагматические воли. Они готовы утвердить свою фикцию, готовы сотворить симулякр[3].

---

[1] *Бодрияр Ж.* Указ. соч. С. 11.

[2] *Бодрияр Ж.* Указ. соч. С. 26, 27. Особенно впечатляет рассуждение автора по поводу того, как гиперреальность и симуляция — «средства апотропии любого принципа и любой цели» — позволили капиталу уничтожить все идеалистические различия между истинным и ложным, между добром и злом, чтобы установить свой радикальный закон эквивалентности и обмена, железный закон своего господства (с. 35).

[3] С некоторых пор возродился интерес к презумпциям и фикциям в праве. Но если быть более точным, следует признать, что они прежде всего категории юридической науки. Более того, из них она чаще всего и состоит. Много ли найдется в нашей науке аподиктичных положений? Много ли мы можем привести, хотя бы в качестве примера, аксиом? А между тем, может ли существовать наука без аксиоматических идей? Нет аксиом — нет и открытий в науке. Соотношение фикций и симулякров заслуживает специального исследования.

Есть примеры простые, с общеизвестными фикциями. А что отличает их от случаев, например, с теми же симулякрами «государство всеобщего благоденствия» и «общенародное государство»? А ничего. И тот, и другой по ряду причин устраивали многих: одни видели в них цели, другие считали удобными для одурачивания масс и т. д., но все от того что-то имели, не говоря уже о том, что обе фикции служили мирному течению политического развития, что могло устраивать и власть, и оппозицию.

Показательны расхождения в понимании и определениях права. Причины указывались: сложность и многогранность предмета; гносеологическая склонность превознести одну сторону; политическая ангажированность; партийная принадлежность; недостаток образования; престиж и заработок. Не имея возможности комментировать и иллюстрировать каждую из них, обратим внимание на исторические условия формирования разных методологических подходов[1]. Весьма показателен в этом отношении анализ осмысления права в Европе и в России.

«При всем многообразии подходов к трактовке естественных прав человека, — пишет В. В. Лапаева, — главным стержнем западной философии права... является ее гуманистическая, *человекоцентристская* ориентация на понимание права как формы индивидуальной свободы человека в общественной жизни. Русская же правовая мысль развивалась во многом под влиянием *системоцентристской* в своей основе византийской духовной традиции, в рамках которой право трактовалось как некая стоящая над отдельным человеком и подчиняющая его форма духовного единения людей на базе правды-справедливости, божественной благодати, христианской этики и т. д.»[2]. Если вести развитие западной философии с периода зарождения буржуазного мировоззрения, можно согласиться: симулякр свободного человека рождался в то время. А куда, к какой ориентации отнести Сократа

[1] Хороший материал в этом отношении мы находим у Синха Сурия Пракаш, который, во-первых, видит одновременное существование во все периоды истории трех или четырех цивилизаций, во-вторых, указывает, что право не было универсальным исходным пунктом их философии и жизни и, в-третьих, что это не явилось препятствием рассматривать в конечном счете историю человечества в его целостности. Профессор считает важным различать также те эпистемологические концепции, которые лежат в основе различных теорий права, и осознавать их несовместимость. Теории права демонстрируют три типа теорий познания, а именно: метафизически-рациональный, идеалистический и эмпирический, которые, в свою очередь, позволяют классифицировать сами теории (см.: *Синха Сурия Пракаш*. Указ. соч. С. 63, 138 и др.).

[2] *Лапаева В. В.* Российская философия права в контексте западной философско-правовой традиции // Вопросы философии. 2010. № 5. С. 3.



и Платона? А Макиавелли? Буржуазного Дюги с его солидаристскими идеями? А Европу Средних веков с идеями единого государства и права? Исторический материал для восхождения к абстракциям государства и права, а затем возвращения к политическим реалиям был столь многообразен, что философию права не уложить в две якобы противоборствующие линии[1]. К чести автора, она старается объективно представить портреты российских мыслителей, которые, на мой взгляд, не были столь односторонни в исходных философских позициях. В частности, цитируется Е. Н. Трубецкой: «Как бы ни были разнообразными нравственные понятия у разных народов, все они сходятся между собой в том, что человек должен поступиться некоторыми личными интересами ради блага общего, ограничивать свой произвол ради ближних... И не подлежит сомнению, что именно в этом принципе всеобщей человеческой солидарности выражается не преходящая точка зрения той или другой исторической эпохи, а вечный непреложный закон добра»[2]. Это положение, которое с успехом можно положить в основу интегративного (интегрального) философского понимания права. Такое понимание права демонстрировали К. А. Неволин, В. С. Соловьев, концептуально обосновывали Г. Д. Гурвич и А. С. Ященко.

Достоинство ОТГП в России конца XIX — начала XX в. состоит в том, что она предпринимала попытки преодолеть односторонние подходы, разрыв земного и духовного, отрыв догматики от социологии и философии. Можно с удовлетворением констатировать, что сегодня имеет место своего рода возрождение той ОТГП, и «выход из тупика» как раз не в том, чтобы развивать самостоятельные юридические науки, оставив ОТГП истории, как это полемически предложил И. Ю. Козлихин, а в том, чтобы развивать ее в органическом единстве с философией права, социологией права и догмой права. Представляются в этой связи убедительными размышления Н. В. Варламовой, что «только развернутая до уровня догматики философия права приобретает качество законченной теории»[3]. Автор полагает, что только ли-

[1] Глубину мысли демонстрирует *Г. В. Мальцев*, полагающий, что в основу современной цивилизации, определив идеал единства человечества, легли три осевые культурно-исторические линии: индоевропейская, иудео-христианская и русско-православная. См.: *Мальцев Г. В.* Культурные традиции права: монография. М., 2013. С. 5—8.

[2] *Трубецкой Е. Н.* Труды по философии права. СПб., 2001. С. 311—312.

[3] *Варламова Н. В.* Непозитивистская концепция юридической догматики: постановка проблемы // Российское правосудие. 2007. № 10. С. 6. Автор считает необходимым создание «теории среднего уровня», на что в непозитивистских концепциях права, вслед за Кантом, давно обращают внимание, говоря о переходе от права, происходящего из законов разума, к статутному и о состыковке их друг с другом (с. 11). После

бертарная теория права достигла (может достичь) успеха на этом пути, поскольку «это не чисто умозрительная (формально-логическая) конструкция, а абстракция реальных социальных порядков, где личная свобода признается основной ценностью»[1]. Все хорошо, но такая теория не может претендовать на всеобщность. Она отражает буржуазный строй, буржуазный правопорядок и не более. Все другие правопорядки просто объявляются неправовыми. Нового ничего: коммунисты или сегодня с других позиций — крайние исламисты тоже объявляют все не родные им порядки неправовыми.

На мой взгляд, *базовой ценностью для права и для его понимания (его философии), вопреки либертаристам, является несвобода*. Люди с самого начала были несвободными от природных явлений, а по мере становления общества — от социальных. Аксиоматично прозвучало в свое время: жить в обществе и быть свободным от общества нельзя. Право, именно право должно поддерживать эту несвободу. Да, право является равным масштабом (в этом его формальное свойство), но равным для всех в их несвободе. Правовое регулирование в том и состоит, чтобы удерживать субъектов коммуникации от поступков, наносящих вред природным и общественным процессам (отношениям). Не станем углубляться в вопросы о природе человека, но, каковой бы она ни была, и естественное, и позитивное право призваны удерживать в рамках очерченной философией права, естественным и позитивным правом несвободы, осуждать и наказывать тех, кто свою личную (индивидуальную) свободу ставит выше общесоциальной.

Разумеется, история свидетельствует о том, что за общесоциальный интерес открыто или умело завуалированно выдавался интерес властвующего субъекта, классовый или частный. Но в интересах формулирования *общей* теории государства и права на уровне *общей* философии права и, наконец, в интересах приемлемого *общего* определения права следует всякий раз обращаться к категорическому императиву. Трудно найти здравомыслящих людей, которые сознательно стремились бы нанести вред самим себе. Категорический императив требует добра и по отношению к другим людям. Есть люди, которые видят в других только средство для удовлетворения собственных выгод и не видят в них не только личности, но и человека. Категорический императив отвергает это. *Личностное и деятельное начало содержания императива проявляют его сущность*, которая находит затем свое воплощение в праве. Мы видим в категорическом императиве глубокую философию, основополагающие этические начала, моральные требования. В нем мы видим *теоретический критерий права*. Но не только теоретический, при соприкосновении с жизнью — и практический! Для своего полного воплощения он требует в конечном счете использования силы. Специализированной (государственной) силы, основанной на праве. Именно этим объясняется (при всем многообразии социально-исторических условий) происхождение государства и его органическая связь с правом.

этого остается и автору этих строк, с его видением ОТГП, объявить себя приверженцем непозитивистских (неопозитивистских!) взглядов.

[1] *Варламова Н. В.* Указ. соч. С. 8.



Либертарная теория права видит сущность права не в его содержании, а в его форме. Академик В. С. Нерсесянц раскрывает ее через единство трех составляющих: всеобщая равная мера регуляции общественных отношений, свобода и справедливость[1]. При этом в правовой форме равенства апологетизируется именно свобода, делается акцент на правах человека, на связанности государства этими правами. Мы и здесь видим того самого «кардинала» — политику. Кстати, политику вполне понятную и приемлемую в качестве реакции на тотальный авторитаризм. Между тем, если принять за основу категорический императив и рациональное осмысление в его свете исторических реалий, придется отдать первенство не правам, а обязанностям. Обязанностям человека, обязанностям государства, взаимным их обязанностям. До настоящего времени не утратила своей ценности редко упоминаемая статья В. М. Чхиквадзе о взаимной ответственности государства и личности. Ответственность же всегда связывается с выполнением обязанностей. Та и другая сторона имеет права, но свобода в их осуществлении очерчена обязанностями, свобода по большому счету лежит за пределами права.

Моя позиция не отвергает принципа верховенства права, но при этом право не сводится к правам и свободам человека. Право определяет положение человека, государства и общества в лице его многочисленных институтов во взаимных обязанностях по отношению друг к другу, запрещая все, что не соответствует требованиям категорического императива. В познании необходимости выполнять соответствующие обременения состоит подлинная *правовая* свобода человека. Моральная свобода шире правовой, поскольку она предполагает осознание этических обязанностей. Та и другая форма свободы пересекаются, но моральная, если так можно выразиться, уходит в глуби-

[1] См., например: *Нерсесянц В. С.* Ценность права как единства свободы, равенства и справедливости // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. М., 1996. С. 4—11.

ны, и не только сознания, но и чувств. Это односторонние и неимперативные поступки и чувства.

Никто в научном мире не сомневается в очевидной истине: люди в силу различных обстоятельств не равны друг другу. Это объективная реалия, сокрушить которую безуспешно пытались все революции. Но это та реалия, которая, на мой взгляд, освящена правом как эмпирическим, так и философским. *Это то неравенство, которое составляет для понимания права исходную ценность. Справедливость права в том и состоит, чтобы поддерживать правовое неравенство.* А правовым оно является потому, что достигалось в соответствии с правом, т. е. без насилия, с уважением к другим людям, в рамках выполнения всех лежащих на данном субъекте обязанностей.

Мы готовы согласиться с В. С. Нерсесянцем, когда он пишет, что право не уничтожает различий между индивидами, «но лишь формализует и упорядочивает эти различия по единому основанию, трансформируя неопределенные фактические различия в формально-определенные неравные права свободных, независимых друг от друга, равных личностей»[1]. Однако соглашаемся при соответствующем прочтении, при ином определении того самого единого основания. Право видит личностей фактически неравными, несвободными, зависимыми друг от друга, и потому его регулирующая ценность состоит в разрешении возникающих на этой основе конфликтов, в обязывании людей к определенному поведению, в ответственности за неправовые поступки[2].

Право есть система требований, обеспечивающих формальное равенство всех в их неравенстве и формальное равенство всех в выполнении обязанностей человека и гражданина.

Такой подход к праву не может не резать слух тем, кто симулировал буржуазные ценности в качестве общечеловеческих, кто под воздействием хорошо продуманных симулякров поет дифирамбы индивидуализму, свободе и демократии. Их можно понять: акцент на общесоциальных интересах, на реализации обязанностей, на решительных (силовых в конечном счете) действиях государства никогда не удовлетворял тех, чьи материальные и политические преимущества получены неправовым путем. Государство конечно же, при всей его необходимости, не лучший объект для восторгов. И не случайно многие большие умы относились к нему настороженно или отрицательно, а многие обосновывали утопические идеи его отмены или отмирания. Не случайно и либертарная теория права в лучшем случае не акцентирует связь права и государства, а чаще всего обосновывает необходимость его сдерживать. Законы, исходящие от государства, в любую минуту могут быть объявлены неправовыми, как неправовой в начале лихих 90-х была объявлена Конституция России. «Кардинал политики» знает свое дело.

[1] *Нерсесянц В. С.* Право — математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. М., 1996. С. 18.

[2] Заслуживает хорошей полемики постановка вопроса о равенстве в качестве правовой ценности (см.: *Барзилова И. С.* Равенство как правовая ценность // Юридическая наука и ее значение в современном обществе. С. 155—166). С моей точки зрения, равенство может отражать только формальную, но не сущностную сторону права. Признавая равенство в качестве политического и социально-нравственного явления, признавая его в качестве идеала и соответственно, как ни странно, «материальной» основы равноправия, трудно видеть ценность права в качестве регулятора общественных отношений. «Равенство возможностей», «равенство предпосылок» для осуществления равенства и пр. — тот самый симулякр, который уводит от истины реального бытия и задается целью скрыть истину вообще.



**Наш вывод таков:** конкретное государство в определенные периоды своей деятельности может заслуживать критики, отвержения, сопротивления и даже ниспровержения, но эта критика не может быть обращена против государства вообще, против того государства, которое по сути своей должно поддерживать право и делать все необходимое и возможное для его реализации.

Данный вывод отражает «физику» государственности. Между тем «метафизика» власти и закона часто исключает рациональные подходы. В 60—70-е годы прошлого столетия в Западной Европе была объявлена война всем идеологиям. Культурная индустрия начала «доказывать», что «любая попытка глобального объяснения мира, любая цельная концепция реальной действительности сама по себе ошибочна и вообще невозможна, поскольку реальная действительность с ее противоречиями и поворотами совершенно непостижима и непредсказуема»[1]. Отсюда, как показывал далее цитируемый итальянский писатель, в повседневную жизнь внедрялся антиинтеллектуализм, наука и разум «ставились к стенке», внедрялось «мировоззрение паранормального», а на этой основе пропагандировалась концепция потребительства, раскованность и непринужденность в общении, отмена семьи, государства, узаконение гомосексуализма, лесбиянства и т. д., и т. п. Банальные мотивы в низах вели к метафизическому восприятию мира и постклассическому теоретизированию в верхах. Все это готово возродиться в России и потому дает основание заметить: «Новая юридическая картина мира эпохи постмодерна своей апологией размыто-

[1] *Рава Энцо.* Духовный ширпотреб // Литературная газета. 1979. № 39. 26 сент.

го, сегментарного, плюралистического правопорядка, по существу, легитимирует отказ от универсального и общего права в пользу ситуативного и партикулярного, а в конечном счете — юридической войны всех против всех. Постклассическая юриспруденция — это юриспруденция возвращения в доправовое социальное состояние, существующее за рамками нормативных принципов формального равенства и эквивалентности. Право социальных отношений вытесняется правом социальных трансакций, юридическое содержание которых непрерывно переопределяется в зависимости от их месторасположения в обезличенной и анонимной сетевой структуре общения»[1].

Итак, я вижу главную опасность для исследований государства и права в их односторонности и полном уходе в сферу трансцендентного, в область психической эзотерии, способных разве лишь на эвокацию энтропии государственно-правовых реалий. Но моя принципиально интегративная (интегральная) позиция заставляет оговориться: при всем релятивизме постмодернистских философских теорий, при всей ограниченности постклассических эпистемологических подходов, при всей их эпатажности и уводящей в заоблачность реификации, они могут быть востребованы не только общей теорией права, но даже отраслевыми науками, если последние не замыкаются на заземленной легистике. Происходит диссеминация (от лат. *disseminatio* — «сеяние», «распространение») эпистемологического опыта.

## Integrative Perception of Law[2]

> There is very significant reason to believe that law is the most powerful tool for the formation of a unified consistent basis of human activity, and hence for the integration and association of people, territories and state entities.
>
> *S. S. Alekseev*

**The philosophy of an integrative perception of law.** There are diverse approaches to the law, fundamental differences in its understanding, a variety of definitions of the law in modern legal science in Russia. This differs today in Russian legal science from the legal science of

[1] *Веденеев Ю. А.* Юридическая картина мира: между должным и сущим // Lex Russica. 2014. № 6. С. 648.

[2] Kazan University Law Review. No. 1 (1). Kazan, 2016. P. 19—32.



the «developed socialism» times, when, and not without the influence of the ideology of the Party, the philosophy of materialistic and class-volitional notions of the law was the only recognized legal philosophy. It is not possible to characterize the Marxist approach to the law, which is also today sometimes proclaimed the only scientific approach[1]. But it is only to be noted that this kind of limitation contradicts the essence of Marxism itself, because Marxism declared the perception of everything valuable that humanity had developed before its appearance. Marxism has a profound basis for integrative studies of the law and, therefore, for recognizing the different philosophical approaches to the development of the law. It is no accident that until adopted under the influence of Vyshinsky that volitional decision should be considered as the law, prominent soviet Marxists (Reisner, Stuchka, Krylenko and others) showed a sociological and psychological vision of the law along with legalism.

Professor V. G. Grafsky, in one of his articles devoted to integrative law, drew attention to the simplification or blurring of the methodological orientations in many modern variants of understanding of the law, and at the same time, to the persistence of methodological pluralism and its prospects, even into the distant future[2]. While agreeing with both of these approaches, sharing the opinion of the author in his quest for synthetic views on the law, I think it is possible to draw attention to the harmony, the current value and doubtless prospects of one of the checked methodological positions, expressed by one of the adherents of a deep integrative perception of law. I refer here to the rationale of the law by the Russian-French Professor G. D. Gurvich.

The following is taken from the preface to The World of the Law by G. D. Gurvich: The social philosophy of Gurvich is a very interesting attempt to connect the various methodological orientations (from the subjective idealism of I. Fichte, the phenomenology of E. Husserl and ending with the historical materialism of K. Marx, the vitalism of A. Bergson, the realism of S. L. Frank, N. O. Lossky, N. Gartmann, the psychological of L. I. Petrazhitsky, not to mention the effect on Gurvich of his friends —

[1] *Syryh V. M.* Logicheskie osnovanija obshhej teorii prava. T. 3. Sovremennoe pravoponimanie. [*Syryh V. M.* The Rationale of the General Law Theory. Contemporary Understanding]. (in Russian). M., 2007, P. 11.

[2] *Grafskij V. G.* Integral'naja (obshhaja, sintezirovannaja) jurisprudencija kak teoreticheskoe i prakticheskoe zadanie // Nash trudnyj put' k pravu: Materialy filosofsko-pravovyh chtenij pamjati akademika V. S. Nersesjanca. [*Grafskij V. G.* Integral (General, Synthesized) Jurisprudence as a Theoretical and Practical Task // Our Difficult Way to the Law: Materials of Philosophical and Legal Readings in Memory of Academician V. S. Nersesyants]. (in Russian). M., 2006. P. 142.

L. Brunschwig, L. Levy-Bruhl, M. Moss, J. Val, M. Halbwachs, etc.). It is difficult to say how successful this synthesis was, but in the history of the sociological thought of the XX century there are not many such attempts to build an integrated methodological concept, applicable to the analysis of all aspects of social reality and at the same time free from the details of such an analysis to any one monistic principle[1].

The synthesis of methodological orientations pursued by Gurvich bore some success, though further development is needed (e. g. in the light of new advances in science), but the approach of the author is to draw the attention of lawyers. In the search for truth in respect of the law, his dialectic removes the opposition of one method to another as part of methodological pluralism, allowing the construction of a unified synthetic line in understanding the law. However, normative and natural-legal positions are also capable of understanding, if we exclude the orthodoxy of both of them, if not initially qualify for the creation of the only correct scientific concept of explaining the surrounding reality.

The natural sciences provide us with compelling evidence of the coexistence and complementarity of theories in the framework of the exact sciences, of the admissibility and fruitfulness of different ways of explaining the surrounding reality. Unprovable theorems are proved, intersecting theories of the origin of the universe are put in question. Jurisprudence has to wait for its own nanotechnologies to converge on the recognition of the relativity of a single definition or concept of law in a variety of conceptions of its essence and in a rich palette of opinions.

The researcher into the creative heritage and translator of the works of G. D. Gurvich M. V. Antonov writes: «The main way of learning and explaining social reality for Gurvich was to study the typologies of social structures based on a kind of empirical-realist dialectic in conjunction with intuitivism and phenomenology (like Fichte Gurvich describes his concept as ideal-realistic). Surrelativism, hyper-empirism ... of social reality are principles of the sociology of Gurvich»[2].

According to Gurvich, in order to understand the essence of the law of integration, it is necessary not only to formulate an adequate idea of the immanent totality as an ideal of social life, but also to abandon individualistic prejudices associated with the current interpretation of the concept of «law».

[1] *Gurvich G. D.* Filosofija i sociologija prava. Izbrannye sochinenija [*Gurvich G. D.* Philosophy and Sociology of Law. Selected Writings]. (in Russian).SPb., 2004. P. 13.

[2] *Antonov M. V.* Mir prava G. D. Gurvicha // *Gurvich G. D.* Filosofija i sociologija prava. Izbrannye sochinenija [*Antonov M. V.* The World of the Law by G. D. Gurvich // Gurvich G. D. Philosophy and Sociology of Law. Selected Writings]. (in Russian). SPb., 2004. P. 14.



«We need to realize that the law is not only theconstraining and restrictive order which only prohibits. It should give the report that the law is also the order of positive cooperation, support, assistance, coordination... The right of objective integration, the right of uni-totality cannot be anything other than the right which directly formed from this totality in which it carries out regulatory functions»[1].

From Gurvich's point of view, all subordination of right in general is a deformation and distortion of the law of social integration — «...the law, where unity, collaboration and cooperation are dominated; the distortion of right and social power to the individualistic legal order, based on a heterogeneous system of coordination»[2]. Moreover, Gurvich links «subordinated law» to the constitutional order of undemocratic regimes (autocracy, aristocracy, dictatorship, etc.), because the law of social integration of the political community is deformed and the «integrative law of cooperation and unity» is distorted. «Social law», in Gurvich's opinion, is «an autonomous law of unity, which is interfaced by any active, particular, real totality; it is the integration of law...»[3]

This philosophical view on the right is focused on the study of life itself in its diverse social facts, including opinions, ideals and laws — the whole experience in all its diversity, including both sensual and intuitive perception. Science cannot ignore any of the parties' multifaceted experiences. In any event, if we distinguish between the right-conferring process and the law-making process, we will come to realize that the right is formed without a state, without its public authorities.

Through a sociological worldview Gurvich believed that the right exists apart from the state. There is no single source of law, no matter how it is declared in one or the other conceptions of law. Each of them has its empirical and theoretical justification, but no one of them is able to give a comprehensive explanation of the phenomenon of law. The incompleteness of each theory (public or jus naturale) should be filled not only by the abstract and philosophical approach, but by the sociological, pluralistic approach to law. Gurvich demonstrates an integrative approach to the law. This means that he accepts the existence of different «centers of legal experience». He does not want to base his definition exceptionally on the principle of private autonomy, on the liberty principle, on the idea of limiting or on the idea of prohibition... The law is not the will of the legislator, not natural law, not

[1] *Gurvich G. D.* Filosophia I sociologiya prava. Isbrannye sochineniya [*Gurvich G. D.* Philosophy and Sociology of Law. Selected Writings]. (in Russian). P. 58.

[2] Ibid. P. 51.

[3] Ibid. P. 51—52.

ideal rule, not social fact, not psychological phenomenon. The right includes all these different aspects. It always represents something more than a set of them. «Only the ideal-realistic approach may be enough for understanding the legal reality»[1].

Dogmatization and politicization of Marxism in soviet legal science prevented the creative development of integrative views. So V. A. Tumanov refers to the position taken by Jerome Hall, who complained about sophistical separation values, facts and legal forms, offered to connect the truth of natural law doctrine, legal realism and positivism, and also figuratively compared this methodology with the choice of Gogol's character Agatha Tikhonovna as to her sutors[2]. It seems as if an integral jurisprudence offers simply a sum of already raised issues and formulated decisions. That is why V. A. Tumanov did not agree with the fact that it is necessary «to mix into a single whole[,] versatile in its original theoretical and methodological basis of the approaches to the right»[3]. But it is also necessary to notice Tumanov's reservations: «Hall's statement about the 'onesidedness' of directions is correct»; «there is nothing bad in the problems of 'integrated law»; «every new theory can summarize the conclusions of a number of other schools. Succession, and the use of the results in sublated form and on a new basis, is a regularity of the development of any science»[4].

Yes, if we are talking about the integration of ideas on the formal dogmatic basis, we will get a compilation-eclectic construction. But it is possible to carry out the integration on the dialectical basis and approach the issue just historically, considering the different understanding of the law at different times in different nations. We are talking though about the high-level integration of legal philosophy. Such possibilities open up, for example, the dialectic of Hegel, whose teaching is at the junction of three legal doctrines: natural law, the historical school and legal positivism. Because of this, «joint» sparks of insight are created, a new way to reignite the old ideas and ignite new ones. Incidentally, the scientific aphorism of German authority says, «All the rational is real, and everything real is rational». Is it not the starting methodological basis for integrating the views? In my opinion, it is indeed so, because both combine (integrate) a

[1] *Gurvich G. D.* Op. cit. P. 144.

[2] *Tumanov V. A.* Izbrannoe [*Tumanov V. A.* Selected Works]. M., 2010. P. 122—123. In light of the above it is necessary to impartially assess the attempt by Hungarian academician Sabo to synthesize various approaches to the law on a Marxist basis (*Tumanov V. A.* Op. cit., p. 329) (in Russian).

[3] Ibid. P. 123.

[4] Ibid.



whole variety of what exists and what is due generally, and in the field of law, particularly.

Opponents of an integrative approach to the law believe that the truth can only be one of the conflicting concepts of law. And perhaps they would be right if we were talking about radical conflict in the form of opposition in relation to a particular matter (whether at the level of the rational or the real). However, the contradictions between the known concepts of law, reflecting the real contradictions of legal conditions, are not so radical; they coexist in the form of differences, they involve analysis and synthesis (removal of contradictions). Contradictions are mostly removed at a level of abstraction that provides infinitely much for the understanding of the legal reality in order to understand the value of the law. In its turn, this is a real step in transforming the legal reality. A doctrinal definition of the law, as a synthetic «clot» reflecting the legal matter of all time, of course, needs to be translated into an operational definition for the implementation of justice in a given country at a given historical condition. That general and reasonable, claimed by some of the concepts of law, does not always have the ability to be translated into reality, no matter how categorically imperative we have called it. The decisions of practitioners (judges, prosecutors, police officers, legal counsel) being expressed in equal measures of freedom and justice, there should be available all the conditions of the actual protection of the law in society. «Going down to the ground», even if sharing the methodology of the integrative approach, it is not necessary to insist on the fact that one or the other sign of law is inadmissible or, alternatively, as an essential, necessary, without which law does not exist at all. Apparently there are some qualities the lack of which makes the law imperfect, flawed, conservative, reactionary and so on. It is unlikely that in reality perfect law is conceivable. But the search for the essential features of the right should be separate with respect to the content and the form of law.

The standards of equality and justice, regulating the struggle and the approval of free wills in their relationship with each other, will characterize the content of the law, and the formal properties of a material nature is universal validity, based on coercion on the part of the dominant structure of society (usually the State). Thus, for the theorist it is not so important which contains norms that should guide practitioners — in documents, acts, in legal relations in the sense of justice (the intellectual or sensual part of it). He accepts, if only to provide real protection is important, that is the essence of law. Similarly, the «pure» practitioner will not be burdened with

«lofty matters». He must know «where lays» the fact that it is prescribed as mandatory.

At the end of the last century Russian philosophy of law was marked by the emergence of the concept of the libertarian law studies of Academician V. S. Nersesyants, a follower of Hegelian ideas. It seems to me that his views are not alien to integrative methodology, to an integrative perception of law. The integrative approach can be seen in the fact that to the author of Philosophy of Right there are different definitions of law, which represent different directions specifying the meaning of the principle of legal equality, express a single (and only) essence of law. And each of these definitions involves other commonsensical definitions in the context of the principle of legal equality.

«Hence, the internal semantic equivalence of outwardly different definitions, such as: ...Law is a formal equality, the law is a universal and essential form of freedom in public relations between people, the law is universal justice, etc. The formal equality also involves freedom and justice, the latter — the first and each other». It is important to note that ultimately V. S. Nersesyants integrates the legal approach with the legist, once the law is embodied, as soon as the laws are legal, as soon as the functioning of a constitutional state starts. «Legal act is an adequate expression of law in its official recognition, general validity, clarity and specificity required for the current positive law». And here is in fact a straightforwardly declared commitment to a synthetic approach to the understanding of the law: «The combination of the various definitions of positive law, the relevant objective requirements of law, one concept is their union (alignment, sealing, synthesis, concretization) on the same base, since we are talking about the various forms and definitions of a single legal entity».

Theoretical origins of an integrative approach to the law

Monism and pluralism within the meaning of the law are due to the nature of cognitive activity that, in turn, is associated with the object and method of cognition. For various reasons, various sides are learned in advanced, distinct partitions of the corresponding object, and methods to achieve the truth in their knowledge, too, for various reasons, are different. Meanwhile, each of them offers something unknown to favorite sites and, ultimately, there appears a synthetic mind, which is able to reach the object entirely, which is capable of escaping from the insignificant parties of the object (phenomenon) and gives the essential (deep) characteristics, presenting object as it really is.



Of course, different objects and, respectively, opening truths towards complex objects is often just a goal. However, a kind of integrative knowledge always accompanies the search for truth. Science has long been equally using inductive and deductive methods of cognition. The accumulation of a large amount of knowledge obtained as a result of differentiation and classification of the results relating to the same object demanded generalization, abstraction, distraction from unimportant moments in the knowledge of individual aspects (objects of cognition).

As a result of such generalizations even opposing concepts tend to find a compromise, the result of which is the development of integrative knowledge. Legal science is no exception.

Many various works about understanding law have been written. But is there any sense in this diversity? — a question which is asked by modern French professor Norbert Rulan. And he cannot find a clear answer to it, «because it belongs to the realm of faith».

«If one rejects God, then we can also believe that there is a general historical trend of progress, material development, the class struggle, the rule of law, democracy, the complexity of structures, etc. Or one can make a simple statement that diversity is prone to relativism». But there is another option — to recognize all of the aforementioned, including God and relativism, and present it all in a kind of integrative system. The approaches to the understanding of law and rights (law) are integrative, because the law itself is integrative.

This is a complex, multifaceted and multi-faceted phenomenon. If legal phenomena are synthetic themselves, then their reflecting concepts, reflecting rules cannot be different. Thus it can be explained by the appearance of an integrative theory of law. The right has been vested and is vested nowadays with different epithets, different names and definitions are given to it. And most of all thinkers advocate their own understanding. But there were those who, not without a reason, tried to unite the proposed approaches, who covered their attention and existence, and the ideal and the reality, who drew their eyes to the economy, to politics, and to the class struggle and to social cohesion.

The founder of a special direction in jurisprudence known as «integrative jurisprudence» was Jerome Hall (Studies in Jurisprudence and Criminal Theory, New York, 1958). Science is obliged to him for this term. Indeed, integration had been limited mainly to two approaches in the philosophy of law: the traditional natural law approach and the axiological (valuable) approach.

At the same time, the «pure» theory of Kelsen was implicated in the integration. After all, values are becoming indispensable attributes of a legal norm. And in vain natural law theory did not pay enough interest to the development of basic legal concepts. They always make an initial base of any judicial theory. And this aspect is best designed for Hall's opinion, in the normativism of Kelsen.

Kelsen himself, as it is known, defended the «pure theory of law». But understanding of the law has access to an integrative perception. There is an interesting episode in this regard that occurred in one of the scientific meetings held in Italy by the supporters of natural and legal views. Their opponent, Hans Kelsen, was invited as a keynote speaker. However, during the debate one of the opponents put it in this way: «We with Mr. Kelsen enter the woods of law from different angles, but meet on the same glade». Indeed, the famous Grundnorm of Kelsen can be interpreted from each direction, each school in a specific way. For some, it is the will of God, for others the nature of things, for the third sovereign will, for the fourth the phenomenon of the conscious or unconscious, and for the fifth — a fact of life, with its conflicting interests.

Modern French theorist Jean-Louis Berzele draws attention to the fact that the classic French lawyer Eugene distinguished between, on the one hand, the «given» law, coming from the actual reality and the laws of nature to the general structure of the world, which is fraught with a certain constancy and dominates over us, and, on the other hand, «created» law («construct») — a set of elements, created by artificial means, variable and contingent, the value and effectiveness that gives the human will, and which constitutes the necessary funds for the revitalization of the main directions of development resulting from the basics of human society. In other words, according to Berzele, it is about understanding what the basics of law are and regardless of whether the law is inherent in any society, and it exists as nothing more than a set of artificial rules, the source of which are the decisions of society. And he concludes: «The peculiarity of the legal phenomenon is the fact that it is essentially relative: ...moralists, theologians, and some philosophers understood in the sense of 'fairness and justice', while for lawyers, this term refers to a set of legal rules and regulations». For one the law is an ideal; for another — positive rule. Some see the law only as «rigorous procedures» aimed at instituting or maintaining a certain status quo, that is, ordinary social science; others try it and see a set of rules of good conduct. For some the law is just one of the aspects of the social order of phenomena, along with sociology or history. For others the law is the «system of intellectual ideas formed in



accordance with its inherent principles and quite independent of the effects of sociological or historical order»[1]. Berzele's conclusions seem to fit into the mainstream of integrative jurisprudence. In any event, in the use of the integrative method: «In this case the law is both a product of the social order of events and manifestations of the will of man, the phenomenon of the material and a set of moral and social values, ideal and reality, the phenomenon of the historical plan and normative order, complex internal volitional acts and acts of submission to the outside, acts of freedom and coercive acts...»[2].

Such arguments are reviewed in the published writings of Russian researchers. In the works of G. F. Shershenevich and many other well-known Russian scientists equally recognized is an understanding of the law from the standpoint of the philosophy of law and legal theory. In the works of B. N. Chicherin the history, dogma and politics of law are recognized equally. A. Yaschenko even wrote a special work (Teorija federalizma. Opyt sinteticheskoj teorii gosudarstva, Jurev, 1912) which demonstrated the idea of the synthetic nature of legal phenomena. The «synthetic» theory of pre-revolutionary Russia became the subject of special investigations[3]. But they are inherent in the current research. For example, Yu. Kozlihin writes:

The contrast between legal positivism and natural law is essentially opposed to science in the positivist sense of the word, having its subject to verifiable facts of social reality and philosophy, talks about proper. If we consider the ratio of these approaches to the study of law, the conflict seems somewhat contrived between them, the more that any theory of natural law (European version) requires a system of positive law[4].

[1] *Berželė J.-L.* General Theory of Law. M., 2000. P. 35.

[2] *Berželė J.-L.* Op. cit. P. 36. Professor Berzele's integrative approach to the law dictated by the needs of the modern world's development of the law, which generally requires the integration of legal systems. Comparative law, stressing the difference in the organization of modern legal systems, allows for the possibility of their comparison, allocating in them moments, which could be based on their convergence, and the practice of qualitative improvement of national laws. From Berzele's point of view, a comparison of the systems cannot be limited by codes and laws, but should cover all sources of the law. Compared components have value only when they are placed within the framework of the legal system, on which they depend, and within its historical, sociological, political, economic and cultural contexts.

[3] Relevant views of *V. Solovyov, A. Yaschenko, G. Gurvich, P. Sorokin* were authoritatively presented by V. Grafskiy in his article «The significance of the total (integral) law in a pluralistic concept of law and legal cultures» (see Jurisprudencia XX veka: gorizonty razvitiya. Ocherki / pod red. *Romashova R. A., Nizhnik N. S.* [See: Jurisprudence of XXI Century: Development Horizons. Essays. ed. *Romashova R. A., Nizhnik N. S.*]. SPb., 2006) (in Russian).

[4] *Kozlihin Yu.* Positivism i estesvennoe pravo. [*Kozlihin Yu.* Positivism and Natural Law] // «Gosudarstvo i pravo» 2000. № 3. P. 5 (in Russian).

Incidentally, since fairness has been understood differently, natural law may also be seen as good or bad. The right to private property is often declared as a natural right, but is it fair? Even the right to life in certain situations is rejected as the just and a value. Thus, from this side the opposition of positive and natural law is very relative[1].

The position of the American professor Harold J. Berman fits the theory of integrative law: «We need to overcome confusion about... exclusively political and analytical law ('positivism'), or exclusively philosophical and moral law ('natural law'), or exclusively historical and sociometric law ('historical school', 'social theory of law'). We need a law that integrates all three traditional schools and goes beyond them»[2]. «Integral legal consciousness as a phenomenon of post-nonclassical science» has become a special section in one of our domestic textbooks[3].

**Social foundation of an integrative approach to the law.** Unfortunately, the theory of convergence of political and legal systems has become a thing of the past. Conceptions of political and legal systems of a unipolar world now prevail in the West, while in Russia for some time a single aspiration to cut ties with the Russian past prevailed and to carry over institutes from the West. An integrative approach stands against both isolationism and unexacting dissolution of the national values of the opposing world.

[1] We have to admit one of the «most persistent» prejudices: the relativistic conception of the law. I. A. Ilyin wrote: «Human consciousness is surprisingly easy and well accustomed to the fact that the right is 'due to' the time and place, interest and power, perseverance and the will of blind chance. That 'now' and 'here' — right, 'tomorrow' and 'here' or 'now' and 'there — [each] has no right; today forbidden — allowed tomorrow, and maybe it is the responsibility after one month; organized interest becomes power and 'proclaims' fair 'that will be disproved tomorrow» (*Ilyin I. A*. O suchnosty pravosoznaniya. M., 1993. P. 22 [*Ilyin I. A*. On the Essence of Sense of Justice]). The thinker believed that this prejudice is towards selfish interest, feeds it, and in its turn, serves it. But we may say that «self-seeking interest", even the most valuable ideas could turn in their favor. And if we do not ignore the real story, nothing more than what I. A. Ilyin saw as prejudice, in fact is not true. He is locked in a perfect world of ideas, and there looking for true foundations of natural law. But for the success of legal activity in the interests of social value and effectiveness of the law, it is advisable to integrate what is valid and reasonable.

[2] *Berman G.* The Formation of the Western Legal Tradition. M., 1994. P. 16—17. «Law in action [he writes] includes legal institutions and procedures, legal values and legal concepts and ways of thinking, as well as legal rules. It includes what sometimes is called the 'legal process,' or in German Rechtsverwirklihung» (p. 22). «The law contains the science of the law — the law, the meta-rules by which it is possible to analyze and evaluate» (p. 25).

[3] See: *Polyakov A. V., Timoshina E. V.* . Obschaya teoria prava / [*Polyakov A. V., Timoshina E. V.* General Theory of Law]. (in Russian). SPb., 2005. P. 55—58.



Globalization is the emergence of a single economic space and information on a worldwide scale; it is the elimination of communication barriers in trade; it is the integration of national economies; it is an objective process due to the development of communications, transport, new technologies, etc. This is also a kind of objective reality that should be evaluated and improved.

Globalization itself is neither good nor bad. One or the other, it is made in the mechanisms of life. And if for many people it did not bring them good and expected benefits, but rather turned into a disaster for them (destroyed habitats, rampant corruption, increased unemployment, disintegrating social structures, ethnic conflicts, etc.), it happened in the authoritative opinion of Nobel laureate in economics (2001) Joseph Stiglitz for the reason that globalization benefits the interests of transnational corporations and financial institutions, which are closely linked with commercial interests, and that is why, «Opposition to globalization in many parts of the world is ... to the particular set of doctrines, the Washington Consensus policies that the international financial institutions have imposed»[1].

For the negative consequences of globalization, caused by a lucrative ideological attitude of control over relevant processes, the important issue of increasing the role of law and interstate cooperation becomes actual in overcoming the tragic social costs of globalization. This acceptable position is that of those who view the role of the state, generally, as designed to correct the market mechanism in order to deliver social fairness. The addition of a legal principle in the solution to globalization problems will ensure more efficient collaboration in providing national and international security in the fight against terror and other crimes against humanity in general. In the solution of global problems (thus not only those within a country) the law is able to limit any structures, including states and the interests of other entities, if their activities run counter to survival interests, in the interest of peace and justice.

Integrative jurisprudence is relevant to current demands inspired by the process of globalization. Different legal systems can convert their national legal systems. For sometime past the tendency to integrate the law has been apparent. The forming of European law and the emergence of the elements of world law are observed in practice and in theory. If we look to the right in terms of its instrumental role, if the question is put in terms of practical international cooperation, we should seek a single

[1] *Stiglitz J.* Globalizacija: trevozhnye tendencii / per. s angl. *G. G. Pirogova* [*Stiglitz J.* Globalization: Alarming Trends / transl. from English by *G. G. Pirogov*]. (in Russian). M., 2003. P. 256, 28, 41.

point of reference, a single aspect, a single position. First of all — in understanding the law[1].

Since 1992 I have set down my own integrative definition of law: Law — is a complex of recognition and is provided by official protection standards of equality and justice in society, adjusting the fight and coordination of free wills in their relations with each other[1].This definition is submitted to qualify for what the law is in the community of a people at a given time. This definition reflects reality and thereby claims practicality. Standards can become established not only in normative acts, but also in individual solutions. They can express the formal requirements of equality and justice. The legitimation of these standards through official recognition is a necessary attribute. The protection is provided not only by the state, for there is the possibility of public enforcement. It is the regulator of interpersonal relations. The self-determined wills of free people may conflict or, conversely, be willing to cooperate. The law is the measured scale of justice in solving problems. It remains to be noted that the integration of approaches within the meaning of law can be held at separate levels. At the highest philosophical level it is the abstraction of Kant and Hegel; at a high level the sociology of law — the definition of Gurvich. Definitions of a general theory of law start out from the realities of the legal systems in their practical functioning.

It is important to put an emphasis on the importance of integrative (integrated) approaches in the dialogue of contemporary cultures. In the very early stages of development of civilization it became apparent that positive law is not only a powerful social control, but also a cultural phenomenon — an objectified expression of creativity and the collector of mankind's material and spiritual wealth accumulated by society, by social values. And now in our time it has become evident that over a continuous series of historically succeeding, one after another, thousands of years of public and governmental entities, cultures, entire eras the continuity of law is an indicator and expression (and perhaps even «protector») of the continuity of human civilization, and of the fundamental institutions of human culture, that is to say, in all that expresses the value of law as a mechanism of continuous reproduction of the social system[2].

[1] See: *Lazarev V. V.* Teorija gosudarstva i prava: ucheb. posobie. M., 1992. P. 121—123; Obshaja teorija prava i gosudarstva: uchebnik / pod red. *V. V. Lazareva*. 4 izd. [*Lazarev V. V.* General Theory of State and Law: textbook]. (Tema: «Sovremennye podhody k ponimaniju prava i ih znachenie dlja juridicheskoj praktiki») (in Russian). M., 1994, 1996, 1999, 2005.

[2] *Alekseev S. S.* Izbrannoe [*Alekseev S. S.* Selected Works]. P. 312 (in Russian). M., 2003.



It is believed that in the introduction to the realities of the civilized world — this is one of the conditions of survival, and Russia, and its Renaissance, as well as the Russians gained a worthy place and position among other nations[1]. The national philosophy of Russians in terms of initiation to world civilization (here and convergence and integration) can be found in a true patriot of the Motherland — P. Chaadaev[2].

## Интегративное восприятие права[3]

> Есть весьма значительные основания утверждать, что именно право является наиболее мощным средством для формирования единой *непротиворечивой основы деятельности людей*, а отсюда — для *интеграции*, для объединения людей, территорий, государственных образований.
>
> *С. С. Алексеев*

**Философия интегративного восприятия права.** Современная правовая наука в России отличается многообразием подходов к праву, принципиальными расхождениями в его понимании, пестротой определений права. Этим она отличается от науки времени «развитого социализма», когда не без влияния партийной идеологии признавалась единственная философия права — философия материалистического и классово-волевого представления о праве. Здесь нет возможности характеризовать марксистский подход к праву, объявляемый иногда и сегодня *единственно* научным подходом[4], но заметим только, что такого своего рода ограниченность противоречит сути самого марксизма, декларировавшего восприятие всего ценного, что до него вы-

[1] *Rozin V.* Osnovnye jetapy formirovanija prava v Zapadnoj Evrope i Rossii: kul'turno-istoricheskij i filosofskij analiz. [*Rozin V.* The Main Stages of the Formation of the Law in Western Europe and Russia: a Cultural-Historical and Philosophical Analysis] P. 12 (URL: www.culturalnet.ru/main/getfile/1284); *Ionin L. G.* Sociologija kul'tury. M., 1996. P. 186—187 (in Russian).

[2] See: *Lazarev V. V.* Social'no-pravovaja filosofija P. Ya. Chaadaeva v dialoge sovremennyh kul'tur // *Lazarev V. V.* Izbrannye trudy. T. III. Iz istorii politicheskoj mysli. [*Lazarev V. V.* Social and Legal Philosophy of P. Y. Chaadaev in the Dialogue of Contemporary Cultures]. M., 2010. P. 356—365 (in Russian).

[3] Юридическая наука: история и современность. 2017. № 2. С. 20—29.

[4] См: *Сырых В. М.* Логические основания общей теории права. Т. 3. Современное правопонимание. М., 2007. С. 11.

работало человечество. В марксизме заложены глубокие основы для интегративного исследования права и, следовательно, для признания разных философских подходов к освоению права. Совсем не случайно, что до волевого решения о том, что считать правом, принятого под давлением Вышинского, видные советские марксисты (Рейснер, Стучка, Крыленко и др.) демонстрировали и социологическое, и психологическое видение права наряду с легистским.

В одной из своих статей, посвященных интегральной юриспруденции, проф. В. Г. Графский обратил внимание на упрощенность или размытость методологических ориентаций во множестве современных вариантов понимания права и в то же время на живучесть методологического плюрализма и его перспективность даже в самом отдаленном будущем[1]. Соглашаясь с тем и с другим, разделяя взгляды автора в его стремлении к синтетическим воззрениям на право, полагаю возможным обратить внимание на стройность, современное значение и несомненную перспективу одной из выверенных методологических позиций, выраженную одним из глубоких приверженцев интегративного восприятия права. Речь идет об обосновании права русско-французским профессором Г. Д. Гурвичем.

В предисловии к книге Гурвича «Мир права Г. Д. Гурвича» констатируется: «Социальная философия Гурвича представляет собой весьма любопытную попытку соединения различных методологических установок (начиная от субъективного идеализма И. Фихте, феноменологии Э. Гуссерля и кончая историческим материализмом К. Маркса, витализмом А. Бергсона, реализмом С. Л. Франка, Н. О. Лосского, Н. Гартмана, психологизмом Л. И. Петражицкого, не говоря уже о влиянии на Гурвича его друзей — Л. Брунштвига, Л. Леви-Брюля, М. Мосса, Ж. Валя, М. Хальбвакса и др.). Трудно сказать, насколько удачен был этот синтез, но в истории социологической мысли XX в. найдется немного подобных попыток построить целостную методологическую концепцию, применимую к анализу всех сторон социальной действительности и в то же время свободную от сведения такого анализа к какому-либо одному монистическому принципу»[2].

Разумеется, в чем-то синтезирование методологических установок, осуществленное Гурвичем, являлось успешным, в чем-то нуждается

[1] См.: *Графский В. Г.* Интегральная (общая, синтезированная) юриспруденция как теоретическое и практическое задание // Наш трудный путь к праву: матер. философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца. М., 2006. С. 142.

[2] *Гурвич Г. Д.* Философия и социология права. Избранные сочинения. СПб., 2004. С. 13.



в дальнейшем развитии (и синтезировании с новыми достижениями науки), но сам подход автора должен привлечь внимание правоведов. Представляется, что тем и хороша социологическая основа, социологический взгляд Гурвича в поиске истины о праве, что его диалектика снимает противопоставление одного метода другому в рамках методологического плюрализма, обеспечивая построение единой синтетической линии в понимании права. Впрочем, и нормативистская, и естественно-правовая позиции, при надлежащем их развитии, также способны к взаимопониманию, если исключить ортодоксов той и другой, если изначально не претендовать на создание единственно верной научной концепции объяснения окружающей действительности.

Естественные науки дают нам убедительное свидетельство сосуществования и взаимодополняемости теорий в рамках точных наук, допустимости и плодотворности разнообразных способов объяснения окружающей действительности. Недоказуемые теоремы оказываются доказанными, атомы — делимыми, параллельные — пересекающимися, существующие теории происхождения вселенной ставятся под вопрос, о жизни на Марсе перестают спорить. Остается и юриспруденции ждать своих нанотехнологий, чтобы во всем многообразии представлений о сущем и при богатой палитре заключений о должном сойтись на признании относительности одного отдельно взятого определения или даже понятия права.

Исследователь творческого наследия и переводчик работ Г. Д. Гурвича М. В. Антонов констатирует: «Основным способом познания и объяснения социальной действительности для Гурвича явилось изучение типологии социальных структур на основе своеобразной эмпирико-реалистической диалектики в соединении с интуитивизмом и феноменологией (вслед за Фихте Гурвич характеризует свою концепцию как идеал-реалистическую). Принципами социологии Гурвича являются сверхрелятивизм (*sur-relativisme*), гиперэмпиризм (*hyper-empmsme*), дисконтинуальность (*discontmuahte*) социальной действительности»[1].

По Гурвичу, для того чтобы понять сущность права интеграции, необходимо не только сформулировать адекватную идею имманентной тотальности как идеала социального бытия, но и отказаться от индивидуалистических предрассудков, связанных с общепринятой интерпретацией понятия «право». «Необходимо осознать, что право является не только сдерживающим и ограничивающим порядком, кото-

[1] *Антонов М. В.* Мир права Г. Д. Гурвича // *Гурвич Г. Д.* Философия и социология права. Избранные сочинения. С. 14.

рый лишь запрещает. Следует отдавать отчет в том, что право есть также порядок позитивного сотрудничества, поддержки, помощи, согласования...

...Право объективной интеграции, право всеединства не может быть ничем иным, как правом, образующимся непосредственно из той тотальности, в которой оно осуществляет регулятивные функции»[1].

Цитируемые положения направлены против одностороннего позитивистского представления о праве как совокупности соподчиненных норм долженствования. С точки зрения Гурвича, все право субординации в целом представляет собой не что иное, как деформацию и искажение права социальной интеграции, — «право, где преобладают всеединство, сотрудничество и кооперация, искажение, порожденное неестественным раболепием этого права и проистекающей из него социальной власти перед индивидуалистическим правопорядком, основанным на гетерогенной системе координации»[2]. Более того, Гурвич готов связать «субординирующее право» с конституционным строем антидемократического государства (автократии, аристократии, диктатуры и т. п.), поскольку деформируется право социальной интеграции политического сообщества, поскольку «интегративное право сотрудничества и всеединства» искажается раболепием перед индивидуалистическим правопорядком. «Социальное право», по мнению Гурвича, является «*автономным правом всеединства, с помощью которого происходит самоинтеграция всякой активной тотальности, конкретной и действительной, воплощающей позитивную ценность; оно является правом интеграции...*»[3].

Подобное философское представление о праве сориентировано на изучение самой жизни в ее многообразных социальных фактах, включая в том числе и мнения, и идеалы, и законы — весь опыт во всем его многообразии, включая как чувственное, так и интуитивное восприятие. Наука не может игнорировать ни одну из многоликих сторон опыта. Во всяком случае, если различать процессы правообразования и правотворчества, что для многих отечественных исследователей вполне естественно, придется прийти к выводу об образовании права помимо государства, вне деятельности его органов.

В русле социологического мировоззрения Г. Д. Гурвич полагал, что право существует и помимо государства, что ошибочно механистическое мировоззрение определенного времени переносить на иные ис-

[1] *Гурвич Г. Д.* Указ. соч. С. 58.
[2] Там же. С. 51.
[3] Там же. С. 51—52.



торические эпохи. Не существует единственного источника права, каковым бы его ни объявляла та или другая концепция права. Каждая из них имеет свое эмпирическое и теоретическое обоснование, но ни одна из них не в состоянии дать всеобъемлющего объяснения феномена права. Неполнота каждой теории (будь то государственническая или юснатуралистическая) должна восполняться не только абстрактно-философским, но и конкретно-социологическим, плюралистическим подходом к праву.

Г. Д. Гурвич демонстрирует интегративный подход к праву, и в этом подходе (в приведенном им определении) мы при желании можем увидеть позиции самых разных авторов, представляющих основные правовые школы. Его философский поход признает существование разных «центров юридического опыта». Поэтому попытки изучать право с монистических позиций не дают завершенных результатов. Он не хочет основывать свое определение ни на исключительно принципе воли, ни на исключительно принципе свободы, ни на идее ограничения, ни на идее запрета... Право не принадлежит в целом ни к сфере должного, ни к сфере сущего, право не есть ни воля законодателя, ни естественный закон, ни идеальная норма, ни социальный факт, ни психологический феномен — право включает в себя все эти многообразные аспекты и всегда представляет собой нечто большее, чем их совокупность. «...Только *идеал-реалистический* метод может быть достаточным для понимания правовой действительности»[1].

Догматизация и политизация марксизма в советской юридической науке препятствовала творческому развитию интегративных воззрений. Дань ее критике отдавали даже признанные теоретики права. Так, В. А. Туманов, перелагая позицию Джерома Холла, который сетовал на софистическое разделение ценностей, фактов и правовых форм и предлагал при этом соединить истины естественно-правовой доктрины, правового реализма и позитивизма, образно сравнил данную методологию с выбором женихов гоголевской Агафьей Тихоновной[2]. Дело представлялось так, будто интегральная юриспруденция предлагает простую сумму уже поставленных вопросов и сформулированных решений. И на этой основе В. А. Туманов считал ошибкой «соединить в единое целое разноплановые в своей исходной теоретико-

[1] *Гурвич Г. Д.* Указ. соч. С. 144.
[2] *Туманов В. А.* Избранное. М., 2010. С. 122—123. В свете сказанного напрашивается необходимость непредвзято оценить попытку венгерского академика И. Сабо синтезировать различные подходы к праву на марксистской основе (см.: *Туманов В. А.* Указ. соч. С. 329).

методологической основе подходы к праву»[1]. Но нельзя не заметить те оговорки, которые сам же В. А. Туманов и приводит: «разумеется, утверждение Холла об «односторонности» приведенных им направлений правильно», «нет ничего одиозного и в проблематике «интегральной юриспруденции», куда Холл предлагает включить правовую онтологию, формальную теорию, социологию и аксиологию права», «каждая новая тория вправе суммировать выводы ряда других учений и школ. Преемственность, использование достигнутых результатов в снятом виде и на новой основе — это закономерность развития любой науки»[2].

Да, если вести речь об интеграции идей на формально-догматической основе, мы получим компилятивно-эклектическое построение. Но можно проводить интеграцию на диалектической основе и подходить к вопросу конкретно-исторически, учитывая разное понимание права в разное время у разных народов. Речь идет об интеграции на высоком уровне философии права. Такие возможности открывает, например, диалектика Гегеля, учение которого находится на стыке трех правовых доктрин: естественного права, исторической школы и юридического позитивизма. Из такого «стыка» высекаются искры озарений, по-новому воспламеняются старые идеи и возгораются новые. Кстати, научный афоризм немецкого авторитета «все разумное действительно и все действительное разумно» не есть ли отправная методологическая основа для интегративных воззрений? На мой взгляд, это именно так, поскольку то и другое объединяет (интегрирует) в себе все многообразие сущего и должного вообще и в сфере права в частности.

Противники интегративного подхода к праву полагают, что истинным может быть только одно из противоречащих друг другу понятий права. И, возможно, они были бы правы, если бы речь шла о радикальном противоречии в форме противоположности применительно к конкретной материи (будь то на уровне разумного или действительного). Однако противоречия между известными понятиями права, отражающими реальные противоречия правовых состояний, не столь радикальны; они сосуществуют в форме различий, они предполагают анализ и синтез (снятие противоречивости). Противоречия во многом снимаются на уровне абстракции, которая дает неизмеримо много для понимания правовой действительности, для уяснения ценности права. Это служит, в свою очередь, реальным шагам по преобразованию правовой действительности. Доктринальное определение права, как синтетический сгусток отражения правовой материи всех времен и народов, конечно же нуждается в переводе его в операциональное определение, пригодное для осуществления юстиции в данной стране при данных исторических условиях. То общее и разумное, на что претендуют некоторые понятия права, не всегда имеет возможность воплотиться в действительность, каким бы категорическим императивом мы его ни именовали. Чтобы решение практика (судьи, прокурора, работника милиции, юрисконсульта) выражало равную меру свободы и справедливости, должны иметься в наличии все условия фактической защиты права в этом обществе. «Спускаясь на землю», хотя бы и разделяя методологию интегративного подхода, не стоит настаивать на том, что тот или другой признак права является неприемлемым или, напротив, столь существенным, необходимым, без которого права вообще нет. По-видимому, есть такие качества, отсутствие которых делает право *несовершенным, ущербным, консервативным, реакционным* и т. д. Вряд ли в действительности мыслимо вполне совершенное право. Но искать существенные признаки права надо отдельно по отношению к содержанию и к форме права. *Нормативы равенства и справедливости, регулирующие борьбу и согласование свободных воль в их взаимоотношении друг с другом*, будут характеризовать содержание права, а формальным свойством существенного характера будет *общеобязательность, основывающаяся на принуждении со стороны главенствующей структуры данного социума (как правило, государства).* Таким образом, для теоретика не столь уж и важно, где содержатся нормативы, которыми должен руководствоваться практик, — в писаных актах-документах, в правовых отношениях, в правосознании (интеллектуальной или чувственной его части). Он все приемлет, лишь бы обеспечивалось реальной защитой то главное, что составляет суть права. Точно так же «чистый» практик не будет обременяться «высокими материями». Он должен знать, «где лежит» то, что ему предписано в качестве обязательного.

В конце прошлого века российская философия права ознаменовалась появлением либертарной концепции права в исследованиях последователя гегельянских идей академика В. С. Нерсесянца. Мне представляется, что его взгляды не чужды интегративной методологии, интегративному восприятию права[1]. Интегративный подход просматривается в том, что для автора «Философии права» различные

[1] *Туманов В. А.* Избранное. С. 123.

[2] Там же.



[1] См.: *Лазарев В. В.* В. С. Нерсесянц — представитель интеграционной (синтетической) общей теории права. В кн.: Философия права в России: история и современ-

определения права, представляющие собой разные направления конкретизации смысла принципа правового равенства, выражают единую (и единственную) сущность права. Причем каждое из этих определений предполагает и другие определения в общесмысловом контексте принципа правового равенства. «Отсюда и внутренняя смысловая равноценность таких внешне различных определений, как: *право — это формальное равенство, право — это всеобщая и необходимая форма свободы в общественных отношениях людей, право — это всеобщая справедливость* и т. д. Ведь формальное равенство так же предполагает свободу и справедливость, как последние — первое и друг друга»[1]. Важно отметить и то, что в конечном счете В. С. Нерсесянц интегрирует правовой подход с легистским, как только право воплощается в законе, как только законы издаются правовыми, как только начинает функционировать правовое государство. «*Правовой закон* — это адекватное выражение права в его официальной признанности, общеобязательности, определенности и конкретности, необходимых для действующего позитивного права»[2]. И здесь же фактически прямо декларируется приверженность к синтетическому подходу к пониманию права: «Сочетание различных определений позитивного права, соответствующего объективным требованиям права, в одном понятии означает их объединение (совмещение, уплотнение, синтез, конкретизацию) по одному и тому же основанию, поскольку речь идет о различных проявлениях и определениях единой правовой сущности»[3].

**Теоретические истоки интегративного понимания права.** Плюрализм и монизм в понимании права обусловлены характером познавательной деятельности, что, в свою очередь, связано с предметом и методом познания. В силу разных причин прежде всего познаются отдельные стороны, отдельные грани соответствующего объекта, и методы достижения истины в их познании тоже в силу разных причин оказываются разными. Между тем каждый из них открывает нечто неизвестное в избранном объекте, и в конечном счете находится некий синтетический ум, способный охватить объект в его целостности, способный отвлечься от несущественных сторон объекта (явления) и дать сущностную (глубинную) характеристику его, представив объект в качестве того, что он есть на самом деле. Разумеется, объекты разность : Материалы третьих философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / отв. ред. *В. Г. Графский*. М., 2009. С. 262—270.

[1] *Нерсесянц В. С.* Философия права. М., 1997. С. 35.

[2] Там же. С. 35, 36.

[3] Там же. С. 38.



ные, и, соответственно, открытие истины по отношению к сложным объектам чаще всего является лишь целью. Однако своего рода интегративное знание всегда сопровождает поиск истины. Наука издавна в одинаковой мере пользуется индуктивным и дедуктивным методами познания. Накопление большого количества знаний, полученных в результате дифференциации и классификации результатов, касающихся одного и того же объекта, потребовало обобщений, абстракции, отвлечения от несущественных моментов в познании отдельных сторон (предметов познания). В результате таких обобщений даже противоположные концепции проявляют тенденцию к определенному компромиссу, результатом которого является развитие интегративного знания. Правоведение не является исключением.

О понимании права написано много[1] и разнообразно. Но есть ли в этом разнообразии какой-то смысл — вопрос, которым задается современный французский профессор Норбер Рулан[2]. И не находит на него однозначного ответа, «поскольку он относится к области веры». «Если отвергнуть Бога, то можно верить также, что существует всеобщая историческая тенденция к прогрессу, материальному развитию, классовой борьбе, правовому государству, демократии, усложнению структур и т. д. Или же можно обойтись простой констатацией этого разнообразия и склониться к релятивизму»[3]. Но есть и еще один вариант — признать все перечисленное[4], включая Бога и релятивизм, и представить все в некой интегративной системе. Подходы к праву и понимание права интегративны, поскольку интегративно само право. Это сложное, многостороннее и многогранное явление.

Если сами правовые явления синтетичны, то и отражающие их понятия, отражающие их нормы не могут быть иными. Тем самым можно объяснить появление интегративной теории права. Право наделяли и наделяют разными эпитетами, дают разные наименования и определения. И чаще всего мыслители отстаивали собственное понимание. Но были и те, кто не без оснований стремился к объединению предло-

[1] См., например: *Алексеев С. С.* Теория права: поиск новых подходов. М., 1999; *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999; *Сырых В. М.* Современное правопонимание. М., 2007; *Харт Г. Л. А.* Понятие права. СПб., 2007.

[2] См.: *Рулан Н.* Историческое введение в право: учеб. пособие для вузов. М., 2005. С. 155.

[3] Там же. С. 155—156.

[4] Фактически это и было сделано в моих предшествующих публикациях (см.: *Лазарев В. В.* Теория государства и права. М., 1992. С. 121—123; Инструментальный подход к праву. Труды МГЮА. М., 2003. С. 94—96; Поиск права // Журнал российского права. 2004. № 7; К постановке вопроса о нравственных основах теории государства и права // Государство и право. 2005. № 8. С. 106—107).

женных подходов, кто охватывал своим вниманием и сущее и должное, и идеал и реалию, кто обращал взоры и к экономике, и к политике, и к классовой борьбе, и к социальному единению.

Основателем особого направления в правоведении, известного под названием «интегративная юриспруденция», является *Джером Холл* (Исследования по юриспруденции и криминальной теории. Нью-Йорк, 1958). Ему наука обязана и этим термином. Правда, интеграция у него ограничивалась преимущественно двумя подходами в философии права: традиционным естественно-правовым и аксиологическим (ценностным) подходом. При этом и «чистая» теория Кельзена оказалась причастной к интеграции. Ведь ценности являются непременными атрибутами правовой нормы. И напрасно естественно-правовая теория не интересовалась разработкой основных юридических понятий. Они всегда составляют исходную базу всякой юридической теории. И именно этот аспект лучше всего разработан, по мнению Холла, в кельзеновском нормативизме.

Сам Кельзен, как известно, отстаивал «чистую теорию права». Но нормативистское понимание права имеет выход на интегративное восприятие. Интересен в этом отношении эпизод, случившийся на одном из научных форумов, проведенных в Италии сторонниками естественно-правовых воззрений. В качестве основного докладчика был приглашен их противник Ганс Кельзен. Однако в прениях один из оппонентов выразился так: «Мы с господином Кельзеном входим в лес права с разных сторон, но сходимся на одной просеке». Действительно, пресловутая кельзеновская *Grudnorma* может быть интерпретирована каждым направлением, каждой школой права по-своему. Для одних это воля Бога, для других — природа вещей, для третьих — воля суверена, для четвертых — феномен сознательного или бессознательного, а для пятых — жизненный факт с его конфликтными интересами.

Современный французский теоретик Жан-Луи Бержель обращает внимание[1] на то, что классик французской правовой мысли Ф. Жени различал, с одной стороны, право «данное», идущее от фактических реалий или от законов природы к общему устройству мира, который таит в себе некоторое постоянство и довлеет над нами, и, с другой стороны, «созданное» («конструкт») — совокупность элементов, созданных искусственным путем, вариативных и условных, ценность и действенность которым придает человеческая воля и которые составляют необходимые средства для оживления основных направлений развития, проистекающих из основ человеческого общества. Другими словами, по мнению Бержеля, речь идет о понимании того, что из себя представляют *основы права*, а также образует ли право явление, внутренне присущее всякому обществу, или оно существует как не более чем совокупность искусственных норм, источником которых являются решения органов общества. И заключает: «Особенность правового феномена заключается в том, что он по сути своей относителен: ...моралистами, богословами и некоторыми философами понимается в смысле «справедливого» и «справедливости», тогда как для юристов этот термин означает комплекс юридических нормативов и правил». Для одних право — это идеал; для других — позитивная норма. Некоторые усматривают в праве всего лишь «строгий порядок действий», направленных на институирование или сохранение некоторого положения вещей, то есть обычную общественную науку; другие пытаются в нем увидеть совокупность правил хорошего поведения. Для одних право — всего лишь один из аспектов явлений социального порядка наряду с социологией или историей. Для других право — «система интеллектуальных представлений, образующаяся в соответствии с присущими ей принципами и совершенно независимая от явлений социологического или исторического порядка» (с. 35). Выводы Бержеля, как представляется, как раз укладываются в русло интегративной юриспруденции. Во всяком случае, в плане использования метода интеграции. «В таком случае *право как таковое* является одновременно продуктом событий социального порядка и проявлений воли человека, явлением материальным и совокупностью моральных и общественных ценностей, идеалом и реальностью, явлением исторического плана и нормативного порядка, комплексом внутренних волевых актов и актов подчинения внешнему, актов свободы и актов принуждения...»[1].

Такого рода рассуждения просматриваются в публикациях отечественных исследователей. В работах Г. Ф. Шершеневича и многих

[1] Здесь и далее цит.: *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права. М., 2000. С. 33 и далее.

[1] *Бержель Ж.-Л.* Указ. соч. С. 36. Интегративный подход к праву у проф. Бержеля диктуется современными потребностями мирового развития права, требующими интеграции самих правовых систем. Сравнительное право, подчеркивая глубокое различие в организации современных юридических систем, допускает возможность их сопоставления, выделения в них моментов, на которых могла бы основываться их конвергенция и практика качественного улучшения национальных законов. С точки зрения Бержеля, сравнение сопоставляемых систем не может ограничиваться кодексами и законами, но должно охватывать все источники права. Сравниваемые компоненты имеют значение только в том случае, когда они помещены в рамки юридической системы, от которой они зависят, и в свой исторический, социологический, политический, экономический и культурный контекст.

других известных российских ученых в одинаковой степени признавалось понимание права с позиций философии права, теории права, энциклопедии права и политики права. В работах историка политучений Б. Н. Чичерина признавались равновеликими история, догма и политика права. А. С. Ященко написал даже специальную работу («Теория федерализма. Опыт синтетической теории государства». Юрьев, 1912), в которой демонстрировал идею синтетической природы юридических явлений. «Синтетические» теории дореволюционной России стали объектом специальных исследований[1]. Но они присущи и современным исследованиям. Так, например, Ю. И. Козлихин, с точки зрения которого сегодня в правоведении ярко выражен процесс конвергенции юридического позитивизма и теорий естественного права, пишет: «Противопоставление юридического позитивизма и естественного права есть по сути противопоставление науки в позитивистском смысле этого слова, имеющей своим предметом верифицируемые факты социальной реальности и философии, рассуждающей о должном. Если рассматривать соотношение названных подходов к изучению права, то конфликт между ними представляется несколько надуманным, тем более что любая теория естественного права (в европейском варианте) предполагает наличие системы позитивного права»[2]. Кстати, поскольку справедливость понимают по-разному, естественное право тоже может представляться хорошим или плохим. Право частной собственности часто объявляют естественным правом, но все ли считают его справедливым? Даже право на жизнь при определенных ситуациях отвергается в качестве справедливого, в качестве ценности. Таким образом, и с этой стороны противопоставление позитивного и естественного права весьма относительно[3].

[1] Соответствующие взгляды Вл. Соловьева, А. С. Ященко, Г. Д. Гурвича, П. А. Сорокина авторитетно излагаются В. Г. Графским в его статье «О значении общей (интегральной) юриспруденции в условиях плюрализма понятий права и правовых культур» (см.: Юриспруденция XXI века: горизонты развития. Очерки / под ред. *Р. А. Ромашова, Н. С. Нижник.* СПб., 2006).

[2] *Козлихин И. Ю.* Позитивизм и естественное право // Государство и право.2000. № 3. С. 5.

[3] Приходится признаться в одном из «самых упорных» предрассудков: релятивистском воззрении на право. Заклеймивший его, овеянный сегодня заслуженной славой И. А. Ильин писал: «Сознание человека удивительно легко и прочно привыкает к тому, что право «обусловлено» временем и местом, интересом и силою, настойчивою волею и слепым случаем. То, что «сейчас» и «здесь» — право, то «завтра» и «здесь», или «сейчас» и «там» — уже не право; запретное сегодня — позволено завтра, и, может быть, именно в обязанность через месяц; организованный интерес становится силою и «провозглашает справедливым» то, что завтра будет ниспровергнуто...» (*Ильин И. А.* О сущности правосознания. М., 1993. С. 22). Мыслитель полагал, что данный предрассудок идет навстречу своекорыстному и близорукому интересу, питается им и, в свою очередь, обслуживает его. Возражая авторитетному ученому, скажем, что «своекорыстный интерес» даже самые справедливые и ценностные идеи мог повернуть в свою сторону. И если не игнорировать реальную историю, ничего, кроме того, что увидел И. А. Ильин в качестве предрассудка, в действительности не было. Он замыкается в идеальном мире идей и там ищет истинные основы естественного права. Но для успеха правовой деятельности, в интересах социальной ценности и эффективности права, целесообразно соединение действительного и разумного, их интеграция.



В русло интегративной юриспруденции укладывается позиция американского профессора Гарольда Дж. Бермана: «Нам необходимо преодолеть... заблуждение относительно исключительно политической и аналитической юриспруденции («позитивизм»), или исключительно философской и моральной юриспруденции («теория естественного права»), или исключительно исторической и социометрической юриспруденции («историческая школа», «социальная теория права»). Нам нужна юриспруденция, которая интегрирует все три традиционные школы и выходит за их пределы»[1]. «Интегральное правопонимание как феномен постнеклассической науки» вошло специальным разделом в один из отечественных учебников[2].

**Социальное обоснование интегративного подхода к праву.** К большому сожалению, сегодня ушли в прошлое теории конвергенции политических и правовых систем. На западе возобладали концепции однополярного мира, а в России на какое-то время одержали верх однолинейные стремления порвать с российским прошлым и перенести соответствующие институты с Запада. Интегративный подход противостоит как изоляционизму, так и некритическому растворению национального в ценностях противостоящего мира. Он обращен в перспективу, он сориентирован на учет глобальных процессов.

Глобализация — это возникновение единого экономического и информационного пространства в общемировом (планетарном) масштабе. Глобализация — это устранение барьеров в общении, в торговле. Глобализация — это интеграция национальных экономик. Глобализация — объективный процесс, обусловленный развитием средств свя-

[1] *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 16—17. «Право в действии, — пишет он, — включает правовые учреждения и процедуры, правовые ценности и правовые понятия и образ мысли, равно как и правовые правила. Оно включает то, что иногда называют «правовым процессом», или по-немецки Rechtsverwirklihung (реализация права)» (с. 22). «Право содержит в себе науку о праве — правоведение, то метаправо, с помощью которого его можно и анализировать, и оценивать» (с. 25).

[2] См.: *Поляков А. В., Тимошина Е. В.* Общая теория права: учебник. СПб., 2005. С. 55—58.

зи, транспорта, новых технологий и т. д. Это уже и своего рода объективная реальность, которую следует оценивать и совершенствовать.

Сама по себе глобализация не является ни хорошей, ни плохой. Той или другой ее делают механизмы проведения в жизнь. И если для многих народов она не принесла с собой добра и ожидаемой пользы, а, напротив, обернулась для них катастрофой (разрушалась среда обитания, процветала коррупция, ширилась безработица, распадались социальные структуры, возникали этнические конфликты и т. д.), это произошло, по авторитетному мнению нобелевского лауреата по экономике (2001 г.) Джозефа Стиглица, по той причине, что глобализация проталкивалась заинтересованными в своих выгодах транснациональными корпорациями и финансовыми структурами, тесно связанными с коммерческими интересами, и потому «оппозиция глобализации во многих регионах мира — это... оппозиция определенному пакету доктрин, политике Вашингтонского консенсуса, навязанного миру международными финансовыми институтами»[1].

В связи с негативными следствиями глобализации, обусловленными корыстными идеологическими установками управления соответствующими процессами, актуализируется вопрос о повышении роли права и межгосударственного сотрудничества в преодолении катастрофических социальных последствий глобализации. Вполне приемлемы взгляды тех, кто отстаивает сбалансированный взгляд на роль государства вообще, призванного корректировать рыночные механизмы, предотвращать явления мафиозного капитализма, обеспечивать социальную справедливость. Привнесение правового начала в решение проблем глобализации послужит более эффективному сотрудничеству в обеспечении национальной и международной безопасности, в борьбе с терроризмом и иными преступлениями против человека и человечества. Право и в решении глобальных проблем (не только внутри страны) способно ограничить любые структуры, включая государственные и межгосударственные, если их деятельность не вяжется с интересами выживания народов, интересами мира и справедливости.

Интегративная юриспруденция отвечает современным запросам времени, навеянным процессами глобализации. В мире существуют разные правовые семьи с входящими в них разными правовыми системами, охватывающими, в свою очередь, разные национальные системы права. Но с некоторого времени обнаруживается тенденция к интеграции права. Формирование европейского права и появление элемен-

[1] *Стиглиц Д. Ю.* Глобализация: тревожные тенденции / пер. с англ. *Г. Г. Пирогова*. М., 2003. С. 256, 28, 41.



тов мирового права замечено и практикой, и теорией. Если смотреть на право с точки зрения его инструментальной роли, если вопрос ставится в практической плоскости международного сотрудничества, следует искать единую точку отсчета, единый взгляд, одну позицию. Прежде всего — в понимании права.

С 1992 года провожу в учебниках собственное интегративное определение права: «Право — это совокупность признаваемых в данном обществе и обеспечиваемых официальной защитой нормативов равенства и справедливости, регулирующитх борьбу и согласование свободных воль в их взаимоотношении друг с другом»[1]. Это определение, как представляется, при всей его выдержанности в духе правового релятивизма, может претендовать на то, чтобы достаточно определенно сказать, что является правом в данном сообществе людей в данное время. Это определение отражает реалии и тем самым претендует на практичность. Оно прагматично. Нормативы могут устанавливаться не только в нормативных актах, но и в индивидуальных решениях. По своему содержанию они отражают формальные требования равенства и справедливости. Легитимация данных нормативов через официальное признание — также необходимый признак. Защита обеспечивается не только государством, хотя возможность государственного принуждения мыслится непременно. Это регулятор отношений между людьми. Самоопределяющиеся воли свободных людей могут конфликтовать или, напротив, желают сотрудничать. Право — мерило, масштаб справедливости в решении любой задачи. Остается заметить, что интеграция подходов в понимании права может проводиться на разных уровнях. На самом высоком философском уровне — это абстракции Канта и Гегеля, на высоком уровне социологии права — приведенное выше определение Гурвича. Определения общей теории права отталкиваются от реалий правовых систем в их практическом функционировании.

И последнее. Очень важно подчеркнуть значение интегративных (интегральных) подходов в диалоге современных культур. «Уже на самых ранних стадиях развития цивилизации стало все более обнаруживаться, что позитивное право не только мощный социальный регулятор, но и явление культуры — объективированного выражения и аккумулятора творчества человечества, его материального и духовно-

[1] См.: *Лазарев В. В.* Теория государства и права: учеб. пособие. М., 1992. С. 121—123; Общая теория права и государства: учебник / под ред. *В. В. Лазарева*. Четыре издания. М., 1994, 1996, 1999, 2005. Тема «Современные подходы к пониманию права и их значение для юридической практики».

го богатства, накапливаемых обществом социальных ценностей. А затем, уже в наше время, стало очевидным и то, что в непрерывной череде исторически сменяющих одна другую на протяжении тысячелетий общественных и государственных образований, «строев», культур, целых эпох именно *преемственность права* являлась показателем и выражением (а пожалуй, еще и «институтом обеспечения», «охранителем») *непрерывности* человеческой цивилизации, причем по основополагающим институтам человеческой культуры, т. е. во всем том, что выражает ценность права как механизма непрерывного воспроизводства социальной системы»[1]. Поэтому не без оснований считается, что приобщение к реалиям цивилизованного мира — это одно из условий и Выживания России, и ее Возрождения, так же как и обретения россиянами достойного места и положения среди других народов[2]. Национальную философию россиян в части приобщения к цивилизационному миру (здесь и конвергенция, и интеграция) нахожу у истинного патриота Отечества — у П. Я. Чаадаева[3].

## Правовые отношения — это и есть жизнь права, и, в отличие от известных времен, мы можем ее объективно оценивать[4]

Интервью с заведующим отделом имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (ИЗиСП), профессором кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), профессором, доктором юридических наук Валерием Васильевичем Лазаревым.

Новая рубрика «Научные беседы» будет знакомить с ведущими учеными-правоведами, специализирующимися на теории права. Первый гость редакции — Валерий Васильевич Лазарев, автор многочисленных трудов, известных в том числе за рубежом, и опытный педагог, воспитавший не одно поколение юристов. Валерий Васильевич рассказал нам о правовом мировоззрении молодого Карла Маркса, интегративном понимании права и новой книге профессора Петра Павловича Серкова «Правоотношение. Теория и практика современного правового регулирования».

[1] *Алексеев С. С.* Избранное. М., 2003. С. 312.

[2] См.: *Розин В.* Основные этапы формирования права в Западной Европе и России: культурно-исторический и философский анализ. С. 12. URL: www.culturalnet.ru/main/getfile/1284; *Ионин Л. Г.* Социология культуры. М., 1996. С. 186—187.

[3] См.: *Лазарев В. В.* Социально-правовая философия П. Я. Чаадаева в диалоге современных культур // *Лазарев В. В.* Избранные труды. Т. III: Из истории политической мысли. М., 2010. С. 356—365.

[4] Судья. 2018. № 5 (89). С. 34—40.



**Уважаемый Валерий Васильевич! В феврале 2018 года Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации провел научную конференцию «Право, закон и суд в ранних трудах Карла Маркса», приуроченную к 200-летию со дня рождения философа. Ваше выступление стало первым и очень наглядно отразило взгляды Маркса, остающиеся актуальными и поныне.**

Да, эта конференция, или собрание теоретиков права, была посвящена взглядам молодого юриста Маркса, в том числе его интегративному восприятию государственности. Известные российские профессора в своих докладах выходили на решение современных, или, я бы скорее сказал, вечных проблем, например проблемы обеспечения прав человека, поддержания режима законности и правопорядка. Я в своей речи ссылался на авторитетные мнения западных ученых, которые видят в ранних работах Маркса и материализм, и гегелевскую диалектику с ее идеализмом, и многое другое, что было описано им во всех жизненных красках того времени и прогнозируемого будущего и сделало его первым в ряду великих мыслителей-обществоведов.

**Эти же вопросы, если я не ошибаюсь, находятся в центре внимания П. П. Серкова в его новой книге, которая сейчас готовится к выходу в свет и посвящена теме правоотношений[1]. Вы написали предисловие к этому изданию. Что именно привлекло Вас в нем и вдохновило стать автором вступительного слова?**

Бывает так, что при чтении и оценке теоретических работ по праву на ум приходят определения из области искусства или литературные образы. Они возникают ассоциативно, бессознательно, даже без особого анализа текста. К сожалению, современные юристы нечасто обращаются к таким образам или определениям, а ведь они очень полез-

[1] Пока готовился этот материал, книга П. П. Серкова «Правоотношение. Теория и практика современного правового регулирования» вышла в свет (прим. ред.).

ны для понимания сути наших произведений и исключительно ценны для преподавания права. Приведу два примера.

Начну с того, что я разделяю научные взгляды тех, кто стремится к интегративному пониманию права и настаивает на том, что в каждой из существующих теорий есть нечто от истины (применительно к условиям, месту и времени ее существования). Это означает, что если мы хотим дать общее определение права, то мы должны интегрировать в него все существенное, что отразила каждая из известных теорий, создать некое органическое соединение. Критики этого подхода называют его механическим и ссылаются на «Женитьбу» Гоголя, где невесте хочется нос от одного жениха, фигуру от другого и т. д. Между тем современные пластические хирурги не пришивают чужие носы, а моделируют их по прямому желанию «невесты», насколько биология позволяет. Юристы поступают аналогично, когда принимают решения исходя одновременно из требований закона, прецедентов, наработанных практикой, и с учетом господствующего правового сознания. Это первый пример.

А вот второй: в последние годы возросло число юридических исследований, в особенности диссертационных, в которых практически не просматриваются реальные жизненные процессы, а все испещрено различными точками зрения и их сопоставлением. Хорошо, если работа окрашена хотя бы в какие-то цвета, но, как правило, все они выполнены в серых, невыразительных тонах. Научный супрематизм какой-то получается. Только если в искусстве он строится на превосходстве одного цвета над другими, то в юридических исследованиях — на превосходстве одного течения над другими. И работы часто выдерживаются или в одном коммунистическом (красном) духе с критикой любого другого, или в таком же односторонне псевдодемократическом (белом). Смотришь на такой текст, как на «Черный квадрат» Малевича, и не знаешь, посылать его в ВАК или лучше автору черный шар бросить по причине беспредметности его размышлений. Между тем жизнь синтетична и переливается всеми цветами радуги.

Книга П. П. Серкова — это изначально теоретическое исследование, но автор предпринимает попытку органически соединить теорию и практику. В наши дни иначе и быть не может, поскольку правовые отношения — это и есть жизнь права, и, в отличие от известных времен, мы можем ее объективно оценивать (в силу своего таланта и опыта, конечно). Профессор Серков предлагает для оценки в теоретическом и практическом плане кейсы из отечественной судебной практики. И это отделяет его методологию от супрематизма, в котором нет не только реальных вещей, но даже простейших понятий вроде «верх», «низ», «лево» и «право». И если уж впускать в сферу права супрематизм, сущность которого, по Малевичу, заключается в беспредметности, осмысленной как чистое ощущение и чувствование, вне какого-либо подключения разума, то это требует и постмодернистских методов исследования. Но здесь впору читать петербургского профессора И. Л. Честнова: «Ключевым принципом постмодернистской юриспруденции является релятивность права... Ситуации постмодерна характерны также контекстуальность, антифундаментализм, знаковость (символичность) и мифологичность».



**Но как относиться к этому с позиций интегративности?**

Прошедшая в ИЗиСП конференция продемонстрировала осторожное и даже критическое отношение к возможности использования феноменологии, психоанализа и герменевтики, когда понимание — это непременно достояние конкретной рефлексии субъекта, не озабоченного причинными связями внешнего мира. Я же смотрю на вещи несколько иначе и полагаю, что интегрировать классику и модерн все-таки возможно, но с обязательными оговорками относительно сфер и условий использования. Например, еще не раскрыт потенциал синергетики в понимании правовых явлений. Пока ясно только одно: классика стояла на страже законности, модерн, наоборот, настаивал на разрушении законности, постмодерн — на уходе от реалий вообще. В постмодерне и законодатель, и воля его суть фикции.

**А какие теории права были популярны в середине XIX в., в эпоху революций, и повлияли ли они на развитие и становление новых экономических формаций? Какие, например, проблемы волновали молодого правоведа Карла Маркса?**

Во времена Маркса боролись разные взгляды на право и разные оценки роли закона. Известно, что Маркс резко критиковал историческую школу права, идеологи которой связывали развитие права не с законодательными работами, а непосредственно с жизнью, с естественным развитием правовых отношений. Такой подход исключал всякие демократические преобразования общества и консервировал юнкерскую немецкую государственность. Подлость сегодняшнего дня оправдывалась подлостью дня вчерашнего, как тонко замечено Марксом. Идеи исторической школы господствовали в первых российских

университетах, и бой им давали, в том числе и в России, представители теорий естественного права.

**То есть теория права всегда развивалась в противоборстве?**

Уже в середине XIX в. обозначилась борьба между легистским подходом, считавшим правом только то, что закреплено законодателем в конкретной норме, и теми идеями, которые искали право в судебных решениях. Одно время господствовала школа свободного права, позволявшая судье взвешивать разные интересы, оценивать разные жизненные ситуации и определять право своими решениями. Маркс с молодости показал себя реалистом. Он видел, какие беды может нести закон и какая несправедливость может твориться вопреки ему. «Правовая природа вещей не может... сообразоваться с законом, закон должен сообразоваться с ней», помните? При этом Маркс нигде не выступает против закона как такового, напротив, он за правовой закон — в этом и состоит его интегративный подход, одновременно и позитивистский, и естественно-правовой, и социологический. В работах молодого юриста Маркса право — это одновременно и нормы, и правовые отношения, и сознание. Как я понимаю, исходя из его критики профессора Гуго, все они, по его мнению, развиваются (и конструируются) применительно к определенному пространству и времени. «Законодатель же должен смотреть на себя как на естествоиспытателя. Он не делает законов, он не изобретает их, а только формулирует».

**В чем Вы видите наибольший вклад Маркса и его последователей в развитие права? Насколько выдвинутые им положения были верны и подтверждены дальнейшим ходом исторического развития?**

На конференции обсуждались ранние произведения Маркса, и можно сказать, что в какой-то мере его идеи живут полнокровной жизнью в нашей юридической среде. И, кстати, капитальный труд П. П. Серкова только подтверждает это. Позволю себе привести цитату из его книги: «Категория правоотношения — ценнейшее приобретение правовой науки. Она имеет принципиальное, методологическое значение. Это единственная категория, которая сжато отражает все известные науке существенные связи права с действительной жизнью, с общественными отношениями, а значит, и закономерности их возникновения и развития». Здесь и диалектика, и связь базиса с надстройкой, и прямая ориентация науки на существующие реалии.



**Однако в Вашем введении к книге ни о диалектике, ни о материализме прямо не говорится.**

Я пытался понять работу П. П. Серкова с точки зрения своего рода конструктивизма. А кто-то может увидеть влияние супрематизма на конструктивизм. Например, есть специалисты, которые пишут, что конструктивисты «заимствовали и развили некоторые формальные находки Малевича, не поняв или резко отмежевавшись... от самого по сути своей гностико-герметического, а в чем-то даже и интуитивно-буддистского духа супрематизма. Да и сам Малевич, как интуитивный эстет и приверженец «чистого искусства», резко отрицательно относился к «материализму» и утилитаризму современного ему конструктивизма».

К сожалению, в отечественной науке нет исследований, посвященных правовому конструктивизму, да и я все только собираюсь написать об этом статью. А в исследовании П. П. Серкова есть глава «Конструкция правоотношения», которая, как и вся книга, проникнута стремлением показать, что каждый из элементов конструкции правоотношения призван воплотить социальное содержание, «материализовать субъективные потребности-цели», обеспечиваемые «совокупным действием субъективных прав и субъективных обязанностей». Остается призвать читателей к освоению новых подходов.

**Предисловие В. В. Лазарева к книге П. П. Серкова «Правоотношение. Теория и практика современного правового регулирования» (монография в 3 ч. М., 2018).**

Издательство «Норма» выпускает в свет примечательную во всех отношениях книгу П. П. Серкова. Очередную книгу. Прежде всего она значима своей темой. Ключевой, системообразующей, соединяющей глубокую теорию и все виды юридической практики. Правоотношения, как бы на них ни смотреть, всегда были и останутся в фокусе академической науки, деятельности законодателя и тех, кто повседневно решает конфликтные вопросы правового регулирования. Книга написана автором, занимающим высокое положение и в науке (доктор юридических наук, профессор), и в практике (первый заместитель Председателя Верховного Суда России). И это обстоятельство, сразу заметим, предупреждает вполне обоснованные замечания об отрыве современной отечественной науки от насущных проблем правоприменения. Автор книги П. П. Серков — народный судья, судья областного суда, председатель областного суда... занимается наукой, защищает канди-

датскую диссертацию и, будучи уже первым заместителем Председателя Верховного Суда, защищает докторскую, причем обе эти диссертации связаны с предметом практической деятельности автора. Все это не может не привлечь читателей, всегда питающих надежды найти ответы на сложнейшие перипетии государственно-правовой жизни.

Однако книги перестают читать. Тем более такие толстые, какой является представляемая. Студенты ограничиваются шпаргалочными изданиями, диссертанты цитируют учебники, преподаватели «творят» свое, а чаще все обращаются к гаджетам за получением короткого и емкого ответа без «воды». Кому адресовать исследование, содержащее практически обоснованные новации? Открывающее новое научное направление?

Ранее действовавшими документами ВАК было предусмотрено присуждение степени доктора юридических наук, если диссертация открывала новое научное направление. Сегодня этого в обязательном порядке не требуется, потому что, за неимением означенного результата, мало кому можно было бы ее присуждать. Докторов много, а подлинно новые по существу (не по наименованию!) направления можно пересчитать на пальцах. Возможно, надо предъявить такого рода требование к членам-корреспондентам Академии наук, что было бы вполне справедливо для занятия академической должности. Говорю об этом потому что, во-первых, усматриваю в предлагаемом исследовании профессора П. П. Серкова именно новое направление в отечественной юридической науке и, во-вторых, адресую его в первую очередь научным учреждениям.

Для издательства, вероятно, хорошо бы рекомендовать книгу самому широкому кругу читателей — ведь каждый человек состоит во множестве правовых отношений и каждый хотел бы «выпутаться» из них с удовлетворительным для себя результатом. Увы, она неподвластна неподготовленному читателю. Даже старшекурснику в университете она может покориться лишь с помощью квалифицированного преподавателя. Разумеется, к книге обратятся судейские работники, хотя не ожидаю здесь большого успеха по причине сложности материала и потому, что вряд ли многие судьи в России обременяют себя философией права, полагая, как сказал бы В. Майхоффер, что она портит хорошего юриста, уничтожает его уверенность и нагружает угрызениями совести и ненужными сомнениями.

Чтобы закончить с сюжетом, скажу определенно: книгу можно было бы рассматривать как своего рода научную программу работы Института государства и права РАН на ряд лет. Именно в этом сугубо



научном учреждении, где соответствующие секторы охватывают всю совокупность правоотношений, следует ожидать осязаемых прорывов в академических исследованиях. Отечественная история знает такие позитивные примеры, когда высшие руководители суда и юстиции (Е. Б. Пашуканис, И. Т. Голяков, К. П. Горшенин, П. Е. Орловский и др.) задавали тон в организации теоретических исследований. Рекомендуя в этом плане настоящую книгу, важно подчеркнуть, что П. П. Серков дает панорамную критику существующего в науке положения дел, отмечает разрыв теоретических «новаций» с практикой, отсутствие системного восприятия действующих закономерностей и, главное, предлагает свои (иногда далеко не бесспорные) решения, намечает возможности дальнейших исследований в рамках нового научного направления.

Я бы поименовал новое направление «правовой конструктивизм».

Конструктивизм как авангардное направление в искусстве складывался в начале XX в. и распространился прежде всего в живописи и архитектуре. Конструктивисты доказывали, что технологически и функционально оправданная конструкция уже обладает высшим художественным качеством и вполне может удовлетворить эстетические потребности современного человека, для которого характерен утилитаризм в подходе ко всем явлениям действительности. Конструктивизм отвергал классику. О конструктивизме в российском праве и в российской правовой науке еще никто не говорил, хотя здесь есть своя «эстетика» и свои методологические особенности ее отражения. Представляется, например, что «лихие» 90-е гг. дали такие «конструкции» государственно-правового устройства, такую науку с ее симулякрами, которые еще только начинают осмысливать.

В рамках конструктивизма получил свое развитие лучизм, и именно его следует иметь в виду, оценивая книгу П. П. Серкова. Смыслом лучистской живописи объявляли не изображение предметов, а иллюстрирование отраженных от них цветовых лучей. И именно в этом состоит манера изложения материала автором. По каждому пункту масштабного плана он дает существующие в литературе мнения, часто мнения классиков юридической науки, и в лучах научной полемики пытается выходить на правовые реалии, утверждая собственную точку зрения, сокрушая высказывания предшественников. Это уже, в терминологии основоположника лучизма художника Ларионова, «реалистический лучизм», при котором изображаемый объект легко узнаваем, где он служит точкой отправления изображения «с резкими контурами, обилием острых углов и пучков косых линий».

По первому впечатлению мы имеем хаотичное собрание разнообразных мнений. Но если присмотреться внимательнее, увидим не хаос, а библиотечный стеллаж с вложенными карточками, которые можно извлечь по необходимости. Своего рода энциклопедия, пригодная для подготовки любых (даже и студенческих) работ. Более чем энциклопедия, поскольку мнения (подборка мнений) комментируются, поддерживаются или отвергаются, и это будит мысль, способствует утверждению собственного «Я» читателя. Вообще предосудительно освещать солнце лампой, но не предосудительно с лампой заходить в темные закоулки права.

Есть прямые высказывания автора, позволяющие относить его к названному направлению в отражении действительности. Конструктивно исходное положение, определяющее место правоотношения в здании правовой науки и самом правовом регулировании: «Категория правоотношения — ценнейшее приобретение правовой науки. Она имеет принципиальное, методологическое значение. Это единственная категория, которая сжато отражает все известные науке существенные связи права с действительной жизнью, с общественными отношениями, а значит, и закономерности их возникновения и развития». И далее он пишет: «Если научное юридическое сообщество признает за правоотношением значимость своеобразной оси, вокруг которой вращается все правовое регулирование, независимо от отраслевой направленности правовых норм, то значит, его конструкция выступает своего рода регулятивным центром, позволяющим унифицированно, в одном масштабе оперировать в научных и правоприменительных целях... правоотношение не как понятие, а как основополагающая конструкция должно обязательно и постоянно использоваться в научных анализах, а также в законодательной и правоприменительной деятельности».

Однако дело не в словах, не в высказываниях. Как проявление всякого модернизма, как проявление конструктивизма мы расцениваем повсеместное сомнение и, более того, отвержение автором классически выработанных категорий права. И тех, что вошли в наше законодательство, и тех, которыми оперируют правоприменители. Для него, например, не имеет значения категория «субъект права», а «как реально действующая конструкция» механизм правоотношения исключает «правоспособность», «правосубъектность», «деликтоспособность», «субъективный интерес». Суждения автора иногда столь категоричны, а аргументация столь своеобразна, что мы вправе ожидать хорошей полемики в дальнейшем, тем более, что проф. Серков сокрушается по



поводу отсутствия реакции на прямо противоположные порой высказывания. К сожалению, мэтры науки, глубоко вникавшие в тему правоотношений (М. П. Карева, С. Ф. Кечекьян, Р. О. Халфина, С. С. Алексеев, Ю. Г. Ткаченко и др.), не могут ответить автору, и не способны ответить ему авторы широко цитируемых учебников, поскольку они вторичны и поверхностны. Кстати, в книге этим последним постоянно предъявляются упреки в отсутствии доказательств без учета того, что это учебники, что в них должно включаться только бесспорно установленное. Я вновь возвращаюсь к тому, что тема достойна нового комплексного осмысления и развития в рамках структуры ведущего академического Института государства и права.

Но конструктивизму как методу свойственно было не только отрицание, но и стремление к удовлетворению насущных потребностей человека (достаточно обратиться к московским архитектурным проектам конструктивистов). Полагаю, не случайно одна из «опорных» глав книги поименована «Конструкция правоотношения». Эта глава, как и все содержание книги, проникнута стремлением показать, что правоотношение, каждый из элементов его конструкции призваны к воплощению социального содержания, «материализации субъективных потребностей-целей», обеспечиваемых «совокупным действием субъективных прав и субъективных обязанностей». В этой связи читатель, надеюсь, обратит внимание, как в «правовой пейзаж» вписываются «пакеты» живых примеров судебной практики, которые автор «вселяет» в доктринально сконструированное пространство. Абсолютно оригинальный авторский прием.

Итак, внутреннюю упорядоченную конструкцию являет собой механизм правоотношения. «Механизм правоотношения предстает той «осью», вокруг которой «вращается» все пространство правового регулирования, а идейное содержание правовых норм и фактология регулируемой ситуации — «юридическим материалом», из которого производится новое бытие в виде материализованных субъективных потребностей-целей. Механизм правоотношений на правах своеобразного процессора управляет развитием каждого правоотношения до момента достижения объекта».

С точки зрения автора, именно механизм правоотношения, в котором «общественные отношения и идеи соответствующей совокупности правовых норм под воздействием государственного психического принуждения этих норм, как своего рода «наночастицы», системно объединяются в соответствующих элементах механизма правоотношения с фактологией регулируемой ситуации... способен полноцен-

но определять перспективу развития правового регулирования, «созидая» архитектуру многофункциональности его несущих конструкций и «дизайнерское» оформление».

Конструктивизм начала XX в. подвергся впоследствии жесткой критике. Но сегодня в Третьяковской галерее выставлены полотна известных во всем мире художников, а архитектурные шедевры взяты под государственную охрану. Полагаю, судьба настоящей книги тоже окажется непростой. Будут находить то, что подлежит развитию, и то, с чем трудно согласиться. П. П. Серков напрасно сетует на плюрализм и противоречивость мнений: в суде надо находить одно правильное решение, а в науке это невозможно. Диалектический метод это исключает. На предмет здесь смотрят вблизи и на расстоянии, с одной стороны и с другой, в солнечную погоду и в вечерние сумерки — в социальных науках истина более чем относительна. И не факт, что сам предмет остается неизменным. Люди индивидуально и массово ведут себя в соответствии с естественно создающимися или искусственно сформированными представлениями о предмете. В наш информационный век все более весомую роль приобретают виртуальные реалии.

Да, есть потребность в общих конструкциях, в общей теории. Но не за счет отвержения одних и принятия других. За счет накопления множеств. Необходимы компромиссы. Необходимо интегративное восприятие мира. И реального, и виртуального. Впрочем, этот подход тоже пока не устоялся, спорный.

Сказанное практически исключает перечень отвергаемых мной положений, но обязывает сказать хотя бы о некоторых из тех, которые более всего созвучны сегодня моим взглядам.

1. Оригинально аргументируется здравая критика наиболее распространенного определения правоотношения как «отношения, урегулированного нормами права». В соответствующем анализе целесообразно было бы, кроме того, сказать о существовании отношений, ни одной нормой позитивного права не предусмотренных, но в суде признаваемых правовыми (Justitia nemini neganda est — «в правосудии нельзя отказать никому» — и по причине отсутствия закона, добавим). Конечно, «правоотношения в отрыве от норм права не существуют», но законодательство и практика признают их существование при отсутствии конкретных норм, регулирующих вполне определенные конкретные отношения.

2. Замечательно излагается материал о месте и роли субъективных обязанностей. Действительно, имеет место значительный, во многом навеянный политической прагматикой, публицистический перехлест



с правами человека. И в науке они гипертрофированно стягиваются только к одному элементу механизма правового регулирования. Между тем, как это вытекает из аргументации автора книги, детальное рассмотрение механизма правоотношения свидетельствует, что общепринятое придание приоритета праву и затушевывание роли обязанности искажает саму суть правового регулирования. Между тем именно здесь мы имеем выход на юридическую модель формирования государства, и «временно-пространственное расположение юридических обязанностей и прав с достаточной четкостью помогает рассмотреть составляющие государственной власти».

3. Привлекает характеристика юридической сущности и социальной значимости правоотношений как неразрывно связанных характеристик одной и той же конструкции, в которой социальное «проистекает из естественной природы общественной жизни, а юридическое — из искусственного регулирования этой жизни». В итоге механизм правоотношений предстает под пером автора «своего рода «сборщиком» идейного содержания правовых норм и социальной фактологии, моделируя поведение субъектов в отдельно взятом случае».

Остается, наконец, заметить, что доктринальная конструкция правоотношения, построенная П. П. Серковым по принципу «открытой архитектуры», рассчитанная на постоянность и неизменность, преследующая цель «универсально обеспечивать адаптацию всех правовых норм и конкретных ситуаций, а также до максимально возможной степени детализировать процесс каждого акта правового регулирования», найдет тех, кто оценит ее эстетическую привлекательность, и тех, кто попытается найти пути ее практического использования.

## Риски в юридической науке[1]

О постановке вопроса о рисках в юридической науке. Есть опасность, что не скажу (не напишу) того, что от меня ожидают, но рискну. А предотвратить риск попытаюсь оговорками. Полагаю, что в науке именно пояснения и оговорки управляют рисками.

*Оговорка первая.* Уже после объявления темы конференции и общей темы очередного сборника «Юридическая техника» можно было предположить, что основные доклады будут посвящены разного рода практической юридической деятельности. Любой ее вид так или иначе, в большей или меньшей степени, связан с риском.

[1] Юридическая техника. № 13. Н. Новгород, 2019. С. 19—27.

В этой связи тема чрезвычайно актуальна, поскольку юристы потому и существуют, что именно они через правовое регулирование, через использование разных правовых средств пытаются предотвратить риски, сгладить риски, застраховать или надлежащим образом отреагировать на последствия рискового поведения. Все эти вопросы — для отраслевых специалистов.

*Оговорка вторая.* Ю. А. Тихомиров отмечает: «Институт риска является институтом теории права, получающим развитие и конкретизацию как в отраслевых правовых институтах риска, так и комплексных институтах»[1].

Мной не ставится задача комплексного теоретического анализа самого явления риска и данного института. Пока это лучше всего сделано в работах самого профессора Тихомирова, поэтому ограничимся ссылкой на немногочисленную литературу[2]. Здесь же предпринимается попытка сосредоточиться на общих вопросах рисков в деятельности самих ученых-юристов, о чем пока не написано.

*Оговорка третья.* Требует пояснения предмет настоящего выступления (настоящей публикации) в связи с наименованием.

Русский язык богат и могуч, но «риски в юридической науке» можно понимать и как риски, которых эта наука касается, которые этой наукой изучаются применительно к разным видам деятельности, и как риски, свойственные самой юридической науке, в отличие от других наук, в отличие от других видов деятельности[3]. Нас интересуют последние.

[1] *Тихомиров Ю. А.* Прогнозы и риски в правовой сфере // Журнал российского права. 2014. № 3. С. 3. К заслугам автора можно отнести перечень случаев, когда риски возникают в процессе законопроектной деятельности, а могут возникнуть и в процессе правоприменения, выявляются на стадии законотворчества или в ходе практического действия закона; *Он же*. Право: прогнозы и риски: монография. М., 2015.

[2] См.: *Тихомиров Ю. А., Шахрай С. М.* Риск и право. М., 2012; *Тихомиров Ю. А.* Право: прогнозы и риски: монография. М., 2015; *Киреев В. В.* Конституционные риски: проблемы правовой теории и политической практики // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 3. С. 24—27; *Арямов А. А.* Общая теория риска: юридический, экономический и психологический анализ. 2-е изд. М., 2010; *Тихомиров Ю. А.* Прогнозы и риски в правовой сфере. С. 5—16; *Масловская Т. С.* Риски в конституционном праве // Журнал российского права. 2016. № 12. С. 17—26; *Федорова М. Ю.* Феномен социального риска в структуре предмета юридической науки // СПС «Гарант».

[3] См:. *Цветков И. В.* Договорная работа. М., 2010. Каждая сфера деятельности имеет как общие, так и специфические риски. В качестве иллюстрации воспроизведем риски договорной работы: 1) связанные с нарушениями договорных обязательств: рисками ответственности; рисками остановки (прекращения) бизнеса; 2) в зависимости от источника возникновения: природно-климатические (в том числе стихийные); технические (отказы оборудования и т. д.); производственные (нарушения технологии, остановка производства, задержка поставок сырья и т. д.); экономические (рост издержек, увеличение цен на сырье и комплектующие, инфляция и т. д.); рыночные (падение цен на производимую или повышение цен на закупаемую продукцию, рост конкуренции и т. п.); финансовые (кредитные, валютные, процентные и т. д.); социальные (забастовки, увеличение социальных расходов); политические (изменение законодательства, приоритетов, административные ограничения и т. д.); инновационные, т. е. риски недостижения ожидаемых результатов научных и инженерных разработок; региональные, т. е. риски хозяйственной деятельности с учетом ситуации в разных регионах России; отраслевые, т. е. специфические риски в конкретной отрасли хозяйства (промышленность, строительство, сельское хозяйство, транспорт и т. д.); риски злонамеренных действий (мошенничество и т. д.); 3) в зависимости от места проявления: внешние (по отношению к фирме); внутренние; 4) по тяжести проявления: вызывающие упущенную выгоду; вызывающие реальный ущерб; вызывающие невосполнимые потери; приводящие к банкротству; 5) по форме воздействия: риски прямых потерь; риски косвенных потерь; 6) по сложности: риски частные (локальные); риски системные (т. е. вызываемые последовательно инициируемой цепочкой локальных рисков); риски совокупные (т. е. риски, учитывающие действие всех видов частных рисков); 7) по характеру вызывающих риски причин: риски случайных событий; риски злоумышленных действий; 8) по регулярности: систематические (регулярно повторяющиеся); несистематические; 9) по степени предсказуемости: предсказуемые с высокой вероятностью; предсказуемые с малой вероятностью; непредсказуемые; 10) по времени проявления: ретроспективные; текущего периода; будущего (отдаленного) периода; 11) по уровню проявления: низкие; умеренные; сильные; 12) по интенсивности проявления последствий: быстро проявляющиеся; медленно проявляющиеся; 13) по степени контроля: контролируемые (которые можно избежать или уменьшить их вредные последствия); частично контролируемые (которые можно лишь частично избежать или уменьшить их вредные последствия); неконтролируемые (которые нельзя избежать или уменьшить их вредные последствия); 14) по возможности страхования (защиты): страхуемые; нестрахуемые.



Но при чем здесь наука? Ни при чем, если науку понимать как совокупность знаний. Но наука — одновременно и деятельность. Какая? Относится ли юридическая наука к юридической деятельности?

Перечитал исследования, посвященные правовой деятельности. Среди них две докторские диссертации (В. Н. Карташова и Р. В. Шагиевой). Из общих определений внятный положительный ответ не вытекает; в разновидностях правовой (юридической) деятельности ни один из многочисленных авторов юридическую науку не называет. Некоторые свойства правовой деятельности, которые перечисляются именитыми авторами, можно отнести к исследовательской деятельности в праве, но нужны оговорки, которых пока нет[1]. Единственное

[1] Так, говорят о процедурно-процессуальной форме юридической деятельности (см.: *Алексеев С. С.* Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 31), «регламентированном правовом порядке совершения правовых действий и операций» (см.: *Слепченко Е. В.* Гражданское судопроизводство: проблемы единства и дифференциации. СПб., 2011. С. 9), но в какой степени это должно иметь отношение к науке? Там есть своя внутренняя регламентация и процедура (см., например: *Сырых В. М.* История и методология юри-

суждение, которое я расцениваю как признание юридической науки в означенном качестве, нахожу у доцента Казанского университета, кандидата политических наук Р. Г. Валиева. Он пишет: «В правовой деятельности современного российского общества центральное место отводится познанию, которое олицетворяет собой результат распредмечивания социальной сущности права»[1]. Следуя этому направлению, юридическую науку можно определить как опредмечивание и распредмечивание социальных явлений на сущностном и содержательном уровне в категориях государства и права.

Боюсь увести читателя в дебри теоретических рассуждений, но общих понятийных рассуждений для оправдания поставленной темы недостаточно. Допустим, что теоретики согласятся с отнесением юридической науки к специфической правовой деятельности. В этом случае возникает другой вопрос: о каких рисках может идти речь, если это наука, если это познавательная деятельность? При чем здесь правовые риски?

Формальный ответ находим в законодательстве, которое относит науку к предпринимательской деятельности. Авторское видение науки противится этому. Какое-то время я исследовал взгляды Чаадаева. Любое исследование по истории политической мысли взять: большинство из них выполняется на чистом энтузиазме, бескорыстно, с единственной целью — проникнуть в духовный мир мыслителя, показать величие гения, из простого любопытства, наконец. Наука представляется прежде всего естественным стремлением к знанию, великим служением истине, не обремененным никакими иными ценностями. В этом плане можно понять, например, адвокатов, которые серьезно противятся изменению закона об адвокатуре и адвокатской деятельности в части допущения предпринимательства. Правовая защита интереса клиента — вот определяющая святая сущностная ценность адвокатской деятельности. Но по отношению к науке закон свое слово уже сказал, а сомнения вопреки закону уже несут на себе отпечаток девиантности. Федеральный закон от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» в ст. 2, определяющей основные понятия, применяемые в Федеральном законе, гласит:

дической науки. М., 2012. С. 274—326), которая по большому счету носит научный характер и исключает государственно-правовое вмешательство.

[1] *Валиев Р. Г.* Правовая деятельность в Российской Федерации // Основные характеристики российской правовой действительности. Казань, 2010. С. 118. В цитируемой работе привлекает предупреждение автора против смешения правовой деятельности с правовым поведением (с. 107), а также небесспорное положение о том, что «чисто» правовой деятельности со специфическим правовым предметом не существует (с. 109).



«Научная (научно-исследовательская) деятельность (далее — научная деятельность) — деятельность, направленная на получение и применение новых знаний» — и в следующей статье 3 (ч. 2) обязывает органы государственной власти Российской Федерации признавать право на обоснованный риск в научной и (или) научно-технической деятельности. И это вполне объяснимо, поскольку в статье 4 (пункте 6) установлено, что научный работник имеет право на «осуществление предпринимательской деятельности в области науки и техники, не запрещенной законодательством Российской Федерации»[1].

Статья 2 ГК РФ устанавливает, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Некоторые научные учреждения являются некоммерческими организациями, но и они согласно ст. 50 ГК РФ могут осуществлять предпринимательскую деятельность, если это служит достижению целей, ради которых они созданы.

Таким образом, в той части, в какой наука вообще и юридическая наука в частности причастны к предпринимательству, они несут предпринимательские риски. Писать о них, равно как и о рисках коммерческих, банковских, инвестиционных, финансовых, рыночных, предпринимательских, кредитных, политических, военных и пр., следует отраслевым специалистам, а не теоретикам, но понять риски вообще и риски в такой специфической деятельности, как наука, — это во многом предмет философии и теории права.

Когда говорят, что можно сделать нечто, что-то совершить «на свой страх и риск», хочется перенестись в цирк с его страхами и рисками. А науку благородно уподобляют храму. Да. Но юридическую науку на протяжении всей ее истории с храмом связывать если и можно, то только в той части, в какой она требует веры, а не истины, в какой творит она свои проповеди, создает свои симулякры для поддержания веры в существующую власть. Уж очень тесно она связана с политикой и очень рьяно служит мамоне, поэтому здесь, как в цирке, заранее продумываются номера и под капитолийскими куполами выделываются

[1] Здесь и далее мы отвлекаемся от тонкой проблемы того, что некоторые виды научных работ могут находиться под запретом, подлежат лицензированию и другим видам контроля, а правительство может устанавливать порядок проведения научных исследований. Эти вопросы, особенно в аспекте борьбы с экстремизмом, чрезвычайно актуальны для юридической науки и нуждаются в дополнительном осмыслении.

опасные кульбиты со страховкой от протестных акций. Впрочем, разные были времена.

Над людьми, как дамоклов меч, занесен меч закона. И первая задача юридической науки — обосновать законопослушное поведение, поведение без риска быть наказанным. Обойти закон нельзя, за одно это предложение надо отдавать под суд (Ленин), однако людям свойственно искать обходы и пробелы-лазейки. Е. Б. Пашуканис (противник нормативного понимания права) со ссылкой на Ориу считает, что даже в пределах благоустроенного государства осуществление права производится каждым гражданином «на свой страх и риск»[1]. Задача юристов — напомнить о рисках.

Риск всегда сопровождается некой опасностью. Таким образом, есть возможность переформулировать вопрос: какие опасности свойственны науке? Вместе с тем наука сама по себе суть предмет неодушевленный, и вполне уместен вопрос: а возможно ли по отношению к науке ставить вопрос об опасностях? Опасности подстерегают человека, опасности подстерегают человечество. Человека — когда он занимается научными исследованиями, человечество — когда оно оказывается перед лицом сделанных научных открытий.

Вопрос, как убеждаемся, обязательно требует уточнения понятий, уточнения предмета того, о чем речь. И конечно же есть две большие разницы, идет ли речь о науке естественной или науке гуманитарной, науке академической, фундаментальной, или науке технической, прикладной. Уже в процессе лабораторных работ некоторым веществам свойственно взрываться, другим — выделять смертельные испарения, третьим — плодить губительные бактерии и т. д. Всякий исследователь рискует в этой связи своим здоровьем, своей жизнью. Это опасности естественные. Они понятны. Они могут оказаться катастрофичными как для человека, так и для человечества, если взять всем известный пример с ядерными взрывами, отравляющими веществами, бактериологическим оружием. Здесь возникает извечный вопрос, в какой степени оправданы исследования в том или другом направлении, есть ли возможность ограничить научную работу, поставить преграды на ее пути, запретить, напрочь исключить. По общему мнению, это невозможно. И не только потому, что неистребимо желание насладиться шампанским. Просто природа человеческая так устроена и объективная реалия такова, что не удержаться, чтобы не заглянуть подальше и поглубже. Так и хочется перелистнуть очередную страницу.

[1] *Пашуканис Е. Б.* Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 128.



А глубины Вселенной оказываются бездонными, а космические высоты — беспредельными. И хочется, и колется... А в русском обычае есть поговорка: «или пан, или пропал»... («Я кручу напропалую с самой ветреной из женщин...»). Риску свойственен азарт, и часто безоглядный[1].

Нет, есть оговорки и оправдания опасных исследований. Говорят, что наука и ученые сами по себе не опасны. Опасно использование результатов исследований. Здесь есть повод для дискуссий, но нет для них места, и подчеркнем только одно: наряду с естественными рисками есть риски социальные. Последние в большей степени свойственны гуманитарным наукам, хотя и естественники здесь опасно рискуют. Вавилов семена культурных растений пестовал, а смерть принял за решеткой. Многие помнят еще, какие опасности подстерегали и подстерегли генетику и кибернетику в России!

Своего рода социальный риск испытал на собственном опыте. После университета меня оставили ассистентом кафедры. Сразу же привлекла полузапретная у социологов тема эксперимента. Юристы о правовом эксперименте не писали. Опубликовал две статьи, в том числе в центральном журнале «Правоведение». Приехав в целевую аспирантуру МГУ, рискнул предложить тему диссертации. Тему не утвердили, сославшись на Маркса, который писал, что в нашей науке все заменяет сила абстракции. Рискнул предложить тему пробелов в праве. «Рискнул», потому что считалось, что наше советское социалистическое право совершенно, что наш законодатель все успевает предусмотреть. Помнится, И. С. Самощенко, которому признателен за доброе ко мне отношение (через него проходила в совете МГУ докторская диссертация), прямо сказал, что он бы своему аспиранту такую тему не дал. Профессор С. Ф. Кечекьян, у которого уже безуспешно пытался писать о пробелах аспирант, по-отечески предупредил: «Может ударить подобно бумерангу». «Или грудь в крестах, или голова в кустах». Большинство из тех, к кому обращался, не советовали, а П. С. Ромашкин, тогда директор ИГП АН, так и просто замахал руками: «Что вы?!» В итоге благодаря поддержке авторитетнейших профессоров А. И. Денисова, П. Е. Недбайло и Н. Г. Александрова диссертационная тема получила доступ в юридическую науку. А автора

[1] Именно в этом аспекте «риск» был определен в словаре В. И. Даля: «Рисковать, рискнуть: 1) пускаться наудачу, на неверное дело, наудалую, отважиться, идти на авось, делать что-то без верного расчета, подвергаться случайности, действовать смело, предприимчиво, надеясь на счастье, ставить на кон (от игры); 2) (что или чем) подвергаться чему-то, известной опасности, превратности, неудаче». И далее: «Рискованье, риск-отвага, смелость, решительность, предприимчивость, действие наудачу. Рисковое дело — неверное, отважное. Рискователь — рискующий, отважный человек».

удостоили престижнейшей премии Ленинского комсомола. Первого из юристов. Второй стала международница — Елена Каменецкая. А третьей и последней — конституционалист Елена Лукьянова. Вехи в истории юридической науки!

Кто-то может сказать, что сегодня в нашей науке таких социальных рисков нет. Он ошибется. До сих пор не утихают нападки на докторское исследование известного всем историка, что грозит постоянно увольнением с должности. А мне припоминается блестящая защита докторской степени по административному праву в ИГП АН. Защита прошла с прекрасным голосованием, несмотря на отрицательное заключение и выступление высокого правительственного чиновника. Тема затрагивала положение религиозных организаций. Защищался сотрудник института Ю. А. Розенбаум, бывший летчик-истребитель, участник войны. Увы, он рисковал и сорвался в пике. Диссертация не прошла ВАК, и диссертант потом писал другую тему. Полагаю, и сегодня не исключен такой результат по подобной теме. Сегодня, например, остро стоят вопросы, связанные с разделением народов России и Украины. Наука могла бы внести свою лепту в их решение, но очень сомневаюсь, чтобы в каком-то из дисссоветов тема проходила без рисков.

Вообще диссертационные исследования требовали бы особого разговора. Опасность не защититься — самая осязаемая и всем понятная. К сожалению, риски здесь вызываются часто причинами, не имеющими отношения к науке. Помните: не пиши длинно, ты не Лев Толстой, а диссертация не «Война и мир»; не пиши кратко, краткость — сестра таланта, коллеги и оппоненты могут не простить тебе ни того, ни другого. Сегодня эти риски предотвращены, Минобром установлены объемы диссертаций. Но много других опасностей появилось, например, попасть под пресс Диссернета. В то же самое время именно с подготовкой диссертаций связаны серьезные рекомендации по выбору темы, определению предмета и метода научного исследования, использованию источников, определению последовательности (этапов) исследования и т. д. Рискну и я посоветовать диссертантам чаще обращаться к жизни, к реальным жизненным отношениям, а не к многократному воспроизведению многочисленных одних и тех же точек зрения. До сих пор без риска защищались диссертации последнего рода, хотя, казалось бы, что это уместно только в работах по истории науки. К сожалению, социология как будто и не существует для юристов. На работы Казимирчука, Кудрявцева, Сафарова практически не ссылаются. Озабоченность ныне здравствующего профессора Лунева



по поводу изучения реалий современной преступности, похоже, проходит не только мимо властей, но и мимо академического корпуса.

Известно практически важное деление рисков на страхуемые (*insurable risk*) и не подлежащие страхованию (*uninsurable risk*), но в науке по определению затруднен расчет вероятности страхового случая, поэтому Государственный стандарт РФ ГОСТ Р 51897-2002 «Менеджмент риска. Термины и определения» (принят постановлением Госстандарта РФ от 30 мая 2002 г. № 223-ст) не решает эту задачу.

На мой взгляд, в естественной науке задача до определенной степени решаема, а в гуманитарной — надо думать. За исходное основание можно взять ст. 705 о распределении рисков в договоре подряда. Очевидно, и в других договорах, которые заключаются исследователями, эта сторона может отражаться. Теоретически можно порассуждать и о страховании рисков защиты диссертационных работ. По одной из докторских диссертаций автор настоящей публикации выступал по официально заключенному договору с диссертантом, но кому можно уподобить оппонента — нотариусу или адвокату? Сегодня уже самим фактом согласия быть оппонентом, самим фактом принятия работы диссоветом к защите как бы гарантируется успешное ее прохождение, но выдвижение новых идей и их защита лишь в совокупности дают основание для присуждения ученой степени, что совершенно игнорируется Диссернетом. Есть едва ли не полный набор условий, соблюдение которых влечет положительное голосование. Есть вероятностный набор факторов, которые могут отрицательным образом сказаться на результате. Риски очевидны, и никто ни от чего не застрахован.

О понимании и классификации рисков применительно к науке. Существуют разные понимания риска и разные классификации рисков *вне зависимости от вида деятельности и в тесной зависимости от вида.* Из общего деления рисков назвал бы по степени тяжести: *те, которые могут принести непоправимый вред, и те, которые могут принести потери* (в виде конкретного убытка или ущерба). Все они объединяются термином «негативные последствия». В науке оправданно также выделение риска *отклонения от ожидаемого результата.* Угрозы могут возникнуть в результате получения неполной, неточной или ошибочной информации о состоянии внешней среды или внутренних показателей деятельностного субъекта[1].

[1] Из словаря системы «Гарант» узнаем, что в Великобритании признаются внутренние дефекты (*inherent vices*), небрежность (*negligence*) и убыток, проистекающий из любых действий врагов королевы (*Queen's enemies*).

Упомянутые выше риски, естественные и социальные, относятся к категории *внешних,* но есть и *внутренние,* свойственные самой науке, порождаемые механизмом научного поиска. Из них наиболее существенны гносеологические. Познание по природе своей таково, что можно увлечься той стороной, которая является предметом исследования, и недосмотреть или пренебречь другими. Результат исказит предмет.

Опасности эпистемологического порядка подстерегают исследователя еще и потому, что он не всегда отделяет реалии исследуемого объекта от виртуалий, от тех симулякров, которые искусственно созданы в определенных целях. Вообще, юридическая реальность на уровне грамматики правопорядка «существует одновременно в объективном и субъективном смысле, в форме сущего и должного, фактического и нормативного, материального и идеального, то есть в границах конкретных социально-нормативных фактов и определений, исторически заданной картины мира»[1]. С учетом того, что юридическая наука является своего рода дискурсивной частью правовой реальности и репрезентация права выстраивается в систему мифологии, догматики и аксиоматики, а понятия и конструкции науки концептуализируются в теории и мировоззрения, с учетом вовлечения сюда трансцендентного, подсознательного и внесознательного мироощущений риски придется определять уже на уровне «алгебраического правопорядка», на уровне высшей математики.

Представляется, что настоящие риски в науке связаны с опасностью не достичь поставленных целей. Будет растрачено самое дорогое, что составляет для человека жизненную ценность и что сегодня особенно в цене, — время. Здесь и риски психологического порядка: травма напрасно потраченных усилий и соответствующих средств.

Впрочем, по большому счету, риск получить вообще отрицательный результат в науке невозможен. Любой результат есть результат, и в итоге он дает позитивную составляющую. Зашел в тупик, другие уже не пойдут. Найти тупики не менее ценно. В этой связи применительно к науке следует всегда делать оговорки относительно стратегии, которая ведет к «оптимальному», или «лучшему», решению. Это уместно при выборе, например, методов исследования, которые максимизируют результат, или при выборе организационных решений, которые способны минимизировать потери. Рациональность уместна

[1] *Веденеев Ю. А.* Грамматика правопорядка: монография. М., 2018. С. 32.



при выборе из двух альтернатив той, которая способна дать предпочтительный временной или стоимостный результат.

Кроме того, следует принять во внимание появление так называемой постнормальной науки (Post-Normal Science — PNS), которая сосредотачивается на тех аспектах сложных проблем, где «объективность и однозначность научных предсказаний уже невозможна»[1]. Это явление совсем не изучено в юридических науках, но с учетом влияния в них политического фактора вполне допустимо, если не сказать больше.

Вообще риск связан с наступлением нежелательных (негативных) последствий при принятии решений в условиях неопределенности и альтернативности (в политике, как мы понимаем, всегда все альтернативно и спорно), но в правовой науке риск имеет еще и собственные характеристики. Он, в частности, может не отвечать некоторым общим представлениям, общим характеристикам риска в науке. И дело объясняется во многом тем обстоятельством, что соответствующие отношения регулируются императивно законом, а закон может не отвечать целям и требованиям объективно эффективного развития этих отношений. Отсюда трудно, например, безоговорочно принять такие характеристики: «Риск характеризуется как сознательное волевое поведение лица, направленное на достижение правомерного положительного результата...»; «Риск — вероятное наступление события и совершения действий, влекущих негативные последствия для реализации правового решения и могущих причинить ущерб регулируемой им сфере»[2].

Исходное сохраняется: речь всегда идет о возможных последствиях принятия решения человеком и его действиях в ситуации неопределенности, неоднозначности, но юридические решения, поскольку они связаны с человеческим фактором, всегда принимаются в таких условиях. Независимо от того, принимать ли неопределенность в праве как

[1] *Белл Д.* Грядущее постиндустриальное общество. Образец социального прогнозирования / под ред. *В. Л. Иноземцева.* М., 2001. С. 14. Заметим, что у Д. Беллла свои классификации: «Любые действия предпринимаются в условиях определенности, риска или неопределенности. Первая наличествует тогда, когда ограничители фиксированы и известны. Риск означает, что набор возможных результатов известен, а вероятность каждого из них может быть выявлена. Неопределенность означает, что спектр возможных результатов может быть очерчен, но вероятность их проявления полностью неизвестна» (там же. С. 140).

[2] *Масловская Т. С.* Риски в конституционном праве // Журнал российского права. 2016. № 12. С. 1—26.

положительное или отрицательное явление[1], она есть. Есть, несмотря на то что, казалось бы, именно право четко расставляет все по местам. Казалось бы, точно выполняй правовое предписание и... никакого риска. В юридической практике, пока не оцифрованной, с определяющим влиянием человеческого фактора и правотворческие, и правоприменительные решения подвержены рискам, поэтому в решениях КС РФ и ЕСПЧ приобрел большое значение принцип определенности права.

Н. А. Власенко возражает тем, кто юридическую неопределенность отличает от правового риска на том основании, что при правовом риске можно описать будущие правовые результаты с помощью вероятностных распределений, поскольку известны и количество вероятностных результатов, и степень вероятности наступления каждого из них. Правовыми рисками можно управлять. С его точки зрения, природу любого риска: экономического, социального, личностного и т. д. — составляет неопределенность. Правовой риск — не исключение[2]. Вместе с тем, как бы в противоречие себе, он пишет в той же работе, что сама природа риска — это обозначенная альтернатива результатов, следовательно, уже определенность. Обращаю на это внимание, поскольку применительно к исследовательской деятельности неопределенность является существом. Здесь не всегда можно обозначить и тем более подсчитать вероятностные результаты, а неопределенность иногда не только не снимается в итоге, но даже приумножается. Кроме того, как уже замечено, любой результат в науке дает известную определенность в поиске истины.

Последнее замечание целесообразно развивать, рассматривая научно-исследовательские действия в рамках классификации юридических фактов. Каждый в отдельности факт научной деятельности — это по общему видению юридический поступок. Его результат приобретает юридическое значение, порождает правовые последствия вне зависимости от того, к этим или другим результатам ученый стремился. Отсюда, с одной стороны, естественно неполучение результата, что не расценивается как риск, а с другой — получение вознаграждения за удачное прохождение между Сциллой и Харибдой.

[1] См. мою полемику с профессором Власенко Н. А., например: *Лазарев В. В.* Об ограниченности для права разумности и определенности // Журнал российского права. 2015. № 3. С. 142—145. См. также: *Ершов В. В.* Неопределенность и определенность права как парные категории // Российское правосудие. 2018. № 9. С. 5—13.

[2] См.: *Власенко Н. А.* Проблемы правовой неопределенности: курс лекций. М., 2015. Более убедительной представляется приведенная выше классификация Д. Белла.



*Значение в определении юридических рисков ненормативных компонентов научной деятельности.* В решении обозначенных сущностных и содержательных вопросов риска актуализируются ненормативные компоненты структуры научной деятельности: потребности, интересы, мотивы, цели. Последние более всего рискоопасны, и им приходится отвести особое место.

Поставив риски в зависимость от достижения целей, надо понимать, что цели юридической науки весьма разные. Есть идеальные, обосновываемые логически, и есть те, которые преследуются исходя из прагматических интересов, требующие для успеха хорошего финансирования, что снижает риск получения некачественного продукта. Часто эти цели сугубо политические. Не сомневаюсь, что наука вполне могла поставить цель обосновать 80-летний пенсионный возраст для граждан России. Стало бы это научной истиной — вот вопрос. А цель получения истины вряд ли оспорима.

И здесь, как и в естественных науках, обозначается проблема относительной истины. В такой науке, где главенствуют ценностные суждения, все истины относительны. Это еще и потому, что истины эти не всегда привязаны к материальным условиям или привязываются к разным из них. Кто может сказать, какая позиция правильна по поводу места следствия и его подчиненности? Прокурору? Суду? А для исследователя с абсолютно независимой позицией есть риск оказаться без работы.

Критерии для принятия решений в условиях неопределенности выводятся математическими статистиками. Но предпринимались попытки выработать некие стратегии и в социальных науках. В юридической науке они основываются на критериях правомерности предпринимаемых шагов. Специфика юридической науки, в отличие от любой, в том числе любой гуманитарной, в том, что ей заранее известны ограничители; они текстуально фиксированы; определенные ценности получают закрепление в законе и судебных решениях. Юристы следуют этим ценностям. Но юристы-ученые могут их оценивать критически, и настоящая (объективная, независимая) наука может их отвергать, если они не соответствуют объективным потребностям общественного развития. Риски при этом возрастают и для судьбы такого рода оценок, и для их автора.

Если делать упор на риски для конкретных представителей науки, то, возможно, и тему нечего ставить. Важно видеть риски для науки как таковой. А что ей грозит? Науке грозит компрометация, упадок, забытье. В России сегодня в таком положении оказалась общая тео-

рия права и государства[1]. Сказались догматизм, отрыв от реалий, сознательный увод в лоно партийной политики. Между тем теоретики постиндустриального общества связывают поступательное продвижение именно с теоретическим знанием. Например, коммуникативный подход к праву на Западе известен давно и дает свои результаты. У нас его стала признавать небольшая группа теоретиков совсем недавно, а разрабатывал практически один человек. Мы рисковали отстать и отстали. Законопроекты разрабатываются практически без учета коммуникативных аспектов, и мы получаем риски бездействующих законов.

Наиболее существенным риском в науке является возможность кризиса, то есть наступление такой ситуации, когда господствующая ее методология может не справиться с нарастающим числом жизненных случаев, которые не укладываются в ее рамки, в рамки общепринятых теорий. Примерами могут быть названы явления крушения позитивистской методологии и соответственно крушения буржуазной законности во второй половине XIX в. или крушения социалистической законности в России в конце XX в.

Для успеха и избежания рисков юридическая наука постоянно должна обозревать свой собственный предмет и метод, разумеется, в системной связи с предметом и методом других наук, не в отрыве от них. Получивший в естественных науках признание принцип дополнительности предполагает трансдисциплинарные подходы, которые преодолевают узость отдельно взятых методологий, требуют синтеза разных эпистемологических парадигм[2]. Одной из таких модернистских парадигм отвергается причинность и в противовес акцентируется внимание на значимости. Критически оценивая, например, в целом синергетический подход, нельзя не видеть в нем значимости для понимания государственно-правовых явлений. А почему бы не признать

[1] В России действуют общемировые закономерности формирования общества всеобщего риска, но в России к этому были и свои предпосылки. Как указывает О. Яницкий, ими стали следующие факторы: коммунистическая идеология, ориентированная на тотальное господство человека над миром; стирание границы между нормой и патологией; процессы демодернизации (ориентация не на социальное развитие и накопление богатств, а на «проедание» ресурсов); утрата наукой собственной независимости, ее вестернизация (ориентация на западные нормы, ценности, установки, и в том числе зависимость выбора тем исследования от заказов спонсора) и подчинение властным структурам и т. д. См.: *Яницкий О. Н.* Модернизация в России в свете концепции «общества риска» // Куда идет Россия?.. Общее и особенное в современном развитии. М., 1997; *Он же*. Социология риска. М., 2003.

[2] Сегодня в зарубежной академической традиции имеется разное толкование трансдисциплинарности. См.: Трансдисциплинарность в философии и науке: подходы, проблемы, перспективы / под ред. *В. А. Бажанова, Р. В. Шольца.* М., 2015. С. 12.



эту парадигму применительно к упомянутой выше «постнормальной науке» (не путать с «ненормальной»), но тогда актуализируется вопрос о значении в поиске решений постмодернистских подходов. В сложных и самоуправляемых системах слишком много переменных, чтобы сортировать их в надлежащем порядке. И тогда вначале подключаются интуитивные суждения как реакция на непосредственные причинно-следственные отношения, характерные для более простых систем, а затем используются и все другие методы из арсенала постмодернистской эпистемологии. При принятии решений в постижении глубоко скрытых или отдаленных во времени обстоятельств необходимо использовать сложные алгоритмы, а не полагаться на интуитивные суждения[1]. Как указывает Т. В. Наумова, современная картина мира, с позиции постклассической парадигмы, существенно отличается от классической картины мира с устойчивыми причинно-следственными связями, которые имеют линейный характер, где действуют неизменные законы; явления и процессы автономны от воли и сознания человека и строго детерминированы. Постклассическая парадигма сформировала новое мировоззрение, связанное с исследованием нелинейности, неравновесности, самоорганизации, становлением порядка через хаос, бифуркационных трансформаций, неустойчивости как центральной характеристики эволюционных процессов[2]. Такого рода исследования, сориентированные на рефлексивный постмодерн, таят специфические опасности, которые для юридической науки пока неведомы.

В «Википедии» можно прочитать, что такие признанные в физике квантовые феномены, как «соотношение неопределенностей Гейзенберга», «принцип дополнительности Бора», «дискретность», «вероятность», «влияние наблюдателя на наблюдаемое», используются для

[1] Специфику обществ рефлексивного модерна британский социолог Э. Гидденс видел в особом статусе риска. Этот статус состоит не просто в увеличении рисков, а прежде всего в том, что понимание риска и его оценки превратились в свойство и экспертного, и массового сознания. См.: *Гидденс Э.* Судьба, риск и безопасность // THESIS. 1994. № 5. С. 119. Постиндустриальное общество не оставляет видов деятельности, свободных от риска. С одной стороны, не существует абсолютной безопасности, с другой — нельзя избежать риска, принимая какие-либо решения. Немецкий социолог-теоретик Н. Луман утверждает, что «современное риск-ориентированное общество — это продукт не только осознания последствий научных и технологических достижений. Его семена содержатся в расширении исследовательских возможностей и самого знания» См.: *Луман Н.* Понятие риска // THESIS. 1994. № 5. С. 20.

[2] *Наумова Т. В.* Риски глобального общества: движение к новой методологической парадигме. // Научный вестник МГТУ. 2014. № 203. С. 69. URL: https://avia.mstuca.ru/jour/a_rticle/view/349

объяснения многих явлений в квантовой психологии, в любых сферах, где рассматриваются поступки человека, мотивы этих поступков, взаимоотношения между человеком и его сознанием и подсознанием, между человеком и окружающим миром[1]. Надо ли доказывать, что все это свойственно юридической науке, что она вполне может овладеть соответствующим методологическим инструментарием.

«Описание нашей мыслительной деятельности требует противопоставления объективно заданного содержания и мыслящего субъекта, а с другой... нельзя строго разграничить объект и субъект, поскольку последнее понятие также принадлежит содержанию»[2]. Это глубокое положение методологического плана требует в том числе и организационных, и методических решений. Риск уменьшается в случае подбора исполнителя. Современная наука требует коллективных усилий. Однако два ума хорошо, но иногда нужен именно один ум. Большая Наука — это дискреция Большого Ума.

И еще один аспект. Как мы понимаем, научная правовая деятельность не ограничивается действиями внешнего порядка. Это интеллектуальная мыслительная работа. И здесь есть свои риски. Риск переместиться со своей дачи на дачу Канатчикову, в особенности, если войти в «темную материю» права. Риск от долгого пребывания в ней, риск как потеря реальности при «возвращении» из бессознательного. Где она, темная материя права? Видимо, в виртуальной сфере, затрагивать которую было не в обычае российской науки, хотя именно ей принадлежит имя Л. Петражицкого, открывавшего один из ведущих туда путей. Сегодня виртуальность некоторых объектов права признается и законодателем (внесен законопроект о блокчейне и криптовалюте), и судом. Так, Санкт-Петербургский городской суд в решении от 17 марта 2016 г. № 33-4472/2016 обратил внимание на то, что виртуальные денежные средства не могут выступать предметом займа не только в качестве денежных средств, но также в качестве вещей, определенных родовыми признаками, поскольку не являются предметами материального мира и не существуют в физически осязаемой форме. Есть московские решения судов на этот счет. Но никто, в том числе никакие судебные органы не могут запретить науке исследовать по-

[1] Д. Беллл, оговариваясь о существующем риске полного переноса какой-либо концепции из одной области в другую и приводя примеры того, как общественные науки пострадали от этого (заимствование терминов «сила» и «мощность» из физики, «структура» и «функция» из биологии), пишет, тем не менее, о возможности создать принцип дополнительности в социальной теории. См.: *Белл Д.* Указ. соч. С. 122.

[2] *Бор Н.* Избранные научные труды. М., 1971. С. 58.



добные виртуалии. И наука ставит эти проблемы в повестку дня. Так, в статье Т. Я. Хабриевой и Н. Н. Черногора читаем: «В сфере правового регулирования мы наблюдаем появление отношений: 1) субъектами которых становятся виртуальные или «цифровые личности». Такое «лицо», по сути, образуют цифровые данные о реальном человеке, его виртуальном или «цифровом» образе (nickname, сетевом имени) и IP-адресе, к которому привязан компьютер, с которого совершены какие-либо действия в виртуальном пространстве. Происходит своего рода распределение субъекта этих отношений на составные части, чем-то напоминающее дисперсию света»[1].

«Поставить в повестку дня» можно любой вопрос. Однако предварительно желательно понять нюанс методологического плана: относить ли вовлеченность в виртуалии к «взаимодействию с природой» или это «игры между людьми», где ход действий человека формируется под влиянием намерений других лиц. Говорят обычно: «третьего не дано», а между тем, возможно, это уже именно третье, свидетельствующее об игре машины с человеком? Возможно, именно это обстоятельство будет отличать общество рефлексивного модерна от модернистского индустриального общества.

Как бы то ни было, применительно к сложившейся ситуации, нельзя согласится с таким суждением, согласно которому «правовые риски, которые создает правовая неопределенность, могут рассматриваться как фактический запрет операций с криптовалютами до тех пор, пока не будут внесены изменения в законодательство»[2]. Во-первых, неопределенность всегда сопутствует риску, и последние запрету *на* этом основании не подлежат (посягательство на суть риска); во-вторых, законодательство знает не только аналогию закона, но и аналогию права, и среди принципов российского права есть те, которые позволяют решать дело в суде.

[1] *Хабриева Т. Я., Черногор Н. Н.* Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85—102. В статье содержится ряд новаторских размышлений и предложений, обусловивших по-своему креативные выводы: «Перед правовой наукой стоит задача разграничения правового регулирования мира реальных вещей и мира виртуальных вещей» (с. 95); назрела «постановка и разработка проблемы виртуального и реального в праве, развитие методологии юридической науки, ее обогащение познавательными средствами, позволяющими изучать право с позиции соотношения виртуального и реального» (с. 101).

[2] *Хаменушко Е. В., Овчарова И. В.* Криптовалюты и их майнинг как экономическая реальность: предпосылки правового регулирования // Законодательство. 2017. № 12. С. 33—42.

Уместно в заключение заметить, что новые риски вообще и новые риски в сфере права, в отличие от традиционных, не привязаны жестко к конкретному месту и времени. Принятие национальных законов может не только не спасти ситуацию, но может и негативно сказаться на интересах российских граждан. Не случайно сегодня российские юрисдикции реально не всегда главенствуют в разрешении юридических споров.

## К вопросу о рисках юридической науки[1]

Любая тема, а тем более новая, требует оговорок о понятиях. Иначе вместо существа дела можно породить споры о понятиях, прежде всего о том понятии науки, к которому применимо исследование о рисках.

Данная статья теоретическая, не имеет сугубо прикладного характера, в связи с чем учитываются и доктринальные подходы, тем более что законодательные определения внутренне противоречивы. Так, ст. 2 Федерального закона от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» определяет научную (научно-исследовательскую) деятельность (далее — научная деятельность) как деятельность, направленную на получение и применение новых знаний, и выделяет в ней:

— фундаментальные научные исследования — экспериментальную или теоретическую деятельность, направленную на получение новых знаний об основных закономерностях строения, функционирования и развития человека, общества, окружающей среды;

— прикладные научные исследования — исследования, направленные преимущественно на применение новых знаний для достижения практических целей и решения конкретных задач;

— научно-техническую деятельность — деятельность, направленную на получение, применение новых знаний для решения технологических, инженерных, экономических, социальных, гуманитарных и иных проблем, обеспечения функционирования науки, техники и производства как единой системы.

Как убеждаемся, Закон делает акцент на деятельности, в то время как наука понимается более многообразно. Кроме того, деятельность идентифицируется с исследованием, при этом последнее предполагает, казалось бы, умственную, а не организационную работу. Видимо, имеется в виду коллективное (лабораторное и проч.) исследование, хотя при определении фундаметальных исследований сказано и о теоретической деятельности. Нестыковки вызваны объединением в одном понятии получения и применения знаний. Но для понимания рисков в науке как раз важно их разделить. В то же время для понимания рисков акцент в определении науки на деятельностном начале имеет принципиальное значение. Если понимать науку как систему знаний о закономерностях развития природы, общества и мышления, то вопрос о рисках в науке окажется неприемлемым. Тем более непригодным окажется образное, скорее литературное, определение, которое находим в наиболее авторитетном для других исследований «Толковом словаре» В. И. Даля: «Наука — (в высшем значении) — разумное и связное знание: полное и порядочное собрание опытных и умозрительных истин, какой-либо части знаний; стройное, последовательное изложение любой отрасли, ветви сведений»[1].

В широком смысле все условия и компоненты научной деятельности вбирает энциклопедическое понятие науки: «Область человеческой деятельности, направленная на выработку и систематизацию объективных знаний о действительности. Основой этой деятельности является сбор фактов, их постоянное обновление и систематизация, критический анализ и на этой основе синтез новых знаний или обобщений, которые не только описывают наблюдаемые природные или общественные явления, но и позволяют построить причинно-следственные связи с конечной целью прогнозирования»[2]. Данное определение пригодно, если прослеживать возможные риски по отношению к каждому из содержательных компонентов интересующей нас деятельности. Причем делать это следует по отношению к каждому этапу научной деятельности: определению цели; планированию; осуществлению соответствующих пунктов плана; проверке промежуточных результатов; подведению итогов; объективации исследования (публикации, отчеты и т. п.).

В «Большой советской энциклопедии» определяются непосредственные цели науки — описание, объяснение и предсказание процессов и явлений действительности, составляющих предмет ее изучения, на основе открываемых ею законов, т. е. в широком смысле — теоретическое отражение действительности[3]. В описании предметов материального мира, казалось бы, риски минимальны, но они есть и связаны с избранием способов описания, с опасностью что-то упустить

[1] Журнал российского права. 2019. № 3 (267). С. 5—20.

[1] *Даль В. И.* Толковый словарь русского языка. М., 2007. С. 749.

[2] URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9D%D0%B0%D1%83%D0%BA%D0%B0

[3] URL: http://bse.uaio.ru/BSE/bse30.htm; http://bse.uaio.ru/BSE/1702.htm

и проч. Сложнее обстоит дело с описанием сферы идеального, психического, запредельного, духовного, экзистенциального. Там предметы не даются непосредственно в ощущениях, и возрастают риски описать их недостоверно. Объяснение — дело сугубо субъективного характера. Риск здесь в том, что тебя не поймут, жестко раскритикуют, отвергнут. Впрочем, больший риск, если неверную трактовку воспримут и продолжат в последующей деятельности. Более всего ученые рискуют в предсказании грядущих явлений. Это и понятно: неопределенность здесь проистекает из существа прогностической деятельности.

Избирая предметом исследования юридическую науку, нам недостаточно сказать, что это деятельность. Какая деятельность? Относится ли юридическая наука к юридической деятельности или в ней то же содержание, что и в любой другой науке? Вопрос не беспредметный, поскольку комментаторы преамбулы вышеназванного Закона выделяют правовое содержание науки и предлагают понимать под ним «гарантированную Конституцией РФ свободную, активную, познавательно-мыслительную сферу жизнедеятельности человека и общества, направленную на получение новых знаний и достижение определенного результата, обусловливающего возникновение интеллектуальных прав, которая не должна иметь общественно опасного характера для существования самого человечества»[1]. Такое понимание представляется неприемлемым, поскольку позволяет распространить регулирующую функцию права на мыслительную деятельность, которая находится вне сферы правового регулирования (как с предельно жестких, так и с либеральных позиций). Вместе с тем в ст. 114 Конституции РФ говорится, что Правительство РФ обеспечивает проведение в Российской Федерации единой государственной политики в области наук. Юридическая наука, с нашей точки зрения, в этом нуждается в большей степени. Поэтому больший или меньший окрас юридической науки положениями правовой политики имеет прямое отношение к выявлению соответствующих рисков в связи с эффективностью определенных выводов и рекомендаций ученых. Более того, здесь приходится учитывать и степень, и формы прямого государственного вмешательства в развитие науки (на правотворческом и на правоприменительном уровнях).

В науке о государстве и праве мы находим множество публикаций, посвященных рискам в той или другой сфере юридической деятельности. Это преимущественно отраслевые исследования[1]. Они позволяют писать о рисках в юридической науке. Однако является ли юридическая наука разновидностью юридической деятельности? Например, в классификационные списки разновидностей юридической деятельности наука практически не попадает[2]. В таком случае не является ли по меньшей мере спорной постановка вопроса о рисках юридической науки?

Решение спора требует, во-первых, выявления признаков юридической деятельности; во-вторых, обращения к законодательству; в-третьих, интерпретации юридической науки в категориях философии права. И здесь следует заметить, что место юридической науки в государственно-правовой системе, ее роль и функции — все это не только входит в предмет общей теории, но и (особенно в части методологии) большей частью охватывается философскими обобщениями.

Обратимся к источникам, в которых дается определение юридической деятельности. В энциклопедических изданиях она часто определяется как профессиональная (судебная, адвокатская и т. д.), хотя очевидно: содержательная и видовая ее характеристика свидетельствуют, что юридическая деятельность осуществляется как юристами, так и неюристами[3]. Было бы хорошо, например чтобы депутаты имели юридическое образование, но юристы в депутатском корпусе большин-

[1] Федеральный закон от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»: научно-практический комментарий (постатейный) // СПС «Гарант».

[1] См., например: *Киреев В. В.* Конституционные риски: проблемы правовой теории и политической практики // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 3. С. 24—27; *Лукьянова Е. А.* Конституционные риски: учеб.-метод. пособие. М., 2015; *Масловская Т. С.* Риски в конституционном праве // Журнал российского права. 2016. № 12. С. 17—26. Особенно тщательно и предметно выписаны риски договорной работы (см.: *Цветков И. В.* Договорная работа. М., 2010). Известные публикации общетеоретического характера также касаются рисков практической правотворческой или правоприменительной деятельности (см.: *Мамчун В. В.* Правоприменительный риск: проблемы теории: монография / под ред. *В. М. Баранова*. Владимир, 2001; *Мамчун В. В.* Риск законодателя и правотворческая ошибка: доктрина и практика // Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах: матер. Междунар. науч.-практ. конф. (29—30 мая) / под ред. *В. М. Баранова, И. М. Мацкевича*. М., 2009. С. 446—460; *Арямов А. А.* Общая теория риска: юридический, экономический и психологический анализ: монография. 2-е изд. М., 2010; *Крючков Р. А.* Риск в праве: генезис, понятие и управление: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2011; *Тихомиров Ю. А., Шахрай С. М.* Риск и право: научное издание. М., 2012; *Тихомиров Ю. А.* Право: прогнозы и риски: монография. М., 2015).

[2] О видах юридической деятельности см., например: URL: https://helpiks.org/6-58028.html

[3] Заслуживает внимания предупреждение против смешения правовой деятельности с правовым поведением (см.: *Валиев Р. Г.* Правовая деятельность в Российской Федерации // Основные характеристики российской правовой действительности. Казань, 2010. С. 107). Против рассмотрения юридической деятельности в качестве разновидности

ства, как правило, не составляют. Следует согласиться с наиболее распространенным широким определением юридической деятельности: создание и реализация права путем его исполнения, соблюдения, применения, совершения различных действий, влекущих правовые последствия[1]. Все отмеченные здесь признаки можно отнести к юридической науке: она участвует в правотворчестве своими экспертными оценками и конструированием законопроектов; она в большой степени отвечает требованиям соблюдения права; ее результаты часто влекут правовые последствия. Свойственны ей и характеристики, присущие профессиональной юридической деятельности: наличие у ученого высшего юридического образования; профессиональный подход к анализу ситуации и поиску решения; юридический язык, использование специальной терминологии; ссылки на нормативные акты и правовые аргументы; осуществление деятельности по юридическому договору и др. Однако из общераспространенных определений внятный положительный ответ по поводу отнесения юридической науки к юридической деятельности не вытекает. Обратимся к специальному исследованию.

Развернутое и глубокое определение правовой государственной деятельности дается в докторской диссертации В. Н. Карташова: «...объективированная в официальных актах, опосредуемая правом, интеллектуально-волевая, управленческая, производственно-трудовая деятельность компетентных учреждений и организаций, которая осуществляется в определенных процедурно-процессуальных формах с помощью специальных юридических действий и операций, способов и средств, направленная на решение общественных задач и функций и удовлетворение тем самым публичных и частных потребностей и интересов»[2]. Многие положения названной и других работ В. Н. Карташова могут быть привлечены для исследования рисков юридической деятельности, но, к сожалению, среди отмеченных им видов (правотворческая и правоприменительная, интерпретационная и контрольно-надзорная, юрисдикционная) научная деятельность не отмечена[1], как не названа она и в других диссертациях по этой теме[2].

правового поведения выступает В. Н. Карташов (см.: *Карташов В. Н.* Юридическая деятельность: проблемы теории и методологии: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1990).

[1] URL: https://moeobrazovanie.ru/yuridicheskaya_deyatelnost_i_professionalnaya_yuridicheskaya_deyatelnost.html

[2] *Карташов В. Н.* Юридическая деятельность: проблемы теории и методологии. М., 1990. URL: http://www.Law.edu.ru/book/ book.asp?bookID=52974



Некоторые свойства правовой деятельности, которые перечисляются именитыми авторами, можно отнести к исследовательской деятельности в праве, но нужны оговорки, которых пока нет[3]. Единственное суждение, которое можно расценивать как признание юридической науки в означенном качестве, находим у доцента Казанского университета, кандидата политических наук Р. Г. Валиева: «В правовой деятельности современного российского общества центральное место отводится познанию, которое олицетворяет собой результат распредмечивания социальной сущности права»[4]. Следуя этому направлению, юридическую науку можно определить как опредмечивание и распредмечивание социальных явлений на сущностном и содержательном уровне в категориях государства и права. Это именно то, что дает обращение к философии права. Применительно к рискам имеет прямое отношение утверждение в философии именно деятельностного подхода[5].

В порядке обобщения различных подходов ряда авторов Ю. Г. Арзамасов выделяет следующие общие признаки юридической деятельности и юридической практики: постановка и наличие целей; направ-

[1] Ранее автором давалось такое определение, которое вообще не предполагало включение исследовательской деятельности: «Под юридической деятельностью следует понимать лишь такую опосредованную правом профессиональную, трудовую, государственно-властную деятельность по внесению юридических решений компетентных на то органов, которая нацелена на выполнение общественных функций и задач (создание законов, осуществление правосудия, конкретизацию права и т. д.) и удовлетворение тем самым как общесоциальных, групповых, так и индивидуальных потребностей и интересов» (*Карташов В. Н.* Юридическая деятельность: сущность, структура, виды. Ярославль, 1989. С. 12).

[2] См., например: *Шагиев Б. В.* Юридическая деятельность в современном российском обществе: теоретико-правовой аспект: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003.

[3] Так, говорят о процедурно-процессуальной форме юридической деятельности (см.: *Алексеев С. С.* Общая теория права: в 2 т. Т. I. М., 1981. С. 31), «регламентированном правовом порядке совершения правовых действий и операций» (*Слепченко Е. В.* Гражданское судопроизводство: проблемы единства и дифференциации. СПб., 2011. С. 9). Но в какой степени это должно иметь отношение к науке? Там есть своя внутренняя регламентация и процедура (см., например: *Сырых В. М.* История и методология юридической науки. М., 2012. С. 274—326), которая по большому счету имеет научный характер и исключает государственно-правовое вмешательство.

[4] *Валиев Р. Г.* Указ. соч. С. 118. В цитируемой работе привлекает предупреждение автора против смешения правовой деятельности с правовым поведением (с. 107), а также не бесспорное положение о том, что «чисто» правовой деятельности со специфическим правовым предметом не существует (с. 109).

[5] См. дискуссии в связи с этим: Вопросы философии. 1985. № 2—3.

ленность на изменение отношений в социуме; осознанный и волевой характер; компетентность; опосредованность правом и правовыми явлениями; официальный характер; связь с другими видами социальной деятельности[1]. При этом не принимаются во внимание ни момент их единства, ни то, что надо «строго различать практику как конкретную организаторскую деятельность в области права и практику как итог, результат этой деятельности». Для определения рисков в науке имеет смысл сосредоточиться на понимании ее в качестве совокупности последовательно осуществляемых действий, а итоги исследовательской деятельности как совокупность знаний, составляющих опыт, не имеют актуального значения.

Вместе с тем общих понятийных рассуждений здесь недостаточно. Допустим, теоретики согласятся с отнесением юридической науки к специфической правовой деятельности[2]. В этом случае возникают вопросы: о каких рисках может идти речь, если это наука, если это познавательная деятельность? При чем здесь правовые риски?

Формальный ответ находим в законодательстве, которое относит науку к предпринимательской деятельности[3]. В статье 2 Федерального закона «О науке и государственной научно-технической политике», как уже было сказано, научная деятельность определяется как деятельность, направленная на получение и применение новых знаний», и следующая ст. 3 (ч. 2) обязывает органы государственной вла-

[1] См.: *Арзамасов Ю. Г.* Юридическая деятельность // Основы государства и права. 2007. № 2. С. 2—11. При этом автор дает следующее определение: «Юридическая деятельность — это осознанные, волевые, властные юридические действия и связанные с ними организационно-юридические мероприятия, осуществляемые на основе норм права компетентными органами и должностными лицами, а в отдельных случаях и гражданами, направленные на реализацию общественных целей либо удовлетворение корпоративных и индивидуальных законных интересов» (с. 3). Юридическая наука под это определение не подпадает: она и не властная, и не всегда на основе правовых норм осуществляется, и должностной характер ей не свойствен. Но надо учесть, что прогресс налицо, поскольку ранее под юридической деятельностью понимали «правовое поведение должностных лиц» (см.: *Кудрявцев В. Н.* Право и поведение: норма и патология. М., 1982. С. 148).

[2] *Алексеев С. С.* Указ. соч. С. 340—341.

[3] Авторское видение науки противится этому. Так, большинство исследований по истории политической мысли выполняется на чистом энтузиазме, бескорыстно, с единственной целью проникнуть в духовный мир мыслителя, показать величие гения, из простого любопытства, наконец. Наука — это естественное стремление к знанию, служение истине, не обремененное иными ценностями. В этом плане можно понять, например, адвокатов, которые серьезно противятся изменению закона об адвокатуре и адвокатской деятельности в части допущения предпринимательства. Правовая защита интереса клиента — вот определяющая святая сущностная ценность адвокатской деятельности.



сти Российской Федерации признавать право на обоснованный риск в научной и (или) научно-технической деятельности. И это вполне объяснимо, поскольку в п. 6 ст. 4 установлено, что научный работник имеет право на «осуществление предпринимательской деятельности в области науки и техники, не запрещенной законодательством Российской Федерации»[1]. Статья 2 ГК РФ устанавливает, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Некоторые научные учреждения являются некоммерческими организациями, но и они согласно ст. 50 ГК РФ могут осуществлять предпринимательскую деятельность, если это служит достижению целей, ради которых они созданы.

Таким образом, в той части, в какой наука вообще и юридическая наука в частности причастны к предпринимательству, они несут предпринимательские риски. Писать о них, равно как и о рисках коммерческих, банковских, инвестиционных, финансовых, рыночных, предпринимательских, кредитных, политических, военных и проч., следует отраслевым специалистам, а не теоретикам. Но понять риски вообще и риски в такой специфической деятельности, как наука, — это во многом предмет философии и теории права.

Итак, к исследованию рисков не имеет отношение философское (теоретическое) понимание науки как формы общественного сознания (как системы знаний), социологическое представление о ней как своего рода разделении труда, ценностно-психологический взгляд на науку как высокоинтеллектуальное творчество и т. п. Значение имеет только деятельностное начало. Оно проявляется в организации исследовательской работы и в практическом применении ее результатов. Именно здесь скрываются риски любой науки. Но для их выявления еще недостаточно определения качеств науки как юридической деятельности. Надо определиться с понятием риска, тем более что единство во взглядах отсутствует.

Определения риска рождались в различных ситуационных контекстах и имели предметную прагматическую направленность. Ча-

[1] Здесь и далее мы отвлекаемся от проблемы того, что некоторые виды научных работ могут находиться под запретом, подлежат лицензированию и другим видам контроля, а правительство может устанавливать порядок проведения научных исследований. Эти вопросы, особенно в аспекте борьбы с экстремизмом, чрезвычайно актуальны для юридической науки и нуждаются в дополнительном осмыслении.

ще всего общее понятие риска так или иначе привязывается к экономической (хозяйственной, предпринимательской) деятельности: «Риск — это возможность возникновения неблагоприятной ситуации или неудачного исхода производственно-хозяйственной или какой-либо другой деятельности»[1]. Отсюда и перечень ситуаций: упущенная выгода; убыток (потеря собственных средств); отсутствие результата (ни прибыли, ни убытка); недополучение дохода или прибыли; событие, которое может привести к убыткам или недополучению доходов в будущем. Гуманитарный аспект фактически игнорируется.

Более общее определение, но также связанное с событием, способным принести кому-либо ущерб или убыток, дает «Википедия»: «Риск (от лат. *resecō* — «отсекать», «сокращать» или др.-греч. ῥιζικόν — «опасность») — сочетание вероятности и последствий наступления неблагоприятных событий»[2]. Достоинство данного определения в акценте на «вероятности». Именно оно открывает простор для связи риска с неопределенностью, что свойственно большинству определений, привязанных к конкретным видам рисковой деятельности. Одной из составляющих науки являются прогнозы. Всякие прогнозы осложняются стохастичностью процессов, независимо от того, рассматривается ли стохастический процесс как процесс, ничем не детерминированный или даже детерминированный. Моменты вероятностного присущи любому временному развитию. Наука в любом случае зиждется здесь на предположениях, гипотезах.

Итак, с точки зрения многих авторов, природу любого риска — экономического, социального, личностного и т. д. — составляет неопределенность. Это и есть риск? Или это нечто иное в условиях неопределенности? Сами неблагоприятные последствия каких-то действий или возможность их наступления? А как расценивать положения, в которых риск предстает как нечто среднее между определенностью и неопределенностью, но опять же остается без уточнения по существу? Кстати, по поводу «неблагоприятных последствий». Большинство исследователей связывают риск с наступлением нежелательных (негативных) последствий при принятии решений в условиях неопределенности и альтернативности. Но в правовой науке риск имеет еще и собственные характеристики. Он, в частности, может не отвечать некоторым общим представлениям, общим характеристикам риска в науке вообще. И это объясняется во многом тем обстоятельством, что соответствующие отношения регулируются императивно законом, а

[1] URL: http://www.grandars.ru/student/ fin-m/vidy-riskov.html

[2] URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A0%D0%B8%D1%81%D0%BA



закон может не отвечать целям и требованиям объективно эффективного развития этих отношений. Соответственно, трудно безоговорочно принять, например, такие характеристики: «Риск характеризуется как сознательное волевое поведение лица, направленное на достижение правомерного положительного результата...»; «риск — вероятное наступление события и совершения действий, влекущих негативные последствия для реализации правового решения и могущих причинить ущерб регулируемой им сфере»[1].

В юридической практике исключительно важное значение имеет состояние определенности или неопределенности, однозначности или неоднозначности в общественных отношениях и в их оценке. Но решения здесь всегда связаны с человеческим фактором, всегда принимаются в относительно неопределенных условиях. Независимо от того, принимать ли неопределенность в праве как положительное или отрицательное явление[2], она есть. Казалось бы, именно право четко расставляет все по местам, необходимо лишь точно выполнять правовое предписание — и никакого риска. Однако в юридической практике, пока не оцифрованной, с определяющим влиянием человеческого фактора, правотворческие и правоприменительные решения подвержены рискам. В творческой научной деятельности факторы неопределенности многократно возрастают и в силу характера объекта, и в силу характеристик субъекта этой деятельности.

Как убеждаемся, первостепенное значение имеет предмет деятельности, который, сразу оговоримся, в разное время, в разных условиях развития государственно-правовых систем существенно различался, что напрямую сказывалось и на определении рисков. Так, для эпохи модерна предмет риска составляли такие доминирующие ценности, как всеобщее благо, собственность, достоинство, честь, возможность самореализации личности, законность, свобода и т. д. Сегодня акценты сместились: приумножить свой капитал, упрочить свою власть, обезопасить себя и близких. Юридическая наука, как мы понимаем, всегда имела прямое отношение к ценностному восприятию мира. Наука не может не считаться с изменившимися ценностями. Наука объективно и субъективно принуждается к служению им и тем самым

[1] *Масловская Т. С.* Риски в конституционном праве // Журнал российского права. 2016. № 12. С. 17—26.

[2] См. полемику автора настоящей статьи с Н. А. Власенко: *Лазарев В. В.* Об ограниченности для права разумности и определенности // Журнал российского права. 2015. № 3. С. 142—145. См. также: *Ершов В. В.* Неопределенность и определенность права как парные категории // Российское правосудие. 2018. № 9. С. 5—13.

подвергается рискам ухода от собственной ценности служения истине. Юридическая наука опасна несправедливостью, сокрушением принципов равноправия, пренебрежением к институту ответственности. Для России оказалось опасным и сокрушительным забвение ценностей соборности, предпочтение общественному началу индивидуализма, национальному — глобализма и проч.

Для науки имеют значение не столько негативные, сколько позитивные аспекты риска. Некоторые ученые замечают, что риск может выступать как вид ресурса, как стимулирующий фактор развития общества. Риск мотивирует на поиск новых, нестандартных решений, что повышает эффективность деятельности и способствует раскрытию творческих возможностей человека[1]. В юридической науке «нестандартные решения» до известной степени ограничены принципом законности, но они безоговорочно востребованы в поиске наиболее эффективного правового регулирования нестандартных жизненных ситуаций. Именно в таких ситуациях получает развитие (чаще всего через судебные органы) «живое право». Готовы согласиться и позитивно развивать положение о том, что «заложенный в конституционном тексте глубокий правовой смысл позволяет адаптировать этот текст к меняющимся социально-правовым реалиям в рамках принятой в мировой конституционной практике доктрины «живой Конституции». Опора на эту доктрину дает возможность, не искажая сути правового смысла, заложенного в текст Конституции Российской Федерации, выявлять его актуальное значение в контексте современных социально-правовых реалий»[2]. Как представляется, именно Конституционный Суд призван выполнять эту миссию в ходе правового решения социальных конфликтов, но при одном условии: следует многократно усилить гарантии формирования состава Конституционного Суда и гарантии независимости его деятельности. В этом отношении оправдан более широкий учет опыта выдвижения кандидатов в судьи разными государственными и общественными структурами при сверхглубоком обсуждении их профессиональных и нравственных качеств. Риски в установлении «живой Конституции» есть, но их можно минимизировать.

Отсюда проистекают соответствующие оценки рисков юридической науки: может ли она «противоконституционно» вести поиск (на-

[1] Подробнее об этом см.: *Наумова Т. В.* Риски глобального общества: движение к новой методологической парадигме // Научный вестник МГТУ ГА. 2014. № 203.

[2] *Зорькин В.* Буква и дух Конституции // Российская газета. Федеральный выпуск № 7689 (226). 2018. 19 окт.



пример, обосновывать монархическую форму правления для России)? Обосновывать неконституционные ценности? Выраженные текстуально — нет. Ученые здесь будут рисковать своим положением. Вместе с тем наука обязана предотвращать риски в формировании «живой Конституции». Отсюда практическое предложение — открыть более широкий доступ ученым к обсуждению некоторых обращений в Конституционный Суд РФ. Это расширило бы рамки социального и правового консенсуса. Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин правильно замечает: «От создания правовых рамок для такого согласия, удерживающих общество от правонарушающих способов решения конфликтов, до реального действенного «общественного договора» — дистанция немалая. И нам еще предстоит ее пройти.

Причем пройти в условиях весьма большой неопределенности, чреватой самыми разными проблемами и рисками»[1].

Для юриспруденции всегда была практически значимой проблема соотношения законности и целесообразности, и решалась она по общему принципу в пользу законности. Однако не всегда принимается во внимание, что соотнесение законности и целесообразности не исчерпывается фактической стороной дела. Между тем законы, помимо того что содержат указание на фактические составы правоотношений, пронизаны идеями (гуманистическими и не очень), заключают в себе принципы права и, следовательно, дают основу для неоднозначных выводов при решении конкретного дела. Тем более оправданы разные выводы и оценки фактических обстоятельств в ходе творческой деятельности. Ее субъект неизбежно привносит в выносимое им решение свое видение права. И здесь представляется уместным провести линию к принципу дополнительности Н. Бора, получившему признание в том числе в гуманитарных науках. Согласно заключению ученого акт наблюдения включает микрообъект и измерительный прибор, составляющие целостный процесс, не допускающий абсолютного разделения на независимые элементы. «Описание нашей мыслительной деятельности требует противопоставления объективно заданного содержания и мыслящего субъекта... нельзя строго разграничить объект и субъект, поскольку последнее понятие также принадлежит содержанию»[2]. У представителей естественных наук в исследованиях участвуют материализованные неодушевленные приборы. У гуманитариев измерительным прибором является человек. И это понятно: здесь доминирует ценностное измерение. Ситуация дополнительности требу-

[1] *Зорькин В.* Указ. соч.

[2] *Бор Н.* Избранные научные труды. М., 1971. С. 58.

ет рефлексии содержания закона и его действия в условиях, в которые естественным образом входит познающий субъект.

Представляется уместным использовать принцип дополнительности в правовой сфере уже потому, что правовая реальность «обладает двойственной природой» — она одновременно мыслимая (в концептах социокультуры) и предметная (в фактах, практиках, институтах), а встроенная в нее юриспруденция выстраивается в систему мифологических образов, юридической догматики и аксиоматики, юридических понятий и конструкций, юридических представлений и мировоззрений[1]. Возможно присоединение и того, что скрывается в подсознании, что заявляет о себе на уровне чувств, что правильнее именовать мироощущением. И если основной вопрос философии (как и основной вопрос права) — «первичности или вторичности материальных или идеальных оснований права сегодня так же далек от своего окончательного решения, как и вчера»[2], приходится, видимо, признать неосновательность радикального противопоставления идеального и материального. Следует искать компромиссы, возможности интеграции соответствующих позиций. Именно в этом направлении может работать принцип дополнительности. Нетрудно заключить, что его использование способствует научному управлению рисками и требует их осмысления уже на уровне «алгебраического правопорядка», на уровне высшей математики. Естественники исходят из того, что принцип дополнительности связан именно с принципом неопределенности: чтобы разрешить неопределенность, требуется введение дополнительных условий, которые либо устраняют из системы неопределенность, либо приводят ее к определенному состоянию.

Упущением большинства определений риска является, на наш взгляд, игнорирование связи субъекта действий и прогнозируемых последствий. Рискует всегда человек или сообщество людей, какое-то коллективное образование. Определяющими становятся психологические характеристики[3]. Во-первых, встает вопрос о знании возможности наступления неблагоприятных последствий. Кто ни-

[1] Подробнее об этом см.: *Веденеев Ю. А.* Грамматика правопорядка: монография. М., 2018. С. 5.

[2] Там же. С. 67.

[3] Психологический дискомфорт — одна из составляющих состояния субъекта; когнитивный диссонанс как состояние индивида, характеризующееся столкновением в его сознании противоречивых знаний, убеждений, поведенческих установок относительно некоторого объекта или явления. Точные объяснения или прогнозы отсутствуют и потому делаются разного рода аппроксимации, имеющие различные степени достоверности, при которых из существования одного элемента вытекает отрицание другого.



чего не знает, тот ничем не рискует. Во-вторых, приобретает существенное значение именно отношение к возможности их наступления. О риске можно говорить тогда, когда субъект полагает, что ему удастся избежать грозящих нежелательных последствий, что он сумеет их предотвратить или обстоятельства сложатся так, что они не наступят («все рассосется»). Отсюда нуждаются в серьезной переоценке или коррекции следующие распространенные суждения: риск — это «неопределенное событие или условие», «ситуация, имеющая неопределенность исхода», «вероятность возможной нежелательной потери чего-либо», «вероятность выхода опасного фактора из-под контроля», «количественная оценка опасностей». Кстати, часто цитируется книга физика Ф. Найта «Риск, неопределенность и прибыль» (1921), в которой автор, предлагая свою оригинальную точку зрения, писал: «Неопределенность должна быть понята в некотором смысле радикально отличной от знакомого понятия риска, от которого она должным образом никогда не отделялась»[1].

Сказанное позволяет определить риск как совершение действия под угрозой наступления неблагоприятных последствий, под угрозой того, что результаты этих действий не оправдают затрат, не утвердят ценностей, на которые рассчитывали. В науке накопление неопределенностей, цепляющихся друг за друга, — это позитивный момент, ведущий в итоге к открытиям. В науке неопределенность иногда не только не снимается в итоге, но даже приумножается. Диалектика такова, что любой результат в науке дает известную определенность в поиске истины. И в этом смысле риск всегда имеет позитивную составляющую.

Риск всегда сопровождается некоторой опасностью. Таким образом, есть возможность переформулировать вопрос: что следует понимать под опасностью? Но в этом случае закономерны сомнения в необходимости отличать риск от угрозы. Угроза — это негативное событие, которое в отличие от риска, по мнению некоторых аналитиков, нельзя оценить, потому что это событие никогда не происходило и для которого недоступна никакая информация об эффективных профилактических мерах (шаги, предпринимаемые, чтобы уменьшить вероятность или воздействие возможного будущего события). Здесь имеются в виду скорее естественные природные явления. Другими словами, вновь игнорируется гуманитарный аспект, что в общем определении недопустимо. И сразу приходится различать опасности естественные (более узко — природные) и социальные. Соответственно и риски де-

[1] URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A0%D0%B8%D1%81%D0%BA

лят на природные и социальные. Социальные взрывы не менее опасны, чем взрывы в физических и химических лабораториях. Социальные геномы могут быть не менее смертоносны. Это не означает, что ученые-естественники не знают социальных рисков. Например, генетики в советское время оказывались в заключении именно по причине своих научных занятий. И не только они.

Сказанное позволяет резюмировать существование разных пониманий риска и разных классификаций рисков вне зависимости от вида деятельности и в тесной зависимости от вида. Для общего понимания риска имеют значение отраслевые классификации, точнее — основания этих классификаций. Их можно использовать в уяснении того, какие риски свойственны науке вообще, науке естественной или гуманитарной, а какие только юридической. В качестве предмета для последующих исследований приведем деление по обстоятельствам происхождения: риски естественные и социальные; по степени тяжести: те, которые могут принести непоправимый вред и те, которые могут принести потери (в виде конкретного убытка или ущерба); по природе угроз: внутренние и внешние. Для науки важно уделить первостепенное внимание ее внутренним рискам гносеологического характера. Есть риск в выборе надлежащей методологии, риск увлечься односторонним превознесением какого-то, пусть и важного, компонента предмета или процесса, проигнорировать интегративные свойства и т. д. К сожалению, ученые-юристы далеко не всегда прослеживают связи, входящие в предмет философии и социологии. Наибольшие риски юридическая наука испытывает в двух случаях: 1) при обосновании законопроекта, устанавливающего новое правовое регулирование; 2) при обосновании правового эксперимента. В отличие от ситуации, когда общественные отношения стабильны, урегулированы с достаточной полнотой, а долговременная судебная практика уже обозначила возможные отклонения от действующих норм, в случаях нового правового регулирования наука в большом объеме имеет инновационно-прогнозную составляющую, имеющую всегда рисковое содержание.

Риски вообще соотносят с целями. Но, поставив риски в зависимость от преследуемых целей и результатов их достижения, надо понимать, что цели юридической науки весьма разные. Есть идеальные, обосновываемые логически, и есть те, которые преследуются исходя из прагматических интересов, требуются для успеха, например, хорошего финансирования. Однако главное, что отличает юридическую науку и что окрашивает ее риски в чрезвычайно опасный красный цвет — это объективная вовлеченность в политику. Хотим



мы того или нет, но законы есть инструменты политики, и каждый закон включает меру политическую. Право и государство — в эпицентре политики. И все было бы хорошо, если бы политика не была дамой столь ветреной и не склонялась бы часто к плечу сильного и не самого нравственного. Право всегда подвержено риску разврата. Науку в этом случае подстерегает риск высокооплачиваемого сводничества.

Однажды было замечено, что нет искусства вообще, есть деятели искусства и их произведения. Но нам представляется возможным разделить риски для науки в целом и для отдельных ученых или их коллективов. Опасности подстерегают человека, когда он занимается научными исследованиями, человечество — когда оно оказывается перед лицом сделанных научных открытий. Первенство теперь отдается человеку, и для отдельного ученого имеет серьезное значение опасность не защититься, не опубликоваться, не утвердиться, не получить поддержку, опасность растерять авторитет, стать «нерукопожатным» и проч. Однако по многим параметрам важнее видеть риски науки.

Подведем некоторые итоги. Прежде всего отметим, что рассматриваемая тема требует оценок общего состояния юридической науки. Ранее это происходило на всесоюзных и всероссийских форумах ученых-юристов, в документах директивных органов. При всех издержках субъективного характера соответствующие оценки позволяли смотреть на перспективы правовых исследований в плане развития теории, в аспекте эффективного ее внедрения в правовые отношения. Соответствующие оценки позволяли размышлять о рисках вообще, об их градации, управлении рисками и проч. Между тем юридическая наука во многом пребывает в своего рода растерянности в связи с тем, что назрели «постановка и разработка проблемы виртуального и реального в праве, развитие методологии юридической науки, ее обогащение познавательными средствами, позволяющими изучать право с позиции соотношения виртуального и реального»[1].

В соответствии с Общероссийским классификатором видов экономической деятельности (ОКВЭД) деятельность в сфере исследований и разработок (код 73) подразделяется на две области: естественные и технические науки (код 73.1); общественные и гуманитарные науки (код 73.2)[2]. Эта общая градация наук позволяет выявлять риски науки вообще, особенности рисковой деятельности в естественных и гу-

[1] *Хабриева Т. Я., Черногор Н. Н.* Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 101.

[2] См.: Классификатор видов экономической деятельности. М., 2002. С. 248.

манитарных науках, но она не позволяет сосредоточить внимание на специфике рисков юридической науки и рисков в юридической науке. Юридическую научную деятельность можно через запятую ставить в ряд с технологической, организационной, финансовой и коммерческой деятельностью, когда все они объявляются инновационными при условии направленности (постановки соответствующих целей и задач, получения результатов) на создание инновационной инфраструктуры и обеспечение ее деятельности. Но и в самой юридической науке следует видеть все обозначенные стороны, что будет способствовать надлежащему управлению рисками. При этом риски связываются только с деятельностным подходом.

Любая наука рискует, если не проводит последовательно передовые методологические парадигмы исследования. Но юридическая наука специфична тем, что она не может игнорировать постулаты законодательства и юридической практики. Это ее специфический предмет исследования, обусловливающий специфику исследовательской методологии. Дуализм предмета науки (с одной стороны, сугубо юридическая материя, с другой — отношения, не охваченные правовым регулированием) позволяет различать риски сугубо социальные (нарушаются экономические, политические, моральные и прочие установления) и риски сугубо правовые. Юридическая наука рискует первой угодить в расставленные ею капканы противодействия экстремизму или коррупционной деятельности. Гуманитарный аспект рисковой юридической деятельности сопряжен с обеспечением естественных прав и обязанностей, утверждением правовых ценностей социальной коммуникации. Риску свойствен азарт, и часто азарт безоглядный, который может действовать как стимулирующий фактор. Но в юридической науке закон ставит пределы «безоглядности» и вводит «азарт» в правовые рамки.

Риски юридической науки и риски научных доктрин (непризнание, отвержение, забвение и проч.) следует отличать от рисков исследователей, авторов соответствующих гипотез и теорий. Их риски потерять лицо ученого, скомпрометировать свое имя, лишиться места научного сотрудника и т. д. связаны с результатами их работы, но имеют и массу привходящих обстоятельств. Важно отметить также, что исследовательская работа имеет значение такой разновидности юридического факта, как правовой поступок. Если выявление рисков требует обращения к целям соответствующей деятельности, то не избежать заключения о неизбежности юридических последствий независимо от того, какие цели ученый преследовал. Последствия могут быть и положительными, и отрицательными, но одно из них является основополагающим и неотъемлемым: ученый становится автором.



В настоящей статье не затронуты вопросы управления рисками юридической науки и совершенствования в связи с этим законодательства. Между тем следует, например, предположить, что в любой деятельности, в которой присутствует риск, необходимо предусматривать страхование. Что считать или не считать страховым случаем, признавать или не признавать страховым событием — вопрос всегда непростой[1], а применительно к науке он пока и не ставился. Поскольку любой результат в науке дает известную определенность в поиске истины, вопросы упираются в соизмерение ценностей. Тема требует более основательного исследования.

## Об эволюции правопонимания в российской доктрине права[2]

В «лихие 90-е» для С. С. Алексеева стала очевидной драма «жестокого столкновения двух философских позиций в отношении права, закона, правосудия», существовавших в России в системах общественной жизни и власти[3]. Как следствие — драма жизни ряда ученых и практических юристов, не сумевших трезво оценить «смену вех», поспешивших «перестроиться» в соответствии «с линией партии». Между тем, как представляется, великих революционных изменений в правовой доктрине России не произошло. Она просто эволюционировала, признав новые многоаспектные реалии на базе возрождения классически апробированных мировой практикой подходов в понимании права, государства, правовой системы, правосудия и т. д. Столкновения теоретиков были, есть и останутся, а возможность объективного анализа и признания правоты, казалось бы, непримиримых позиций мы находим у того же С. С. Алексеева. Для него право — ценность; власть неизбежна, право требует власти; власть — антипод права; право *«умиряет»* власть; право *сильного,* право *власти* и право *государства* — не одно и то же[4]. Настоящие тезисы преследуют скромную цель обозначить некоторые обстоятельства отнюдь не ре-

[1] См.: *Ахмедов А. Ш.* Значение принципа causa proxima non remota spectatur для страховой юриспруденции в России // Юридическая и правовая работа в страховании. 2010. № 4.

[2] Проблемы правопонимания. Екатеринбург, 2018. С. 5—7.

[3] *Алексеев С. С.* Философия права. М., 1997. .

[4] Там же. С. 64—78.

волюционного развития теоретической правовой мысли в России. Даже Октябрьская революция 1917 г. не привела к утверждению сколько-нибудь революционной теории права. Напротив, в течение двадцати лет после Октября исповедовались разные взгляды, и только в 1937 г. прочно утвердилась старая нормативная теория права в новой идеологической интерпретации (классовый подход). Октябрь 1993 г. снял с теории права коммунистическое идеологическое обрамление, раскрепостил творческую мысль, но, похоже, также не привел к революционным открытиям.

В России в разное время формировались самые разные подходы к объяснению права, самые личные концепции. Обусловлено это спецификой познавательной деятельности, гносеологическими причинами, поскольку известно, что природа познания провоцирует известный плюрализм теорий. Но онтологические обстоятельства не менее значимы. Государство и право — сложные, многосторонние, многозначные явления. Следовательно, мы имеем возможность как «воспеть» одну их сторону, так и превознести другую. Государственно-правовые реалии не ограничиваются институциональными образованиями.

Субъективный фактор может быть здесь значительным. Сами носители теорий имеют разное происхождение, разное воспитание, разную среду обитания, разные образование, ум, талант, и этим во многом обусловлено содержание соответствующих теорий, их многообразие.

Начало создания российской доктрины права надо связывать с первыми отечественными университетами, поскольку доктрина — это некое концептуально оформленное понимание того или иного явления, всего комплекса явлений в их системной связи, продуманное, осмысленное. Поскольку преподавали юриспруденцию в них немецкие профессора, а русская профессура проходила стажировки в немецких образовательных учреждениях, то передовая общественность следовала, прежде всего, распространенным тогда и угодным режиму доктринам исторической школы права.

В тот же период проявился интерес к доктринальному естественно-правовому мировоззрению, сложившемуся на Западе с появлением работ идеологов нарождающейся и крепнущей буржуазии. В России для данного мировоззрения в его светском варианте социально-экономические предпосылки отсутствовали.

Приверженец психологической теории права Лев Иосифович Петражицкий считал крупным и печальным историческим недоразумением утрату правоведением достижений школы естественного права как



принципиального и идеального руководства, на смену которому пришли историческая и догматическая микроскопия или, хуже того, поверхностно-утилитарное направление, лишенное общих принципов, идей и идеалов[1]. Такого рода «печаль» примечательна тем, что она исходит от представителя другого направления в понимании права, что связана она с восхождением к социальным ценностям и общим идеалам, без которых эгоистически-практические интересы только умножают болезненные общественные процессы. Отказ от естественно-правовых учений Петражицкий объяснял недоразумениями познания их смысла и значения, а также последствиями французской революции и падением этических идеалов. Каждое из названных явлений мы могли бы отнести и к историческому развитию правовой мысли в России, но главная причина все-таки — условия феодального и монархического развития страны.

Итак, в конце XVIII — начале XIX в. на наш российский порядок хорошо ложилась доктрина исторической школы права. Это та совсем лишенная революционности доктрина, которая ориентировалась на обычай, на народный дух. Признаем, что в определенном плане она до сих пор не утратила своего значения. Конечно, марксисты ее мощно критиковали, но если отбросить политическую сторону, в ней можно увидеть много интересного, верного и глубокого. И сегодня она может быть востребована с определенной точки зрения.

В середине XIX в. до России докатились волны юридического позитивизма. Позитивизм усиливал позиции власти реформами М. М. Сперанского. Сегодня у нас позитивизм ругают. Либералы к позитивизму, отожествляемому ими с нормативизмом и легизмом, относятся весьма отрицательно. Но для нас представляются авторитетными следующие слова Н. А. Бердяева: «Дух научного позитивизма сам по себе не исключает никакой метафизики и никакой религиозной веры, но также и не утверждает никакой метафизики и никакой веры»[2]. Нельзя сводить позитивизм лишь к легизму, к легистской идеологии. Позитивизм как метод пронизывает практически едва ли не все направления правовой мысли. Да и легистским позициям не приходит конец, как это предсказывали либертаристы. Сегодня переиздаются необыкновенно популярные и практически востребованные труды Г. Ф. Шершеневича, который давал весьма основательную критику идеям господства права. Следовательно, легистский подход не изжил себя, он

[1] См.: *Петражицкий Л. И.* Введение в изучение права и нравственности. Эмоциональная психология. 3-е изд. М., 2015. С. V—VI.

[2] URL: http://www.vehi.net/vehi/berdyaev.html

также требует развития. Можно сослаться на ряд других известных имен, чтобы сделать вывод: в России имели место самые разные доктрины, все они интересны и все они так или иначе сегодня не могут быть проигнорированы.

Понимание права в том виде, в котором оно закреплялось в феодальном законодательстве, было сокрушено развитием буржуазных отношений. Буржуазные отношения развивались, и на каком-то этапе буржуазию перестало устраивать ее собственное законодательство. Буржуазия начинает (известное выражение) тяготиться ею же созданной, но ставшей для нее невыносимой законностью. Тяготиться потому, что старые законы не отражали новых отношений. В Европе появились весьма революционная доктрина и целая школа — школа свободного права. В России не было условий для ее популяризации, потому что у нас капитализм к тому времени не вырос до нужного уровня, хотя были условия другого плана (российское законодательство не удовлетворяло критериям полноты, непротиворечивости и т. д.). О свободном нахождении права говорилось в начале 1990-х гг., когда судей перестало удовлетворять советское законодательство, но в революционные преобразования судейской деятельности это не переросло.

Доктрина свободного нахождения права вылилась в США в социологическую школу (Р Паунд и др.). В России из-за неразвитости буржуазных отношений она не могла быть воспринятой, и у нас по- прежнему господствовала теория логической замкнутости права. Однако и в России были крупные представители социологического направления, например С. А. Муромцев и П. А. Сорокин. Конечно, в России были известны также труды Рудольфа фон Иеринга, Ойгена Эрлиха и других ученых. Эти работы, обогатившие правовую доктрину, не утратили своего значения и сегодня. Это особенно важно отметить в связи, например, с созданием в Институте законодательства и сравнительного правоведения отдела имплементации судебных решений в законодательство РФ.

Одновременно и во многом параллельно с критикой нормативистских концепций представителями социологической школы расправляло свои крылья естественно-правовое направление. Но те же причины, которые в Европе породили школу свободного права, заставили пересмотреть теорию естественного права. И в России нашелся ум, который развил новую позицию естественного права с изменяющимся содержанием: Павел Иванович Новгородцев, 150-летие которого отмечала недавно наша общественность. Это правовое направление было враждебно позитивистско-легистской позиции, и враждебность эта выражена, в частности, в теологической вариации естественного права. Н. А. Бердяев писал: «Государство есть выражение воли человеческой, относительной, субъективно-произвольной, право — выражение воли сверхчеловеческой, абсолютной, объективно-разумной»[1]. Значит, абсолютная правда только от Бога, но не от государства.



О естественно-правовом подходе мы вспоминаем нечасто, мало пишем, мало что знаем, но его позиции сегодня в России получили развитие в христианской церкви. «Христианская религиозность предполагает нечто большее, чем веру в единого воплощенного Бога, она устремляется к вечному, абсолютному и объективному порядку, упорядоченному миру... Христианство впитало в себя, прежде всего через греческую философию, религиозно-мифологические системы индоевропейского и иного происхождения, *идеи космизма*... Христианский Бог в Царстве Божьем не мыслится уже как охранитель и преследователь, грозно требующий исполнения законов, его миссия величественно конструктивна — дать верующему войти в Царство Небесное, обрести его в себе и вне себя путем любви и благодати»[2].

Уже простое обозрение неких идей, претендующих формировать правовую доктрину в России, показывает ряд особенностей.

*Первая особенность.* Питающие доктрину идеи во многом заимствованы. Они приходили к нам, когда на Западе они уже о себе заявили. Следовательно, о какой революционности можно говорить, если во многом они воспроизводились из известных источников? Разумеется, были ученые, которые эти доктрины не просто воспринимали, но вносили в них нечто новое. Были гениально одаренные мыслители, но право не представлялось им в качестве первостепенного объекта исследования.

*Вторая особенность.* Отечественная доктрина, как правило, «спускалась» ученым властями сверху. Во всяком случае, как правило, поддерживалась, охранялась и обеспечивалась ими. И если вдруг где-то кто-то не хотел следовать соответствующим указаниям, имели место последствия. В XIX веке профессор Казанского университета Станиславский писл: «Ни одна наука не может в такой мере называться плодом правительства, как наука права»[3]. И если мы посмотрим на нашу

[1] URL: http://www.odinblago.rU/filosofiya/berdyaev/berdyaev_novoe_rel_sozn/2

[2] *Мальцев Г. В.* Культурные традиции права: монография. М., 2013. С. 278.

[3] URL: http://cyberienmka.m/article/n/yuridicheskoe-obrazovame-i-nauka-v-imperatorskoy-rossii

историю, то увидим, что сказанное во многом действительно соответствует истории и XIX, и XX, и XXI вв.[1]

*Третья особенность.* Развитие доктринальных подходов диктуется состоянием общества и обусловлено состоянием государственных дел. Доктрины отвечали на вызовы, которые возникали в практике. И если менялись вызовы, то менялось содержание доктрины. К сожалению, как заметил П. Я. Чаадаев, наша мысль всегда тащилась за этими событиями, не опережала их, а следовала за ними.

*Четвертая особенность.* Теории того или иного понимания права в России рождались и жили в среде элитной, в юридической среде. За ее пределами эти доктрины были неизвестны или не разделялись. Во всяком случае, такой разрыв имел место вчера и имеется сегодня[2].

*Пятая особенность,* возможно, самая значимая. Мы плохо помним свое родство или вообще его не помним. В. Н. Синюков, констатируя восприятие типов правопонимания отечественной наукой от естественно-правовой до марксистской как элементов западного правового мировоззрения, полагает, что Россия нуждается в возрождении своего. «Традиционный анализ классовых, формально-юридических, «естественно-правовых» и других закономерностей правовой сферы должен дополниться исследованием права с точки зрения его культурной обусловленности сознанием определенного народа, социума. Такому подходу более всего соответствует... герменевтическое понимание индивидуальности русской правовой традиции через непосредственное проникновение в сущность национального правового уклада»[3].

У нас есть своя история, свои особенности зарождения и формирования правовых взглядов, и, наверное, эти теории в большей степени должны быть положены в основу современных подходов к пониманию права. По И. А. Ильину, география славянства и азиатства как раз и обусловливают эту самость России. Г. В. Мальцев, рассмотрев три осевые линии развития цивилизации, пришел к выводу, что одна из них как раз та, которая ведет к нашему славянству и оперирует, так или иначе, среди трех главных основных. Это русско-православная линия, которая, по Г. В. Мальцеву, уходит к апостолу Павлу. А у апостола Павла закон еще не самая большая ценность. Более высокие ценности — благодати, добра, уводящие к Богу и к человеку, так как человек есть олицетворение Божественного начала. «Апостол Павел со всей убежденностью и страстью развенчивает закон как способ организации религиозной и светской жизни, *он до сих пор остается непревзойденным, самым глубоким и серьезным критиком идеи закона и права вообще.* От него идут традиции, которые на Западе, например, получили развитие в христианском социализме и в нерелигиозных социалистических доктринах, но в силу многих причин с особой яркостью проявились в православной религиозной философии и в некоторых православных традициях»[1]. Ученый приводит порядка десяти групп аргументов, которые использует апостол Павел в своей речи против закона. Могу предположить, что не без влияния апостольской мысли в России всегда отмечался правовой нигилизм. А жаль, так как одной любви оказывается недостаточно для укоренения общинности, подлинной соборности и коллективизма.

*Шестая особенность.* Во все времена отечественная мысль противопоставлялась западной и часто — с указанием на превосходство последней. Так, В. В. Лапаева пишет о западной «гуманистической, *человекоцентристской* ориентации на понимание права как формы индивидуальной свободы человека в общественной жизни», но здесь же противопоставляет ей отечественную доктрину. «Русская же правовая мысль развивалась во многом под влиянием *системоцентристской* в своей основе византийской духовной традиции, в рамках которой право трактовалось как некая стоящая над отдельным человеком и подчиняющая его форма духовного единения людей на базе правды-справедливости, божественной благодати, христианской этики и т. д.»[2].

Западной традиции, по мнению В. В. Лапаевой, более всего удовлетворяет так называемая «либертарная теория права». В этой теории в основу положены разделение права и закона, обращение к справедливо-

[1] Характерный пример: ректор Казанского императорского университета профессор Г. И. Солнцев читал естественное право на нравственно-политическом факультете. Попечителем университета, присланным в Казань, был М. Л. Магнитский, который полагал, что такое чтение не вяжется с монархической формой правления. Лектору устроили суд; он был лишен профессорского звания; ему запретили заниматься преподавательской деятельностью. Судьба большого числа представителей российской профессуры, осмелившихся «свое суждение иметь», известна. Это закономерность.

[2] Интересно в этом отношении высказывание директора института философии А. А. Гусейнова: «Как директору института мне пришлось иметь пару дней с судом. У меня осталось самое тяжелое ощущение от всего этого. Рассматривая реальную ежедневную жизнь института, могу сказать: на 95—99% все отношения в институте, его позитивная деятельность основаны на обычае устоявшихся стереотипов поведения, устных договоренностей, здравом смысле, построенных на вещах, если вынести их в суд, то они сразу же могут быть поставлены под сомнение». URL: http://www.mirkin.ru/_docs/_philosophy/fp.pdf; http://www.philosophicalclub.m/?an=Gusernov_-_U_filosofov_i_yuristov

[3] *Синюков В. Н.* Российская правовая система: вопросы теории: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. URL: http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=70135.

[1] *Мальцев Г. В.* Указ. соч. С. 282.

[2] *Лапаева В. В.* Российская философия права в контексте западной философско-правовой традиции // Вопросы философии. 2010. № 5. С. 3.

сти как к одному из абстрактных определений права. Не подлежит сомнению значение данного подхода для науки права, но скорее в той ее части, в какой наука видит право как должное и подвергает критическому анализу действующее законодательство. Но либертарная теория права видит сущность права не в его содержании, а в его форме. Академик В. С. Нерсесянц раскрывал ее через единство трех составляющих: всеобщая равная мера регуляции общественных отношений, свобода и справедливость[1]. Причем в правовой форме равенства апологетизируется именно свобода, делается акцент на правах человека, на связанности государства этими правами. Мы здесь видим политику. Кстати, политику вполне понятную и приемлемую в качестве реакции на тотальный авторитаризм. Но если принять за основу категорический императив и рациональное осмысление в его свете исторических реалий, первенство придется отдать не правам, а обязанностям. Обязанностям человека, обязанностям государства, взаимным их обязанностям.

Либертарная теория не может претендовать на всеобщность. Она отражает буржуазный строй, буржуазный правопорядок, и не более. Все другие правопорядки просто объявляются неправовыми. Нового ничего: коммунисты, а сегодня и с других позиций — крайние исламисты — тоже объявляют все не родные им порядки неправовыми. На мой взгляд, *базовой ценностью для права и для его понимания (его философии), вопреки либертаристам, является несвобода.* Люди с самого начала были несвободными от природных явлений, а по мере становления общества — от социальных. Аксиоматично прозвучало в свое время: жить в обществе и быть свободным от общества нельзя. Право, именно право должно поддерживать эту несвободу. Да, право является равным масштабом (в этом его формальное свойство), но равным для всех в их несвободе. Правовое регулирование в том и состоит, чтобы удерживать субъектов коммуникации от поступков, наносящих вред природным и общественным процессам (отношениям). Не станем углубляться в вопросы о природе человека, но какой бы она ни была, и естественное, и позитивное право призваны удерживать всех в рамках очерченной философией права, естественным и позитивным правом несвободы, осуждать и наказывать тех, кто свою личную (индивидуальную) свободу ставит выше общесоциальной.

С. С. Алексеев отмечал, что право «имеет свое «тело» — corpus juris», но ограничиваться трактовкой права как реального факта нельзя; «явления психологического порядка — это тоже реальные факты действительности»[1]. В духе постклассических исследований замечу, что даже сама виртуальность является особой реальностью социальной жизни и не в последнюю очередь жизни правовой. А в продолжение приведенного классиком образа смею утверждать, что право имеет не только «тело», но и душу. Она заслуживает особого разговора, особенно «русская душа» российского права, которую часто не замечали, игнорировали, а иногда и просто оплевывали.

[1] См., например: *Нерсесянц В. С.* Ценность права как единства свободы, равенства и справедливости // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. М., 1996. С. 4—11.



В настоящее время актуализируются публикации в русле правового концептуального пространства, в котором «обитают образы и символы реальных вещей и субъектов. В конце XX в. появилось еще одно пространство — пространство виртуальной реальности»[2].

Примечательно, что судья Конституционного Суда Г. А. Гаджиев все же остается на почве материальной реальности, хотя и меняет классическую парадигму легизма. «Развивающийся юридический концепт отказывается от представления о том, что истинное право — это только то, которое создается законодателем (позитивный закон). Прежде, до XIX в., юридический концепт признавал, что право развивается, но без участия судей и креативных субъектов права. Если право менялось судом, то это явление рассматривалось как патология. Современный образ юридического концепта дополнен образом креативного судьи, который творит право»[3].

Все сказанное объясняет выход сегодня на первое место интегральной (интегративной) теории права. С точки зрения интегративного подхода нельзя дать понятие права раз и навсегда, для всех времен, для всех регионов, для всех континентов, потому что доктрина для Америки одна, для нас другая, для Анголы третья. Потому что, так или иначе, она отражает время, место и многие другие обстоятельства. Если теоретики хотят создать общее понятие права, а без общих понятий наука бедна, они должны видеть истину в каждой исторически оправданной позиции. Интегративная теория не революционна, она компромиссна, она результат эволюции имевших место в науке и практикой зафиксированных позиций.

[1] *Алексеев С. С.* Избранное. М., 2016. С. 170, 171.

[2] *Гаджиев Г. А.* Онтология права. М., 2017. С. 14.

[3] Там же. С. 21. Логика исследования привела автора к «гипотезе, согласно которой правовая реальность и реальность права — самостоятельные категории онтологии права. При этом понятие «правовая реальность» гораздо шире по содержанию, чем понятие «реальность права» (с. 30).

## Государство в свете мемологии[1]

В научной литературе мемология (меметика) все чаще упоминается в качестве отдельной области знаний[2]. Все в ней неоднозначно, все спорно, и поэтому факт ее признания в качестве науки многими отвергается. Ознакомившись с энциклопедическими зарисовками основных понятий, можно прийти к выводу, что они полезны для раскрытия таких явлений, как государство и право.

Мемологию можно определить как совокупность знаний об особой области бытия, именуемой меметикой. Это сфера обитания мемов («мем» или «мим»; meme — на англ. яз.). Мемология исследует механизм появления, мутаций и естественного или искусственного отбора мемов. Центральное звено в сфере меметики — мем и комплексы мемов как единицы культурной информации.

Термин «мем» и его понимание были введены эволюционным биологом Ричардом Докинзом в 1976 г. в книге «Эгоистичный ген»[3]. Им поставлена цель изучения биологии эгоизма и альтруизма. Конечно, это великая цель в науке, но есть, очевидно, не менее ответственная, которой должны задаваться представители гуманитарных наук — социология эгоизма и альтруизма, а затем и теория, философия эгоизма и альтруизма. И именно здесь вырисовывается значение такого явления, как мем. Докинз предложил идею о том, что «вся значимая для культуры информация состоит из базовых единиц — мемов, точно так же как биологическая информация состоит из генов; и так же как гены, мемы подвержены естественному отбору, мутации и искусственной селекции»[4].

[1] Журнал российского права. 2020. № 3. С. 5—18.

[2] См., например: На грани науки и увлечения. Меметика. URL: https://sciencepop.ru/na-grani-nauki-i- uvlecheniya-memetika; *Ярыгина Е.* Пятнадцать новых направлений современной науки. URL: https://scientificrussia.ru/ articles/new-extraordinary-science; *Поляков Е. М.* Меметика: наука или парадигма? URL: http://www.vestnik.vsu.ru/pdf/phylosophy/2010/02/2010-02-12.pdf

[3] С данной книгой связывают зарождение меметики как науки. Здесь дарвиновская теории эволюции переносится на человеческую культуру. Это в первую очередь методология изучения идей как единиц социальной информации. Термин «мем» уподобляется Докинзом и его последователями геному в генетике. В предисловии ко второму изданию 1989 г. автор пишет: «Теория эгоистичного гена — это теория Дарвина, сформулированная иным способом, чем это сделал Дарвин, но, как мне хотелось бы думать, Дарвин сразу признал бы ее уместность, и она ему понравилась бы. Это, в сущности, логический продукт ортодоксального неодарвинизма, выраженный по-новому» (*Докинз Р.* Эгоистичный ген. URL: http://transyoga.ru/assets/files/books/ okolo_ psihologia / dokinz_egoG en.pdf).

[4] URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9C%D0%B5%D0%BC



Принимая открытие Р. Докинза, нахожу содержательным, имеющим большое прагматическое значение исходный методологический тезис исследователя: «Нередко самый ценный вклад ученого заключается не в выдвижении новой теории или обнаружении какого-то нового факта, а в новом взгляде на уже существующие теории или известные факты»[1]. Именно этот подход вдохновляет на изложение положений, казалось бы, известных теории государства, изложение взгляда на государство в свете мемологии.

Наблюдения, представленные в данной статье, также адресуются студенческой молодежи старших курсов (и магистрантам-юристам), и язык их не цифровой, а язык гуманитария. Кстати, по поводу понимания мема[2] можно привести цитату Р. Докинза: «Мое определение не всем придется по вкусу, однако общепринятого определения гена не существует. Даже если бы такое определение имелось, его, как и всякое другое, не следовало бы считать незыблемым. Мы можем определить то или иное слово в соответствии с конкретными целями при условии, что определение будет ясным и недвусмысленным»[3]. Цели последующих суждений о государстве в том, чтобы вскрыть его сущность, функции и формы в их реальном содержании, а не в той мимикрии, свидетельством которой часто являемся.

Уже приведенная общая информация о мемах служит выявлению сущности государства. Именно с ней связаны социально-политические «гены государственности» в самых разных их проявлениях. Как мы помним, сущность формирована, а формы существенны. Поэтому вся последующая информация о «культгенах» (так в концепции Э. О. Уилсона и Ч. Дж. Ламсдена) вполне приложима к государству и праву.

Юридической науке известно такое явление, как преемственность, — преемственность в праве, преемственность в учениях о праве и государстве. Возникают вопросы: на чем она основана? Поче-

[1] *Докинз Р.* Указ. соч. Приведенное соображение касается и прикладной функции теории. Более 50 лет назад я занимался проблемой пробелов в праве. Советская наука избегала исследований ее, а немецкая разрабатывала так основательно, что, казалось бы, уже не осталось возможности увидеть нечто новое. Однако недавно неожиданно обнаружил статью молодого автора, который на известные факты смотрит через призму меметики, что, на мой взгляд, способно обогатить существующие подходы. См.: *Henke Ch*. Memetik und Recht // HFR. 2.2007.

[2] Вряд ли следует считать мемом в его широком смысле все, что угодно. Более приемлемо считать, что мем становится мемом только тогда, когда из конкретного прецедентного события превращается в бесконтекстную единицу информации.

[3] Цит. по: *Голубева А. Р., Семилет Т. А.* Мем как феномен культуры. URL: http://transyoga.ru/assets/files/books/okolo_ psihologia / dokinz_egoG en.pdf

му некоторые государственно-правовые ценности наследуются? И нет ли здесь аналогий с природными явлениями? Похоже, что в известной степени есть, но чтобы их проводить, требуется предварительное сравнительное исследование. Кстати, любое сравнительное исследование исторического плана всегда зиждется на выявлении сходства и различия соответствующих институтов, что также служит установлению феномена социального наследования. Применительно к государству показательно рождение мема из аналогий и интеграций: «state» — государство интегрировало (унаследовало) содержание понятий «статус» («status») и «состояние» («estate»). Здесь все: от суверенного положения государства до поддержания порядка и осуществления дел государственным аппаратом. Но в науке признается полиморфность и поликонтекстуальность государства, что отражают другие многочисленные «картинки» государства, именуемые мемами.

Формы государства могут быть разнообразны, но сущность остается одна до тех пор, пока мем не модифицируется, не видоизменится, не станет новой сущностью, что всегда имело место при смене одного типа государства другим. Государство — лишь машина для воспроизводства мема власти как основного «социального гена»[1]. Содержание мема государства способно к размножению и в силу прагматического жизненного начала может копировать себя многократно в сходных социальных условиях. Но это происходит с успехом лишь в случае, если к распространению подключаются специальные силы, всегда озабоченные продолжением жизни мема. Идеологи данного мема стараются завоевать как можно больше адресатов мема и обеспечить его первенство числом. Однако с течением времени этого оказывается недостаточно и, не надеясь на естественный отбор жизнеспособных мемов, на собственно внутренние резервы или опираясь на них, приходится внешним образом способствовать рождению нового мема. Хорошо, если это происходит эволюционно, но история знает и революционные способы смены мемов государственности. В ходе эволюционного развития чаще всего происходит конвергенция, интеграция свойств мемов; революции уничтожают старый мем, не считаясь с законом отрицания отрицания. Мне импонирует пример рождения мема собственности, положенного в основу государства. Человек ого-

[1] Логичнее, казалось бы, такой машиной называть не государство, а человека с его сознанием и способностью к восприятию и развитию соответствующих идей и иных знаков. Но при этом мы признаем общественное сознание и, в частности, государственно-правовое сознание как относительно самостоятельные феномены в их неразрывной связи с таким носителем знаний, как человек.



родил, сказал «это мое» и нашел людей («дураков»), которые в это поверили. Обман — мем, сопровождающий теорию общественного договора у Ж.-Ж. Руссо. Это своего рода симулякр и вирус, от которого люди долгое время не могли освободиться. Он путал карты в поиске настоящей истины сущности государства. Это тот «ментальный микроб» (по В. М. Бехтереву), который способен внушать и вертикально, и горизонтально угодное власть имущим поведение. В этом контексте уместно говорить о мемах как о своеобразных конструкциях и технологиях. Сегодня есть большая опасность распространения технологий в цифровых моделях[1]. И здесь уже не до отнесения мемов к народному творчеству и самодеятельному искусству.

Способность мемов распространяться по каналам массовой коммуникации и Интернету уже ни у кого не вызывает сомнения. Более того, исходя из канала распространения, разновидностью мема называют интернет-мемы. Строго говоря, эти «единицы культурной информации» в первую очередь следует именовать так с содержательной стороны, противопоставляя тем, которые транслируются наукой.

В науке на понятие мема могут претендовать не скоротечные вещи и явления, а только те из них, которые подчиняются определенным закономерностям и сами закономерно плодят себе подобные. Здесь, видимо, есть прародитель Мем и есть разные обстоятельства и события, которые косвенно или непосредственно воздействуют на него, и поддерживающие его жизнедеятельность факторы. Их заряд может быть как положительным, так и отрицательным. Именно последние можно отнести к тем вредоносным мемам-вирусам, которые чаще всего распространяются внешними силами. Мемы и вирусы вокруг них живут числом. Всемирная паутина приумножает это число.

Не будет преувеличением сказать, что именно вокруг мема государственной власти и ведется изначально борьба в разных социальных сферах. Вирусология в государственно-правовой сфере есть политика. Манипуляции вирусами по поводу государства — ее истинная природа. Медиаактивизм, политический пиар, интерактивные СМИ и проч. — ее средства цифрового времени. В доинформационную эпо-

[1] В книге Д. Рашкоффа «Медиавирус» именно в контексте тайного воздействия на сознание понятие мема переносится в медиасреду. Медиавирусами автор называет те медиасобытия, которые, манипулируя общественным мнением, прямо или косвенно воздействуют на общество: «Мы живем в эпоху, когда ценность данных образов и идеологий превосходит ценность материальных приобретений и физического пространства». «Мы обеспокоены тем, что наша медиаиндустрия взрастила поколение «видиотов», не способных к принятию разумных решений или слишком пассивных, чтобы воплощать их в жизнь». URL: https:// e-libra.ru/read/139312-mediavirus.html

ху, точнее, когда еще и бумага была в дефиците, шире использовались материализованные яд и кинжал.

Политические дела — всегда дела государственные. Политика всегда по поводу государства, в связи с государством, через посредство государства. А главный мем — власть. Основополагающий вопрос: кто должен осуществлять верховную власть? Один? Многие? Все? Богатые? Бедные? Средний класс? Умные (философы у Платона), хитрые (вспомним Макиавелли), добродетельные (по Аристотелю)? Далее следует вопрос: как осуществлять власть, чтобы ее приумножить и продлить ей жизнь в том мемотипе, который угоден властвующим?

В борьбе с вирусами нельзя упустить из вида мем отрицания власти как таковой и государственной в частности. Анархизм до настоящего времени подбрасывается в огонь сражений за власть, чтобы сжечь существующую власть под предлогом избавления от всех ее тягот. Вирус действенный и требующий особого разговора. Но все те, кто признает власть основополагающим мемом государства, озабочены надлежащей организацией власти. На первый план выступает форма государства. И здесь уже свои мемы, свои концепции. Они разные, и ни одна из них в отдельности не может претендовать на истину. Все они имеют положительные и отрицательные стороны в разных пропорциях, в зависимости от условий места, времени и круга действующих лиц. Демократия может быть губительной при определенных условиях, а авторитаризм — спасительным. Положительные и отрицательные стороны унитаризма и федерализма не один раз подвергались обстоятельному анализу. Становится понятно, что появляются новые области соперничества и борьбы мемов за выживание, и вместе с этим происходит насыщение их новыми вирусами и возможностями целенаправленного использования по воле преуспевающих политиков. Мы можем наблюдать формирование и функционирование сложного государственно-правового механизма на разных этапах подъема и упадка конкретных особей в виде, например, Римской или Османской империй. Впрочем, и СССР еще ждет своего непредвзятого исследователя.

На обыденном уровне мем понимается как информация, имеющая предназначение повлечь определенное поведение. Не имеет значения, как она выражена — знаком, текстом или как-то иначе. К мемам государства и права особые требования. Текст должен быть системным, концептуальным. Вскользь брошенная идея, как правило, недолговечна, нежизнеспособна. Знак должен отражать сущность государства. Особое внимание в этом отношении уделяется гербу. Быть одноглавому орлу или двуглавому, иметь серп и молот в качестве определяющего власть знака или автомат — это большая разница. Так и в гимне отражается содержательно существенная сторона: одно дело — «Боже, Царя храни» и другое — «Весь мир насилья мы разрушим».



Соответствующие символы государства относятся к его внешней форме. Но самое серьезное значение имеет внутреннее строение государства, внутренняя организация государственной власти, включая режим ее функционирования. Сразу заметим, что она напрямую обусловлена тем, кто стоит (кого мы ставим) у власти. Форма существенна в том смысле, что она проявляет субъекта верховной власти. Она показывает соотношение сил, осуществляющих власть.

Никогда государственная власть не принадлежала всему народу. Это был самый распространенный симулякр на протяжении всей истории государственности. Это тот вирус, который всегда предназначался для сокрытия подлинных носителей властных полномочий. С помощью народа, конечно, можно решать определенные текущие вопросы, вынося их на местный референдум, но принципиальных вопросов, связанных с функционированием власти, решать нельзя и не следует. Во-первых, они требуют основательных знаний и умственных способностей. Во-вторых, в силу непримиримых противоречий они не могут решаться мирно. Могут возразить, ссылаясь на овладение народом властью в ходе революционных движений. Нет, власть народа в период революций — это не государственная власть, а ее уничтожение.

С названным симулякром можно сравнить только тот, который гласит о равенстве всех граждан. Аристотель говорил: конечно, равенства нет, и мы знаем это, но гражданам надо внушать, что они равны, иначе будет напряженность, борьба. Для успокоения масс, удержания их от революционных мыслей надо делать все, чтобы создавалось впечатление народной власти.

Кто бы ни находился у власти, он олицетворяет власть, а идеи социального дарвинизма требуют, чтобы государство заботилось прежде всего о себе, т. е. о властвующих, и наилучшей, наиболее жизнеспособной организации их власти. Но государство как общественное формирование должно заботиться и об обществе. Обо всем или о той части его, которая более всего причастна к существованию и продолжению деятельности данного государства. Отсюда приобретает значение теория (мем) относительной самостоятельности государства. Она всегда воплощается в действительность в абсолютной или в относительной форме, но не открыто, без пропаганды и публичного об-

основания. Даже в учебных целях о ней предпочитают не говорить[1]. Марксистская теория, согласно которой государство — выразитель и проводник интересов господствующего в обществе класса, жестко критикуется. Между тем на протяжении долгого времени это было так, и даже не скрывалось. Сегодня в конституциях закрепляется власть всего народа, а не тех, кто держит эту власть в своих руках.

В чьих руках власть — вопрос сущностный. А сущность государства обусловливает его цели, задачи и функции. Мемы на этот счет оказываются недолговечными. Изжили себя такие, например, как диктатура пролетариата, народное государство, государство всеобщего благоденствия. Более привлекательным стало рассматривать государство как организацию, оказывающую услугу. И все органы, начиная от парламента и заканчивая судом, вроде бы тоже выполняют эту функцию. Лукавства и здесь не меньше. А между тем ничего не изменилось, и с точки зрения социальной эволюции по-прежнему вполне оправданы такие функции, как: 1) поддержание власти господствующего класса; 2) поддержание господствующей собственности; 3) подавление всего того и всех тех, что и кто является препятствием для эволюционного выживания; 4) выполнение общих дел. И не имеет значения, что главенство начинает переходить к интеллектуальной собственности, что интеллектуалы выдвигаются в господствующий класс наряду с промышленниками и финансистами.

Функции государства обогащаются течением общественных процессов. Последние существенно сказываются на функциях государственных органов, которые, будучи обусловленными функциями государства, нельзя смешивать с основными направлениями деятельности государства в целом. Государственные органы по отдельности и в своих комплексах выполняют более частные задачи и содержательно более богаты в своем проявлении. Их характеристика дает основания выдвижения теорий (мемов) государства — эксплуататора, охранника, слуги, нахлебника и др.

Для дальнейших пояснений основного мема государственности изначальный трюизм: все, что в этом мире живет, — умирает. Возможно, с одной оговоркой — в этом земном мире. Трудно предположить,

[1] Только в одном из учебников по теории государства и права есть самостоятельная глава об относительной самостоятельности государства (см.: Общая теория права и государства / под ред. *В. В. Лазарева*. М., 1994 (2-е изд. — 1996; 3-е изд. — 2001)). Между тем она была в центре внимания классиков политической мысли и предметом монографических исследований в XX в. (см., например: *Гулиев В. Е., Колесников А. В.* Отчужденное государство. М., 1999).



что изначально так и задумано: рождаться, чтобы умереть, и делать все, чтобы эту цель воплотить в действительность. Поэтому второй трюизм: все живое цепляется за жизнь и делает все для ее продления. В связи с этим едва ли не аксиоматически можно утверждать: на генетическом и меметическом уровнях заложена борьба вида за существование, борьба со всеми препятствиями этому существованию, со всеми обстоятельствами, снижающими возможности более длительной жизни. Идет борьба на уничтожение, а отсюда — поиск ресурсов наиболее успешной борьбы. С ним связано стремление к умножению качественных и количественных показателей собственной силы и ослаблению оных у сил противоположных.

Средства борьбы самые разные. В физическом мире — одни, в животном — другие, в социальном мире разумных существ — третьи. В общественной среде центровую позицию среди известных средств занимает сила. Физическая или духовная или, что более предпочтительно, — та и другая в органичном соединении. Сила — это власть, власть над собой и власть над себе подобными. Первый, кто отважился бросить камень в другого, — заявил о своей власти и обеспечил ее, поскольку не нашлось более сильного, бросившего еще больший камень в него самого. Впрочем, успех операции зависел не столь однозначно и напрямую от телосложения субъекта и веса того камня. Камень можно было бросить в наиболее удобный момент из-за угла, а в последующие времена бойцовская сила уступила маленькому устройству под названием «револьвер». Не говоря уже о «калашниковых», «катюшах», «Искандерах», «сарматах» и т. п. Крылатые «буревестники» гордо реют над седой равниной моря, в котором «посейдоны» суверенно выбирают свой путь. Однако предел гонки за наиболее эффективными средствами обеспечения власти уже очерчен. Может быть, он уже и апробирован, имея в виду тот взрыв, который положил начало всему земному?

Власть имеет естественное происхождение. Ее мощь зависит от основополагающего мема, обеспечивающего жизнь и продолжение жизни данного феномена. Она должна воспроизводиться сама, усиливать наследственные качества в соответствии с меняющимися условиями места и времени. История свидетельствует о модификациях (разновидностях) социальной власти. В полном соответствии с закономерностями соотношения общего и особенного каждая власть демонстрирует свои приобретенные на протяжении исторического периода признаки, которые свидетельствуют о ее мощи. До сих пор самой могущественной и востребованной остается государственная власть.

Итак, вопрос: какой мем заложен в основание государственной власти? Если государство рассматривать в качестве организации выживания другого гена, то какого? Кому обеспечивает жизнь государство — обществу, личности?

Весьма существенное значение в связи с этим имеет то, как поменял парадигму исследования эволюционного развития Р. Докинз. Он отметил как неверное допущение, что самое важное в эволюции — благополучие вида (или группы), а не благополучие индивида (или гена)[1]. И это было революционно. Долгое время, а с марксистской точки зрения и сегодня, причины социальных движений и общественного прогресса можно было искать в общественных движениях масс, групп, кланов, классов и т. д. Но сегодня конституции ставят на первое место человека, его потребности, права (иногда и обязанности), благополучие. Так, может быть, человеку и обязано появлением государство? Старая проблема «истматчиков»: человек, личность, общество. При всех диалектических взаимосвязях и конфликтах в этой триаде при всех мемах по этому поводу признается, что все это актуализируется только в обществе. И в мемах органически отражается все то, что имеет значение для общества, для развития человека в обществе. Согласно известной теории, общество — мать, а государство — дитя его, рождаемое на известной ступени зрелости. Государство призвано к такой организации общества, чтобы у человека были все возможности стать личностью. Уподобление государства ребенку дает возможности для разных заключений в свете эволюционной теории развития. Но здесь мы концентрируем внимание на том, что в основание государства заложен мем общества и общественной власти, которые, в свою очередь, производны от личностных качеств членов общества.

Государство и общество в своем развитии взаимоположены. Общество для своего выживания породило государство. Государство питается соками общества. В каком качестве государство служит обществу? С точки зрения эволюционной теории общественного развития государство является машиной для поддержания жизни основополагающих и вновь возникающих перспективных мемов, с одной стороны, и уничтожения вредоносных социальных мемов — с другой. Это во многом обособившийся от общества механизм, суверенно решающий поставленные перед ним проблемы теми специфическими средствами, которыми он располагает.

[1] См.: *Докинз Р.* Указ. соч.



Признание за государством признака суверенности может означать неприятие никакого другого конкурирующего мема.

Наиболее распространенным, демократичным и привлекательным является мем договора между людьми. При этом все знают, что в действительности такого договора не было. Это идея. Со временем идея проросла и оформилась в договорную теорию государства. Особенности ее не имеют существенного значения, главное — наследовать и обогащать договороспособность действующих сил. Есть подозрение, что данный мем был первым симулякром. Существуют примеры его настойчивого внедрения тогда, когда скрывали реальность действующей физической силы.

К тому же названный мем не мог быть первым. Вожак в стае первых человекообразных по определению не мог ни с кем договариваться. Он сбрасывал в пропасть (как это демонстрировалось в одном научном фильме) каждого, кто шел против его воли, кто вставал на его пути. Первым и самым естественным мемом была идея неограниченного полновластия одного — того, кого Небу было угодно сделать полновластным. Здесь как нигде более мем государства и политология состыковываются с религиозными идеями. Представляется правильным, что именно религию принято считать одним из «рассадников» мемологии. Прагматично. Исходные посылы не требуют доказательств — в них надо верить. Наука пока не нашла первопричин. Теорему Ферма, считавшуюся недоказуемой, вроде бы решили, вечный двигатель, похоже, построили, снежного человека некоторые видели, с инопланетянами многие общались, а Бога ни в себе, ни в округе мирской никто научно не удостоверил. Время от времени кому-то он «жмет руку», вознаграждая за труды праведные и благословляя на добрые дела, но для государства это мало что значит, кроме собственного величия. Наука может провозгласить истину существования Бога только с первым актом страшного суда в ходе термоядерного взрыва.

Теория насилия в происхождении государства может быть единственная из всех, которая совсем не симулякр, а подлинно реальная историческая правда. Существенно, конечно, силой разума (вспомним статью «Об авторитете» Энгельса) или силой оружия обеспечивается подчинение одного человека другому, одной расы — другой, одного класса — другому, но факт остается фактом: это насилие (изощренное духовное не менее болезненно, чем физическое). Что-то подсказывает о большой силе этого мема, его живучести и неутраченных возможностях господства.

В отличие от договорного симулякра мем насилия апеллировал к повседневности, к тому, что есть, а не к тому, что хотелось бы иметь. Идеи Гроция о любви друг к другу и генетическом стремлении к миру (у Канта к вечному миру) разбивались не только о быт, но и о те эпохальные события многолетних войн, которые вели индивиды, семьи, племена, народы, государства. Великий Гегель вопреки Канту усмотрел в них даже своего рода благо, источник обновления и развития. А мудрый старец Гоббс повернул так, что именно войны явились причиной общественного договора. «Чтоб не быть под стать волкам, герр Пуффендорф и Федер нам подносят как лекарство: «Сплотитесь в государство!» (Ф. Шиллер).

Не нахожу оснований выделять в самостоятельный вид марксистскую теорию происхождения государства. Это подвид теории насилия, особенно в ленинском изложении марксизма. Пролетариат, диктатура пролетариата, пролетарское государство не ограничены в осуществлении своего насилия никаким законом. Это не ново. Так обосновывалась власть абсолютного монарха, так в восточных странах оправдывалась власть деспота. Другими словами, мем насилия исторически модифицировался во времени, в пространстве и по кругу властвующих лиц.

Большие претензии на самостоятельную жизнь имеет мем социально-психологического свойства. Государство появляется как феномен психики — одним изначально свойственно подчиняться, другим — властвовать. Людям, нациям, народам. Можно соглашаться с этим, можно возражать, но одно несомненно: психические процессы в том или ином виде либо содержании и форме сопровождают все социальные коммуникации.

Названный мем все-таки не самостоятелен. Он привязан или к теории насилия, или к теории мира и сотрудничества в договоре. Специфика его состоит в том, что он может действовать из запредельного потустороннего пространства иррационального, того, что сегодня особенно привлекает постмодернистскую философию — из виртуального мира. В любом случае он весьма действенно влияет и обусловливает поведенческие акты, но не определяет их содержательную сторону.

После рассмотрения ряда идей (мемов), которые в литературе рассматриваются как причины возникновения государства, остается открытым вопрос о происхождении этих идей. Отвечали на него, как известно, по-разному: с точки зрения объективных идеалистов, для материалистов жизнь является их поставщиком. Но понимание мема дает более точный ответ. Считается, что весь механизм возникновения мема зиждется на подражании (критерий считается основополагающим). При этом напрашивается оговорка: не обязательно человеком человеку. Человек формировался в подражании природным явлениям, животному миру. Ему вполне зримы были проявления власти силы над слабостью, сильных над слабыми. Уместно процитировать Р. Докинза: «Животные, к которым принадлежим и мы с вами, — это самые сложные и совершенные механизмы из всех известных нам во Вселенной»[1].



Для дальнейшего, более развернутого рассмотрения государства в свете мемологии уместны предложения различать собственно источник мема, его непосредственного создателя и ретранслятора. Источником мема называют или событие, явление, предмет, одушевленный и неодушевленный, или слова, образы, картинки тех явлений и предметов. Чаще всего на мемы смотрят как на самозарождающееся (абсолютно народное) творчество, мем приравнивается к своего рода фольклору.

Если мем — фольклор и не более, а на обыденном уровне так оно и есть, если мем — это идея, а на высоком научном уровне это бесспорно, то приходится признать, что мем — всегда отражение чего-то такого, что есть в его первозданном виде. Отражение может быть полным и неполным, правильным и искаженным, проведенным со всей серьезностью и с юмором, но оно остается отражением. Слово, фраза, идея и т. д. становятся мемом только тогда, когда они емко, образно, своеобразно и сущностно отражают объект в целом или отдельные его стороны, когда это отражение завораживает, получает свою жизнь, неоднократно воспроизводится и в процессе этого воспроизведения обогащается новыми гранями. А что же с той реалией, которая явилась предметом и поводом для мема? Она продолжает жить своей жизнью, испытывать атаки мемов и меняться под их воздействием, давая жизнь новым мемам. Сами мемы живут на живом теле объекта.

В поиске такого объекта, как государство[2], можно оказаться в тупике в связи с тем, что многие теоретики отвергают понятие государства как туманное и бессодержательное, считают «вещественное понимание государства» неверным, а существование некоего интенционального объекта теории государства — проблематичным[3]. К. В. Агранов-

[1] *Докинз Р.* Указ. соч. С. 16.

[2] См.: *Лазарев В. В.* Поиск государства (научно-публицистическое эссе) // Ленинградский юридический журнал. 2010. № 4.

[3] См.: *Джессоп Б.* Государство: прошлое, настоящее и будущее. М., 2019. С. 51, 54—55. Идея государства служит фетишизации или мистификации политической власти.

ский и С. Д. Князев полагают, что нельзя искать государство в Древней Греции с полной убежденностью, и даже относительно Рима лишь условно можно говорить о государстве[1]. Попутно заметим, что именно эти авторы придают значение уподоблению государства и права объектам легенд и мифов, указывают источники, в которых государство отождествляется с системой правил, где не указывается носитель власти, и тем самым оно лишается признаков объекта, где происходит опора на безотчетные мифологемы-философогемы в догадках-предчувствиях, и затем на произнесенные или записанные уже идеи и принципы, на осмысленные и уже искаженные рассудком ценности, т. е. на мировоззрение в его образах и знаниях, где старые рефлексы эмоциями переработаны и расставлены в сложных сочетаниях с интеллектуально-эмоциональными составами и повадками помладше[2]. Представляется, что в «нормах-паттернах» — предпосылках и материалах права и государства — большое место принадлежало тому, что сегодня называют мемами.

Здесь мы выходим на проблему взаимосвязи государства и права с правосознанием, государства и права с учениями о праве и государстве. Это проблема курицы и яйца, которую, по сообщениям прессы, недавно разрешили в пользу курицы. Так что появилось раньше — государство или идея о нем, идея его необходимости и организации? Вновь противопоставление идеализма и материализма, позиций Платона и Аристотеля. Куда смотреть — на небо или на эту бренную землю с ее неидеальными формами? Представляется необходимым отвлечься от первоначал и всмотреться в ту живую курицу, которая несет яйца сегодня. Яйца крупные и мелкие, с ярким желтком и не очень, а все потому, что питается курица по-разному и содержится в разных условиях. Государство дает богатую пищу для размышлений, многие из которых приобретают свойства мемов. Те, в свою очередь, становятся «кормом» для людей и в конечном счете, если овладевают большими массами, способствуют улучшению породы «курицы» или сокрушают ее, заменяя той, которая несет иные яйца.

Творцами мемов являются самобытные, одаренные от природы или наиболее подготовленные и талантливые люди, способные по наитию или в силу умственных способностей осмысливать сущее и задумываться о должном. Мем может родиться за минуту по провокации, как в игре «Что? Где? Когда?», по плановому заданию в правительственном институте или по творческому вдохновению гения в результате его многолетних научных поисков. В связи с этим интерес представляет изложение объективных и субъективных причин многообразия теорий о государстве и праве. Объективными представляются те, которые связаны с особенностями места и времени жизни государства. Субъективные причины обусловлены жизнью создателей и ретрансляторов мемов, их воспитанием, уровнем знаний, политическими убеждениями, материальными предпочтениями и проч.

В отличие от создателей мемов их ретрансляторы на уровне отдельных людей не обязательно должны обладать творческими способностями. Как правило, они имеют сугубо личный (не обязательно материальный) интерес в распространении мема. И часто делают это в интересах субъектов, заинтересованных не в том, чтобы изучать и пропагандировать позитивно направленные мемы, а чтобы сломать существующий механизм. Отсюда вырисовываются проблемы вирусологии.

Кстати, ввести соответствующий вирус достаточно просто. По большому счету можно просто сыграть гимн государства или завести массу призывом «ура» определенной протяженности и тональности. Вбросить определенного содержания транспарант. Прокричать «хайль» в частном случае. Символы сыграют свою роль. Но для более серьезных дел почва готовится более основательно. Специалисты предварительно вырабатывают политические доктрины, иконизируя при этом одних и сокрушая идолы других.

И в плане создания, и в аспекте ретрансляции мемов во многом имеет значение сложившаяся классификация мемов, выделение соответствующих разновидностей. Так, по источнику (прообразу) возникновения мема можно выделять событийные, персонифицированные, документальные и т. д.; по смыслу и стилю — ироничные, демотивирующие или мотивирующие, агитационные и др.; по способу зарождения — преднамеренно созданные, кооптированные и самозарождающиеся; по формам — в виде статичного или подвижного изображения, в звуковом и словесном виде; по семиотическому признаку — визуальные, аудиальные, текстовые и смешанные; по сроку жизни — краткосрочные и долгосрочные; по адресатам — рассчитанные на широкую аудиторию и на специалистов. В характеристике государства могут использоваться самые разные видовые, ситуативные, персонажные

Это «маска», это «ставка в социальных конфликтах», что ставит задачу демистифицировать государство, сорвать с него маску (Там же. С. 52—53, 57).

[1] См.: *Аграновский К. В., Князев С. Д.* Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений: монография. М., 2016. С. 17—18.

[2] Там же. С. 19, 89.

и другие мемы[1]. Однако важно отметить, что законодательство часто достаточно подробно регулирует процессы их использования, запрещает определенное поведение, устанавливает ответственность вплоть до уголовной.

Мемы могут рождаться в кабинетах, но естественной их средой является межличностное общение и общение лица с аудиторией. Каналы личной коммуникации, кроме всего прочего, способствуют обогащению коммуникативных теорий права и государства.

Обращение к меметике на уровне специфической формы ее проявления, каковой является сфера государственности, позволяет обогатить те общие выводы, которые делаются пропагандистами Докинза.

В результате предпринятого анализа обратим внимание на следующие моменты.

Всегда остаются актуальными вопросы, как государственность возникла, каковой она была и что с ней стало теперь. Но до настоящего времени эволюция государства и права рассматривается классически в плане выявления реальных внешних факторов (прежде всего экономических и политических) и факторов внутри правовой системы (реальное соотношение властей)[2]. Между тем представляется необходимым учесть закономерности отражения реалий на уровне понятий и многообразных носителей информации, образующих фонд культуры. В свете формирующейся науки мемологии уместно оценить мемы государства и права.

Мемы вообще и мемы государства в частности — это абстракции. Это модели реального, в разной степени соответствующие подлинной сути этого реального, качественно или некачественно воспроизводящие формы реального. В то же время мемы вовлекаются в процессы симуляции, когда имеет место «порождение моделей реального без оригинала и реальности»[3]. Мемы в таком процессе способствуют созданию своего рода гиперреального, такой абстракции, такого представления, которое в силу своей привлекательности и в силу множественного копирования становятся концептом, определяющим разного рода поведенческие акты, в том числе в целях преобразования тех реальных объектов, которые породили первоначальный мем. Знаки,

[1] Подробнее об этом см.: Что такое мемы. URL: https://memepedia.ru/about-memes/

[2] См.: *Okruch S.* «Hindrangen» zur Ordnung und «Entdeckung» des Rechts: Fragen zur kulturellen Evolution. Bonn, 1998/4.

[3] *Бодрийяр Ж.* Симулякры и симуляция. М., 2015. С. 5. Автором отмечены фазы проявления и характер такой симуляции: маскирует и искажает фундаментальную реальность; маскирует отсутствие фундаментальной реальности; не имеет отношения к какой-либо реальности (симулякр в чистом виде) (Там же. С. 12).



копии, модели — все это участвует в создании синтетического продукта, питающего затем участников общественных отношений, в разной степени осознающих последствия такого питания. Именно в этой части актуализируется проблема предупреждения использования программных продуктов вопреки человеку и сути человечности.

Подлинная наука имеет дело с презентацией ее объектов в полнокровном представлении их в том виде, в каком они есть (в каком с научной достоверностью установлены в данный момент). Симуляция напоминает науку, имитирует науку, когда реальные объекты маскируются или вообще не замечаются, а образы с них подаются публике. По Ж. Бодрийяру, логика симуляции не имеет ничего общего с логикой фактов и рациональным порядком; в пространстве поврежденной симуляции исчезает всякая детерминированность[1]. Сказано довольно жестко и не без оснований. Но все же какая-то «своя логика», особая, должна быть, и именно это понуждает к научному осмыслению меметики, сферы мемов, в том числе в той части, в которой они являются результатом симуляции.

В доказательство отважусь уподобить мир мемов миру теней. Какие-то тени достаточно наглядно и полно презентуют те предметы, которые эти тени создают. Всем понятно, что это не сами предметы, что далеко не всё говорят они о предметах. Точный вес, например, по ним определить затруднительно, хотя, если привлечь некоторые посторонние знания, попытку предпринять можно. Но в игре теней есть свои закономерности. Они могут увеличиваться, когда предмет остается тем же, перемещаться, когда предмет остается на месте, и т. д. Есть все же зависимость между реальным предметом и его тенью. И часто тени зависят от освещения — в прямом смысле и в переносном, когда это касается социальных, особенно политических, явлений и, более всего, когда речь идет о государственной власти. Освещение же не только естественное, но очень даже зависящее от человека. Человек, говорят нам, это тоже мем, весьма загадочный, что еще в большей степени заставляет заниматься меметикой, выявлением всех существующих в ней зависимостей[2].

[1] См.: *Бодрийяр Ж.* Указ. соч. С. 26—27.

[2] И еще одно сравнение. Вспомним «комнаты смеха», любимые не только детьми, но и взрослыми. Вступая в мир мемов, вы заходите в «комнату смеха». Нет, там есть зеркало, которое представляет вас таким, каким вы выглядите внешне. Возможно, уже есть и такие, которые внутрь заглядывают, но не будем углубляться. Остальными зеркалами — этими загадочными мемами — вы будете представлены в самом необычном виде. Смех смехом, но, глядя на соответствующие формы, ребенок и всплакнуть может. Он видит то, что в процессе симуляции искажено (технические средства и техно-

Мемы рождаются и умирают, иногда в предсмертных муках, о чем всегда свидетельствует нарастающая инфляция мемов. При определенных условиях они обесцениваются и перестают работать. В какие-то периоды они утрачивают перспективы своего воспроизводства и размножения. Наиболее опасная болезнь, которая преследует жизнь мемов, — мизология. Недоверие к слову, понятию, идее — это начало конца. Это путь к основополагающему реформированию системы.

## К вопросу о трансдисциплинарности в постнормальной науке права[1]

Нельзя не выразить удовлетворение, что в Нижегородской академии МВД не просто чтят память Владимира Константиновича Бабаева, но активно от форума к форуму продолжают развивать его идеи, обосновывающие право в качестве логической системы. Классическая юриспруденция, несомненно, сохраняет свое научное и практическое значение[2]. Но работы В. К. Бабаева, как и работы большинства советских ученых второй половины прошлого века, не выходили за рамки привычного для нас модернизма. Все мы признавали правом исходящие от суверенного государства нормы и в меньшей степени занимались их ценностной оценкой, отдавая предпочтение логическим аспектам классификации и систематизации и далее строгому применению на основе принципа социалистической законности. Между тем на Западе уже тогда все более открыто утверждалась мысль, что «суть человеческой жизни лежит не в следовании правилам и в вознаграждении добродетели, а в максимально эффективном использовании прав

логии позволяют и не это); он видит то, чего нет в реальной действительности, и т. д. Сказать, что здесь нет никакой логики, я не могу. Она особая и требует научных интерпретаций, чтобы поставить все на свои места.

[1] Доклад на XI Бабаевских чтениях от 21 мая 2020 г.

[2] Сегодня, когда обозначились перспективы конституционной реформы и в текст российской Конституции вносятся весьма существенные изменения, следует обратить внимание на работу В. К. Бабаева по толкованию шести статей Конституции, начиная с первой (см.: Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации / отв. ред. В. В. Лазарев. 4-е изд. М., 2009). Здесь сказались его соображения относительно единства экономического пространства и форм собственности, правового статуса земли и природных ресурсов, денежной единицы, налогов и т. д. Но особого внимания от нас потребовало осмысление прав и свобод человека и гражданина. Статья первая объявляет Россию правовым государством. Но в комментарии мы читаем: «Россия стала на путь формирования правового государства, но таковым еще не стала. Правовое государство для нашей страны — цель, но пока еще не реальность». Потребовалась известная смелость, чтобы сойтись на этих формулах, которые и сегодня не утратили значения.



вил для собственной корысти, в зависимости от ситуации», что в свою очередь повлекло изменения в теории — «правила рассматривались как неоднозначные, гибкие, противоречащие друг другу, непоследовательные... Они служат в качестве ресурсов для используемых стратегий, которые варьируются от человека к человеку, от ситуации к ситуации... Порядок никогда не будет полным и никогда не может быть таковым»[1].

Таким образом, предыдущее статическое видение порядка заменялось возможностью порядка, описываемого как процесс, движущийся за счет непрерывного динамизма флуктуационного движения. Соответственно, все более стали признавать, что формальные правила могут быть реализованы только через их актуализацию судами, т. е. через судебные решения, которыми регулируются оценочные суждения и балансы конфликтующих интересов. Это — постмодернистская конструкция.

Констатируя произошедшие перемены, цитируемый мной проф. Варга одновременно сожалеет, что «средства постмодернизма, по сути, остались неиспользованными в юридической практике бывших социалистических стран Центральной и Восточной Европы», а это «привело к относительной неконкурентоспособности, которая является своего рода нашей «врожденной недостаточностью» на общем европейском правовом рынке»[2].

Представляется, что методология предмодерна и модерна позволяла весьма успешно решать многие вопросы и потенциал их не исчерпан и не будет исчерпан, подобно тому, как с развитием высшей математики невозможно исчерпать потенциал арифметики. Вместе с тем уже недостаточно ограничиваться тремя образами права, сложившимися в классической правовой традиции (естественно-правовой, позитивистский и социально-правовой). В них сложно, например, найти место фрейдизму или вообще психологизму. Но мы не можем ограничивать правовую реальность сугубо предметной сферой, устанавливая факты, обобщая сложившиеся практики, анализируя отработанные правовые институты. Не менее значимыми оказываются феномены психического (рационального и иррационального), не менее действенными — мифологические образы (теологического и светского происхождения), а разного рода фикции могут играть и вполне прагматические роли. Юристы не могут не учитывать, что поведение ад-

[1] *Варга Чаба.* Порядок из хаоса? Философия создания м применения Европейского права // Правоведение. 2014. № 6 (317). С. 232.

[2] Там же. С. 235.

ресатов правовых норм часто обусловлено продуктами воображения, конструируемыми путем идеализации каких-либо свойств реальных объектов. Кстати, родственные фикциям презумпции (одна из приоритетных для В. К. Бабаева исследовательских тем) могут быть более глубоко исследованы с привлечением постмодернистских методов.

Юристам органично присуще стремление утверждать определенность и истину в правовом общении, и потому им кажутся ненормальными средства утверждения обратного. А между тем «постнормальная наука (Post-Normal Science — PNS)» — новое понятие, принятое в концепции управления сложными системами, сосредотачивается как раз на тех аспектах сложных проблем, которыми имеют тенденцию пренебрегать в традиционных научных исследованиях и где «объективность и однозначность научных предсказаний уже невозможна»[1]. Здесь нет возможности входить в детали. Но, полагаю, что и правоведам нельзя полностью игнорировать эту «ненормальную» науку. Более всего она известна коллегам из санкт-петербургских учреждений, и было бы целесообразно организовать совместный форум для нахождения того в постклассике, что послужило бы, грубо говоря, полицейским интересам.

Для классической советской правовой науки было общим местом сказать о связи наук, о системном методе правовых исследований. Но сегодня этого недостаточно. Сегодня в зарубежной академической традиции условно выделяют два толкования трансдисциплинарности. Трансдисциплинарность означает, что понятия или методы из различных дисциплин смешиваются или «переплавляются», а трансдисциплинарность обеспечивает некоторого рода метауровень или метаструктуру, позволяющую сочетать различные когнитивные стратегии и способы рассуждения, объединяющие теорию и практику, преодолевающую ограниченность дисциплинарно организованной науки[2].

Приходится убеждаться в том, что современное решение правовых вопросов требует нового языка (далеко не простого), но это неизбежно для информационного общества, для века информационных технологий. Прежде чем предложить для использования некоторые конкретные методы из трансдисциплинарного арсенала, уместно воспроизвести одно из общих заключений. «В связи с тем, что базовые единицы информационно-когнитивной (квантовой) концепции права составляют знания из юриспруденции, философии, психологии, информатики, квантовой физики и семиотики, то многомерную правовую «я»-реальность следует отнести к постклассическому правопониманию. Такая концепция рассматривает право как информационно-энергетический механизм взаимодействия «я»-субъектов в социуме, связанный с конституированием ментальной нормы права, с последующей ее объективацией в тексте юридического документа. Несмотря на то что объективация носит различные внешние формы выражения ментальной нормы права, сущность права имеет единую информационно-когнитивную природу. Научный подход, отражающий внутренний и внешний процессы образования права как неотъемлемые атрибуты единого права, именуют интегративным»[1].

[1] URL: https://b-ok2.org/book/2948000/1e0794; http://os.x-pdf.ru/20filosofiya/221409-1-transdisciplinarnost-filosofii-nauke-podhodi-problemi-perspekti.php

[2] См.: Трансдисциплинарность в философии и науке: подходы, проблемы, перспективы / под ред. *В. Бажанова, Р. В. Шольца.* М., 2015. С. 12.



Новые подходы не ограничивают связь юриспруденции с другими гуманитарными дисциплинами. Юристам предлагается внимательнее смотреть на достижения естественников. У физиков и тех, кто исповедует квантовую теорию, полезно взять, например, во-первых, тезис о принципиальной невозможности в достижении истины (хотя бы и относительной) отделить исследователя от объекта исследования и, во-вторых, — общий принцип дополнительности, который, с легкой руки Бора, формулируют следующим образом: «Рациональная сторона действительности и ее познание и сопряженная ей иррациональная сторона действительности и ее познание дополнительны друг другу»[2]. Мы все это видим там, где право как объект исследования ставится в зависимость от того, кто его презентует, а обе стороны действительности в свете принципа дополнительности выливаются в обоснование интегративного подхода к праву. В том, как мы его понимаем, философия дополнительности может служить основой самых разных теоретических и практических решений. Эта философия выводит на интеграцию, в рамках которой обеспечиваются субсидиарность, пропорциональность, недискриминация.

Физики в своей науке сводят принцип дополнительности к констатации «взаимоисключающих», но «дополнительных» сторон реальности, или дополнительности взаимоисключающих понятий (рядов понятий), через которые отражается реальность (Макс Бор)[3]. С точки

[1] *Иванский В.П.,* Информационно-когнитивное (квантовое) правопонимание: понятие и критерии // Правоведение. 2014. № 4 (315). С. 55.

[2] URL: http://cyclowiki.org/wiki/

[3] См.: *Бор Н.* Философия естествознания и культуры народов // Атомная физика и человеческое познание. М., 1961; *Алексеев И. С.* Концепция дополнительности. Историко-методологический анализ. М., 1978; *Бажанов В. А.* Дополнительности (принцип) // Энциклопедия эпистемологии и философии науки / сост. и общ. ред. *И. Т. Касавин.*

зрения Н. Бора, «наша способность анализировать гармонию окружающего мира и широта его восприятия всегда будут находиться во взаимоисключающем, дополнительном соотношении». Но в такого рода суждениях просматривается общефилософское содержание и потому признается постановка вопроса о принципе дополнительности в гуманитарной науке[1]. В юридической науке всегда можно было заметить анализ разных реальностей: одной — в сфере должного, другой — в сфере сущего; одной — творимой законодателем и другой, которая образуется в ходе судебной деятельности (часто отражаемых в современных понятиях парламентского и судебного права). Суд, как тот «измерительный прибор» в терминологии Н. Бора, неизбежно привносит в выносимое им решение свое видение права.

Сама правовая реальность «обладает двойственной природой» — она одновременно мыслимая (в концептах социокультуры) и предметная (в фактах, практиках, институтах), а встроенная в нее юриспруденция выстраивается в систему мифологических образов, юридической догматики и аксиоматики, юридических понятий и конструкций, юридических представлений и мировоззрений[2]. Отсюда неизбежный вопрос: отдавать ли предпочтение факту или его пониманию (оценке). С позиций общего принципа дополнительности Бора рациональная сторона действительности и ее познание и сопряженная ей иррациональная сторона действительности и ее познание дополнительны друг другу. Представляется, что следует стремиться преодолевать узость отдельно взятых методологий, осуществлять синтез разных эпистемологических парадигм.

Практические решения юристов также могут корректироваться с учетом принципа дополнительности. Например, в случае достижения определенности права (актуальная тема). Естественники исходят из того, что для разрешения неопределенности требуется введение дополнительных условий, которые либо устраняют из системы неопределенность, либо приводят ее к определенному состоянию. «Влияние

М., 2009. С. 210; *Порус В. Н.* Дополнительности принцип // Новая философская энциклопедия. Ин-т философии РАН. М., 2010.

[1] В «Википедии» можно прочитать: «Применение принципа дополнительности со временем привело к созданию концепции дополнительности, охватывающей не только физику, но и биологию, психологию, культурологию, гуманитарное знание в целом. В этом плане не будет большим преувеличением рассматривать принцип дополнительности в качестве закона природы, формулы мира, общефилософского эпистемологического принципа, наряду с другими».

[2] Подробнее об этом см.: *Веденеев Ю. А.* Грамматика правопорядка: монография. М., 2018. С. 5.



наблюдателя на наблюдаемое» используется для объяснения многих явлений в квантовой психологии, в любых сферах, где рассматриваются поступки человека, мотивы этих поступков, взаимоотношения между человеком и его сознанием и подсознанием, между человеком и окружающим миром»[1].

В заключение, допуская известную долю дискуссионности, можем констатировать значение всего отмеченного в статье для сферы государства и права, имея в виду и деятельностные акты, и их отражение в качестве объектов изучения. Но юристы должны с осторожностью и должной критичностью относиться к тому, что в философии постмодерна нет места таким базовым правовым понятиям, как истинность, объективность, справедливость. В этой философии все мнения имеют право на существование, все одинаково правильны и неправильны, все необязательны не только для других, но и для того, кто эти мнения выказывает. Для правопорядка опасна та постмодернистская новизна «глобальной турбулентности», которая размывает устойчивую массовую мораль с ее представлениями о справедливом и должном, пытаясь заменить ее всеохватывающей толерантностью ко всем и ко всему. В той же степени следует опасаться отказа от правовых средств упорядочивания общественных отношений под предлогом внедрения технологий автоматического программирования поведения людей.

[1] URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/

# II. Правовой статус человека и гражданина

## Гражданское общество и концепция адвокатуры Н. В. Андрианова (совместно с Т. Н. Радько)[1]

В государственно-организованном обществе функционируют разные институты. Одни из них формируются непосредственно государством, другие естественным образом порождаются обществом. Исследователя всегда интересует среда институционализации правовых норм, государственных органов, общественных организаций, государственных и негосударственных учреждений. Поэтому интригует сам выход книги, посвященной гражданскому обществу как той среде, в которой только и может формироваться и функционировать адвокатура. Интрига эта усиливается по прочтении первых страниц, когда заявляются основные позиции автора: оснований для отнесения адвокатуры к институтам гражданского общества нет[2], это особая форма социальной солидарности, которую следует именовать «искупительной солидарностью»; адвокатура, не принадлежа в структурном отношении ни к тому, ни к другому, является институтом, обеспечивающим коммуникативное взаимодействие гражданского общества и государства в сфере правопользования и правоприменения (с. 9—11).

Н. В. Андрианов — профессиональный адвокат. Но теоретические и практические проблемы адвокатуры он рассматривает через призму общей теории государства и права, что может служить хорошим примером и для теоретиков, и для практиков, чьи работы чаще всего сосуществуют в отрыве друг от друга, в отрыве от той и другой материи.

Реконструируя теорию гражданского общества, автор исходит и во многом опирается на систематическую теорию современного гражданского общества американских исследователей Дж. Л. Коэна и Э. Ара-

[1] Гражданское общество как среда институционализации адвокатуры. М., 2011.

[2] В то же время определение адвокатуры как института гражданского общества в законодательстве, по мнению автора, следует считать социально оправданным с точки зрения обеспечения независимости адвокатуры (и как профессиональной корпорации, и как вида деятельности) от органов государственной власти и управления (с. 10).



то, которые посвятили этой проблеме фундаментальный научный труд «Гражданское общество и политическая теория» (1992). По их определению, гражданское общество выполняет функцию интегративной подсистемы общества, «сферы общества, состоящей из нормативно-правовых компонентов и принципов ассоциации». Именно эту сферу Дж. Л. Коэн и Э. Арато именуют «наиболее актуальной реконструкцией понятия гражданского общества».

Однако предложенная Н. В. Андриановым авторская концептуальная модель гражданского общества и его институтов приобретает особую окраску, поскольку книга подготовлена на отечественном материале. С позиций автора, гражданское общество и как философская категория, и как политическая теория, и особенно как факт государственно-правовой и общественной жизни, представленный совокупностью институтов (прав и организаций), является продуктом *западной цивилизации*. Однако восприятие этой философской категории, политической теории и особенно аккультурация этой совокупности институтов иными цивилизациями означают лишь вестернизацию (западнизацию), которая сама по себе необязательно и не всегда ведет к модернизации и уж тем более не гарантирует благую жизнь (с. 33). При этом Н. В. Андрианов предостерегает от противопоставления гражданского общества государству (с. 58, 59).

В книге показаны преимущества такого подхода по сравнению с широко распространенным взглядом на гражданское общество как на некий качественный уровень, стадию развития общества в целом. В то же время подмечено: гражданское общество содержит не только интегративный, но и деструктивный потенциал. Это особенно характерно для современных, находящихся в ситуации постмодерна гражданских обществ. Применительно к России автор решительно протестует против искусственного противопоставления государства и гражданского общества, что широко используется различными политическими силами. При этом составляющие одну из основных функций гражданского общества свободное от административного и иного вмешательства обсуждение и поиск решения назревших проблем зачастую подменяются целенаправленной дискредитацией важнейших государственных институтов (с. 49).

Главное предназначение гражданского общества автор выражает через обозначение трех его основных функций (с. 65). *Первая функция* состоит в поддержании и сохранении собственно самой среды взаимодействия частных интересов. Здесь ведущая роль принадлежит нормам права (прежде всего субъективным правам), юридически отгра-

ничивающим частные интересы друг от друга и от интересов публичных, и ресурсам солидарности, благодаря которым достигается стабилизация сферы частных интересов. *Вторая функция* направлена на защиту частных интересов от неоправданного административного вторжения со стороны власти. В реализации этой функции велика роль не только фундаментальных прав, но и различных организационно оформленных идентичностей (от семьи и до протестных движений). *Третья функция* заключается в интегрировании сферы частных интересов и обеспечении условий для выработки согласия по возникающим проблемам через всевозможные формы обсуждения их в публичной сфере, причем таким образом, чтобы в максимальной степени были учтены все частные интересы. Важная роль отводится формализованным идентичностям (неправительственным ассоциациям) и различным формам коммуникации.

В реализации названных функций принципиальное значение приобретает последующий вывод, к которому приходит автор: «Система права и юридическая помощь как система могут быть рассмотрены с помощью диалогической методологии и как две взаимодействующие и взаимопроникающие системы. При этом юридическая помощь, понимаемая в методологических целях как система, должна включать в себя право как системообразующий элемент» (с. 175).

Гражданское общество покоится на своего рода социальной солидарности. Особую форму последней являет собой юридическая помощь, направленная на защиту индивидуальных (частных) интересов и прав, — главная институциональная характеристика адвокатской деятельности (с. 38). Поэтому средой первоначального конституирования института адвокатуры является традиционное гражданское общество. Современное гражданское общество еще более усиливает потребность в этом институте. Осознание (почти никогда официально не признаваемое) изначальной предрасположенности человека к девиантному поведению и несовершенства институтов, призванных контролировать и стабилизировать отклоняющееся поведение индивидов (изменчивость этических систем, эластичность права, избирательность наказания), обусловливает институционализацию адвокатской деятельности как особой формы социальной солидарности, именуемой в книге «искупительной солидарностью» (с. 60 и др.).

Н. В. Андрианов приводит ряд интересных (для многих небесспорных) аргументов против того, чтобы рассматривать адвокатуру в качестве защитника или даже института гражданского общества. По мнению автора, в соответствии с российским законодательством «даже



общественные объединения адвокатов не вполне соответствуют признакам институтов гражданского общества» (с. 100). Главный аргумент: гражданское общество состоит из множества сегментов, которые находятся не только во взаимодействии, но и в постоянном противоборстве друг с другом (а не только с органами власти, как принято считать). Причем это противоборство зачастую носит непримиримый характер. Поэтому, провозгласив себя защитником гражданского общества, адвокатура будет подвергнута риску вовлечения в это противоборство на стороне одного или нескольких сегментов гражданского общества (с. 83). Отсюда приобретает новизну само определение адвокатуры. *Адвокатура — это независимый институт коммуникативного и организационного взаимодействия между гражданским обществом и государством, обеспечивающий правовую защиту частных интересов граждан и организаций и генерирование ресурсов социальной солидарности в сфере отправления правосудия* (с. 103).

Автор ведет решительную полемику с рядом признанных ученых и практиков по основополагающим вопросам относительно места и роли адвокатуры, предопределенных средой ее институционализации (с. 164 и далее). Главные его постулаты: никогда, ни при каких обстоятельствах адвокат не должен решать задачу «установления истины по делу»; предотвращение судебных ошибок нельзя признать институциональной предпосылкой адвокатуры; адвокатская деятельность не должна быть направлена на помощь органам судопроизводства; поиск истины в судопроизводстве не есть институциональная предпосылка возникновения адвокатуры. В оценке адвокатской деятельности «критерием истины» в каждом случае является выполнение адвокатом обязанности защищать интересы своего доверителя. Именно в сфере солидарности и защиты частных интересов (т. е. в сфере гражданского общества) следует искать институциональные предпосылки адвокатуры как организации и как вида профессиональной деятельности.

Общество заинтересовано в том, чтобы уголовно-репрессивный (по отношению к отдельно взятому гражданину) механизм был в какой-то мере *сбалансирован* особым, независимым ни от государственного аппарата, ни от политических партий, ни от коммерческих организаций, ни от общественных объединений институтом, *способным генерировать искупительную солидарность* в области права и правоприменения.

Кульминация рецензируемого исследования — философские выводы (с. 199, 200) о том, что юридическая помощь, оказываемая адвокатом, представляет собой особого рода общественную связь меж-

ду обществом и индивидами в форме *искупительной солидарности*. *«Главный смысл искупительной солидарности* состоит в том, что она направлена на *искупление несовершенства (греховности) природы человека и несовершенства создаваемых им институтов»* (с. 201).

Итак, в работе представлена искупительная солидарность и как новая понятийная модель, и как новая теоретическая концепция. Н. В. Андрианов показывает, как через институт адвокатской деятельности гражданское общество генерирует ресурсы солидарности и тем самым способствует укреплению общественной связи и стабилизации сферы частных интересов, находящихся в постоянном конфликте как друг с другом, так и с публичными интересами.

В книге довольно много интересных, оригинальных идей, которые, несомненно, привлекут читателя своей новизной и аргументированностью. Как теоретики, мы намеренно остановились на принципиально важных аспектах исследования, отвлекаясь от полемики по ряду частных научных проблем и практических вопросов развития адвокатуры в Российской Федерации. В качестве замечаний общего характера укажем лишь на искусственность практически несостоявшейся попытки связать вопросы с методами феноменологии (с. 228—230). Как форма социальной солидарности адвокатура представлена убедительно, но в реалиях российского общества просматривается и нечто противоположное, что уходит от внимания автора. Указание на биологический фактор и несовершенство социальных институтов контроля за девиантным поведением людей (с. 276) как институциональные предпосылки адвокатской деятельности приемлемо, но без анализа остался вопрос о факторах отклоняющегося поведения самих адвокатов.

## Конституционные ограничения конституционных ценностей[1]

Двадцатилетие Конституции РФ явилось поводом для возобновления дискуссий относительно характера содержащихся в ней положений. Считать ли их нормами права во всей полноте регулирующей функции или это своего рода программные положения, цели, к которым следует стремиться (правовое государство, социальное государ-

[1] 20 лет Конституции Российской Федерации: актуальные проблемы юридической науки и правоприменения в условиях совершенствования российского законодательства: Четвертый пермский международный конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 18—19 октября 2013 г.). Избранные материалы / *А. А. Ананьева, В. К. Андреев, Л. В. Андреева* и др.; отв. ред. *В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова.* М., 2014.



ство, федеративное государство и т. д.)? И тот и другой подходы имеют под собой основания, тем более что положения, содержащиеся в преамбуле Конституции РФ и в разных ее статьях, статусно и содержательно разные. Не подвергая проблему тщательному анализу, замечу сразу, что наиболее значимым в теоретическом плане является подход ценностный. В этой связи нельзя не обратить внимание на то, что высшие руководители нашего государства, юристы по образованию, всегда обращаются к ценностной интерпретации Основного Закона.

В Послании Федеральному Собранию 2008 года Д. А. Медведев отметил влияние на все аспекты внутренней и внешней политики фундаментальных норм нашей жизни, целей и ценностей нашего общества, закрепленных в Конституции РФ, в единстве социального и юридического. С его точки зрения, именно Конституция «утверждает свободу и справедливость, человеческое достоинство и благополучие, защиту семьи и Отечества, единство многонационального народа — не только как общепризнанные ценности, но и как *юридические* (выделено мной. — *В. Л.*) понятия. То есть придает им практическую силу и поддерживает всеми ресурсами государства. Всем авторитетом Основного Закона. Формирует социальные институты и образ жизни миллионов людей»[1]. Действительно, уже в преамбуле Конституции РФ указаны исторически сформировавшиеся гражданские и общественные ценности, которые являются основополагающими для обеспечения благополучия граждан России и безусловным основанием устройства демократического государства.

В Послании Федеральному Собранию 2012 года В. В. Путин говорит «о тех ценностных смыслах, которые заложены в Основном Законе нашей страны. В Конституции общенародная ответственность за Родину перед нынешними и будущими поколениями провозглашается как фундаментальный принцип российской государственности. Именно в гражданской ответственности, в патриотизме вижу консолидирующую базу нашей политики»[2]. Ответственность за страну далее связывается им с прочной моральной основой «для созидания, для утверждения порядка и свободы, нравственности и гражданской солидарности, правды и справедливости, для национально-ориентированного сознания». Послание 2012 года, как никакое другое, связывает правовое регулирование с нравственным. Президент печалится об утрате многих нравственных ориентиров, сожалеет, что «в известном смысле вместе с грязной водой и ребенка выплеснули». «Сегодня это

[1] Российская газета. 2008. № 4787. 6 нояб.
[2] URL: http://www.amic.ru/news/202063

проявляется в равнодушии к общественным делам, часто в готовности мириться с коррупцией, с наглым стяжательством, с проявлениями экстремизма и оскорбительного поведения. И все это порой приобретает безобразные, агрессивные, вызывающие формы, скажу больше — создает долгосрочные угрозы обществу, безопасности, да и целостности России». Послание 2012 года не утратило своей остроты и в той наиболее цитируемой до настоящего времени части, где говорится о «явном дефиците духовных скреп — милосердия, сочувствия, сострадания друг другу, поддержки и взаимопомощи, — дефиците того, что всегда, во все времена исторические делало нас крепче, сильнее, чем мы всегда гордились». Вместе с тем констатируется для юриста очевидное: «Закон может защищать нравственность и должен это делать, но нельзя законом установить нравственность».

Весьма распространенным является мнение, что положения, содержащиеся в преамбуле Конституции РФ, не имеют непосредственно регулирующего значения. Между тем их регулятивная функция проявляется как в правотворчестве, так и в правоприменении. Граждане России соединены общей судьбой на своей земле, и государство, несомненно, должно способствовать этому единению, утверждая права и свободы человека, гражданский мир и согласие. Исторически сложившееся государственное единство — одно из ценностных явлений, разрушение которого грозит целым потоком негативных последствий. Базовыми ценностями, на которых зиждется в том числе и единство государства, являются общепризнанные принципы равноправия и самоопределения народов.

В Преамбуле Конституции РФ говорится и о такой ценности, как уважение к памяти предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству, веру в добро и справедливость.

Утверждение добра и справедливости напрямую связано с правом, а право является одной из определяющих конституционных ценностей. На правовой основе возрождается суверенная государственность России и утверждается незыблемость ее демократической основы. Именно правовое и социальное государство способно обеспечить благополучие и процветание России.

Преамбула Конституции РФ возводит в ценностную категорию ответственность за свою Родину перед нынешним и будущими поколениями. Сейчас, в эпоху глобализации, в условиях, когда миру угрожают разные природные и техногенные катастрофы, эта ценность приобретает особую окраску: поведение всех и каждого в отдельности определяет единую судьбу мирового сообщества.



Конституция провозглашает народовластие в качестве важнейшей основы конституционного строя России. Конституция закрепляет природу Российского государства как демократического, федеративного, правового, с республиканской формой правления, с принципом разделения властей, социального и светского государства, провозглашает такие принципы, как политическое многообразие и плюрализм, предполагая существование разнообразных объединений граждан, их участие в управлении общественными и государственными делами.

Основной Закон закрепляет в качестве одной из черт конституционного строя свободу экономической деятельности и многообразие форм собственности, провозглашая признание и равную защиту частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности.

Конституция РФ объявила человека, его права и свободы высшей ценностью. В обязанность государству вменено признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина.

Конституция гарантирует базовые ценности. Но в таком случае не теряется ли смысл настоящей статьи, самой постановки вопроса об их ограничении?

Сама постановка вопроса о возможности ограничения конституционных прав вызывает внутренний протест. Это не просто права и свободы, это конституционные права, те, которым придается особое значение, которые ставятся по определению в высокое положение, которые и защищаются самым тщательным образом. В советское время подвергались решительной критике статьи буржуазных конституций, которые допускали ограничение конституционных прав. Бытовала (переходила из учебника в учебник) крылатая фраза о том, что каждая статья этих конституций содержит «две палаты»: в первой право провозглашается, а во второй содержится оговорка, позволяющая провозглашенное право нарушать.

Интересно в этой связи посмотреть на действующие конституции ряда западных государств[1].

Статья 5 австрийской Конституции:

«Собственность неприкосновенна. Отчуждение против воли собственника может производиться лишь в случаях и в порядке, определяемых законом».

Федеральный конституционный закон Австрии от 29 ноября 1988 г. «О защите личной свободы» (ст. 1):

«Каждый имеет право на свободу и безопасность (личную свободу).

[1] Здесь и далее нормы соответствующих конституций воспроизводятся по книге: Конституции государств Европейского союза. М., 1997.

Никто не может быть арестован или задержан иначе, как на основании названных в настоящем Федеральном конституционном законе причин, и иначе, как установленным законом способом.

Лишение личной свободы может быть предусмотрено только на основании закона, если это необходимо с целью принятия мер; лишение личной свободы возможно лишь по мере необходимости, когда и поскольку это не служит принятию мер, но касается обстоятельств дела».

Статья 2 Конституции ФРГ:

«Каждый имеет право на свободное развитие своей личности, поскольку он не нарушает прав других лиц и не посягает на конституционный порядок или нравственный закон.

Каждый имеет право на жизнь и физическую неприкосновенность. Свобода личности ненарушима. Вмешательство в эти права допускается только на основании закона».

Статья 5 той же Конституции:

«Каждый имеет право свободно выражать и распространять свое мнение устно, письменно и посредством изображений, а также беспрепятственно получать информацию из общедоступных источников. Свобода печати и свобода информации посредством радио и кино гарантируются. Цензуры не существует.

Границы этих прав устанавливаются предписаниями общих законов, законодательными постановлениями об охране молодежи и правом, обеспечивающим уважение к личности.

Искусство и наука, исследование и преподавание свободны. Свобода преподавания не снимает обязанности быть верным Конституции».

Весьма показательны соответственно ст. 8 и 9 Конституции ФРГ:

«Все немцы имеют право собираться мирно и без оружия без предварительного извещения или разрешения.

Для собраний, проводимых вне помещений, это право может быть ограничено законом или на основании закона».

«Все немцы имеют право создавать союзы и общества.

Объединения, цели и деятельность которых противоречат уголовным законам или направлены против конституционного строя или против идеи взаимопонимания народов, запрещаются».

Не менее рельефную оговорку содержит и ст. 10 Конституции ФРГ:

«Тайна переписки, а равно почтовой, телеграфной и иной электросвязи неприкосновенна.

Ограничения могут быть установлены только на основании закона. Если конкретное ограничение служит защите основ свободного



демократического строя или существования Федерации или одной из земель, а также обеспечению их безопасности, то закон может предусмотреть, что факт ограничения не сообщается заинтересованному лицу и что вместо судебной защиты осуществляется контроль со стороны специальных и вспомогательных органов, формируемых народным представительством».

Можно было бы и продолжить, указать, например, на нормы о свободе передвижения на всей территории ФРГ; о свободе избирать профессию, место работы и учебы; о неприкосновенности жилища; о гарантированности собственности и права наследования и др.

В Германии юридическая техника закрепления ограничений конституционных прав отработана ювелирно. По поводу каждого права в закрепляющей его конституционной норме содержится прямая оговорка общего характера.

В других конституциях оговорки сделаны не прямо, а косвенно. Например, § 10 Конституции Финляндии гласит:

«Гражданин Финляндии пользуется свободой слова, правом на опубликование в печати в письменной или иллюстрированной форме без каких-либо препятствий; он пользуется также правом без предварительного разрешения собираться с другими людьми для обсуждения каких-либо общих вопросов или для иных разрешенных целей, а также образовывать объединения для осуществления целей, не противоречащих закону и моральным нормам.

Пользование этими правами определяется в законе».

Или § 11 и 12 Конституции Финляндии:

«Гражданин Финляндии пользуется неприкосновенностью жилища.

Вопросы обоснованности и проведения домашнего обыска определяются в законе».

«Тайна переписки, телеграфной корреспонденции и телефонных переговоров является неприкосновенной, если иное не установлено законом».

Не секрет, что устанавливаемые ограничения прав часто используются или во всяком случае могут использоваться в интересах властей или господствующих в обществе классов. В этой связи представляет интерес оговорка по оговорке, содержащаяся в ст. 19 испанской Конституции: «Данное право не может быть ограничено по идеологическим или политическим соображениям». Такого рода оговорку можно было бы вознести на пьедестал конституционного правотворчества. Однако она не носит общий характер и сделана только по отноше-

нию к свободе передвижения испанцев. В остальном Испания, скорее, следует традиционной линии «двухпалатного» конструирования статьи закона. Модернизация испанской Конституции осуществляется по линии указания на перечень ценностей, во имя которых может быть ограничено то или иное право. Например, права и свободы на выражение и распространение взглядов, идей и мнений устно, письменно или иными средствами; техническое, научное, художественное, литературное творчество и производство; свободу преподавания; передачу и получение достоверной информации посредством любых средств ее распространения «ограничиваются уважением прав, закрепленных в данном разделе, предписаний законов, развивающих эти права, и прежде всего правом на честь, частную жизнь, собственное имя и защиту детей и молодежи». «Закон определяет ограничительные условия в пользовании этим правом по мотивам совести и сохранения профессиональной тайны».

Специально обратим внимание на ст. 21 испанской Конституции:

«1. Признается право граждан собираться мирно и без оружия. Для осуществления этого права не требуется предварительного разрешения.

2. О собраниях в общественных местах и демонстрациях должны быть предварительно извещены органы власти, которые могут запретить их только в том случае, если есть достаточные основания предполагать, что названные собрания и демонстрации повлекут за собой нарушение общественного порядка, связанное с возникновением опасности для людей и чьего-либо имущества».

Как убеждаемся, здесь нет оговорки о том, что данное право может быть ограничено законом. Здесь предлагается более конструктивное решение, которое позволяет в соответствующей ситуации свести провозглашенное право на нет. «Основания предполагать» всегда найдутся.

Приведенных примеров вполне достаточно для постановки общего вопроса о необходимости ограничений конституционных прав, о целесообразности их, об оценке тех ограничений, которые содержатся в действующих конституциях цивилизованных государств.

Во-первых, следует, видимо, разделить права человека и права гражданина. Если первые считать неотъемлемыми, а такова господствующая доктрина, то их ограничение вызывает протест. Естественные права человека констатируются конституцией, но не даруются государством. Поэтому государство лишено права изымать их хотя бы и в определенной части. Напротив, права гражданина обусловлены связью человека с государством, исходят от государства и потому



в интересах государства могут быть ограничены. Таково принципиальное решение вопроса в теории. Практика знает вполне объяснимые и более чем целесообразные исключения из теоретических канонов. Например, убийство террориста, взявшего в заложники неповинных людей (лишение террориста права на жизнь), не вызывает сомнений. Вместе с тем разграничение прав человека и гражданина должно повлечь разные формы законодательных ограничений.

Конституция РФ предусматривает такую норму (ч. 3 ст. 56), согласно которой перечисленные в ней права и свободы не подлежат ограничению вообще, даже при чрезвычайных обстоятельствах. Можно было бы предположить, что именно это права человека. И таковые среди не подлежащих ограничению есть, например: право на жизнь, на охрану достоинства личности, на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени и др. Однако в группу неприкосновенных попали и некоторые права гражданина, например право на суд присяжных, право на получение квалифицированной юридической помощи и т. д. Таким образом, критерии, которые российский законодатель положил в основу деления прав на те, которые могут быть ограничены, и те, которые ограничению не подлежат, иные. Выяснить соответствующие основания необходимо, но это предмет особого исследования.

Во-вторых, следует учитывать, что сами права делятся на конституционные и иные. Данная классификация отражена, например, в ч. 1 ст. 55 Конституции РФ: «Перечисление в Конституции Российской Федерации основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина». Следовательно, есть основные (конституционные) права и свободы (перечисленные в Конституции) и есть не основные, не конституционные. Среди конституционных выделены основополагающие, которые не подлежат никакому ограничению, и просто конституционные (основные), которые все-таки могут быть ограничены, но только в чрезвычайных условиях. За пределами тех и других находятся права, которые ограничивать можно всегда, но при соблюдении определенных гарантий. Вводятся ограничения на ограничение этих прав. Представляется, что именно об этих правах говорит ч. 3 ст. 55 Конституции РФ. Норма данной статьи говорит о возможности ограничения прав и свобод человека и гражданина федеральным законом, а ограничение конституционных прав, надо полагать, требовало бы закона конституционного. Разумеется, можно утверждать, что выражение «федеральный закон» здесь употреблено в широ-

ком смысле и означает в том числе конституционные законы. Однако в регулировании такой тонкой материи, как права человека и гражданина, желательны абсолютно точные формулировки. В любом случае конституционалисты должны определиться в возможностях и пределах разных категорий законов ограничивать права и свободы. Нет ясности и в том, как понимать «умаление» прав и свобод, как соотнести его с ограничением прав и свобод. Высокая степень ограничений, как представляется, означает умаление, а иногда — фактическую отмену. Разве не умаляется, например, право граждан на референдум, если это право обставляется рядом ограничительных условий? И тем более следует признать факт умаления конституционного права, если оно ограничивается простым (не конституционным) законом.

В-третьих, приходится признать, что сами ограничения прав и свобод следует подразделить на конституционные и неконституционные. Конституционными будут те ограничения, которые произведены в установленном самой Конституцией порядке при соблюдении всех предусмотренных в ней условий. Все остальные изъятия из провозглашенных Конституцией прав будут ее нарушением, даже если они произведены законом. Часть 3 ст. 55 Основного Закона предусматривает цели, которые могут диктовать законодателю необходимость ограничения прав и свобод человека и гражданина: защита основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства. Надо полагать, расширительному толкованию они не подлежат, да и необходимости в этом нет, так как определены эти цели самым общим образом.

Таким образом, Российская Конституция, в отличие от рассмотренных выше конституций западных государств, пошла по пути формулирования общих норм, предусматривающих возможность ограничения конституционных прав и свобод человека и гражданина и заключения этих возможностей в определенные рамки[1]. В принципе следует позитивно отнестись и к самому институту ограничения прав и свобод, и к тому, какое он получил закрепление. Но только при одном условии — надлежащего функционирования конституционного правосудия. В этом можно убедиться, если посмотреть, какие, например, полномочия предоставляются Конституционному суду Германии. Конституция ФРГ устанавливает (ст. 18):

[1] Здесь следует уточнить. Конституция ФРГ, помимо оговорок в конкретных статьях, содержит признание таковых и в общей форме. Например, ст. 19 гласит: «Поскольку согласно настоящему Основному Закону какое-либо основное право может быть ограничено законом или на основании закона, такой закон должен носить общий характер, а не относиться только к отдельному случаю. Кроме того, в законе должно быть названо это основное право с указанием статьи Основного Закона. Существо содержания основного права ни в коем случае не может быть затронуто».



«Каждый, кто использует свободу выражения мнений, в частности свободу печати (абзац 1 статьи 5), свободу преподавания (абзац 3 статьи 5), свободу собраний (статья 8), свободу объединений (статья 9), тайну переписки, почтовой, телеграфной и иной электросвязи (статья 10), право собственности (статья 14) или право убежища (статья 16а) для борьбы против основ свободного демократического строя, утрачивает эти основные права. Факт и пределы утраты указанных прав определяются решением Федерального конституционного суда».

Деятельность Конституционного Суда РФ позволяет надеяться на ограничение законодателя в его стремлении выйти за рамки ст. 55 и 56 Конституции РФ. Конституционный Суд признает любой иной правовой акт изначально не соответствующим Конституции, если он будет умалять основные права и свободы.

Мне не впервые приходится писать о возможности ограничения конституционных прав. Очередное Послание Федеральному Собранию 2013 года Президента РФ В. В. Путина дает основания усилить аргументацию. «Конституция соединила два базовых приоритета — высочайший статус прав, свобод граждан и сильное государство, — подчеркнув их взаимную обязанность — уважать и защищать друг друга. Убежден, конституционный каркас должен быть стабильным...[1] Последнее очень важно подчеркнуть, но во имя стабильности не избежать того, чтобы конституционно предотвратить возможные случаи, когда граждане вместо уважения и защиты своего государства предпринимают насильственные акции против него и, напротив, когда государство в лице его властных структур обращает свою деятельность против своих граждан. Без соответствующих ограничений не обуздать тот «аморальный интернационал, в который входят и распоясавшиеся, обнаглевшие выходцы из некоторых южных регионов России, и продажные сотрудники правоохранительных органов, которые «крышуют» этническую мафию, и так называемые русские националисты, разного рода сепаратисты, готовые любую бытовую трагедию сделать поводом для вандализма и кровавой бузы»[2]. И как бы в продолжение идей предшествующего Послания В. В. Путин сокрушается по поводу того, что «во многих странах пересматриваются нормы морали и нравственности, стираются национальные традиции и разли-

[1] URL: http://www.rg.ru/2013/12/12/poslanie.html
[2] URL: http://www.rg.ru/2013/12/12/poslanie.html

чия наций и культур. От общества теперь требуют не только здравого признания права каждого на свободу совести, политических взглядов и частной жизни, но и обязательного признания равноценности, как это ни покажется странным, добра и зла, противоположных по смыслу понятий. Подобное разрушение традиционных ценностей «сверху» не только ведет за собой негативные последствия для обществ, но и в корне антидемократично, поскольку проводится в жизнь исходя из абстрактных, отвлеченных идей, вопреки воле народного большинства, которое не принимает происходящей перемены и предлагаемой ревизии». Возникает вопрос: всегда ли институт прав служит защите ценностей, составляющих духовную, нравственную основу цивилизации? И в качестве ответа процитирую известного юриста: «Наверное, это прозвучит для русского уха несколько непривычно, но вообще-то «права человека» — это всего лишь юридическая фикция, созданная для того, чтобы обозначить границы применения властью насилия. Как и всякая фикция, она полезна не сама по себе, а лишь в той степени, в которой выполняет свое предназначение — а именно определяет эти самые границы. Но новообращенный русский «либерализм» воспринял концепцию «прав человека» приблизительно так же, как новообращенные дикари — христианство: они соорудили «правам человека» памятник в виде второй главы Конституции, водрузили его на место поверженных ранее идолов и стали ему молиться»[1]. В контексте всего сказанного предлагаю «молиться» обязанностям государства, обязанностям человека и гражданина.

## «Человеческое измерение» правоприменительной практики в Арктической зоне Российской Федерации[2]

Вот те ценностные суждения, на которых могут сойтись самые разные политические доктрины: «Все во имя человека», «все для блага человека». Это те цели, которые формируют гражданское общество; это те основания, на которых должны осуществляться функции государства. Императивен запрет смотреть на человека как на средство. С позиций «человеческого измерения» он рассматривается как главная ценность и цель.

«Человеческое измерение» касается всех сфер жизнедеятельности в Арктической зоне, но особый акцент приходится делать на этом в

[1] *Пастухов В.* Стоила ли Конституция мессы? // Полит.ру. 2013. 3 окт.

[2] Российская Арктика — территория права. Салехард, 2015. С. 194—201.



связи с господством техногенных идей и, в частности, с современными задачами освоения Арктики, имея в виду экономическую деятельность, разработку недр, добычу и переработку природных ресурсов[1]. «Человеческое измерение» предполагает некие критерии: уровень экономического развития, этнические особенности, религия, мораль, особенности культуры в реальных условиях жизнедеятельности человека с его набором целей, потребностей, способами их удовлетворения. Позитивно уже то (в качестве первого шага), что Минрегион России совместно с Минэкономразвития России и Росстатом проводили работу по формированию системы мониторинга и статистического учета социально-экономического развития Арктической зоны РФ. Но в аспекте нашей темы важно подчеркнуть и то, что в этом мониторинге уделяется внимание обеспечению прав человека и гражданина. Так, изменениями в Закон ЯНАО «О мониторинге правового пространства в Ямало-Ненецком автономном округе» к субъектам, осуществляющим проведение мониторинга в пределах своей компетенции или на основании специальных полномочий, которыми они наделены нормативным правовым актом автономного округа, отнесены Уполномоченный по правам человека в автономном округе и Уполномоченный по защите прав предпринимателей в автономном округе[2].

Все аспекты человеческой деятельности в условиях Крайнего Севера так или иначе, прямо или косвенно, опосредованы правом. В связи с этим приобретают особое значение общенаучные выводы о месте

[1] Нельзя не согласиться с глубоким замечанием академика Н. С. Касимова: «Самое главное, что существует в Арктике, — это уязвимость природной среды, и, наверное, нужно сказать, что и социальной сферы» (URL: http://www.kremlin.ru/news/45856). О прилагаемых усилиях по повышению качества жизни в отдельных регионах Российской Федерации, входящих в Арктическую зону, свидетельствуют, например, некоторые данные, приводимые в отчете губернатора Д. Кобылкина о результатах деятельности Правительства ЯНАО за 2013 г. (URL: http://www.kobilkin.ru/actual/44). На протяжении 10 лет Ямало-Ненецкий автономный округ сохраняет за собой статус территории с благоприятной демографической ситуацией. Рождаемость превышает смертность в три раза. Коэффициент естественного прироста на 1000 человек в 2013 г. превысил более чем в четыре раза показатель по Уральскому федеральному округу (2,7%) и в целом по России в 56,5 раза (0,2%)! Почти 60% родившихся — вторые и последующие дети. Рождаемость третьих детей в семье в 2013 г. выросла на 11%. Количество многодетных семей с 2007 г. увеличилось на 62% (7445 семей на 1 января 2014 г.). В дополнение к федеральным льготам существенным подспорьем для жителей округа стало введение регионального материнского капитала. Всего на Ямале действует более 100 различных мер поддержки. По итогам 2013 г. ими воспользовались 43% жителей округа. Всего, по данным Росстата, по итогам 2013 г. на душу населения в ЯНАО тратится более 293 тысяч бюджетных рублей. Это самый высокий показатель в УрФО и третий по России.

[2] СЗ РФ. 2013. № 19. Ст. 2314.

человека в собственно правовой деятельности государства: законодательной и правоприменительной. Отправными положениями здесь являются конституционные установления. Конституция России объявила человека, его права и свободы высшей ценностью. В обязанность государству вменены признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина. Тем самым на государство накладываются некие обременения, которые можно рассматривать как ограничения в его деятельности. Никакие иные ценности не могут вовлекаться в качестве противовеса правам и свободам в угоду собственным интересам государства, но в то же время обязательно вовлекаются в обоснование пределов осуществления любых прав и свобод.

В октябре 2014 г. на заседании «Меркурий-клуба» Е. Примаков назвал пять направлений развития Арктики. Полагаю, в качестве самостоятельного направления следует указать *освоение современных правовых ресурсов (внутренних и международных) для определения границ человеческой деятельности в Арктической зоне.*

Арктическая зона, Крайний Север — климат и природные условия — вот что выходит на первый план. И если отвлечься от теологической рефлексии, то вряд ли можно оспорить объективность природных онтологий. Но в той же степени объективны и социальные условия, социальные процессы, которые с необходимостью предопределяются природными, поэтому, когда констатируют, что природа Арктики очень хрупка и чрезвычайно чувствительна к внешнему воздействию, следует тотчас ставить вопрос о чувствительности и хрупкости человека и человеческих отношений. Негативные последствия не заставят долго ждать, когда человек и сообщество людей выносятся за пределы биосферы и толкуются как надприродные. Роль социальных факторов, даже роль отдельной личности, столь существенна и столь субъективна, что юридической науке приходится изыскивать средства, во-первых, для поощрения деятельности социума в соответствии с природной закономерностью и, во-вторых, для предотвращения и пресечения его деятельности вопреки природе.

Специалисты обозначают ряд ключевых задач по повышению уровня социально-экономического развития Арктической зоны РФ: это расширение ресурсной базы, сохранение и обеспечение защиты природной среды, ликвидация экологических последствий хозяйственной деятельности, формирование единого информационного пространства, обеспечение высокого уровня научных исследований, сотрудничество с другими арктическими государствами. На повестке дня ряд крупных инвестиционных проектов, связанных с освоением ресурсов



углеводородов на побережье и шельфе арктических морей, а также с созданием новых промышленных объектов и транспортных коридоров. Констатируем известное только для того, чтобы подчеркнуть необходимость обновления соответствующих институтов российского законодательства применительно к Арктической зоне России.

«Человеческое измерение» с необходимостью должно пронизывать не только внутреннее право, но и международное (вопросы определения арктических зон прибрежных государств, вопросы суверенитета прибрежного государства, мирного прохода судов через территориальное море и захода в порты судов любой национальности на недискриминационной основе и т. д.).

Президент России В. В. Путин на круглом столе по вопросам безопасного и эффективного освоения Арктики заметил: «Нам нужна новая логика, современные принципы работы в Арктике»[1]. В составе этих принципов, как представляется, и принципы права, в том числе международного, которое в качестве общепризнанного входит в правовую систему Российской Федерации. На том же круглом столе подчеркивались «обязательное следование самым строгим экологическим стандартам, безусловный приоритет природоохранных мероприятий... предельная прозрачность хозяйственной деятельности в Арктике... постоянный диалог с институтами гражданского общества, с природоохранными и экологическими организациями — естественно, прежде всего с теми, кто преследует искренне благородные цели, а не спекулирует на экологических проблемах, не превращает их в предмет торга, собственного пиара или бизнеса»[2].

«Человеческое измерение» в правотворчестве требует приближения правового регулирования к реальным условиям жизнедеятельности. Статья 73 Конституции РФ предполагает собственные полномочия субъектов Российской Федерации. Можно предположить, что таковые в какой-то части должны иметь место по предмету регулирования определенных отношений в арктических местностях. В соответствии со ст. 130 Конституции вопросы «местного значения» решаются населением в рамках местного самоуправления. Однако вполне уместны, на мой взгляд, в названной сфере и акты субъекта Федерации. Так, в рамках объявленного на Ямале Года народосбережения (2013 г.) было подготовлено 134 законопроекта, большая часть из которых носила социальный характер. Наиболее значимыми стали законы «Об образовании», «Об оленеводстве», «Об увеличении прожиточного минимума»,

[1] URL: http://www.kremlin.ru/news/45856
[2] Там же.

«Об обеспечении полноценным питанием детей в возрасте до трех лет в малоимущих семьях» и др.[1] Следует отметить, что законодательство в этой части пробельно. Сошлемся, например, на Закон ЯНАО от 6 апреля 2006 г. № 13-ЗАО «О правотворчестве» (принят Государственной Думой Ямало-Ненецкого АО 22 марта 2006 г.). Высококачественный документ (на федеральном уровне такой закон не принят) обходит вопрос о видах актов округа в рамках собственной компетенции и их соотношении с актами местного самоуправления. Между тем здесь весьма распространены так называемые приказы нормативного характера, как, например, принятый 30 октября 2014 г. приказ «Об утверждении границы территории выявленного объекта археологического наследия «Поселение Усть-Харампур 17» и режима использования территории выявленного объекта археологического наследия». Разумеется, учет местных особенностей отражен в отдельных отраслевых законах. Так, в Законе ЯНАО «О здравоохранении в Ямало-Ненецком автономном округе» содержится ст. 41 «Государственные гарантии в сфере охраны здоровья граждан из числа коренных малочисленных народов Севера и других этнических общностей, ведущих традиционный образ жизни на территории автономного округа», устанавливающая перечень таких гарантий.

Весьма острым для северных территорий всегда являлось регулирование природопользования и возможных здесь ограничений. Всегда ли и все ли вопросы целесообразно регулировать здесь актами центральных органов? В частности, ограничения рыболовства устанавливаются в соответствии со ст. 26 Федерального закона от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов»[2], согласно положениям которого в целях обеспечения сохранения водных биоресурсов и их рационального использования могут устанавливаться ограничения рыболовства по видам и количеству разрешаемых орудий и способов добычи (вылова) водных биоресурсов; размеру ячеи орудий добычи (вылова) водных биоресурсов, размеру конструкций орудий добычи (вылова) водных биоресурсов; периодам рыболовства в водных объектах рыбохозяйственного значения, а также иные ограничения рыболовства, которые устанавливаются федеральным органом исполнительной власти в области рыболовства в соответствии с федеральными законами. Представляется правильным закрепление конституционного принципа об ограничении прав только федеральным законом, но предоставление прав, наделение соответствующими правами возможно в том числе и актами субъекта Федерации, и актами органов местного самоуправления.

[1] См.: Отчет *Д. Кобылкина* о результатах деятельности Правительства ЯНАО за 2013 г. URL: http://www. kobilkin.ru/actual/44

[2] СЗ РФ. 2004. № 52 (ч. I). Ст. 5270.



В разные годы и по разным поводам дискутировались вопросы относительно прерогатив законодательной или правоприменительной работы. Общего ответа здесь нет, но не лишено истины заключение, что при наличии даже имеющегося арктического законодательства можно добиваться социально полезных результатов. При всей важности надлежащего правотворчества в решении проблем развития Арктической зоны центр тяжести «человеческого измерения» практического их решения находится в сфере реализации права, в правоприменительной деятельности. При этом имеется в виду прежде всего позитивная деятельность по удовлетворению законных интересов граждан в деятельности администраций государственных органов и органов местного самоуправления.

Всего в III квартале 2014 г. аппаратом губернатора Ямало-Ненецкого автономного округа рассмотрено 315 обращений. Преобладающее число обращений поступило от жителей автономного округа — 304 (96,5%), от других субъектов Российской Федерации — 10 обращений (3,2%), от стран СНГ — 1 обращение (0,3%). Это обращения по вопросам жилищной сферы (29,4%), труда и занятости (17,7%), основ государственного управления (11,8%), социальной сферы (11,8%), образования (5,9%) и прочие (23,4%). Причем 98 (31%) граждан указали льготную категорию, наибольшую долю из них составили инвалиды и семьи, имеющие детей-инвалидов (33%), представители коренных малочисленных народов Севера (30%), ветераны труда и ветераны Ямала (19%), многодетные семьи (7%) и другие (11%). По результатам рассмотрения 7% обращений приняты меры (22 обращения), по 88% обращений гражданам даны мотивированные ответы разъяснительного характера (278 обращений), остальные 5% находятся в работе (15 обращений)[1].

Нельзя не обратить внимание на то, что процент обращений, поддержанных администрацией, все-таки незначительный. Для выводов анализируемые данные недостаточно репрезентативны, но можно предположить, что в реализации жилищной, образовательной и трудовой политики (основные темы обращений в этих областях) необходимы дополнительные усилия (обеспечение ресурсами в первую очередь).

[1] URL: http://apparat-yanao.ru/apparat/uprsog/informatsiya-o-rabote-s-obrashcheniyami-grazhdan-v-yamalo- nenetskom-avtonomnom-okruge/16594/

Общий вывод такой: главные усилия должны предприниматься в сфере обеспечения прав северян. Акцент на охрану прав граждан (прав северных народов) не выдерживает строгой критики — никто не преследует специальной цели нарушить эти права. Однако учет особенностей правоприменительной деятельности управленческих органов применительно к арктическим условиям представляется недостаточным.

Вопросом второй очереди является возложение ответственности за неправомерное поведение. В правоохранительной деятельности имеется определенный опыт, в том числе и по контролю за своевременным, законным и справедливым применением санкций, с учетом северной специфики. Так, например, в одной из справок областного суда «О результатах обобщения судебной практики по рассмотрению уголовных дел о незаконной добыче (вылове) водных биологических ресурсов (ст. 256 УК РФ)» указано: «При рассмотрении уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ст. 256 УК РФ, также следует учитывать, что на территории Ямало-Ненецкого автономного округа проживают коренные малочисленные народы Крайнего Севера, ведущие традиционный образ жизни и осуществляющие традиционную хозяйственную деятельность, связанную с добычей рыбы... Учет интересов населения, для которого рыболовство является основой существования, в том числе коренных малочисленных народов Севера, является одним из принципов законодательства о рыболовстве, согласно которому этим лицам должен быть обеспечен доступ к водным биоресурсам, отнесенным к объектам рыболовства, для обеспечения жизнедеятельности.

Поскольку принадлежность подсудимого к коренным малочисленным народам Крайнего Севера в определенных случаях может иметь значение для правильного разрешения уголовного дела, об этом следует указывать во вводной части приговора»[1].

Ознакомление с решениями федеральных судов и судов ЯНАО позволяет заключить, что в большинстве случаев судьи учитывают законодательство, обеспечивающее порядок рыболовства в целях обеспечения традиционного образа жизни и осуществления традиционной хозяйственной деятельности коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации. Традиционное рыболовство без предоставления рыбопромыслового участка осуществляется без разрешения на добычу (вылов) водных биоресурсов, за исключением добычи (вылова) редких и находящихся под угрозой исчезновения (занесенных в Красную книгу РФ) видов водных биоресурсов. Распоряжение Правительства РФ от 17 апреля 2006 г. № 536-р устанавливает перечень коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации. В соответствии с п. 50 Правил рыболовства для Западно-Сибирского рыбохозяйственного бассейна, утвержденных приказом Росрыболовства от 13 ноября 2008 г. № 319, традиционное рыболовство осуществляется коренными малочисленными народами Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации в районах их проживания, на рыбопромысловых участках, предоставляемых для этих целей общинам или физическим лицам, а также на маршрутах кочевий, временных стоянках и промежуточных базах для личного потребления.

[1] URL: http://oblsud.ynao.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=48&cl=1



При вынесении приговора учитывается положение подсудимого. Так, по делу Р. в приговоре мирового судьи указано: Р., который незаконно добыл водные биологические ресурсы, причинив крупный ущерб, по месту жительства и предыдущему месту работы характеризуется положительно, на диспансерных учетах у врачей — психиатра, психиатра-нарколога не состоит, к административной ответственности за нарушение общественного порядка не привлекался, ранее не судим, имеет многочисленные благодарности и грамоты Департамента по делам коренных малочисленных народов Севера ЯНАО, Ассоциации «Ямал — потомкам!», губернатора ЯНАО, Министерства сельского хозяйства РФ за многолетний добросовестный труд в агропромышленном комплексе Крайнего Севера, большой вклад в развитие северного оленеводства, сохранение традиций и обычаев коренных малочисленных народов Севера ЯНАО, неоднократно занимал призовые места в соревнованиях по традиционным видам спорта и в конкурсах среди народов Крайнего Севера, что подтверждается грамотами.

Определяя вид и размер наказания, суд учитывает сложное материальное положение подсудимого и его многодетной семьи, не имеющих постоянного дохода и возможности оплатить штраф, с учетом обстоятельств дела и личности виновного определяет наказание по правилам ч. 1 ст. 62 Уголовного кодекса РФ в виде обязательных работ на срок, способствующий исправлению осужденного[1].

Обращает на себя внимание то, что в постановлениях об административных правонарушениях, связанных с рыболовством, часто упо-

[1] URL: https://rospravosudie.com/court-sudebnyj-uchastok-nadymskogo-rajona-s/act-207861083/

требляется формула «без конфискации судна и других орудий добычи (вылова) водных биологических ресурсов»[1]. Такая правоприменительная практика нам представляется правильной, поскольку устанавливаются обстоятельства трудного материального положения семьи виновного, который не планировал реализацию добытых ресурсов.

## Естественно-правовые основания ограничения прав человека и гражданина[2]

Проблема ограничений в праве достаточно широко рассматривалась в отечественной науке[3]. Однако вопрос об основаниях ограничений и, в частности, об основаниях естественного плана по-прежнему требует внимания как с теоретической, так и с практической точки зрения[4]. При этом мы исходим из того, что, какие бы ограничения ни оказались в центре внимания (их классификация — предмет специальной публикации), все они так или иначе связаны с правами человека и гражданина. Настоящая статья в теоретическом плане преследует в конечном счете узкую цель: скомпрометировать безоговорочно восторженное отношение к правам человека, предающее забвению его естественные и социальные обязанности[5]. В практическом отношении

[1] URL: https://rospravosudie.com/court-sudebnyj-uchastok-priuralskogo-rajona-s/act-215077981/

[2] Юридическая техника. 2018. № 12. С. 22—30.

[3] Библиография, а также некоторые общие выводы автором уже публиковались. См.: *Лазарев В. В.* Ограничение прав и свобод как теоретическая и практическая проблема // Журнал российского права. 2009. № 9; *Он же.* Права человека и права гражданина: диалектика отношений // Новая юстиция. Журнал судебных прецедентов. 2009. № 1; *Он же.* «Отъемлемые» и «неотъемлемые» права и свободы человека и гражданина // Конституционные права и свободы личности в контексте взаимодействия гражданского общества и правового государства: матер. II Междунар. науч.-теорет. конф. М., 2010; *Он же.* Естественно-правовые пределы свободы выражения и самовыражения // Правоведение. 2014. № 4.

[4] В обоснование формулируемой нами темы можно только сослаться на признанного теоретика естественного права Дж. Финниса: «...Развитие современной юриспруденции наводит на мысль, а методологическая рефлексия всех общественных наук подтверждает, что теоретик не способен дать теоретическое описание и анализ социальных фактов, если он в то же время не участвует в деятельности по оцениванию, по выработке понимания того, что на самом деле хорошо для человека и чего действительно требует практическая разумность» (Финнис Дж. Естественное право и естественные права М., 2012. С. 19). Социальные факты ограничений в праве как нельзя более нуждаются в аксиологии через призму естественного права.

[5] Нахожу здравыми рассуждения, которыми доказываются следующие тезисы: «1. Практика расширения и реализации прав человека в западных странах пошла по неверному (а точнее сказать — гибельному) пути. 2. Всеобщая декларации прав человека и другие основанные на ней международные документы нуждаются в дальнейшем совершенствовании, а именно: в закреплении обязанностей человека, в определенном ограничении некоторых прав и свобод личности с учетом общественных интересов и традиционных норм морали и нравственности и, наконец, в их корректировке с позиций общечеловеческих, межцивилизационных ценностей». См.: *Данилюк С. Е.* Современная концепция прав человека: пути преодоления кризиса // Всеобщей декларации прав человека 60 лет: генезис, эволюция и проблемы современного прочтения: сб. науч. труд. Акад. МВД Республики Беларусь. Минск, 2009. С. 90. URL: http://natbookcat.org.by/isgbi/ marcview.do?id=670027&position=12



предпринимается попытка обосновать необходимость подведения под многочисленные ограничения, практикуемые законодателями, разумных (естественно-правовых) оснований.

Уместно в этой связи начать с примера. С 10 января 2010 г. Федеральным законом № 377-ФЗ от 27 декабря 2009 г. в действие введен такой вид уголовного наказания, как ограничение свободы. Статьей 53 УК РФ к числу ограничений отнесено:

1) не уходить из места постоянного проживания (пребывания) в определенное время суток;

2) не посещать определенные места, расположенные в пределах территории соответствующего муниципального образования;

3) не выезжать за пределы территории соответствующего муниципального образования;

4) не посещать места проведения массовых и иных мероприятий и не участвовать в указанных мероприятиях;

5) не изменять место жительства или пребывания, место работы и (или) учебы без согласия специализированного государственного органа, осуществляющего надзор за отбыванием осужденными наказания в виде ограничения свободы.

Установление каких-либо ограничений в качестве наказания представляется научно необоснованным. В силу разных обстоятельств государство может устанавливать запреты и предусматривать ответственность за нарушение запретов. Причем запреты эти по общему правилу должны быть административно-правовыми, а в уголовно-правовой сфере — уголовно-процессуальными. Их нарушение может влиять на назначение меры наказания по уголовному делу, но никак не быть самостоятельным составом преступления. Из обозначенного в ст. 532 УК РФ перечня видно, что каждое ограничение связано с правами человека, имеющими естественную природу. Криминализация того, что человек имеет по природе своей, — это нарушение принципов пропорциональности. Такого рода криминализация может не выдержать сопоставления значимости социальных интересов, стоя-

щих за ограничиваемым правом, и тех целей, для достижения которых устанавливается данное ограничение. Кроме того, установление данного вида наказания в качестве основного нарушает принцип равенства граждан, поскольку ограничение свободы не назначается военнослужащим, иностранным гражданам, лицам без гражданства, а также лицам, не имеющим места постоянного проживания на территории Российской Федерации. Названные ограничения во многом теряли смысл, по существу, уже тогда, когда наказание в виде ограничения свободы отбывалось в исправительных центрах, как это было предусмотрено ч. 7 ст. 16, ч. 1 ст. 47 УИК РФ до принятия Федерального закона № 377-ФЗ. Уместно также сослаться на позиции Конституционного Суда РФ. Конституционный Суд указывает на недопустимость использования средств уголовного закона для несоразмерного, избыточного ограничения прав и свобод при применении мер уголовной ответственности. По его мнению, конституционными требованиями справедливости и соразмерности предопределяется дифференциация публично-правовой ответственности в зависимости от тяжести содеянного, размера и характера причиненного ущерба, степени вины правонарушителя и иных существенных обстоятельств, обусловливающих индивидуализацию при применении тех или иных мер государственного принуждения. Соответственно, меры, устанавливаемые в уголовном законе в целях защиты конституционно значимых ценностей, должны определяться исходя из требования адекватности порождаемых ими последствий (в том числе для лица, в отношении которого они применяются) тому вреду, который причинен в результате преступного деяния, с тем чтобы обеспечивались соразмерность мер уголовного наказания и совершенного преступления, а также баланс основных прав индивида и общего интереса, состоящего в защите личности, общества и государства от преступных посягательств. Принцип соразмерности правонарушения и мер юридической ответственности обязывает федерального законодателя устанавливать меры уголовной ответственности, адекватные общественной опасности преступления, отграничивая при этом запрещенные уголовным законом деяния и уголовные наказания от административных правонарушений и мер административной ответственности, не допуская смешения оснований и видов уголовной и административной ответственности[1].

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положения части первой статьи 1888 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки М. А. Асламазян (п. 2, 5.3 мотивировочной части)» // СЗ РФ. 2008. № 24. Ст. 2892.



Между тем что может быть на деле? Человек совершил умышленное причинение средней тяжести вреда здоровью (ст. 112 УК), и его в течение трех лет могут не пускать на мероприятия оппозиционной партии и на любые массовые мероприятия, хотя бы и разрешенные законом, в течение трех лет! Он побил приставшего к его жене! Или жену! О какой пропорциональности может идти речь? А ведь ограничение свободы значится первым в ряду предусмотренных наказаний. На наш взгляд, в большинстве случаев данная мера уголовного наказания, весьма распространенная в УК РФ, скорее, связывается вообще с личностью, а не с характером предусмотренного состава преступления, но если законодатель действительно имеет в виду данное основание, он должен соразмерно предусмотреть лишение свободы, то есть изоляцию человека от общества.

В судебной практике отмечено неверное употребление терминов «ограничения» и «обязанности» (в некоторых случаях производится их подмена — ограничения именуются обязанностями)[1]. Представляется, что с точки зрения существа вопроса никакой подмены нет. Человек с точки зрения естественного права имеет возможность свободно передвигаться, а закон устанавливает (цитирую!) «не выезжать за пределы территории соответствующего муниципального образования». Что это, как не обязанность? И за нарушение данной обязанности следуют санкции, но за названным «смешением» кроются большие концептуальные представления о диалектической связи прав и обязанностей, естественных основаниях тех и других и естественно-правовых основаниях исключений из тех и других. Убежден в актуальности постановки специальной темы о естественно-правовых основаниях ограничений правовых обязанностей. В настоящей публикации исхожу из того, что эта тема охватывается общей постановкой проблемы ограничений в праве.

Вместе с тем, раскрывая тему, следует всегда иметь в виду, ставится ли вопрос об ограничениях в праве вообще, в регулировании определенной сферы общественных отношений безотносительно к их участникам или это вопрос об ограничении конкретного права в отношении конкретного субъекта при данных конкретных обстоятельствах места и времени. Соответственно и акценты в проблемах, и выводы будут разные, коль скоро они будут исходить от теоретика, от законодателя или от правоприменителя. Вместе с тем всегда пойдет речь «об уменьшении объема возможностей, свободы, а значит, и прав лич-

[1] См.: *Гладкова С. Я., Шкоркин А. Ю.* Особенности назначения наказания в виде ограничения свободы // Принцип гласности. 2014. № 1 (23).

ности, что достигается с помощью обязанностей, запретов, наказаний и т. п.»[1]. Согласно «Толковому словарю» Дмитриева ограничением называют действия (или, соответственно, правила, законы, распоряжения), направленные на то, чтобы установить допустимый предел, норму чего-либо, сократить, уменьшить что-либо.

Проблема ограничений права требует разграничения прав человека и прав гражданина. Первые считаются неотъемлемыми, и, следовательно, их ограничение вызывает протест. Естественные права человека констатируются конституцией, но не даруются государством, поэтому государство лишено права изымать их, хотя бы и в определенной части. Напротив, права гражданина обусловлены связью человека с государством, исходят от государства и потому в интересах государства и в интересах самого гражданина могут быть ограничены. Такова теория[2]. Практика знает вполне объяснимые и более чем целесообразные исключения из теоретических канонов. Например, убийство террориста, взявшего в заложники неповинных людей (лишение террориста права на жизнь), или (недавняя история) лишение жизни непосредственно в здании суда обвиняемых, намеревавшихся совершить побег (еще не успевших взять кого-либо в заложники), не вызывают сомнений. Таким образом, разграничение прав человека и гражданина должно повлечь разные формы законодательных ограничений[3]. А для правоприменителя, как убеждаемся, естественно-правовое основание может действовать непосредственно и даже вопреки позитивному закону.

[1] *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве // Общая теория государства и права: академический курс: в 3 т. Т. 3. М., 2007. С. 362.

[2] Мы видим попытку следовать этой теории, когда прямо ставится вопрос об ограничении позитивных (конституционных) прав, хотя бы за ними и просматривались естественные права, каковым является, в частности, право собственности. Так, согласно п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 1 июня 2017 г. № 19 «О практике рассмотрения судами ходатайств о производстве следственных действий, связанных с ограничением конституционных прав граждан (ст. 165 УПК РФ)» при наложении ареста на имущество судья должен установить ограничения, связанные с владением, пользованием, распоряжением арестованным имуществом. Такие ограничения могут выражаться, например, в запрете распоряжаться данным имуществом путем заключения договоров купли-продажи, аренды, дарения, залога и иных сделок, последствием которых является отчуждение или обременение данного имущества. URL: http://legalacts.ru/sud/postanovlenieplenumaverkhovnogosudarfot01062017n19/

[3] Так, законодательство Российской Федерации позволяет судебному приставу-исполнителю при наличии достаточных оснований выносить постановление о временном ограничении на пользование гражданином-должником специальных прав, таких, например, как право управления транспортными средствами.



Сказанное позволяет выйти на решение более общего вопроса — ограничение права касается позитивного права или эта проблема затрагивает и естественное право? Если естественный закон — не человеческое соглашение, а веление разума[1], *то всякие ограничения его бессмысленны*. Тем не менее возникают вопросы в отношении конкретных естественных законов. Например, второй естественный закон у Гоббса гласит: «соглашений нужно придерживаться». Всегда ли? Соглашение о недонесении в отношении разбойника, который отпустил тебя, забрав драгоценности? Аргументы в пользу безоговорочного исполнения соглашений есть и здесь, и, таким образом, философская максима о невозможности изъятий из естественного закона остается непоколебимой. Первый естественный закон у Гоббса требует упразднить общность имущества. Надо полагать, здесь в любом случае естественны ограничения, но имеется в виду установление частной собственности. Попытки строить общество, полностью упраздняя частную собственность, оказываются утопическими, противоестественными и к добру не приводящими. Проблема ограничений собственно по естественному праву не существует. Она актуальна только для теории, для рассуждений о естественном праве, но она становится актуальной практически, как только начинаем оценивать позитивное право, выявлять, в какой степени позитивное право воплощает в себе естественное. *«Lex injusta non est lex».*

Было бы неверно за каждым велением позитивного права видеть право естественное. И решение вопроса об ограничении права или запрете такового не всегда связывается с естественно-правовыми основаниями. Например, Конституция Российской Федерации предусматривает такую норму (ч. 3 ст. 56), согласно которой перечисленные в ней права и свободы не подлежат ограничению вообще. Даже при чрезвычайных обстоятельствах. Можно было бы предположить, что это именно права человека. И таковые среди не подлежащих ограничению есть. Например, право на жизнь, на охрану достоинства личности, на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своих чести и доброго имени и др. Но здесь есть и такие права (хранение информации о частной жизни лица; ознакомление с материалами, касающимися прав и свобод; свободное использование имущества для предпринимательской деятельности; право на получение квалифицированной юридической помощи и т. п.), которые скорее следует относить к правам гражданина, имеющим соци-

[1] См.: *Гоббс Т.* О человеке. Избранные произведения: в 2 т. Т. 1. М., 1964. С. 309—311.

альное происхождение. Разумеется, не всегда уместно проводить разницу между правами человека и правами гражданина, но представляется необоснованным помещение в одну корзину прав человека и прав гражданина с точки зрения решения вопросов ограничения прав. Отдельные ограничения прав и свобод с указанием пределов и срока их действия должны касаться прав и свобод гражданина, но не прав человека. Нет юридической чистоты и в решении вопроса о первенстве тех или других. Нормы ч. 2 ст. 47, ч. 3 ст. 50, ст. 51, 52, 53, 54 Конституции РФ сформулированы так, что позволяют выведение естественных прав человека из положений позитивного закона, а не наоборот.

Право и ограничения в праве — вопросы философии права. Первый исходный тезис, претендующий на первенство всей философии права: право в целом мыслится как ограничение свободы человека и гражданина. По сути! В цивилизованном обществе право преследует цель обеспечения максимальной свободы человека в социальной жизни, но в то же время право устанавливает гарантии этой свободы, которые могут предоставляться только за счет ее ограничения. Общепризнано, что свобода в обществе возможна только на основе ее взаимного признания участниками социального общения, из чего следует ограничение свободы каждого свободой другого.

По содержанию право — это система ограничений. Право от других систем социальной регуляции перенимает позитивное регулирование, указывающее наиболее благотворное и эффективное достижение позитивных целей. Более того, как и некоторые другие социальные нормы, право стимулирует положительное поведение. Ограничения же в известной степени противоположны правовым стимулам. Во всяком случае, они не направлены на стимулирование реализации предоставленного права. Законодателю по большому счету нет естественной необходимости устанавливать стимулы в реализации прав и свобод. Последние по определению заключают в себе соответствующие стимулы.

Ограничение прав не предполагает обязательно посягательство на конкретное право. Напротив, воплощаемая в праве свобода только усиливается ограничением этой свободы во имя свободы других. Ограничения права, таким образом, не обязательно связаны с неблагоприятными последствиями для собственных интересов субъектов и, следовательно, не обязательно обозначают собой отрицательную правовую мотивацию, но право потому и право, тем и отличается от иных социальных норм, что не просто содержит дозволения, обязанности и запреты, но обеспечивает их выполнение принудительно специально создаваемой силой государственных органов. В религии тоже есть запреты. В морали тоже есть запреты, таким образом ограничения свойственны не только праву, но конфликты более ярко проявляют себя в пространстве права, и поэтому потребовалось более определенное и сильное средство, ограничивающее произвол одного против другого. «Жизнь права есть борьба, борьба народов, государственной власти, сословий, индивидов... Вся жизнь права, в общем и целом, являет то же зрелище безостановочной борьбы и труда целого народа»[1].



Любые установления в качестве общего правила и любые исключения из него могут быть в полной мере поняты только через постижение их смысла, или, иначе говоря, их цели, их ценности, их значимости или важности, как они мыслятся теми, кто совершает их, участвует в них и т. д.

Все позитивные и негативные свойства права в той же степени присущи и ограничениям в праве, но как специфическому правовому явлению им свойственны и свои особые характеристики. Например, всегда необходима оценка пропорциональности ограничительной меры, и далее мы покажем, что принцип пропорциональности во многом покоится на естественно-правовом основании равенства, но уже здесь заметим, что в оценках всегда следует предварительно убедиться в происхождении правового явления: или оно естественно, или сугубо социально. Например, такой важнейший и основополагающий институт, как дееспособность, имеет естественно-правовое основание; институт правоспособности имеет социальное происхождение. Последний предполагает ограничения, тогда как первый — сомнительно. Или человек способен своими действиями приобретать права и нести обязанности, или нет.

Исключения еще в большей степени, чем при первичном позитивном регулировании, подлежат соизмерению с целями. Всегда могут существовать альтернативы, менее ограничительные меры, которые приведут к искомой цели. Всегда есть необходимость обойтись без вмешательства, предотвратив избыточное регулирование, что тем очевиднее, если без очевидной необходимости устанавливаются обременения.

Естественно основание ограничений того, кто вопреки естественному разуму начинает искусственно создаваемыми нормами ограничивать свободу человека. Исторически таковым адресатом естественно-правовых запретов явилось государство. Право всегда представля-

[1] *Эрлих Е.* Борьба за право. 1904. С. 3.

ет собой некую коммуникацию, и потому проблема состояла в том, чтобы ограничить ту или другую сторону в той или другой степени. По иронии исторических судеб или столь же естественно в большей мере ограничения касались слабой стороны[1]. В цивилизованном обществе многое меняется. Конституции многих государств объявляют человека, его права и свободы высшей ценностью. В обязанность государству вменено признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина. Тем самым на государство накладывается такое обременение, которое диалектический подход позволяет рассматривать как ограничение в его деятельности. Представляется, что все иные ценности имеют для государства то значение, что они не могут вовлекаться в качестве противовеса правам и свободам в угоду собственным интересам государства, но обязательно вовлекаются в обоснование пределов осуществления любых прав и свобод.

Бессмысленно вне исторического контекста вести спор о первенстве индивидуальных или общественных интересов, правах личности или правах государства. Вместе с тем цивилизованный подход утверждает по отношению к гражданам принцип «что не запрещено — то дозволено», а по отношению к государству «разрешено только то, что разрешено». И там, и там просматривается ограничение деятельности, но акценты и соответственно практические формы регулирования разные.

Нельзя не видеть, что естественно-правовые основания как цели закреплены наряду с другими в международно-правовых документах. Так, во Всеобщей декларации прав человека такими основаниями-целями являются (п. 2 ст. 29):

— обеспечение должного признания и уважения прав и свобод других людей;

— удовлетворение справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе.

Согласно ст. 4 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах ограничения должны осуществляться с це-

[1] В ее защиту выдвинута идея «неотъемлемых прав». С. С. Алексеев повторяет И. А. Покровского: «...Есть такие «неотъемлемые права человека», которые никаким законом уничтожены быть не могут, которые даже для государства в целом недосягаемы. Если всякое субъективное право обеспечивает личность от произвола в л а с т е й, то идея «неотъемлемых прав» направляется против государства как такового». См.: *Алексеев С. С.* Два имени // Собр. соч.: в 10 т. Т. 9: Публицистика. М., 2010. С. 18. Речь не идет о невозможности ограничения права индивида, права субъективного. Нельзя изъять, уничтожить право объективное, если оно естественное. Ценность идеи в ее направленности.



лью способствования общему благосостоянию, определяться законом и не могут противоречить природе ограничиваемых прав; согласно целому ряду статей (ст. 12, 18, 19), если они необходимы для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения, а также прав и свобод других лиц.

В Европейской конвенции ограничения вводятся преимущественно по социально-политическим основаниям, но и там указана цель, например охраны здоровья или нравственности населения (см. ст. 8—9).

Национальное законодательство также не чуждо закреплению естественно-правовых оснований. Конституция РФ в таком качестве устанавливает защиту нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц (ч. 3 ст. 55).

Названные цели во многом обусловливают специфику естественно-правовых средств их достижения. Представляется, что более всего ограничивают поступки человека, его поведение в целом такие свойства, внутренне присущие именно человеку, как стыд и совесть (см. энциклопедии). Именно они выступают естественными основаниями, ограничивающими реализацию субъективного права. *Скромность, справедливость, доверие, человечность, милосердие, умеренность, щедрость, смелость* — все то, что для поддержания мира указывалось представителями естественно-правовых взглядов независимо от противоположных исходных позиций в обоснование естественного права.

В цивилизованном обществе самообязывание человека и обусловленное им самоограничение является одним из сущностных проявлений естественного самовыражения субъекта права. По своей ценности оно превосходит обязывание позитивным правом. При этом следует видеть ограниченность современных концепций, ставящих во главу угла права человека. Не менее естественны и обязанности человека, вытекающие из природы вещей и природы человека, требования и поведенческие алгоритмы, заставляющие лицо делать так, а не иначе под угрозой нанесения ущерба собственному здоровью и жизни. У Гоббса всякое нарушение естественных законов состоит в ложном рассуждении или в глупости людей, «не видящих своих обязанностей по отношению к другим людям, обязанностей, выполнение которых необходимо для их самосохранения»[1].

Если сообщество людей изначально покоится на взаимном опасении и взаимном страхе[2], то во имя сохранения сообщества, самой гло-

[1] *Гоббс Т.* О человеке // Избранные произведения: в 2 т. Т. 1. М., 1964. С. 311.

[2] Там же. С. 302.

бальной и естественной цели его существования, естественны, в первую очередь, нормы, ограничивающие поведение людей. Логически можно заключить, что ограничения с точки зрения первого основания естественного права, сформулированного Гоббсом, не могут касаться только тех действий, которые предпринимаются для защиты жизни и здоровья. Объяснимо ли с позиций естественного права поведение осужденного Сократа, принявшего яд, отказавшись от организованного друзьями побега? По сути обвинение и приговор о виновности были несправедливы, но что будет, если каждый будет бегать от закона? Жертвенное самовыражение в интересах общества, естественное самоограничение Сократа позволяет видеть естественное основание в выполнении морально ущербных решений, чтобы не допустить ослабления «закона», правовой системы (норм, учреждений, решений) в целом, поэтому можно понять критическое отношение к триаде: «1. Личность — 2. Общество — 3. Государство» в той степени, в какой такая последовательность определяет господство идеологии и ценностей индивидуализма и эгоизма[1].

Со ссылкой на Аквинского Джон Финнис утверждает, что любой здравомыслящий человек способен понять: жизнь, знание, содружество, потомство и некоторые другие основные аспекты человеческого существования суть блага сами по себе, что первые принципы естественного права, которые определяют основные виды блага и зла и которые могут быть адекватно поняты любым, кто достиг сознательного возраста (а не только метафизиками), являются *per se nota* (самоочевидными) и недоказуемыми. Они не выводятся из умозрительных принципов. Они не выводятся из фактов. Они не выводятся из метафизических положений о человеческой природе, о природе блага и зла или «о назначении человека»; не выводятся они и из телеологических представлений о природе, как и из любых других представлений о ней. Они не выводятся из чего-либо и не являются следствием чего-либо. Они не производимы (хотя и не врожденны). Принципы различения правильного и неправильного также происходят от этих первичных, предшествующих морали принципов практической разумности, а не от каких-либо метафизических или иных фактов[2]. «Предшествуют» ли обязанности правам? — задается Финнис вопросом и, не принимая альтернативу «или/или», пишет: «...Есть основание считать понятие долга, обязанности или требования играющими стратегически более важную объяснительную роль, чем понятие прав»[1]. Можно дискутировать по поводу того, на какое место ставить обязанности человека, но нельзя не видеть, что они столь же естественны, как и права человека[2].

Многие философы видели обязанности и как нравственный долг (долг добродетели), и как правовой долг, которому свойственны некие правомочия. У Гегеля человек обладает «правами постольку, поскольку у него есть обязанности, и обязанностями, поскольку у него есть права» («Философия права», § 155). Возможно, это последнее — предоставление прав есть одновременно возложение обязанностей — до некоторой степени обусловило то, что в известных международно-правовых актах менее всего отведено место обязанностям. Однако в большей мере это обусловлено псевдодемократическими устремлениями к свободному обществу, свободной личности, проявляющей свое усмотрение в полном соответствии с базовыми принципами индивидуализма. Отсюда и непризнание значения обязанностей многими национальными государствами, поскольку мы видим чаще всего отсутствие перечня их в национальных конституциях. Есть и более чем оправданные исключения. Политическая Конституция Перу, принятая в 1993 г., закрепила ряд конкретных обязанностей граждан. В частности, ей устанавливается, что правом и обязанностью родителей является содержание, образование и защита их детей; дети обязаны уважать и помогать своим родителям; родители обязаны образовывать своих детей; труд — это право и обязанность; все перуанцы обязаны почитать Перу и защищать национальные интересы, а также уважать, соблюдать и защищать Конституцию, Кодекс законов нации. Нельзя не видеть в таком регулировании потенциала эффективного решения многих проблем современного мира и, в частности, предупреждения крайних проявлений так называемой политкорректности.

[1] См.: *Данилюк С. Е.* Указ. соч.

[2] См.: *Финнис Дж.* Указ. соч. М., 2012. С. 52, 56. Кстати, у автора «естественные законы» собственно и не являются законами, поскольку исходят из самой природы. «Закон же в точном смысле слова есть высказывание того, кто на законном основании указывает другим, должны ли они сделать или не сделать что-либо» (там же. С. 340). Представляется, что именно эти положения послужили в последующем и служат сегодня различению права и закона.



[1] *Финнис Дж.* Указ. соч. С. 260, 265.

[2] Подробнее об этом см.: *Лазарев В. В.* Естественно-правовые пределы свободы выражения и самовыражения // Правоведение. 2014. № 4. Обязанность исторически складывалась как должное вообще, как то, что соответствовало требованиям природы (прежде всего как обязанность по отношению к себе, обусловленная инстинктом самосохранения). У римлян, в соответствии с особенностями становления национальной государственности, обязанность (*officium*) уже не отвлеченное чувство долга, а обязанность гражданина. У Гоббса это долженствование детерминировано законом. Соответственно, каковы законы (естественные, церковные, государственные), таковы и обязанности.

Перуанская Конституция имеет концептуальное обоснование и с позиций позитивного права, и с позиций права естественного. Именно естественные основания лежат в конституционном установлении: 1) принципиальной возможности и необходимости ограничений прав и свобод человека; 2) обозначении общих условий таких ограничений; 3) перечня способов, форм, процедур ограничений отдельных прав и свобод. Все это есть, казалось бы, в российской Конституции 1993 г., однако обязанности как форма и способ ограничения прав, к сожалению, практически отсутствуют.

Недостаточно уяснить материально-правовое содержание ограничений. Большое значение имеет процессуальный аспект, связанный с их установлением.

Для установления ограничений и даже для принятия исключительных норм не требуется дополнительная компетенция, если речь при этом не идет о делегированном законодательстве в строго очерченных пределах. По общему правилу установленная компетенция того или другого органа позволяет ему вводить соответствующие правила и одновременно в том или ином виде делать изъятия из них. В федеративном государстве конституции определяют предметы ведения федерации и ее субъектов. Соответственно в федеративном государстве субъект федерации не вправе вводить исключения в федеральные законы и тем самым в этом смысле ограничивать их действие, за исключением случаев, когда в порядке исключений усиливаются гарантии прав и свобод человека и гражданина, однако во всех случаях установление ограничений в праве требует их проверки на предмет соответствия закону (прежде всего конституции) и праву, имея в виду естественно-правовое осмысление вводимых ограничений.

В научной литературе установлено, что процедура проверки правомерности установленного ограничения какого-либо права (тест на пропорциональность) включает несколько этапов, каждый из которых соответствует определенному компоненту данного принципа. Мера, предпринятая публичной властью, должна: 1) преследовать определенную легитимную цель; 2) быть релевантной данной цели, то есть действительно способствовать ее достижению; 3) быть необходимой для этого, то есть обеспечивать достижение указанной цели за счет наименьшего из возможного ограничения прав; и, наконец, 4) быть соразмерной, то есть должно соблюдаться надлежащее соотношение (справедливый баланс) между важностью достижения заявленной цели и тяжестью тех обременений, которые претерпело лицо в связи с



ограничением его права (пропорциональность в узком смысле слова, или «взвешивание»)[1].

Обоснование каждого из отмеченных пунктов дает в своей развернутой статье Н. В. Варламова[2], которая иллюстрирует соответствующие выводы решениями Европейского суда по правам человека, признающего ограничения прав и свобод человека, преследующие легитимные цели, правомерными, если они «необходимы в демократическом обществе», делающего упор на справедливый баланс между защитой общих интересов сообщества и должным уважением основных прав человека. Автор также подчеркивает те положения решений Конституционного Суда РФ, в которых в соответствии с принципом пропорциональности требуется, чтобы ограничения прав и свобод были необходимыми и соразмерными конституционно признаваемым целям таких ограничений[3], чтобы государство, обеспечивая баланс конституционно защищаемых ценностей и интересов, использовало не чрезмерные, а только необходимые и строго обусловленные этими целями меры; ограничения прав и свобод являются оправданными, только если они отвечают требованиям справедливости, являются адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей[4]. На наш

[1] См.: *Barak A.* Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations. N. Y., 2012. P. 245—370; *Варламова Н. В.* Принцип пропорциональности как основа осуществления публично-властных полномочий // Aequum ius. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д. В. Дождева / отв. ред. *А. М. Ширвиндт*. М., 2014. С. 5—6.

[2] См.: *Варламова Н. В.* Указ. соч. С. 7—8 и далее. Весьма интересен анализ автором стандартов допустимости ограничений прав человека, используемых Верховным судом США, и сравнение их с тестами на пропорциональность ограничений в правовой системе Германии (см.: Там же. С. 14—16).

[3] См. также: *Подмарев А. А.* Ограничение прав и свобод человека и гражданина: Конституция РФ 1993 г., международные стандарты и правовые позиции Конституционного Суда России // Международное и конституционное право: проблемы взаимовлияния: коллективная монография / под ред. *А. А. Дорской, С. В. Бочкарева*. СПб., 2016.

[4] См., например: постановление Конституционного Суда РФ от 13 июня 1996 г. № 14П «По делу о проверке конституционности части 5 статьи 97 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. В. Щелухина (п. 5 мотивировочной части) // СЗ РФ. 1996. № 26. Ст. 3185; постановление Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 г. № 15П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С. А. Бунтмана, К. А. Катаняна и К. С. Рожкова (п. 3 мотивировочной части) // СЗ РФ. 2003. № 44. Ст. 4358; постановление Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2004 г. № 18П «По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 9 Федерального закона «О политических партиях» в связи с запросом Коптевского районного суда г. Москвы, жалобами обще-

взгляд, принцип пропорциональности в сравнительном аспекте наглядно проведен в постановлении КС от 18 февраля 2000 г. № 3П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Б. А. Кехмана»: «Режим ограничений для доступа к информации, собираемой в ходе надзорной проверки, вводимый оспариваемым положением, является более жестким по сравнению не только с УПК РСФСР, но и с нормами, регулирующими оперативно-разыскную деятельность, где допускается непредоставление гражданину лишь тех затрагивающих его права и свободы сведений, которые признаны законом не подлежащими разглашению»[1]. Глубоко научные соображения о необходимости оценки пропорциональности ограничительной меры мы находим в особом мнении судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г. А. Гаджиева «По делу о проверке конституционности положений части 9 статьи 3 Федерального закона «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Е. В. Потоцкого». Полагая, что оспоренные заявителем положения являются противоречащими Конституции РФ, профессор Гаджиев указывает: «Избранная законодателем ограничительная мера представляет собой вмешательство в конституционно значимое право на свободу договора, ею затрагиваются основные начала гражданского законодательства, а именно равенство участников регулируемых гражданским правом отношений, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, судебная защита нарушенных прав (пункт 1 статьи 1 ГК Российской Федерации), а также принцип диспозитивности, который наиболее интенсивно проявляет себя в сфере договорного права»[2].

В итоге следует согласиться с тем, что отказ от теста на пропорциональность и перевод рассуждений о необходимости ограничения тех или иных прав человека в плоскость «нравственного дискурса», как это предлагается некоторыми исследователями, чреваты большим

российской общественной политической организации «Православная партия России» и граждан И. В. Артемова и Д. А. Савина» (п. 2 мотивировочной части) // СЗ РФ. 2004. № 51. Ст. 5260; постановление Конституционного Суда РФ от 1 февраля 2005 г. № 1П по делу о проверке конституционности абзацев 2—3 пункта 2 статьи 3 и пункта 6 статьи 47 Федерального закона «О политических партиях» в связи с жалобой общественнополитической организации «Балтийская республиканская партия» (п. 2 мотивировочной части) // СЗ РФ. 2005. № 6. Ст. 441.

[1] См.: URL: Consultant.ru›document/cons_doc_LAW_26325/

[2] URL: www.Consultant.ru/document/cons_doc_LAW_194136



произволом[1], но надо иметь в виду и понимание сути ограничений прав человека, в котором Н. В. Варламова следует позиции В. В. Лапаевой: «...Под ограничением прав человека понимается *не ограничение свободы* как содержания того или иного права, *а ограничение условий и пределов реализации этой свободы* в соответствующей сфере общественной жизни... Таким образом, ограничение права касается лишь *меры свободы*, предоставляемой в распоряжение того или иного субъекта права, а умаление права означает посягательство на *саму свободу* как таковую»[2]. Некоторые права и свободы таковы, что любое их ограничение неизбежно затрагивает их сущность и основное содержание, то есть ведет к их умалению. Согласно Конвенции о защите прав человека и основных свобод ни при каких условиях не подлежат ограничениям право не подвергаться пыткам, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию (ст. 3), право не содержаться в рабстве или подневольном состоянии (п. 1 ст. 4), право не быть осужденным за деяние, которое согласно действовавшему в момент его совершения праву не являлось уголовным преступлением, и право не подвергаться более тяжкому наказанию, чем то, которое подлежало применению в момент совершения уголовного преступления (ст. 7).

В заключение уместно предложить некие максимы в русле философии права.

Ограничения в праве столь же естественны, сколь естественно само право; ограничения в праве столь же искусственны, сколько само право суть искусство людей регулировать свои отношения.

Ограничения суть естественное или искусственное установление пределов, и, следовательно, они естественны, поскольку беспредельно и безгранично в этом мире только время.

В той степени, в какой ограничения естественны, они благо; в той степени, в какой ограничения искусственны, они могут рассматриваться и как благо, и как неблагоприятное обстоятельство, в течение времени меняющиеся местами.

Ограничение права предполагает обязанность. Любое право интегрирует в себе обязанность; любая обязанность заключает в себе право. Ограничивая право, мы расширяем обязанность; ограничивая обязанность, мы обогащаем право.

[1] *Варламова Н. В.* Указ. соч. С. 17.

[2] *Лапаева В. В.* Критерии ограничения прав человека и гражданина в Конституции Российской Федерации // Государство и право. 2013. № 2. С. 21.

Человек обязан в своем развитии природе и обществу, предъявляющим ему естественные и социальные требования, составляющие суть мироздания. Жить телесно и умственно в соответствии со своей природой и общей природой мироздания — таково бремя человека.

## Культурные традиции права. Рецензия на книгу Г. В. Мальцева «Культурные традиции права»[1]

Рецензируемая книга Г. В. Мальцева вместе с тремя другими[2] достойно представляет обширное и глубокое теоретическое наследие талантливого ученого и педагога, сумевшего возвыситься над миром преходящих сиюминутных ценностей, способного погружаться в глубинные пласты мировой цивилизации, которая породила такие феномены, как государство и право, составляющие непосредственный предмет научных интересов автора. Книга была опубликована уже после смерти автора, но он мог бы быть доволен итогом своего жизненного пути, своим вкладом в культуру (с. 6). Во всяком случае, мы — его коллеги и читатели — уверенно констатируем: работы Геннадия Васильевича Мальцева навсегда войдут в сокровищницу российской правовой мысли.

Многие века во взглядах на государство и право противоборствовали материализм и идеализм, за какими бы понятиями они ни скрывались, какими бы идеологемами ни расцвечивались. В советское время идеализм отвергали в принципе, а материализм культивировали в строго обозначенных параметрах, часто догматически, не выходя за обозначенные классиками марксизма пределы. Ярким выражением материалистического подхода во взглядах на государство и право явилась книга Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства», в которой акцент сделан именно на материальных факторах формирования государственности. Г. В. Мальцев продолжает дело классика, но уже на новой основе, на новом уровне и в новых направлениях. У него «...государство как социокультурный феномен является результатом медленного вызревания материальных и духовных факторов в глубинных структурах общества» (с. 204). В качестве главного объекта исследования берется право, а не государство; главным фактором, оказавшим влияние на правовое развитие, является культура.

[1] Журнал российского права. 2014. № 3 (207). С. 140—145.

[2] См.: *Мальцев Г. В.* Социальная справедливость и право. М., 1977; *Он же*. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999; *Он же*. Социальные основания права. М., 2007.



Продолжая энгельсовскую традицию основывать выводы на открытиях исторических, этнографических, лингвистических и иных наук, Г. В. Мальцев выходит на новые рубежи в познании самых ранних, протогосударственных обществ с их традициями потестарной протоправовой культуры. Ф. Энгельс ограничивал свои исследования европейскими племенами, европейским путем возникновения государственности в трех ее разновидностях. Автор рецензируемой книги основное внимание уделяет Востоку, а точнее, соединенной линии культурного развития — индоевропейским правовым традициям. Наряду с этим прослеживаются факты, события, социальные идеи и институты, составляющие иудео-христианскую и русско-православную культурные линии. Автор не без основания полагает, что именно названные три осевые культурно-исторические линии легли в основу современной цивилизации, определив идеал единства человечества (с. 5—8).

Через все исследование проходит цель проследить стремление тех цивилизаций, которые вопреки трудностям, ограниченным возможностям, сопротивлению исторического материала и другим обстоятельствам усиливали нормативно-ценностный потенциал человеческой духовной культуры. Автора интересуют те цивилизации, которые, будучи земными и несвободными от заблуждений и ошибок, принимали на себя заботы о судьбе человечества в той мере, в какой этого требовало их время, которые открыты для широкого общения с миром в интересах человечества.

Содержательное богатство монографии просматривается уже в перечне тех культурных традиций и тех правовых культур, которые вошли в предмет авторского анализа. Индоевропейскую линию здесь представляют индоарийская (ведическая) религиозно-правовая традиция; индоиранская религиозно-правовая традиция (зороастризм); правовые традиции античной культуры; право в культурных традициях древних германцев; древнеславянские культурные традиции и право. Применительно ко второй культурной линии рассматриваются культура права иудаизма, христианство и право, связь культур Рима и Византии, место Византии в истории правовой культуры. Отечественного исследователя и читателя более всего может привлечь русско-православная культурная линия, которая раскрывается через политико-правовые аспекты древнерусской культуры, через идеи русской православной цивилизации.

Разумеется, читателю открываются особенности, своеобразие каждой из названных цивилизаций, но в то же время через всю моногра-

фию проходят связующие вопросы, заставляющие размышлять. Надо полагать, каждый увидит нечто наиболее близкое его миропониманию. Со своей стороны выделим следующие вопросы:

Способен ли человек на что-либо в этом мире или все во власти Бога?

Каков Бог по природе своей, каков человек и что от них ждать?

Закон или человек, в чем опора?

Кара или милость, государство или церковь, юрист или священник?

Закон, судебное решение, договор: каков идеальный источник права?

Закономерны ли бифуркации?

Дает ли Россия уроки истории?

В основе ведийской картины мира, в русле которой развивались цивилизации Греции, Рима, германских и славянских народов, лежит порядок, охватывающий все устройство мира, в том числе и человеческие отношения. Поддерживает его верховное божество в двух лицах (боги Варуна и Митра). Другие боги защищают законы по разделенным видам человеческой деятельности, в которых поддерживается правильность и праведность, противопоставленные хаосу, разрушению, неустроенности. Высокие понятия (рита, дхарма и др.) сами воспринимались как боги и означали «добродетель», «благочестие», «справедливость», «право», «закон» и т. д. (с. 18—22). Все в универсуме в соответствии с космической законосообразностью. У индоариев сами боги подзаконны, не говоря уже о людях. С юридическими богами можно было договориться. Причем с именем Митры связывалось то, что мы бы назвали представительным началом, а с именем Варуны — обязывающим (единство того и другого в норме права). Последний ограничивал и карал.

Приводимые в книге положения из разных ведийских источников позволяют глубже понять известные нам идеи Платона о сословиях людей и разделении труда, идеи Аристотеля о семье, распределяющей и уравнивающей справедливости, многие другие правовые учения более позднего времени.

Примечателен вывод автора о том, что «кризис индоарийской религиозно-правовой системы, наступивший в середине I тысячелетия до н. э., выразился в том, что оба начала этой системы, правовое и религиозное, стали обособляться, отделяться друг от друга и утрачивать силу» (с. 38). С уменьшением святости ослаблялась приверженность людей к закону и порядку.

Однако общее суждение об этой основополагающей (индоарийской) религиозно-правовой традиции столь интересно, что процитируем его полностью: «Культурно-историческая проблема, связанная с опытом



Индии, глубока и универсальна. Здесь, начиная с архаических эпох, с истоков индоевропейской традиции у древних ариев и следующих за ними приверженцев индуизма и других культов, на протяжении многих тысячелетий осуществлялся проект цивилизации, главной ценностью которой была внутренняя духовная гармония человека в обществе, где нет или почти нет соблазнов, не должно быть поводов, ведущих к несогласию, разладу, дурному образу жизни. Эта цивилизация ставила духовно-нравственное начало выше экономики и политики (власти) и всеми средствами, прежде всего религиозными и правовыми, стремилась защитить данный приоритет. От общества отделено и поставлено под религиозно-правовой контроль все, что способно испортить человека, семью и государство: плохие люди не смешиваются с хорошими, дурные нравы — с добрыми, низкие занятия — с благородными делами. Разделение чистого и нечистого, градация по степени чистоты — вот структурные принципы данной цивилизации, которая органически не приемлет никакого смешения и безразличия» (с. 44).

Величественно спокойный древнеарийский космос, где порядок поддерживают боги, способные на доброе и злое, сменился дуалистическим космосом, в рамках которого ведут войну боги Ахура-Мазда, добрые божественные существа и боги Ангра-Манью — злые небесные демоны-дэвы (неизбежное в этой жизни зло). Один высший бог творит, другой все портит, одни силы созидают, а другие разрушают; порядок и закон утверждаются в противоборстве со злом, хаосом, разложением. А что же человек?

Каждый человек должен определиться, сделать выбор между миром добрым и миром злым, взять на себя ответственность за этот выбор. В зороастризме, указывает автор, религиозная миссия человека высока, он призывается спасти не только свою душу, но и мир от зла, выступая на стороне Ахура-Мазды (с. 50—51).

Концепция ответственности человека, основанная на признании его свободы воли, распространялась не только на собственно религиозную жизнь, но и на хозяйственные дела, имущественные, семейно-брачные и наследственные отношения, на рассмотрение споров (разрешение конфликтов).

В книге Зороастр ставится в один ряд с Моисеем и Мухаммедом, а Священное Писание зороастризма «Авеста» представляется как гибкая институциональная и нормативная структура данной религии, сохранившей свое значение до наших дней. В ней все божества также подзаконны и даже верховный и «по существу единый» Ахура-Мазда

не является демиургом, творцом мира и мировых законов. К тому же, допустив участие в сотворении мира духа зла, он не вполне утвердил свои законы в качестве мировых и не стал всемогущим, способным низвергнуть своего антагониста Ангра-Манью с его темным воинством, силами зла и беззакония. Можно, таким образом, сказать, что верховный бог зороастрийцев сам оказывается связанным необходимостью, вытекающей из существования и активности огромного «не подведомственного» ему злого мира. Это, несомненно, было слабым местом зороастрийского вероучения, и «более поздняя религия — ислам — блестяще учла данный опыт, отвергнув дуалистический принцип ради утверждения всемогущества Аллаха. Очевидно также, что Ахура-Мазда не был мировым законодателем, подобным еврейскому Богу, продиктовавшему пророку Моисею свою волю — Декалог, основу «синайского законодательства»» (с. 63). Заметим также, что в процессе эволюции зороастризма произошло смещение акцентов к законам, установленным политической властью.

В зороастризме впервые наметилась линия бога-отца и бога-сына, когда в этом качестве превозносится древнеарийский бог Митра.

Важная космическая миссия Митры согласно «Авесте» состоит в том, что он заботится о светлых началах миропорядка. «Он, пожалуй, самый крупный бог в истории религий, в котором последовательно выражены юридические начала. В нем воплощено понятие договора (соглашения, согласия), осмысливаемое на абстрактном уровне через такие этико-юридические категории, как «взаимность», «клятва», «верность слову», «обмен и мера», «дружба», «симпатия» и т. п.» (с. 70).

Митра — бог договора, бог, знающий правильную меру поведения, блюститель пределов и границ, как говорится в «Авесте», он есть «выпрямитель линии» в представлениях о посредничестве, примирении, улаживании раздоров и разногласий. Митраизм вошел в разные культуры своего рода верховенством права.

В последующих разделах книги показано, как индоевропейский корень дает о себе знать в проявлениях божественного и человеческого права в греко-римской цивилизации, у древних германцев и древних славян. Здесь, а потом и в иудаизме, и в христианстве Г. В. Мальцев иллюстрирует не только сложную иерархию законов — от высших (божественных, космических, универсальных), естественных (физических, химических, биологических) до общественных (экономических и юридических), но и представления людей об этих законах, об их силе и соотношении, отражающие характер культуры той или иной эпохи, уровень нормативного сознания людей. Становятся более понятными сила двух теологических стандартов права (католицизм и православие) и действие двух светских моделей современных правовых систем — европейско-континентальной и общего права (*common law*). Кстати, автор считает, что «по сей день иудаизм остается образцовой религиозной системой, которая органически включила в себя правовые начала» (с. 205). Иудаизм позволяет делать общий вывод о том, что «религиозно-правовые формы вызрели раньше, чем стало возможным образование царства — организованного политического единства народа» (с. 212). Особенность теории договорного происхождения государства у евреев в том, что договор заключался с Богом, что договор заключался на основе законов, которые Бог передал Моисею на горе Синай (с. 213). Иудаизм явился концентрированным выражением опыта сакрального контрактуализма (с. 253).



При этом можно говорить «об известной отстраненности Бога от идеи государства. Он наблюдает за процессом призвания царя и соглашается с выбором правителя, но не Он творец государства как политической формы, которое является вполне человеческим изобретением» (с. 226) и, следовательно, не самым совершенным, не идеальным. Г. В. Мальцев решительно возражает тем, кто в угоду современным политическим позициям и вопреки историческому подходу видит в древнееврейском государстве демократизм, конституционализм, республиканизм, федерализм, права человека, разделение властей, независимый суд и многое другое (с. 228—233).

Возможно, именно по причине несовершенства политических форм древнееврейского государства зародившееся в недрах иудаизма христианство искало праведности не в букве закона, а в вере. Считалось: «как закон не может быть до конца совершенным, так и суд не может быть вполне правым» (с. 252).

Христианство заключило в себя духовные начала множества мировых культур, религиозный и философский опыт Античности, древнеегипетских культов, зороастризма и других восточных религий. Это «возвышение людей, избранных не по этническому принципу, а по мере воплощения в каждом человеке богочеловеческих начал» (с. 262).

«Христианская религиозность предполагает нечто большее, чем веру в единого воплощенного Бога, она устремляется к вечному, абсолютному и объективному порядку, упорядоченному миру, в котором Бог безгранично царствует, но который он, подобно всякому субъекту в объективной среде, полностью не представляет и не исчерпывает. Абсолютный порядок на христианском языке называется Царство

Божье, но он может быть определен, если вспомнить индоевропейские традиции, как космический миропорядок, великий универсум, мировой план и т. д. Христианство впитало в себя прежде всего через греческую философию, религиозно-мифологические системы индоевропейского и иного происхождения идеи космизма, к которым иудаизм, в сущности, был и остается равнодушным. Прорыв в объективную вечность и беспредельность, в универсум, где... сами боги политеистических культов были хотя и высшими, но все же агентами (хранителями, проводниками) порядка и законов, для монотеистической религии, какой явилось христианство, не мог остаться без последствий. Христианский Бог в Царстве Божьем не мыслится уже как охранитель и преследователь, грозно требующий исполнения законов, его миссия величественно конструктивна — дать верующему войти в Царство Небесное, обрести его в себе и вне себя путем любви и благодати» (с. 278).

В монографии констатируется, что в христианстве изначально определились две этические линии, одна из которых пошла — в основном, но не исключительно — на Запад (евангельский закон свободы), другая — в основном, но также не исключительно — на эллинистический Восток (евангельский принцип любви, благодати), проявилась с особой силой в русской христианской культуре, в России (с. 295). Православная Византия и православная Русь отдали предпочтение идеям апостола Павла, согласно которым праведному обществу закон не нужен, ибо оно знает нечто лучшее — благодать и, как апогей веры, любовь к Богу и ко всем людям, носителям Образа Божия.

«Апостол Павел со всей убежденностью и страстью развенчивает закон как способ организации религиозной и светской жизни, он до сих пор остается непревзойденным, самым глубоким и серьезным критиком идеи закона и права вообще. От него идут традиции, которые на Западе, например, получили развитие в христианском социализме и в нерелигиозных социалистических доктринах, но в силу многих причин с особой яркостью проявились в православной религиозной философии и в некоторых православных традициях» (с. 282). Г. В. Мальцев приводит порядка десяти групп аргументов, которые использует апостол Павел в своей полемике против закона (с. 283 и далее). Можно предположить, что не без влияния апостольской мысли в России всегда отмечался правовой нигилизм. А жаль, так как одной любви оказывается недостаточно для укоренения общинности, подлинной соборности и коллективизма.

Можно только надеяться, что в какой-то перспективе западная и восточная линии, как религиозные, так и политические, пересекутся.



Это будет та точка бифуркации, которая породит интегрированные духовные и социальные институты, способные утвердить мир и порядок в нашем глобальном пространстве.

К сожалению, популярные некогда теории конвергенции сегодня отвергнуты. И произошло это по причине того, что с распадом СССР Россия просто перенимает ценности буржуазного общества. Автор книги осуждает ложный выбор квазикапиталистических ориентиров вместе с пороками западной культуры, капиталистической экономикой, принудительно насаждаемыми лицемерными демократиями (с. 596—597). Не случайно в книге обращается внимание на римский опыт времен упадка империи. Это было время, когда умственные силы и физическую энергию вкладывали в личное обогащение, наживали фантастические состояния способами, с моральной точки зрения весьма предосудительными, а с правовой — вроде бы допустимыми, когда «полностью проявила себя меркантильно-индивидуалистическая природа частного права», а у власти оказались люди случайные и наглые, авантюристы и выскочки, занимавшиеся устройством личной карьеры и частного благосостояния (с. 312). «Главное трагическое для Рима последствие состояло в том, что был размыт государствообразующий слой населения, надежная опора государства, люди, готовые служить ему, не спрашивая, какая выгода для них может из этого выйти; слой, из коего обычно формируется преданная и закаленная политическая элита, осуществляется подбор государственных людей, силой и волей которых держатся республики и империи» (с. 313). Автор отмечает, что современная демократия, к сожалению, не способна призывать к государственному правлению способных и честных людей, и это хорошо видно по практике президентских, парламентских, региональных выборов, проводимых в наше время (с. 598—599).

Итак, перед нами замечательная книга, написанная талантливым автором доступным языком, с глубокими теоретическими суждениями и предпочтениями практического порядка. Но жанр рецензии требует указать, чего в книге нет и что вызывает сомнение. Нет в ней анализа самой молодой мировой монотеистической религии — ислама. Между тем и в течении хариджитов, и у шиитов, и у суннитов есть много того[1], что соотносится с осевыми культурными линиями, рассмотренными в рецензируемой монографии. Процессы современной глобализации актуализируют данную проблематику во всех отношениях.

[1] См.: История политических и правовых учений: учебник / отв. ред. *В. В. Лазарев*. 2-е изд. М., 2008. С. 474—489 (авторы главы — *А. Н. Никитин, А. Х. Саидов*).

В качестве спорных представляются выводы автора о возможности возрождения монархического строя в России. «Призраки имеют обыкновение возвращаться», — пишет он (с. 600). С возможной монархией связывается поиск выхода из политического кризиса, порожденного горестными итогами курса либерально-демократических реформ. Ранее мы слышали о монархии из уст поэта, художника, режиссера, публициста, но сказанное серьезным ученым заставляет размышлять.

Наконец, весьма уязвимым может оказаться обращение к авторитету некоторых современных ученых, рассматривающих исторические события как синергетический эффект (с. 601). Ранее Г. В. Мальцев видел в синергетических подходах отрицательные стороны. Это и понятно: объективный ход исторических событий в конечном счете определяется не случайностями, а множеством материальных и духовных факторов, доказательство чему мы находим в рецензируемой книге.

## Об ограничении права гражданина на жалобу[1]

Использование права на жалобу по злому умыслу (стремление перехватить власть, завладеть имуществом, опорочить конкурента или идейного противника и пр.) или неосознанно может повлечь негативные социальные последствия.

Автор статьи с некоторых пор последовательно вступает в конфронтацию с теми, кто безоговорочно и, с его точки зрения, неоправданно воздает панегирик правам и свободам гражданина. Им опубликовано несколько специальных статей об ограничении прав. Он следует аргументам серьезных мыслителей и государственных деятелей, для которых в социуме первую скрипку должны играть обязанности. Вместе с тем данная статья, отмечает автор, не предмет для общих рассуждений, а потребность вступить в полемику по вполне конкретному поводу. И пикантность этого решения в том, что рассуждать придется в стане тех, кто профессионально озабочен правами, кому в принципе не пристало публично афишировать институт ответственности. Это адвокаты, это правозащитники.

В пику моим оппонентам мой основной тезис: право гражданина на жалобу не является неотъемлемым; оно ограничено и должно быть ограничено законом как содержащее большую потенцию дезорганизации легитимного порядка.

22 июня с. г. по «Эху Москвы» слушал выступление Г. М. Резника, которому в итоге безрезультатно пытались навязать мысль о «расколе» в адвокатском сообществе. Дорогие журналисты, нет никакого раскола в адвокатском сообществе! Раскол мыслим только в принципиальных вопросах. А они урегулированы и, по признанию даже зарубежных специалистов, очень неплохо, Законом об адвокатской деятельности. Раскручиваемая (уж не по заказу ли?) история представляется мне простой и типичной, как молоко на губах ребенка. К сожалению, некоторые процессы только обостряются условиями информационного общества, в котором отрабатываются технологии прибыльного (в широком смысле) влияния сетей и печати. Что поделаешь, коммунисты работают в банках и имеют зарубежные счета, демократы чернят законодательный орган и суд, адвокаты требуют от следственных органов привлечения к ответственности, чиновники погрязли в коррупции, а народ, похоже, мирит с ними со всеми формула «кто успел, тот и съел».

[1] Zakon.ru



Адвокаты ситуацию хорошо знают — она предметно рассматривалась на их съезде, где была практически единогласно принята «Резолюция о соблюдении адвокатской этики», в которой осуждалось «Открытое обращение» группы адвокатов на имя председателя Следственного комитета РФ с просьбой «обеспечить объективное и своевременное расследование... всех данных о финансовых и иных злоупотреблениях представителей органов управления» Адвокатской палаты Республики Башкортостан (см.: https://fparf.ru/documents/fpa-rf/documents-of-the-congress/resolution-on-the-observance-of-legal-ethics/). Оглашал ее как раз Генри Маркович, и я, признаюсь, отважился в перерыве подойти к нему и пожать руку в знак одобрения его позиции. На радио безупречные в правовом плане аргументы были повторены. Это и то, что только палата субъекта Федерации решает, как ей распорядиться своими средствами, и то, что авторы обращения не имеют отношения к Республике Башкортостан, и то, что беспрецедентно адвокатам взывать к следственным органам с обвинениями в чей-либо адрес, и др.

Форма открытого обращения избрана для того, чтобы замутить воду. Авторы (юристы!) пишут без ссылок на законодательство, с фарисейским в данном случае привлечением института презумпции невиновности и оговоркой, что не имеют права для обвинений. Одновременно они обвиняют следственные органы (это адвокаты!) за отказ в возбуждении уголовного дела, указывая на притворство сделок, на родство управленцев в адвокатской палате и т. п. Между тем из смысла конституционных норм о свободе в экономической сфере вытекает конституционное признание свободы договора как одной из

гарантируемых государством свобод человека и гражданина (можно приводить на этот счет многие указания КС РФ; см., например, его постановление от 23 февраля 1999 г. № 4-П). В бизнесе, увы, не просто притворяются, но и прикидываются часто. И только если при этом нарушен закон, есть гражданско-правовые возможности признания сделки недействительной. В советское время закон запрещал прием на работу в одну организацию близких родственников. Сейчас это фактически снизу до верха едва ли не норма. И бизнес того часто требует. Поэтому критические стрелы следует направлять в другую сторону, если их вообще следует направлять с учетом характера базовых экономических отношений. Сегодня, по справедливому замечанию известного конституционалиста, «ценность власти все более наполняется экономическим содержанием, вплоть до воспроизведения архаичных, казалось бы, моделей «власть-собственность»... во власть идут часто с одной-единственной целью: зарезервировать существующие или приобрести новые источники доходов» (В. И. Крусс).

Но меня смутило (возможно, в чем-то не понял мэтра) вот что: мне показалось — Генри Резник более лояльно и с пониманием отнесся бы к ситуации, в которой жалобщиками были бы простые граждане, а не люди в адвокатском статусе. Похоже, адвокаты и настаивали на том, что они использовали право на обращение в качестве просто граждан. Могут ли простые граждане входить в решение вопросов корпорации, к которой они отношения не имеют? Могу ли я сетовать на то, что, скажем, «Газпром» тратит слишком большие деньги на свои офисы (даже будучи вкладчиком его банка)? Могу ли я, например, обратиться в Минобр по поводу того, что частный вуз, в котором когда-то преподавал, расходует свои деньги расточительно, а его ректор летает в командировки бизнес-классом? Мне говорят, что адвокатские палаты осуществляют публичную деятельность. Да, но на каких началах? А чья деятельность не имеет публичного окраса?

Интересно, а как Конституционный Суд реагирует в этой связи на жалобы граждан? Сошлюсь на сравнительно недавнее определение КС РФ от 24 апреля 2018 г. № 1098-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Вячеслава Ивановича Жукова на нарушение его конституционных прав пунктом 2 статьи 4, пунктом 7 статьи 31, пунктами 1 и 7 статьи 33 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», которым отказано в признании нарушения конституционных прав гражданина, обратившегося с жалобой на ряд законоположений, направленных на регулирование адвокатуры как профессионального объединения адвокатов. Как отметил Конституционный Суд РФ, «особый правовой статус таких корпоративных образований, как адвокатские палаты субъектов Российской Федерации, предопределяет право федерального законодателя определить в законе принципы внутренней организации их деятельности, в том числе порядок формирования их органов, их структуру, порядок принятия ими решений, с учетом, однако, необходимости обеспечения баланса между государственно-властными и внутрикорпоративными началами регулирования деятельности адвокатских палат, и в частности права адвокатской палаты как независимого от государства корпоративного образования самостоятельно формировать свои руководящие органы, определять их персональный состав; действуя в рамках предоставленных ему дискреционных полномочий, федеральный законодатель установил, что адвокатура, представляющая собой профессиональное объединение адвокатов, как институт гражданского общества не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления и действует на основе принципов законности, независимости, самоуправления, корпоративности, а также принципа равноправия адвокатов (определение от 26 января 2017 г. № 211-О)...». И далее — имеющее прямое отношение к рассмотрению казуса, возникшего в адвокатской палате Башкирии: адвокат обязан «соблюдать Кодекс профессиональной этики адвоката и исполнять решения органов адвокатской палаты; за неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную данным Федеральным законом (ст. 7). Органом, уполномоченным рассматривать жалобы на действия (бездействие) адвокатов, является адвокатская палата субъекта Российской Федерации в лице квалификационной комиссии, к полномочиям которой относится дача заключения о наличии или отсутствии в действиях (бездействии) адвоката нарушений, о неисполнении или ненадлежащем исполнении им своих обязанностей; при этом в порядке, предусмотренном Кодексом профессиональной этики адвоката, и при наличии допустимого повода президент адвокатской палаты возбуждает дисциплинарное производство (статья 22, подпункт 9 пункта 3 и пункт 7 статьи 31, пункты 1 и 7 статьи 33 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»). Установление же порядка рассмотрения и разрешения жалоб, представлений, обращений в отношении адвокатов в рамках специального правового акта — Кодекса профессиональной этики адвоката (раздел второй «Процедурные основы дисциплинарного производства»), принятого I Всероссийским съездом

адвокатов 31 января 2003 года, согласуется с положениями Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (пункт 2 его статьи 4), вызвано необходимостью соблюдения принципов независимости и самоуправления адвокатуры, а также тем, что предполагается более полное и четкое регулирование вопросов адвокатской деятельности самим адвокатским сообществом» (определения Конституционного Суда Российской Федерации от 1 марта 2007 года № 293-О-О и от 13 октября 2009 года № 1302-О-О)...».

Кстати, заметим, что право приобрести статус адвоката со всеми вытекающими последствиями является по своей юридической природе не коллективным, а индивидуальным правом, принадлежащим каждому гражданину в отдельности. И только его жалоба может приниматься к производству, если это право нарушено. Гражданин Российской Федерации, избравший профессиональную деятельность в качестве адвоката, добровольно принимает условия, ограничения и преимущества, с которыми связан приобретаемый им публично-правовой статус, и выполняет соответствующие требования согласно установленной законом процедуре. Из этого вытекает, что запреты и ограничения, обусловленные специфическим статусом, полученным лицом, не могут рассматриваться как неправомерное ограничение его конституционных прав. Конкретный объем запретов и ограничений является прерогативой законодателя и установлен Законом об адвокатской деятельности, а спорные вопросы по реализации соответствующих норм решаются органами адвокатского сообщества.

Итак, возвращаясь к нашему исходному тезису, вновь усомнимся, что право жалобы не ограничено ни поводом, ни временем, ни по предмету, ни по содержанию. А по адресату? Или можно сразу или последовательно посылать жалобу Президенту? В ООН? Ограничен ли орган своей компетенцией по рассмотрению жалоб? Или его право беспредельно? Есть ли разница в рассмотрении правовых либо моральных по содержанию жалоб?

Ответы на эти и многие другие вопросы зависят от того, как есть или как должно быть. В субъектах, полномочных разрешать жалобу, надо различать относящихся к режиму демократическому и авторитарному, а в поводах и предметах жалоб — учитывать специфику тоталитаризма, когда государство ничем свою компетенцию не ограничивает — за любую занавеску в твоем доме может заглянуть. И к нему в этом случае идут по любому поводу. Самую существенную роль играет господство одной из форм собственности. Там, где «все вокруг колхозное и все вокруг мое», — это одно, там все в публичном интересе, но там, где провозглашается незыблемость частной собственности, — всякое посягательство на решения собственника серьезно ограничено. Только про себя (не вслух) можно озаботиться, что какой-то собственник не так владеет, не так пользуется и не так распоряжается своим имуществом. Разумеется, он не может нарушать прямые законодательные запреты. И только!



Если дебатировать по вопросу: «как должно быть?» мнения обязательно разойдутся, и, как представляется, следует исключить крайние (вспомним демократический подход Руссо!). Жалоба по сути своей имеет позитивное значение, но использование права на жалобу, как свидетельствуют неисчислимые факты, по злому умыслу (стремление перехватить власть, завладеть имуществом, опорочить конкурента или идейного противника и пр.) или неосознанно может повлечь негативные социальные результаты. Поэтому право жалобы должно законодательно ограничиваться процессуально (!): по основаниям, по кругу лиц, подающих жалобу, и по кругу лиц, ее рассматривающих. Оно должно быть ограничено во времени — наряду с бессрочным правом целесообразно предусматривать разные сроки для разных жалоб. Право жалобы должно лимитироваться пространством и обстоятельствами, послужившими ее предметом. Подлинно демократическая общественность остро противится тому, чтобы государство «кошмарило» бизнес, но ведь нередко это делается с подачи «общественников», а число поступающих от граждан жалоб само по себе кошмарно. Навскидку: за 2018 г. в адрес Уполномоченного по защите прав предпринимателей в Пермском крае поступило 960 обращений от 1124 субъектов предпринимательской деятельности[1]. Более 500 тыс. жалоб граждан направлено в Роструд и государственные инспекции труда в регионах в 2018 г.[2] В мае 2018 г. в адрес Правительства РФ пришло 13 542 обращения, в том числе 99 коллективных, под которыми поставили подписи 3016 человек[3]. Во II квартале 2018 г. в адрес Президента поступило 258 045 обращений (57,5% корреспонденции), 75 797 запросов информации (16,9% корреспонденции) и 114 956 сообщений (25,6% корреспонденции)[4]. В этом году вышли на абсолютный рекорд обращения, адресованные Президенту на «Прямую линию», — ушли

[1] URL: http://ombudsmanbiz59.ru/analiz-obrashhenij-postupivshih-v-adres-upolnomochennogo-za-2018-god/

[2] URL: https://tass.ru/obschestvo/6437031

[3] URL: http://services.government.ru/overviews/32837/

[4] URL: http://letters.kremlin.ru/digests/203

за 3 млн 200 тыс.[1] Много. «Неладно что-то в датском королевстве». Но это не к тому, чтобы число жалоб ограничивать, а к тому, чтобы решать жизненные проблемы, оптимизируя реальные коммуникации граждан непосредственно «в поле». Тягостное впечатление производят случаи, когда отдельные предприимчивые ребята индивидуально или, организуясь в общественные формирования, используя общие легальные демократические формы, осуществляют частно-корыстные интересы. Разумеется, за пределами специальных законов, за пределами демократических законодательных процедур.

Ограничения права жалобы гражданина должны различаться в зависимости от того, вытекают ли они из отношений, складывающихся внутри коллективов организаций и общественных объединений, определяется ли их рассмотрение федеральным законодательством, уставами и положениями или это жалобы, в отношении которых федеральными законами установлен специальный порядок рассмотрения. Конституционное право граждан на обращение в государственные органы и органы местного самоуправления установлено в ст. 33 Конституции РФ, а порядок рассмотрения обращений предусмотрен Федеральным законом от 2 мая 2006 г. «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации». Представляется, что многие его положения нуждаются в конкретизации и официальном толковании на предмет пределов и законности допустимости и ограничения права жалобы.

## Разумность и определенность в правовом регулировании с позиций интегративного восприятия права[2]

Попытки выяснить роль, функции и взаимодействие разумности и определенности в правовом регулировании предпринимались и в отечественной и в зарубежной науке[3]. При этом разумность и определенность рассматривались в качестве цели, принципа, свойства и даже «начала» права, что само по себе предопределяет обращение к многу

[1] URL: https://rg.ru/2015/04/16/obrashenia-site-anons.html

[2] Определенность и неопределенность права как парные категории: проблемы теории и практики: матер. XII Междунар. науч.-практ. конф.: в 3 ч. М., 2018. С. 42—51. eLIBRARY ID: 38495657.

[3] См., например: *Власенко Н. А.* Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М., 2015; *Лазарев В. В.* Об органичности для права разумности и определенности // Журнал российского права. 2015. № 3. С. 142—145; *Ершов В. В.* Определенность права // Российское правосудие. 2017. № 1. С. 5—25; *Sourlas P.* Rechtsprincipien als Handlungsgrunde. Studien zur Normativitat des Rechts. Berlin, 2011.



жеству традиционно обсуждаемых проблем, например, к пониманию права, роли философских и общетеоретических категорий в правовой сфере, формированию правовых позиций правоприменителя, судебному усмотрению, конкретизации права и т. д. И, как правило, в первую очередь в исследование вовлекается действующее законодательство, и все острые вопросы рассматриваются в свете легистских подходов к праву. Между тем закон и право, законодательное и правовое регулирование принято различать. Соотношение и взаимодействие «разумности» и «определенности» в актах, принимаемых законодателем, и в актах, принимаемых различными исполнительными органами, неодинаково. Тем более оно неодинаково, если смотреть на эти категории по отношению к другим источникам права. Отношения в сфере правотворчества обусловливают одну «разумность» и «определенность», а в сфере правоприменения — другую.

В настоящей статье акцентируется внимание только на одном аспекте — на соотношении «разумности» и «определенности» в связи с понятием права и интегративным восприятием права. Да и в этой части предполагаю сосредоточиться на концептуальных вопросах и, в особенности на том, что вызывает сомнение и вопросы, с тем чтобы в последующем можно было внести в соответствующие позиции большую определенность, подкрепить дополнительными разумными аргументами.

Итак, какое право имеется в виду, если оно ставится в неразрывную связь с разумностью и определенностью?

Если закрыть глаза на правовые реалии и представлять право как нечто возможное, как «надежду и веру» человеческого существования, то разумность и определенность можно характеризовать как цель в идеально организованном обществе. Если представлять их одновременно как принцип и свойство, видеть в них «квинтэссенцию права»[1], то при такой постановке вопроса в некоторых случаях сомнительно будет говорить о праве, хотя бы в качестве такового оно объявлялось и в качестве такового ему неуклонно следовали. Для Н. А. Власенко «нет сомнения, что право — это есть проявление разумного и рационального, поскольку право — это рациональный регулятор общественных отношений»[2]. Представляется, что сомнение все-таки возникает. Более того, по отношению к действующему в разные времена праву готов понять и такую радикально противоположную позицию: «...Право может быть абсолютно нелогичным, абсурдным, противо-

[1] *Власенко Н. А.* Указ. соч. С. 149, 150.

[2] Там же.

речивым, негативным, наконец, просто глупым. И право было таким всегда»[1].

Если право привязывать к субъекту, если право волевой регулятор, то «разумность» воли субъекта правотворчества не обязательно «разумность» для других, тем более что всегда имеется социальный конфликт, обусловливающий появление права. Если право понимать как естественно-правовое образование и привязывать к человеку (его природе), то сразу обнаруживается, как много неразумного или относительно разумного в проявлениях его воли и поступках. Даже в теологическом варианте естественного права, когда право объявляется божественным велением, можно видеть «неразумность» сущего: зачем болеют и умирают дети? По праву рабовладельческого общества человек со всей *определенностью* «*instrumentum vocale*», скотина. Это объективная реальность. Разумно ли это с точки зрения объективного разума? Надо ли вовлекать сюда категорию разума? Ответ получить затруднительно. «Разумное» право последующих эпох не было столь определенным в уподоблении человека скотине и делало все, чтобы затуманить, затушевать эксплуататорскую сущность сложившихся правоотношений, представить формальное равенство за равенство вообще и т. д. С позиций господствующих элит (классов) это было разумно, и этой «разумности» вполне соответствовала *неопределенность* правового регулирования. Неопределенность в таком случае может подаваться как позитивное явление, против чего по большому счету следовало бы решительно возразить, но характеристика права в категориях воли и интереса, служения и выгоды органично предполагает необходимость в принципиальных случаях сокрытия подлинного содержания норм и, как следствие, поддержание неопределенности. Только откровенно диктаторский, тиранический режим может отбросить лукавство и недосказанность. Кто-то из либертаристов возразит: там и права быть не может. Но это дает только повод вновь задать вопрос: говоря о разумности права, мы признаем или отвергаем то, что реально существовало веками, что объявлялось и признавалось правом на практике? Возможно, только инструменталисты и правовые реалисты могут отвечать на поставленные вопросы на основе прагматистской философии без особых сомнений. Для них истинно и разумно то, что выгодно. Ярким примером могут служить президентские указы Б. Н. Ельцина, объявляющие действующую тогда конституцию

[1] *Захарцев С. И., Сальников В. П.* Об интегративном правопонимании в контексте компрехендной теории права // Юридическая наука: история и современность. 2017. № 2. С. 42.



неправовой. Поэтому надо согласиться с тем, что «общего и однозначного критерия отличия правового закона от неправового не существует. При этом один и тот же закон может быть правовым и неправовым на разных этапах развития общества»[1].

Итак, в определенном ракурсе представляется по меньшей мере дискуссионным безоговорочное исходное положение, согласно которому «разум и право... соотносятся между собой как мыслительная деятельность и ее результат»[2]. Результатом мыслительной деятельности как таковой является постижение истины, и позитивный результат состоит в ее установлении. Но право как требования (правила) должного характера или как само должное поведение не оценивается в категориях истины[3]. Позиция проф. В. М. Баранова не получила в этой части поддержки философов и юристов — методологов. Должное может иметь место и в неразумном порядке вещей. Да, право как продукт человеческой деятельности является результатом рассудка, но случается и так, что рассудок не отвечает всем признакам, свойственным разуму. Разумом следует связывать понимание права, учения о праве, а не само право, если, конечно, не иметь в виду некое идеальное («чистое») право как порождение «чистого разума». Полагаю, что о разумности и неразумности надо говорить по отношению к тому, что регулируется правом, по отношению к тем жизненным отношениям, которые могут складываться разумно или неразумно. «Отсвет неразумности» может падать на право, если оно поддерживает, охраняет неразумные отношения (объявление *родителями* тех, кто по определению, биологически не мог быть родителем), но по большому счету все опять упирается в волю творца соответствующих норм. При этом воля понимается исключительно как властный феномен регуляции собственного и чужого поведения. В ее основе могут лежать самые разные факторы. И в этом отношении более приемлем вывод, когда разум и разумность оказываются за пределами права, как внешний фактор, опосредующий право и его реализацию.

Итак, разум и разумность свойственны (или не свойственны) учению, той или другой теории того или другого времени (соответственно этому времени, месту появления и месту реализации). Право, правовые акты, правовая система в целом, следуя этим теориям, отражают уровень разумности. Поэтому поставленные вопросы желательно решать конкретно-исторически. Если хотим решать по отношению к

[1] *Захарцев С. И., Сальников В. П.* Указ. соч. С. 42.
[2] *Власенко Н. А.* Указ. соч. С. 11.
[3] Там же. С. 39.

праву вообще, надо определиться с пониманием «права вообще», надо определиться с интегративной теорией права.

Пока названная теория трактуется, на мой взгляд, без надлежащего проникновения в суть. Считают, например, что здесь «не столько осуществляется реальное интегрирование разных теорий правопонимания, сколько провозглашается... наблюдается стремление на основе старых подходов интегрировать (объединить) старые идеи»[1], что «интегративистами, равно как и сторонниками естественно-правовой теории, право стало идеализироваться»: «Все просмотренные нами попытки сформировать интегративную теорию права к сожалению представляют собой идеализацию права в виде свободы, равенства, справедливости на базе естественно-правовой теории». Между тем, продолжают Захарцев и Сальников, «право есть сложное социальное явление, многоаспектное и противоречивое, которое надо рассматривать всеохватывающе, без идеализации и без господства какой-либо отдельной концепции или теории»[2]. Профессор А. Ф. Черданцев не без основанеия сетует: «Понятие права интегратистами не формулируется ни в виде развернутого определения, ни в виде текстуального описания. То есть существенные признаки права в интегративном понимании не называются, круг, класс явлений, мыслимых с помощью понятия права, не определяется»[3].

Да, развернутое «текстуальное описание» охватываемых интегративным пониманием явлений права до последнего времени не проводилось[4][5]. Ограничивались по большей части общим признанием позитивного значения «синтетической» теории[6]. И долгое время

[1] Не случайно, когда в словарях заходит речь о разумности, ссылаются на философа эпохи Возрождения Николая Кузанского: «Разумность есть знание истины, чувство красоты и желание блага».

[2] *Захарцев С. И., Сальников В. П.* Указ. соч. С. 41, 44. Авторы посчитали, что либертарную концепцию теперь относят (в том числе В. В. Лазарев) к интегративной (с. 41). Нет, в указанной авторами работе мною только замечено, что взгляды В. С. Нерсесянца «не чужды интегративной методологии, интегративному восприятию права».

[3] *Черданцев А. Ф.* Интегративное недопонимание права // Журнал российского права. 2017. № 10. С. 6.

[4] Там же. С. 8.

[5] В настоящее время такое описание дается, например, в содержательной статье В. В. Ершова «Анализ интегративного правопонимания с общенаучных позиций» // Российское правосудие, 2017. № 5.

[6] См., например: *Графский В. Г.* О значении общей (интегральной) юриспруденции в условиях плюрализма понятий права и правовых культур // Юриспруденция XXI века: горизонты развития. Очерки / под ред. Р. *А. Ромашова, Н. С. Нижник.* СПб., 2006; *Немытина М. В.* Проблемы современного правопонимания // Современные методы исследования в правоведении. Саратов, 2007. С. 115, 116. 13 февраля 2017 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения проведен круглый стол «Интегративное понимание права», на котором свои позиции обосновывали известные специалисты, доктора и кандидаты юридических наук из самых разных учебных и исследовательских учреждений страны — профессора В. П. Сальников, В. М. Сырых, В. Г. Графский, В. М. Шафиров, С. Н. Бабурин, В. В. Ершов, В. Б. Исаков, В. В. Сорокин, В. И. Крусс, М. Л. Давыдова, А. В. Корнев, М. В. Немытина, О. Ю. Рыбаков, Н. А. Колоколов и др. (см. изложение взглядов: Журнал российского права. 2017. № 7; Юридическая наука: история и современность. 2017. № 3).



оставалось без внимания проводимое мной с 1992 г. интегративное определение права: «Право — это совокупность признаваемых в данном обществе и обеспечиваемых официальной защитой нормативов равенства и справедливости, регулирующих борьбу и согласование свободных воль в их взаимоотношении друг с другом»[1]. Это определение, как представляется, при всей его выдержанности в духе правового релятивизма, может претендовать на то, чтобы достаточно определенно сказать, что является правом в данном сообществе людей в данное время. Это определение отражает реалии и тем самым претендует на практичность. Оно не идеализирует интегративную теорию, не перечеркивает другие. Оно прагматично. Нормативы могут устанавливаться не только в нормативных актах, но и в индивидуальных решениях. По своему содержанию они отражают формальные требования равенства и справедливости. Легитимация данных нормативов через официальное признание — также необходимый признак. Защита обеспечивается не только государством, хотя возможность государственного принуждения мыслится непременно. Это регулятор отношений между людьми. Самоопределяющиеся воли свободных людей могут конфликтовать или, напротив, желают сотрудничать (напомню о коммуникативной теории). Право — мерило, масштаб справедливости в решении любой задачи. Остается заметить, что интеграция подходов в понимании права может проводиться на разных уровнях. На самом высоком философском уровне — это абстракции Канта и Гегеля, на высоком уровне социологии права — определение Гурвича[2].

[1] См.: *Лазарев В. В.* Теория государства и права: учеб. пособие. М., 1992. С. 121—123; Общая теория права и государства: учебник / под ред. *В. В. Лазарева*. М., 2005 (Тема «Современные подходы к пониманию права и их значение для юридической практики»). Впервые анализ данного определения проводит В. В. Ершов (см.: Определенность права, с. 7), полагая при этом, что здесь имеется в виду интеграция и правовых, и неправовых явлений без ограничений, что не совсем так.

[2] «Социальное право», по мнению Гурвича, является «автономным правом всеединства, с помощью которого происходит самоинтеграция всякой активной тотальности, конкретной и действительной, воплощающей позитивную ценность; оно является правом интеграции...» (*Гурвич Г. Д.* Философия и социология права. Избранные сочинения. СПб., 2004. С. 51, 52).

Определения общей теории права отталкиваются от реалий правовых систем в их практическом функционировании.

Настоящая статья не позволяет раскрыть все стороны интегративного восприятия права. Остается лишь заметить, что философский подход признает существование разных «центров юридического опыта». Поэтому попытки изучать право с монистических позиций не дают завершенных результатов[1]. Если мы стремимся дать общее понятие права (правовая наука немыслима без него, хотя практика вполне обходится), недостаточно основывать определение права исключительно на принципе воли, или на исключительно принципе свободы, или на идее ограничения, или на идее запрета. Право не принадлежит в целом ни к сфере должного, ни к сфере сущего, право не есть ни воля законодателя, ни естественный закон, ни идеальная норма, ни социальный факт, ни психологический феномен — право включает в себя все эти многообразные аспекты и всегда представляет собой нечто большее, чем их механическая совокупность. Уровень правового в разных системах права разный, и мы имеем возможность судить о нем в зависимости от полноты воплощения в данной системе названных признаков права. Этот общий взгляд на право основан на историческом и социологическом опыте существования права в самых разных его формах. Полагаю, что все это имели в виду такие известные приверженцы интегративных взглядов, как Б. А. Кистяковский, С. А. Котляревский, А. С. Ященко (Россия), Г. Д. Гурвич и Жан-Луи Бержель (Франция), И. Сабо (Венгрия), З. Зембиньски (Польша), Г. Дж. Берман (США) и др., чьи взгляды еще требуют внимания диссертантов.

В. В. Ершов впервые поставил в связь с интегративной теорией определенность в праве[2].

Представляется, что такую связь, во-первых, следует проводить в плане признания существующих правовых концепций по известному принципу: «что действительно, то разумно» и подлежит интеграции в общей абстракции. Во-вторых, разумно формулируемые (имплементируемые из жизни) признаки интегративно формулируемого определения права позволяют признать разумными действительно существующие монистические теории права. В каждой из них по-разному проявляется соотношение права и разумности, что, в свою очередь, сказывается и в оценке определенности права. Последнюю, на мой взгляд, могут придавать нормам, не отвечающим никаким требованиям разумности. Четвертование и колесование расписывалось столь определенно, что массы людей стекались, чтобы воочию убедиться в последовательности действий палача.

[1] Вместе с тем очень хорошо подмечено, что европейская и отечественная теории могут развиваться как на основе монистического понимания права, так и в аспекте синтетического (интегративного) подхода, с учетом того, что монистические теории дают одностороннее (а потому и несколько искаженное) понимание государства и права (см.: *Корнев В. Н.* Монистические и интегративные (синтетические) теории обоснования природы государства и прав // Российское правосудие. 2017. № 5. С. 27).

[2] *Ершов В. В.* Анализ интегративного правопонимания с общенаучных позиций // Российское правосудие. 2017. № 5. С. 17.



При всех оговорках трудно принять характеристику неопределенности в праве со знаком плюс и то, что с помощью неопределенности «достигается точность и гибкость правового регулирования»[1]. Право тем и отличается от всех иных средств нормативного регулирования, что во всех его элементах — гипотезах, диспозициях и санкциях норм — должна присутствовать определенность. Ее отсутствие — дефект права. В обращении к общим нормам есть своя определенность. Во-первых, абстракции схватывают суть отношений глубже и вернее, и, во-вторых, общая норма является определенной нормой в том смысле, что системно предполагает ее индивидуализацию правоприменителем. Особняком стоят случаи, когда под влиянием лобби законодатель специально (заинтересованно) устанавливает неопределенную (двусмысленную) норму, предполагая воспользоваться плодами этой неопределенности. Это в большей степени свойственно волевым и, в частности, классовым теориям права. Примечательно, что правовая неопределенность исследуется преимущественно как дефект права, и именно в этом качестве она рассматривается Конституционным Судом РФ и ЕСПЧ.

Не исключаю факта смешения понятий. Так, с реалистических позиций может показаться, например, что наибольший уровень неопределенности в праве демонстрируют принципы права. Но с высоты философии права принципы призваны схватить суть явлений, и в этом их определенность. В противном случае они не были бы принципами. О неопределенности нормы или принципа можно говорить исключительно тогда, когда в них нечто должно быть, а в реалии этого нет. Если законодатель заранее и сознательно отдает правоприменителю компетенцию конкретизировать норму, то никакого «перехода от неопределенности к определенности» в правовом регулировании нет. Просматривается явное противоречие суждений, когда одновременно говорится о неопределенности права в нормах, содержащих оценочные понятия, и в то же время утверждается, что эти понятия «зада-

[1] *Власенко Н. А.* Указ. соч. С. 52, 59, 70.

ют правовую определенность и регулятивную прочность... гибкость и эластичность» правовому регулированию, когда с неопределенностью правового регулирования автор связывает усмотрение правоприменителя[1]. Законодатель не всегда ориентируется на усмотрение правоприменителя, часто ограничивает его и часто запрещает вообще; оно не является неотъемлемым атрибутом правоприменительной деятельности. Ни суд, ни другой правоприменительный орган не могут действовать по своему усмотрению, если на то, тем или иным образом, не выражена воля законодателя. Именно пределы усмотрения, а не само усмотрение, являются гарантией определенности правового регулирования.

Итак, с позиций интегративного восприятия права разумность и неразумность, определенность и неопределенность следует оценивать конкретно-исторически. Прежде всего следует определиться в главном вопросе: о каком праве идет речь. Если о том, которое дислоцируется в мире объективных идей и идеалов, — одно дело. Если о том, которое веками утверждалось в нашем бренном мире, то категории разумности и определенности можно использовать только как внешние, а не *implicito* свойственные праву ценности. Эти категории относительны и обусловлены местом, временем и субъектным составом механизма правового регулирования. В наше время принято ставить во главу угла обеспечение неотъемлемых прав человека, разумность которых обусловлена естественными основаниями жизнедеятельности. Определенность права связывается с вопросом самой личности. «Индивид, поставленный лицом к лицу с обществом, государством, имеет право требовать, чтобы ему было этим последним точно указано, чего от него хотят и какие рамки ему ставят. Логически это право на определенность правовых норм есть одно из самых неотъемлемых прав человеческой личности, какое только себе можно представить; без него, в сущности, вообще ни о каком «праве» не может быть речи»[2]. Именно этот подход позволил С. С. Алексееву мастерски раскрыть *определенность в правах и обязанностях* в качестве уникального достоинства права наряду с нормативностью[3].

[1] См.: *Власенко Н. А.* Указ. соч. С. 98, 99.

[2] *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 89.

[3] См.: *Алексеев С. С.* Право — надежда наша // собр. соч.: в 10 т. Т. 9. С. 32 и далее.



## Конституция как стабилизирующий фактор развития общества[1]

В России проводится конституционная реформа. Инициатива исходит от Президента РФ, начало реформам положено его указами. Вообще само понятие конституции (*constituio* — установление) историки связывают с указами — указами римских императоров. С того времени многое изменилось, но осталось представление о конституции как о правовом документе самой высокой юридической силы. Формы конституции — конституционного права (соответственно и понятие права) были и есть разные, но суть конституции оставалась одна — непререкаемой высшей волей обеспечить организацию и функционирование общества в угоду и к выгоде властвующих сил.

Чаще всего говорят о конституции в формальном смысле, как о писаных законах, имеющих такое наименование, письменно фиксирующих высшую юридическую силу по отношению ко всем остальным законам. Это юридическая конституция в ее формальном смысле. Фактическая конституция может с ней не совпадать, поскольку на деле, фактически, в жизни происходит не всегда то, что записано — реальные отношения могут не совпадать с тем, что значится в соответствующих текстах. Есть и еще одна «конституция» — та, которая в представлениях людей. В жизни все три могут диссонировать между собой. Например, союзные республики по Конституции СССР 1936 г. обладали правом выйти из состава СССР, но трудно было представить, что такое допускалось общественным мнением или могло произойти в реалии. И еще труднее было помыслить, что процесс начнет РСФСР, провозгласившая самостоятельность (суверенитет по отношению к СССР), приоритет Конституции и законов РСФСР над законодательными актами СССР. 12 июня 1990 г. стало началом конца Советского государства. Фактические отношения, как известно, складывались вопреки общественному образу СССР. С реальными отношениями в большей степени вяжется понимание не той конституции, которая в воображении, и не той, которая предстает как юридическая, а непременно фактической, не обязательно писаной.

Вне зависимости от того, является ли конституция писаной или неписаной, вне зависимости от того, какую форму государства она утверждает, какой уровень демократии декларирует и пр., в настоя-

[1] Актуальные проблемы экономики и права. 2020. Т. 14. № 2. С. 314—325.

щей статье важно подчеркнуть, что конституция всегда призвана выполнить роль стабилизирующего фактора общественного развития.

К такой роли изначально призваны все правовые акты. И еще до Рождества Христова действовали очень важные законы такого рода. Но в переломные для той или другой страны годы обыкновенные законы, в силу ограниченности предмета регулирования или недостаточной юридической силы, уступали эту функцию конституционным актам в настоящем формальном смысле этого слова[1].

По своей сущности конституция фиксирует сложившееся соотношение социальных сил, претендующих на политическое господство[2]. Поскольку в силу объективных и субъективных условий данное соотношение закономерно меняется, никакая писаная конституция не может выполнять названную функцию без изменения ее текста. Наука пытается определить время жизни писаных конституций и периоды внесения существенных поправок (подсчитано, что без поправок они в среднем живут чуть больше 15 лет). В этой связи можно гипотетически предположить, что эффективность конституции в наше время достигается (пытаются достигнуть) именно за счет внесения в нее поправок. Так, в Бельгии Основной Закон был принят в 1994 г. и затем неоднократно менялся — всего было исправлено более 50 статей, в Швейцарии он принят в 1999 г., и с 2002 г. его меняли порядка 10 раз.

[1] Такой первой конституцией, в современном юридическом представлении о ней, стала американская, вступившая в силу 4 марта 1789 г. Она оказалась успешной и надолго соединила людей Нового Света. Менее удачно выполнили свою роль конституции 1791 г. — Польши, потерявшей свою независимость, и Франции, в которой разразилась революция. В тех семи странах, в которых сегодня нет писаной конституции с соответствующим наименованием, есть некие основные законы, призванные выполнять эту роль. Такой Основной закон был принят еще в 1600 г. в Сан-Марино. В России такой действовавший конституционный акт — Основные государственные законы Российской империи — датируется 1906 г. А типичным примером страны, которая живет без конституции, называют Великобританию, чьи основные законы исторически основаны на «Великой хартии вольностей», принятой в 1215 г. и «Билле о правах» 1689 г. Нет конституций в традиционном понимании этого слова в Швеции и Израиле. В Саудовской Аравии конституцией страны объявлен Коран.

[2] Методологически сохраняет свое значение радикальное суждение Ф. Лассаля, обоснованное им в работе «О сущности конституции»: «Конституционные вопросы, прежде всего, вопросы силы, а не права; действительная конституция страны заключается лишь в существующих в стране реальных фактических отношениях силы: писаные конституции тогда только имеют значение и прочность, если представляют точное выражение действительных отношений силы в обществе, — вот принципы, которые вам надо запомнить». URL: https://mels.pro/t/f-lassal-o-sushhnosti-konstituczii/567



Наибольший интерес для науки представляет «живая» конституция, понятие и разновидности которой еще предстоит осмыслить. В настоящее время такую конституцию связывают с деятельностью конституционных судов или других высших судебных инстанций, которые в заранее заданных пределах могут оценивать текущее нормотворчество на предмет соответствия конституции и тем самым признавать новые общественные отношения в качестве конституционных. Поскольку запросы в конституционный суд могут поступать спустя какое-то время после появления новых отношений и их регулирования соответствующим правовым актом, возникает вопрос об участии в конституционализации новых отношений не только законодателя, но и других государственных органов — президента, правительства. Все эти органы в рамках своей компетенции обеспечивают развитие правопорядка, конкретизируя идеалы и цели, обозначенные в тексте конституции. Конституция живет благодаря их позитивной деятельности. Конституционный суд только постфактум конституционализирует сами отношения, признавая конституционность актов, их регулирующих[1]. Тем не менее и он, даже не обращаясь непосредственно к фактической стороне дела, должен знать политическую, экономическую, духовную и прочие реальности, для того «чтобы правильно интерпретировать текст конституции и находить смысл проверяемого закона, его конституционный смысл»[2]. Более того, конституционные судьи при оценке того, как решены эти дела с точки зрения действующей конституции, не могут игнорировать и перспективы конституционализации соответствующих отношений. Своевременно снимая конфликты актуальные и потенциальные, конституционный суд тем самым охраняет конституцию и в то же время интерпретирует ее применительно к изменяющимся запросам жизни, обеспечивая стабильность и динамизм как основу всей правовой системы[3]. Поэтому, в частности, они не могут быть привлечены к ответственности за выраженное ими независимое мнение. Согласно п. 5.1 Европейской хартии о статуте для судей (DAJ/DOC(98)23), принятой в городе Страсбурге 8 июля 1998 — 10 июля 1998 г., нарушение судьей одного из

[1] Рамки узкого понимания живой конституции подверг сомнению В. Д. Зорькин: «Живая Конституция — это не только текст и не только решения КС по толкованию тех или иных норм Основного Закона. Живая Конституция — это еще и законы, и вся правоприменительная практика, которая показывает, в каком направлении двигается наше право. Ядром этой практики является, конечно, конституционное правосудие. URL: http://www.ippnou.ru/article.php?idarticle=002933

[2] URL: https://pravo.ru/story/view/67946/

[3] URL: https://rg.ru/2011/10/20/ks.html

обязательств, четко определенных статутом, может повлечь применение санкций только по решению, принятому на основании представления, рекомендации либо с согласия судебной инстанции либо органа, как минимум наполовину состоящего из избранных судей; решение принимается с соблюдением процедуры, в рамках которой проводятся слушания с участием сторон.

О роли конституционного суда и, в частности, об ответственности судей следует писать сегодня еще и потому, что есть опасность сойти с этапа «стабильного, сбалансированного конституционного развития»[1]. Принятие поправок в текст действующего Основного Закона может породить иллюзию решения всех проблем. Между тем они не поубавятся, и снимать их эволюционно и компетентно по-прежнему возможно будет только через конституционное правосудие.

Рассмотрение конституции в качестве стабилизирующего фактора предполагает понимание стабильности не только как ценности, но и как антиценности. С одной стороны, стабильность — враг любой системы, требующей развития[2]. Это равновесная устойчивость всех элементов (составных частей) системы. С другой стороны, стабильность — друг успешного функционирования системы в течение относительно длительного срока, отвергающая только опасные для системы изменения[3]. Социальное функционирование, в отличие от механического, *implicite* предполагает развитие.

[1] URL: https://zakon.ru/discussion/2013/12/12/konstituciya... _intervyu...

[2] URL: www.astra-systems.net/statji/stabilnost-v-zhizni/

[3] Стабильность нельзя отожествлять с покоем. Это своего рода застойное движение. Для науки не пригоден замечательный афоризм Иэна Бэнкса — «состояние пациента стабильное: он мертв».



Проблема стабилизации конституционного развития всегда актуальна. Но ее решение обострилось с принятием инициативы Президента РФ о конституционной реформе — о необходимости внесения поправок в текст Конституции. В дискуссиях, предшествующих данной инициативе, наличествовали три подхода: первый, обосновывающий недопустимость изменений, делающий упор на ценность стабильности Конституции; второй, выступающий за изменения, акцентирующий внимание на целесообразности последних как закономерной формы конституционного развития, и — как представляется, наиболее приемлемый третий (интегративный) подход, когда средства поддержания живой конституции соединяются с изменениями собственно конституционного текста, способствующими (открывающими новые возможности) использованию названных средств. Представляется, что в общих выводах оказываются больше правы те, кто видит в стабильности Конституции больший положительный эффект, нежели в изменениях, без которых можно обойтись. Стабильность — это то качество, которое изначально предопределяет доверие граждан к Основному Закону, а необходимость изменений, даже если они уже назрели, всегда носит относительный и во многом субъективный характер, зависит от многих факторов, нуждается в тщательном обосновании.

Представляется необходимым предметно обозреть основные положения Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» (далее — Закон о поправке). Разумеется, только на предмет того, что в предлагаемых поправках направлено на сохранение в неприкосновенности, безоговорочно остается неизменным и что преследуется изменить, сломать совсем, поправить, предусмотреть исключения. Предварительно вновь сделаем оговорку: на стабилизацию положения дел могут работать как нормы, выполняющие статическую функцию, так и установления, преследующие динамику общественных отношений. Диалектика такова, что жесткое конституционное закрепление определенной данности может эффективно обеспечивать движение на ее основе. Например, устанавливается возможность постоянного пребывания отдельных федеральных органов государственной власти не в столице, а в другом городе, что может повлечь соответствующие процессы, связанные отнюдь не только с переездами. Или другой пример. Государство гарантирует минимальный размер оплаты тру-

да не менее величины прожиточного минимума трудоспособного населения в целом по Российской Федерации. На этой основе будет развиваться динамика правотворческой и правоприменительной деятельности в сфере трудового права.

Прямое соединение статической и динамической функций конституционных норм мы видим в том, как определяется правовое положение самых разных высших должностных лиц. Прежде всего для занятия должности устанавливается возраст и время проживания на территории РФ, затем констатируется отсутствие связи с иностранным государством, и только на этой основе утверждаются запреты и правомочия, отражающие динамику деятельности должностного лица. Нормы Конституции (ст. 77, 78, 81 и др.) дополненные положениями с требованиями к должностным лицам, замещающим высшие должности, относительно гражданства иностранного государства, счетов и ценностей в иностранных банках и т. п. преследуют вполне определенную цель: чтобы предупредить (профилактировать) деятельность этих лиц в интересах иностранного государства. Она лишается материальных основ. Просто запретить такую деятельность (карается только государственная измена) оказывается недостаточным.

Там, где прямая связь статической и динамической функций не просматривается, где последняя фиксируется как бы в отрыве от первой, возникают вопросы декларативности соответствующих положений. Представляется, например, что норма ст. 75.1 в условиях кризисного развития страны, усугубленного атакой коронавируса, может показаться во многом программной: «В Российской Федерации создаются условия для устойчивого экономического роста страны и повышения благосостояния граждан...»

Связь статики и динамики требует глубокой научной проработки, чего иногда недостает по причине спешки и недооценки научного мнения. В качестве примера приведу правку ст. 68 Конституции, в которой русский язык указывается как язык государствообразующего народа. На наш взгляд, такая основа не лучшая для последующей динамики национально-государственных отношений. Следовало бы записать: «Государственным языком Российской Федерации на всей ее территории является русский язык как государствообразующий язык равноправных народов Российской Федерации».

Более серьезные вопросы возникают тогда, когда заранее и сознательно в качестве сущего обозначается то, чему еще только предстоит быть таковым. В трудные, «лихие» 90-е годы наша Конституция указала на российское государство как на правовое и социальное. И это несмотря на то, что предлагалась иная формула: «Россия утверждает себя в качестве...». Симулякры правового и социального государства могли удовлетворить их амбициозных авторов, но никого не могли ввести в заблуждение ни внутри страны, ни за ее пределами. По прошествии времени любые симулякры обнажаются. Сколько ни повторяй «халва, халва...», слаще от того не становится.



Таким образом, в конституционном закреплении в качестве основ динамического развития на перспективу нуждается по большому счету то, что увековечено тысячелетней историей, что сохранено памятью предков, «передавших нам идеалы и веру в Бога», что диктуется законами преемственности в развитии Отечества, что естественно для продолжения рода человеческого. Именно в этом свете предлагается, например, оценивать института брака «как союз мужчины и женщины». Можно себе представить развитие семейно-брачных отношений при иной постановке, ином решении вопроса. Заметим, что никакого посягательства на право человека здесь не просматривается. Право гражданина на брак в другом суверенном государстве может фиксироваться иначе, чем в России, но известно также, что межличностное общение нигде не сводится к институту брака и семейному общению.

Либеральные критики российской государственности склонны права человека и гражданина, зафиксированные во второй главе Конституции, представить в качестве формально провозглашенных, уравняв их тем самым с программными или даже и этой роли не выполняющими. Между тем теоретическая конструкция конкретных прав, то, как они зафиксированы, и то, какие указаны в отношении их гарантии, — все это опровергает политически ориентированную критику. Другое дело, что вопреки Конституции, вопреки ее прямому действию, правоохранительные органы при разрешении конкретных дел часто дают основание для суждения о декларативности определенных норм. Поэтому приходится настаивать на разведении вопроса о том, как (в каком качестве) конструируется конституционная норма и почему (в силу каких обстоятельств) правоприменители воспринимают ее в ином качестве.

В свете проводимой сегодня конституционной реформы, представляется, необходимо более решительно подвергать сомнению безоговорочно восторженное отношение к правам человека, предающее забвению его естественные и социальные обязанности. Се-

годня еще в большей мере актуальны с позиций позитивного права и с позиций права естественного концептуальные представления о диалектической связи прав и обязанностей, естественных основаниях тех и других и естественно-правовых основаниях исключений из тех и других. Именно естественные основания лежат в конституционном установлении: 1) принципиальной возможности и необходимости ограничения прав и свобод человека; 2) обозначения общих условий таких ограничений; 3) перечня способов, форм, процедур ограничений отдельных прав и свобод. Все это есть, казалось бы, в российской Конституции 1993 г. Однако обязанности как форма и способ ограничения прав, к сожалению, практически отсутствуют.

Разумеется, было бы неверно за каждым велением позитивного права видеть право естественное. И решение вопроса об ограничении права или запрете такового не всегда связывается с естественно-правовыми основаниями. Например, Конституция Российской Федерации предусматривает такую норму (ч. 3 ст. 56), согласно которой перечисленные в ней права и свободы не подлежат ограничению вообще. Даже при чрезвычайных обстоятельствах. Можно было бы предположить, что это именно права человека. И таковые среди не подлежащих ограничению есть, например право на жизнь, на охрану достоинства личности, на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени и др. Но здесь есть и такие права (хранение информации о частной жизни лица; ознакомление с материалами, касающимися прав и свобод; свободное использование имущества для предпринимательской деятельности; право на получение квалифицированной юридической помощи и т. п.), которые, скорее, следует относить к правам гражданина, имеющим социальное происхождение. И даже если не всегда уместно проводить разницу между правами человека и правами гражданина, представляется необоснованным помещение в одну корзину прав человека и прав гражданина с точки зрения решения вопросов ограничения прав. Отдельные ограничения прав и свобод с указанием пределов и срока их действия должны касаться прав и свобод гражданина, но не прав человека. Нет юридической чистоты и в решении вопроса о первенстве тех или других. Нормы ч. 2 ст. 47, ч. 3 ст. 50, ст. 51, 52, 53, 54 Конституции сформулированы так, что позволяют выведение естественных прав человека из положений позитивного закона, а не наоборот.



Например, такой важнейший и основополагающий институт, как дееспособность, имеет естественно-правовое основание; институт правоспособности имеет социальное происхождение. Последний предполагает ограничения, тогда как первый — сомнительно. Или человек способен своими действиями приобретать права и нести обязанности, или нет. Уяснение характера тех или других прав станет потребностью для правоприменительных органов в ходе реализации конституционных норм с учетом внесенных поправок. Практика ограничений прав в условиях экстремальных условий должна получить оценку со стороны Конституционного Суда. Проблема усугубляется тем, что правовое положение гражданина, фиксируемое текущим законодательством, так или иначе получает отражение в Конституции, и, коль скоро действует принцип прямого действия Конституции, реализация соответствующих прав и обязанностей становится проблематичной. Так, например, в городе вводится порядок, предписывающий гражданину в течение определенного времени находиться дома или не выезжать за пределы городской черты, но гражданин показывает сотруднику полиции на ст. 27 Конституции РФ, в которой зафиксировано его право свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства. Начинаешь понимать пользу той юридической техники, когда статьи формулировались «двухпалатно» (в первой части предоставлено право, а во второй фиксируется оговорка в отношении его действия). Прямое действие Конституции тем самым может быть точечно ограничено без введения общего чрезвычайного положения.

Право всегда представляет собой некую коммуникацию, и потому проблема состояла в том, чтобы ограничить ту или другую сторону в той или другой степени. По иронии исторических судеб или столь же естественно в большей мере ограничения касались слабой стороны. В цивилизованном обществе многое меняется. Конституции многих государств объявляют человека, его права и свободы высшей ценностью. В обязанность государству вменено признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина. Тем самым на государство накладывается такое обременение, которое диалектический подход позволяет рассматривать как ограничение в его деятельности. Представляется, что все иные ценности имеют для государства то значение, что они не могут вовлекаться в качестве противовеса правам и свободам в угоду собственным интересам государства, но обязательно вовлекаются в обоснование пределов осуществления любых прав и свобод.

Со ссылкой на Аквинского Дж. Финнис утверждает, что любой здравомыслящий человек способен понять: жизнь, знание, содружество, потомство и некоторые другие основные аспекты человеческого существования суть блага сами по себе, что первые принципы естественного права, которые определяют основные виды блага и зла и которые могут быть адекватно поняты любым, кто достиг сознательного возраста (а не только метафизиками), являются *per se nota* (самоочевидными) и недоказуемыми фактами. Принципы различения правильного и неправильного происходят от первичных, предшествующих морали принципов практической разумности, а не от каких-либо метафизических или иных «Предшествуют» ли обязанности правам? — задается Финнис вопросом и, не принимая альтернативу «или — или», пишет: «...Есть основание считать понятия долга, обязанности или требования играющими стратегически более важную объяснительную роль, чем понятие прав»[1]. Можно дискутировать по поводу того, на какое место ставить обязанности человека, но нельзя не видеть, что они столь же естественны, как и права человека.

Ограничение права предполагает обязанность. Любое право интегрирует в себе обязанность; любая обязанность заключает в себе право. Ограничивая право, мы расширяем обязанность; ограничивая обязанность, мы обогащаем право.

Акцент на права человека и гражданина и, напротив, умаление норм, предусматривающих обязанности, надо рассматривать как естественную реакцию на тоталитаризм и авторитаризм в крайних формах их проявления, как следствие их отвержения. Вместе с тем поворот к демократическим политическим режимам чреват другой опасностью. На наш взгляд, он грозит недооценкой отрицательных сторон демократии. О такого рода свойствах демократии говорили на заре ее расцвета с учетом реалий Афинского государства (Сократ), писали в новое время (Токвиль, с учетом негативных проявлений в Америке). Начинают понимать актуальность вопроса и в наше время.

[1] Научность позиций Аквинского и Финниса, к которым приходится обращаться по причине недостаточных исследований в этой части в отечественной литературе, можно иллюстрировать следующим примером. Статья 28 Конституции РФ каждому гарантирует свободу вероисповедания, включая право исповедовать религию «совместно с другими». Не подлежит сомнению, что пасхальные празднества и отправление религиозного культа в эти дни предполагает участие в церковных мероприятиях. Даже в условиях чрезвычайного положения нельзя ограничить названное право и запретить посещение церкви. Поэтому, не задаваясь вопросом, каково происхождение права (естественное или социальное) исповедовать соответствующую религию, обратимся к «принципам практической разумности» и решим его по-разному в зависимости от реальной опасности, которая подстерегает при посещении церкви.



Учет сказанного все более подвигает к такому выводу: права человека естественным образом служат стабилизации общественных отношений; права гражданина способствуют такой стабилизации только в прямой соотносимости с установленными в законодательстве обязанностями[1]. Выход государства за пределы правового регулирования всегда чреват опасностями стабильно эволюционному развитию общества. Отсюда необходимость многоплановой оценки демократических форм.

Плюсы и минусы демократии нельзя вскрыть без учета ее разновидностей. Они обусловлены прежде всего типом государства: рабовладельческое государство исключало демократию для подавляющей части населения; феодальное — отвергало как таковую вообще, если не считать города-республики; буржуазное — широко декларировало для всех и обеспечивало на деле экономически господствующему классу; социалистическое государство открыто отрицало и в действительности отвергало демократию для оппозиции социализму. Другими словами, если исторически и существовала демократия, то она всегда была ограниченной. В рамках одного типа она различалась по этапам развития, что также характеризовало ее свойства. Например, социалистическая демократия с момента утверждения выступала как пролетарская, когда рабочему классу предоставлялись преимущества и гарантии в политической жизни в сравнении с иными слоями населения, а в последующем, с исчезновением остатков эксплуататорских классов, декларировалась как общенародная. Современная российская демократия некоторыми идеологами не без основания характеризуется как управляемая и в этом своем качестве подается как суверенная. Оппоненты рассматривают ту и другую сторону односторонне — как негативную, но это подтверждает только то, что, во-первых, демократия в ее реальных формах разная, что, во-вторых, оценки ее субъективны. И добавим, в-третьих, — национальные конституции призва-

[1] Уместно прокомментировать данные выводы на примере того, какое значение придает российская власть и сами граждане закреплению именно на конституционном уровне социальных прав (на достойную заработную плату, выплату пенсий, социальных пособий и т. д.). Очевидно стремление той и другой стороны подкрепить стабильное развитие коммуникативных правоотношений взаимной ответственностью и материальными гарантиями.

ны фиксировать сущее (достигнутое), не закрывая перспективу совершенствования демократических форм.

Об управляемости и, соответственно, о суверенности российской демократии уместно сказать, например, применительно к институту самоуправления. Законом о поправке к Конституции оно включено в систему публичной власти, и теперь самоуправленческие формы будут функционировать на основе общих принципов с государственными, которые входят в публичную власть в первую очередь. Никакие наднациональные органы и никакие международные организации не смогут предъявить претензии к тому, как будет функционировать система публичной власти, поскольку ее самостоятельность гарантируется Конституцией России, гарантирующей суверенитет России и верховенство Основного Закона. Еще в большей степени суверенитет просматривается в поправке, согласно которой никакие действия, направленные на отчуждение части территории Российской Федерации, а также призывы к таким действиям не допускаются. Конституционный Суд России в заключении от 16 марта 2020 г. № 1-З по Закону о поправке дает такое обоснование «недемократическому» запрету: «...Являясь ограничением свободы слова, тем не менее согласуется с конституционно значимыми целями такого рода ограничений, в качестве критерия конституционной приемлемости которых необходимо рассматривать не только положения статьи 29 (часть 2) Конституции Российской Федерации, но и положения ее статьи 13 (часть 5), запрещающей создание и деятельность общественных объединений, чьи цели и действия направлены, в частности, на нарушение целостности Российской Федерации»[1].

Мы привели конкретные нормы нового Закона, которые направлены на стабилизацию отношений в рамках конкретного правового института. Но есть и общие нормы, своего рода общие установки на обеспечение таковой стабильности. Так, установлено, например, что Российская Федерация, объединенная тысячелетней историей, сохраняя память предков, передавших нам идеалы и веру в Бога, а также преемственность в развитии Российского государства, признает исторически сложившееся государственное единство. Точно так же есть общие нормы, направленные на то, чтобы обеспечить движение в определенном направлении. Например, следующая: «Государство создает условия, способствующие всестороннему духовно-

[1] URL: http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202003160037



му, нравственному, интеллектуальному и физическому развитию детей, воспитанию в них патриотизма, гражданственности и уважения к старшим». Нормы, выполняющие динамическую функцию, кажутся в большой степени декларативными, но следует учесть, что они, в отличие от классических деклараций, поддерживаются средствами позитивной юридической ответственности. Тексты некоторых норм сформулированы так, что просматривается соединение (переплетение) статической и динамической функций. Например, норма ст. 72, п. «ж»: «...защита семьи, материнства, отцовства и детства; защита института брака как союза мужчины и женщины; создание условий для достойного воспитания детей в семье, а также для осуществления совершеннолетними детьми обязанности заботиться о родителях».

С практической точки зрения важно понять, какие нормы следует избрать для поддержания устойчивости общественных отношений и какие — для обеспечения непременного их движения в определенном направлении. Учредительные и охранительные более соответствуют выполнению первой задачи, а управомочивающие и обязывающие — второй. Нормы дефинитивные интегративно обслуживают и статику, и динамику отношений. Нормы гарантии устанавливаются отдельно в связи со спецификой регуляции. На статику в большей степени работают материальные и идеологические гарантии, на динамику — организационные, например, как предусмотренная ст. 80: «...обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие органов, входящих в единую систему публичной власти».

Важно при этом всегда исключать элементы декларативности. К некоторым из них мы уже привыкли и не замечаем снижения регулятивного потенциала норм. Например, не иначе, как позитивное впечатление оставляет норма ст. 75 5. «Российская Федерация уважает труд граждан и обеспечивает защиту их прав. Государством гарантируется минимальный размер оплаты труда не менее величины прожиточного минимума трудоспособного населения в целом по Российской Федерации». «Российская Федерация» вообще? А субъекты Российской Федерации? Что значит «уважает»? К органам МВД это относится? Защиту каких прав? Обеспечивает право на свободную переписку с чиновниками? Государство «уважает», а собственник не хочет уважать!? Не было ли более определенным записать: «Государство обязывает всех работодателей уважать труд граждан и гарантировать минимальный размер оплаты труда

не менее величины прожиточного минимума... Нарушение трудового законодательства преследуется по закону»?

Некоторые конституционные нормы сформулированы по принципу «разрешено то, что не запрещено, что не нарушает...». Так, в соответствии с нормой ст. 79 «Российская Федерация может участвовать в межгосударственных объединениях и передавать им часть своих полномочий в соответствии с международными договорами Российской Федерации, если это не влечет за собой ограничения прав и свобод человека и гражданина и не противоречит основам конституционного строя Российской Федерации». В той же статье используется и другая формула, согласно которой не все принятые и формально легитимные решения должны исполняться.

Всякие поправки в законодательство, особенно те, которые изначально рассчитаны на длительную перспективу, и в частности поправки в Конституцию, не могут (не должны) приниматься без научного обоснования, аргументы которого образуют их идеологию.

Конституционный Суд России констатируя, что поправками к Конституции предусмотрен комплекс изменений, уточняющих конституционно-правовой статус Российской Федерации во внутригосударственных и международных (межгосударственных) отношениях, а также касающихся вопросов общероссийской государственной идентичности и гарантий ее сохранения и защиты (ст. 67, ч. $2^1$; ст. $67^1$; ст. 68, ч. 1, 4; ст. 69, ч. 2, 3; ст. $79^1$), указывая на другие подобные положения и признавая их конституционными, не посчитал их как «устанавливающие государственную или обязательную идеологию, *изменяющие принципы плюралистической демократии и светского характера Российского государства, вводящие какие-либо недопустимые с точки зрения глав 1 и 2 Конституции Российской Федерации ограничения прав и свобод человека и гражданина и вмешательство в них*» (выделено мной — *В. Л.*). Да, это не такая идеология, но все же идеология и, надо полагать, обязательная в том числе и для Конституционного Суда. Нельзя согласиться, что «это еще не идеология, но идеологические конструкции на конституционном уровне»[1]. Нет, почему же не идеология?

[1] URL: http://www.iarex.ru/news/73891.html. Когда не было определенности в вопросе о возможности вносить правку в Преамбулу Конституции, мною в рабочей группе был озвучено: «Предлагаю внести правку в текст Преамбулы, указав: «**утверждая** суверенную государственность России, незыблемость ее **идеологической** и политической демократической основы». В действующем тексте записано «возрождая», что даже по условиям 1993 г. неверно юридически, поскольку Россия и в советское время доказывала свою суверенность в полной мере.



Это, с нашей доктринальной точки зрения, государственная идеология, которая предложена действующим Президентом Федеральному Собранию и при закреплении Законом о поправке к Конституции становится обязательной. И главное здесь установлено Конституционным Судом: предлагаемые нормы не могут расцениваться, толковаться и применяться как идеология, изменяющая принципы плюралистической демократии и светского характера Российского государства, вводящая «какие-либо недопустимые с точки зрения глав 1 и 2 Конституции Российской Федерации ограничения прав и свобод человека и гражданина и вмешательство в них». Другими словами, идеология идеологии рознь: одну следует развивать и подкреплять конституционно, а другой столь же правовыми средствами ставить препятствия.

Оппозиция очень рассчитывала, что Конституционный Суд, ссылаясь на собственное решение от 5 ноября 1998 г., даст отрицательное заключение по такому «идеологическому» вопросу, как «обнуление» президентских сроков. При этом сознательно или по недопониманию умалчивается, что Конституционный Суд тогда не решал вопроса о конституционности установленных сроков. Вопреки, в частности, моим соображениям о необходимости дать нормативное толкование ст. 81 Конституции, поскольку в будущем может возникнуть неопределенность «в связи с текущим законодательным процессом и в особенности в связи с изменениями конституционных норм»[1], Конституционный Суд определил производство о толковании ст. 81 прекратить. Он решал по существу правоприменительный вопрос — какой срок, первый или второй, занимает должность президента Б. Н. Ельцин. Точно так же и сегодня решается вопрос сроков президентской власти применительно к конкретному лицу и применительно к конкретной ситуации — открыть ли возможность В. В. Путину участвовать в очередной избирательной кампании.

В заключении Конституционного Суда по Закону о поправке к Конституции обращается внимание на согласованное функционирование органов государственной власти, исходя из органического единства системы таких органов, чему служит и разграничение полномочий, и механизм взаимных сдержек и противовесов (ст. 10, ст. 11, ч. 1 Конституции Российской Федерации). «Отступление от этих начал не отвечало бы конституционному предназначению го-

[1] *Лазарев В. В.* Законодатель как сторона в конституционном судопроизводстве. Судебные речи. М., 2015. С. 66.

сударственной власти, не обеспечивало бы необходимой устойчивости государственно-правовых институтов и ставило бы под угрозу стабильность конституционного строя России как демократического правового государства».

Обозначенные здесь цели напрямую связываются Конституционным Судом с решением вопросов о предельном числе сроков полномочий (сроков полномочий подряд), в течение которых возможно занятие должности главы государства с республиканской формой правления одним лицом. С одной стороны, конституционная характеристика демократического правового государства предполагает, хотя и не предопределяет, установление в этом аспекте достаточно жестких ограничений. С другой стороны, конституционный принцип народовластия подразумевает возможность реализации народом права избрать на свободных выборах то лицо, которое он посчитает наиболее достойным должности главы государства, при том, что его определение в рамках электоральной конкуренции всегда остается за избирателями.

Наконец, стабилизирующую роль Конституция призвана выполнить в такой основополагающей сфере жизнедеятельности общества, как местное самоуправление. Судьба его складывалась в России далеко не однозначно. Оно пробилось через режим неограниченной монархической власти, но долгой истории своей не имело, поскольку после 1917 г. на смену пришло самоуправление государственного образца под тотальным контролем партийной власти. В лихие 90-е гг. минувшего столетия предпринята попытка внедрить самоуправление, как и вообще демократию, сверху. Оно учреждалось фактически по Указу Президента и подобно овечке Долли конструировалось искусственно. В условиях естественно формировавшегося в те годы мафиозного режима трудно было ожидать того результата, который декларировался и которому следовали в Европе в рамках Европейской Хартии. Поэтому приходится возвращаться.

На недавнем заседании Совета по развитию местного самоуправления в Красногорске В. В. Путин предложил начать разработку проекта новых Основ государственной политики в сфере развития местного самоуправления на период до 2030 года[1]. Закон о поправке к Конституции в части организации и функционирования публичной власти дает возможность органам местного самоуправле-

[1] URL: http://kremlin.ru/events/president/news/62701



ния и органам государственной власти более эффективно осуществлять взаимодействие в интересах населения, проживающего на соответствующей территории[1]. Сегодня Конституционный Суд не рассматривает как несовместимое с требованиями ст. 12 Конституции установление особенностей осуществления публичной власти на территориях городов федерального значения, административных центров (столиц) субъектов Российской Федерации и на других территориях. Главное в том, чтобы обеспечить функциональное единство и организационное взаимодействие органов государственной власти и органов местного самоуправления при решении задач на соответствующей территории, избегая неоправданного участия государства в формировании органов местного самоуправления, в назначении на должность и освобождении от должности должностных лиц местного самоуправления.

Наш общий вывод, не столько итоговый, сколько предваряющий более глубокое исследование, формулируется так: конституции во всех трех ипостасях, равно как и их изменения, обусловлены статикой и динамикой политико-правовой жизни, и наука призвана всякий раз открывать средства гармоничного относительно стабильного развития материального и идеального, отражаемых особой знаковой системой языка.

## Оценивать рационально и конкретно-исторически. Комментарий к Закону о поправке к Конституции РФ[2]

В качестве члена рабочей группы по подготовке предложений о внесении поправок в Конституцию РФ мне довелось участвовать в обсуждении ряда принципиальных вопросов. Должен сказать, что это происходило в рабочей атмосфере и в целом вполне компетентно — это в опровержение распространенной в сетях критики состава группы и понимания ее членами конституционной проблематики. Полагаю, нельзя считать компетентными исключительно тех, кто защитил

[1] Такая позиция последовательно отстаивалась мной в Конституционном Суде по так называемому «удмуртскому делу». В частности, отстаивая суверенное право Удмуртской Республики создавать полновластные органы в единицах ее территориально-административного устройства, протестуя против того, «чтобы вопросы Ижевска или Воткинска имели частное, а не республиканское значение», прямо указывал: «...Не было бы существенным нарушением, если бы те Советы, которые создаются в районах и в городах, соединяли в себе государственное начало и самоуправленческое начало». См.: *Лазарев В. В.* Указ. соч. С. 848—849.

[2] Адвокатская газета (advgazeta.ru). 2020. 17 марта.

диссертации по специальности «конституционное право». Основной Закон идет от жизни, а та, в свою очередь, многоаспектна и требует оценок разных слоев общества.

На мой взгляд, рабочая группа оправдала возложенную на нее миссию, последовательно выполнив поставленные задачи. Следует отметить, что предлагаемые поправки тщательно отслеживались на тот предмет, чтобы они не затрагивали так называемые «неприкасаемые» главы, и многие инициативы отсеивались именно по этой причине.

Конституционный Суд РФ дал оценку принятых поправок в Основной Закон на предмет их конституционности. Теперь самим гражданам предстоит оценить их — не вникая в юридические тонкости, а по социально-политической направленности, — в ходе всенародного голосования. Остается надеяться, что будет проявлена необходимая активность.

В свою очередь, лично поддерживаю — и эмоционально, и рационально — положения о признании культуры уникальным наследием многонационального народа России, о защите культурной самобытности всех народов и этнических общностей, а также поправки, касающиеся семьи и семейных ценностей, защиты всего, что касается формирования социального государства, и другие новые конституционные нормы, вызывающие дискуссию разве лишь в части места их расположения. Столь же осознанно одобряю обеспечение суверенитета, государственной целостности и все ценности, вытекающие из верховенства Конституции РФ.

Новеллы, связанные с трактовкой публичной власти, также, полагаю, могут сослужить пользу. Органы местного самоуправления и органы государственной власти будут способны более эффективно осуществлять взаимодействие в интересах населения, проживающего на соответствующей территории. Такая позиция последовательно отстаивалась мной в Конституционном Суде по так называемому «удмуртскому делу» (постановление от 24 января 1997 г. № 1-П).

Наконец, могу ответственно декларировать свое позитивное отношение к поправкам, усиливающим и без того не слабую президентскую власть, а также к фиксации возможности действующему Президенту выдвигать свою кандидатуру в ходе предстоящей избирательной кампании.

Поясню свою точку зрения. Мое приобщение к профессии юриста состоялось в год принятия Конституции Франции (1958 г.), когда я



изучал в университете теорию государства и права. Тогда во Франции — и на практике, и в теории — остро ставились вопросы власти и форм правления и, как известно, победила позиция смены парламентской формы правления сильной президентской. С тех пор я сторонник принципиальных позиций Шарля де Голля, и не только по причине обоснованности его персонифицированной власти. В своих научных публикациях пришлось неоднократно ссылаться на мнения признанных авторитетов (в частности, на Сократа — в оценке афинской демократии, на Токвиля — в оценке демократии в США), которые видели недостатки (а при определенных условиях — даже зло) в демократических формах правления. Более того, в одном из учебников я процитировал как нельзя более актуальную сегодня мысль редактора американского журнала «Ньюсуик интернэшнл» Фариды Закарии: «Сегодня нам необходима политика, в которой демократии было бы не больше, а меньше»[1]. Кстати, по прошествии времени сами французы сожалели, что не позволили де Голлю остаться на президентском посту.

На днях я ознакомился с размещенным в Интернете открытым письмом противников поправки о возможности действующему Президенту в очередной раз пройти избирательную процедуру. Его подписали некоторые адвокаты, и их позицию можно понять. Однако не знаю точно, есть ли среди них те, кто занимал руководящие должности в своих адвокатских палатах не один срок. Если таковые есть, то они лукавят. Меня, в свою очередь, упрекнуть в лукавстве они не смогут, поскольку я публично отстаивал поправку в Закон об адвокатуре, позволяющую в строго определенных случаях переизбираться на третий срок тем президентам палат, которые удовлетворяют всем высоким профессиональным требованиям. К тому же не стоит забывать, что демократии — тем более, псевдодемократии — всегда противостоят реалии, которые необходимо оценивать рационально и конкретно-исторически.

В заключение могу предположить, что у некоторых людей может остаться чувство неудовлетворенности, обусловленное недостаточным обоснованием принятых или отклоненных поправок в соответствующих документах. В частности, мой опыт работы в качестве постоянного представителя Госдумы в Конституционном Суде РФ позволяет сомневаться в целесообразности сокращения числа конституционных судей, а также в необходимости менять действующий порядок прекра-

[1] См.: История политических и правовых учений: учебник / отв. редактор *В. В. Лазарев*. 2-е изд. М., 2008. С. 910.

щения полномочий судьи. Печально, что адвокаты не найдут себя в принятых поправках, хотя в рабочей группе официально распространялся проект поправки, предусматривающей дополнение ст. 129 Конституции РФ пунктом об адвокатуре как составной части правосудия (ранее предложенной Федеральной палатой адвокатов РФ).

Данная инициатива не была поддержана, полагаю, из-за распространенного, к сожалению, негативного отношения к институту адвокатуры как преследующему корыстные интересы, без учета его правозащитных функций.

Предложение о поправке в ст. 129 выглядело следующим образом: «Обращаю внимание на то, что наименование гл. 7 Конституции «Судебная власть и прокуратура» лишь сугубо формально, технически вовлекает прокуратуру в эту главу, без включения ее в судопроизводственные процессы. Между тем в отличие от иных видов своей деятельности здесь прокуратура не может представляться в качестве сугубо надзорного органа. В предлагаемой ко второму чтению поправке к ст. 129 совершенно неприемлема, на мой взгляд, формула «а также выполняющих иные функции». Тем более что это просматривается в указании на полномочия прокуратуры, «определяемые федеральным законом».

Предлагаю дополнить ч. 1 ст. 129 следующим абзацем: «В уголовном судопроизводстве прокуратура поддерживает государственное обвинение на принципах состязательности».

Сохраняя в предлагаемых поправках к ст. 129 единство и централизацию системы прокуратуры, новая редакция без достаточной аргументации умалчивает о положениях, согласно которым эта система предполагает подчинение нижестоящих прокуроров вышестоящим и Генеральному прокурору. Полагаю необходимым вернуться к обсуждению новелл и во всяком случае дать развернутое обоснование новой парадигмы в Пояснительной записке.

Установление конституционного статуса прокуратуры предполагает необходимость обозначить конституционное положение института адвокатуры. В связи с этим предлагаю рассмотреть возможность дополнения ст. 123 Конституции РФ п. 5: «Составной частью правосудия является адвокатура, действующая на основе принципов независимости и самоуправления. Функции адвокатуры, основы ее организации и деятельности определяются федеральным законом».

Наконец, нельзя забывать, что большая часть предложенных в эти месяцы поправок будет оцениваться на предмет корреляции



с действующим законодательством. Продолжится также анализ принятых изменений в контексте правоприменительной практики. И если некоторые тексты новелл могли бы быть в юридическом плане более отточенными и в большей степени отвечать принципу системности, то это поправимо, учитывая последующую деятельность Конституционного Суда РФ, который не перестанет быть творцом «живой» Конституции.

P. S.: Развернутый доктринальный анализ роли Конституции в развитии общества и потребности внесения в нее поправок или необходимости пересмотра надеюсь представить впоследствии (наука не терпит поспешности).

# III. Общие вопросы правотворчества и правоприменения

## Закономерности развития современного права и юридическая глобалистика

(совместно с А. Х. Саидовым)[1]

Закономерности развития общественных отношений, развития права и правовых отношений, наконец, развития правовой науки — предметы особого исследования. Все они диалектически связаны, подвержены взаимным влияниям, но, если не придерживаться крайних синергических позиций, требуют самостоятельного развернутого исследования.

Кроме того, современные правоведы пока не имеют четкого представления ни о тех, ни о других, ни о третьих. Это особая проблема; именно с ней связаны прогнозы о перспективах права и государства, именно ее решение позволило бы высветить горизонты юриспруденции. Ожидать здесь скорых результатов не приходится, поскольку «представления российских, равно как и зарубежных правоведов относительно объективных законов права, закономерностей иных явлений, изучаемых правовой наукой, весьма абстрактны и гипотетичны»[2] [6, с. 47].

Впрочем, имеются классификации в данной области, которые, на наш взгляд, могли бы дать толчок более продвинутым исследованиям. Например, П. М. Рабинович, раскрывая механизм проявления социальных и экономических закономерностей в правовой сфере, а также общее понятие государственно-правовой закономерности, дает их классификацию по пяти основаниям: 1) системному расположению в социальном пространстве (внешние и внутренние закономерности); 2) историческим пределам действия (всеобщие, общие и особенные); 3) степени охвата государственно-правовой сферы (общие и частные); 4) типу связей государственно-правовых явлений (генетические и структурно-функциональные); 5) по форме осуществления (статические и динамические) [5]. С. С. Алексеев подразделяет их на четыре вида: 1) общие закономерности возникновения и развития права; 2) общие структурно-функциональные закономерности права; 3) специальные закономерности возникновения и развития права; 4) специальные структурно-функциональные закономерности. В числе конкретных закономерностей права называются: 1) повышение уровня нормативных обобщений в праве; 2) усиление специализации права, развитие его структуры; 3) совершенствование, упрочение обеспечительных юридических механизмов; 4) закономерные связи между общими дозволениями и запрещающими нормами, общими запретами и управомочивающими нормами и др. [1]. С точки зрения В. М. Сырых, только «философская категория «закон» является единственным мерилом, которое позволяет не только отличать закономерные связи права, иных явлений от незакономерных, случайных, но и признавать конкретные правовые закономерности в качестве разновидности всеобщей закономерной связи явлений природы и общества» [6, с. 49]. Другими словами, науке предстоит выявлять *необходимые, повторяющиеся, устойчивые, действующие при определенных условиях связи явлений и процессов, порядок или последовательность их возникновения, изменения и развития.*

В качестве общей внешней закономерности развития государственно-правовой жизни сегодня можно признать ее глобализацию. Разумеется, правовые системы разных стран затронуты ею в разной степени, но так или иначе затронуты все. Иначе и не может быть, поскольку основополагающие экономические и политические процессы да и все другие, с ними связанные, протекают сейчас на глобальном уровне. Тому есть много причин и предпосылок, но, вероятно, главная — информационная революция. Она обусловливает и внутренние закономерности права. Один только факт, что правоотношения все больше складываются виртуально, что огромные денежные потоки движутся без реального присутствия их держателей, что любой закон любого государства становится известным каждому без похода в парламентскую библиотеку, — любой этот факт свидетельствует о закономерных изменениях правовых форм. Но форма, как известно, существенна. Содержание права не может не меняться с изменением его формы.

[1] Вестник Международного института экономики и права. 2011. № 1. С. 85—91.

[2] Это одна из немногих работ, в которой предпринята попытка дать анализ объективных законов общей теории права. Автор затрагивает также вопрос о закономерностях права. Например, им признается оригинальной интерпретация А. М. Васильевым известного марксистского положения о том, что право никогда не может быть выше, чем экономический строй и обусловленное им культурное развитие общества, в качестве закономерности права.

Применительно к современному российскому праву повышение уровня нормативных обобщений не выглядит закономерным. Скорее наоборот: наблюдается тенденция к детализации, привязке регулирования к конкретным ситуациям. Сближение разных правовых семей постепенно стирает грани в источниках права. Прецедентное право в России, прежде бывшее под запретом, сегодня переходит на «полулегальное» положение.

На наличие сближающих факторов обращают внимание многие компаративисты. Так, они указывают, что в английском праве роль обычая значительно сократилась (впрочем, это право точнее было бы называть не обычным, а прецедентным). Даже если роль доктрины во Франции, Англии и Германии остается различной, юристы этих стран вдохновляются одинаковыми философскими идеями, а руководители государств часто договариваются о проведении схожей правовой политики. Таким образом, можно сказать, что их правовые системы в основном базируются на общих ценностях.

Единое наднациональное право повсеместно оставляет свой отпечаток; в этом отношении характерны последствия вступления ряда стран в ЕС. Европейское право в собственном смысле слова, обязательное для каждого члена сообщества, выросло как в количественном, так и в качественном отношении, что отразилось и на иерархии источников права. В частности, в Англии применение европейских конвенций, интегрированных парламентом в английское право, является полигоном для отработки норм, основой которых выступает закон.

Большое значение имеет членство страны в Совете Европы, так как европейская Конвенция о защите прав и свобод человека и практика Европейского суда, который следит за ее соблюдением, содействуют сближению фундаментальных принципов, на которых основаны национальные правовые системы.

На доктринальном уровне также осуществляется разработка «начал» или «кодексов», которые способствуют сближению и унификации некоторых отраслей права [4].

Было бы неправильно всякую закономерность развития права трактовать с положительным знаком. Негативные общественные процессы столь же закономерно предопределяют отрицательные явления в праве. Нельзя, например, не заметить, что сегодня в российском праве не только не наблюдается «упрочения обеспечительных юридических механизмов», но, напротив, налицо их ослабление (отказ от конфискации преступно нажитого имущества, изменение ряда



норм избирательного права и др.). В качестве своего рода закономерности можно назвать также инфляцию российского законодательства. Многие его нормы ничего не стоят, поскольку в действительности не работают.

Закономерные процессы глобализации (опять же не всегда позитивные) напрямую влияют на механизмы и форму государства. Появляются новые государственные органы, укрепляются связи различных институтов в борьбе с преступностью, ведется работа по демократизации политических режимов и вместе с тем закономерно ослабляется государственный суверенитет.

Как отмечает Н. Н. Грачев, «процессы *глобализации*, происходящие в современном мире, выступают фактором, разрушающим суверенную национальную государственность и существенным образом трансформирующим классические формы государственного устройства. Возрастающая неспособность современных государств к регулированию глобальных процессов и, как следствие, ослабление их суверенитета носят достаточно объективный характер. Это ведет к всеобщей трансформации государственности в современном мире, видимыми признаками которой являются реновация имперских моделей государственного устройства и возникновение нового вида имперского суверенитета. В связи с этим обозначились две противоречивые тенденции: одна — это расширение исключительных правомочий *верховной власти* по отношению к территориальным подразделениям, что хорошо видно на примере увеличения объема компетенции федеральной власти в целом ряде федеративных государств; другая — это региональная децентрализация и автономизация, федерализация и конфедерализация современных государств, которые идут параллельно с передачей их *суверенных прав* на более высокий уровень — различным международным организациям и союзам или сопровождаются их добровольным ограничением в пользу более могущественных в экономическом и политическом отношении держав и союзов конфедеративного типа, эволюционирующих в сторону федеративных империй» [2].

Закономерности развития государственно-правовой жизни получают отражение и в науке. Сейчас все большее внимание уделяется направлению исследований, получившему название «глобалистика». И хотя споры о его статусе в системе общественных наук, о круге относящихся к его ведению проблем продолжаются (такие споры неизбежны на первых этапах развития любого нового течения), общепри-

знанно, что глобалистика сегодня существенно важна для развития юридической науки.

Разумеется, при этом не могут не возникать вопросы: «Как влияет глобализация на развитие государства и права?», «Что собой представляет сегодня юридическая глобалистика?». Для юриспруденции, базирующейся на изучении «своего» национального права, особенно важно исследовать растущее влияние глобализации. Данный подход, во-первых, позволяет обратиться к изучению таких явлений правовой действительности, которым ранее не уделялось достаточного внимания; во-вторых, помогает взглянуть под особым углом зрения на ряд традиционных разделов как общетеоретических дисциплин, так и отраслевых юридических наук; в-третьих, способствует разработке новой гуманитарной методологии изучения государственно-правовых явлений.

Глобализация оказывает существенное влияние на все стороны права. Эта многоплановость означает, в частности, что большинство глобальных проблем современности имеют правовой аспект и в значительной мере выступают как правовые проблемы.

Современные теоретико-правовые исследования подтверждают, что ни одна правовая система не может претендовать на универсальность. Даже наиболее распространенные правовые семьи (англосаксонская и романо-германская), даже самые очевидные правовые структуры все-таки не являются всеобщими. Каждая правовая система содержит понятия, при помощи которых она выражает свои нормы, но тем самым она придает этим нормам особый смысл. Категории и понятия, которые французский юрист считает элементарными, нередко чужды английскому юристу, не говоря уже о юристе мусульманской страны. Вопросы об организации семьи или правах на землю, заданные французом африканцу, последнему просто непонятны, если они сформулированы в европейских терминах, чуждых африканскому менталитету. Опыт развития стран Азии и Африки свидетельствует о том, что правовые семьи западных стран не являются универсальной юридической моделью в глобальном масштабе.

Сравнительно-правовые исследования способствовали широкому признанию альтернативных правовых систем, что позволило юристам избавиться от узконормативных европоцентристских представлений и отказаться от поисков «универсальных путей правового развития», «оптимальных правовых моделей», пригодных везде и всегда. Этому способствовало и развитие юридической антропологии. Исследования А. И. Ковлера, Н. Рулана [3] и других представителей данного



направления позволили по-новому взглянуть на юридический мир и понять, что каждая правовая система представляет уникальную ценность.

Глобалистика, как одно из новейших направлений юридической науки, стремится найти нетрадиционные ответы на вызовы современности — правовые, политические, экологические, экономические, религиозные, социокультурные, информационные, нравственные, международные[1]. Она пытается развивать диалог правовых цивилизаций, формировать глобальный юридический консенсус, в конечном счете — дать ответ на вопрос: «Каким будет юридический мир XXI века?»

Юридическая наука должна выработать новую гуманитарную парадигму правового развития. Эта смена парадигмы носит глубокий философский смысл: она должна показать антропологическую неосмотрительность «рационального» европоцентристского подхода, чрезмерно уповающего на объективные механизмы и недооценивающего человека как свободного интерпретатора политико-правовых ролей и правил, которые он может и возвысить, и перечеркнуть. Перед теорией государства и права стоит задача: вернуть «человеку юридическому» воодушевление духовно-правовых истин, вдохнуть в него утерянную веру в единство Справедливости, Закона и Правосудия. Новая методология юридической науки призвана отстаивать высокие духовно-правовые ценности и идеалы. Она призвана максимально использовать достижения современной антропологии и культурологии, которые уже многого добились на пути синтеза ценностной аутентичности с правовой эффективностью. Необходимо раз и навсегда отвергнуть уничижительное отношение к незападным правовым воззрениям как «нецивилизованным», окончательно отказаться от выстраивания одномерной «лестницы правовых систем», а также от противопоставления правовых цивилизаций Востока и Запада.

Теории государства и права предстоит по-новому раскрыть глубинный опыт социокультурной уверенности, который составляет одну из

[1] Вопросы влияния глобализации на развитие государства и права подробно не освещаются в российской юридической литературе, хотя и затрагиваются при рассмотрении ряда проблем (см., в частности: *Поленина С. В., Гаврилов О. А., Колдаева Н. П., Лукьянова Е. Г., Скурко Е. В.* Воздействие глобализации на правовую систему России // Государство и право. 2004. № 3. С. 5—15). Из монографий можно назвать фундаментальную книгу известного юриста-международника И. И. Лукашука «Глобализация, государство, право, XXI век» (М., 2000) и коллективную монографию: Глобализация и развитие законодательства: очерки / отв. ред. *Ю. А. Тихомиров, А. С. Пиголкин. М.,* 2004. См. также: *Шахрай С. М.* Глобализация в современном мире: политико-правовые аспекты. СПб., 2004.

отличительных черт незападных правовых культур. Известно, что все такие традиции неразрывно связаны с конкретной средой обитания, которая символизирует самобытное правовое восприятие, образ юридического мышления и форму правовой организации. Благодаря укорененности в конкретном правовом пространстве восточные народы обладают более интимным и детальным знанием своей окружающей среды, что формирует глубокое внутреннее чувство взаимности между юридическим миром и космосом в целом.

Необходимо обратить внимание и на другую черту этих культур, которая также способна сыграть важную роль в формировании новой парадигмы правового сознания. Речь идет об этикоцентричной, коллективистской доминанте правового гражданского общества. Коллективистские отношения, интенсивность неформального межличностного общения, влияние общественного мнения, детализированное и тонкое почитание культурных и правовых традиций, идущих из глубины веков, — все это может способствовать утверждению новых форм юридического мышления, ориентированного на духовный идеал, в противовес западному рационализму.

На место жестких оппозиций «современность — традиционность», «Восток — Запад» юридическая глобалистика должна поставить новое, более емкое представление о непрерывном и необходимом взаимодействии между современностью и юридическими традициями. Эти традиции не являются досадным анахронизмом, который необходимо как можно скорее искоренить. Напротив, именно юридический плюрализм, учитывающий весь спектр правового опыта, способен стать мобилизующей преобразовательной силой, формирующей правовые системы современности.

Развитие теории государства и права, утверждение новой гуманитарной методологии в юриспруденции способны сделать реальностью проекты ООН по разработке глобальной этики человечества. Впрочем, современная глобалистика в основном строится исходя из общих методологических принципов и в меньшей мере — эмпирическим путем, на основе обобщения конкретных исследований; она скорее продукт дедуктивной, а не индуктивной методологии. С этим связано и отсутствие внимания к методикам и процедурам глобально-правовых исследований, в том числе на уровне и в рамках отраслевых юридических наук.

Юридическая глобалистика призвана и способна давать как собственно научные (теоретически-познавательные), так и прикладные (практически значимые) результаты. Использование этих результатов



позволит теориям национального и международного права (включая общие части отраслевых юридических наук) подняться на более широкий уровень обобщений, своевременно объяснять с общегуманитарных позиций новые явления и тенденции на правовой карте мира, свободно оперировать новейшим юридическим материалом, что далеко не всегда имеет место в наши дни.

В прикладном плане глобалистские исследования важны прежде всего для правотворчества, в определенной степени — для унификационных работ и правоприменительной деятельности. Не меньшее значение они имеют для развития юридического образования, а также при изучении международно-правовых проблем.

Сегодня мировому сообществу необходим новый социокультурный импульс, способный сделать его по-настоящему единым перед лицом серьезных вызовов современности. Юридическая глобалистика может способствовать укреплению взаимопонимания между народами, созданию более эффективных правоотношений, складывающихся в глобальном мире. При этом надо исходить не из навязчивого стремления к всемирной унификации права (как нередко бывало прежде), а из необходимости адекватного понимания и гармонизации ценностей различных культур. Каждая национальная традиция по-своему уникальна, представляет собой итог правового развития определенного общества и имеет непреходящее значение для человечества в целом.

*Библиографический список*

1. *Алексеев С. С.* Общая теория права: в 2 т. М., 1981. Т. 1. С. 123—134.

2. *Грачев Н. Н.* Государственное устройство и суверенитет в современном мире: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 13.

3. *Ковлер А. И.* Антропология права: учебник. М., 2002. С. 480; *Рулан Н.* Юридическая антропология: учебник / отв. ред. *В. С. Нересянц.* М., 1999. С. 310.

4. *Леже Р.* Великие правовые системы современности. 2-е изд., перераб. М., 2010. С. 59.

5. *Рабинович П. М.* Упрочение законности — закономерность социализма. Львов, 1975. С. 37—52.

6. *Сырых В. М.* Логические основания общей теории права: в 2 т. Т. 1. М., 2000. С. 47.

## Техника учета решений Конституционного Суда Российской Федерации в законодательной деятельности[1]

Особенности учета решений Конституционного Суда Российской Федерации в законодательной деятельности и юридическая техника такого учета обусловлены рядом обстоятельств: 1) общим соотношением власти парламента и власти Конституционного Суда; 2) формой обращения Суда к законодателю; 3) формой акта, в котором решение содержится; 4) характером принятого Судом решения.

Решение поставленной проблемы предполагает также выяснение следующих вопросов:

на ком лежит обязанность осуществлять мониторинг принятых Судом решений;

на ком лежит обязанность проявления законодательной инициативы во исполнение решения Конституционного Суда;

кто призван к подготовке законопроекта;

кто отслеживает соответствие законопроекта решению Суда;

какова роль самого Конституционного Суда в исполнении принятых им решений.

В качестве общего замечания следует констатировать: особенность процесса по реализации решения Конституционного Суда в законодательном акте в том, что он носит специфично юридизированный характер. Если по общему правилу на одно из первых мест выдвигается такой принцип законодательной деятельности, как демократизм, желательно прописывать порядок взаимодействия не только с субъектами права законодательной инициативы, но и с теми, кто так или иначе (по собственной инициативе или по инициативе Государственной Думы или субъектов права законодательной инициативы) вовлекается в законодательный процесс. Когда для отражения демократического порядка принятия законопроекта предусмотрено участие общественности (общественной палаты, общественных организаций, отдельных граждан), здесь необходимо и участие специалистов: теоретиков права, конституционалистов и отраслевиков. Особое значение призвана играть экспертиза законопроекта. Есть внутренняя экспертиза законопроекта и внешняя. При этом нет необходимости делать акцент на «независимой экспертизе», главное, чтобы она была высокоспециализированной и качественной. В дальнейшем пойдет речь об учете законодателем позиции Конституционного Суда в принятии новой редакции ст. 90 УПК РФ. Специалисты спорили о содержании и направленности позиции конституционных судей, но никто не посчитал нужным привлечь их к проработке новой редакции статьи, очерчивающей институт преюдиции. И теперь споры возобновились. Гораздо больший вес приобретает внутренняя экспертиза законопроектов со стороны правовых управлений палат Федерального Собрания.

[1] Нормотворческая юридическая техника / под ред. *Н. А. Власенко.* М., 2013.



Реализация решений Конституционного Суда в ходе законодательной деятельности в определенной мере обусловлена взаимоположением двух органов и, соответственно, — взаимоотношениями Федерального Собрания и Конституционного Суда.

Конституционный Суд не может в нарушение принципа разделения властей законодательствовать. Ни одна правовая система, во всяком случае ни одна континентальная правовая система, не разрешает конституционному суду, если таковой орган создан, быть законодателем[1]. И в российском законодательстве за Конституционным Судом закрепляется только роль «негативного» законодателя, но не роль творца позитивных норм.

Следует признать аксиоматичным, что именно в законе фиксируются демократические ценности и именно закон считается высшей ценностью, требующей бережного к нему отношения. Только закон принимается самым представительным органом и с соблюдением самой демократической процедуры. Никто не должен заблуждаться относительно демократичности парламентской системы. Федеральное Собрание в России, а если быть точнее — Государственная Дума есть демократический институт по своему определению. Конституционный Суд фактически признает это в отдельных своих решениях. Именно демократизм системы, в которой определяющее место должен занимать высший представительный и законодательный орган, накладывает свой отпечаток на взаимоотношения законодательной и судебной власти, Государственной Думы и Конституционного Суда.

Было бы ошибочно в силу принципа разделения властей орган одной власти безоговорочно ставить выше органа другой власти. Каждый орган «высок» (самостоятелен) в отправлении своих полномочий. Иерархия возможна только на основе закона и только в рамках одной ветви власти. И вообще «разделение» происходит в рамках одной власти, власти народа, осуществляемой им самим или органами государства. С этой точки зрения, как представляется, нуждаются в определенной корректировке формулировки тех решений Конституционного

[1] О полномочиях органов конституционного контроля см., например: *Шаповал В. Н.* Сравнительное конституционное право. Киев, 2007. С. 405—414.

Суда, в которых содержатся безапелляционные предписания законодателю. Государственная Дума не может ущемляться в своем суверенном праве творца законов. Вменить Государственной Думе в обязанность принять закон не имеет права никто[1].

Апелляции Конституционного Суда к законодателю характеризуют уже не идеал, а фактическую сторону их взаимоотношений. Она, в свою очередь, обусловлена не только приведенными выше общими положениями теории и законодательства, но и фактическими реалиями законодательства, фактическими потребностями правоприменительной практики.

По целому ряду объективных параметров решения Конституционного Суда являются источниками права. Кто бы против этого ни возражал, жизнь требует незамедлительного преодоления возникающих в результате решений Конституционного Суда пробелов в законодательстве и, впредь до их восполнения законодателем, приходится признавать нормативное значение определенных положений, зафиксированных в решениях Конституционного Суда. Кстати, как бы это ни казалось парадоксальным, но у Конституционного Суда фактически больше возможностей развивать собственно конституционные нормы, чем у законодателя.

Иногда сам Конституционный Суд признает (и это тоже одна из его позиций), что он не может подменять законодателя и вместо него создавать правовые нормы (см. определение Конституционного Суда от 16 июля 1995 г. № 67-О[2]). Нередко Суд отказывается решать вопрос,

[1] Можно отметить в этой связи эволюцию взглядов отдельных членов Конституционного Суда. Например, Г. А. Гаджиев предпочитает говорить не об исполнении решений Конституционного Суда, а об их реализации. «...Решения КС должны служить «фарами дальнего света»: законодатель не обязан их «исполнять», а лишь вправе учитывать». Господин Гаджиев выдвинул тезис «презумпции законодателя» в отношении приверженности идеям конституционализма. Несмотря на закрепленное законом полномочие КС толковать Конституцию, судья считает, что «правового монополизма» на это у КС «нет и быть не может» (*Пушкарская А.* Конституционный Суд попал под суд юридического сообщества. СПб., 2010. № 113). Кстати, автор цитируемой статьи со ссылкой на министра юстиции приводит весьма любопытные для анализа данные: оказывается, в 42 из 80 законов, которые потребовал исправить Конституционный Суд, изменения до сих пор не внесены, при этом судебные инстанции часто игнорируют руководящие указания высших судов. Разумеется, проблема взаимоотношений парламента и Конституционного Суда, проблема ответственности за выполнение решений органа конституционного контроля не является сугубо российской (см., например: *Селіванов А. О.* Конституція. Громадянин. Суд. Професійні та суспільні погляди. Київ, 2009. С. 93—100, 169—182).

[2] Здесь и далее определения Конституционного Суда, если не указан специальный источник, приводятся по базе данных справочной правовой системы «Гарант».



поскольку в портфеле законодателя уже имеется соответствующий законопроект (см. определение Конституционного Суда от 26 сентября 1995 г. № 74-О). Часто Конституционный Суд не принимает к рассмотрению поступившие обращения, не желая вторгаться в компетенцию законодателя или судов общей юрисдикции (последнее встречается чаще).

Иногда используются своего рода «партнерские» рекомендации законодателю, как, например, в постановлении Конституционного Суда от 10 апреля 2003 г. № 5-П: «...Признание нормы, содержащейся в пункте 1 статьи 84 Федерального закона «Об акционерных обществах», не противоречащей Конституции Российской Федерации при условии ее истолкования в соответствии с конституционными принципами и основными началами гражданского законодательства не препятствует федеральному законодателю совершенствовать механизм защиты прав акционеров, с тем чтобы, не нарушая стабильность общественных отношений в сфере гражданского оборота, обеспечить, в частности, права миноритарных акционеров, исключив при этом возможность злоупотребления ими своими правами»[1].

В то же время довольно часто Конституционный Суд предписывает законодателю принять необходимые нормы, по-видимому, это особая разновидность правового предписания. Но если акт законодателем будет принят, он будет действовать вместе с предписанием Конституционного Суда, и, следовательно, налицо известные черты нормативности последнего. В данном случае появилась необычная форма взаимоотношений Конституционного Суда и Федерального Собрания — своего рода соавторство в правотворческой сфере.

Однако такое «соавторство» предполагает особого рода щепетильность в употребляемых той и другой ветвью власти формулировках. В тексте ряда постановлений Конституционного Суда содержались апелляции к законодателю, выраженные в таких формулировках:

«...впредь до введения федеральным законодателем нового урегулирования»[2];

«...законодателю надлежит предусмотреть размер и порядок разумной и соразмерной компенсации...»[3];

[1] СЗ РФ. 2003. № 17. Ст. 1656.

[2] Конституционный Суд Российской Федерации. Постановления. Определения. 2000. М., 2001. С. 162.

[3] Там же. С. 114.

«...после установления законодателем... нового правового регулирования»[1];

«...Федеральному Собранию надлежит принять федеральный закон...»[2].

Как убеждаемся, эти формулировки разные, и следовало бы рекомендовать чаще использовать первую, а последнюю не использовать вообще, тем более, если законодателю еще и срок устанавливается[3]. Тем самым заранее подрывается авторитет решения Конституционного Суда, поскольку в силу разных (иногда совершенно объективных) причин нет гарантий того, что срок будет выдержан. Решение Конституционного Суда должно быть самодостаточным. Однако Суд продолжает предписывать законодателю в категорической форме: «Федеральному законодателю надлежит урегулировать порядок исполнения государственными образовательными учреждениями высшего профессионального образования обязанности по уплате налога на прибыль организаций с доходов от сдачи в аренду переданного им в оперативное управление федерального имущества с учетом специфики правового статуса данных субъектов налогообложения и в соответствии с настоящим Постановлением в срок до 1 марта 2010 года» (постановление Конституционного Суда РФ от 22 июня 2009 г. № 10-П).

В свою очередь, для законодателя в качестве образца приемлема формула Федерального закона от 25 мая 2000 г. № 70-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации»: «В связи с Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации... внести следующие изменения и дополнения...»[4]. Разумеется, и в докладе депутата Н. Н. Губенко по проекту Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О культурных ценностях, перемещенных в Союз...» (см.: Стенограмма заседания Государственной Думы 19 апреля 2000 г.) имелась информация о решении Конституционного Суда Российской Федерации от 20 июля 1999 г. Но в самом Законе «соавторство» законодателя и Конституционного Суда не просматривается. Об этом напоминают только справочные электронные системы. Видимо, этого и достаточно, если учесть ссылку на решение Суда в постановлении о принятии нормы. Ясно одно: правоприменителю должно быть известно о принятии нормы в порядке реализации судебного решения. Это необходимо ему на случай толкования закона (системного, логического и телеологического).

[1] Конституционный Суд Российской Федерации. Постановления. Определения. 1999. М., 2000. С. 203.

[2] Там же. С. 161

[3] Конституционный Суд Российской Федерации. Постановления. Определения. 1997—1998. М., 2000. С. 212.

[4] СЗ РФ. 2000. № 29. Ст. 2259.



Законодатель по-разному реагирует на вынесенные Конституционным Судом решения. В определенной степени это зависит от их содержания, от правовой позиции Конституционного Суда. Правовые позиции Конституционного Суда — выработанные в процессе конституционного судопроизводства правотворческие, правоконкретизирующие или интерпретационные правоположения, устанавливающие конституционно-правовой смысл действующих правовых норм, положенные в основу решения по конкретному делу и являющиеся общеобязательными в реализации интерпретируемых нормативных положений в последующем.

Если Суд ограничился толкованием права, признавая рассматриваемую норму конституционной, не выявляя нового смысла и не апеллируя к законодателю, допустимо оставить правовое регулирование таким, какое оно есть. Если Суд признает норму конституционной в определенном смысле, хотя и допускает возможность иного смысла, но не считает необходимыми дополнительные усилия законодателя, а предлагает руководствоваться тем конституционно-правовым смыслом, который он выявил, — также следует оставить решение без реагирования. Нет необходимости вмешательства законодателя и тогда, когда рассматриваемая норма изначально была рассчитана на конкретизацию и Конституционный Суд дал такую конкретизацию в содержании, соответствующем Конституции.

Законодатель обязан реагировать на решение Конституционного Суда и принимать усилия по его реализации, с учетом позиции судей, прежде всего тогда, когда сам Суд в прямой форме обращает его внимание на необходимость совершенствования правового регулирования. Можно даже усилить: на возможность совершенствования. Реакция необходима (это закреплено законодательно), когда какая-то норма признается Судом неконституционной. Можно допустить ситуацию, что без этой нормы вообще можно обойтись. Однако в любом случае законодатель, на мой взгляд, должен рассмотреть вопрос. В обязательном порядке в принятой законодательной процедуре должны рассматриваться случаи создания пробела самим Конституционным Судом без одновременного решения вопроса о том, как его устранить, и случаи, когда Суд обязывает всех руководствоваться выявленным смыс-

лом нормы, вплоть до законодательного решения, когда он как бы конструирует будущую норму. Вместе с тем следует различать ситуацию, когда позиции Суда сформулированы в констатирующей или интерпретационной части решения[1], и ситуацию, когда на законодателя возлагается обязанность принять соответствующие нормы в резолютивной части решения[2]. Только в этом последнем случае законодатель безоговорочно связан решением Конституционного Суда[3].

Признание нормы конституционной не всегда исключает обращение к ней законодателя. Он и в этом случае может реагировать на состоявшееся решение. В особенности, если Конституционный Суд дает об этом знать законодателю, точнее, всем тем, кто может проявить законодательную инициативу, в мотивировочной части своего решения. В качестве иллюстрации сошлемся на постановление Конституционного Суда от 9 июля 2009 г. № 12-П, в котором признание п. 1 ст. 10 Закона Российской Федерации от 15 января 1993 г. № 4301-1 «О статусе Героев Советского Союза, Героев Российской Федерации и полных кавалеров ордена Славы» не противоречащим Конституции Российской Федерации не расценивается как препятствующее федеральному законодателю в порядке реализации своих дискреционных полномочий установить в отношении граждан Российской Федерации — участников Великой Отечественной войны, удостоенных звания Героя Советского Союза, которые проживают за пределами Российской Федерации... — иное специальное правовое регулирование...

[1] В качестве примера можно сослаться на постановление Конституционного Суда от 16 июля 2009 г. № 14-П, в резолютивной части которого не содержится апелляции к законодателю. В мотивировочной части решения содержится позиция, ориентирующая законодателя, но не являющаяся для него непременно обязательной: «Поскольку конституционно-правовой статус судей предопределяется тем, что судьи реализуют публично-правовые цели правосудия, федеральный законодатель должен предъявлять к ним как носителям судебной власти особые квалификационные и иные требования, в том числе морально-этические и нравственные, и, следовательно, устанавливать такой порядок формирования судейского корпуса, который обеспечивал бы отбор кандидатов, отвечающих этим требованиям. Соответствующая компетенция федерального законодателя вытекает из статьи 119 Конституции Российской Федерации, предусматривающей помимо общих положений о необходимых для замещения должности судьи минимальном возрасте, образовании и стаже работы по юридической профессии возможность введения Федеральным законом дополнительных требований к судьям судов Российской Федерации, и статьи 121 (часть 2) Конституции Российской Федерации, согласно которой полномочия судьи могут быть прекращены или приостановлены не иначе как в порядке и по основаниям, установленным Федеральным законом. Определяя порядок наделения полномочиями судьи и прекращения полномочий судьи, федеральный законодатель обладает достаточно широкой свободой усмотрения...».

[2] Необходимо в этой связи различать исполнение и реализацию решений Конституционного Суда. Реализация — более общее понятие, предполагающее следование правовой позиции Суда не только в форме исполнения, но и в форме соблюдения или в форме использования.

[3] См., например: Постановление от 25 января 2001 г. № 1-П, в п. 4 которого Федеральному Собранию предложено в законодательном порядке урегулировать основания и порядок возмещения вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) суда (судьи).



В большей степени необходимо обращение законодателя к принятому Судом решению тогда, когда норма признается неконституционной. Но и тогда его действия могут быть альтернативными. Многое зависит от его воли и от того, насколько эта воля связана употребленными Судом формулами. Постановлением Конституционного Суда от 20 апреля 2009 г. № 7-П было признано не соответствующим Конституции Российской Федерации положение абз. 9 п. 11 ст. 38 Федерального закона от 28 марта 1998 г. № 53-ФЗ «О воинской обязанности и военной службе» в той мере, в какой оно (по смыслу, придаваемому ему правоприменительной практикой) позволяет оставлять военнослужащего в списках личного состава воинской части по истечении срока военной службы по призыву (увеличивая тем самым установленный срок такой службы) в случаях, когда в отношении военнослужащего не избрана мера пресечения, в реализации которой в соответствии с действующим правовым регулированием участвует командование воинской части. Законодатель должен оценить ситуацию, поскольку Конституционный Суд не исключает правомочие федерального законодателя устанавливать — руководствуясь требованиями Конституции Российской Федерации и с учетом принятого им Постановления — ограничения правового статуса военнослужащих, обусловленные их уголовным преследованием. Но законодатель может неопределенное время вообще отказываться от использования своих полномочий. Однако если он пойдет по этому пути, Конституционный Суд допускает действие абз. 9 п. 11 ст. 38 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе», но только в случаях, когда в отношении военнослужащего избрана мера пресечения (наблюдение командования воинской части, заключение под стражу с содержанием на гауптвахте), в реализации которой согласно действующему правовому регулированию участвует командование воинской части.

Необходимость учета решений Конституционного Суда возникает не только тогда, когда ставится вопрос об исполнении конкретного решения путем принятия специального закона. Вопрос может встать и тогда, когда какой-то закон проходит нормальную законодательную процедуру и принятие решения упирается в одну из позиций, зафиксированных ранее вынесенным решением Конституционного Суда.

Причем это решение могло быть вынесено по иному поводу и в иных условиях. Возникают вопросы: могут ли депутаты преодолеть позицию судей? Или они вообще не могут вдаваться в ее обсуждение? Или же могут обсуждать лишь фактическую сторону вопроса, не затрагивая суть юридической? На мой взгляд, при любых условиях парламент не может переступить через юридическую сторону и должен следовать выраженной в решении Конституционного Суда позиции до тех пор, пока сам Конституционный Суд не примет иного решения.

Пояснить ситуацию можно на примере прямых попыток обойти решения Конституционного Суда[1]. Такая попытка имела место, например, при обосновании депутатом А. В. Митрофановым законопроекта «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О наименовании географических объектов», который был внесен в связи с тем, что ст. 9 указанного Федерального закона ограничено право Президента РФ, Совета Федерации, членов Совета Федерации, депутатов Государственной Думы, Правительства РФ вносить предложения о переименовании республик, краев, областей и городов федерального значения, автономной области и городов Российской Федерации, а также присвоении наименований столицам и административным центрам субъектов РФ. В содокладе по данному законопроекту депутата В. С. Шурчанова подчеркивалось, что Конституционный Суд своим постановлением от 28 ноября 1995 г. относит это полностью к ведению самих субъектов. В пункте 2 данного постановления Конституционный Суд указывает: ст. 71 и 72 Конституции Российской Федерации не относят вопрос об изменении наименования республики, края и области, города федерального значения, автономной области, автономного округа ни к ведению Российской Федерации, ни к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов, следовательно в силу ст. 73 Конституции Российской Федерации решение вопроса об изменении своего наименования относится к исключительному ведению субъектов Российской Федерации. Депутат Митрофанов на это пытался возражать, ссылаясь на изменившиеся политические обстоятельства: «...Ссылка на решение Конституционного Суда 1995 года не очень состоятельна на самом деле. И тут надо брать во внимание и обстоятельства

[1] См., например, полемику депутатов по поводу положений законопроекта по ограничению в сроках пребывания в должности мэров Москвы и Санкт-Петербурга в свете соответствующего решения Конституционного Суда о сроках пребывания в должности глав субъектов Федерации (Стенограмма заседания Государственной Думы от 12 марта 2003 г.).



1995 года, политические обстоятельства в том числе, когда государство мирилось с усилением местнических тенденций в целом в стране и закрывало глаза на нарушения в законодательстве и когда, по сути, шла феодализация России. Сейчас, в общем, с этим процессом пытаются каким-то образом бороться, может быть не всегда успешно, иногда формально это делают, но тенденция есть к тому, чтобы это сделать. И я не понимаю, почему в этой сфере компетенция федеральных депутатов ограничена». К чести депутатов, они остались верны юридической силе судебного решения, и проголосовали за предлагаемый проект лишь 26 человек (см.: Стенограмма заседания Государственной Думы от 23 мая 2003 г.).

Правовая позиция Конституционного Суда не потребует преодоления и не вызовет полемику, если она в одном содержит прямой запрет, а в остальном допускает дискрецию законодателя. Так, Конституционный Суд в постановлении от 27 апреля 2001 г. № 7-П указал (см. также постановление Конституционного Суда от 24 июня 2009 г. № 11-П), что Конституция Российской Федерации закрепляет в ст. 49 презумпцию невиновности, т. е. возлагает обязанность по доказыванию вины в совершении противоправного деяния на соответствующие государственные органы, применительно к сфере уголовной ответственности. В процессе правового регулирования других видов юридической ответственности законодатель вправе решать вопрос о распределении бремени доказывания вины иным образом, учитывая особенности соответствующих отношений и субъектов этих отношений (в частности, предприятий, учреждений, организаций и лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью). Особенность приведенного решения Суда и техники его реализации в том, что оно будет учитываться многократно — всякий раз, когда встанет вопрос о бремени доказывания вины.

Во всех отношениях заслуживает внимания постановление Конституционного Суда от 14 мая 2009 г. № 8-П. Во-первых, оно, как и проанализированное выше, «долгоиграющее», во-вторых, по очень важному вопросу в постановлении делается ссылка на позицию судей, содержащуюся в определении Конституционного Суда. «В соответствии с правовой позицией Конституционного Суда Российской Федерации, приведенной в определении от 5 июля 2005 года № 289-О, прямое указание Федерального закона на конкретный орган или уровень власти, на который возлагается реализация полномочий, предусмотренных данным Федеральным законом, обязывает именно этот орган или уровень власти реализовать предоставленные полномочия.

По смыслу приведенной правовой позиции, Правительство Российской Федерации, которое в силу статьи 115 (ч. 1) Конституции Российской Федерации издает постановления и распоряжения на основании и во исполнение Конституции Российской Федерации, федеральных законов, нормативных указов Президента Российской Федерации, действуя в рамках полномочий, делегированных ему федеральным законом, не вправе самостоятельно, на основе собственного решения передавать реализацию этих полномочий или их части другим органам публичной власти. В свою очередь, федеральный законодатель, если он допускает возможность такой передачи, должен прямо указать на это при определении порядка осуществления Правительством Российской Федерации возлагаемых на него полномочий». Примечательно цитируемое решение еще и тем, что Конституционный Суд посчитал необходимым отсрочить исполнение своего решения, с тем чтобы законодатель имел возможность внести необходимые изменения в правовое регулирование, а заинтересованные субъекты — адаптироваться к новым условиям правового регулирования. Но это уже скорее относится к технике вынесения решений Конституционного Суда.

Соответствующие обращения к законодателю содержатся не только в постановлениях Конституционного Суда, но и в так называемых «определениях с позитивным содержанием». Фактически они мало чем отличаются от постановлений, если не считать процедуру их принятия.

С 2000 по 2009 год Конституционным Судом было принято свыше 420 определений «с позитивным содержанием», разрешающих по существу вопросы, поставленные в обращениях. Из них 331 (78%) определение было опубликовано[1].

Среди неопубликованных определений выделяются:

определения, в которых выявляется конституционно-правовой смысл нормы[2];

определения, в которых констатируется несоответствие Конституции Российской Федерации проверяемых положений аналогичных тем, которые ранее были признаны неконституционными[3];

[1] Здесь и далее приводятся данные текущего архива Полномочного представителя Президента Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации.

[2] См.: Определения Конституционного Суда от 11 июля 2006 г. № 353-О; от 8 февраля 2007 г. № 252-О-П; от 1 декабря 2005 г. № 460-О.

[3] См.: Определения Конституционного Суда от 6 июня 2003 г. № 250-О; от 1 октября 2002 г. № 288-О; от 1 октября 2002 г. № 287-О; от 14 декабря 2000 г. № 284-О.



определения, в которых содержится обращение к органам законодательной или исполнительной власти Российской Федерации или органам государственной власти субъектов Российской Федерации[1];

определения, в которых предусматривается возможность пересмотра дел заявителей[2].

Анализ определений «с позитивным содержанием» показывает, что часто в них, подобно постановлениям Конституционного Суда, содержатся указания или рекомендации законодателю (федеральному или субъекта РФ), а иногда и органам исполнительной власти (Правительству РФ или органу исполнительной власти субъекта РФ) и органам местного самоуправления на необходимость внесения изменений в оспариваемый нормативный акт или на обязанность осуществить надлежащее правовое регулирование, а в некоторых случаях устанавливается срок для внесения изменений[3].

Иногда в определениях «с позитивным содержанием» Конституционный Суд прямо восполняет пробел в законодательном регулировании, указывая правоприменителю конкретный способ замещения отсутствующей нормы. Например, в определении Конституционного Суда от 4 апреля 2006 г. № 113-О указано: «Впредь до законодательного урегулирования в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях пределов и оснований проверки, полномочий судей суда надзорной инстанции, сроков для обжалования (опротестования) вступившего в законную силу судебного акта и порядка рассмотрения жалобы (протеста) в суде надзорной инстанции судам общей юрисдикции при разрешении соответствующих вопросов надлежит руководствоваться положениями главы 36 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации».

В некоторых определениях Конституционный Суд, констатируя отсутствие надлежащего правового регулирования, обязывает соответствующие органы власти осуществить нормативное регулирование с учетом требований федерального законодательства и выработанных правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации[4].

Среди определений «с позитивным содержанием» часто встречаются те, в которых норма признается не соответствующей Конституции-

[1] См.: Определения Конституционного Суда от 13 октября 2009 г. № 1078-О-О; от 8 февраля 2007 г. № 323-О-П.

[2] См.: Определения Конституционного Суда от 17 июня 2008 г. № 432-О-П; от 19 июня 2007 г. № 479-О-П; от 8 февраля 2007 г. № 255-О-П.

[3] См., например: Определение Конституционного Суда от 3 апреля 2007 г. № 332-О-П.

[4] См., например: Определение от 1 марта 2007 г. № 129-О-П.

ции Российской Федерации, будучи аналогичной другой норме, ранее признанной неконституционной. При этом помимо оспариваемых норм, признаваемых не соответствующими Конституции Российской Федерации по аналогии, Конституционный Суд констатирует также неконституционность всех аналогичных норм, не являющихся предметом рассмотрения в рамках конкретной жалобы. Более того, есть определение, в котором Конституционный Суд признал норму не соответствующей Конституции Российской Федерации не по аналогии, а в отсутствие ранее принятого постановления[1].

Определения «с позитивным содержанием», в которых выявляется конституционно-правовой смысл нормы, также иногда содержат указание на обязательность применения выявленного смысла к аналогичным нормам, содержащимся в других нормативных актах. Такое толкование может содержаться как в мотивировочной, так и в резолютивной части определения. Значительная часть определений, в которых выявляется конституционно-правовой смысл нормы, содержат в резолютивной части указание на возможность пересмотра дела заявителя.

Что касается самой возможности пересмотра дел заявителей, предусматриваемой в определениях «с позитивным содержанием», то с точки зрения техники последующего учета позиций Конституционного Суда следует поддержать формулировку, которая встречается в отдельных решениях: «Защита нарушенных прав заявителя должна быть осуществлена в предусмотренных законодательством процедурах». Эта формула отвечает принципу разделения властей и распределению властных полномочий.

Представляется, что в интересах полной определенности в части реализации решения желательно, чтобы всякий раз об этом содержалось указание в резолютивной части определения. Однако вопрос нуждается в дополнительном исследовании как по отношению к постановлениям, так и по отношению к определениям с позитивным содержанием.

Как убеждаемся, необходим тщательный учет «определений с позитивным содержанием», учет содержащихся в них позиций и апелляций к законодателю. Техника учета та же, что и в отношении постановлений. Однако законодатель может преодолеть выраженную в определении позицию судей путем обращения в Конституционный Суд на предмет публичного рассмотрения вопроса и вынесения по делу постановления.

[1] См.: Определение Конституционного Суда от 4 марта 2004 г. № 138-О.



Законодательный процесс вообще и законодательный процесс по исполнению решений Конституционного Суда соотносятся между собой как общее и особенное. Поэтому было бы неправильно игнорировать общие принципы законодательной деятельности, нарушать общие принципиальные нормы, регулирующие этот вид государственной деятельности. К примеру, взять да и проигнорировать перечень субъектов, обладающих правом законодательной инициативы, взять да и рассматривать предложения Конституционного Суда о принятии каких либо норм в качестве законодательной инициативы. Нет. Такого рода отступления от закона чреваты серьезными последствиями для конституционной законности и правопорядка. В то же время можно обосновать, например, принятие закона о внесении изменений в законодательство сразу в трех чтениях, если это суть воспроизведение позиции Конституционного Суда и ничего более. В качестве особенностей законодательного процесса по реализации решений Конституционного Суда могло бы быть закрепление обязательного участия комитета по государственному строительству при прохождении соответствующего законопроекта, какого бы профиля тот ни был, имея в виду и содоклад данного комитета. Обязательным представляется участие и того комитета, который ввел закон, признанный неконституционным. Здесь же следует подчеркнуть исключение возможности участия в законодательном процессе судей Конституционного Суда[1]. В противном случае они не могут участвовать в рассмотрении обращений в Конституционный Суд по тем законопроектам, по которым они высказывали свои соображения.

Если принять концепцию разделения законодательных процедур на типичные, ускоренные и сокращенные, то процедура исполнения решения Конституционного Суда в Федеральном Собрании является нетипичной, ускоренной и сокращенной одновременно. Может ли, например, Правительство дать отрицательное заключение на законопроект по мотивам больших расходов на реализацию предлагаемого законопроекта? На мой взгляд, нет. Конституционные ценности, подтвержденные Конституционным Судом, приоритетны, каких бы рас-

[1] При обсуждении проекта УПК Российской Федерации говорилось о том, что в рабочей группе обобщены все замечания, поступившие от депутатов, соответствующих ведомств и, в частности, от конституционного судьи *Морщаковой Т. Г.* (см.: Стенограмма заседания Государственной Думы от 22 ноября 2001 г.). Если бы речь шла о вкладе судьи в отработку многих принципиальных положений уголовно-процессуального законодательства в ходе рассмотрения большого числа дел в Конституционном Суде, это было бы и корректно, и по существу правильно, но создается впечатление, что судья консультировала разработчиков за пределами конституционного правосудия.

ходов они ни требовали. Следовательно, и заключение Правительства здесь излишне, и процедура упрощается и ускоряется уже потому, что позиция Конституционного Суда окончательна и не подлежит обсуждению или, тем более, отвержению. Она и редактированию практически не подлежит. Правовое управление Государственной Думы должно не оценивать позицию Конституционного Суда, а следить за тем, чтобы эта позиция не была искажена. Под вопросом даже вето Президента, если в законе лишь воспроизводится позиция Конституционного Суда.

Необходимость обращения законодателя к решениям Конституционного Суда, если нормы действующего закона признаны неконституционными, очевидна. Однако до настоящего времени не отлажен механизм проведения соответствующих решений в жизнь.

Представляется, что регламентными нормами должны быть четко урегулированы вопросы вхождения субъектов права в Государственную Думу с инициативой исполнения принятого Конституционным Судом решения (что несколько отличает данную инициативу от права законодательной инициативы); реакции Совета Государственной Думы; необходимости включения в план законопроектных работ[1]; необходимости заключения Правительства; необходимости запроса отношения к законопроекту со стороны субъектов РФ, ведомств и т. д. Сами по себе законопроекты могут быть самыми разными — одни будут просто повторять позицию Конституционного Суда, а другие конкретизировать ее; одни — потребуют расходов, а другие — нет; одни — затронут существенные интересы субъектов Федерации, а другие — нет. Все должно быть предусмотрено.

В правотворческий процесс обычно не включают организационные действия, которые помогают, содействуют правотворческой деятельности, создают для нее необходимые условия и предпосылки, но не являются каким-либо этапом работы по выработке нормативного акта. Поэтому сколько бы велико ни было значение инициатив, исходящих, например, от постоянного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде[2], эти организационные действия по общему правилу трудно отнести к правотворческому процессу. Но они

[1] В Государственной Думе принимаются планы рассмотрения законопроектов. Но представляется необходимым иметь планы подготовки законопроектов в комитетах Государственной Думы, в Правительстве, в Совете законодателей. Текущими планами подготовки законопроектов охватывались бы те, которые диктуются решениями Конституционного Суда.

[2] Он делает это по обязанности, возложенной на него Положением, утвержденным постановлением Государственной Думы, как в общих отчетах о своей деятельности, так и в записках на имя руководства, если решение Конституционного Суда требует принятия без отлагательных мер



укладываются в процесс реализации решений Конституционного Суда. Более того, если согласиться с А. С. Пиголкиным, который полагал, что «правотворческий процесс начинается лишь с того момента, когда дело создания нормативного акта становится на правовую почву, когда возникают правоотношения по поводу его подготовки и принятия»[1], если решение Конституционного Суда рассматривать как юридический факт, а действия того же постоянного представителя как юридическую обязанность, обусловленную данным фактом, если действия всех должностных лиц (Председателя Государственной Думы, председателей комитетов), официально прореагировавших на решение Конституционного Суда (давших, например, соответствующие поручения о проработке вопроса в связи с решением Конституционного Суда), рассматривать как реализацию возникшего правоотношения, тем более придется признать совершенные действия в качестве некой стадии исполнения решения Конституционного Суда. Для признания их в качестве стадии правотворческого процесса недостает законодательной инициативы. Впрочем, некоторые авторы считают первой стадией правотворческого процесса так называемый правотворческий почин, означающий конкретные предложения по подготовке проекта нормативного акта и его изданию. С этим можно согласиться при условии выделения таких трех стадий правотворческого процесса, как подготовка акта, официальное его прохождение и доведение акта до адресата. Вторая стадия при этом будет включать: законодательную инициативу (официальное внесение акта в законодательный орган правомочным субъектом); рассмотрение акта во внутренних органах парламента; обсуждение проекта на пленарных заседаниях; принятие решения по проекту; дальнейшее прохождение принятого закона.

На каждой из названных стадий, на каждом этапе прохождения законопроекта будет учитываться причина его появления и необходимость срочного и вместе с тем качественного рассмотрения.

Основа для совершенствования регламентных норм содержится в законе. Федеральным конституционным законом от 15 декабря 2001 г. № 4-ФКЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» ч. 4 ст. 79 изложена в следующей редакции: «В случае, если решением Конституционного Суда Российской Федерации нормативный

[1] См.: Правотворчество в СССР / под ред. *А. В. Мицкевича.* М., 1974. С. 150.

акт признан не соответствующим Конституции Российской Федерации полностью или частично либо из решения Конституционного Суда Российской Федерации вытекает необходимость устранения пробела в правовом регулировании, государственный орган или должностное лицо, принявшие этот нормативный акт, рассматривают вопрос о принятии нового нормативного акта, который должен, в частности, содержать положения об отмене нормативного акта, признанного не соответствующим Конституции Российской Федерации полностью, либо о внесении необходимых изменений и (или) дополнений в нормативный акт, признанный неконституционным в отдельной его части. До принятия нового нормативного акта непосредственно применяется Конституция Российской Федерации...».

Закон принимается Государственной Думой. Следовательно, следуя букве закона, Государственная Дума и должна рассмотреть вопрос о принятии нового закона. Однако просто так Государственная Дума законы не принимает. Должна быть проявлена законодательная инициатива[1]. Кто ее должен проявить? Можно ли кому-либо поручить разработку нового закона?

В советское время решение о подготовке определенного законопроекта мог принять сам Верховный Совет. Поручение о его разработке давал обыкновенно Президиум Верховного Совета (например, Правительству). Сегодня это не практикуется в силу принципа разделения властей и в силу автономии субъектов права законодательной инициативы. Это право нельзя превращать в обязанность. Однако наш случай особый. И почему бы решением Государственной Думы в порядке реализации ст. 79 и 81 названного Федерального конституционного закона не поручить разработку соответствующего законопроекта своим комитетам? Затем какая-то группа депутатов (разработчиков проекта) войдет с законодательной инициативой о принятии соответствующего закона. В связи с решением Конституционного Суда (юридический факт) на основе норм Федерального конституционного закона возникает правовое отношение, в рамках которого внутренние органы Государственной Думы обязаны поставить вопрос на рассмотрение палаты, подготовить и согласовать проект нового закона.

Следует особо обратить внимание на то обстоятельство, что цитируемая норма ст. 79 вышеназванного Закона («юридическая сила решения») изложена очень корректно: «государственный орган или должностное лицо, принявшие этот нормативный акт, рассматривают вопрос о принятии нового нормативного акта». Между тем ст. 80 поименована «Обязанность государственных органов и должностных лиц по приведению законов и иных нормативных актов в соответствие с Конституцией Российской Федерации в связи с решением Конституционного Суда Российской Федерации», и в ней федеральный законодательный орган не упоминается. Государственная Дума не является адресатом этой обязанности. Но здесь установлена обязанность одного из субъектов законодательной инициативы, обязанность Правительства РФ не позднее трех месяцев после опубликования решения Конституционного Суда внести в Государственную Думу проект нового закона или ряд взаимосвязанных проектов законов либо законопроект о внесении изменений и (или) дополнений в закон, признанный неконституционным в отдельной его части[1].

Статья 80 налагает обязанность на Президента РФ привести свои указы в соответствие с Конституцией Российской Федерации в связи с решением Конституционного Суда. По отношению к законам, признанным Конституционным Судом не соответствующими Конституции, никаких обязанностей на Президента не возлагается. Однако, с моей точки зрения, здесь остается его право войти в Государственную Думу с законодательной инициативой, а с учетом нормы, согласно которой Президент РФ является гарантом Конституции Российской Федерации, прав и свобод человека и гражданина (ч. 2 ст. 80 Конституции), именно на Президента ложится обязанность соответствующим образом гарантировать нарушенные конституционные права после констатации факта нарушения Конституционным Судом. Полагаю,

[1] Подробнее об этом см.: *Цгоев Т. В.* Правотворческая инициатива. Владикавказ, 2008.

[1] Увы, как это всегда было на Руси, и эта императивная норма конституционного закона уже имеет прецеденты нарушения. Депутат А. С. Иванов поставил вопрос о поручении Комитету Государственной Думы по труду и социальной политике запросить в Правительстве РФ информацию о причинах неисполнения им постановления Конституционного Суда от 19 июня 2002 г. по проверке конституционности ряда законодательных актов, касающихся социальной защиты граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС, и сроках исполнения указанного постановления. «Согласно данному постановлению Правительству надлежало внести в трехмесячный срок соответствующий федеральный закон. Полученную информацию прошу довести до депутатов Государственной Думы» (см. Стенограмму заседания Государственной Думы от 19 февраля 2003 г.). На конференции «Мониторинг законодательства и правоприменительной практики» (июнь 2010 г.) констатировали, что Правительство, на которое законом возложена обязанность внесения поправок в законопроекты в соответствии с решениями Конституционного Суда, не предпринимает в срок шагов по их реализации, что «затяжки» идут на уровне согласования законопроектов. Участники конференции (в том числе и автор настоящей работы) предложили некоторые меры по изменению ситуации.

что не исключены и другие шаги Президента, направленные на реализацию принятых Конституционным Судом решений.

Реализация решений Конституционного Суда законодателем означает принятие им закона, воспроизводящего или развивающего позицию Конституционного Суда, признавшего действовавший закон полностью или в части не соответствующим Конституции Российской Федерации.

«Исполнение» решений Конституционного Суда иногда понимают широко: как следование им в разрешении соответствующих спорных вопросов, когда подчеркивается прецедентное значение решений Конституционного Суда.

Особо стоит вопрос об ответственности в случае нарушения законодателем Конституции Российской Федерации, в случае игнорирования решения Конституционного Суда, в случае принятия закона, расходящегося с правовой позицией Конституционного Суда.

Депутат В. В. Жириновский призывал не проходить мимо того, что Конституционный Суд признал противоречащими Конституции нормы Закона «О выборах депутатов Государственной Думы...», касающиеся вопросов выбытия одного из тройки и снятия партии с выборов и недопущения политических партий к выборам, поскольку «этот Закон бьет по нам самим, по депутатам». Более того, он предложил «поставить вопрос о комитете, который готовил этот закон, и Правовом управлении, если уж юристы Госдумы и профильный комитет в состоянии скрыть от депутатов грубейшее нарушение Конституции, касающееся судьбы всех депутатов». На это председательствующий ответил: «Я не знаю, насколько это будет правильно, если мы по решениям Конституционного Суда будем делать внутренние разборки. За тот закон голосовало более 300 депутатов. Мы что, теперь будем каждого из 300 депутатов спрашивать, почему он так голосовал? Внесем соответствующие поправки, естественно, когда получим документы Конституционного Суда. Зачем нам разбираться с депутатами относительно того, как они голосовали? Голосовала ведь палата за закон» (см.: Стенограмма от 26 апреля 2000 г.).

Оценивая этот случай и особенно ситуацию с объявлением амнистии, когда «по недоразумению» (вина тех, кто пропустил явно неконституционный документ, не устанавливалась) могли оказаться амнистированными лица, совершившие тяжкие преступления, можно констатировать, что ретроспективная ответственность федерального законодателя отсутствует. Можно констатировать только так называемую позитивную ответственность, которая характерна для конституционного права.



И все-таки с учетом позитивной ответственности депутатов дебаты в процедуре учета решения Конституционного Суда не только допустимы, но даже и необходимы. Они необходимы там, где допускаются варианты законодательного регулирования в рамках Конституции, где одинаково конституционны два разных закона по одному и тому же вопросу. Они допускаются и необходимы тогда, когда решается вопрос о мере исполнения решения Конституционного Суда в цифровом выражении.

Вообще, всегда, когда дело доходит до количественных характеристик решения некоторых вопросов, следует отдавать предпочтение (по общему правилу) позиции законодателя, поскольку именно он учитывает и политическую, и экономическую сторону проблемы, именно он вынужден входить в вопросы целесообразности. Разумеется, именно по вопросам объема (размеров и т. п.) разворачиваются острые дискуссии. Так было, например, при обсуждении проекта Федерального закона «О внесении изменения в Федеральный закон «О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1999 год» (в части уменьшения тарифов страховых взносов в Пенсионный фонд для адвокатов).

Полемика по вопросу о том, могут ли быть одинаково конституционны два разных закона по одному и тому же вопросу, не один раз велась в Государственной Думе. Представляется, что ответ будет зависеть от характера предлагаемого регулирования. Видимо, тогда, когда предлагаются альтернативные проекты законов, претендующие в равной степени быть конституционными, к ним обоим подойдет формула «конституционны в том отношении, что... но неконституционны в той части, в какой...». Вместе с тем остается проблема определения того, какой закон является альтернативным, а какой — идентичным, проблема того, кто и как решает этот вопрос, если проекты внесены различными субъектами права законодательной инициативы. Сколько чтений в этом случае должен проходить законопроект? Должен ли он проходить процедуру первого чтения, коль скоро, во-первых, своего рода концепция заложена самим Конституционным Судом и, во-вторых, идет речь о конституционном, казалось бы однозначном, решении вопроса? Если поставленный вопрос решать положительно, а этот вариант предпочтительней, то положительно следует ответить и на во-

прос о возвращении законопроекта к процедуре первого чтения, если впоследствии внесена поправка концептуального плана. Разумеется, ситуации многообразны, но принципиальное решение диктуется именно тем, что одинаково конституционными могут быть два разных законопроекта.

В качестве некоторого итога сказанному обратим внимание на необходимость совершенствования норм Регламента Государственной Думы. В него, как можно убедиться, постоянно вносятся изменения и дополнения. Однако нет ни одной нормы, касающейся такой законодательной процедуры, как учет решений Конституционного Суда. И это при том, что в специальные главы вынесены процедуры повторного рассмотрения федеральных законов, отклоненных Советом Федерации и Президентом РФ. Все отношения Государственной Думы с Конституционным Судом сведены к обращениям Государственной Думы в Конституционный Суд. При этом никакого регулирования по подготовке этих обращений и проведению их в суде не проводится. Ограничились фактически воспроизведением конституционных норм. Сам раздел VI Регламента так и именуется: «Обращения в Конституционный Суд Российской Федерации». В свете этого наименования нелепо с точки зрения законодательной техники выглядит дополнение постановлением Государственной Думы от 13 февраля 2004 г. № 85-IV ГД ст. 213, п. 3: «3. Государственная Дума принимает решение о постоянном представителе Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации по представлению Комитета Государственной Думы по Регламенту и организации работы Государственной Думы, согласованному с Председателем Государственной Думы». Это было бы в какой-то, пусть и в самой небольшой, степени оправдано, если бы здесь прописывалась роль этого представителя в подготовке или поддержании обращения Государственной Думы в Конституционный Суд, если бы здесь содержалась какая-то отсылка в этом отношении к Положению о постоянном представителе. Почему о нем вообще нет упоминания в Регламенте? Необходимы радикальные дополнения в Регламент. Обращения в Конституционный Суд — это только одна глава возможного раздела под условным наименованием «О взаимодействии Государственной Думы и Конституционного Суда Российской Федерации».

Сегодня ни на ком не лежит обязанность даже элементарно информировать депутатов о решении Конституционного Суда. Есть норма только на случай решения по запросу Государственной Думы: «Решение Конституционного Суда Российской Федерации по запросу Государственной Думы или запросу группы депутатов Государственной Думы доводится до сведения депутатов на очередном заседании палаты после того, как такое решение получено» (ст. 216 Регламента). Кто доводит это решение? И были ли случаи такой официальной процедуры? Предусматривает ли она вопросы депутатов к тем, кто представлял запрос Государственной Думы? Кстати, весьма часто те, кто представлял позицию Государственной Думы в Конституционном Суде, на деле представляли позицию одной фракции или свою собственную. Ни одна норма не устанавливает этому преград.



Конституционный Суд обязывается к тому, чтобы выступать со своими обращениями в Федеральном Собрании. Должна ли Государственная Дума реагировать на них? В каком порядке?

Представляется, что в соответствующем разделе Регламента должны быть прописаны обязанности соответствующих внутренних органов реагировать на решения Конституционного Суда, причем не только на те, которыми акты, принятые Государственной Думой, признаны неконституционными.

Полагаю необходимым нормативно закрепить специфику законодательной процедуры по учету решений Конституционного Суда.

Учет решений можно понимать как технический акт, техническую работу, и как содержательный акт, когда в законодательной деятельности следуют правовым позициям Суда, когда они реализуются. В совокупности и то и другое охватывается понятием мониторинга решений Конституционного Суда. Кто призван к такому мониторингу?

Работу по мониторингу законодательства несколько лет в инициативном порядке осуществлял Совет Федерации. Но системный подход к данной работе потребовал расширить сферу мониторинга, распространив его и на правоприменительную практику. Указом Президента РФ координирующая роль в деле мониторинга возложена на Министерство юстиции РФ. К работе подключен и Конституционный Суд. Возникает много вопросов по мониторингу, как организационных, так и по существу[1]. Однако проблема мониторинга решений Конституционного Суда освещена менее всего.

Поскольку решения Конституционного Суда общеобязательны и адресованы неопределенному кругу лиц, практически всем, кто в той или другой форме реализует право, мониторинг приобретает общегосударственное значение. Государство, на мой взгляд, должно субси-

[1] См., например: *Арзамасов Ю. Г., Наконечный Я. Е.* Мониторинг в правотворчестве: теория и методология. М., 2009; *Тихомиров Ю. А.* Эффективность закона и мониторинг: лекция. М., 2010.

дировать те частные компании, которые осуществляют в этой части техническую работу. На более высоком (аналитическом) уровне мониторинг решений Конституционного Суда должны осуществлять законодательные и судебные органы в лице их высших инстанций. Более глубокий анализ лежит на непосредственных адресатах конкретных решений. В инициативном порядке к мониторингу подключаются ученые и специалисты. Представляется необходимым вменить в прямую обязанность конкретных работников правовых управлений органов государственной власти и органов местного самоуправления отслеживать принятие и действие решений Конституционного Суда в определенной сфере. Наибольшие обременения должны быть возложены на представителей Президента, Государственной Думы, Совета Федерации, Правительства в Конституционном Суде. Однако и сам Конституционный Суд не может оставаться в стороне от этой работы. До настоящего времени он ограничивается преимущественно количественным учетом реагирования законодателя на его решения. Между тем существенное значение имеет вопрос полноты и качества учета позиции судей. Сошлемся только на один пример.

15 января 2008 г. было принято определение Конституционного Суда Российской Федерации № 193-О-П по жалобе гражданина на нарушение его конституционных прав ст. 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ). В данном определении сформулировано положение, которое, несомненно, носит прецедентный характер и должно быть воспринято как законодателем, так и всеми судебными инстанциями.

Статья 90 УПК РФ тогда гласила: «Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки, если эти обстоятельства не вызывают сомнений у суда. При этом такой приговор не может предрешать виновность лиц, не участвовавших ранее в рассматриваемом уголовном деле». Суть позиции Конституционного Суда сводится к тому, что фактические обстоятельства, которые рассмотрены и установлены в судебных актах арбитражного суда, осуществляющего гражданское судопроизводство в соответствии с его компетенцией, и его выводы относительно этих обстоятельств, если ими, по существу, предрешается вопрос о виновности или невиновности лица в ходе уголовного судопроизводства, «подлежат исследованию и оценке в соответствии с общими принципами доказывания, закрепленными в статье 49 Конституции Российской Федерации, при том что подтвержденные арбитражным судом обстоятельства, свидетельствующие в пользу обвиняемого, могут быть отвергнуты лишь после того, как вступивший в законную силу исполняемый судебный акт арбитражного суда будет аннулирован в предусмотренных для этого процедурах»[1].



Первое, что следует отметить, — вопрос о преюдиции всегда был спорным в теории и сложным для законодателя и правоприменительной практики. Поэтому было бы правильным рассматривать его с широким обсуждением и рекомендациями законодателю в резолютивной части решения.

Совсем не случайно решение Конституционного Суда вызвало острую полемику. Наиболее решительно высказался проф. П. А. Скобликов: «...Для правоприменительной практики и криминологической ситуации в России... определение КС РФ от 15 января 2008 г., по всей видимости, будет иметь долговременные негативные последствия. Определение воздвигает неоправданные и во многом непреодолимые препятствия для уголовного процесса, умаляя (если не сказать — упраздняя) конституционные гарантии защиты потерпевших от преступлений»[2].

С позиций конституционных судей, как признание, так и отрицание преюдициального значения фактических обстоятельств, установленных окончательным судебным решением в порядке гражданского или арбитражного судопроизводства, «не может основываться на статье 90 УПК РФ и обусловливается взаимосвязанными положениями процессуального законодательства, регулирующими исполнение и пересмотр вступивших в законную силу судебных актов, а также правовыми нормами более высокого уровня, определяющими место и роль суда в правовой системе Российской Федерации, юридическую силу и значение его решений (статьи 10 и 118 Конституции Российской Федерации, ст. 6 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации»)»[3].

В возражении П. А. Скобликову[4] мною было замечено, что дело совсем не в том, к какому виду относится преюдиция — межотраслевая она или внутриотраслевая. Конституционный Суд определил общее отношение к вынесенному и вступившему в юридическую силу су-

[1] СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 2090.

[2] См.: *Скобликов П. А.* Преюдиция актов арбитражных судов в уголовном процессе: новое прочтение // Журнал российского права. 2009. № 2. С. 69, 80.

[3] СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 2090.

[4] См.: *Лазарев В. В.* Прецедентное решение Конституционного Суда // Журнал российского права. 2009. № 6.

дебному решению, в каком бы процессе оно ни состоялось. Нет также большой необходимости различать преюдицию неопровержимую (строгую) и опровержимую (нестрогую), поскольку даже «внутриотраслевая», закрепленная в той редакции ст. 90 УПК РФ, оказывалась всегда опровержимой (нестрогой), если есть сомнение у суда. Освобождение соответствующих лиц от доказывания фактов в уголовном процессе и фактически запрещение эти факты оспаривать и опровергать в данном процессе действует ровно до тех пор, пока не появилось сомнение у суда. А далее преюдиция уступает место общим началам процесса доказывания. При этом сомнение у суда может иметь место как в части связанности его дела с другим, так и в части обязательности для него выводов суда по тому делу. Как только сомнение в ходе соответствующей работы (установление фактической и юридической основы того и другого дела) устраняется, суд формирует свою позицию. Она может содержать иные выводы о юридических фактах или правоотношениях сторон, чем выводы суда, уже разрешившего эти вопросы. Но предварительным условием вынесения нового решения должна быть отмена предшествующего в части его не обоснованных и незаконных выводов.

Мудрая позиция Конституционного Суда дает решение вопроса с того момента, когда собственно о преюдиции, в ее процессуальном смысле, речь уже не идет.

Позиция Конституционного Суда выражена в общей форме — о судебных решениях вообще. И не процессуальный момент в нем выходит на первый план, а материальный: преюдициальный аспект уступает место аксиоматическому. В законодательстве прямого текстуального закрепления пути разрешения возможных коллизий не было. Однако есть конституционные принципы, которые позволяют вывести соответствующее правоположение путем системного анализа ряда действующих норм. Именно это и сделал Конституционный Суд.

Решение Конституционного Суда не подменяло активную роль законодателя, напротив, оно устанавливает, что определение исключительных условий, при которых только и допускается аннулирование законной силы судебного акта, «относится к дискреции законодателя. Изменение правового статуса лиц, права и обязанности которых уже определены судебным решением, принятым в законных процедурах, отвечающих требованиям справедливого правосудия, — при отсутствии соответствующего законодательного регулирования — могло бы приводить к произволу при осуществлении судебной власти, что противоречило бы ее конституционному назначению». Однако прямой



обязанности законодателя внести соответствующие изменения в законодательство определение не содержит.

Законодатель «безмолвствовал» почти два года, и в конце декабря 2009 г. ст. 90 УПК РФ появилась в редакции Федерального закона от 29 декабря 2009 г. № 383-ФЗ. Содержание ее таково: «Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором либо иным вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки. При этом такие приговор или решение не могут предрешать виновность лиц, не участвовавших ранее в рассматриваемом уголовном деле».

Здесь нет возможности проанализировать данную редакцию. Заметим только, что она вызвала не менее активную полемику[1]. И произошло это именно по причине нарушения технологии взаимоотношений Конституционного Суда и законодателя. Суд не дал четких, понятных для законодателя положений. Законодатель воплотил решение Конституционного Суда не лучшим образом. Проекты соответствующих редакций данной нормы не обсуждались. Многое осталось за пределами волеизъявления законодателя. Некоторые процессуальные ситуации (например, «сделки с правосудием») внесут затруднения в достижение истины. В свете, казалось бы, частного случая напрашивается общий вывод. Техника учета решений Конституционного Суда Российской Федерации в законодательной деятельности представляет собой самостоятельную сферу исследования, требующего решения многих теоретических и практических вопросов.

## Общетеоретические положения, подлежащие учету в оценке предложений по внесению изменений и дополнений в КПЭА[2]

1. Кодекс профессиональной этики адвоката (КПЭА) не включен в законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре. Это особый по своей природе акт, содержащий самые разные нормы: соб-

[1] Кто-то увидел в ней своего рода «процессуальный капкан», кто-то считает, что и внимания не следует обращать, а практика выйдет на путь законности и справедливости и т. д. (см. статьи *С. Афанасьева, Г. Резника, А. Петрова, В. Овчинникова* и др. // Новая адвокатская газета. 2010. № 7. С. 10—13).

[2] Вестник Федеральной палаты адвокатов. № 1. М., 2013. С. 187—190.

ственно правовые, инкорпорированные из законодательства (материальные и процессуальные);

— собственно этические материального характера;

— нейтральные в правовом и этическом плане, но обязывающие нормы процессуального характера;

— нормы, устанавливающие меры ответственности, основания и порядок привлечения адвоката к ответственности.

2. Последние три вида норм являются нормами корпоративного профессионального сообщества, и принятие их в составе КПЭА, в принципе, является исключительной компетенцией Всероссийского съезда адвокатов.

3. ФЗ об адвокатской деятельности и адвокатуре по духу своему и по буквальному толкованию ряда статей (ч. 1 ст. 2, ч. 8 ст. 33, ч. 8 ст. 37) различает собственно профессиональную деятельность адвоката и деятельность (работу) его в качестве руководителя адвокатского образования, работу на выборных должностях, работу в общественных объединениях. Недоразумением является утверждение, что ФЗ устанавливает обязательные правила для адвоката «*исключительно* при осуществлении им адвокатской деятельности». Такой нормы в законе нет. Согласно ФЗ именно в КПЭА устанавливаются «основания и порядок привлечения адвоката к ответственности», и, следовательно, адвокатское сообщество имеет здесь самые широкие возможности. Именно эта, а никакая другая позиция четко выражена в ФЗ. В любом случае КПЭА охватывает и должен охватывать в полной мере любую работу адвоката. В публичных взаимоотношениях с обществом и государством адвокат выступает как в личном качестве, так и в качестве члена адвокатского сообщества. Общие этические нормы распространяются на всю публичную деятельность адвоката.

4. В принципе, КПЭА не должен содержать норм, противоречащих законодательству об адвокатской деятельности и адвокатуре. Однако в КПЭА, наряду с нормами, которые только в нем изначально и должны быть, могут быть нормы, конкретизирующие законодательство и общую мораль; нормы, устанавливающие **специальное** (отличающееся от общего правового или морального) регулирование; нормы, которые при соответствующих условиях позволяют преодолеть пробелы в законодательстве. Один пример: в Законе и действующем КПЭА установлена общая норма о субъектах возбуждения дисциплинарного производства, но нет нормы относительно порядка привлечения к ответственности президентов палат или порядка возбуждения производства при совершении проступков, совершенных за пределами собственно профессиональной деятельности адвоката (например, члена квалификационной комиссии, если он ведет себя в этом качестве неэтично). Принятие в этом случае специальных норм, восполняющих пробелы в нормативном регулировании, не противоречит закону и, более того, входит в компетенцию Всероссийского съезда адвокатов. Вопрос о целесообразности норм — особый вопрос.



5. ФЗ об адвокатской деятельности и адвокатуре относит установление мер поощрения и ответственности к компетенции Палаты субъекта Российской Федерации, но в соответствии с КПЭА. Следовательно, установление оснований и видов ответственности адвоката — это компетенция Всероссийского съезда адвокатов.

Отсюда следует решать вопросы компетенции по конкретизации и толкованию соответствующих норм. Орган, принявший норму в пределах своей компетенции, имеет право на ее аутентичное толкование. В этом плане нельзя исключить акты аутентичного толкования со стороны Всероссийского съезда адвокатов. Однако целесообразно наделение таким правом тех, кто уполномочен обобщать дисциплинарную практику, координировать деятельность палат, обеспечивать единство решений в пределах правовых и моральных установлений. Отсюда могут рождаться прецеденты толкования норм, прецеденты конкретизации норм и собственно прецеденты, когда при пробеле в действующем регулировании устанавливается новая норма.

Решением Всероссийского съезда адвокатов (имея в виду принятие поправок к Кодексу) можно было бы предоставить соответствующие права Комиссии по этике ФПА и Совету ФПА (условно уподобив эти права правам Пленумов, Президиумов и коллегий высших судебных инстанций).

6. Не согласуются с принципами корпоративной и дисциплинарной ответственности доктринальные положения, согласно которым не может быть двойной ответственности за одни и те же действия. Статья 17 (п. 4) Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре» предусматривает прекращение статуса адвоката в случае совершения им преступления, т. е. меры уголовной ответственности сочетаются с мерами дисциплинарной ответственности. КПЭА мог бы, соответственно, содержать норму о применении норм дисциплинарной ответственности в случае совершения определенных видов административного правонарушения (почему бы за совершение мелкого хулиганства не вынести адвокату предупреждение).

Дисциплинарное производство автономно от административного и уголовного судопроизводства в части этических оценок, в части на-

рушения норм морали, но судебные решения имеют преюдициальный характер в части прекращения дела за отсутствием события правонарушения.

7. Комментаторы ст. 194 ТК считают применение дисциплинарного взыскания не обязанностью, а правом субъекта. Полагаю возможным обсуждение соответствующего дополнения в КПЭА. Отсюда вытекает обоснованность решения о непременном возбуждении дисциплинарного производства при наличии повода и основания и окончательности выносимого решения, каким бы оно ни было.

*Заключительные выводы:*

1. Опасна позиция, которая исключает какое-либо реформирование, учет какого-либо исторического и международного опыта. Согласно Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре» в законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре входят в том числе нормативные правовые акты Правительства и федеральных исполнительных органов власти. Поэтому эти органы могут инициировать или сами урегулировать соответствующие вопросы, если обнаруживается пробельность или противоречивость в действующем регулировании. В то же время соответствующие правила вправе принять сами адвокаты, включив их в КПЭА. Действуя на основе принципов независимости, корпоративности и самоуправления, адвокатура должна полнее использовать свои возможности в нормотворческом процессе. При этом принцип законности следует интерпретировать в свете принципа «что не запрещено, позволено». Отсюда несостоятельны аргументы «закон не предполагает создание», «закон не наделяет» и т. п., если речь идет об основаниях и порядке привлечения адвокатов к ответственности, поскольку именно эти вопросы, к всеобщему удовлетворению, отнесены к компетенции самих адвокатов.

2. Обсуждение поправок в КПЭА предполагает компромиссы. В противном случае могут возникнуть трудности их принятия съездом. Например, если и допускать возбуждение производства в отношении президентов палат, то оставить рассмотрение вопроса за соответствующей палатой, одновременно ограничив исключительными нормами поводы и основания, с тем чтобы исключить потоки жалоб. Или другой пример: многие возражают против такой меры, как запрет на осуществление адвокатской деятельности на определенный срок. Компромиссным решением мог быть запрет на осуществление определенного вида деятельности на какой-то срок.



Согласование разных позиций может вестись на сугубо научной и правовой основе, исключающей субъективные пристрастия участников дискуссии.

3. Не следует ожидать от этического кодекса полной определенности в материальных нормах. Они по природе своей во многом оценочные. Следует сделать акцент на процессуальных аспектах деятельности и процессуальных гарантиях. Следует с большим доверием относиться к квалификационным комиссиям, коллективным решениям по этике, полагаясь на способность самих адвокатов в рамках установленного процесса прийти к справедливому решению.

## Принцип правового государства в механизме совершенствования деятельности органов государственной власти

(совместно с А. В. Поповым)[1]

Согласно ч. 1 ст. 1 Конституции, Россия — демократическое федеративное *правовое* государство с республиканской формой правления, т. е. она провозглашается вторым в мировой системе правовым государством. Представляется необходимым сделать краткий историко-теоретический экскурс и рассмотреть, как формировались идеи правового государства, разделения властей, организации верховной власти в трудах ученых-государствоведов и какое влияние они оказывают на развитие реформы институтов власти в современной Российской Федерации.

Термин «правовое государство» утвердился в немецкой юридической литературе в первой трети XIX в., но до его возникновения идеи правового государства уже высказывались Г. Гроцием и Б. Спинозой, Дж. Локком, Ш. Монтескье и Т. Джефферсоном. Их взгляды оказали заметное влияние на развитие теории вопроса и государственно-правовой практики. Основательную и многостороннюю разработку теория правового государства получила в трудах немецких философов (Канта, Гегеля) и юристов (Р. фон Ноля, К. Т. Велькера, Р. Гнейста, В. Гумбольдта) [1, с. 263, 295; 2, с. 115—120; 3, с. 213—281].

Концепция правового государства в отечественной политико-правовой науке начала активно разрабатываться в конце XIX — начале XX в. Юристами-государствоведами А. С. Алексеевым, В. М. Гессеном, С. А. Котляревским, Б. А. Кистяковским, П. И. Новгородцевым, В. Н. Раннекампфом и др. [4—9].

[1] Социология и право. 2013. № 1 (18). С. 46—57.

Какими же тогда представлялись отечественным юристам, философам, общественным деятелям модель правового государства и организация его властных институтов? В этом вопросе не только лишь познавательный интерес к трудам российских ученых. Обращение к прошлому нужно для того, чтобы лучше уяснить и осмыслить его, и для того, чтобы суметь прогнозировать будущее.

Исходя из необходимости подчинения власти закону, сторонники правового государства полагали, что государство, в лице своей правительственной власти, является правовым субъектом; и точно так же правовым субъектом является гражданин. Субъективные публичные права гражданина обеспечиваются системой юридических гарантий, обеспечивающих на практике идею и содержание, предназначение правового государства. Правомерность, легитимность правительственной власти является в правовом государстве источником субъективных публичных прав гражданина.

Народовластие у отечественного исследователя отождествлялось с принадлежащей всему народу высшей верховной властью, которой все обязаны подчиняться. Это сводилось к следующему. Народ сам вправе править государством, народ сам обеспечивает проведение в жизнь государственных полномочий. Народ сам издает законы, следит за их исполнением, творит правосудие. В руках у народа и законодательная, и исполнительная, и судебная власть [10, с. 7]. При этом подчеркивалось, что в правовом государстве не существует никаких ограничений для граждан иной национальности по сравнению с той, которая преобладает в стране. Каждый должен понимать, что любой человек — прежде всего такой же человек, как и другие, и только потом он уже отличается чем-либо от себе подобных. Однако практика функционирования власти в России убеждает, что это пока лишь «голубая мечта», управляет всем незначительное меньшинство за счет большинства. Граждане России согласно ст. 104 Конституции РФ до сих пор не наделены правом на законодательную инициативу. Не имеет значения и количество участвующих в голосовании, а ведь есть отступление от красиво звучащей ст. 3 Конституции РФ, согласно которой «единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ».

С. А. Котляревский особо указывал, что степень широты самоуправления в пределах данного государства есть один из самых главных признаков того, насколько оно способно осуществлять принцип правового государства. В дополнение к этому он считал, что власть должна быть ограничена правом прежде всего во имя справедливости, а «юридически конституционным нужно признать всякое государство, где народное представительство участвует в осуществлении законодательной власти, то есть законом в формальном смысле признается лишь акт, изданный с согласия народного представительства». Признаемся откровенно, что до такого состояния еще идти и идти.



Подчеркивая роль суда в правовом государстве, он же говорил, что суд должен быть одинаково независимым от давления как правительства, так и представительной власти, обязан защищать закон от посягательств, от кого бы они ни исходили, и предоставлять возможность судье проверять обоснованность актов исполнительной власти, а фактически судьи находятся в полной зависимости от исполнительной власти: оплата, жилье, обеспечение деятельности, возможность вновь быть назначенным по Указу Президента судьей и т. д.

Обеспечение прав человека в правовом государстве рассматривалось отечественными юристами в качестве одного из основополагающих принципов правового государства. При этом объем прав, признаваемых в том или ином культурном государстве за личностью, зависит всецело от общего уровня развития народа, от его политического воспитания и от успехов народа в борьбе за право [11, 16]. Только широкие демократические начала открывают путь к идеалу государственного устройства: введение в область права начал справедливости.

По мнению Б. А. Кистяковского, основной принцип правового, или конституционного, государства — ограничение государственной власти. «В правовом государстве власти положены известные пределы, которых она не должна и не может переступать» [12]. Ограничение власти происходит за счет признания неприкосновенных и неотъемлемых прав личности.

Таким образом, в отечественной дореволюционной юридической литературе, пожалуй, впервые признается, что имеется известная сфера самоопределения и самоуправления личности, в которую государство не имеет права вторгаться. В этом специфика правового государства. Все права граждан и их неприкосновенность, подчеркивал ученый, составляют содержание политической свободы, без которой не может обойтись ни одно культурное общество. Благодаря неотъемлемым правам и неприкосновенности личности государственная власть в правовом, или конституционном, государстве не только ограничена, но и строго подзаконна. Однако, увы, на практике сегодняшнего времени имеет место лишь приближение к указанной «мечте».

Правовое государство в своей деятельности, в осуществлении правительственных и судебных функций связано и ограничено правом,

стоит под правом, а не вне и над ним. Отличительным свойством правового государства является подзаконность правительственной и судебной власти; такая подзаконность предполагает обособление властей — отделение правительственной власти от законодательной и судебной — от той и другой.

Таким образом, в целом для концепции правового государства в дореволюционной России было характерно рассмотрение, исследование и анализ главным образом следующих проблем: верховенства права и закона; ограничения и подчинения власти праву; обеспечения прав и свобод личности; роли судебных органов в защите закона от произвола исполнительной власти. Особое внимание отводилось принципу разделения властей как основе юридической конструкции правового государства.

Подробно анализируя организацию высшей государственной власти в различных странах, правовые нормы, которыми регламентируется деятельность органов власти, сравнивая их между собой, объективно оценивая недостатки и достоинства организации и функционирования институтов высшей власти в Российской империи, ученые-государствоведы и общественные деятели во многих случаях приходили к выводам о необходимости установления в России республиканской формы государственного устройства, основанной на принципе «разделение властей» и порой учреждения института президента как главы такого государства, власть которого подчинена закону и им ограничена, с закреплением этого в нормах Конституции.

Представляют интерес некоторые детали проекта организации высших государственных учреждений России, разработанного профессором К. А. Кузнецовым, поскольку особое внимание он уделяет институту президента. Согласно проекту, президент республики должен избираться парламентом на трехлетний срок. Выборы осуществляются в одно из первых заседаний вновь избранного парламента, не позднее двухнедельного срока с момента его открытия. Выборы проводятся открытым голосованием. В случае смерти или отставки президента до истечения срока полномочий парламент не позже двухнедельного срока после смерти или отставки производит новые выборы. В случае если событие произойдет во время перерыва заседаний, двухнедельный срок отсчитывается с момента возобновления сессии. До избрания нового президента его функции выполняет заместитель, которым является председатель Кабинета министров.

В проекте было предусмотрено право отлагательного вето президента по отношению к законам, принятым парламентом. Если парламент проводит их вторично, то президент имеет право потребовать народного голосования для окончательного принятия решения. Вместе с тем если президент в месячный срок не вотировал закон, то последний вступал в силу.



Интересен, на наш взгляд, и другой элемент системы сдержек и противовесов: правительственная власть в лице Кабинета министров, согласно проекту, избирается парламентом. Вотум недоверия со стороны большинства членов парламента вызывает переизбрание Кабинета. У последнего есть право роспуска парламента, но с согласия президента республики. В случае несогласия со стороны президента вопрос разрешается избирателями страны. В случае роспуска парламента выборы не могут быть назначены позже, чем через шесть недель после роспуска. Срок выборов объявляется актом президента республики, в силу которого парламент распускается.

Воспринимая идею правового государства, должно принимать ряд принципов, нормативных установок. Существуют общие ценности, к которым стремится любое государство. Это — права человека, свобода личности, социальная справедливость, безопасность, наконец демократия и многое другое. Список всякого рода норм, структур, процедур и других инструментов правового государства может быть весьма обширен.

Такого рода ценности могут быть представлены как требования (принципы) к организации системы органов государственной власти, основными из которых, на наш взгляд, являются принципы: 1) народовластия; 2) верховенства права и закона; 3) защиты прав и свобод человека и гражданина; 4) разделения властей [13, с. 153]. Однако имеют место иные взгляды на принципы [14, с. 181—185] правового государства: а) господство закона; б) взаимная ответственность перед законом государства и личности; в) преимущественное право человека на защиту законом; г) наличие механизма всеобъемлющего контроля и надзора за соблюдением законопредписаний. Указанные принципы нами будут представлены ниже.

Раскрывая сущность принципа народовластия, следует подчеркнуть, что идея народного суверенитета и связанное с нею признание народа источником всякой политической власти — это громадные вехи в политической истории человечества. С их учетом обязана быть решена проблема народа как субъекта государственной власти, носителя и учредителя власти, в силу того что именно народу исторически принадлежит быть высшим судьей в вопросах власти, решать судьбу

последней. Тем самым подчеркивается ориентация на демократическое устройство государства и общества.

Известный государственно-правовой принцип, согласно которому народ является источником государственной власти, фиксирует сугубо пассивный статус народа как первоначального держателя, хранителя государственно-властных функций, у которого можно эти функции получить при соблюдении определенных конституционных и законных процедур. Само по себе признание первичности прав народа на государственную власть, фиксация его пассивного государственно-правового статуса (народ — источник, хранитель, изначальный держатель власти) в конституциях и законах ни к чему политический режим не обязывает, поэтому формула «народ — источник власти» всегда находится на почетном месте в юридических и демократических актах авторитарных государств, и не более того, а очень жаль.

В части 1 ст. 3 Конституции Российской Федерации содержится традиционное для демократического конституционализма положение: носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ.

В целом прослеживается некоторая конституционная модель народовластия, основанная на признании за народом права быть суверенным носителем власти, учредителем государственной власти. Учредительная власть народа стоит над формами непосредственной и представительной демократии, осуществляется через прямое участие всего народа в крупных политических акциях, направленных на придание легитимности высшим органам власти и высшим должностным лицам в государстве. Это референдумы во всех их разновидностях, народные инициативы, выборы, которые дают импульс функционированию системы представительных органов на различных уровнях государственной власти. Учредительная власть народа, таким образом, осуществляется народом непосредственно и через представителей, состав которых определяется на выборах, что подчеркивается в ч. 1 ст. 32 Конституции Российской Федерации. Роль и место принципа в становлении, совершенствовании системы органов государственной власти заключаются, проявляются в том, что сама государственная власть и все виды ее органов обязаны помнить — права и свободы граждан, народа, их реализация и защита являются смыслом, содержанием и применением законов, осуществлением деятельности законодательной, исполнительной и судебной власти (ст. 18 Конституции РФ).



Рассматривая принцип *верховенства права и закона*, следует понимать, что закон — это не продукт произвольной деятельности государства; он должен отвечать демократическим правовым принципам равенства и справедливости. Законодательные установления, которые ущемляют свободу личности, делают ее неравноправным с государством субъектом общественных отношений, противоречат идее правового государства. Государство не обладает какой-то самодовлеющей волей в формулировании законов; оно призвано выражать в законах объективно складывающиеся общественные отношения, не допускать «юридического насилия» над ними, выражаемого в различного рода командах и запретах. Командно-запретительные методы, облеченные в форму закона, оборачиваются тяжкими потерями и для общества, и для человека, деформируя правовую природу государства. Поэтому правовое государство начинается там, где законодатель понимает принципы ограничения своей воли реальными объективными правовыми отношениями, в основе которых лежат свобода и равенство их участников. Преодоление веры во всесилие закона, в возможность решить все проблемы общества только законодательными мерами, понимание важности выявления общенародной воли и общественного мнения — важный элемент психологической переориентации государственного сознания, формирования правового государства.

Только принятие закона, соответствующего объективной природе общественных отношений, правовым принципам, общенародной воле, делает его юридическим актом правового государства, которое выражает подлинное народовластие и демократизм. Исходя из этих критериев, следует говорить о *верховенстве закона и его господстве в общественной жизни*.

В части 2 ст. 4 Конституции Российской Федерации идет речь о верховенстве федерального законодательства в субъектах Российской Федерации, в которых на основании ч. 2 ст. 5 Конституции Российской Федерации имеются свои «основные законы» и соответствующее законодательство. Весьма важным является то, что в соответствии со ст. 125 Конституции Российской Федерации, Конституционный Суд Российской Федерации призван охранять принцип верховенства федеральных законодательных актов. Здесь возникает проблема, имеющая существенное влияние на реализацию принципа верховенства правового закона.

При определении границ правовой системы субъекта Российской Федерации важное значение имеет ч. 4 ст. 76 Конституции Российской Федерации, которая устанавливает, что республики, края, обла-

сти, города федерального значения, автономная область и автономные округа осуществляют собственное правовое регулирование вне пределов ведения Российской Федерации, совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Это положение четко указывает, что законы и иные нормативные правовые акты, изданные по предметам ведения субъекта Российской Федерации, относятся к его правовой системе. А вот указание на то, что самостоятельное правовое регулирование субъекта Российской Федерации осуществляется вне предметов совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, не вполне согласуется с ч. 2 ст. 76 Конституции Российской Федерации, где говорится, что по предметам совместного ведения издаются федеральные законы и в соответствии с ними принимаемые законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации. Значит, формулировки одной и той же статьи Конституции Российской Федерации противоречат друг другу: в одном случае допускается самостоятельное правовое регулирование субъекта Российской Федерации по предметам совместного ведения, а в другом — оно как бы исключается. Данная неопределенность может быть устранена либо изменением текста статьи Конституции, либо актом официального толкования ее Конституционным Судом Российской Федерации.

В соответствии с Конституцией и уставами субъектов Российской Федерации органы государственной власти субъектов Российской Федерации формируются населением, кроме того, широкое участие населения в местном самоуправлении (хотя его органы и не входят в систему государственной власти) позволяет сделать вывод о том, что принцип народовластия получает реальное воплощение как инструмент формирования системы органов власти в России.

*Принцип защиты прав человека и гражданина* имеет тесную связь с принципом верховенства права и закона. «Вера в право вспыхнула в России, которая сегодня переживает, пожалуй, самую трудную пору в своей истории. Мы видим, как в эти грозные и смутные времена люди тянутся к идеалам правовой жизни, склонны видеть практическую цель в реализации идей верховенства права...». Так пророчески звучит мысль видного отечественного ученого-государствоведа, профессора права Г. В. Мальцева [15, с. 30].

Откуда же у людей появляются такие мысли и стремления? Полагаем, что мыслящая личность внутренне осознает свое предназначение в этом мире и хочет реализовать свое естественное право на свободы, уже дарованные человеку появлением на свет, самой жизнью. Однако



человек реализует свои права и свободы не вовне общества и государства. Права и свободы человека и гражданина декларируются в основных законах. В Конституции Российской Федерации этому посвящена вторая глава, состоящая из 47 статей. Особо можно отметить закрепление фактически нового (для бывшего советского гражданина) набора прав: права на жизнь (ст. 20); права иметь возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими права и свободы гражданина (ст. 24); права определять и указывать (или не указывать) свою национальную принадлежность (ст. 26); права свободы передвигаться, выбирать место пребывания и жительства, свободно выезжать за пределы страны и беспрепятственно в нее возвращаться (ст. 27); запрета цензуры (ст. 29); равного доступа к государственной службе (ст. 32); права частной собственности (ст. 35); права свободного труда (ст. 37); права на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц (ст. 53) и др.

Правовое государство, определяя ценностные ориентиры, отдает предпочтение достоинству человека и его правам, берет на себя обязанность защищать и обеспечивать эти права при соблюдении таких принципов, как равенство граждан перед законом и судом, взаимная ответственность государства и индивида и др. Необходимо, однако, отметить, что конституционные формулировки основных законов современных правовых государств дают возможность интерпретировать обязанности публичных властей по отношению к индивиду различным образом, включая противоположные трактовки.

В этой связи хотелось выделить из системы институтов, гарантирующих права человека в России, главного — Президента России (ч. 2 ст. 80 Конституции Российской Федерации). Функции Президента Российской Федерации как гаранта прав человека связаны, главным образом, с его правом издавать указы и распоряжения. Некоторые указы главы государства действительно были нацелены на воплощение в жизнь конституционных гарантий и, в конечном счете, на создание в России более совершенной системы защиты прав человека. Конечно, акты такого типа можно только приветствовать, но тем не менее их следует рассматривать только как временные шаги перед принятием соответствующих федеральных законов. Ведь любой президентский указ, затрагивающий права человека, может быть легко отменен последующим президентским указом.

Следует подчеркнуть, что право законодательной инициативы и право вето, которыми обладает Президент Российской Федерации, мо-

гут использоваться как для защиты прав человека, так и для противодействия каким-то шагам в ходе правовых реформ. К примеру, в декабре 1994 г. Президент Российской Федерации отказался подписать закон, согласно которому все иностранцы, прибывающие в Россию, должны были бы проходить проверку на СПИД.

Есть и другие средства, с помощью которых Президент Российской Федерации может выполнять свою роль гаранта прав человека. Правда, некоторые его полномочия довольно противоречивы, и порой они подрывают принцип разделения властей, давая Президенту Российской Федерации в руки и исполнительную, и законодательную, и судебную власть. Например, ч. 2 ст. 85 Конституции Российской Федерации наделяет Президента Российской Федерации правом приостанавливать действие актов органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, если они противоречат Конституции Российской Федерации, федеральным законам, международным обязательствам или «нарушают права и свободы человека и гражданина». Из такой формулировки следует, что Президент Российской Федерации обладает отчасти судебной властью, хотя и временной, поскольку действие актов приостанавливается только «до решения этого вопроса соответствующим судом». В статье четко не говорится, что Президент Российской Федерации должен немедленно передать вопрос на рассмотрение «соответствующего суда», и это вызывает особое сожаление, если учесть, что Конституционный Суд, к которому в большинстве случаев и следует апеллировать, не может возбуждать подобные дела по собственной инициативе, хотя формулировка статьи как бы подразумевает это.

Президент Российской Федерации уже имел случай воспользоваться своими «полусудебными» полномочиями. В январе 1995 г. президент Чувашской Республики издал Указ о защите чувашей, проходящих службу в российских Вооруженных Силах. В ответ Президент Российской Федерации издал указ, в котором этот документ регионального уровня был объявлен неконституционным, так как он «нарушает принцип равенства прав российских граждан» [16].

Одно из важных положений Конституции Российской Федерации, регулирующих ограничение прав человека, изложено в ч. 3 ст. 55: «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Это положение можно критиковать за



то, что ограничения распространяются на все конституционные права, но зато этот вопрос не отдан на усмотрение Президента Российской Федерации. В статье четко оговорено, что ограничения осуществляются только на основании федерального закона, так что президентские указы или распоряжения в этой сфере не действуют.

Указы Президента Российской Федерации «не должны противоречить Конституции Российской Федерации и федеральным законам» (ч. 3 ст. 90). Новая Конституция Российской Федерации и многие принимаемые в последние годы федеральные законы уделяют достаточное внимание правам человека, так что требование соответствия им указов Президента Российской Федерации уже само по себе выступает средством контроля за действиями главы государства.

Указы Президента Российской Федерации должны соответствовать Конституции Российской Федерации и федеральным законам и учитывать подписанные Россией международные соглашения по правам человека. Конституция Российской Федерации ставит международные договоры не только выше президентских указов, но и выше федеральных законов, принятых Федеральным Собранием (ч. 4 ст. 15), из чего следует, что указ, нарушающий международные нормы по правам человека, противоречит также и Конституции Российской Федерации.

Установленные Конституцией 1993 г. нормы о правах человека во многих отношениях даже превосходят соответствующие положения международных документов, однако в некоторых областях ситуация обратная [17]. Например, новая Конституция Российской Федерации гарантирует свободу собраний исключительно гражданам России, тогда как международные нормы, которые Россия должна соблюдать, таких ограничений не допускают[1]. Российская Федерация проявляет явное стремление присоединиться к международным соглашениям в области прав человека, поэтому можно надеяться, что международные договоры, гарантирующие соблюдение прав человека, будут играть все более важную роль в контроле за президентской властью.

Президентом Российской Федерации учреждено несколько новых институтов, деятельность которых близко касается вопросов прав личности, и они призваны содействовать Президенту Российской Фе-

[1] Сравним ст. 31 Конституции Российской Федерации и ст. 21 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) — International Covenant on Civie and Political Rights (ICCPR), art. 21, 999 UNTS 171, 6 ILM 368 (1967). Комитет по правам человека, который следит за выполнением МПГПП, указывает, что, согласно этому документу, «иностранцам предоставляется право мирных собраний» (General Comment 15. 41 GAOR. Supp. No. 40 (4/41/40). Annex YI).

дерации в выполнении его роли гаранта прав человека и гражданина. Так, создана Судебная палата по информационным спорам, которая должна защищать конституционные нормы свободы слова и разрешать конфликтные ситуации в сфере средств массовой информации [18]. Когда в связи с событиями в Чечне возникла угроза свободе прессы, Палата встала на ее сторону (по крайней мере в своих публичных заявлениях), несмотря на очевидную зависимость от Президента Российской Федерации. Следует, однако, подчеркнуть, что выводы Палаты, хотя она и называется судебной, не имеют юридической силы, так что учреждение Президентом Российской Федерации подобного органа не затрагивает принципа разделения властей. Если Палата считает, что права граждан или средств массовой информации систематически нарушаются, она может передать дело в компетентные государственные органы для дальнейших действий [19]. Есть еще один новый орган, связанный с проблемами защиты прав человека, это Комиссия по правам человека при Президенте Российской Федерации [20].

Рассматривая проблемы контроля за актами Президента Российской Федерации, нельзя не остановиться на том, что, согласно первому (1991) Закону о Конституционном Суде, любой член высшего законодательного органа страны мог возбудить дело в Конституционном Суде. По действующему законодательству, для того чтобы оспорить указ или распоряжение Президента Российской Федерации в Конституционном Суде, требуется поддержка одной пятой членов той или другой палаты Федерального Собрания (ст. 125 Конституции Российской Федерации). Кроме того, важна роль омбудсмена — Уполномоченного по правам человека. Очень важно, чтобы российский омбудсмен не только контролировал акты государственных должностных лиц, но и следил за тем, чтобы принимаемые Президентом Российской Федерации меры соответствовали как государственным, так и международно-правовым нормам. Однако для того, чтобы аппарат омбудсмена стал действительно правозащитным центром, как это произошло, например, в Польше [21, p. 25], необходимо, чтобы его деятельность регулировалась федеральным законом.

Еще большее количество проблем, связанных с реализацией принципа прав и свобод человека и гражданина в деятельности органов государственной власти, находится на втором уровне властной пирамиды — в субъектах Российской Федерации [22, с. 137]. Однако это тема самостоятельного исследования.

*Принцип разделения властей* также играет существенную роль в конструировании механизма органов правового государства. По мне-



нию многих ученых, разделение властей — это политико-правовая доктрина и конституционный принцип, лежащие в основе организации власти демократического государства. Известные философы и юристы в разное время приходили к выводу, что для исключения узурпации власти она должна быть разделена между различными государственными органами. Три ветви власти — законодательная, исполнительная и судебная — должны быть самостоятельными и независимыми. Они призваны сдерживать и контролировать друг друга и одновременно сотрудничать во имя общих целей. Следует отметить, что на основе принципа разделения властей предполагалось строить правовое государство: идеал государства, в котором закон играет ведущую роль и подчинен одному главному приоритету — правам человека.

Следует отметить, что принцип разделения властей может быть интерпретирован как в компетенционном, так и в политическом смысле. В первом случае речь идет о разделении функций между органами государственной власти. Во втором — о реальной реализации этого принципа в практике повседневной деятельности государственного механизма. Например, в Конституции СССР 1936 г. были учтены некоторые положения разделения властей, но в реальной политической жизни эти положения не были реализованы в полном объеме.

Одно из прав человека заключается в создании (учреждении) государственной власти. Народ создает все виды власти государства. Мысль о том, что все виды государственной власти происходят от учредительной власти народа, что народовластие связывает и ограничивает самостоятельность отдельных государственных властей, не дает им возможности отрываться друг от друга и вести неконструктивную борьбу между собой. Эта мысль четко выражена в Конституции Российской Федерации.

Статья 10 Конституции Российской Федерации гласит, что государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти ее субъектов осуществляется как Конституцией Российской Федерации, так и договорами. Из этого следует, что в Российской Федерации существует разделение властей не только по «вертикали», но и по «горизонтали».

Принцип разделения властей при создании собственных органов государственной власти активно используется субъектами Россий-

ской Федерации. (Более обстоятельно об этом пойдет речь в отдельном параграфе.) Разумеется, принцип разделения властей уже приобрел «российскую» специфику, весьма далекую от воззрений Платона и Аристотеля, идей Монтескье и Руссо, практики построения государственного механизма в западных странах (о которой тоже будет идти речь). Политические режимы, основанные на принципе разделения властей, многообразны. В качестве примера можно привести республиканскую и монархическую формы правления, которые одинаково успешно существуют в близких по уровню развития государствах. Различие между ними преимущественно заключается в приверженности определенным историческим традициям. Что касается России, то с учетом разрушения исторических традиций монархической формы правления вряд ли можно всерьез говорить о возможности и необходимости возрождения монархии за счет отказа от республиканской системы организации государственной власти.

Однако исторические традиции проявляются не только в сохранении определенной формы правления, но и в особенностях развития парламентаризма, который также может существовать в различных формах: президентской или парламентской республики. Таким образом, конкретные условия организации и деятельности законодательных органов страны формируются под существенным воздействием исторически определенных традиций.

Создание русского централизованного государства сопровождалось дуализмом в деятельности законодательных органов: единоличного органа (царь) и коллегиальных органов (Боярская дума и Земские соборы). Пытаясь оценить принцип разделения властей, следует отметить его плюсы и минусы. Положительным является прежде всего то, что он предполагает наличие высшего представительного органа власти, а это важный демократический институт. Демократия в том числе немыслима без представительных учреждений. Заслуживает одобрения и сосредоточение законодательной власти в руках высшего представительного органа. Это тоже важный демократический принцип.

В то же время явно недемократичен запрет органу законодательной власти вторгаться в сферу исполнительной власти, так как это резко ограничивает роль парламента и приводит к тому, что вопросы управления почти целиком сосредоточиваются в руках правительства и ведомств, т. е. органов, решения в которых принимаются узкой коллегией или единолично и, как правило, при закрытых дверях. Независимость судей и подчинение их только закону — тоже очень важный демократический принцип, призванный гарантировать соблюдение законов. В интересах демократии и законности может быть использована так называемая система сдержек и противовесов во взаимоотношениях органов государственной власти. И это уже характерно для конституционной практики современной России.



Представленные принципы правового государства и их воздействие на формирование и функционирование органов государственной власти разделяются далеко не всеми учеными и практиками — административистами, государствоведами, конституциалистами. Так, профессор П. П. Глущенко [23, с. 21—30], признавая принцип верховенства (господства) закона как одного из важных принципов правового государства, не считает его основным, отдавая пальму первенства принципу взаимной ответственности перед законом государства и личности, который, к сожалению, находится еще в стадии осмысления, становления. Важными принципами правового государства он также считает принцип примата (преимущества) права человека на защиту законом перед государством и принцип всеобщего контроля и надзора за соблюдением законопредписаний с обязательным наступлением ответственности за любое совершенное правонарушение, кем бы оно ни совершалось. Как нам представляется, подход профессора П. П. Глущенко к определению принципов правового государства более обоснован, а их роль и место в механизме совершенствования системы органов государственной власти очевидна и более значима.

Таким образом, из вышеизложенного можно сделать вывод, что в Конституции Российской Федерации отражены все основные принципы правового демократического государства: права и свободы человека и гражданина как высшая ценность; народный суверенитет; верховенство Конституции и закона; разделение властей; независимость судебной власти. Даже учитывая то обстоятельство, что отдельные нормы остаются пока *lettre morte* — мертвой буквой, в первую очередь из-за отсутствия федеральных конституционных законов, определяющих правила создания и функционирования отдельных органов государственной власти, разграничения полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами.

Вышеназванные принципы сами по себе сложны и противоречивы, они могут получать различные интерпретации. Но отметим, что за этими принципами стоят ценности, позволяющие судить о состоянии и возможностях государства с двух самых важных точек зрения — усиления народовластия и развития индивидуальных прав личности. Если у государства имеется достаточное число институтов, правовых норм для успешного продвижения в том или другом направлении,

т. е. в сфере прав человека и организации народовластия, посредством системы власти, устроенной на основе ее разделения, оно — действительно правовое государство, независимо от того, записано это в Конституции Российской Федерации или нет

*Библиографический список*

1. История политических и правовых учений / под ред. *В. С. Нерсесянца*. М., 1988.
2. *Локк Дж.* Избранные философские произведения. Т. II. М., 1960.
3. *Монтескье Ш. Л.* Избранные произведения. М., 1955.
4. *Алексеев А. С.* К учению о юридической природе государства и государственной власти. М., 1885.
5. *Гессен В. М.* О правовом государстве. СПб., 1906.
6. *Котляревский С. А.* Власть и право. Проблема правового государства. М., 1915.
7. *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право. М., 1916.
8. *Раннекампф В. К.* Правовое государство и народный суверенитет. Одесса, 1908.
9. *Новгородцев П. И.* На путях к правовому государству // Новый мир. 1991. № 12. С. 202—217.
10. *Новоторжский Г.* Что такое правовое государство? СПб., 1906.
11. *Родионов Л. М.* Правовое государство. М., 1906.
12. *Кистяковский* Б. А. Государство правовое и социалистическое // Вопросы философии и психологии. Кн. 5.1906.
13. *Ефимов В. И.* Система государственной власти. М., 1994.
14. *Сапун В. А.* Основные принципы правового государства: сб. науч. труд. конф. СПбАУиЭ (11—12 ноября 2010 г.). СПб., 2010.
15. Теория права и государства. М., 1994.
16. Указ Президента Российской Федерации «Об Указе президента Чувашской Республики «О защите военнослужащих» // Российские вести. 1995. 19 янв.
17. Перечень ратифицированных Россией международных договоров, касающихся прав человека // Human Rights: International Instruments. Chart of Ratifications as at 30 June 1994. UN Doc. ST/HR/4/Rev. 10.
18. Указ Президента Российской Федерации от 31 декабря 1993 г. «О Судебной палате по информационным спорам при Президенте Российской Федерации» // Российская газета. 1994. 10 янв.
19. Положение о Судебной палате по информационным спорам при Президенте Российской Федерации // Российская газета. 1994. 10 февр.



20. Ельцин издает Указ о Комиссии по правам человека // ИТАР-ТАСС. 1993. 1 нояб.
21. *Lenowska E.* The Polish Commissioner for Civil Rights Protection — Efforts to Promote Legal Culture // Strategies for the Strengthening of Human Rights in Emerging Democracies in Europe. 1992.
22. *Ефимов В. И.* Система государственной власти. М., 1994.
23. *Глущенко П. П., Кикоть В. Я., Степанов Д. Ю., Гревцов О. В.* Государственно-правовая защита прав, свобод и законных интересов граждан в РФ: юридический справочник. СПб., 2007.

## Лоббирование правотворческих решений[1]

Проблема лоббизма, лоббистской деятельности для науки не новая. Лоббизм широко распространен не только в правотворческой, но и в правоприменительной деятельности. Многообразны субъекты лоббистской деятельности. По причине распространенности и общественной значимости в ряде стран приняты законы, вводящие лоббизм в определенные рамки. Предпринималась такая попытка и в Российской Федерации. Задачи настоящей публикации ограничиваются одной основополагающей, хотя и частной, целью и рядом сопутствующих, позволяющих понять и оценить главную: автор полагает возможным *исследовать явление лоббизма в том числе через призму деятельности Конституционного Суда РФ.*

Прежде всего лоббизм не следует замыкать на законодательстве и лоббистской деятельности в законодательном органе. В общетеоретическом подходе его следовало бы увязывать с соотношением гражданского общества и государства, с привлечением граждан к участию в делах государства. Поэтому в широком смысле лоббизм следует связывать с принятием любых властных решений в любом государственном органе.

Решения принимаются: а) в процессе выработки правовой политики; б) в проявлении законодательной (правотворческой) инициативы; в) при подготовке проекта акта; г) при прохождении проекта в соответствующем органе; д) непосредственно при принятии акта; е) при прохождении последующих стадий.

Лоббирование эффективно при принятии акта о придании акту юридической силы. Эффективно оно и в инициировании и подготовке официальных актов толкования права.

[1] Юридическая техника. 2014. № 8. С. 216—223.

Возможно, самое правильное — это связывать лоббирование с формированием источников права. Тогда сразу обозначается, насколько важна лоббистская деятельность, и сразу становится понятным, что органы и виды деятельности являются объектом лоббизма всегда, если там создается право, если имеет место деятельность по формированию источника права.

Источники права определяются по-разному. Для целей настоящей статьи рискую предложить новое определение.

Источником права является все то, что используется (предназначено к использованию) в качестве правового обоснования решения юридического дела. Попутно замечу, что такое определение в большей степени отвечает позициям социологической юриспруденции, одновременно не посягая на принцип верховенства закона. Отсюда множественность источников права и, соответственно, плюрализм лоббистской деятельности. Деятельность человека в формировании источника права, так или иначе, связана с его волевым решением — отсюда и ставится вопрос о лоббизме в правотворческих решениях. Лоббистская деятельность всегда прагматична: она добивается такого решения, которое позволит обосновывать решение юридических дел к выгоде лоббиста[1].

На лоббизм следует смотреть системно во всех его видах и проявлениях. Уже поэтому недостаточно лоббистскую деятельность связывать только с законодательной. Понятно, что закон — основной источник права. Но ловкие лоббисты не лезут на рожон, они изыскивают изначально лазейки, дабы свести затем реализацию принятых норм к угодному им результату. Связать лоббизм лишь с парламентом — значит изначально отвергнуть постановку главного вопроса в настоящем исследовании или, по меньшей мере, вызвать сразу неприятие у тех, кто видит много нормотворческого в деятельности Конституционного Суда РФ.

Нельзя дать однозначную общую оценку лоббизму. Он имеет как позитивные, так и отрицательные стороны. Отсюда необходимость закона, в котором определялась бы сфера лоббизма, его границы, легальные средства и устанавливалась ответственность за увод этой деятельности в тень, использование запрещенных методов давления при принятии правотворческих решений. В России как на доктринальном, так и на легальном[1] уровне сложилось представление о связи лоббизма с коррупционной деятельностью, и именно этим объясняется непринятие соответствующего закона[2].

[1] Можно особо оговориться об официальном толковании как источнике права. Поскольку толкование нового к толкуемому акту ничего не прибавляет, оно не самостоятельный источник, а вливающийся в толкуемый, обогащающий его содержание для восприятия вовне. Любое толкование имеет нормативное действие, ибо нельзя истолковать норму для одного случая. Казуальное толкование — это толкование в связи с конкретным случаем, но это по сути своей общее толкование. Поэтому оно приобретает интерес для лоббиста.



Кто-то связывает борьбу с коррупцией с независимостью суда и признанием в этой связи прецедента[3]. Однако было бы совершенно ненаучно характеризовать сам институт лоббизма отрицательно только потому, что в российских реалиях он оказывается в грязных руках. Развитие института следует связывать с развитием прав и свобод граждан с их активным участием в публичной жизни государства и общества[4]. «Лобби», «лоббизм», «лоббист» — термины не новые, но, может быть, именно поэтому за время долгого употребления и ухода от первоначального англоязычного происхождения они приобрели много разных, хотя и близких, смыслов, требующих оговорок при

[1] См.: Указ Президента РФ от 13 марта 2012 года № 297 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2012—2013 годы и внесении изменений в некоторые акты Президента Российской Федерации по вопросам противодействия коррупции» (специальный подпункт «а» п. 15). «Главная проблема в борьбе с коррупцией может быть решена, например, посредством принятия закона о лоббизме» — говорил В. П. Лукин (см.: Интернет-конференция Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации В. П. Лукина «Состояние российского законодательства в области прав человека и гражданина» (28 мая 2004 г.)).

[2] *Гаджимагомедов Г. А., Ивлиев Г. П.* Участие Правительства Российской Федерации в законодательной деятельности (глава 6). М., 2008.

[3] Полагаю, уместны соображения Т. Г. Морщаковой как в плане возможности лоббирования прецедентных решений, так и в том плане, что прецедент сам по себе не предотвращает коррупцию. Вот что она говорит: «Создание определенного прецедента может стать целью незаконно действующих лоббистов, как сейчас создание нормы закона, — бесспорно. Кто-то может продавить закон, кто-то продавит и прецедент. Поэтому, считаю, прецедент ничего не добавляет в борьбе с коррупцией. Лоббирование путем недозволенных методов будет возможно как по отношению к закону, что мы имеем сегодня, так и по отношению к прецеденту» (см.: *Бодрягина О.* Прецедент: подсказка или указка?»: интервью с Т. Г. Морщаковой, заместителем Председателя Конституционного Суда РФ в отставке, советником Конституционного Суда РФ, заслуженным юристом РФ, профессором) // Эж-ЮРИСТ. 2010. № 15).

[4] На мой взгляд, именно с развитием гражданского общества следует связывать тот факт, что к началу XXI в. при институтах и органах Европейского союза «действовали от 10 до 15 тысяч лоббистов, которые представляли около 3000 «групп интересов» разнообразного характера. Наибольшее число среди них (около трети) — коммерческие ассоциации, выражающие интересы европейского бизнеса, однако немало представителей и других социальных групп и профессий (в том числе адвокатов)» (см: *Кашкин С. Ю., Четвериков А. О., Калиниченко П. А.* [и др.] Право Европейского Союза: учеб. пособие / отв. ред. *С. Ю. Кашкин.* 3-е изд., перераб. и доп. М., 2011 (разд. 2)).

постановке конкретных исследовательских проблем[1]. Самое широкое понимание лоббиста — это когда словом «лоббист» обозначали просителя, приходившего в учреждение по своему делу. Представляется необходимым вывести из оборота такое понимание, поскольку «проситель», всякое заинтересованное в своем деле лицо, не имеет сущностных свойств лоббиста в наиболее распространенном понимании данного субъекта. Для лоббиста в нашем понимании свойственно скорее требовать, чем просить, скорее навязывать определенную позицию, чем защищать ту, которая прямо обозначена в законе, действовать скорее в чьих-то интересах, нежели в своих собственных. «Проситель» приходит в учреждение, чтобы реализовать принадлежащее ему право, просить о содействии ему в этом, ускорении дела и т. п. Лоббист приходит с явной или тайной целью провести угодное кому-то решение. В принципе речь всегда идет не о реализации, а об установлении права. Не случайно в большинстве определений лоббизм связывают с законодательной деятельностью. Разумеется, здесь не все просто, как может показаться на первый взгляд, и постановка вопроса в нашем случае позволяет раскрывать нюансы. Навязывать правовые решения успешнее коллективно. Поэтому «лобби» — субъект (в отличие от лоббиста) коллективный[2]. Это группа представителей каких-то структур, оказывающих влияние. В общем политическом контексте — это «группы людей, представляющих и отстаивающих в различных организациях определенные интересы». По С. И. Ожегову, это «система контор и агентств монополий, оказывающих непосредственное давление на законодателей и чиновников». Из данного определения просматривается такое свойство «лобби», как организованность, системность. Но еще важнее отметить, что здесь вырисовываются признаки лоббизма. Лоббизм — это не просьба, не борьба за принадлежащее тебе право, это — давление. И не только на самих депутатов, но и на чиновников, которые составляют аппарат соответствующего органа. Причем не только непосредственное давление, но и опосредованное, которое может оказаться не менее действенным. Например, учитывая, что основными субъектами права законодательной инициативы являются президент и правительство, на прохождение закона в парламенте может влиять успешное лоббирование соответствующих интересов в аппарате названных органов. Не случайно «лоббизм» в изначальном значении означает «коридор«, «крыльцо», «галерея». Уже в коридорах власти начинается давление в пользу проведения соответствующего решения.

[1] См. *Любимов А. П.* Конституционно-правовые основы формирования лоббистских отношений в открытом обществе (Антикоррупционный проект). М., 2000; *Он же.* Лоббизм как конституционно-правовой институт. М., 1998; *Он же*. История лоббизма в России. М., 2005.

[2] В реальности констатируют, что в российском политическом обществе уже появились различные организации, партии, группы (объединения) граждан или отдельные граждане, а также должностные лица и чиновники, которые оказывают влияние в выгодном им плане на законодательные (представительные) и исполнительные органы федеральной государственной власти, включая Президента и Председателя Правительства Российской Федерации и их ближайшее окружение (*Минченко Е. Н., Студеникин Н. В.* Современные тенденции в технологиях лоббизма. URL: http://www.stratagema.org/publications/lobby/item_68.html



Есть общие закономерности, действующие в государственно-правовом пространстве. Лоббизм — одна из них. Нельзя себе представить, чтобы в борьбе, в противостоянии сторон не изыскивались бы средства (правовые если можно, и не правовые, если нельзя иначе) для поддержания заявленного. Трудно себе представить, что в открывшемся (или специально организованном) деле не использовались возможности его выиграть. Интересы с необходимостью требуют их обеспечения. Но опять же подчеркнем: вошедшее в обиход понятие «борьба за право» имеет два смысла: борьба за нахождение права, за установление определенного источника права (борьба за объективное право) и борьба за принадлежащее субъекту право, за реализацию существующих норм. Лоббизм охватывает первое. Причем без различия, идет ли речь о содержательно полезных или содержательно вредных (социально не оправданных) нормах[1]. Интерес того, в чью пользу проводится лоббирование, может в разной степени совпадать с иными интересами, может удовлетворять или не удовлетворять общественной потребности. Те, кто поддерживает законодательную легализацию лоббизма, исходят как раз из того, что в этом случае будет исключена теневая борьба за проведение сугубо частного интереса.

Итак, лобби — естественное явление. Но является ли оно необходимым, — вопрос дискуссионный. Теневая и подпольная лоббистская деятельность достаточных оснований для оправдания не находит. Запрещаем насильственный лоббизм. Неприемлемо давление с позиций интереса денежного мешка. Однако открытое противостояние интересов (в том числе и экономических), мягкое давление, навязывание позиции силой аргументов, указанием на прогнозируемый эффект от принятия решения — имеет позитивные стороны. Лоббизм предо-

[1] В общем плане правильно утверждать, что лоббизм является одним из высокоэффективных способов борьбы за содержание права (см.: *Толстик В. А., Трусов Н. А.* Правотворческое лоббирование как средство борьбы за содержание права // Юридическая техника. 2012. № 6. С. 551, 552).

ставляет гражданам и их объединениям возможность участвовать в принятии правовых решений не только через своих представителей в парламенте, но использовать иные формы, проникать в те органы, в которых граждане непосредственно не представлены[1]. Лоббисты оказываются своего рода посредниками между гражданами и государственными органами власти. Между тем в толковом словаре системы «Гарант» дано такое понимание лоббизма, что эта деятельность свойственна прежде всего самим государственным органам: «Действия государственных органов, законодательных, исполнительных, судебных властей, направленные на поддержку отдельных отраслей и сфер экономики регионов, предприятий, социальных групп, продиктованные заинтересованностью, а иногда подкупом должностных лиц. Лоббисты (представители власти) способствуют своим подопечным в получении выгодных государственных заказов, кредитов, помощи, льгот, лицензий, благоприятных условий деятельности, создании новых фирм, подавлении конкурентов. Лоббизм — это влияние групп избирателей с особыми интересами на представителей власти (законодательной или исполнительной) с целью принятия выгодного для этой группы решения». Следует критически оценивать подобный поворот в характеристике лоббизма. Конечно, не исключено, что тот, кого лоббируют, сам по разным причинам заинтересован в этом и может способствовать лобби (экспертов выбирать, статью заказать и пр.). Но лоббизм все же предполагает давление на органы власти, а не действия самой этой власти. Впрочем, не исключается и та ситуация, что на государственные органы «давят» другие государственные органы — те, которые не имеют полномочий самостоятельного решения данного вопроса и которым не подчинены органы, наделенные соответствующей компетенцией[2]. Конституционный Суд РФ прямо назы-

[1] В этом смысле следует согласиться с А. В. Авериным, развивавшим тезис о том, что «проблема совершенствования правотворчества нуждается в выходе за пределы этого вида государственной деятельности в сферу правоприменения, причем судебного» (см.: *Аверин А. В.* Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (проблемы теории и практики): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2004. С. 14).

[2] Только в этом аспекте можно понять авторов (*Гаджимагомедов Г. А., Ивлиев Г. П.* Участие Правительства Российской Федерации в законодательной деятельности. М., 2008 (глава 6)), когда они на первое место среди лоббистов ставят государственные органы: «Субъектами лоббистской деятельности в Государственной Думе являются в первую очередь наиболее мощные и влиятельные государственные и гражданские институты, а также промышленно-финансовые корпорации, в числе которых: Президент РФ и его Администрация; Правительство РФ, Аппарат Правительства РФ; федеральные органы исполнительной власти; Прокуратура РФ, высшие суды Российской



вается или определенно предполагается среди таких лоббистов[1]. Однако прежде чем это выяснится и будет понятно, просматриваются ли во влиянии на Конституционный Суд элементы лоббизма со стороны государственных структур, надо решить принципиально: уместно ли вообще ставить вопрос о лоббизме по отношению к данному учреждению?

Содержащиеся в Федеральном конституционном законе о Конституционном Суде РФ принципы конституционного судопроизводства ставят под сомнение позитивный ответ, поскольку вместе с общим конституционным принципом независимости судей указано на то, что судьи Конституционного Суда Российской Федерации выступают в личном качестве и не представляют кого бы то ни было, что они принимают решения в условиях, исключающих постороннее воздействие на свободу их волеизъявления. Какое бы то ни было вмешательство в деятельность Конституционного Суда Российской Федерации не допускается «и влечет за собой предусмотренную законом ответственность». Казалось бы, отрицательный ответ на поставленный вопрос напрашивается сам собой. Однако сразу заметим, что ст. 294 УК РФ, предусматривающая такую ответственность, говорит о «вмешательстве в какой бы то ни было форме в деятельность суда в целях воспрепятствования осуществлению правосудия». Между тем лоббизм не имеет такой характеристики. Более того, он может быть представлен как деятельность, способствующая правосудному установлению справедливого во всех отношениях решения. Другими словами, в данном случае следует отбросить негативные смыслы лоббизма и, по возмож-

Федерации (Верховный Суд РФ, Конституционный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ); Центральный банк РФ, банки, корпорации, фонды, финансовые комиссии; Совет Федерации; субъекты РФ, и в первую очередь города федерального значения и республики, этнические группы; отраслевые объединения, в том числе военно-промышленного комплекса, агропромышленного комплекса, газовой, нефтяной, энергетической, космической промышленности, производители алкоголя и табака, текстильщики, транспортники, связисты и телевизионщики, издатели печатной продукции, представители рекламных агентств и др.; партии, общественные организации, профсоюзы; отечественные конфессии, церковь, иностранные религиозные организации; иностранные государства и фирмы».

[1] Такое предположение, в частности, вытекает из того, что «в контексте закрепленного в действующей Конституции Российской Федерации принципа разделения властей судебную власть характеризуют качественно новые функции, заключающиеся в возможности оказывать активное влияние на решения и действия законодательной и исполнительной властей» (*Голубицкая С. Г.* Решения Конституционного Суда Российской Федерации в правовой системе Россиии (теоретические и практические вопросы): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 9).

ности, принять его позитивное значение в установлении конституционно значимого решения высшей судебной инстанцией.

Степень и характер правового регулирования лоббизма зависит от многих обстоятельств. Прежде всего — от сферы отношений: публично-правовая, частноправовая, сфера экономики, политики, культуры и т. д. Отсюда и по характеру дел можно проводить градацию, выявлять специфику. Может приобрести существенное значение место лоббирования, методы лоббирования. Они могут зависеть от особенностей правового регулирования и, в частности, от того, каким актом оно осуществляется: законом, регламентом, правительственным актом или, например, актом высшего судебного органа. Мы обязаны учесть все перечисленные обстоятельства, если хотим выявить и понять факты лоббистской деятельности применительно к Конституционному Суду РФ. И здесь мы изначально исходим из делений, согласно которым лоббизм — это своего рода институт политической системы, представляющий собой процесс по продвижению чьих-либо интересов в органах государственной власти с целью добиться принятия выгодного для носителей этих интересов правового (политического) решения. Такое понимание лоббизма позволяет выделять в качестве одного из его видов лоббизм судебный, но непременно с той оговоркой, что судьи независимы (см, например, ст. 120 Конституции РФ). Суды общей компетенции по определению исключаются из числа учреждений, на которые можно оказывать давление. Вынесение решения под чьим-то влиянием — повод для обжалования и, возможно, для отмены. Но по факту «давление» часто имеет место. Косвенное — через СМИ, через митинги, пикеты и т. д.

По российской Конституции Конституционный Суд входит в судебную власть, которая осуществляется посредством конституционного судопроизводства. Таким образом, и с этой точки зрения постановка вопроса о лоббизме в Конституционном Суде РФ может подвергаться сомнению. Однако «судебная» деятельность данного органа носит весьма специфический характер, и присущие ей особенности позволяют не только допустить, но в определенных пределах даже легализовать лоббирование в конституционном судопроизводстве. «...По самой природе, сущностным характеристикам и результатам деятельности статус Конституционнного Суда РФ не исчерпывается юрисдикционным правоприменением. Этот орган объективно, и это становится все очевиднее для отечественной юриспруденции, приближается в своих итогово-правовых характеристиках к нормативно-установительной практике, к правотворчеству»[1].



Конституционное судопроизводство не ограничивается признанием прав за теми или другими субъектами. Невозможно игнорировать то обстоятельство, что по целому ряду объективных параметров решения Конституционного Суда являются источниками права.

Разумеется, проблема правотворческой деятельности Конституционного Суда, проблема его правотворческой роли, вопросы пределов такой роли связаны строго с проверкой конституционности законодательных актов, и абсолютно только то, что Конституционный Суд выступает в качестве негативного законодателя, когда тот или другой акт признаны им неконституционными. Но уже одно признание специфической правотворческой деятельности за Конституционным Судом, как бы она ни оговаривалась, ставит вопрос о ее лоббировании. Более того, можно предположить, что кому-нибудь удобнее и надежнее лоббировать правотворческое решение именно через Конституционный Суд. Тем самым можно миновать парламентские процедуры. Правовая позиция Конституционного Суда станет обязательной для законодательного органа.

Решения Конституционного Суда РФ, вынесенные в условиях пробела в законе или конкретизирующие закон, содержат правовую позицию, отвечающую всем признакам права, если под правом понимать любое нормативное руководство для субъекта правовых отношений, которое носит официальный характер, то есть прямо или косвенно пользуется в данном обществе официальной защитой со стороны государства в качестве обязательного. Форма выражения названного руководства суть источник права.

В литературе, посвященной пристальному анализу решений Конституционного Суда, приводились многие убедительные аргументы в пользу признания их полноценными источниками права. И если признавать за решениями Конституционного Суда качество источника права, придется, по-видимому, положительно ответить и на вопрос развития им конституционного права. Л. В. Лазарев, автор полнокровной монографии о правовых позициях Конституционного Суда РФ, рассматривает правовые позиции в качестве источника конституционного и иных отраслей права (законодательства). Более того, правовые позиции приобретают у него характер конституционно-правовых норм и по юридической силе приравниваются к юридической си-

[1] *Бондарь Н. С.* Российский судебный конституционализм: введение в методологию исследования. Формула права. М., 2012. С. 58.

ле самой Конституции[1]. В таком мнении автор не одинок. С точки зрения Н. С. Бондаря, решения Конституционного Суда РФ являются «безусловным источником конституционного права» и конституционным источником права[2]. В онтологической структуре конституционного права, — пишет Г. А. Гаджиев — «чрезвычайно важную роль, помимо позитивного закона, то есть текста Конституции и других законов, играют конституционные принципы и сложившиеся концептуальные представления об их нормативном содержании и правоприменительной практике, особенно решения высших судов, раскрывающие смысл юридических символов — принципов. Именно поэтому так называемое толкование конституционных норм на самом деле таковым не является...»[3]. Поэтому объективно возникает проблема влияния на процесс принятия правовых решений в Конституционном Суде. Становится актуальнейшим вопрос о том, как складываются соответствующие позиции, какое воздействие испытывает Конституционный Суд при их формировании и в какой степени необходима легализация лоббизма в этом государственном органе.

Федеральный конституционный закон о Конституционном Суде РФ не дает прямых свидетельств о допущении лоббизма в конституционном судопроизводстве. Однако обращает на себя внимание узкая (исчерпывающая?) трактовка независимости: «независим в организационном, финансовом и материально-техническом отношениях от любых других органов», «самостоятельно и независимо осуществляет информационное и кадровое обеспечение своей деятельности». Вполне определенно только то, что конкретно судья не вправе «оказывать кому бы то ни было покровительство в получении прав и освобождении от обязанностей» (ст. 11). Здесь же содержатся и другие положения, расцениваемые нами как препятствующие осуществлению самим судьей лоббистской деятельности. Среди гарантий независимости судьи Конституционного Суда Российской Федерации (ст. 13) обязательность установленной процедуры конституционного судопроизводства, запрет какого бы то ни было вмешательства в судебную деятельность. Уровень их правовой защиты обеспечивается и иными гарантиями. Судья Конституционного Суда Российской Федерации неприкосновенен.

[1] См.: *Лазарев Л. В.* Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2006. С. 96.

[2] См.: *Бондарь Н. С.* Указ. соч. С. 65.

[3] *Гаджиев Г. А.* Онтология права. М., 2013. С. 188.



Однако среди основных принципов деятельности Конституционного Суда Российской Федерации обозначены коллегиальность, гласность, состязательность и равноправие сторон. Каждый из них интерпретируется скорее в пользу возможности лоббизма в конституционном судопроизводстве. Коллегиальность исключает коррупционное влияние на судей. Гласность для того и устанавливается, чтобы привлечь внимание к проблеме и возможным путям ее решения. Состязательность напрямую предполагает борьбу за принятие решения в интересах одной из сторон. Равенство сторон, в свою очередь, предполагает равные возможности вовлечения в производство всех тех, кто имеет прямую заинтересованность в исходе дела.

Сам факт того, что основанием к рассмотрению дела является обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции Российской Федерации закон, иной нормативный акт, договор между органами государственной власти, не вступивший в силу международный договор, или обнаружившееся противоречие в позициях сторон о принадлежности полномочия в спорах о компетенции, или обнаружившаяся неопределенность в понимании положений Конституции Российской Федерации, или выдвижение Государственной Думой обвинения Президенту Российской Федерации в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления, — говорит о возможности разных позиций по делу, а принцип состязательности предполагает борьбу сторон. Объективно, таким образом, наличествуют обстоятельства, вызывающие потребность воздействия в интересах одной из них или в интересах третьей.

Некую общую академическую посылку для обоснования лоббизма в Конституционном Суде РФ дает теория разделения властей. Государственная власть не представляется единой, и, следовательно, разные власти могут преследовать в том числе и свои интересы и, соответственно, бороться за их проведение в жизнь. Здесь неизбежно проявляются сугубо ведомственные интересы[1]. Поскольку есть вопросы,

[1] Предпринимаются попытки запретить лоббирование интересов ведомств. Так, в соответствии с п. 8.27 Приказа МПР РФ от 9 августа 2007 г. № 205 «Об утверждении регламента Министерства природных ресурсов и экологии Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) «руководители федеральных служб и федеральных агентств при работе с законопроектами, рассмотрении вопросов на заседаниях комитетов и комиссий в палатах Федерального Собрания Российской Федерации, участии в парламентских слушаниях и иных мероприятиях, проводимых палатами Федерального Собрания Российской Федерации, обязаны обеспечить позицию Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации и не допускать ведомственного лоббирования».

которые решаются только в Конституционном Суде, поскольку решения эти окончательны, приходится предпринимать в том числе и лоббистские усилия для их проведения. Ко всему прочему прибавляется то обстоятельство, что государство в современных рыночных условиях проявляет себя не в общегосударственном, а в частном интересе соответствующих юридических лиц. Отсюда неизбежны столкновения, отсюда возникает проблема предпочтения одного «государственного» интереса такому же «государственному» другому. На таком фоне не исключено, что сугубо частные организации, преследуя свои интересы, способствуют истинно правовым целям и подлинно государственным интересам в большей степени, чем государственные. Сказанное говорит в пользу официального признания лоббизма в строго установленных границах. Почему бы не признать, например, возможность союза промышленников и предпринимателей посылать своего представителя для отстаивания своих интересов в случаях рассмотрения дела, затрагивающего принципиальные вопросы предпринимательской деятельности? При этом важно подчеркнуть: речь не идет о лоббировании конкретных интересов конкретной организации, являющейся стороной в деле. Союз мог преследовать стратегическую цель формирования (воздействия на формирование) правовой позиции, которая затем будет определять взаимоотношения хозяйствующих субъектов. Кстати, вполне допускаю возможность лоббирования своих интересов субъектами Федерации по делам, так или иначе связанным с федеративными отношениями. Как известно, при принятии определенных федеративных законов обязательно запрашивается позиция субъектов Федерации. Нечто похожее могло быть и при формировании конституционно-правовых позиций Судом.

Пока лоббизм вообще не признан (никто лицензии на него не получал), хотя и не запрещен напрямую. Это дает основания предположить о существовании теневой лоббистской работы[1]. Уже тогда, когда зре-

[1] Положение теоретика права, избравшего предметом исследования общую (фундаментальную) проблему, позволяет выдвигать такие гипотезы, которые рассчитаны на подтверждение или опровержение в ходе последующих, в том числе социологических, анализов. В то же время не следует подозревать здесь своего рода грамматоцентризм как результат деконструктивизма («культура означающих без означаемых, обращенных в замкнутую цепь самореференций» — см.: URL: hpsy.ru/public/x3028.htm). Здесь не идет речь о так называемой реификации, которая с позиций постмодернизма представляет собой овеществление, процесс превращения абстрактных понятий в якобы реально существующие феномены, приписывания им субстанциональности, в результате которой они начинают мыслиться как нечто материальное (см.: URL: postmodernism.academic.ru/110/реификация; vslovare.ru/slovo/ reifikatzija). Лоббизм рефлексируется мной в качестве реалии.



ет вопрос об обращении в Конституционный Суд, и затем в процессе подготовки запроса разные силы проявляют свой интерес и зондируют относительно перспектив предстоящего решения. При этом вовсе не исключены определенные шаги влияния на Администрацию Президента, Государственную Думу, Совет Федерации и Правительство с учетом того обстоятельства, что каждый из этих органов имеет своих постоянных представителей в Конституционном Суде[1]. Характер и существо предстоящего дела позволяет с большой точностью определить, мнения каких ведомств будут запрошены судьей-докладчиком по делу, кто может быть приглашен непосредственно в судебное заседание. Отсюда лоббистская работа может быть направлена и по этому каналу.

Открытым каналом лоббирования остаются средства массовой информации. Мощное лобби, организованное и спонтанное, идет через Интернет[2]. Позиции известных блогеров, даже не являющихся специалистами в том или ином деле, могут оказывать серьезное влияние. На Конституционный Суд (часто на его Председателя) обрушивается вал

[1] В Модельном законе «О регулировании лоббистской деятельности в органах государственной власти» (принят постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ от 15 ноября 2003 г. № 22-16) и в законопроекте, вносимом затем в Государственную Думу, содержалось, например, такое ограничение на занятие лоббистской деятельностью: лоббистами в смысле закона не могут быть: а) лица, занимающие должности в федеральных органах власти, б) назначаемые или приглашаемые федеральными органами государственной власти Российской Федерации эксперты, консультанты и советники — по вопросам их экспертной деятельности; при этом информация, предоставляемая ими федеральным органам государственной власти по запросам последних, не рассматривается в качестве лоббистской. Надо полагать, что норма предлагалась неспроста. И поскольку в России такая норма не действует, на деле факты лоббизма через названных субъектов имеют место быть

[2] 22 апреля 2013 г. Конституционный Суд РФ принял постановление № 8-П «По делу о проверке конституционности статей 3, 4, пункта 1 части первой статьи 134, статьи 220, части первой статьи 259, части второй статьи 333 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, подпункта «з» пункта 9 статьи 30, пункта 10 статьи 75, пунктов 2 и 3 статьи 77 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», частей 4 и 5 статьи 92 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» в связи с жалобами граждан А. В. Андронова, О. О. Андроновой, О. Б. Белова и других, Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и регионального отделения политической партии «Справедливая Россия» в Воронежской области», которым ряд нормативных положений признал неконституционными. Через Интернет и официальные СМИ оказывалась активная поддержка заявленным требованиям. Имело ли место лоббирование соответствующих позиций, в какой степени материалы прессы были (и должны ли быть) известны участникам судопроизводства, имеют ли они какое либо значение — все эти и другие вопросы нуждаются, с моей точки зрения, в специальном анализе.

чаще всего критических суждений со стороны активной оппозиции. Разумеется, «караван идет», но, при всей приемлемости демократического мнения, часто просматривается прямая необходимость в мнении квалифицированном. Конституционный Суд имеет возможность противостоять любому неквалифицированному мнению и вообще любым необоснованным лоббистским устремлениям приглашением от своего имени признанных специалистов в качестве экспертов.

Едва ли не самым действенным путем лоббистского влияния на Конституционный Суд являлось бы вовлечение в эту работу научных работников. Последние в силу характера своей деятельности могут демонстрировать независимость и беспристрастность, что может в действительности использоваться и в противоположных целях. Однако сам факт появления, например, солидной статьи солидных авторов в солидном журнале с трактовкой проблемы в заранее определенных интересах может сыграть свою роль. Теоретически, кстати, можно также представить, что ученые могут лоббировать интересы научного учреждения, имеющего финансирование концептуально проработанной проблематики. Решение Конституционного Суда, в особенности признающее закон неконституционным, может перекрывать осуществление деятельности, признававшейся ранее законной.

Однако у Суда есть большой потенциал и широкие возможности при желании противостоять самому квалифицированному (необоснованному) лоббизму. И не только через привлечение независимых и признанных экспертов. Конституционный Суд РФ имеет своих экспертов, досконально прорабатывающих материалы по каждому поступающему делу. А главное состоит в том, что сами судьи являются профессионалами самого высокого уровня. Конституционный Суд располагается на передовой юридической науки. Сюда идут не академические запросы, но ответы на них требуют глубоких научных знаний и научного обоснования — позитивно-правового и естественно-правового. Jus проявляется здесь во всей полноте. Все сколько-нибудь важные проблемы государственно-правовой жизни в ходе конституционного правосудия по необходимости не просто осмысливаются, но и решаются так или иначе. В публичных слушаниях имеют место дискуссии экспертов и специалистов высшего уровня. Решения Конституционного Суда активно вовлекаются в научно-исследовательскую деятельность по всей России. Юристы часто высказывают претензии к законодателю, поскольку он не всегда учитывает позиции науки. Конституционный Суд почти не дает оснований для подобных упреков, и здесь есть все условия избежать негативного влияния на выносимые решения.



В заключение следует сказать об американском опыте лоббирования судебной деятельности. Американский закон о лоббизме не распространяется на суд. Отсюда сложилось устойчивое мнение о его независимости и исключении лоббизма из данной сферы. Однако реалии свидетельствуют о другом, да и теоретические посылы позволяют оспорить распространенный тезис. «Во-первых, при всей своей особой независимости судебная ветвь — относительно самостоятельное звено политической системы США, но в то же время взаимоувязанное со звеньями законодательной и исполнительной власти общегосударственными функциями, а также механизмом сдержек и противовесов. Лоббизм как институт отражает сущностные характеристики политической системы. Отсюда следует, что в таком отражении не может полностью отсутствовать какое-либо из звеньев этой системы — в данном случае судебное. Во-вторых, общеизвестно, что американские суды не только разрешают те или иные правовые споры, но и активно участвуют в том же политическом процессе, в котором имеет место лоббизм. Так, в свое время судья федерального апелляционного суда М. Уилки жаловался на то, что «Конгресс вынуждает юристов законодательствовать в судах, поскольку у него не хватает мужества разъяснять подробности принимаемых им законов». Здесь важно подчеркнуть, что суды, решая вопрос о «деталях», по сути осуществляют квазизаконодательную функцию, а это такая деятельность, которой заинтересованные группы объективно уделяют не меньше внимания, чем деятельности Конгресса»[1].

Подведем итоги.

1. Лоббизм — давление на субъекта, компетентного принимать соответствующее решение.

2. Это давление в интересах третьих лиц.

3. Субъектами лоббистской деятельности могут быть граждане, организации граждан, должностные лица и органы государства. В отсутствие специального закона ограничения в статусе и пределах лоббистской деятельности даются в отраслевом и ведомственном законодательстве.

[1] *Зяблюк Н.* Лоббизм и судебная система США. URL: http://lobbying.ru/print.php?article_id=5068. Автор приводит впечатляющие факты и документы, неоспоримо свидетельствующие, что лоббизм, при любых оговорках и акцентах на его специфику, имеет место и в судебной системе США.

4. Онтология российского конституционализма не отвергает лоббизм в рамках права, включая и лоббизм в Конституционном Суде РФ.

5. Лоббизм в конституционном судопроизводстве обусловлен тем обстоятельством, что там происходит правообразование, что решения Конституционныго Суда приобретают силу источников конституционного права.

6. Лоббизм в конституционном судопроизводстве ограничен процедурно-процессуальными рамками и направлен на развитие конституционных реалий в направлении удовлетворения тех интересов, которые по условиям современности в большей степени служат правовой справедливости.

7. Есть необходимость законодательного закрепления определенных форм лоббизма в конституционном судопроизводстве. Общее основание для наших выводов находим в ст. 3, 30, 32, 33, 45 Конституции Российской Федерации.

## Экстремизм (интервью, данное Ю. С. Пилипенко и Я. Розовой — программа «Правовой аспект» радиостанции «Эхо Москвы» 27 сентября 2013 г.)

(совместно с А. Р. Султановым)[1]

**Я. Розова**. Здравствуйте! Меня зовут Яна Розова. Рядом со мной автор программы «Правовой аспект» Юрий Пилипенко — управляющий партнер юридической фирмы «ЮСТ», вице-президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации.

**Ю. Пилипенко**. Добрый день всем в студии и добрый день, уважаемые радиослушатели.

**Я. Розова**. И наши гости сегодня — это Валерий Васильевич Лазарев, профессор Московского государственного юридического университета, доктор юридических наук, здравствуйте!

**В. Лазарев**. Добрый день!

**Я. Розова**. И Айдар Султанов — юрист, член Ассоциации по улучшению жизни и образования, член редколлегии журнала «Вестник гражданского процесса», автор более ста публикаций в юридических изданиях.

[1] Вестник Федеральной палаты адвокатов. 2014. № 1. С. 121—131.



**А. Султанов**. Здравствуйте! В этой программе мы обсуждаем события политической, экономической и общественной жизни с правовой точки зрения — я обращаю на это внимание. Кроме того, затрагиваем некоторые экскурсы в историю адвокатуры. И тема сегодняшнего эфира — это экстремизм. А поводом стало недавнее признание Корана в переводе Эльмира Кулиева экстремистским материалом.

Октябрьский районный суд Новороссийска признал русскоязычный текст Корана экстремистским материалом. 21 сентября судья решила, что упоминание о превосходстве верующих, в данном случае мусульман, над остальными людьми может привести к увеличению преступлений экстремистской направленности.

**Я. Розова**. Сразу возникает вопрос, насколько правомерно это решение и нужно ли его обжаловать. Вас сначала, Юрий, спрашиваю.

**Ю. Пилипенко**. Яна, вы задаете непростой вопрос. Мне сложно его комментировать по нескольким причинам. Причина номер один: я, как адвокат, в принципе, имею правило не комментировать решения, в которых я не принимал участия; а, если я принимал участие в каком-либо деле, то комментировать мне сложно, потому что существует институт адвокатской тайны, тем не менее, мне хотелось бы сказать...

**Я. Розова**. Хорошо, гражданскую позицию вашу хочу узнать.

**Ю. Пилипенко.** Да, пожалуйста. У меня остался осадок от этого решения. Мне показалось достаточно странным и забавным, что за 7 минут новороссийский суд в таком, я бы сказал, расстрельном режиме признал экстремистской нашу книгу. Когда я говорю «нашу книгу», я имею в виду следующее: я, конечно, не отношусь к приверженцам ислама, но считаю, как человек, как мне кажется, культурный, Коран нашей книгой и отношусь к нему с тем почтением, которое любая книга, тем более такая, как Коран, достойна. И отвечать на ваш вопрос мне тяжело еще и потому, что у меня есть определенная проблема с пониманием, что такое экстремизм, в таком, философском подходе, что называется. Я бы переадресовал ваш вопрос нашим гостям, но предварительно привел бы несколько исторических примеров.

**Я. Розова**. Ой, а можно я здесь вставочку вставлю?

**Ю. Пилипенко**. Да, конечно.

**Я. Розова**. Как будто я — толковый словарь. Потому что я сейчас процитирую коротко, что согласно словарям экстремизм — это при-

верженность к крайним взглядам и мерам. И в скобках там стоит полая область.

**Ю. Пилипенко**. Ну, как правило, чаще всего эти крайние меры адресуют к политической сфере деятельности. Есть несколько примеров — извините, приведу их много, чтобы легче было выбрать любой из них и высказать свои суждения — экстремизм это или нет. Начну с Герострата, который, как вы помните, сжег в древние века храм, вошел в историю, и, в общем, очень успешный человек — его имя стало нарицательным. Насколько это экстремистское деяние или нет? Император Нерон, если не ошибаюсь, ввел собственного коня в Сенат — насколько это действие является крайним и экстремистским? Перейду к более свежим примерам: упомяну Ильича, но не того, Ильича, знаменитого «Шакала», с которым я учился в одном университете, а Владимира Ильича Ленина, который сейчас, если так можно выразиться, проживает в самом центре нашей столицы, на Красной площади.

**Я. Розова**. Экстремизм или нет?

**Ю. Пилипенко**. Насколько я понимаю, в политике Владимир Ильич Ленин никаких других мер, кроме крайних, не признавал. Может быть, нэп является единственным исключением, подтверждающим правило. Несколько примеров из более свежей истории, что называется. Мы плавно втекаем в такой очень печальный юбилей — 20-летие расстрела российского парламента, Белого дома. Вот насколько эти действия были экстремистскими или это обычный исторический казус, обычная практика исторической жизни? Некоторые люди полагают, в том числе, что экстремизмом вполне можно считать такие проявления в искусстве, например. Ну, вот, знаменитое произведение Казимира Малевича «Черный квадрат» — проявление ли это экстремизма в искусстве или нет? Потому что, конечно, нужно было умудриться обычную геометрическую фигуру — черный квадрат представить нам шедевром изобразительного искусства. Последний пример, чтобы не утомлять и гостей, и слушателей...

**Я. Розова**. А я бы вас так и слушала — так интересно!

**Ю. Пилипенко**. Последний пример: Эдуард Лимонов — он же Савенко — с десятком своих приверженцев 31-го числа каждого месяца выходит на Триумфальную площадь, может, с упорством, достойным лучшего применения. Как вы полагаете, есть ли здесь крайность, которая может рассматриваться как экстремистская? Валерий Васильевич, я бы хотел начать с вас, если вы не возражаете.



**В. Лазарев**. Хорошо, если также не возражаете, я бы дополнил ваши исторические примеры еще одним. Экстремистом номер один, наверное, надо признавать Сократа. Сократа, которого обвинили в том, что он развращал молодежь, что он пропагандировал взгляды, которые не вязались с тем демократическим устройством. Афины — помните? — Афинская демократия. Сократ к афинской демократии относился, скажем, скептически — это очень мягко, а на самом деле — весьма отрицательно. И с этой точки зрения его взгляды признали, ну, если хотите экстремистскими, поскольку суд — а это был особый суд...

**Я. Розова**. То есть суд состоялся тогда?

**В. Лазарев**. Суд состоялся. Другой вопрос, что Сократ сказал: «Да, я виновен...»

**Я. Розова**. Он согласился.

**В. Лазарев.** Да, он принял смерть ведь сам — выпил кубок. Ему ведь друзья готовили побег, и он готов был воспользоваться, но сказал: «А если все от закона будут бегать?» — очень интересный момент. Если хотите, с вашим примером, который...

**Ю. Пилипенко**. Вы хотя бы один из моих примеров прокомментируйте, пожалуйста.

**В. Лазарев**. Вот тот пример, когда выходили на площадь «лимоновцы». Понимаете, какая штука: вот, книга есть — один из моих учеников, он сейчас кандидат наук, и доктор наук написали книгу теоретического порядка об экстремизме. И там приводятся — ну, вы знаете — не одно, не два, не пять и не десять определений экстремизма. Так вот, нельзя ограничиваться одним каким-то признаком в понимании экстремизма. Вот вы говорите: «крайние методы» — да, но какие цели?

**Ю. Пилипенко**. Это не только мы говорим, в принципе, все так говорят.

**В. Лазарев**. Да, в энциклопедии содержится, и это правильно, — крайние методы. Но какие цели? Вы говорите: преследовали ли «лимоновцы», выходя на площадь, свержение того... Но даже, если преследовали — эти цели всегда расцениваются по-разному. То, что Конституция была отменена Указом 1400, и то, что стреляли по Белому

дому, — очень своеобразно. Тоже со стороны государства можно увидеть экстремизм, хотя мы экстремизм обычно связываем с деятельностью, направленной против государства, а здесь как бы и государство...

**Ю. Пилипенко**. Может быть, потому что государство — это тот, кто победил в борьбе экстремистов?

**В. Лазарев**. Может быть, и так можно расценивать. Я только говорю о том, что признаков экстремизма довольно много. Вот, признавать его или не признавать — то или иное поведение — экстремистским — конечно, надо обратиться к закону. Но если вы меня попросите охарактеризовать закон, я потом пару слов могу сказать...

**Ю. Пилипенко**. И я тоже скажу несколько слов.

**В. Лазарев**. Да, и «лимоновцев» по этому закону можно привлечь, а можно и не привлекать.

**А. Султанов**. Позвольте, я вот посмотрел — мы очень плавно перетекаем из правового значения слова «экстремизм» в политическое.

**Я. Розова**. Наоборот, из политического в правовое.

**А. Султанов**. Нет, к сожалению, мы политический термин сделали правовым, а ведь на самом деле как правовой его делать очень опасно. Он не должен быть правовым. Ведь, по сути, это просто ярлык, который вешают — на кого? На инакомыслящих, с точки зрения опасного инакомыслия. Раньше вешали другой ярлык — «антисоветский». Это сейчас тот же самый «экстремизм». А до этого еще — «крамола», а до этого — «ересь», «еретики». То есть это все было. Пример Сократа был тоже очень показателен, безусловно. Ведь он что говорил? Нельзя голосовать при помощи бобов. И вот, сказали — это призыв к насилию. Боже мой! Если пойти еще раньше, был еще раньше Пифагор, который известен как математик. Он еще более известен как первый философ. И само слово «философ», собственно говоря, появилось благодаря ему. И у него был очень сильный религиозный орден, который оболгали, и в один прекрасный день их сожгли. Просто в здании закрыли и сожгли.

**Ю. Пилипенко**. Я так понимаю, почему мы застряли в истории, — я прошу прощения — я, так понимаю, что очень многие, наверное, боятся комментировать современные проявления крайности, боясь прослыть экстремистами, правильно?



**А. Султанов**. Я с удовольствием хочу ответить на вопрос Яны. Поскольку все-таки я юрист практикующий, я люблю отвечать на практические вопросы, но для того, чтобы ответить на практический вопрос, нужно знать историю вопроса, историю. А история вопроса очень простая. Когда мы принимали Конституцию, статью 29, в которой мы записали запрет цензуры, одновременно записали запрет распространения всяких человеконенавистнических вещей. Я поднял материалы, и там везде среди людей, которые участвовали в конституционном совещании, речь шла о запрете призывов к насилию.

**Я. Розова**. Ну, и закон соответствующий есть, принятый, по-моему, в 2002 г., если я не ошибаюсь.

**В. Лазарев**. Да, в июле 2002 г., очень несовершенный.

**А. Султанов**. К сожалению, слово «насилие» выпало из этого закона в 2007 г., но это отдельная тема. Я все-таки хочу ответить на вопрос по поводу решения — нужно его обжаловать или не нужно? Конечно, нужно обжаловать, потому что оно абсолютно неправовое. Но даже если...

**Ю. Пилипенко**. Решение октябрьского суда...

**Я. Розова**. Мы сейчас вернемся еще после новостей, уже подробнее, именно об этом поговорим. Я просто — извините, что внедряюсь — обратила внимание, что таких процессов в последнее время становится все больше и больше. И, может, вы со мной не согласитесь, но я, готовясь к эфиру, обратила на это внимание. Кроме того, все зависит от региона, в котором проходит тот или иной судебный процесс. Одни регионы оправдывают, другие, наоборот, признают экстремистским. То есть делают то, что считают нужным, независимо от того... то есть нет единого какого-то мнения...

**В. Лазарев**. Закон таков, что он позволяет, действительно, одним так, а другим иначе решать соответствующие дела.

**Ю. Пилипенко**. Что по поводу нынешнего правового регулирования экстремизма? Как вы определяете, насколько хорош закон в этой части?

**А. Султанов**. Ну, «хорош» — с какой целью? Для правоприменителей он фактически допускает абсолютный произвол, потому что нет ни одного решения суда, которое было бы основано на оценке материала, а везде только лишь представляют экспертизу. То есть суж-

дение о том, что является экстремистским, можно сделать только на основании экспертизы. Соответственно, ведь у нас закон — что? Закон — это то мерило, при помощи которого человек должен определить свое поведение. То есть мне нужно нанимать экспертов, чтобы знать, что говорить, а что нет?

**Я. Розова**. Опять же, кто будет выбирать этих экспертов тоже, да?

**А. Султанов**. Ну, это отдельная тема — экспертиза.

**Ю. Пилипенко**. Скажите, пожалуйста, может ли сам закон или сама процедура принятия содержать элементы правильности, которые граничат с экстремизмом? Что я имею в виду — недавно был принят закон о реформе Российской академии наук, и один из думских руководителей, выступая с трибуны, сказал, что закон содержит в себе неразрешимое противоречие. Но он готов к принятию, и за него нужно голосовать. Вот скажите, пожалуйста, не является ли такого рода подход к законодательной деятельности предпосылкой к созданию и возникновению таких противоречий в обществе и государстве?

**В. Лазарев**. Юрий Сергеевич, вы помните бабушек, которые выходили перекрывать соответствующую трассу?

**Ю. Пилипенко**. Помню.

**В. Лазарев**. Экстремистская или не экстремистская...? А что вывело бабушек на это? Вывело именно законодательство.

**Я. Розова**. Будем об этом тоже говорить сразу после новостей.

**Новости.**

**Я. Розова**. В студии автор программы «Правовой аспект» Юрий Пилипенко — управляющий партнер юридической фирмы «ЮСТ», вице-президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. Наши гости сегодня — это Валерий Васильевич Лазарев, профессор Московского государственного юридического университета, доктор юридических наук и Айдар Султанов — юрист, член Ассоциации по улучшению жизни и образования, член редколлегии журнала «Вестник гражданского процесса», автор более ста публикаций в юридических изданиях. Тема: экстремизм.

**Ю. Пилипенко**. И мы накликали — не стоит говорить об экстремизме в прямом эфире, тут же появляются новости, что очередную песню признали экстремистской и, по всей видимости, запретят к исполнению на территории России, — вот, такие новости преследуют нас. Что вы скажете?



**В. Лазарев**. Увы, поскольку, постольку я снова вернусь к той идее, к той мысли, что законодательство нуждается в изменении.

**Я. Розова**. А может, вообще эту статью запретить?

**В. Лазарев**. Вот, когда обсуждали поправки в свое время, через два месяца после принятия закона, было 40 поправок ко второму чтению другого закона, но все они сводились практически к тому, что не нужно вводить это понятие. Оно — это понятие — такое, что под него можно подводить очень и очень многие... Если мы почитаем статью, которая определяет, что такое экстремизм, мы увидим, что здесь не только законодательная техника не выдержана, но очень трудно понять, то ли правонарушение, то ли не правонарушение. Если правонарушение, то нужны все четыре элемента состава. То есть субъект — раз, его отношение; его цели, которые он преследует, — два; объективная сторона и объект соответственно — все надо выписывать по-настоящему. Я думаю, это дело Уголовного кодекса, а не этого закона.

**Ю. Пилипенко**. Валерий Васильевич, я так понимаю, что мы все согласны с тем, что дефектно определение экстремизма в современном законодательстве.

**В. Лазарев**. Очень дефектно.

**Ю. Пилипенко**. Я должен сказать даже больше, — может, это мое суждение покажется крайним — я очень скептически отношусь к современному российскому законодательству. Есть много причин для этого, но назову только две. Во-первых, — извините за хвастовство — у меня очень хорошее базовое юридическое образование — не зря провел 6 лет в университете. И второе: я знаю близко людей, которые пишут российское законодательство, и не уверен, что они не зря провели 6 лет в университете. Я бы предпочел все-таки вернуться от трактовки законодательства, может быть, к конкретному факту, к решению суда.

**Я. Розова**. Ну, то, что было поводом нашей программы, да.

**В. Лазарев**. Оно как раз показательно в этой части.

**Я. Розова**. Вот, Айдар, я слышала, что вы общались с Эльмиром Кулиевым.

**А. Султанов**. Нет.

**Я. Розова**. Нет, вы не общались, но вы в курсе того, знает он, вообще, то, что произошло?

**А. Султанов**. Насколько видно из СМИ, он действительно в курсе этой проблемы. Тем более что это не первое его творение, которое подверглось признанию экстремистским. Первая книга — «Путь к Корану» была признана экстремистской в марте 2012 г. вместе с 65 другими книгами в городе Оренбурге, о чем, в принципе, узнали только лишь в июне 2012-го года. Это решение было обжаловано издателями. Сроки восстановили для обжалования, и сейчас пока еще процесс все продолжается, но в то же время книги уже находятся в федеральном списке экстремистских материалов, и за их распространение можно уже привлекать к ответственности.

**Я. Розова**. То есть, если бы у нас сейчас был эта книжка, нас можно было привлечь?

**Ю. Пилипенко**. Если бы вы хотели ее распространить, подарить кому-нибудь.

**А. Султанов**. Или бы начали цитировать, например, в эфире.

**Ю. Пилипенко**. Да, но вернемся к этому решению, потому что решение само — оно очень показательное. Единственный мотив суда — это то, что есть справка эксперта, который привел...

**Я. Розова**. Исследование.

**Ю. Пилипенко**. Исследование, да и всего лишь навсего...

**Я. Розова**. Можно я процитирую, чтобы у нас не было никаких.... Судья сослался на некую справку об исследовании, где отмечается, что «распространение подобных материалов, — цитата, — приводит к увеличению преступлений экстремистской направленности». А речь идет о том, что там говорится о том, что правомерно, — это то, что у нас было в начале, — что мусульмане вроде как стоят выше над остальными людьми.

**А. Султанов**. Вы знаете, любая религия содержит в себе постулат, что она то является истинной и правильной. И всякая настаивает именно на том, что их путь является правильным, и они хотят поправить других и сказать: «Ваш путь ошибочный, идите по нашему пути». Но это, наверное, нормально, потому что они все-таки предлагают спасение души.



**Я. Розова**. Нет, ну потом, это же перевод.

**Ю. Пилипенко**. Насколько, вы думаете, соответствует перевод оригиналу и вообще есть у вас такое счастье в жизни, что вы с оригиналом знакомы?

**А. Султанов**. Вы знаете, прежде чем ответить на этот вопрос, я хочу сказать, что эта ссылка на то, что перевод — только перевод признан экстремистским, — это не первая попытка оправдания. В далеком 2009 г. в Казахстане целым списком — 207 различных информационных материалов признали экстремистскими, где в том числе были и суры. И где прозвучали оправдания, что это якобы перевод. Но буквально через полгода Генпрокуратура обратилась, и тогда суры и Коран убрали. Потому что, когда говорится о том, что перевод экстремистский, — кто проводил исследования насчет аутентичности текста? Насколько судья, вообще, компетентен был выносить суждение — этот перевод отличается...

**Ю. Пилипенко**. Ну, наверное, у него тоже было заключение специалиста, я полагаю?

**А. Султанов**. ...О том, что он отличается от оригинала? Сомневаюсь. Из того комментария, который давало средство массовой информации видно, что у него было просто исследование...

**Ю. Пилипенко**. А вот, вопрос такой: Такие книги, как Евангелие, — хоть Ветхий завет, хоть Новый завет или Талмуд — они, в принципе, проверяются на соответствие экстремизму нашими судами или нет?

**А. Султанов**. Вы знаете, попытки были. Но я хотел бы еще напомнить об одной важной вещи. Дело в том, что все-таки Россия придерживается защиты прав и свобод, она ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав и свобод. Кстати, в этом году исполнилось ровно 15 лет, как она стала обязательной для России. И Европейский суд по правам человека не однажды высказывал свою точку зрения, в частности в делах «Манусакис против России», «Свидетели Иеговы против России», о том, что государства не вправе нарушать свой нейтралитет и проверять легитимность верований. Осуждаемы должны быть действия, а не верования, потому что, конечно, чужие убежде-

ния — они чужие. В них можно найти все, что угодно. Преследовать за убеждения нельзя.

**В. Лазарев**. Азы юриспруденции: действия и только действия должны оцениваться.

**Я. Розова**. Вы тоже склоняетесь к тому, что эта статья, этот закон не должен существовать?

**А. Султанов**. Ну, конечно. Только действия должны быть наказуемы, а для этого достаточно Уголовного кодекса.

**Я. Розова**. Хорошо. А вот то, что мы имеем, мы имеем — никуда от этого не деться. Если, например, подумать о том, что что-то можно было изменить в законе, что нужно сделать для этого?

**В. Лазарев**. Мне казалось, что, вообще, суд не должен себя компрометировать. Он вынужден, следуя этому закону в таком порядке... экстра-порядок: нет ни полемики, нет исследования настоящего, а особый порядок. Надо суд избавить от рассмотрения дел в таком особом порядке. Пусть в административном порядке принимают решение, и тогда можно будет идти в суд с жалобой на принятое решение.

**Ю. Пилипенко**. Ну, суд тогда будет жалобу рассматривать примерно в том же порядке.

**В. Лазарев**. Нет, не в таком. Тогда он будет вынужден привлечь всех тех, кого обвиняют в экстремистской деятельности.

**Ю. Пилипенко**. В том числе и автора Корана.

**А. Султанов**. Позвольте поспорить. В принципе, нам известно, кто издал эту книгу. В решении суда написано, что это был Комплекс имени короля Фахда по изданию Священного Корана. Вообще-то, это государственное учреждение, которое было создано королевством Саудовской Аравии специально для того, чтобы печатать, распространять, заниматься научным толкованием. Более того, ведь Саудовская Аравия — это теократическое государство, где основной конституцией, источником основных законов является сам Коран. То есть судья берет и основной источник права другого государства признает экстремистским — ну, как-то забавно.

**Я. Розова**. Какая тонкая наука — юрисдикция, что можно все, что угодно, под это дело...

**А. Султанов**. На самом деле нужно быть очень внимательным.



**Я. Розова**. Да, я просто хочу спросить, сейчас, в данный момент Верховный Суд только может обязать все региональные суды не обращать внимания на подобного рода жалобы?

**В. Лазарев**. Сложно надеяться на то, что Верховный Суд даст разъяснения, вынесет специальные постановления по этим делам. Очень они сложны, и еще раз скажу, что многое упирается именно в формулировки соответствующего закона.

**Я. Розова**. Что — опять нужно обращаться в Госдуму, чтобы Госдума рассматривала?

**В. Лазарев**. Я думаю, что пока еще в Конституционном Суде не было дел, если я не ошибаюсь, которые бы напрямую эту норму, этот закон в качестве объекта запроса...

**Я. Розова**. Полминуты у нас осталось...

**Ю. Пилипенко**. Не было дел, которые были приняты Конституционным Судом, — попыток было много.

**А. Султанов**. Ну, в качестве последней реплики хочу сказать, что на самом деле наши законы вполне позволяют защитить нарушенные права. Даже тот же самый Процессуальный кодекс. Просто, действительно, нужно здесь правильно строить защиту.

**Я. Розова**. Итог, Юрий. Десять секунд.

**Ю. Пилипенко**. Я могу резюмировать, что мы имеем проблему с дефиницией экстремизма в нашем законодательстве. Наверное, понимаю, что экстремизмом, к сожалению, можно признать все, что не соответствует толерантности, то есть терпимости, и призвать наших слушателей быть терпимыми, иначе рано или поздно можно стать экстремистами.

**Я. Розова**. Спасибо большое!

## Обоснование идеи имплементации судебных решений в законодательные акты

(совместно с Д. А. Фурсовым)[1]

**Общеметодологические подходы.** Имплементация решений судебных органов в законодательство Российской Федерации — так была обозначена проблема в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (далее — Институт), и на этой

[1] Журнал российского права. 2014. № 11 (215). С. 5—21.

основе принято решение о создании научного отдела, который будет этой проблемой заниматься. Бесспорно, что судебная практика влияет на совершенствование законодательства, а специально ее изучение в русле профиля Института ни на кого не было возложено. Однако принятое решение имеет под собой ряд основополагающих теоретических и практических позиций, которые не столь однозначны и потому нуждаются в серьезном осмыслении.

Последовательные сторонники теории разделения властей изначально могут усомниться в целесообразности состоявшегося решения, усмотрев некое посягательство судебной власти на прерогативы власти законодательной. Приверженцы теорий народоправства увидят в нем умаление роли представительного органа. Принципиальные демократы могут усмотреть отрицание демократических принципов реформирования законодательства, отклонение от демократического политического режима. Привычная (господствующая) парадигма правового сознания скорее допустит подзаконное правотворчество правительства, правотворчество министерств и ведомств, чем правотворчество судебных органов. Между тем не лишена оснований точка зрения, согласно которой из Конституции РФ не вытекает, что судебной власти отведено среди властей лишь третье место.

Решение любых вопросов требует указания на некие исходные идеи, составляющие общеметодологическую базу соответствующих выводов. По избранной теме представляется уместным обратиться к многовековой борьбе идеализма с материализмом и, в частности, взглядам Платона и Аристотеля, представлявшим ту и другую методологию. Первый, как известно, обращал свой взор на небо, полагая, что идеи правят миром и умным правителям достаточно установить объективную идею, чтобы на ее основе принять правильное решение. Некоторое время, пока Аристотель не развеял его заблуждений, Платон полагал, что можно обойтись и без законов. Аристотель же не только признавал необходимость законов, но и видел их содержание в реальных общественных отношениях, в удовлетворении земных требований. Вопрос о том, что питает законы, вопрос об источниках законодательной деятельности не утрачивает своего значения, и на сегодняшний день существуют самые разнообразные взгляды на этот счет. Для кого-то это воля (классовая или общесоциальная), для кого-то — интерес (экономический, или политический, или сугубо эгоистический), а кто-то вообще обходится без субъекта, поскольку сами отношения, само состояние отношений диктует поведение[1]. Кроме того, есть множество разновидностей субъективного идеализма, ориентирующих на поиск содержания права в сознании и подсознании индивидов. Даже при таком конспективном и упрощенном изложении просматривается потребность в своего рода интегративном (интегральном) подходе, вбирающем в себя поиск самых разных взглядов, оправдывающих сосуществование многообразных факторов, питающих как содержание закона, так и волю его создателя[2]. Вывод: законодательство в идеале охватывает все многообразие фактических реалий, процеженных через сито психических процессов, осмысленных в свете общих законов мироздания.



Классическим юристам континентальной правовой системы привычно положение, согласно которому суд следует воле законодателя, и совершенно недопустимо обратное, когда законодатель в своем творчестве следует судебной воле. В предложениях о необходимости имплементировать судебные решения (не всякие) в законодательство не идет речь об обязанности законодателя закрепить судебную позицию нормой закона[3], как не идет речь и о том, чтобы судебная норма действовала наряду, вместе или вопреки закону. Избирается компромиссный вариант: законодатель делает позицию суда своей. Это отвечает и строгому социологическому подходу, согласно которому большинство законодательных норм вышли из содержания «норм решения», сформулированных конкретным юристом применительно к конкретному спору, содержащему вербализованный смысл, претендующий на общезначимость[4].

[1] См.: *Оливекрона К.* Право как факт // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1.

[2] С социологической точки зрения представляется все-таки односторонним философский тезис, превозносящий среди всех правотворческих факторов именно волю: «...законы порождаются усилием воли или решением. Они не вырастают, как цветы, на органической национальной почве. Их не просто находят в традиции — их создают, причем рациональное проектирование играет здесь не большую роль, чем волевой импульс. Истоки и мотивация этой пульсации находятся в непостижимой трансцендентной глубине. Законы извлекаются не из фактов, а из нашего собственного «я», и реальность следует распределять так, как диктует воля» (*Исаев И. А.* Нормативность и авторитарность. Пересечения идей. М., 2014. С. 74).

[3] Даже в американской правовой системе, несмотря на признание принципа *stare decisis*, общее право занимает самую нижнюю ступеньку в иерархии источников права, и законодатель может по своему усмотрению отменять или изменять созданные на его основе (или даже на основе толкования статутных норм) прецеденты (см.: *Бернам У.* Правовая система США. Вып. 3. М., 2006. С. 106, 108).

[4] См.: *Эрлих О.* Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 212—213.

Вместе с тем постклассические правовые реалии, признающие конституционное правосудие, переформатировали привычные убеждения, и в случае признания действующих норм неконституционными законодатель безоговорочно обязывается следовать судебной воле. В системах общего права для этого нет необходимости предпринимать какие-то дополнительные усилия. В романо-германских — законодатель обязан отреагировать на решение конституционного суда, и одной из форм такой реакции будет закрепление судебной правовой позиции в законодательной норме. Это позволяет отдельным авторам характеризовать Конституционный Суд РФ в качестве «квазиправотворческого органа»[1].

С некоторыми оговорками ситуацию, складывающуюся в связи с рядом решений конституционных судов, можно уподобить ситуации вокруг решений Европейского суда по правам человека. Нюансов много, но общие позиции ЕСПЧ требуют введения их в национальное законодательство.

В новейшей литературе подчеркивается участие судов Российской Федерации в выработке и осуществлении правовой политики и, соответственно, признается роль судебной политики в коррекции политики законодательных органов, но только по отношению к ЕСПЧ делается вывод о беспрецедентном (по степени) воздействии его решений на законодательство и соответствующие институты правовой системы[2]. Между тем такой подход оправдан и по отношению к российским судам, которые в отдельных случаях выносят столь же принципиальные решения. В ходе судебных разбирательств рождается иногда не менее, а даже более абстрактное правило, чем правило, созданное законодателем[3].

Проблема не исчерпывается имплементацией норм, создаваемых конституционными судами и судами межгосударственными. Общие

[1] «Конституционный Суд, получая институционное оформление как правоприменительный юрисдикционный орган, объективно, по самой природе своей деятельности и особенностям юридической силы принимаемых решений, все в большей степени приближается в своих итогово-правовых характеристиках к нормативно-установительной юридической практике, к правотворчеству» (*Бондарь Н. С.* Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. С. 96). Подобное положение, по мнению ряда ученых, а также практиков, занимает и Верховный Суд РФ (см., например: *Гук П. А.* Нормотворческая функция высших судебных органов России // Правовое государство и правосудие: проблемы теории и практики: матер. VIII Междунар. науч.-практ. конф. (15—19 апреля 2013 г.). М., 2014. С. 512—513).

[2] См.: Суд как субъект правовой политики / под ред. *А. В. Малько.* М., 2014. С. 9, 15, 19.

[3] См.: *Хайек Ф. А. фон.* Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 105.



суды также причастны к нормотворчеству. Это теоретически и практически обосновано там, где в качестве источника права признается судебный, а также административный прецедент[1]. Но здесь проблема имплементации судебных решений в законодательство может и не вставать, поскольку прецеденты действуют самостоятельно. Во весь рост вопрос об имплементации решений судебных органов встает там, где прецедент подвергается сомнению в качестве самостоятельного источника, где всякое нормативное регулирование связывается с изданием в установленном порядке общего правила поведения. И тогда может показаться логичным всякую общую позицию судов проводить через законодательную процедуру. Но нам представляется, что более логично и, что немаловажно, экономично проводить такое решение через специальную процедуру имплементации решений судебных органов в действующее законодательство.

Мы говорим о судебных органах и по той причине, что понятие «суд», как ни странно, в России не получило вполне определенного законодательного закрепления[2], а также потому, что это позволяет анализировать общие решения, например, таких органов, как пленум или президиум суда. Именно в ходе обобщения ими судебной практики выкристаллизовываются нормы, которые в последующем часто находят воплощение в законе. Сформулированные высшими инстанциями общих судов позиции формально не обязательны для законодателя, но в действительности последний черпает в них содержательный материал для своих актов. И было бы правильным процедурными (регламентными) нормами закрепить обязательность вовлечения судебных позиций в законодательный процесс[3].

[1] Подробнее см.: *Лазарев В. В.* Прецедент: реалии и перспективы в российском праве // Российское правосудие. 2012. № 4. С. 6—15.

[2] Нормативное закрепление понятий «суд» и «судебная деятельность» (см., например: Федеральный закон от 22 декабря 2008 г. № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации») ничего не дает (*idem per idem*) и может служить лишь примером плохого знания юридической техники. К судебным актам законодатель относит только акты, вынесенные по существу конкретного дела.

[3] Вовлечение их в правоприменение уже происходит. На решения высших судебных инстанций можно ссылаться при рассмотрении дел в арбитражном суде. Отсюда наше положительное отношение к законопроекту, в котором предлагается дополнить соответствующие нормы УПК РФ, предусмотрев возможность при вынесении оправдательного или обвинительного приговора в мотивировочной его части ссылаться на соответствующие рекомендации Пленума или определения Президиума ВС РФ (см. законопроект № 505194-6 «О внесении изменений в статьи 305, 307 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (в части уточнения содержания описательно-мотивировочной части приговора)).

В отечественной литературе обращается внимание на рождение правовых норм именно в ходе обобщения и анализа сложившейся практики. При этом решения отдельных судов даже по знаковым делам чаще всего остаются без внимания. Между тем, особенно при пробелах в законодательстве, именно в них формулируется прямо или системно просматривается новое нормативное положение, заслуживающее стать полноценной нормой через особую процедуру восприятия законодателем. Отсюда напрашивается создание полновесной системы обратной связи законодателя и правоприменителя, отработка информационных и организационных аспектов системы мониторинга принципиальных решений.

Установление мониторинга законодательных и правоприменительных актов, закрепление соответствующих обязанностей правовыми актами высокой юридической силы и возложение контрольных функций на Минюст России сказывается положительно. Однако необходимо доктринальное сопровождение проводимой работы. Именно эту цель преследует создание в Институте отдела по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации. Задачи перед ним ставятся узкоспециализированные, но, как представляется, ключевые во всей деятельности по мониторингу положения дел в правовой сфере.

Все органы, которые прямо или косвенно имеют отношение к проявлению законодательной инициативы, включают в себя структуры, на которые возлагается обязанность обобщать правоприменительную практику, практику реализации права. Но особо важное значение приобретает работа специальных отделов анализа и обобщения практики, созданных в Конституционном Суде РФ, Верховном Суде РФ и в Аппарате Уполномоченного РФ при Европейском суде по правам человека. Это объясняется по меньшей мере двумя обстоятельствами: во-первых, тем, что именно в названных органах формируются основополагающие правовые позиции, имеющие значение для совершенствования действующего законодательства, и, во-вторых, близостью судебных органов к первичным процессам формирования (рождения) права. Столкновение жизненных интересов, судебные споры, противостояние позиций сторон — вот основа развития живого права. Это то, что неведомо законодателям, чей образ жизни связан скорее с политикой[1]. Многие теоретические, практические, идеологические и исторические обстоятельства позволяют отдавать первенство в право-

[1] См.: *Бруно Л.* Свобода и закон. М., 2008. С. 38.



творчестве именно судебным органам, а не парламентам. Да, законодатель возводит право в закон, но это уже другая стезя, иная по сути своей работа.

Суд — один из субъектов, осуществляющих в правопорядке коммуникативную функцию. Через его властные полномочия идет правообразование, правореализация и правоохрана. Нельзя не согласиться с исследователями, которые признают правосудие причастным как к естественному, так и позитивному праву; видят в нем критерий для всякого решения и любой инстанции; видят его присутствие в каждом законе в качестве идеи, внеюридической предпосылки для законодательной мысли; рассматривают правосудие в качестве посредника между божественными и человеческими законами, между разумом и справедливостью[1]. Поводырем в таком посредничестве должна выступать наука[2]. Она только тогда оправдывает свое название и свое назначение, когда всеми нитями прямо или косвенно связана с правовой практикой, целями этой практики и ее реалиями. Любая правовая теория всегда имеет нечто такое, что возмущает или, напротив, приветствуется судебной практикой. Тем самым она приобретает статус «настоящей». «...Настоящая теория естественного права — это попытка объективно отразить требования и идеалы практической разумности, а не идеализма»[3].

Создание в Институте отдела по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации следует рассматривать именно в русле активизации научных исследований природы и места решений судебных органов во всем многообразии их форм, возможностей самостоятельного и эффективного регулятивного действия и необходимости, при определенных условиях обязательного закрепления в законе. Соответственно, ставится задача изучения судебной практики, проведения анализа отдельных судебных решений на предмет возможного восприятия их законодателем. Особое внима-

[1] См.: *Исаев И. А.* Власть и закон в контексте иррационального. М., 2006. С. 175; *Ямпольский М.* Физиология символического. Кн. 1: Возвращение Левиафана. М., 2004. С. 67.

[2] См.: *Реутов В. П.* Судебная практика и юридическая наука: взаимодействие в процессе развития законодательства // Правовое государство и правосудие: проблемы теории и практики. С. 75—82. Иногда наука непосредственно вплетается в ткань практической деятельности по формированию правовых позиций суда, и в результате создается по существу готовый продукт для восприятия его законодателем (см.: *Лазарев В. В.* Диссеминация науки в Конституционном Суде РФ // Правовое государство и правосудие: проблемы теории и практики; *Он же*. Инновационная деятельность Конституционного Суда Российской Федерации как разновидность практики конституционализма // Судья. 2013. № 12. С. 33—38).

[3] *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 50—51.

ние должно уделяться правовым позициям КС РФ и ВС РФ, но предполагается, по возможности, также отслеживание и анализ прецедентных решений ЕСПЧ, других межгосударственных судебных органов, а также всех тех правоприменительных решений международных органов, которые по своим свойствам могут претендовать на вхождение в правовую систему Российской Федерации.

Создание в Институте названного отдела стратегически инновационно, поскольку учитывает перспективы сближения правовых систем.

**Основные направления реализации идеи имплементации.** Идея имплементации, т. е. наполнения законодательных актов новым содержанием по результатам их реализации органами судебной власти, суть закономерность любой управленческой деятельности, в ходе которой уполномоченный субъект осуществляет свои функции в целях нормативного правового упорядочения значимых общественных отношений, а затем вносит коррективы, анализируя практические результаты собственных инициатив.

Однако с возможностями применения имплементации, формами ее реализации не все так просто. Законодатель не имеет оснований для переписывания под копирку либо зеркального отражения в нормативных правовых актах тех выводов и оценок, к которым пришли судебные органы. Необходимо проделать обратный путь воссоздания моделей общественных отношений, которые будут более адекватно и предметно отражать потребности нормативно-правового регулирования.

Имплементарной деятельности предшествует серьезная аналитическая работа, связанная с освоением не только большого массива судебной практики, но и отражаемых в нем научных идей. Потребуется критическое восприятие судебных актов, воссоздание в современных условиях лучших исторических традиций[1], позволяющих восполнить острую нуждаемость и законодателя, и судей в исчерпывающих научных рекомендациях[2].

Идея имплементации судебных решений в законодательство, как нам представляется, всегда виртуально рефлексировалась, но своей доктринальной формализации не получала. Законодательное закрепление она фактически получила в Федеральном конституционном законе от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», когда законодатель обязывался пересмотреть свои нормы в свете решения Конституционного Суда РФ. Однако до настоящего времени специалисты, как правило, анализируют парламентскую деятельность и феномен судебной практики отдельно друг от друга. Для внесения изменений в действующие законодательные акты авторы законопроектов чаще обращались к фактам, которые находили отражение в средствах массовой информации, правительственных или депутатских инициативах.

[1] См.: *Фурсов Д. А., Харламова И. В.* Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. Т. 1: Теория и практика организации правосудия. М., 2009. С. 15—17.

[2] См.: Судья. 2005. № 1. С. 3.



Системного подхода к судебной практике как первоисточнику, позволяющему иметь осведомленность о достаточном либо недостаточном, точном либо неточном, последовательном либо противоречивом, перспективном либо отсталом от современных требований закрепления воли законодателя, до настоящего времени не существует. Вместо организации эффективного сотрудничества между двумя ветвями государственной власти прибегают к традиционному противопоставлению их компетенций, явному либо скрытому осуждению судебного нормотворчества.

Между тем неизбежность последнего вызвана необходимостью принятия решения в рамках заявленного спора при любых пробелах и противоречиях в законодательных актах, а также преодоления при помощи руководящих разъяснений высшего судебного органа разноликости во взглядах и правовых оценках самого судейского корпуса. Судебное нормотворчество позволяет обеспечить максимальную защиту нарушенного права даже вне прямой зависимости от качества самих законов, иных нормативных правовых актов.

Судебная практика представляет собой ценное правовое поле, позволяющее проверить достоинства любого законодательного акта, поскольку в ней спорные отношения рассматриваются не умозрительно, а во всех возможных реалиях.

Признавая важность судебной практики для законотворчества, необходимо разобраться в основных направлениях предстоящей деятельности по реализации идеи имплементации. К числу таких направлений предлагается отнести:

выявление по итогам судебного разбирательства доктринального соответствия законодательных актов высшим конституционным ценностям;

предметный анализ обнаруженных судебной практикой ошибок, пробелов и противоречий в законодательном массиве;

исследование коррупционной составляющей в гражданских правоотношениях с участием государственных и муниципальных чиновников;

оценку судебных актов и судебной деятельности на предмет их соответствия целям обеспечения полной и своевременной защиты нарушенного права. Последнее направление необходимо законодателю для того, чтобы не спешить с внедрением в законодательные акты выводов судебных органов, пока не будут выяснены причины отсутствия эффективной защиты нарушенного права.

Первое направление необходимых исследований связано с верховенством права и его пониманием. Естественно-правовая доктрина, положенная в основу российской правовой системы, позволяет проводить очевидные различия между неотъемлемыми правами и произволом законодателя[1].

Только в авторитарных условиях реализации политической воли ошибочных законодательных повелений и долженствований быть не может, поскольку и то и другое принадлежит абсолютному суверену.

Демократический режим организации власти предполагает ее связанность правом и верховенство права перед законом. Отсюда возникают потенциальные возможности и соблазны прибегнуть к закону вне зависимости от того, до какой степени его толкование и применение будут соответствовать идее верховенства основных прав и свобод[2].

Вмешательство государства в права и свободы граждан может иметь место. Но оно предполагает конституционное обоснование и необходимую соразмерность[3]. Если законодатель исходит только из соотношения между значимыми целями и рациональными средствами их достижения, то о правах человека в этой конструкции можно не вспомнить.

[1] См.: *Гаджиев Г. А.* Российская судебная доктрина верховенства права: двадцать лет спустя // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире / отв. ред. *В. Д. Зорькин, П. Д. Боренбойм.* М., 2013. С. 213.

[2] Идея приоритетов в защите основных прав и свобод человека и гражданина в современном мире двойных стандартов широко используется в качестве инструмента идеологической борьбы, а следом за ней блокового противостояния, создания псевдодемократических институтов, даже беззастенчивого военного вторжения для обеспечения собственных геополитических интересов. В данной статье эти проблемы оставлены вне предмета исследования, верховенство права рассматривается в самом достойном виде без лицемерия и фальши.

[3] См.: *Липкина Н. Н.* Принцип свободы усмотрения государств: правовые позиции Европейского Суда по правам человека. Саратов, 2010. С. 109—111.



Все, что не соответствует основным правам и свободам человека, нашедшим конвенциальное и конституционное закрепление, выявляют КС РФ и ЕСПЧ, юрисдикцию которого признает Российская Федерация после вступления в Совет Европы и ратификации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.

Мнение КС РФ, ЕСПЧ, как и любой иной судебной инстанции, принято воспринимать не в описательном виде, размывающем существенные и несущественные связи между юридически значимыми фактами. Используются аналитические приемы, позволяющие распространить рациональные выводы, полученные в рамках одного дела, на широкий круг аналогичных явлений[1].

Правовые позиции, выработанные судебными органами (в судебных актах, рабочих совещаниях судей, обзорах судебной практики, руководящих постановлениях), всегда носят рекомендательный характер[2].

Аналогичные умозаключения, выработанные в науке, даже если они основаны на материалах судебной практики, имеют доктринальный характер. В них тоже существует большая необходимость, поскольку помимо доктрины глубокие научные знания никем не представлены, а без них мера ясности права у разных пользователей не совпадает[3].

По мнению Н. В. Витрука, которому принадлежало авторство по поводу формирования правовых позиций[4], наряду с ними существуют такие правовые явления, как правовые нормы, принципы, правоположения, прецеденты, акты судебного толкования, преюдиции, которые не следует смешивать[5].

Т. Г. Морщакова склонна видеть в правовых позициях больше преюдиции, чем прецедента[6]. Независимо от особенностей взгляда на фе-

[1] См.: *Баранов В. М., Степанков В. Г.* Правовая позиция как общетеоретический феномен. Н. Новгород, 2003. С. 35.

[2] См.: *Власенко Н. А., Гринева А. В.* Судебные правовые позиции (основы теории). М., 2009. С. 130.

[3] См.: *Лазарев В. В., Липень С. В., Саидов А. Х.* Проблемы общей теории jus / отв. ред. *В. В. Лазарев.* М., 2012. С. 395.

[4] См.: Особое мнение судьи Н. В. Витрука к постановлению КС РФ от 1 апреля 1996 г. № 6-П.

[5] См.: Общая теория государства и права / отв. ред. *М. Н. Марченко.* Т. 3. М., 2013. С. 181; *Витрук Н. В.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1999. № 3. С. 95—102.

[6] См.: Законодательство. 1999. № 5. С. 3.

номен правовых позиций как сложное правовое явление необходимо отметить такие их признаки, как подконституционность, интерпретационность, общеобязательность и устойчивость[1].

Выявленным несоответствиям между правом и законом требуется устранение чаще всего на федеральном уровне законодательной власти. Именно федеральный закон призван фиксировать основные институциональные элементы системы общественных отношений, обеспечивать властное регулирование и эффективное управление в обществе[2].

Возведение в ранг закона воли законодателя является важным направлением государственной деятельности. Однако принятие закона вовсе не свидетельствует о завершенности правового регулирования, принятии окончательного публично-правового акта. Большинство законов лишь создает иллюзию достаточного нормативно-правового регулирования[3].

**Судебная практика — источник новых законодательных инициатив.** Без судебной практики законодатель не может в достаточной степени предвидеть последствия своей нормотворческой деятельности. Он не в состоянии обеспечить так называемую правозаконность, обрекая граждан на бесконечные мытарства по судебным учреждениям, которым сложно обеспечить оперативное рассмотрение всех заявленных требований в силу специфики их процессуальной деятельности.

Наглядным примером может служить порядок исчисления трудового стажа, дающего право на назначение трудовой пенсии тем гражданам, которые сами ранее пребывали в должности судьи.

Как известно, специальный судейский статус предполагает взамен пенсии, выплачиваемой из Пенсионного фонда РФ и назначаемой в связи с достижением установленного законодателем возраста, ежемесячные выплаты пожизненного содержания, которые перечисляются из федерального бюджета.

[1] См.: *Кряжкова О. Н.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации. Теоретические основы и практика реализации судами России. М., 2006. С. 29—37.

[2] См.: Юридическая техника / под ред. *Т. Я. Хабриевой, Н. А. Власенко.* М., 2010. С. 8—12.

[3] См.: *Гулиев В. К.* Проблемы эффективности реализации законов как источников конституционного права России // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 9. С. 12; *Андриенко Д. Г.* Адекватность языка как условие эффективного публично-правового регулирования // Право и государство: XXI век — век перемен: сб.науч. ст. М., 2012. С. 47.



Пожизненное содержание предпочтительнее пенсии по возрасту, поскольку многократно превосходит ее по размеру. Однако для его назначения требуется соблюдение ряда условий, связанных со специальным трудовым стажем, иногда в сочетании с возрастом.

Многие судьи вынуждены сойти с избранной ими дистанции. Чаще всего это происходит по состоянию здоровья, не позволяющему продолжать судейскую деятельность с ее запредельными ненормированными нагрузками. Бывают и другие основания для прекращения профессиональной судебной деятельности до наступления событий, необходимых для назначения ежемесячного пожизненного содержания в полном размере либо пропорционально величине специального судейского стажа.

И здесь начинаются непредвиденные ранее метаморфозы. Весь период трудовой деятельности в качестве судьи начиная с 1 января 2002 г. ему вовсе не засчитывается в общий стаж трудовой деятельности. Это связано с тем, что в трудовой стаж включается только период деятельности, за который поступают отчисления (страховые взносы) в Пенсионный фонд РФ[1].

Государство, ориентированное на будущее пожизненное содержание судьи, никаких отчислений в Пенсионный фонд за судей не производит. Поэтому судья, относящийся по классификации государственных служащих к высшей категории «А», при уходе в отставку до назначения ему содержания оказывался в положении асоциального лица, не имеющего понятия о трудовом стаже и какой-либо трудовой деятельности.

На нелепость и недопустимость подобного правового регулирования указал КС РФ в постановлении от 19 ноября 2012 г. № 27-П. Законодателю дано предписание о необходимости внесения изменений в законодательные акты. Однако они до настоящего времени не приняты, несмотря на то что попытки внесения изменений имели место за три года до рассмотрения дела в порядке конституционного судопроизводства.

Ранее помехой служили финансовые сложности, экономический кризис, в то время как масштабы несправедливости определяются недопустимостью подобного правового регулирования гораздо в большей степени, чем величиной предполагаемых финансовых затрат. Вероятно, и в настоящее время, по мнению законодателя, для надлежа-

[1] Федеральные законы от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации», от 15 декабря 2001 г. № 167-ФЗ «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации».

щего правового регулирования вполне достаточно тех разъяснений, которые даны КС РФ.

Правовые позиции КС РФ, безусловно, являются источником права[1]. Однако это обстоятельство не освобождает законодателя от сбора правовой информации по тому или иному поводу, ее концептуального осмысления, разработки корректирующего законопроекта, подготовки сопроводительных документов для его рассмотрения и принятия парламентом, т. е. от прохождения всех этапов нормотворческой технологии[2].

Другой аспект ущербного пенсионного статуса связан с передачей полномочий по их льготированию исключительно к компетенции субъектов РФ. В результате правом бесплатного проезда пенсионер может воспользоваться только у себя дома.

На протяжении последних трех лет общество бурно обсуждало проблему зависимости абонентов мобильной связи от своих операторов, не замечая еще большей зависимости самой незащищенной части населения от территориального прикрепления по месту постоянной регистрации. Средства массовой информации, ежедневно начинавшие и заканчивавшие новостные вещания сообщениями на фронте мобильных телефонных услуг, создавали обманчивое впечатление о том, что кроме гламурных проблем в России иных не существует, оставляя пенсионерам лишь судебную форму защиты своих гражданских прав.

Близкой к социальному обеспечению и достаточно разноликой темой является реализация права на труд. В статье 37 Конституции РФ закреплено право на свободный труд как основополагающее благо. Однако правильнее говорить о праве на результаты своего труда во всех его проявлениях.

Зарубежные законодательные акты пестрят запретами на использование рабского, т. е. бесплатного, труда[3]. Для российских реалий эти вопросы также чрезвычайно актуальны не только в связи с похищением людей и принуждением их к тяжелой работе, но и всевозможными традициями, имеющими корни в советском периоде отечественной истории, с выполнением неоплачиваемой работы, которой придавался порой статус почетной обязанности.

[1] См.: *Волкова Н. С., Хабриева Т. Я.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и парламент. М., 2005. С. 21.

[2] См.: Юридическая техника / под ред. *Т. Я. Хабриевой, Н. А. Власенко.* С. 26—31.

[3] См.: *Апостолова Н. Н.* Правовые позиции Страсбургского суда и российское судопроизводство. Ростов н/Д, 2012. С. 7.



Если говорить точнее, то трудовая деятельность, без которой объективно ни одно общество существовать не может, выполняется одними, а отчеты представляют другие, претендуя на личное признание заслуг и оплату труда сообразно занимаемой высокой должности. При проведении конкурсного порядка замещения должностей стало обыкновением ссылаться не на профессиональные достижения, а на послужной список.

Такой порядок организации общественных отношений чрезвычайно далек от стандартов справедливости. Даже в научной сфере, где пропагандируется идея инноваций, повышения уровня проводимых исследований и, в частности, выполняемых диссертационных работ, вошло в норму использовать труд официальных оппонентов на безвозмездной основе. Такого явления не наблюдалось даже в советскую эпоху.

Европейский опыт совершенствования законодательства является разноликим. Большинство стран стремится к тому, чтобы создать совершенную систему позитивного права, которую используют в своей деятельности судебные учреждения.

В Англии, напротив, существующая традиция исходит из того, что первоначальный способ защиты права является судебным, следом за которым за дело принимается законодатель, проявляя заботу о надлежащем позитивном закреплении найденного способа защиты права. Подобный порядок действий тоже имеет право на существование, поскольку при возникновении социального конфликта первоначально защита права предоставляется судом. Немаловажную роль играет традиция судебных прецедентов.

В российских условиях приемлемыми и эффективными могут быть оба направления. Если создание системы позитивного (писаного) права относится к числу традиционных приоритетов, то имплементация судебных решений в законодательные акты становится насущной задачей встречного характера, решение которой позволит законодателю улучшить законопроектную деятельность.

Второе направление предстоящих исследований непосредственно связано с анализом ошибок, пробелов и противоречий, обнаруживаемых судом в ходе проводимых им разбирательств.

Ошибки законодателя представляют собой самую большую и разноликую группу допускаемых погрешностей. Чаще всего они находятся в обозначенной сфере несовпадения требований закона и логики права.

Следует иметь в виду, что далеко не все проблемы, возникающие на этой почве в судебной практике, становятся предметом разбирательства в высших судебных инстанциях. Поэтому заслуживает внимания выявление нарушений принципа верховенства права при рассмотрении дел нижестоящими судебными инстанциями.

Обозначенная проблема является для российской правовой действительности наиболее сложной. Прежде всего по причине традиционного господства статутного права, многими десятилетиями обеспечиваемого государством приоритета законности в ущерб верховенству права. Многим поколениям чиновников привычнее заглянуть в циркуляр, чем размышлять над глубинами прав человека.

Огромный массив судебной практики связан с проверкой соответствия федеральному закону иных нормативных правовых актов меньшей юридической силы. Несмотря на успехи судебного нормоконтроля, проблемы здесь наблюдаются в неисчислимом количестве.

Прежде всего они связаны со множеством правовых презумпций. Мы презюмируем полное соответствие между Конституцией РФ и Конвенцией о защите прав человека и основных свобод. Иное в научной литературе специалистами не выявлено, если оставить в стороне дискуссию последних двух лет и последовавшую законодательную новеллу о соотношении компетенции ЕСПЧ в вопросах защиты неотъемлемых прав с суверенными правами Российской Федерации, имеющими ориентацию на мнение КС РФ.

На этом наши презумпции не заканчиваются. Применительно к общегражданскому, а также экономическому обороту и самой судебной деятельности все федеральные законы полностью соответствуют Конституции как Основному Закону Российской Федерации до тех пор, пока иное не будет установлено КС РФ.

Подзаконные нормативные правовые акты полностью соответствуют федеральным законам, если иное не будет установлено судом либо арбитражным судом по обращению заинтересованного лица или прокурора, выступающего в защиту чужих интересов. Это тоже общепринятая презумпция, которая действует безотносительно к очевидным абсурдным фактам, выявляемым в судебном заседании.

Наконец, действия либо бездействие должностных лиц государственного и муниципального звена, наделенных определенными полномочиями, полностью соответствуют федеральному закону, если иное не будет установлено судебным решением.

Круг замкнулся. Указанными презумпциями мы создали логически выстроенную систему общественных отношений, в которой человеку



бывает чрезвычайно некомфортно только потому, что ему жизни не хватит для бесконечных обращений в суд, которые будут вынужденными в силу некомпетентности должностных лиц, ошибок авторов ведомственного нормативного правового акта либо самого законодателя.

Конституция РФ провозглашает права и свободы человека и гражданина высшей ценностью, на защиту которых должны быть нацелены усилия всего государственного аппарата. Тем не менее человеку и гражданину проще отказаться от своих прав и свобод, чем большую часть своей жизни провести в судебных заседаниях.

Наглядной иллюстрацией может служить право на жилище, поддерживаемое государством во всех программных документах. Реализовать такое право даже за собственные денежные средства всегда было довольно проблематично. Требовалось предоставление схемы планировочной организации земельного участка, заключений уполномоченных органов по поводу соблюдения противопожарных и санитарных норм, правоустанавливающих документов на земельный участок и его кадастрового паспорта, копии кадастрового плана земельного участка, заверенного нотариусом, кадастровой выписки о земельном участке, копий документов, подтверждающих право на здания и строения, находящиеся на подлежащем хозяйственному освоению земельном участке, справок, содержащих информацию об объектах капитального строительства в границах земельного участка, технических условиях подключения объекта капитального строительства к сетям инженерно-технического обеспечения, материалов действующей (актуализированной) топографической съемки территории земельного участка в местной системе координат на бумажном и электронном носителях в масштабе 1:500, содержащих сведения, необходимые для заполнения формы градостроительного плана земельного участка, утвержденной приказом Министерства регионального развития РФ от 10 мая 2011 г. № 207. Одна только актуализированная топографическая съемка предполагала оплату работ в размере от 40 до 80 тыс. руб. Не менее обременительными либо взяткоемкими выглядели многие другие требования из числа приведенных, связанные с различными согласованиями, где появлялось множество непреодолимых препятствий даже в самых заурядных условиях, не обремененных никакими охранными обязательствами.

Лишь в прошлом году указанная проблема нашла разрешение в судебной практике ВС РФ, который не согласился с оценками и выводами нижестоящих судов, поддержавших притязания местной администрации по всем указанным выше поводам.

Определением ВС РФ от 27 марта 2013 г. № 6-КГ12-11 многочисленные требования, предъявляемые к гражданам, признаны неправомерными, поскольку основаны на неверном понимании норм материального права.

Подготовка градостроительного плана земельного участка осуществляется в составе проекта межевания территории или в виде отдельного документа (ч. 1, 2 ст. 44 ГсК РФ). Согласно положениям ч. 6 ст. 43 ГсК РФ такая же возможность предусмотрена и в отношении застроенных земельных участков.

В соответствии с ч. 17 ст. 46 (об особенностях подготовки документации по планировке территории, разрабатываемой на основании решения органа местного самоуправления поселения или органа местного самоуправления городского округа) Кодекса при обращении физического лица в орган местного самоуправления с заявлением о выдаче ему градостроительного плана земельного участка проведение процедур, предусмотренных ч. 1—16 данной статьи, которые регламентируют последовательность действий органов местного самоуправления в связи с подготовкой документации, не требуется.

Указанный выше приказ № 207 Минрегионразвития России также не содержит и не может содержать каких-либо требований о представлении дополнительных документов при обращении за градостроительным планом.

Таким образом, многие из числа названных документов заявитель представлять не должен вовсе, а оставшиеся обязан собирать уполномоченный орган местной администрации в рамках оказываемой муниципальной услуги. Для ее получения достаточно лишь предоставления документа (общегражданского паспорта), позволяющего идентифицировать личность заявителя, что следует из Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг».

Другая, не менее важная проблема, связанная с реализацией неотъемлемого права гражданина на жилище, затрагивает правовой режим земельного участка, на котором предполагается возведение жилого дома. К счастью, эта проблема была решена еще раньше КС РФ, который в постановлении от 14 апреля 2008 г. № 7-П указал на то, что различия между земельными участками, находящимися в режиме индивидуального жилищного строительства и личного подсобного хозяйства, являются несущественными, если последние находятся в границах населенного пункта.



До настоящего времени на рынке недвижимости предлагаются земельные участки различного правового режима, включая участки в составе земель сельскохозяйственного назначения, лесного фонда, специальных охраняемых природных территорий, на которых заведомо не может быть разрешенного возведения объектов капитального характера, включая жилые дома.

Эти земли были приобретены за ничтожно малые средства, но вступают на рынке недвижимости в недобросовестную конкурентную борьбу с предложениями о продаже тех участков, которые предназначены для индивидуальной жилищной застройки. Государство от этой проблемы устранилось либо осуществляет заведомо недостаточные контрольные функции, несмотря на то что государственная регистрация перехода права на все объекты недвижимости отнесена к компетенции уполномоченных им государственных органов.

Возникла даже борьба за клиентов между органами государственного кадастра, имеющими право регистрировать сделки, совершаемые в простой письменной форме, и нотариусами, предлагающими более дорогостоящую форму совершения сделки.

Совершенно очевидно, что обязательная нотариальная форма совершения сделок с землей для государства не предполагает никаких затрат. Для граждан она могла быть введена в обязательном порядке в том случае, когда у органа государственного кадастра возникали сомнения по поводу режима землепользования. Ни один нотариус, несущий личную имущественную ответственность за законность удостоверяемой сделки, не пропустил бы режим землепользования, который должен быть известен и продавцу, и покупателю.

Однако до сих пор продолжаются бесконечные жульнические операции, основанные на мошенничестве либо добросовестном заблуждении, огромные вложения в строительство неосведомленных либо легкомысленных субъектов с перспективой принудительного сноса объекта неразрешенного строительства (самовольной постройки).

Приведенные примеры наглядно демонстрируют и глубину, и сложность, и социальную значимость взаимосвязанных проблем, на скорейшее решение которых должны быть направлены усилия законодателя. Его успехи предопределяются той детализацией, которую обеспечивает судебная практика.

Эти примеры указывают и на то, что идея имплементации судебных решений в законодательные акты не должна оставаться абстрактной. Она не может быть ориентированной на случайный выбор исследователя либо на его субъективные предпочтения. Судебная практи-

ка нуждается в систематизации, без которой невозможно проведение планомерных исследований.

Объективное основание для взаимодействия законодательной и судебной власти предопределено тем, что верховенство права должно стать смыслом всей их деятельности, а не эфемерным призраком на фоне всесильной буквы закона.

Наряду с ошибками и неточностями, допущенными законодателем, нас интересуют пробелы в правовом регулировании, способы их преодоления на уровне так называемого судебного нормотворчества. К нему нельзя относиться безразлично как результату рутинной судебной деятельности, вынужденного разрешения всех заявленных споров вне зависимости от степени правовой определенности спорных правоотношений. Каждый эпизод создания судом квазинормативных предписаний законодателю необходимо анализировать, не останавливаясь на констатации того или иного факта судебной нормотворческой деятельности.

В правовом регулировании не менее частым явлением выступают противоречия. Они обусловлены сменой стиля законодательной деятельности постсоветского периода. Ранее принимался только тот закон, который исключал его нахождение в конфликте с иными правовыми актами того же уровня при исчерпывающем перечне подзаконных актов, требующих модификации.

В настоящее время законотворческая деятельность ускорилась до такой степени, что поиск, обнаружение, толкование всех различий и противоречий возложено на плечи правоприменителя. От этого положение гражданского общества, безусловно, усугубляется.

Но и с выводами о противоречиях спешить не следует. При наличии полного порядка в законах беспорядок может возникать при их реализации. Социальные конфликты могут возникать как при недостатке правовой регламентации, так и при ее избытке[1].

Чиновник часто склонен искать смысл в запретах и ограничениях гражданских прав, поскольку так ему живется спокойнее. Предоставление права предполагает последующую ответственность за результаты разрешенной деятельности. Запрет освобождает практически от любой ответственности. Граждане вынуждены без меры прибегать к судебной защите. А суд неизбежно проделывает ту работу по отслеживанию противоречий, от которой когда-то законодатель уклонился.

[1] См.: *Лазарев В. В.* Сколько нужно законов // Избранные труды. Т. I: Закон. Законность. Применение закона. М., 2010. С. 449—455.



Третье самостоятельное направление предстоящих исследований связано с анализом коррупционных связей, выявляемых в ходе рассмотрения судами гражданских дел, к преодолению которых имеет огромный интерес законодатель.

Коррупционеры, как известно, способны извлекать выгоду при любых условиях — и при бурном социальном развитии, и во времена экономического спада, и в мирное, и в военное время. Актуальность приобретают не столько частные коррупционные проявления, сколько системные связи и направленность моделей поведения в сторону чиновного усмотрения либо гарантированной реализации гражданских прав.

Иллюстрацией могут служить установленные государством квоты на оказание высокотехнологичных, а потому и дорогостоящих медицинских, чаще всего хирургических услуг. Порядок, при котором медицинские учреждения в субъектах РФ могут направлять пациентов в другие регионы, имеющие возможность оказать необходимую высококвалифицированную помощь, является полезным.

Однако опасность связана с тем, что при отсутствии дополнительного вознаграждения за проявленное к нему внимание пациент может быть направлен в другой регион, в то время как ему могла быть оказана аналогичная медицинская помощь рядом с домом. Поэтому правила реализации квотирования необходимо менять.

Организацию работы по распределению квот требуется проводить максимально открыто и подотчетно, а с пациентом вопросы предоставления услуг должны в обязательном порядке согласовываться. Иначе возникает почва для чиновных злоупотреблений, последующей судебной формы защиты права, которая в случае плохого самочувствия заинтересованного лица будет крайне затруднена.

Цивилисты, административисты и теоретики права, занятые вопросами имплементации судебных решений в законодательные акты, не обязаны переквалифицироваться в криминалистов и криминологов. Но отмеченные междисциплинарные проблемы необходимо видеть, понимать и своевременно преодолевать в законопроектной деятельности.

Особая роль принадлежит научному видению тех вопросов, которые приобретают актуальность первоначально в судебной, а затем и законодательной деятельности. При имплементации смысловых и наиболее содержательных правовых связей между различными фактами и участвующими в спорных отношениях субъектами опосредованным

образом становится очевидной цепочка условий, позволяющих воспроизводиться коррупционным связям.

Анализ гражданско-правовых явлений не исключает, а предполагает участие исследователя в выработке рекомендаций антикоррупционного свойства. Цивилисты вполне способны указать причины, в силу которых гражданские права беспрепятственно реализуются либо буксуют, тормозятся, имеют издевательскую форму защиты.

Наконец, четвертым направлением предстоящих масштабных исследований, связанных с реализацией идеи имплементации, является вдумчивый анализ самой судебной деятельности и принимаемых судами актов на предмет достаточности и адекватности предоставляемого объема надежной защиты гражданских прав, их соответствия признаваемым государством высшим человеческим ценностям.

В. Д. Зорькин обращал внимание на то, что проблемы суда и правосудия замолчать невозможно. Вопросы связаны только с допустимыми пределами дискуссий по этому поводу и их целями[1].

Всеми специалистами признается необходимость нахождения судебной власти, как и иных ветвей государственной власти, под контролем общества. Но никто не может предложить деликатные, оправданные, полезные и эффективные способы подобного контроля, обеспечивающие независимость судебной власти.

Как нам представляется, суд должен иметь полную независимость при рассмотрении дела и принятии решения. Но он не может иметь индульгенцию, освобождающую от последующего анализа принятых решений на доктринальном уровне.

Поэтому четвертое направление исследований судебной практики следует именовать превентивным. Оно позволяет предупредить от поспешных выводов и слепого копирования судебных актов, проверить их на предмет соответствия истинной воле законодателя.

Независимость судебной власти нельзя возводить в абсурдный ранг папской непогрешимости. Ошибки могут совершаться всеми людьми. Особенно явно они проявляются при смене идеологии либо изменении экономических условий. Поэтому гораздо важнее в сотрудничестве с судебной властью проводить последующий предметный и содержательный научный анализ результатов огромной работы по разрешению споров, и использовать их в последующей законотворческой деятельности.

[1] См.: *Зорькин В. Д.* Право в условиях глобальных перемен. М., 2013. С. 299.



Идея имплементации родилась не вчера и в последние годы широко обсуждалась[1]. Однако в настоящее время эта идея вышла за грань только доктринального понимания, перейдя в плоскость необходимой реализации как межгосударственного суда, так и национальных судов.

## Об органичности для права разумности и определенности (рецензия на книгу[2]: Власенко Н. А. «Разумность и определенность в правовом регулировании»)[3]

Рецензируемая работа Н. А. Власенко, невнушительная по объему, но насыщенная творческими идеями, постановкой сложных теоретических вопросов, несомненно, привлечет внимание правоведов. Книга полностью отвечает требованиям монографического исследования — уже с первых страниц читатель сможет убедиться, что перед ним сугубо научный труд, в котором исследуются вопросы, находящиеся пока на периферии активных поисков. Автором предпринята попытка выяснить роль, функции и взаимодействие разумности и определенности в правовом регулировании.

Сам факт того, что разумность и определенность рассматриваются в качестве цели, принципа, свойства и даже «начала» права (с. 11), предопределил обращение автора к множеству традиционно обсуждаемых проблем, например к пониманию права, роли философских и общетеоретических категорий в правовой сфере, формированию правовых позиций правоприменителя, судебному усмотрению, конкретизации права и т. д. В исследование в первую очередь вовлекается действующее законодательство, при этом нельзя не отметить, что в общем ракурсе темы в специальной главе анализируется и судебная практика (в частности, решения Конституционного Суда РФ и решения Европейского суда по правам человека).

Жанр рецензии обязывает сосредоточиться на концептуальных вопросах темы и в особенности на том, что вызывает сомнение и вопросы, с тем чтобы в последующем автор книги или другие исследователи внесли в соответствующие позиции большую определенность, подкрепили свои выводы дополнительными разумными аргументами. Однако прежде всего следует дать позитивную оценку того, как в

[1] См.: *Грачева С. А.* Конституционное правосудие и реализация решений Европейского суда по правам человека. М., 2012.

[2] См.: *Власенко Н. А.* Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М., 2015.

[3] Журнал российского права. 2015. № 3 (219). С. 142—145.

монографии освещается кризис современного права: здесь и само понимание кризиса (с. 17—18), и злоупотребление механизмами права (с. 20—21), и нарушение баланса правовых и неправовых методов регулирования (с. 21—22), смешение индивидуального и нормативного правового регулирования (с. 31—32), размывание предмета правового регулирования, отступление от федеративных начал, недостроенность правовых требований, ориентация на так называемое мягкое право, правовой романтизм и проч. Автор оговаривает, что «хаотичные явления» он привел на примере правовой системы России, международного права и международной юстиции, но исследование все-таки выполнено в общетеоретическом плане и потому сразу возникает вопрос: какое право имеется в виду, если оно ставится в неразрывную связь с разумностью и определенностью?

Если закрыть глаза на правовые реалии и представлять право как нечто возможное, как надежду и веру человеческого существования (с. 11), то разумность и определенность можно характеризовать как цель. Однако автор представляет их одновременно как принцип и свойство, а в заключение уподобляет их «кровеносным сосудам» и видит в них «квинтэссенцию права» (с. 149, 150). При такой постановке вопроса в некоторых случаях сомнительно будет говорить о праве, хотя бы в качестве такового оно объявлялось и в качестве такового ему неуклонно следовали.

Для Н. А. Власенко «нет сомнения, что право — это есть проявление разумного и рационального, поскольку право — это рациональный регулятор общественных отношений» (с. 11. «Масло масляное». — *В. Л.*). Представляется, что сомнение все-таки возникает. Если право привязывать к субъекту, если право — волевой регулятор, то «разумность» воли субъекта правотворчества не обязательно «разумность» для других, тем более что всегда имеется социальный конфликт, обусловливающий появление права. Если право понимать как естественно-правовое образование и привязывать к человеку (его природе), то сразу обнаруживается, как много неразумного или относительно разумного в проявлениях его воли и поступках. Даже в теологическом варианте естественного права, когда право объявляется божественным велением, можно видеть «неразумность» сущего: зачем болеют и умирают дети? По праву рабовладельческого общества человек со всей *определенностью instrumentum vocale*, скотина. Это объективная реальность. Разумно ли это с точки зрения объективного разума? Надо ли вовлекать сюда категорию разума? Следуя автору книги, ответ получить затруднительно. Возможно, инструменталисты и



правовые реалисты на основе прагматистской философии могли принять позицию автора, но для них истинно и разумно то, что выгодно. Эта позиция не анализируется там, где идет речь о понимании права (с. 59—69).

«Разумное» право последующих эпох не было столь определенным в уподоблении человека скотине и делало все, чтобы затуманить, затушевать эксплуататорскую сущность сложившихся правоотношений, представить формальное равенство как равенство вообще и т. д. С позиций господствующих элит (классов) это было разумно, и этой «разумности» вполне соответствовала *неопределенность* правового регулирования. В книге неопределенность в ряде случаев подается как позитивное явление (с. 52, 59), против чего по большому счету следовало бы решительно возразить, но характеристика права в категориях воли и интереса, служения и выгоды органично предполагает необходимость в принципиальных случаях сокрытия подлинного содержания норм и, как следствие, поддержание неопределенности. Только откровенно диктаторский, тиранический режим может отбросить лукавство и недосказанность. Кто-то из либертаристов возразит: там и права быть не может. Но это дает только повод вновь задать вопрос: говоря о разумности права, мы признаем или отвергаем то, что реально существовало веками, что объявлялось и признавалось правом на практике?

Итак, в определенном ракурсе представляется по меньшей мере дискуссионным безоговорочное исходное положение, согласно которому «разум и право... соотносятся между собой как мыслительная деятельность и ее результат» (с. 39). Результатом мыслительной деятельности как таковой является постижение истины, и позитивный результат состоит в ее установлении. Но право как требования (правила) должного характера или как само должное поведение не оценивается в категориях истины1. Позиция профессора В. М. Баранова не получила в этой части поддержки философов и юристов-методологов. Должное может иметь место и в неразумном порядке вещей. Да, право как продукт человеческой деятельности является результатом рассудка, но Н. А. Власенко отмечает, что рассудок не обладает теми способностями, что свойственны разуму (с. 41). С разумом следует связывать понимание права, учения о праве, а не само право, если, конечно, не иметь в виду некое идеальное («чистое») право[1]. Нуж-

[1] Не случайно, когда в словарях заходит речь о разумности, ссылаются на философа эпохи Возрождения Николая Кузанского: «Разумность есть знание истины, чувство красоты и желание блага».

дается в пояснении и то, что право является гарантом разума (с. 46), тем более что «между разумом и правом можно поставить знак равенства» (с. 45). Полагаю, что о разумности и неразумности можно говорить по отношению к тому, что регулируется правом, по отношению к тем жизненным отношениям, которые могут складываться разумно или неразумно. «Отсвет неразумности» может падать на право, если оно поддерживает, охраняет неразумные отношения (объявление родителями тех, кто по определению биологически не мог быть родителем), но по большому счету все опять упирается в волю творца права. При этом воля понимается исключительно как властный феномен регуляции собственного и чужого поведения[1]. В ее основе могут лежать самые разные факторы. И в этом отношении более приемлем заключительный вывод автора (с. 50), когда разум и разумность оказываются за пределами права, как внешний фактор, опосредующий право и его реализацию.

Мое расхождение с автором в соотношении права и разумности проявляется и в оценке определенности права. Последнюю, как представляется, могут придавать нормам, не отвечающим никаким требованиям разумности. Четвертование и колесование расписывалось столь определенно, что массы людей стекались, чтобы воочию убедиться в последовательности действий палача. При всех оговорках трудно принять характеристику неопределенности в праве со знаком плюс (с. 52, 70) и то, что с помощью неопределенности «достигается точность и гибкость правового регулирования» (с. 59). Право тем и отличается от всех иных средств нормативного регулирования, что во всех его элементах — гипотезах, диспозициях и санкциях норм — должна присутствовать определенность. Ее отсутствие — дефект права. В обращении к общим нормам есть своя определенность. Во-первых, абстракции схватывают суть отношений глубже и вернее (ср. с. 73), и, во-вторых, общая норма является определенной нормой в том смысле, что системно предполагает ее индивидуализацию правоприменителем. Особняком стоят случаи, когда под влиянием лобби законодатель специально (заинтересованно) устанавливает неопределенную (двусмысленную) норму, предполагая воспользоваться плодами этой неопределенности. Примечательно, что в другом месте автор вынужден признать, что правовая неопределенность исследуется как дефект права (с. 81).

[1] Воля — это не физическая, не эмоциональная и не всегда сознательная деятельность. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki



Не исключаю факта смешения понятий. Утверждается, например, что наибольший уровень неопределенности в праве демонстрируют принципы права (с. 73—74). Но принципы призваны схватить суть явлений, и в этом их определенность. В противном случае они не были бы принципами. О неопределенности нормы или принципа можно говорить исключительно тогда, когда в них нечто должно быть, а в реалии этого нет. Если законодатель заранее и сознательно предоставляет правоприменителю возможность конкретизировать норму, то никакого «перехода от неопределенности к определенности» в правовом регулировании нет (ср. с. 77—79). Просматривается явное противоречие суждений, когда одновременно говорится о неопределенности права в нормах, содержащих оценочные понятия, и в то же время утверждается, что эти понятия «задают правовую определенность и регулятивную прочность... гибкость и эластичность» правовому регулированию (с. 92). Тем более неоправданна критика здесь позиции Конституционного Суда РФ, который в наличии оценочных понятий не видит неопределенности (с. 96).

С неопределенностью правового регулирования автор связывает усмотрение правоприменителя (с. 98—99). И как-то так получается, что оно неотъемлемый атрибут правоприменительной деятельности (с. 99—100). Между тем ни суд, ни другой правоприменительный орган не могут действовать по своему усмотрению, если на то тем или иным образом не выражена воля законодателя. Кроме того, автор пишет о пределах усмотрения, и именно они, а не само усмотрение, являются гарантией определенности правового регулирования. Наконец, не уточняется, почему и пробелы в праве следует рассматривать как вид неопределенности (с. 137): «кошки в темной комнате нет, но она черная». Надлежащее установление наличия пробела со всей определенностью свидетельствует о необходимости вполне определенных действий.

Выше констатировалось плодотворное обращение автора к практике. Однако и здесь иногда проявляется слабость его теоретической конструкции, когда разумность объявляется неотъемлемым свойством права. Можно ли считать разумным или неразумным, когда обосновывается принцип выборности или назначения руководителя субъекта Федерации? Конституционный Суд РФ, как известно, и ту, и другую практику признавал конституционной (с. 145—146). Но ни та, ни другая, по мнению автора, не является определенной, и «поиск определенности в этом вопросе со всей очевидностью нужно продолжить» (с. 45). И что же, до завершения этого поиска (что само по себе сомни-

тельно) и права здесь нет, если получается, что в анализируемых нормах пока нет разумности и определенности?

Оценивая книгу Н. А. Власенко положительно, вынужден отметить неопределенность в главном вопросе: о каком праве идет речь. Если о том, которое дислоцируется в мире объективных идей и идеалов, то выводы, содержащиеся в работе, следует принять во внимание. Если о том, которое веками утверждалось в нашем бренном мире, то категории разумности и определенности можно использовать только как внешние, а не implicito свойственные праву ценности.

## Создание отдела Института законодательства по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации — стратегическая инновация в законотворчестве[1]

Имплементация решений судебных органов в законодательство Российской Федерации — так обозначили проблему в профильном правительственном Институте законодательства и на этой основе приняли решение о создании специального научного отдела. Простейшие объяснения принимались без вопросов: судебная практика влияет на совершенствование законодательства, а специально ее изучение в русле профиля Института ни на кого не возложено. Однако состоявшееся решение имеет под собой ряд основополагающих теоретических и практических позиций, которые не столь бесспорны и потому нуждаются в серьезном осмыслении.

Последовательные сторонники теории разделения властей изначально могут усомниться в принятом решении, усмотрев некое посягательство судебной власти на прерогативы власти законодательной. Приверженцы теорий народоправства увидят в нем умаление роли представительного органа. Принципиальные демократы могут усмотреть отрицание демократических принципов реформирования законодательства, отклонение от демократического политического режима. Привычная (господствующая) парадигма правового сознания скорее допустит подзаконное правотворчество правительства, правотворчество министерств и ведомств, чем правотворчество судебных органов. Между тем не лишена оснований точка зрения, согласно которой из Конституции РФ не вытекает, что судебной власти отведено среди властей лишь третье место.

[1] Юридическая техника. 2015. № 9. С. 386—389.



Решение любых вопросов требует указания на некие исходные идеи, составляющие общеметодологическую базу соответствующих выводов. По избранной теме представляется уместным обратиться к многовековой борьбе идеализма и материализма и, в частности, взглядам Платона и Аристотеля, представлявшим ту и другую методологию. Первый, как известно, обращал свой взор на небо, полагая, что идеи правят миром и умным правителям (судьям) достаточно установить объективную идею, чтобы на ее основе принять правильное решение. Некоторое время, пока Аристотель не развеял его заблуждений, Платон полагал, что и без законов можно обойтись. Аристотель же не просто признавал необходимость законов, но и видел их содержание в реальных общественных отношениях, в удовлетворении земных требований. Вопрос о том, что питает законы, об источниках законодательной деятельности не утрачивает своего значения, и взгляды на этот счет до сих пор пропагандируются самые разные. Для кого-то это воля (классовая или общесоциальная), для кого-то — интерес (экономический, или политический, или сугубо эгоистический), а кто-то и вообще без субъекта обходится — сами отношения, само состояние отношений диктует поведение[1]. Кроме того, есть множество разновидностей субъективного идеализма, ориентирующих на поиск содержания права в сознании и подсознании индивидов. Все это излагаю конспективно и упрощенно, но даже при таком изложении просматривается потребность в неком интегративном (интегральном) подходе, вбирающем в себя поиск самого разного содержания, оправдывающего сосуществование многообразных факторов, питающих как содержание закона, так и волю его создателя[2]. Вывод: законодательство в идеале охватывает все многообразие фактических реалий, «процеженных через сито» психических процессов, осмысленных в свете общих законов мироздания.

Классическим юристам континентальной правовой системы привычно положение, согласно которому суд следует воле законодателя, и совершенно недопустимо обратное: законодатель в своем творчестве

[1] См.: *Оливекрона К.* Право как факт // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1.

[2] С социологической точки зрения представляется все-таки односторонним философский тезис, превозносящий среди всех правотворческих факторов именно волю: «...Законы порождаются усилием воли или решением. Они не вырастают, как цветы, на органической национальной почве. Их не просто находят в традиции — их создают, причем рациональное проектирование играет здесь не большую роль, чем волевой импульс. Истоки и мотивация этой пульсации находятся в непостижимой трансцендентной глубине. Законы извлекаются не из фактов, а из нашего собственного Я, и реальность следует распределять так, как диктует воля» (см.: *Исаев И. А.* Нормативность и авторитарность. Пересечения идей. М., 2014. С. 74).

следует судебной воле. В предложениях о необходимости имплементировать судебные решения (не всякие) в законодательство не идет речь об обязанности законодателя закрепить судебную позицию нормой закона[1], как не идет речь и о том, чтобы судебная «норма» действовала наряду, или вместе, или вопреки закону. Избирается компромиссный вариант: законодатель делает позицию суда своей. Это отвечает и строгому социологическому подходу, согласно которому большинство законодательных норм вышли из содержания «норм решения», сформулированных конкретным юристом применительно к конкретному спору, содержащих вербализованный смысл, претендующий на общезначимость[2].

Вместе с тем постклассические правовые реалии, признающие конституционное правосудие, переформатировали привычные убеждения, и в случае признания действующих норм неконституционными законодатель безоговорочно обязывается следовать судебной воле. В системах общего права для этого нет необходимости предпринимать какие-то дополнительные усилия. В романо-германских — законодатель обязан отреагировать на решение конституционного суда, и одной из форм такой реакции будет закрепление судебной правовой позиции в законодательной норме. Это позволяет отдельным авторам характеризовать Конституционный Суд РФ в качестве «квазиправотворческого органа»[3].

С некоторыми оговорками ситуацию, складывающуюся в связи с рядом решений конституционных судов, можно уподобить ситуации с определенными решениями Европейского суда по правам человека.

[1] Даже в американской правовой системе, несмотря на признание принципа *stare decisis*, общее право занимает самую нижнюю ступеньку в иерархии источников права, законодатель может по своему усмотрению отменять или изменять созданные на его основе (или даже на основе толкования статутных норм) прецеденты (см.: *Бернам У.* Правовая система США. Вып. 3. М., 2006. С. 106, 108).

[2] См.: *Эрлих О.* Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 212—213.

[3] «Конституционный Суд, получая институционное оформление как правоприменительный юрисдикционный орган, объективно, по самой природе своей деятельности и особенностям юридической силы принимаемых решений, все в большей степени приближается в своих итогово-правовых характеристиках к нормативно-установительной юридической практике, к правотворчеству» (*Бондарь Н. С.* Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. С. 96). Подобное положение, по мнению ряда ученых и практиков, занимают и Верховный Суд РФ, и Высший Арбитражный Суд РФ (см. например: *Гук П. А.* Нормотворческая функция высших судебных органов России // Правовое государство и правосудие: проблемы теории и практики: матер. VIII Междунар. науч.-практ. конф. (15—19 апреля 2013 г.). М., 2014. С. 512—513.



Нюансов много, но общие (пилотные) позиции ЕСПЧ требуют введения их в национальное законодательство.

В новейшей литературе подчеркивают участие судов Российской Федерации в выработке и осуществлении правовой политики и соответственно признают роль судебной политики в коррекции политики законодательных органов, но только по отношению к ЕСПЧ делают вывод о беспрецедентном (по степени) воздействии его решений на законодательство и соответствующие институты правовой системы[1]. Между тем такой подход оправдан и по отношению к российским судам, которые в отдельных случаях выносят столь же принципиальные решения. В ходе судебных разбирательств рождается иногда не менее, а даже более абстрактное правило, чем правило, созданное законодателем[2].

Проблема не исчерпывается имплементацией норм, создаваемых конституционными судами и судами межгосударственными. Общие суды также причастны к нормотворчеству. Это теоретически и практически обосновано там, где в качестве источника права признается судебный и административный прецедент[3]. Но там проблема имплементации судебных решений в законодательство может и не вставать — прецеденты действуют самостоятельно. Во весь рост вопрос об имплементации решений судебных органов встает там, где прецедент подвергается сомнению в качестве самостоятельного источника, где всякое нормативное регулирование связывается с изданием в установленном порядке общего правила поведения. И тогда может показаться логичным всякую общую позицию судов проводить через законодательную процедуру. Но нам представляется, что более логично и, что немаловажно, экономично проводить такое решение через специальную процедуру имплементации решений судебных органов в действующее законодательство.

Мы говорим о судебных органах и по той причине, что понятие «суд», как ни странно, в России не получило вполне определенного законодательного закрепления[4], а также потому, что это позволяет ана-

[1] См.: Суд как субъект правовой политики / под ред. *А. В. Малько.* М., 2014. С. 9, 15, 19 и др.

[2] См.: *Хайек Ф. А.* Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 105.

[3] См.: *Лазарев В. В.* Прецедент: реалии и перспективы в российском праве // Российское правосудие. 2012. № 4. С. 6—15.

[4] Нормативное закрепление понятий «суд» и «судебная деятельность» (см., например: Федеральный закон от 22 декабря 2008 г. № 262- ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации») ничего не дает (*idem per idem*)

лизировать общие решения таких, например, органов, как Пленум, Президиум суда. Именно в процессе обобщения ими судебной практики выкристаллизовываются нормы, которые часто находят в последующем воплощение в законе. Сформулированные высшими инстанциями общих судов позиции формально не обязательны для законодателя, но в действительности последний черпает в них содержательный материал для своих актов. И было бы правильным процедурными (регламентными) нормами закрепить обязательность вовлечения судебных позиций в законодательный процесс[1].

В отечественной литературе обращается внимание на рождение правовых норм именно в ходе обобщения и анализа сложившейся практики. При этом решения отдельных судов по отдельным (знаковым) делам чаще всего остаются без внимания. Между тем, особенно при пробелах в законодательстве, именно в них формулируется прямо или системно просматривается новое нормативное положение, заслуживающее стать полноценной нормой через особую процедуру восприятия законодателем. Отсюда напрашивается создание полновесной системы обратной связи законодателя и правоприменителя, отработка информационных и организационных аспектов системы мониторинга принципиальных решений.

Установление мониторинга законодательных и правоприменительных актов, закрепление соответствующих обязанностей правовыми актами высокой юридической силы и возложение контрольных функций на Минюст РФ сказывается положительно. Однако необходимо доктринальное сопровождение проводимой работы. Именно эту цель преследует создание отдела Института законодательства по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации. Задачи перед ним ставятся узкоспециализированные, но, как представляется, сердцевинные во всей деятельности по мониторингу положения дел в правовой сфере.

Все органы, которые так или иначе, прямо или косвенно имеют отношение к проявлению законодательной инициативы, имеют структуры, на которые возлагается обязанность обобщать правоприменительную практику, практику реализации права. Но особо важное значение приобретает работа специальных отделов анализа и обобщения практики, созданных в Конституционном Суде РФ, в Верховном Суде РФ и в отделе Уполномоченного РФ в Европейском суде по правам человека. Это объясняется по меньшей мере двумя обстоятельствами: во-первых, тем, что именно в названных органах формируются основополагающие правовые позиции, имеющие значение для совершенствования действующего законодательства, и, во-вторых, тем общим обстоятельством близости судебных органов к первичным процессам формирования (рождения) права. Столкновение жизненных интересов, судебные споры, противостояние позиций сторон — вот основа развития живого права. Это то, что неведомо законодателям, чей образ жизни связан скорее с политикой[1]. Многие теоретические, практические, идеологические и исторические обстоятельства позволяют отдавать первенство в правотворчестве именно судебным органам, а не парламентам. Да, законодатель возводит право в закон, но это уже другая стезя, иная по сути своей работа.

Суд — один из субъектов, осуществляющих в правопорядке коммуникативную функцию. Через его властные полномочия идет правообразование, правореализация и правоохрана. Нельзя не согласиться с исследователями, которые считают правосудие причастным как к естественному, так и к позитивному праву; видят в нем критерий для всякого решения и любой инстанции; видят его присутствие в каждом законе в качестве идеи, внеюридической предпосылки для законодательной мысли; рассматривают правосудие в качестве посредника между божественными и человеческими законами, между разумом и справедливостью[2]. Поводырем в таком посредничестве должна выступать наука[3]. Она только тогда оправдывает свое название и свое назначение, когда всеми нитями прямо или косвенно связана с правовой практикой, целями этой практики и ее реалиями. Любая правовая теория всегда имеет нечто такое, что возмущает или, напротив, приветствуется судеб-

и может служить лишь примером плохого знания юридической техники. К судебным актам законодатель относит только акты, вынесенные по существу конкретного дела.

[1] Вовлечение их в правоприменение уже происходит. На решения высших судебных инстанций можно ссылаться при рассмотрении дел в арбитраже. Отсюда мое положительное отношение к законопроекту, в котором предлагается дополнить соответствующие нормы УПК РФ, предусмотрев возможность при вынесении оправдательного или обвинительного приговора в мотивировочной его части ссылаться на соответствующие решения Пленума и Президимума Верховного Суда.

[1] С точки зрения автора, однозначно отдающего первенство в правотворчестве судьям, законодатели не имеют понятия о 99% того, что происходит вокруг них, о реальных сделках, договоренностях, установках, чувствах и убеждениях людей, которые их решениями затрагиваются (см.: *Бруно Л.* Свобода и закон. М., 2008. С. 38).

[2] См.: *Исаев И. А.* Власть и закон в контексте иррационального. М., 2006. С. 175; *Ямпольский М.* Физиология символического. М., 2004. Кн. 1: Возвращение Левиафана. С. 67.

[3] См.: *Реутов В. П.* Судебная практика и юридическая наука: взаимодействие в процессе развития законодательства // Правовое государство и правосудие: проблемы теории и практики: матер. VIII Междунар. науч.-практ. конф. (15—19 апреля 2013 г.). М., 2014. С. 75—82.

ной практикой. Тем самым она приобретает статус «настоящей»[1]. «...Настоящая теория естественного права — это попытка объективно отразить требования и идеалы практической разумности, а не идеализма»[2].

Создание отдела Института законодательства по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации следует рассматривать именно в русле активизации научных исследований природы и места решений судебных органов во всем многообразии их форм, возможностей их самостоятельного и эффективного регулятивного действия и необходимости при определенных условиях обязательного закрепления в законе. Отсюда ставится задача изучения судебной практики, анализа отдельных судебных решений на предмет возможного восприятия их законодателем. Особое внимание будет уделяться правовым позициям Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ, но предполагается по возможности также отслеживание и анализ прецедентных решений ЕСПЧ и других межгосударственных судебных органов, а также всех тех правоприменительных решений международных органов, которые по своим свойствам могут претендовать на вхождение в правовую систему Российской Федерации.

Создание отдела Института законодательства по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации стратегически инновационно, поскольку учитывает перспективы сближения правовых систем.

## Восприятие законодателем судебного права[3]

### Введение

Право в идеале более всего вяжется со свободой, правдой, справедливостью. В установленных законодателем нормах это абстрактные правда и справедливость. И только в судах они материализованы привязкой к субъектам правовых отношений. Там они выражены полнее и глубже, что соответствует философской интерпретации общего, особенного и единичного. Более того, названные ценности привязаны не только к конкретным субъектам, но и к месту и времени происходящего. Поэтому всегда актуализируется установление права в судебных решениях. Отсюда, например, понятны заключения конституционного судьи Г. А. Гаджиева: «Поскольку общественные отношения в реальной действительности находятся в постоянном развитии, юридические нормы постоянно устаревают. Объективно необходим такой юридический механизм, который позволил бы законодателю делегировать полномочия по осовремениванию закона от законодателя судам» [1, с. 20]. И далее: «Возникла объективная необходимость отказаться от узкореалистического понимания воли законодателя и заменить его на юридическое понятие юридической воли государства» [1, с. 21].

Мы акцентируем внимание на последнем положении и в этой связи полагаем уместным подчеркнуть единство властей в государстве. Разделение властей имеет свои позитивные стороны, но только в том случае, если это власти единого государства, если каждая из них выражает государственную волю в рамках своей компетенции. Придерживаясь волевой теории права, приходится признать разные формы выражения этой воли, и в том числе выражение ее в судебных актах. Главенство источников права, их соотношение в разное время было разным, и признание их было разным, но всегда право формировалось всеми государственными властями. В решениях каждой из них можно было «отыскивать» (устанавливать) право.

### Результаты исследования

В советское время политическая власть брала на себя всю полноту руководства развитием права. Причем это была даже не государственная, а партийная власть. Отсюда право понималось как выражение классовой справедливости. Одним из главенствующих его источников признавалось совместное постановление ЦК КПСС и правительства. За судом в СССР признавалось только право на применение и толкование законов, хотя в реалии под видом толкования создавались и новые нормы. В современной России по большинству классификационных признаков отсутствует определенность и нет единства и стабильности в понимании права вообще и источников права в частности. Между тем право и закон часто различают и противопоставляют не только в доктрине, но и в судебной практике. В силу разных причин издаваемые парламентом законы не всегда пользуются доверием граждан и удовлетворяют потребности практики. Но и судебная система подвергается столь решительной критике, что рушатся все ее

[1] Иногда наука непосредственно вплетается в ткань практической деятельности по формированию правовых позиций суда, и в результате создается по существу готовый продукт для восприятия его законодателем (см.: *Лазарев В. В.* Диссеминация науки в Конституционном Суде РФ // Правовое государство и правосудие: проблемы теории и практики: матер. VIII Междунар. науч.-практ. конф. (15—19 апреля 2013 г.). М., 2014; *Он же*. Инновационная деятельность Конституционного Суда Российской Федерации как разновидность практики конституционализма // Судья. 2013. № 12. С. 33—38).

[2] *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 50—51.

[3] Актуальные проблемы экономики и права. Казань, 2016. № 2. С. 158—169.

ценностные свойства[1]. Вместе с тем нет оснований отказываться от понимания права как выражения справедливости (*id quod justum est*) и от возложения на суд задачи поиска этой справедливости.

В поиске новизны заявленную тему предлагаем воспринимать именно в свете того аспекта общей теории разделения властей, который делает акцент не на противопоставлении законодательной, исполнительной и судебной власти, а на их единстве. Представляется слишком односторонним и гипертрофированным подход тех авторов, которые видят в данной теории систему сдержек и противовесов и не замечают, что это власти одного государства. Следовало бы в этой связи ставить вопрос о пределах сдержек одной власти другой, о пределах противопоставления их друг другу. Методологически неточно и односторонне видеть в каждой ветви власти противника. Это еще вопрос, из какой презумпции следует исходить: презумпции негативного или позитивного в деятельности соответствующей власти. В разных обстоятельствах места и времени вопрос решается конкретно-исторически. Однако при любых условиях в работе и конечных итогах деятельности соответствующих органов, представляющих ту или иную власть, есть нечто позитивное, заслуживающее внимания и развития в тех или других формах, в том или ином объеме и в соответствии с установленной компетенцией. Отсюда актуализируется проблема позитивного восприятия решений органа одной власти органами другой. Более того, может возникать потребность имплементации положений одних актов в акты других органов и другого уровня. «Восприятие» и «имплементация» расцениваются в определенном смысле как равнозначные понятия, хотя при более внимательном подходе можно увидеть определенное несходство.

Было бы ошибочно в силу принципа разделения властей орган одной власти безоговорочно ставить выше какого-либо органа другой. Каждый орган «высок» (самостоятелен) в отправлении своих полномочий. Иерархия возможна только на основе закона и только в рамках одной ветви государственной власти. И вообще «разделение» происходит в рамках одной власти, власти народа, осуществляемой им самим или органами государства. Не подлежит сомнению, что всеми властями воспринимаются позиции законодателя, нашедшие воплощение в законах. Позиции правительства находят воплощение в законодательстве, коль скоро этот орган реализует свое право законодательной инициативы, но и суды эти позиции принимают во внимание не только через посредничество закона, но и напрямую ссылаясь на акты правительства и соответствующих ведомств в конкретных судебных решениях. Здесь много нюансов, которые заслуживают специального анализа. Но мы сосредоточиваемся на восприятии позиций судов и только в деятельности законодателя [3, 4]. Последовательные сторонники теории разделения властей изначально могут усомниться в нашем подходе, усмотрев некое посягательство судебной власти на прерогативы власти законодательной. Приверженцы теорий народоправства увидят в нем умаление роли представительного органа. Принципиальные демократы могут усмотреть отрицание демократических принципов реформирования законодательства, отклонение от демократического политического режима. Привычная (господствующая) парадигма правового сознания скорее допустит подзаконное правотворчество правительства, министерств и ведомств, чем правотворчество судебных органов. Между тем не лишена оснований точка зрения, согласно которой из Конституции РФ не вытекает, что судебной власти отведено среди властей лишь третье место. Не все здесь просто в практическом плане, как хотелось бы.

Строго говоря, теория разделения властей не допускает, чтобы одна власть подменяла другую, хотя бы и косвенно, но становилась на место другой и решала бы по-иному. Классическим юристам континентальной правовой системы привычно положение, согласно которому суд следует воле законодателя, и совершенно недопустимо обратное: чтобы законодатель в своем творчестве следовал судебной воле. Но в предложениях о необходимости имплементировать судебные решения (не всякие) в законодательство не идет речь об обязанности законодателя закрепить судебную позицию нормой закона[2], как и о том, чтобы судебная «норма» действовала наряду, или вместе, или вопреки закону. Избирается компромиссный вариант: законодатель делает позицию суда своей. Это отвечает и строгому социологическому подходу, согласно которому большинство законодательных норм вышли из содержания «норм решения», сформулированных конкретным юристом применительно к конкретному спору, содержащему вербализованный смысл, претендующий на общезначимость [6, с. 212—213]. Национальное законодательство призвано имплементировать в том числе и прецедентные решения международных судов, в частности решения Европейского суда по правам человека. В более широком смысле имплементация предполагает учет национальным законодателем легитимных решений иных международных органов. Разумеется,

[1] Критика часто небезосновательна: «...Неблагополучие с механизмом судебной власти в нашей стране осознается как «сверху» — руководством государства, так и «снизу» — самим судейским сообществом» [2].

при этом процессы имплементации требуют системного контроля и экспертизы Конституционного Суда РФ (далее — КС) на предмет соответствия Конституции[1].

Не бесспорно мнение, согласно которому общепризнанные принципы и нормы международного права являются частью федерального права России и функционируют именно в этом качестве. Соответственно ратифицированные, вступившие для России в силу и должным образом опубликованные международные договоры также отдельными учеными рассматриваются как часть федерального законодательства России. Но Конституция Российской Федерации включает общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации в правовую систему Российской Федерации. Не в законодательство, не в систему права и не в право. Правовая система, как установлено в теории права и государства, включает в себя и правовую идеологию, и систему правоотношений, и правоприменение, и органы, обеспечивающие

[1] Национальная правовая система Российской Федерации открыта для восприятия международно-правовых ценностей, выработанных сообществом национальных государств в процессе общения и мирного сотрудничества. Отсюда становится чрезвычайно актуальным совершенствование национальной правовой системы на предмет надлежащей реализации в ней правовых актов, поступающих извне, достижения согласованности последних с внутренними актами. К сожалению, до сих пор проблемные вопросы еще не подверглись тщательной научной проработке. В современной научной литературе нет специальных работ, посвященных особенностям и формам реализации в национальной правовой системе решений европейских международных органов, и в частности органов Совета Европы. Специалисты в области теории государства и права или конституционного права не устанавливали юридическую силу актов Парламентской ассамблеи Совета Европы или Кабинета министров, а в отношении юридической силы решений Европейского суда по правам человека до настоящего времени продолжаются дискуссии. Представляется, что решению принципиальных вопросов послужат постановления Конституционного Суда РФ по делу «О проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» и по делу «О возможности исполнения постановления Европейского суда по правам человека» от 4 июля 2013 г. «Анчугов и Гладков против России». Позиция автора изложена на международной конференции «Совершенствование национальных механизмов эффективной имплементации Европейской конвенции по правам человека». URL: http://www.threefold. ru/files/programma_konferencii_ks_i_se.pdf; https://yadi.sk/d/ C5EHnB05kFDyU



действие права. Часто употребляемый для характеристики соотношения внутреннего и международного права термин «имплементация» как раз говорит о соответствующей реализации принципов и норм международного права (*impliment* — осуществлять, обеспечивать выполнение).

Анализ любого международно-правового документа предполагает, прежде всего, установление характера положений, которые в нем содержатся: являются ли они декларациями, рекомендациями (пожеланиями), принципами или обязательными общепризнанными принципами и нормами. Если это решение по конкретному делу, то всегда актуален вопрос его соответствия принципам и нормам международного права. Не предосудительно обеспечивать положения международных документов в национальном законодательстве при любом характере содержащихся в них положений. Но юридическое и регулирующее их значение зависит, прежде всего, от факта и формы признания соответствующих положений национальными государствами.

В России высшая юридическая сила признается все-таки за правилами, содержащимися в международном договоре. Только применительно к нему Конституция подчеркивает верховенство по отношению к закону. Кстати, было бы неправильно относить термин «общепризнанные» и к принципам, и к нормам, и к договорам. Последние по определению не могут быть общепризнанными, если не иметь в виду условно договоры, участниками которых является подавляющее число государств. Вообще, общепризнанными по большому счету могут быть только принципы международного права, поскольку на этих общих положениях сходится большинство государств. Нормы же могут быть и не быть общепризнанными. И даже региональная норма международного права общепризнана, если она является воплощением общепризнанного принципа международного права.

В нашей стране имеется орган, в чьи функции входит изучение правовых последствий решений Европейской комиссии по правам человека и Европейского суда. Таковым является Уполномоченный РФ при Европейском суде по правам человека (далее — ЕСПЧ). И, хотя уполномоченный не решает вопросов права, в его функции входит «изучение правовых последствий постановлений суда, вынесенных в отношении государств — членов Совета Европы, и подготовка с учетом практики суда и Комитета министров Совета Европы рекомендаций по совершенствованию законодательства Российской Федерации и правоприменительной практики, а также по участию Российской Фе-

дерации в международных договорах и по развитию норм международного права, отвечающих интересам Российской Федерации»[1].

Учет принципиальных позиций ЕСПЧ, гармонизирующих внутреннюю и международную правовые системы, является обязанностью правотворческих органов. Но пока преждевременно объявлять решения ЕСПЧ частью национального права; предпочтительней формула «входят в правовую систему». Тем самым не нивелируются особенности систем национального и международного права, а, напротив, идет поиск их оптимального взаимодействия в национальном механизме правового регулирования. В этом поиске, в нахождении точек сближения правовых систем, «недопустимо некритически копировать и воспроизводить такие нормы, которые предназначены для регулирования правовых отношений в обществах с другой культурой, традицией, массовым менталитетом» [7]. Отсюда и предложение проф. В. Д. Зорькина начать осторожную, продуманную, обязательно системную ревизию международного права, в котором немало юридически размытых формулировок — «серых» правовых зон, впускающих в глобальный мир турбулентность, риски и хаос, которые фактически освящаются постмодернистской философией и практикой.

Нет никакой сложности продемонстрировать восприятие законодателем позиции Конституционного Суда Российской Федерации. К этому обязывает законодателя Конституция РФ и Конституционный закон о Конституционном Суде. Следует особо обратить внимание на то обстоятельство, что норма ст. 79 названного Закона («юридическая сила решения») изложена очень корректно: «Государственный орган или должностное лицо, принявшие этот нормативный акт, рассматривают вопрос о принятии нового нормативного акта». Между тем ст. 80 названа «Обязанность государственных органов и должностных лиц по приведению законов и иных нормативных актов в соответствие с Конституцией Российской Федерации в связи с решением Конституционного Суда Российской Федерации», и хотя в ней федеральный законодательный орган не упоминается и Государственная Дума не является адресатом этой обязанности, но механизм восприятия позиции КС запускается. Здесь установлена обязанность одного из субъектов законодательной инициативы, обязанность Правительства Российской Федерации не позднее трех месяцев после опубликования решения Конституционного Суда Российской Федерации внести в Государственную Думу проект нового федерального конституционного закона, федерального закона или ряд взаимосвязанных проектов законов либо законопроект о внесении изменений и (или) дополнений в закон, признанный неконституционным в отдельной его части. Вообще, как отметил в своем выступлении в Государственной Думе председатель Конституционного Суда В. Д. Зорькин, взаимодействие Конституционного Суда и Государственной Думы в целом носит конструктивный и взаимоуважительный характер, что полностью соответствует конституционному принципу разделения властей. Это обстоятельство само по себе уже может рассматриваться как важное достижение, поскольку природа конституционного правосудия как институционального средства ограничения власти законодателя несет в себе опасность антагонизма между судом и законодателем, о котором предупреждал еще основатель конституционного правосудия Г. Кельзен.

[1] Указ Президента РФ от 29 марта 1998 г. № 310 «Об Уполномоченном РФ при Европейском суде по правам человека» // СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 1540.



Конституционный Суд на протяжении долгого времени отрабатывал соответствующие формулы, которыми обязывал законодателя следовать его позиции. В последнее время превалирует, например, такая: «Федеральному законодателю надлежит — в силу требований Конституции Российской Федерации — внести в действующее правовое регулирование необходимые изменения, направленные на урегулирование...»[1]. Здесь, как убеждаемся, говорится только об «учете правовых позиций КС» и нет жесткого, буквально выраженного требования исполнять решение Суда (оно, кстати, было бы излишним, поскольку содержится в общей норме Конституционного закона о Конституционном Суде), но в то же время есть императивное «надлежит» и «требований Конституции». Если учесть, что содержательно требования Конституции раскрываются исключительно Конституционным Судом, все встает на свои места — позициями КС надлежит руководствоваться, их надлежит исполнять.

В то же время председатель Конституционного Суда ориентировал депутатов Государственной Думы на «более глубокое и творческое отношение к реализации решений КС», на то, чтобы «иметь в виду, что КС, принимая решение по конкретному делу, ограничен предметом проверки, а парламент не связан подобными рамками и вполне может распространять правовые позиции КС за пределы проверенных им норм»[2].

В системах романо-германской правовой семьи законодатель обязан отреагировать на решение конституционного суда, и одной из

[1] URL: www.Consultant.ru/document/cons_doc_LAW_195170; www.Consultant.ru/document/cons_doc_LAW_180218

[2] URL: http://www.rg.ru/2014/12/18/zorkin.html

форм такой реакции будет закрепление судебной правовой позиции в законодательной норме. Это позволяет отдельным авторам характеризовать Конституционный Суд Российской Федерации в качестве «квазиправотворческого органа»[1]. Разумеется, есть решения КС, которые какое-то время остаются не реализованными законодателем. Но причины этого разные, и было бы трудно доказать, что законодатель принципиально не воспринимает те или другие позиции. Мы находим право в решениях Конституционного Суда, основываясь на формальных признаках. Между тем более значимым в установлении права является его содержание. И в этом плане наиболее эффективно работают традиционные естественно-правовые подходы к праву и современный либертарный подход, в котором в центр ставятся свобода, равенство и справедливость.

Проблема не исчерпывается имплементацией правоположений, создаваемых конституционными судами и судами межгосударственными. Общие суды также причастны к нормотворчеству. Такой подход оправдан и по отношению к российским судам, которые в отдельных случаях выносят столь же принципиальные решения. В ходе судебных разбирательств рождается иногда не менее, а даже более абстрактное правило, чем правило, созданное законодателем [10, с. 105]. Верховный Суд России формирует иногда такие позиции, которые по своей глубине и значению непременно претендуют на закрепление в законе. В особенности такая ситуация складывается там, где речь идет о правах человека и гражданина. Сфера прав и особенно сфера ограничения прав — это компетенция законодателя. Между тем разные судебные инстанции могут формировать разные правовые позиции, что порождает некую неопределенность в правовом регулировании и должно побуждать законодателя воспринять одну из этих позиций.

В отечественной литературе обращается внимание на рождение правовых норм именно в ходе обобщения и анализа сложившейся практики. При этом решения отдельных судов по отдельным (знаковым) делам чаще всего остаются без внимания. Между тем, особенно при пробелах в законодательстве, именно в них прямо формулируется или системно просматривается новое нормативное положение, заслуживающее стать полноценной нормой через особую процедуру восприятия законодателем. Отсюда напрашивается создание полновесной системы обратной связи законодателя и правоприменителя, отработка информационных и организационных аспектов системы мониторинга принципиальных решений. Установление мониторинга законодательных и правоприменительных актов, закрепление соответствующих обязанностей правовыми актами высокой юридической силы и возложение контрольных функций на Минюст сказывается положительно. Однако необходимо доктринальное сопровождение проводимой работы. Именно эту цель преследует создание в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ отдела по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации. Задачи перед ним ставятся узкоспециализированные, но, как представляется, сердцевинные во всей деятельности по мониторингу положения дел в правовой сфере.

[1] «Конституционный Суд, получая институционное оформление как правоприменительный юрисдикционный орган, объективно, по самой природе своей деятельности и особенностям юридической силы принимаемых решений, все в большей степени приближается в своих итогово-правовых характеристиках к нормативно установительной юридической практике, к правотворчеству» [8, с. 96]. Подобное положение, по мнению ряда ученых, а также практиков, занимает и Верховный Суд Российской Федерации (см., например, [9]).



Все органы, которые так или иначе, прямо или косвенно имеют отношение к проявлению законодательной инициативы, имеют структуры, на которые возлагается обязанность обобщать правоприменительную практику, практику реализации права. Но особо важное значение приобретает работа специальных отделов анализа и обобщения практики, созданных в Конституционном Суде РФ, в Верховном Суде РФ и в отделе Уполномоченного РФ в Европейском суде по правам человека. Это объясняется по меньшей мере двумя обстоятельствами: во-первых, тем, что именно в названных органах формируются основополагающие правовые позиции, имеющие значение для совершенствования действующего законодательства, и, во-вторых, тем общим обстоятельством о близости судебных органов к первичным процессам формирования (рождения) права.

Создание отдела Института законодательства по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации стратегически инновационно, поскольку учитывает перспективы сближения правовых систем.

В России вопрос о восприятии решений судебных органов встает еще и по той причине, что официальной доктриной судебный прецедент подвергается сомнению в качестве самостоятельного источника и всякое нормативное регулирование связывается с изданием в установленном порядке общего правила поведения. Но тогда вполне логично всякую принципиальную общую позицию судов проводить через законодательную процедуру. Возможно даже, что более логично и, что немаловажно, экономично проводить такое решение через специ-

альную процедуру имплементации решений судебных органов в действующее законодательство.

В новейшей литературе подчеркивают участие судов Российской Федерации в выработке и осуществлении правовой политики и, соответственно, признают роль судебной политики в коррекции политики законодательных органов, но только по отношению к ЕСПЧ делают вывод о беспрецедентном (по степени) воздействии его решений на законодательство и соответствующие институты правовой системы [11, с. 9; 12; 13 и др.]. Между тем такой подход оправдан и по отношению к российским судам, которые в отдельных случаях выносят столь же принципиальные решения.

Сформулированные высшими инстанциями общих судов позиции формально не обязательны для законодателя, но в действительности последний всегда черпает в них содержательный материал для своих актов. И было бы правильным процедурными (регламентными) нормами закрепить обязательность вовлечения судебных позиций в законодательный процесс. Можно утверждать, что сегодня в этом направлении работа не проводится. Однако было бы актуально провести исследование того, в какой части представляемые в законодательный орган проекты законов обосновываются результатами судебной практики, есть ли ссылки на нее в пояснительных записках к законопроекту, в выступлениях докладчиков, представителей соответствующих органов и тех, кто участвует в прениях. К настоящему времени накопился громадный массив таких решений, которые в разной степени и в разных формах формируют право. Специально и комплексно на предмет экспертиз текущей нормотворческой деятельности этот массив права никто специально не изучает. Не исследуются даже те решения, в которых прямо или косвенно предполагается последующая деятельность законодателя.

По оценкам экспертов, каждый седьмой закон содержит серьезные ошибки [14]. А если считать и «несерьезные»? А могут ли вообще быть несерьезными ошибки в такого рода документе? А почему не учитывается тот факт, что в отдельном законе может быть по семь и более ошибок? Ошибку законодателя вправе официально констатировать в конечном счете единственный орган — суд. Теория разделения властей, кроме всего прочего, имеет как раз и этот аспект: противостоять ошибочным решениям законодательной власти. В Российской Федерации в настоящее время получил уже достаточно широкое практическое воплощение институт судебного обжалования нормативных правотворческих актов, и это прямое подтверждение не просто демократизма системы, приближения к правовому государству и т. д., но и нахождения



оптимального пути практического решения сугубо юридической проблемы — избавления от допущенных правотворческих ошибок. Считаю возможным просто сослаться на одно из решений Конституционного Суда, которое является показательным с точки зрения констатации многообразных и достаточно характерных ошибок законодателя[1].

Столкновение жизненных интересов, судебные споры, противостояние позиций сторон — вот основа развития живого права. Это то, что неведомо законодателям, чей образ жизни связан скорее с политикой[2]. Многие теоретические, практические, идеологические и исторические обстоятельства позволяют отдавать первенство в правотворчестве именно судебным органам, а не парламентам. Да, законодатель возводит право в закон, но это уже другая стезя, иная по сути своей работа.

Суд — один из субъектов, осуществляющих в правопорядке коммуникацию. Это правоприменитель, и ранее нами излагались осуществляемые в ходе правоприменения информационно-коммуникативная, аффективно-коммуникативная и регулятивно-коммуникативная функции [12, с. 275 и далее]. Но через властные полномочия суда идут правообразование, правореализация и правоохрана. Нельзя не согласиться с исследователями, которые считают правосудие причастным как к естественному, так и к позитивному праву; видят в нем критерий для всякого решения и любой инстанции; видят его присутствие в каждом законе в качестве идеи, внеюридической предпосылки для законодательной мысли; рассматривают правосудие в качестве посредника между божественными и человеческими законами, между разумом и справедливостью [17, с. 175; 18, с. 67]. Отсюда только один шаг для представления о праве как «динамично-функциональной, всепроникающей социально установленной сети совокупных коммуникаций и юридических действий» [19]. И коль скоро законодательство базируется на праве, логично обоснование того, чтобы законодатель призывался к восприятию того, что нарабатывает суд.

К настоящему времени накопился громадный массив таких решений, которые в разной степени и в разных формах формируют право.

[1] Постановление Конституционного Суда РФ № 11-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Закона РСФСР «О Государственной налоговой службе РСФСР» и законов Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» и «О федеральных органах налоговой полиции» от 15 июля 1999 г. (см. подробно [15]).

[2] С точки зрения автора, однозначно отдающего первенство в правотворчестве судьям, законодатели не имеют понятия о 99% того, что происходит вокруг них, о реальных сделках, договоренностях, установках, чувствах и убеждениях людей, которые их решениями затрагиваются [16, с. 38].

Специально и комплексно на предмет экспертиз текущей нормотворческой деятельности этот массив права никто не изучает. Не исследуются даже те решения, в которых прямо или косвенно предполагается последующая деятельность законодателя.

Представляется, что суды всегда озабочены поиском тех параметров, в которых люди могут удовлетворить свои естественные потребности наиболее эффективно и безопасно. Это будут прежде всего естественно-правовые нормы, часть из которых в силу социальных причин и обстоятельств уже закреплена или требует закрепления в человеческих законах (в позитивном праве). Естественное право (лат. *jus naturale)* в литературе чаще всего противопоставляется позитивному праву: 1) как совершенная идеальная норма — несовершенной существующей; 2) как норма, вытекающая из самой природы и потому неизменная, — изменчивой и зависящей от человеческого установления. Однако такой подход нуждается в уточнении и конкретизации. Во-первых, сегодня даже теологическая концепция естественного права описывает его как право с изменяющимся содержанием; во-вторых, нормы естественного права в том или ином объеме вошли в содержание позитивного права в любой из существующих правовых систем; в-третьих, естественно-правовые нормы с точки зрения совершенства могут быть разными и противоречащими друг другу; в-четвертых, естественные права конкретного человека при определенных условиях могут быть представлены в качестве отъемлемых и ограничиваемых [13, 20].

Не может не вызывать сомнений определение естественного права как совокупности принципов, правил, прав, ценностей, продиктованных естественной природой человека и тем самым как бы независимых от конкретных социальных условий[1].

Во-первых, теряется определенность (позитивный смысл) содержания естественного права, поскольку природа человека вообще неопределенна (звериная или ангельская), а природа разных людей различна. Во-вторых, такое естественное право можно было видеть только в том естественном состоянии, которое давно уже уступило место социально организованной жизни людей. В-третьих, определение уводит нас в лишенный социальности виртуальный мир и тем самым делает непригодным использование соответствующих ценностей в реальной законотворческой практике[2].

[1] Философская энциклопедия. URL: http://sbiblio.com/ biblio/content.aspx?dictid=89&wordid=793896

[2] В общем плане нельзя не видеть обоснованность критики модернистских подходов к праву в части дефицита в них социальной содержательности, нельзя не признать полезности «потребностного понимания» права, когда просматриваются средства удовлетворения (или ограничения, подавления и т. д.) индивидуальных и коллективных потребностей [21, с. 17, 29].



В поиске оснований естественного права недостаточно выявить естественную природу человека (у Гроция она характеризуется возвышенно: человек — общительное существо; у Гоббса, напротив, в естественном состоянии люди враги друг другу и естественное право человека оказывается причиной «состояния войны») [22, с. 309, 315—316], недостаточно обратить внимание на якобы имевшие место договоры людей между собой и с властью. Большое значение здесь имеет так называемая природа вещей, которую можно интерпретировать в аспекте «права разума». В законах разума при соотнесении их с естественными реалиями жизни людей отыскивается интеллектуальная, по-своему объективная основа для ограничения произвола частных стремлений. Рационалистическая основа естественного права обосновывается в трудах многих выдающихся философов.

А практическая основа связана с деятельностью суда, который в каждом конкретном деле находит справедливое решение для вполне определенных субъектов применительно к данным условиям места и времени, что и обусловливает необходимость введения установленной судами «естественности» в нормативный массив позитивного права. При этом в позитивное право (в закон) возводятся не только права, но и незыблемые и непререкаемые естественные обязанности, что далеко не всегда воспринимается либеральной концепцией переустройства общества.

Рефлексируя проблему в свете глобального исторического опыта, наш современник пишет: «Естественные права — это право на жизнь, право собственности, право на свободу. Убежден, что естественные права должны уравновешиваться обязанностями. Право на жизнь уравновешивается обязанностью сохранять и продолжать жизнь. Право наследовать собственность уравновешивается обязанностью защищать и приумножать собственность. Право на свободу уравновешивается обязанностью самоограничения. Праву корреспондирует в первую очередь обязанность самозащиты этого права тем лицом, который им обладает. Самозащита естественного права включает в себя пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, а также восстановление положения, существовавшего до нарушения права, если это возможно. Если лицо (или группа лиц, или все население какого-то государства) не выполняет обязанностей по самозащите своих естественных прав, то оно этих прав неизбежно лишается» [23].

**Выводы**

На Западе до настоящего времени популярны идеи Т. Гоббса. И в свете вышеизложенного представляется уместным подчеркнуть, что Гоббс задолго до Дюги и других мыслителей XIX в. в своей главной книге описывает «обязанности людей сначала как представителей рода человеческого, далее — как граждан, наконец — как христиан», исходя из того, что «в этих обязанностях содержится как сущность оснований естественного и общенародного права, включая происхождение и силу справедливости, так и сущность христианской религии» [24, с. 287][1]. Остается лишь заключить, что государство обеспечивает проведение в жизнь социальных обязанностей и прав граждан не только посредством закрепления их в парламентских актах, но и через судебное установление официальных нормативов равенства и справедливости. Таков интегративный взгляд на право.

*Библиографический список*

1. *Гаджиев Г. А.* Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2014.

2. *Клеандров М. И.* Конституция Российской Федерации и системные проблемы судебной власти // Российское правосудие. 2014. № 2. С. 6.

3. *Лазарев В. В.* Учет решений Конституционного Суда Российской Федерации в законодательной деятельности // Проблемы исполнения федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации решений Конституционного Суда Российской Федерации и конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации. М., 2001. С. 91—100.

4. *Лазарев В. В.* Российский парламент как адресат решений Конституционного Суда // Парламентаризм: проблемы теории, истории, практики: сб. науч. статей к 60-летию заслуженного юриста РФ, доктора юридических наук, профессора Исакова Владимира Борисовича. М., С. 54—65.

5. *Бернам У.* Правовая система США. Вып. 3 / под ред. *В. А. Власихина*. М., 2006.

6. *Эрлих О.* Основоположение социологии права. СПб., 2011.

7. *Зорькин* В. Право в условиях глобальных перемен. URL: http:// rapsinews.ru/international_publica- tion/20130515/267367948.html

[1] Не устаревает предупреждение исследователя естественного права: «Польза от хорошо изложенного учения об обязанностях столь же велика, сколь велик вред, приносимый подменяющим его заблуждением» [22, с. 288].



8. *Бондарь Н. С.* Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011.

9. *Гук П. А.* Нормотворческая функция высших судебных органов России // Правовое государство и правосудие: проблемы теории и практики: матер. VIII Междунар. науч.-практ. конф. (15—19 апреля 2013 г.). М., 2014.

10. *Хайек Ф.* Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006.

11. Суд как субъект правовой политики / под ред. *А. В. Малько.* М., 2014.

12. *Лазарев В. В.* Избранные труды: в 3 т. Т. I: Закон. Законность. Применение закона. М., 2010.

13. *Лазарев В. В.* Ограничение прав и свобод как теоретическая и практическая проблема // Журнал российского права. 2009. № 9. С. 45.

14. *Ямшанов Б.* Ошибка в законе // Российская газета. 2007. № 275. 7 дек.

15. *Лазарев В. В.* Роль Конституционного Суда Российской Федерации в установлении и преодолении ошибок законодателя // Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах: матер. Междунар. науч.-практ. конф. (29—30 мая 2008 г.) / под ред. *В. М. Баранова, И. М. Мацкевича*. М., 2008.

16. *Бруно Л.* Свобода и закон. М.: ИРИСЭН, 2008.

17. *Исаев И. А.* Власть и закон в контексте иррационального. М., 2006.

18. *Ямпольский М.* Физиология символического. Кн. 1: Возвращение Левиафана. М., 2004.

19. *Кравиц В.* Юридическая коммуникация в современных правовых системах (теоретико-правовая перспектива) // Правоведение. 2011. № 5. С. 18.

20. *Лазарев В. В.* Права человека и права гражданина: диалектика отношений // Новая юстиция. Журнал судебных прецедентов. 2009. № 1.

21. *Рабинович П. М.* Вступительное слово // Неклассическая философия права: вопросы и ответы / под ред. *А. В. Стовба*. Харьков, 2013.

22. История политических и правовых учений / отв. ред. *В. В. Лазарев*. М., 2008.

23. *Романов И.* Естественные права. URL: http://confuz. ru/plugins/ p2_news/printarticle.php?p2_articleid=733

24. *Гоббс Т.* Левиафан // *Гоббс Т.* Избранные произведения: в 2 т. Т. 2. М., 1964.

## Technologies. Law. Person
(co-authored with Fursov D. A.)[1]

«The semiconductor revolution was the basis of what we call modern information technologies and what we call today a post-industrial society», said Zhores Alferov[2].This is a capacious characteristic of the technologies in modern society from the representatives of the physical worldview. And what can state and legal scholars say just as significant about this society?

Much has been written about the changes in society in the digital age.[3] At the last two legal forums in St. Petersburg there were several discussion platforms on specific aspects of legal activity.[4]. Moreover, lawyers have unexpectedly become concerned with the general issues of what constitutes a model of state and law in a post-industrial society. An international scientific conference was held at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, supported by the Department of Social Sciences of the Russian Academy of Sciences. It was dedicated to the 100th anniversary of Daniel Bell's birth, whoops one of the theorists of postindustrial society.

From our point of view, innovative results in the characterization of this society can be expected from the lawyers only after a system of diverse technologies will be considered in their direct and immediate connection with a person — the main value of a democratic social structure. Hence there is an appeal to law, to the actual legal technologies. One of which, called the technology of legal court proceedings, is discussed in detail in this article.

Our century is characterized by the rapid development of technologies, by which we mean a set of scientifically based methods and means that allow us to achieve our goals in the most complex areas of activity. All technologies are hypothetically aimed to benefit a human: development of production, ensuring national security, further deepening of knowledge, pro-

[1] Kazan University Law Review. 2019. No. 4 (3). P. 154—168.

[2] URL: http://tvkultura.ru/video/show/brand_id/20898/episode_id/156362/;http://xn--80akfo2a.xn-- p1ai/2017/05/23/3742/

[3] *Andreeva L. A.* On the Issue of Digital Jurisprudence. Actual Problems of Jurisprudence: a collection of articles based on the materials of the I International scientific-practical conference. Novosibirsk, 2017. No. 1 (1). P. 32—41; *Khlebnikov P.* Digitalization of Law as a Consequence of the Digitalization of Life. URL: http:// www.justicemaker.ru/view-article.php?id=7&art=6860

[4] At St. Petersburg International Economic Forum, the Chairman of the Constitutional Court of the Russian Federation Professor V. D. Zorkin discussed the possibility of packing laws into a program code and the place of the artificial intelligence in court procedures. URL: https://rg.ru/2018/05/29/zorkin- zadacha-gosudarstva-priznavat-i-zashchishchat-cifrovye-prava-grazhdan.html



viding medical and other types of assistance, and other areas of adequate interaction with the environment in a rapidly changing world.

The classification of technologies is not an easy task, since they are all heterogeneous, all have a different scale of application, different social significance, and all belong to different areas of human life. Not pursuing the goal of creating an exhaustive classification, it is extremely important to understand to what extent various types of technologies are under state and public control, whether they contain not only benefits, but also potential threats to humans.[1] On this basis, it is necessary to assess the degree of sufficiency of legal regulation of the entire sphere of public relations, adjacent to the development, use and improvement of the most important technological processes[2].

The first group of such technologies should include defense military complexes. They include not only weapons, but also the delivery vehicles for them, which entail the possibility of mass destruction of people, including threats on a planetary scale. In this area of interstate relations with the participation of countries with nuclear capacity, no serious problems can arise as long as each carrier of the most destructive weapons cares only about its own security, has no territorial and other claims, and is subject to generally accepted norms of international law.

Expectations of prosperity are replaced by anxiety from the moment there appear the states aspiring to world leadership or domination, seeking to subjugate the rest of the world, declaring foreign territories and government regimes in other sovereign states to be the spheres of their own direct or indirect interests. Under the most hypocritical pretexts, the goal is set to subordinate other countries to their economic benefits, to parasitize at the expense of other nations. To achieve it, all means are used, from direct threats and blackmail to forming military blocs and undisguised military aggression. The norms of international law turn into fiction, the for-

[1] Some authors argue for the creation of a fund for the collection and analysis of information on the use of the results of intellectual activity. See, for example: *Leonov A. V., Pronin A. Yu.* Innovative and Technological Ways to Ensure National Security of Russia. M., 2018. P. 248.

[2] The analysis of the program «Digital Economy of the Russian Federation», approved by Decree of the Government of the Russian Federation of July 28. 2017. No. 1632-p, allows to conclude that the law appears in it «as a means, and not an object of digitalization» (*Khabrieva T. Ya.*, Chernogor N. N. Law in the Environment of the Digital Reality // Journal of Russian Law. 2018. No. 1. P. 85). Legal technologies, the use of which is provided for by the Program, are also not digital at all. Meanwhile, the action and image of many social institutions and regulators are refracted in this reality. This includes law as «it becomes not only a means, a tool, ensuring the introduction of digital technologies and their use in various areas of public life — economics, management and other segments of social being, but also a subject of digitalization. The content, form, mechanism of action of law is changing» (*Khabrieva T. Ya.* Law in Front of the Challenges of Digital Reality // Journal of Russian Law. 2018. No. 1. P. 6).

mer world order is mercilessly destroyed, moral values remain the destiny of only noble people.

The competitive environment slowly but surely changes the balance of power in the world, some problems are replaced by others, for which the main antidote can only be a bilateral or multilateral (convention) international agreement. Agreements between sovereign states are concluded only on a voluntary basis, which must be formed.

Assistance in the conclusion of international treaties and the subsequent support, including systematic mutual inspections, is carried out through the disclosure of all tactical and strategic benefits for each of the participants. An illustrative example is the demonstration by N. S. Khrushchev of an intercontinental ballistic missile aimed at Paris to De Gaulle only because of France's membership in NATO. The defenselessness in the event of launching it in the conditions of a military conflict prompted the illustrious general to immediately withdraw France from the North Atlantic Treaty during his presidency.

In modern conditions, many countries of the European Union, providing their territories for the deployment of American military bases, live under the illusion of guaranteeing their own security. The obvious fact of turning objects located in their national territories into primary targets in order to please an overseas ally is not recognized or it is ignored completely. This looks strange to adherents of inalienable human rights, among which the right to life comes first.

The problems are exacerbated by the fact that the missile systems are controlled by automation with the minimal involvement of human factor in decision making. This is both good and bad at the same time. The activation of the defense systems in any camp can be false. The presence of a nuclear charge in a given missile is unpredictable. The time for its approaching, taking into account the provocative actions to deploy military bases near state borders, is minimal. Under such conditions, the risks of a local and a large-scale military conflict increase.

All this does not mean that military technology is an absolute evil. On the contrary, they have a huge peacekeeping potential. It is well known that sovereign states possessing nuclear weapons are treated differently than all others without such weapons.

Nevertheless, tremendous efforts are required, comparable to the destructive power of accumulated warheads, for restraining strong-willed decisions by law, promoting a peaceful existence instead of rattling weapons and rejecting international obligations. The work on involving all interested countries in the negotiation process must be carried out regardless of their block affiliation and block consciousness, bordering on the renunciation of their own sovereignty.



Currently, the reality is that block consciousness within NATO prevails over common sense. This is manifested in the treacherous attack on other states under false pretences, and in the dissemination of slanderous fabrications in order to create a vicious opinion about the system of government of objectionable countries that do not obey American hegemonism, and in double standards in assessing single-order phenomena, and in hypocritical interpretations of democratic principles, as well as in readiness to condone any false, unproven statement to please the allies.

Law, unlike politics and numerous legislative acts adopted by unfriendly states, is always directed towards justice. It treats the problems in full, taking into account the possibilities of their solution in certain conditions. The legal regulation of international problems associated with threats of using military technology has no alternative. In modern conditions, it is not international law that has lost its authority, but the subjects of international law that do not appreciate its value.

The second group of the most significant technologies is represented by digital technologies. There is no distance between military technologies and electronic systems based on software products; differences are observed only in the areas of application. Therefore, there is a need to evaluate modern digital technologies in terms of law in a wider context.

The main direction of the development of digital technologies is associated with artificial intelligence and its carriers (computer technology and robotics). Despite the high rates of technological progress, especially in the aforementioned field of scientific knowledge, it is necessary to state a certain limit that has been reached to date.

The latest generations of personal computers are fundamentally no different from each other, except for the size of the memory. The use of neural fields is problematic, and the technology of quantum computers seems to be a matter of the near future. Therefore, the world is waiting for the scientific breakthroughs, that would open up fundamentally new opportunities for a human.

At the stage of the development of knowledge in the field of artificial intelligence, legal norms only accompany the results of intellectual activity. The legislator resolves issues as they appear.[1] Already now it is useful to

[1] In the field of medicine, for example, the Federal Law dated July 29, 2017 no. 242-FZ «On Amending Certain Legislative Acts of the Russian Federation on the Use of Information Technologies in the Field of Health Care» was adopted, which was followed by an Order of the Ministry of Health of the Russian Federation dated November 30, 2017. No. 965 «On approval of the organization of medical care using telemedicine technologies». These documents approved the procedure for consultation between general practitioners and leading specialists in narrow areas of medical knowledge during diagnosis, surgical intervention and further follow-up treatment of patients. *Morhat P. M.* Artificial Intelligence. Legal View. M., 2017. P. 65—66.

think about the use of artificial intelligence in such a field as judicial activity, which is distinguished by traditional overload, repeating from year to year. All prerequisites for this are present.

Firstly, in modern conditions, unlike during the time of King Hammurabi, when all the laws were carved on a stone pillar, not a single lawyer is able to know and remember the countless laws, by-laws, and their judicial interpretations. Artificial intelligence has essentially an unlimited memory. Unlike a human being, it is able to constantly gain information without fatigue, medical leaves or other reasons for idleness.

Secondly, modern AI is already capable of keeping all facts in sight, highlighting the most significant ones and those that are crucial for drawing conclusions. Unlike a human being, it does not forget anything, it is not distracted, it does not confuse things and does not form conclusions with a violation of logic, that are contrary to the established facts.

Thirdly, artificial intelligence is controlled. Before the application, the testing of all its functions and capabilities is carried out. The results of intellectual activity are not issued in an abstract form, not by the principle of a black box, but under the conditions of bringing the most detailed justification. A person also has the skills to write a motivated judicial act, but because of the excessive workload, he or she is sometimes not able to carry out this work in full and with impeccable quality.

Fourth, AI in the goal setting mode is able to accurately determine for the interested parties (the plaintiff and defendant or the prosecution and defense) all legally relevant facts and methods of proof. In this sense, the persons participating in a trial will not experience any inconvenience compared to participating in a regular court session. Moreover, it is always possible for them to clarify the details of evidence-based activities without interfering with the adversarial process, which, will not lose its relevance even when using intelligent systems.

Fifth, the activity of AI is never spontaneous. It plans its work, puts forward hypotheses, collects information, evaluates it, determining the extent of significance, monitors each argument individually and collectively, takes care of the reliability of the conclusions and arguments of the final decisions. The software product is focused on checking the most significant versions, and with a large amount of uncertain information, unlike a person, it is not inclined to panic. On the contrary, as it collects even the most mixed information, it notes a positive tendency to reduce uncertainty.[1]

Sixth, AI is the embodiment of the long-held dream of an impartial trial of civil and criminal cases with full knowledge of all examples of the established judicial practice, taking into account the special circumstances of the case under consideration and without regard for higher authorities, since



it is capable of creating (making) reference decisions and sentences. It may take more than a thousand years before a person acquires impartiality in their scientific understanding and can work perfectly, while for an intelligent machine this is tomorrow.

Seventh, AI is able to study the prevailing judicial practice and identify trends in its development, identify promising ways, consistent approach to the most fair decisions in the given conditions. The widespread introduction of AI in the administration of justice involves the receipt of the smallest number of complaints to the supervisory bodies, not to mention the fundamental transformations that await the supervisory bodies themselves, which will not be able to maintain their current structure when not needed.

Eighth, artificial intelligence prepared for the administration of justice, unlike the best professional judging personnel, can always be cloned in any quantity. And it is known that each of the robots will perform the assigned work equally successfully, since there is nothing more definite, evidence-based and verified than the mathematical calculations on which all varieties of artificial intelligence are built. Therefore, the adaptation of artificial intelligence to solving issues related to the provision and administration of justice has obvious prospects.

Ninth, AI has already proved its advantages over the human mind in all game activities. Even world chess champions, one-of-a-kind personalities, cannot defeat a computer.

In the same way, in the field of justice, a robot has the opportunity to note all the shortcomings in the work of the judge (insufficiently convincing motivation for the decision made, mood swings and fluctuations in mental activity during the working day, subjective preferences of some methods of proving or arguing over others). While a professional judge cannot reproach a robot with artificial intelligence for anything like that.

Tenth, from the point of view of scientific knowledge, a trial is a set of algorithms. By algorithms we mean the consistent implementation of all the rules that determine the procedural activity that allow to convert input to output correctly. All judicial procedural activities should be arranged as a set of sufficient algorithms.

There are no obstacles to programming a solution to any problem that arises in judicial practice, using algorithms for its subsequent implementation on a computer. After the basic functions of brain activity are sufficiently studied, AI will have common sense in its ordinary understanding and will never suffer from a sick imagination. This is the obvious advantage of a computational theory of information.

In this situation, there are no obstacles for making a robot stuffed with AI to be an indispensable assistant to the judge (with a huge amount of information, gaining quick access to the necessary information based on structured catalogs, offsetting the risk of errors when processing the necessary information[1], delegating it all cases examined by the legislator in a simplified manner. After proper testing, there are no obstacles for transferring to the artificial intelligence robot all the other categories of cases, including the most complex civil, administrative and criminal cases.

Accomplishing this task requires close cooperation between professional judicial personnel and programmers, since artificial intelligence belongs to the field of software products. Such work will result in full robotization of activities related to the administration of justice with all the predictable results.

In the professional legal environment, there are authors who do not accept the idea of robotization[2]. In their opinion, the human factor is indispensable in the administration of justice. But such an approach is akin to the rejection in medicine of modern high technologies in favor of personal medical experience, which looks incorrect in the statement of the problem of their relationship. Personal experience, personal participation, and personal skills are not depreciated. But they cannot compete with the automated speed, completeness of information and accuracy of calculations.

The reason for the mistrust of lawyers in robots is related to their remoteness from the field of robotics with AI. Lawyers have never dealt with mathematical logic, since in humanitarian universities they teach classical (Aristotelian) logic, and so far there have been no attempts to bring them together on a single scientific platform.

The time for such a rapprochement has come, since machines operating intellectually have long existed, and the scientific problem boils down to the creation of artificial intelligence instead of its limited imitation. In the mathematical logic underlying the theory of algorithms, there is removal of implications as double negations, that is, binary logical connectives, distribution and movement of logical connectives, Skolemization, removal of universal quantifiers and other operations in order to ensure only first-order logic. A system for ensuring the truth of judgments is built on the basis of a software product capable of performing searches with returns based on managed dependencies[3].

[1] Digital Economy: Information Technology and Models / ed. *N. V. Apatova*, Simferopol, 2018. P. 75—77.

[2] In particular, the former judge of the Constitutional Court of the Russian Federation M. I. Kleandrov discusses this problem. See: *Kleandrov M. I.* Reflections on the Topic: Can a Robot Be a Judge? // Russian Justice. 2018. No. 6. P. 15—25.

[3] *Russell S., Norvig P.* Artificial Intelligence. The Modern Approach. M.; SPb.; Kiev, 2018. P. 235, 409, 1271—1272.



At the same time, skolemization is understood as the conversion of free variables using constant and functional symbols, quantifiers refer to renaming without changing the truth values, and logical connectives of negation are disjunction (a pair of two statements is false only when both statements are false), conjunction (a pair of two statements is true when each of them is true), implication (the whole statement is false when the premise is true, but the conclusion is false) and equivalence (two statements are equally true only when each of them is true)[1].

It is absolutely clear that no living person is capable of ensuring such an academic purity of analysis, verification and assessment of circumstances in the most complex cases. Artificial intelligence is out of competition, it has undeniable advantages in any field of activity, including justice. Any human attempt to act as promptly and accurately as a robot is fundamentally impossible in itself, while for artificial intelligence hardware accelerators have been created[2].

Logically, questions may arise about the lack of emotions and human feelings, including the sense of justice, fundamental in court. These arguments are most often mentioned by those authors who completely deny the idea of digital justice, do not even think about the robotization of this area of activity.

In connection with the above arguments of potential opponents, at least two circumstances deserve our attention. First, programming human emotions has long ceased to be a problem. It is sufficient to turn to the algebra of emotions, which is built according to all possible values in the direction of plus and minus, based on universal causeeffect relationships, classification of emotions, their properties, resources and emotional states. Any complex emotions are mathematically accurately decomposed into simple operations that allow to simulate and complement the intelligent system[3].

Therefore, the criteria of justice are expected to be met much faster, more controlled, more stable and more accurate with artificial intelligence than with humans. Equally important is such a circumstance as the total provision of a given highest level of justice in all cases without exception and throughout the territory under national jurisdiction.

The second circumstance is connected to the negative costs of human emotions, which are not usually talked about because of the presumption of an impartial administration of justice. Even presumptions established by

[1] *Vereshchagin N. K., Shen A.* Languages and Calculus: lectures on mathematical logic and theory of algorithms. M., 2012. P. 15—21, 40—57, 76—79.

[2] *Gift N.* Pragmatic Artificial Intelligence. Machine Learning and Cloud Computing. SPb., 2019. P. 298—299.

[3] *Fominykh I. B., Alekseev N. P.* On the Calculus of Emotions. Hybrid and Synergetic Intellectual Systems: materials of the IV All-Russian Pospelovsky Conference with international participation. Kaliningrad, 2018. P. 123—132.

the legislator can be valid only until they raise doubts or provide evidence to the contrary. It is quite obvious that the judge may become tired, under conditions of multiple workload they are in a state of constant stress, have subjective preferences, and no one is exempt from everyday problems.

The third circumstance we associate with the fact that the negative emotion towards unlawful behavior, which is always prohibited, predominates in the sphere of justice. The academic A. A. Guseynov, not without reason, points out that moral requirements take predominantly a form of prohibitions and only prohibitions can become universally effective on a scale of the whole humanity[1]. In this regard, it is possible to draw analogies with law, the original value of which was reduced precisely to prohibitions inseparable from moral attitudes. Today, legal scholars emphasize the positive regulatory function of law, focused on the promotion of certain behavior. However, any statutory incentive or permitting regulation can be expanded as a norm prohibiting or at least not approving certain behaviors. It is important for us to emphasize this fact, since programming prohibitions is technically simpler and socially more valuable.

Each judge as a person is unique in one or another form of professional activity. Giving a unified judicial status to people who are different in character, way of thinking, good faith, experience, depth of legal understanding of disputed relations does not fundamentally change anything. Neither intellectual abilities, nor upbringing, nor attitude to business and other people's destinies, nor work alone or in association with others undergo any significant changes.

It is these unique characteristics, many subjective properties in assessing objective circumstances that lead to judicial errors, which, with proper testing, are excluded from the work of artificial intelligence. This is the case when unique personality traits can have both a negative and positive value. It is no coincidence that it is well recognized that living with a genius person is most often unbearable. Artificial intelligence, not deprived of the signs of reason, does not suffer from such extremes.

Intervention in the functionality of a robot with artificial intelligence, which many practitioners fear, is easy to prevent. An artificial intelligence robot is a fairly complex device that is not accessible to many users. There are many other barriers to interfering with its work. From special storage conditions to systematic maintenance in order to verify settings, filling it with information without using network resources, control testing and analysis of final judicial acts from the point of view of their sufficient and adequate justification. The latter

[1] URL: https://studref.com/398404/filosofiya/guseynov



form of control can be carried out both by authorized officials independently, or by involving another robot with artificial intelligence.

Judicial experience has shown that with the advent of analogue, and then digital audio recordings of the trial, the long-standing conflicts and scientific disputes about ways to overcome distortions in the information subject to protocol recording as judicial evidence that form the basis of the court decision and court sentence have disappeared. That is, the smallest technical device made it possible to overcome a problem of enormous proportions, which the most intelligent specialists could not solve for decades, devoting numerous scientific reports to this issue.

But it is not technical issues that dominate the assessment of relevant social technologies. At the center of law and legal relations is a person with their claims to justice, reasonableness and certainty in their relations from other members of the community and from the state. Accordingly, it is customary to consider these values as a goal, principle, property and even the «beginning» of law. The question is: is it possible to provide them during the robotization of legal proceedings? Yes, of course, if we proceed from the fact that the listed properties are not immanent in law, they are the essence of the quality introduced into it from outside and are variable in accordance with the conditions of place and time with very significant influences of the subjective factor. Can it be considered reasonable or unreasonable when the principle of election or appointment of the head of a constituent entity of the Russian Federation is justified? The Constitutional Court, as it is known, recognized both practices as constitutional.

If law is a volitional regulator, then the reasonableness of the will of the subject of lawmaking is not necessarily reasonable for others, especially since there is always a social conflict that determines the emergence of law. If law is understood as a natural- legal formation that is connected to a person (his/her nature), then it immediately reveals how many unreasonable or relatively reasonable properties are in its manifestations. Even in the theological version of natural law, where law is declared as a divine command, one can see the foolishness of being: why are children sick and dying?

By the law of a slave society, a person with all the *certainty* is «instrumentum vocale», an animal. This is an objective reality. Is this reasonable from the point of view of objective reason? Should the category of reason be involved here? The answers to such questions will most likely be won by instrumentalists and legal realists on the basis of pragmatic philosophy, according to which it is true, reasonable and fair what is profitable.

But law, as requirements (rules) of a proper nature or as proper behavior itself, is not evaluated in the categories of truth. The rational law of subsequent

eras was not so specific in equating a man with a beast and did everything to obscure the exploitative essence of the existing legal relations, to present formal equality as equality in general, etc. From the perspective of the ruling elites (classes) this was reasonable, it was fair. Within the framework of this reasonableness and justice, both *certainty* and *uncertainty* of legal regulation could be justified. Reason should bind the understanding of law, the doctrine of law, and not law itself, unless, of course, we have in mind some ideal («pure») law. Reason and rationality are beyond law, as an external factor mediating law and its implementation. From here, those social values that are accepted by a particular society are introduced into the robotic legal program.

The characterization of law in terms of will and interest, service and benefit organically implies the need to hide the true content of the norms and, as a result, in this sense supports uncertainty. But uncertainty is sometimes regarded as a positive phenomenon from a purely legal perspective. The uncertainty of legal regulation is pointed out when the regulatory importance is given to the principles of law or when the legislator leaves the decision to the discretion of the law enforcer. In our opinion, this is a reasonable decision (normal phenomenon) in the name of certainty in achieving justice.

Law differs from all other means of regulatory regulation by the fact that in all its elements — hypotheses, dispositions and sanctions — certainty must be present. Its absence is a defect in law. The appealing to general norms (norms and principles) has its own certainty. Firstly, abstractions grasp the essence of relations deeper and more truly, and secondly, the general norm is a certain norm in the sense that it systematically assumes its individualization by the law enforcer. The principles are designed to capture the essence of phenomena manifesting their certainty. Otherwise, they would not be principles. If the legislator in advance and deliberately lets the law enforcer specify the norm containing the valuation concepts, then very certain parameters of flexibility of the legal regulation are established. The European Court of Human Rights and the Constitutional Court of the Russian Federation attach great importance to the principle of certainty of law, but do not see uncertainty in the valuation concepts.

Neither today, nor in the long run, neither the court nor any other law enforcement body can act at its unlimited discretion. Today in the law, and tomorrow in the digital program, the limits of their discretion will be indicated. Only they, and not the discretion itself, are a guarantee of the certainty of legal regulation.

Artificial intelligence is developing rapidly. Scientific research has made it possible to establish the relationship between thought processes and the neurophysiological activity of highly organized matter. This has opened up



the possibility of prototyping the human brain. But already now there are several independent approaches to the construction of artificial intelligence: symbolic (poorly formalized), logical (generalized databases), agent-oriented (perceiving the world through sensors), intuitive (imitation of human intelligence according to the Turing test) and hybrid (a combination of neural and character models).

We need to accomplish just one more thing. Namely, to create a unified methodology for lawyers and programmers whose work is associated with design work on the development of artificial intelligence. It is necessary for mutual understanding in the formulation of problems and their mathematical implementation.

In particular, it is customary for programmers at the first stage to engage in designing in the absence of any sufficient data. They work by feel. But with many unknowns, there is a constant buildup of empirical data.

At the second stage, programmers are engaged in identifying patterns in the entire volume of the accumulated material. It is too early to speak here of a theoretical understanding of the problems.

At the third stage of programming, empirical confirmation of the revealed patterns is made. As a rule, external superficial, not internal, relationships are confirmed.

And only at the fourth stage, the formation of a model on a theoretical basis takes place. Here it becomes possible to use algorithms to create a software product with specified properties[1].

Lawyers shall not be afraid of such cooperation, since it is carried out in their interests. In addition, an intelligent system includes only three elements. These include a database on a particular medium, a solver (this is the area of exclusive competence of programmers commissioned by lawyers) and an intelligent interface that is also prepared by programmers to allow the lawyers to communicate with artificial intelligence without additional software products. At the same time, the database contains rational knowledge, since from the point of view of the specialists, emotions are necessary for a person for survival only, and artificial intelligence does not need them[2].

The media reports on the annual influx of money into the development of artificial intelligence in the world, estimated at 25 billion US dollars. Considerable successes have been observed, including crystals with dynamic memory (neural chips), but artificial mind has not yet been created, science is on

[1] *Lomakina L. S., Lomakin D. V., Zelentsov S. A.* Information Technology for Diagnosing Multidimensional Objects. Voronezh, 2018. P. 7—10.

[2] *Moskvin V. A.* Dangers and Risks of Artificial Intelligence. Analysis and Practical Recommendations. M., 2018. P. 15—23.

the way to its full reproduction[1]. It should be noted that such global successes in the creation of artificial intelligence are not required to ensure justice. There can be successfully used software products with the intended purpose.

The software products related to the category of intelligent systems are already widely used in various areas of support for professional activities from medicine to the management of military complexes. Intelligent systems do not make mistakes. Mistakes can be made only by their developers, which are timely detected and quickly eliminated.

In the future, experts predict problems with robots stuffed with artificial intelligence only if they acquire full artificial intelligence and begin to act independently. According to all calculations, before such a time, there are still several decades. The most pessimistic forecasts are related to the robots' ability to reproduce themselves, which seems to be a slightly more distant prospect.

In any version of improving intellectual systems, the legislator should determine the game rules so that society does not face threats from systems' creation in a situation in which a person will become guilty without guilt. Already today, the legal regulation of civil relations related to causing damage by a car with unmanned driving falls behind. Much more consequences are caused by the erroneous use of digital intelligent technologies in aircraft, new classes of weapons, including means of hypersonic and electronic suppression of the enemy[2].

The third group of technologies relates to interventions in the genome and other deep human structures at the stage of formation of the fetus, sometimes grown using artificial technologies as well.

Genetic engineering has the most humane intentions associated with ridding a person of congenital diseases, providing them with resistance to viruses and other biological threats. In some countries, despite the existing bans, crypto children are expected to appear, that is, created artificially. However, these technologies cannot be considered as exclusively engineering projects.

In modern conditions, fundamental science does not provide an answer to the question of how spiritual principles begin to form in a biological human being. For this reason, there are only hypotheses with varying degrees of justification[3].

[1] *Ruchkin V. N., Kostrov B. V., Svirina A. G.* Artificial Intelligence Systems. Neural Networks and Neurocomputers. M., 2018. P. 3—16, 224.

[2] См.: International and Social Consequences of the Use of Artificial Intelligence Technologies. M., 2018. No. 44. P. 38.

[3] См.: *Fursov D. A.* A New Look at Philosophy and Jurisprudence in its Refraction to Justice // Bulletin of Civil Procedure. 2015. No. 4. P. 11—29.



Under such conditions, legal prohibitions on raising children artificially, introduced by the absolute majority of modern civilized states, should be recognized as justified. They require reinforcement in terms of the inadmissibility of such genetic experiments in other countries outside the specified group. Such experiments contain unpredictable results associated with humans, and therefore are inhumane.

All other technologies are largely of derivative or traditional character. They also require a lot of attention, because they determine hidden information wars[1], hidden combined methods of mass fraud, other technologies that need to be distinguished as a set of purposeful activities, and not disparate and harmless facts. Only the correct understanding and identification of technologies makes it possible to qualify them adequately.

Among the traditional ones there are many technologies related to the production, processing of materials, the performance of various works in individual sectors of the economy or fields of knowledge, including radio electronics, telecommunications, welding and assembly, casting and sewing, management and rejuvenation. We can also distinguish technologies as high and double, new and old, manual and remote. With all these technologies, as a rule, there are much fewer problems compared to technologies from the three named groups. It is important that they are safe, tested in laboratories or experimentally, and give predictable results. Other requirements, in addition to observing safety precautions, are not set by the legislator.

We have examined a number of special issues illustrating the place of law in the formation and use of technical and social techniques, means of achieving a person's goals focusing on a specific issue of technology of judicial activity. But specific issues raise more general questions about a person, their nature and purpose. Who is a person by nature? This question was asked by practically all well-known philosophers of modernity — Hugo Grotius, Hobbes, Machiavelli and many others who solved the problems of the political and legal structure of society in accordance with the answer to this question. The issue has not lost its significance in the light of postmodern methodologies for its solution. On the contrary, it has gain more importance in connection with technical opportunities to change not only everything that surrounds a person, but also the person itself. A solution can be expected only from the joint efforts of representatives of humanitarian and natural scientific knowledge.

[1] См.: *Shuvalov Yu. S.* Information Wars of the 21 Century. SPb., 2015. P. 12—17.

## Субъективный фактор в решении вопросов системы права[1]

Какую бы проблему юристы ни вынесли на обсуждение, первым в повестке дня будет вопрос о понятии права. Соотношение объективного и субъективного факторов смотрится по-разному, если вести речь о естественном праве или о позитивном, если искать право (и отожествлять его) в самих общественных отношениях, в исходящих от власти нормах, в правовом сознании участников общественных отношений. Действительно, можно ли вести речь о субъективном факторе, если правом объявить фактические общественные отношения или правовые отношения? Видимо, возможно, но со всей очевидностью субъективное просматривается тогда, когда признается волевой характер права. Тогда и само право, и любые манипуляции с правом выступают, прежде всего, как проявления субъективного. Субъективный фактор, как это имплицитно следует из самого его наименования, привязан к субъекту. Поэтому первый вопрос, который возникает в нашем случае: кто причастен к решению вопросов системы права?

Судя по тому, сколько споров ведется по этому поводу в правовой науке, можно предположить, что это именно они являются «виновниками» существующих систем права, именно они привнесли свои убеждения в структурную картину права. Однако нормативные правовые акты суть проявления воли правотворческих субъектов — парламента, правительства, министерств и ведомств, а в ряде случаев и негосударственных объединений. Более того, население в целом или в части своей на референдуме проявляет свою волю относительно того, какому быть праву и где ему располагаться.

По отношению к каждому из названных субъектов и каждым субъектом субъективный фактор проявляется (проявляет себя) по-разному. Здесь не ставится задача провести детальный анализ, но не обойтись без того, чтобы определиться с пониманием субъективного фактора и его составляющих. В этих целях следует обратиться к парной категории и выявить соотношение объективного и субъективного.

Объективное — это то, что противостоит конкретному субъекту, что до него имело место быть, бытие чего сложилось под воздействием внешних факторов, а субъективное — то, что исходит от данного субъекта[2]. Диалектический подход к их соотношению предполагает одновременно

[1] Проблемы системы и систематизации законодательства: сб. статей / под ред. *В. Б. Исакова, Е. Н. Салыгина.* М., 2018.

[2] Субъективное — это то, что зависит от вас (ваших чувств, жизненного опыта, точки зрения в данный момент и т. д.). Объективное — это то, что не зависит от вас и вашего восприятия. URL: https://toster.ru/q/25479



и их единство, и их противостояние. Более того, — взаимный переход одного в другое. Субъективное объективируется, а объективное некто может воспринимать как свое собственное, т. е. приобретает субъективную окраску. Объективное и субъективное находятся в постоянном противоречии (в разных его формах), что обеспечивает развитие того и другого через снятие антагонизмов, через актуализацию моментов единства. Давно замечено, что сознание человека не только отражает объективный мир, но и творит его. Объективное и субъективное составляют различные стороны, которые не могут быть обособлены или тем более абсолютно противопоставлены. При этом следует учитывать, что право, правовые отношения, правовые процессы, все правовые явления — весьма специфичны именно по причинам особенностей и меры соотношения объективного и субъективного. Так, например, формирование образовательных отношений и, соответственно, развитие структуры образовательного права во многом связывается с тем, кто занимает пост министра образования; деятельность по толкованию права всегда органично привязана к определенному субъекту и предполагает выявление именно его субъективного мнения о фактической и юридической сторонах дела, что обусловливает субъективную окраску интерпретационных актов как результата этой деятельности.

Впрочем, даже по отношению к толкованию противоборствуют две позиции: «толкование есть акт познания» и «толкование есть акт волеизъявления». Подобно этому, во взглядах на систему права противопоставляются два подхода: «система суть структура, сложившаяся объективно в силу развития общественных отношений», и «система суть структура, являющая собой волевое целенаправленное построение, удовлетворяющее практическим нуждам ее создателей». В том и другом подходе есть нечто от истины, и потому представляется наиболее убедительным третий — интегративный, который позволяет учесть диалектику связи, борьбы и единства объективного и субъективного в построении системы права[1].

В настоящей статье ставится цель сосредоточиться на субъективном факторе, на его позитивных и негативных характеристиках. При этом предполагается непременное и в конечном счете определяющее значение объективных реалий в формировании решений субъекта, полномочного определять действующую структуру права.

[1] В подтверждение нашего вывода суждение философа: «Два философских понятия — «объективное» и «субъективное» — обозначают один поворот, одно рассечение универсума, то есть одну категорию... Но, анализируя категорию, мы будем рассматривать ее стороны по отдельности, не забывая, что лишь синтез этих сторон есть, собственно, категория». URL: http://sbiblio. com/BIBLIO/archive/knigin_kategorija/01.aspx

Прежде всего об общих закономерностях проявления субъективности. Не претендуя на новизну в постановке вопроса, полагаю возможным выделить по меньшей мере пять факторов, которые питают субъективные взгляды на решение вопроса.

Во-первых, временной фактор. Субъективизм обусловливается восприятием эпохи, интерпретацией событий данного исторического этапа. Достаточно вспомнить отношение к делению права на публичное и частное в первые годы советской власти.

Во-вторых, рецептивно-групповой фактор. Субъективизм связан с восприятием реалий группой. Принадлежность к группе дает свой результат, независимо от глубины осмысления реалий. Наиболее яркое проявление данной разновидности субъективизма видим в классовом подходе к решению вопроса. Уместно сослаться и на принадлежность ученого к определенной школе.

В-третьих, личностный фактор. Особенности индивидуальности питают личный субъективизм. В нашем случае уместно указать на фигуру А. Я. Вышинского, чей субъективизм, чье влияние на решение коренных вопросов советского правоведения неоспоримо.

В-четвертых, всегда уместно выделить возрастной субъективизм (зависимость восприятия от периода жизни личности). Есть убедительные примеры того, как отдельные лица меняли свои взгляды в ту или другую сторону по мере достижения определенного возраста.

В-пятых, специально следует обратить внимание на зависимость восприятия от уровня правосознания, имея в виду как идеологическую его составляющую, так и психологический концепт, включая то, что Л. И. Петражицкий именовал императивно-атрибутивными переживаниями.

Сказанное позволяет дать определение субъективного как представления (решения), основанного преимущественно на личностном опыте в соответствии со своей личностной моделью мира.

Отмеченные факторы находят свое воплощение и там, где в качестве субъекта выступает орган государства. Дополнительно к ним присоединяется еще один — компетенция данного органа, данного должностного лица. Бесспорно, например, влияние на правотворческую деятельность Президента России и, соответственно, на то, где располагаться тем или другим нормам, в каком отраслевом режиме им осуществляться.

Соотношение объективного и субъективного факторов хорошо демонстрируется при анализе того, как формировалось в России муниципальное право. Еще многим памятно «время его зачатия» в лихие, как теперь говорят, 90-е гг. прошлого столетия. В соответствии с Конституцией принимается Федеральный закон от 28 августа 1995 г.



№ 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (ныне утратил силу). Это было эпохальное время, в которое и родилось муниципальное право — не выношенное, до срока, под большим политическим давлением в соответствии с Указом Президента РФ от 15 октября 1999 г. № 1370 «Об утверждении Основных положений государственной политики в области развития местного самоуправления в Российской Федерации» (СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5011). Повивальной бабкой оказался Конституционный Суд РФ, «одернувший» Удмуртию, которая скорее отдавала преимущество государственной власти, а не новым самоуправленческим институтам. Постановление КС РФ от 24 января 1997 г. № 1-П по делу «О проверке конституционности закона Удмуртской Республики от 17 апреля 1996 г. «О системе органов государственной власти в Удмуртской Республике» положение о том, что Государственный Совет Удмуртской Республики самостоятельно устанавливает систему органов государственной власти в Удмуртской Республике, признает конституционным, как и положение, согласно которому предусмотрено образование представительных и исполнительных органов государственной власти административно-территориальных единиц (районов и городов), определенных ст. 74 Конституции Удмуртской Республики (не противоречащим Конституции Российской Федерации), а положение, согласно которому предусмотрено образование представительных и исполнительных органов государственной власти таких городских поселений (район в городе и город, входящий в район), которые не имеют согласно ст. 74 Конституции Удмуртской Республики статуса административно-территориальных единиц, входящих в состав Удмуртской Республики, — не соответствующим Конституции Российской Федерации, ее статьям 66 (ч. 1), 72 (п. «н» ч. 1), 77 (ч. 1), 130 (ч. 1)[1].

Представляет интерес позиция Н. В. Витрука, выраженная им в особом мнении: «Конституция Российской Федерации не закрепляет право граждан на местное самоуправление в гл. 2 «Права и свободы человека и гражданина». Конституция Российской Федерации весьма осторожно формулирует право населения в сфере местного самоуправления в статьях, непосредственно посвященных местному самоуправлению (ч. 2 ст. 130, ст. 131). В них говорится о праве на осуществление местного самоуправления. Это подтверждает, что источником создания и реорганизации местного самоуправления являются Конституция и закон, а не соглашение и воля населения, которое имеет право лишь участвовать в осуществлении местного самоуправления». И далее: «Определение уровней, на которых создаются либо органы государственной

[1] URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_23118

власти, либо органы местного самоуправления (параллелизма здесь не должно быть), составляет исключительную компетенцию Удмуртской Республики в лице ее Государственного Совета — представительного, законодательного органа Удмуртской Республики. Определение таких уровней, равно как и моделей взаимодействия органов государственной власти и органов местного самоуправления, может быть различным и зависит не только от особенностей тех или иных субъектов Российской Федерации, но и от конкретной ситуации в них, от целей по решению вопросов государственного и сугубо местного значения»[1].

Н. В. Витрук в качестве основного субъекта, формирующего правовые отношения на местном уровне, видел не центральную, а региональную власть. Между тем суть дела, как представляется, такова, что основным субъектом формирования самоуправления должно быть население местных сообществ. При одном непременном условии: при наличии условий экономического и культурного характера.

В теории, повторимся, в соотношении отрасли права и отрасли законодательства чаще всего отдают первенство первой. Закон принимается с учетом характеристик соответствующей отрасли. И оправданно, например, распространенное мнение, что созданию кодификационного акта предшествует формирование отрасли права. Это главная предпосылка разработки и принятия кодекса.

Но не есть ли это сага о курице и яйце? Ведь именно законодателю принадлежит право официального признания тех или других общественных отношений в качестве особого рода или вида, требующих особого правового регулирования. А принятие кодекса практически завершает оформление отрасли права. До тех пор, пока нет объективированных тем или иным способом норм права, нет возможности говорить ни об отрасли права, ни об отрасли законодательства. В реалии имеет место переплетение объективных и субъективных факторов. Жизнь порождает общественные отношения. Часть из них рождается в рамках гражданского общества независимо от государства, часть — порождение самого государства. Часть отношений регулируется неправовыми социальными нормами, часть — непременно правовыми. Последние всегда суть проявление воли государства, как бы они ни формировались. Поэтому законодательную деятельность с ее субъективной стороной нельзя игнорировать в процессе формирования отрасли права. Это центр, вокруг которого вместе с развитием многообразных источников права, а также судебной и административной практики формируется отрасль права. И в ее предмете, и в ее методе правового регулирования есть свои объективные и субъективные элементы. Их сочетание

[1] URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_23118



является разным (как неодинаково соединение одних и тех же элементов в разных химических веществах или физических телах), что и обусловливает специфику соответствующих отраслей.

Специфика муниципального права в России (в отличие от других стран) в этом плане состоит в том, что волевой момент (субъективная сторона) преобладал, являлся по существу исходным. Однако и здесь следует оговориться: во времена революционных преобразований такая ситуация является типичной. Вообще, пока имеются противоречия социального развития, пока остается государство, законодательству будет принадлежать огромная роль в установлении порядка, обеспечении стабильности и согласованного развития общественных отношений, поддержании в них социальной справедливости, предупреждении социальных отклонений и борьбе с наиболее вредными из них. Система права складывается в том числе в результате системной работы государства.

Итак, наши выводы.

1. Отрасли права формируются естественным, относительно долгим историческим путем. Муниципальное право в России XX в. возникло в этом смысле противоестественно, в результате революционного переворота. Отрасли права формируются по мере развития общественных отношений, составляющих предмет регулирования. В советской России муниципалитетов не знали и местного самоуправления в классическом его понимании не было. Оно было спущено враз и сверху. Задача «формирования муниципального права как комплексной отрасли права» поставлена волевым решением и закреплена в «Основных положениях государственной политики в области развития местного самоуправления в Российской Федерации», утвержденных названным Указом Президента Б. Н. Ельцина. В свое время это позволило мне сказать на международной конференции в МГУ: «Овечку Долли сделали в московской лаборатории и с ходу пустили на бывшие колхозные и сельсоветские луга».

2. Превознесение субъективного фактора в ущерб объективному подрывает эффективное действие права. История свидетельствует, что в типичных случаях развитие идет от института и подотрасли к самостоятельной отрасли права. Советское право не знало такого института и такой подотрасли, как муниципальное право. Соответствующие нормы об осуществлении власти на местном уровне входили в ткань разных отраслей права. Организационные структуры формируются и развиваются на базе признанных характеристик отрасли. В России теория муниципального права и учебники появились едва ли не раньше самого местного самоуправления. То и другое поступило в качестве завезенного продукта. Да это и понятно, в советское время тео-

рия была под запретом и никакие самоуправленческие опыты в этом направлении не проводились (как в генетике).

3. Муниципальное право по определению формируется органами местного самоуправления. Мы же имели и имеем до настоящего времени преимущественную роль в формировании данной отрасли органов государства. Закон остается основным источником муниципального права, в то время как суть местного самоуправления в том, чтобы не единым законом, а всеми другими источниками, кроме закона, регулировались местные отношения. Это единственная отрасль права, по определению формируемая преимущественно прямым волеизъявлением народа, единственная отрасль, которая в основу своего метода правового регулирования берет *самостоятельность* в решении вопросов (не императив с чьей-то стороны и даже не диспозитивный или альтернативный метод). Вот я и спрашиваю: кто должен колыбельку с новорожденной отраслью качать? Государство? Но тогда хотя бы от Германии опыт следовало перенять и не отделять жестко местное самоуправление от государства. Впрочем, на деле этого не произошло и не могло произойти. Напротив, имеет место, скорее, своего рода огосударствление самоуправления.

4. В принципе невозможно быть противником местного самоуправления, и, более того, можно с большими оговорками признать необходимость учреждения его со стороны и сверху посредством закона. Но по-умному. И почва должна быть удобрена. И модель должна избираться соответствующая национальным условиям, обстоятельствам места и времени. В нашей пространственно огромной стране с особенностями жизни разных народов возможны и разные модели для разных регионов. И усовершенствования должны идти постепенно по инициативе снизу, по мере утилитарного разрешения местных проблем. Конституция и во многом рамочный закон о местном самоуправлении — вот правовая основа организации и функционирования местного самоуправления. В остальном это должны быть акты местного правотворчества.

*Библиографический список*

1. *Витрук Н. В.* Конституционное правосудие в России (1991—2001 гг.). М., 2001.

2. *Лазарев Л. В.* Правовые позиции Конституционного Суда России // *Лазарев Л. В.* Конституционный Суд Российской Федерации. Фонд правовых проблем федерализма и местного самоуправления. 2-е изд., доп. М., 2008.

3. *Петражицкий Л. И.* Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред. *Е. В. Тимошина*. СПб., 2011.



## Функциональная характеристика принципов права[1]

Принципы права не обойдены вниманием отечественных юристов. Есть монографии, статьи, и тысячи сайтов открываются в Интернете[2]. Возможно, именно по причине многочисленности источников имеет место многообразие мнений. Расхождения не только в понимании принципов, но и в том, где искать их, как формулировать. Разные авторы называют от трех до десятка общих принципов, а в указании на отраслевые и межотраслевые принципы права и вовсе нет никакого единства. Все это существенно затрудняет их функциональную характеристику. Впрочем, специально (монографически или диссертационно) так вопрос и не ставился, а давалась эта характеристика скорее попутно и так же неоднозначно и в разных направлениях.

Первое, на что следует обратить внимание, это то, что обозначаемая здесь характеристика не сводится к установлению перечня принципов права и перечня их функций. Она охватывает более широкий и более глубокий пласт явлений. Методологический подход здесь подобен тому, который определился в давнем споре: должна ли включать в себя что-либо другое функциональная характеристика государства, кроме понятия и содержания функций государства, их системы, тенденций и закономерностей развития, или есть необходимость более широкого подхода к функции государства как к единству социального назначения и деятельности, форм, методов, средств, способов, принципов и целей этой деятельности? Тогда признали, что дискуссия может быть снята путем признания статуса деятельностного подхода в исследовании государства (наряду с функциональной характеристикой, функциональным подходом). В нашем случае функциональная характеристика основывается на признании всех проявлений и всех связей собственно функций права и социального действия права в неразрывной связи с функциями государства. Исходный пункт состоит в том, что принципы права являются составной частью права и функции права в этом плане суть функции принципов права.

Второе, на что обращаю внимание, это выделение в функциональной характеристике принципов права их методологической эпистемологической роли. В фундаментальном труде члена-корреспондента РАН Г. В. Мальцева определены методологические координаты науки

[1] Юридическая техника. 2020. № 14. С. 207—212.

[2] Можно обратить внимание на попытки коллективного осмысления проблемы (см., например: Принципы российского права. Общетеоретический и отраслевой аспекты / под ред. *Н. И. Матузова, А. В. Малько.* Саратов, 2010; Принципы права: проблемы теории и практики: матер. XI Междунар. науч.-практ. конф.: в 2 ч. Ч. 1; Ч. 2. М., 2017).

и модели решения научных проблем через ряд парадигм,[1] которые, как представляется, конкретизируются применительно к праву, в том том числе через функции принципов права. Отсюда можно констатировать, что принципы права: 1) вскрывают объективную составляющую онтологии права; 2) показывают закономерности правовой регуляции; 3) демонстрируют стремление к стабилизации общественной жизни; 4) препятствуют неоправданным импровизациям; 5) направлены на достижение истины применительно к условиям места и времени; 6) служат определенности и точности, сдерживая при этом неоправданную математизацию; 7) позволяют прогнозировать поведение субъектов права в границах правового регулирования.

Никакая характеристика в праве невозможна без того, чтобы не определиться, о каком праве пойдет речь и каком его понимании. Есть право абстрактное и есть право конкретное. Абстрактное право ведет свое начало от естественного и отражается целым рядом принципов, которые считаются основополагающими. Это то право, которое можно искать в идеях или в идеальной жизни. Конкретное право мы находим в совокупности конкретных прав и обязанностей, которыми располагают разные лица. Между абстрактным правом и конкретным располагается позитивное право, право, установленное чьим-то волеизъявлением. Оно может соответствовать абстрактному или не соответствовать. Оно всегда уступает по своей общности абстрактному, но превосходит в этом отношении конкретное. То есть в этом отношении разница очевидная. Но возможно ли провести разницу между принципами абстрактного, позитивного и конкретного права? Можно ли вообще допускать самостоятельное существование таких принципов? При первом приближении (понимая, что принцип всегда абстрактное положение) провести эту разницу сложно. Но если сами принципы можно разделить по уровню общности, тогда окажется необходимым выделить *общие принципы права, принципы законодательства и принципы правореализационной практики*, в которой и функционирует конкретное право. Вместе с тем будет заблуждением противопоставлять принципы законодательства и принципы права, говорить, что законодательству присущи исключительно свои принципы, без учета того обстоятельства, что большая часть права *содержательно* входит в законодательство. Да, мы различаем право и закон и видим, что их сферы перекрещиваются, но не совпадают. Какая-то часть общественных отношений нуждается в закреплении законом, но не закреплена, и наоборот, закреплена, но с точки

[1] См.: *Мальцев Г. В.* Социальные основания права. М., 2007. С. 38—115.



зрения права не нуждается в этом. Однако в той части, в какой сферы права и закона совпадают, в той степени, в какой ни по каким обстоятельствам не возникает противопоставление права и закона, принципы законодательства суть принципы права и наоборот.

Позитивное право (законодательство) является последовательной актуализацией и конкретизацией основных принципов, существенным властным шагом на пути к конкретному праву. При этом важно отметить, что образование позитивного права одновременно процесс дедуктивный и индуктивный, он есть связь абстрактной основной нормы с конкретной «природой вещей». Закон поэтому в идеале в меру абстрактный и в меру конкретный. Его регулятивная ценность как раз в том и заключается, чтобы он охватывал типичные случаи. Тем самым обеспечивается своего рода техническая экономия правовых средств. Отпадает необходимость всякий раз давать обоснование конкретному праву. Но ущерб некоторый привносится, поскольку нормативный акт может не схватить всей конкретики отдельных случаев наделения правами и обязанностями.

Представляется, что совсем не случайно представители самых разных правовых школ, включая конкурирующие, доводили и правотворческий процесс от основной нормы, от общих принципов через закон до конкретного правового решения (Аквинский, Кельзен и др.). В любом случае принципы прилагаются к человеку и его самым разным образованиям, характеризуют какую-то деятельность.

Уже сказанное позволяет нам различать принципы бытия (*principia essendi*) и принципы виртуальной реальности — идеальные принципы (*principia cognoscendia*). Философы, социологи и юристы-практики будут искать принципы в разных реалиях. Для философа принцип есть высокое обобщение типичного, отражающего онтологическую или эпистемологическую закономерность определенной сферы. Для социолога объектом поиска окажется типичное в самой жизни с ее реальными коммуникациями. Для теоретика права этой сферой является право как таковое; для отраслевика — сфера отношений, составляющих предмет конкретной отрасли.

Отражение и фиксация принципов в законодательстве может не соответствовать тому, что диктуют животворящие идеи (с позиций объективного идеализма), может расходиться с закономерностями жизни в условиях данного места и времени и, более того, игнорировать народное волеизъявление. Преимущество может оказаться даже на стороне властвующей воли одного. Для тех, кто право связывает с силой, оказывается предпочтительней ведущая роль субъективных позиций.

Сказанное непременно отражается на определениях принципа права. Они многообразны и не являются предметом специального анализа. Для их оценки важно понять, с каких позиций они даны и какое право отражают предлагаемые принципы. Возьмем для примера едва ли не классическое определение В. К. Бабаева: «Принципы права — основополагающие идеи, начала, выражающие сущность права и вытекающие из генеральных идей справедливости и свободы»[1].

Это емкое определение общетеоретическое, но не всеобщее и не практическое, поскольку в мире всегда имелись системы, которые отвергали свободу и справедливость в качестве всеобщих неотъемлемых ценностей. *Вообще* нет идеального права на все времена и на все континенты. Более того, свобода и справедливость — понятия относительные.

Процитированное теоретическое определение приемлемо, если право мыслится таким, каким оно должно быть. Но часто такое определение дается принципам советского или российского права. И в этом отношении ему свойственен деструктивный правовой идеализм, оно отмечено, как бы сказал проф. Н. И. Матузов, «родимым пятном» российского общественного сознания, которое сегодня пронизано новой мифологией — «мифологией «невидимой руки» рынка, абсолютной свободы, демократии»[2]. Более того, следует особо подчеркнуть, что наивные в этой части открытые декларации напрямую стыкуются с симулякрами — скрытым и глубоко заинтересованным мифотворчеством.

Слово «принцип» в переводе с латинского (*principium*) означает буквально «основа, первоначало, руководящая идея, исходное положение, основное правило поведения».

Принципы права — суть концентрированное выражение содержания права в положениях общего характера, устанавливаемых в системе приемов толкования его норм.

В конечном счете принципы права — суть обобщение жизненного опыта и фактов, в их закономерностях и потребностях. В этом плане рискну утверждать, что, вопреки общераспространенному мнению, макиавеллизм не беспринципность, а живой полнокровный принцип, отражающий жизнь Италии рубежа XV—XVI вв.

Тезисно целесообразно обозначить пункты расхождений ученых в характеристике принципов права.

[1] Общая теория права: курс лекций / под общей ред. *В. К. Бабаева.* Н. Новгород, 1993. С. 128.

[2] *Матузов Н. И.* Правовой идеализм как «родимое пятно» российского общественного сознания // Вопросы теории государства и права. 2007. Вып. 6. С. 24—35, 28.



**Позиции, по которым ученые расходятся**

| Тезис | Антитезис |
|---|---|
| • Принципы права выводятся из права<br>• Определить принципы права через категорию «закон, закономерность»<br>• Принципы являются самостоятельным регулятором общ. отношений<br>• Рассмотрение принципов в качестве норм права<br>• Допустимо рассматривать принцип как идею общего характера<br>• Принципы не подлежат сомнению и пересмотру<br>• Принципы – первопричина сущего | • Принципы права выводятся из закономерностей общественного развития<br>• Определить через нормативно руководящие начала, категория «принцип» – это такая абстракция, которая имеет свое собственное значение и смысл, в ее задачу не входит отражать законы и закономерности общественной жизни.<br>• Принципы не являются регулятором общ. отношений – регулируют нормы<br>• Рассмотрение принципа в качестве руководящего положения<br>• Идея и принцип – разнопорядковые категории, принципы – это не идеи, а компоненты специфического преломления идей, нормы, содержащие наиболее общие положения.<br>• Принципы не догмы, они изменчивы<br>• Принцип субъективен как инструмент для употреблния |

Функциональная характеристика принципов права включает в себя их классификацию. Достаточно открыть Интернет, чтобы убедиться, с одной стороны, в многообразии классификаций, а с другой — в их однообразии. С позиций теоретика права целесообразно определиться в основаниях классификации. Представляется, что имеют право на жизнь следующие *основания деления принципов***:**

— по степени общности;
— по роли;
— по сфере действия;
— характеру правовой деятельности;
— происхождению;
— фиксации.

Соответственно напрашиваются в качестве принципов права:
— принципы общеправовые, межотраслевые, отраслевые;

— основные и неосновные;
— главные и неглавные;
— постоянные и ситуативные;
— внутренние и внешние;
— правотворческие и правореализационные.

Обозревая происхождение, содержание и потенциальные возможности действия принципов права, в самом общем виде можно выделить две их функции: *идеологическую и регулятивно-практическую.* Идеологическая раскрывается в следующих подфункциях:

— научной;
— учебной;
— пропагандистской.

Регулятивно-практическая проявляет себя в подфункциях:

— статической;
— динамической;
— охранительной.

Характеристика каждой выделяемой функции требует учета, с одной стороны, сфер жизнедеятельности и функций государства (в неразрывной связи с правом), а с другой — общих и отраслевых сфер проявления права и собственно функций права.

В свое время самый авторитетный теоретик права проф. Н. Г. Александров назвал следующие принципы права, отражающие главные закономерности социалистического общества:

— закрепление власти трудящихся во главе с рабочим классом, демократии для трудящихся;
— охрана и обеспечение развития социалистической собственности;
— закрепление материальной заинтересованности... в результатах труда;
— подлинное равноправие наций;
— полное равноправие граждан;
— полнота и реальное гарантирование субъективных прав граждан;
— неразрывная связь равных социальных прав граждан с равными их обязанностями[1].

Представляется, что здесь: 1) имеет место программное отражение желаемого; что 2) фактически идет речь о возлагаемых на право функциях; что 3) в духе классового подхода названы лишь социально-политические принципы (функции); что они 4) не отделены от функций

[1] См.: Теория государства и права. М., 1974. С. 378 и далее.



государства и общества; что они 5) не отделены от отраслевых принципов. Все это свидетельствует о программируемом уровне исследований того периода, но одновременно выявляет пробелы в современных исследованиях, в которых вопросы о власти и собственности уходят из поля зрения.

Принципы рождаются (связь материального и духовного в их соотношении), какое-то время живут, естественно отмирают с изменением фактуры или упраздняются волевым образом со сменой режима. Все это отражается на их функциях. В настоящей статье поставлена задача характеризовать именно функции принципов права, независимо от того, как их понимают. Реализация данной задачи может способствовать выработке оптимального теоретического определения.

Разные исследователи *со своих не совпадающих позиций* могут назвать, часто не без оснований, разные функции. Но, если условно поставить себя в позицию самого принципа (позицию системы принципов), то *принципы будут декларировать следующие функции*:

— показать (обозначить) себя, проявить себя в законодательстве и практике;
— продемонстрировать предметную (иногда идейную и политическую) значимость вопроса;
— императивно обозначить перспективу (цель) развития правовых отношений;
— придать соответствующему поведению общенормативный характер;
— обеспечить единство правовой системы;
— выразить и поддержать консервативное начало в праве;
— обеспечить в необходимых случаях (во имя достижения истины) прямое действие «духа» права.

В итоге (в конечном счете) принципы права призваны служить идейно-теоретической *основой эффективной практической деятельности всех субъектов права. Вообще каждый из предлагаемых (декларируемых) принципов права должен пройти процедуру «приемки» на практичность.*

Между тем пытаются иногда применить понятие принципа к неким состояниям. Ярко это иллюстрируется там, где говорится о принципах законности. Законность сама является принципом деятельности. Поэтому кажется странным ставить вопрос о принципах принципа. Но в учебниках, *в том числе и там, где в авторах автор настоящей статьи,* есть параграфы, посвященные именно принципам законности. При этом одним из исходных объявляется *принцип строгого сле-*

*дования закону.* Приходится признать определенную некорректность в постановке вопросов.

Законность — явление многоплановое, емкое. Поэтому распространены многочисленные определения, раскрывающие тот или иной аспект законности, ту или иную ее связь с социальными процессами. *Законность и принцип деятельности государственных органов, и своеобразный политико-правовой режим общественной жизни, и строгое требование соблюдения законов.*

Основа законности — законы. Если нет законов, то и о законности речи не будет. Но под законностью следует понимать не законы, не их совокупность и даже не управление обществом с помощью законов, хотя последнее понимание очень тесно соприкасается с режимом законности. Управление людьми посредством издания законов (нормативных актов), содержащих общие правила поведения, обязательные для исполнения, — альфа и омега законности. Но очень часто в истории случалось так, что законы издавались, а законности никакой или почти никакой не было.

Нельзя отождествлять законность и с деятельностью людей, с их правомерными поступками, с их отношениями, развивающимися на основе и в рамках закона. Тем самым мы будем отождествлять законность с правовым порядком. Именно *правопорядок* определяют обычно как совокупность правовых отношений, складывающихся на основе законности; как порядок в отношениях людей, базирующийся на законах и их строгом выполнении.

*Законность — это совокупность многообразных, но одноплановых требований, связанных с отношением к законам и проведением их в жизнь.* Главные из них следующие: во-первых, требование точного и неуклонного соблюдения законов теми, кому они адресованы. Во-вторых, требование соблюдать иерархию законов и иных нормативных актов. В-третьих, законность включает в себя непререкаемость закона, т. е. требование того, чтобы никто не мог отменить закон, кроме органа, который его издал. Итак, подчеркиваю — это не принципы, а требования режима законности.

Перечисленные требования составляют *содержание* законности. Они могут быть сформулированы непосредственно в законах, провозглашаться официальными властями или выражаться как-то иначе. Если они только провозглашаются, но не выполняются, то законность будет формальная. Если названные требования проводятся на деле (независимо от того, как они выражены и как часто о них говорят) — законность будет реальная.



Трудно представить себе государство, которое обходилось бы без законов, хотя история знает времена, когда государство ориентировалось преимущественно на использование силы (когда гремит оружие, законы молчат). Однако даже при наличии законов власти могли отбрасывать законность и управлять с помощью часто полусекретных актов и основанных на них дискреционных полномочий должностных лиц. В лучшем случае в таком государстве устанавливается режим формальной законности. Другие в соответствующей деятельности начинали руководствоваться не принципом законности, а иными ценностями.

Вообще на примере характеристики законности можно видеть смешение если не всего и вся, то многого. И все в силу нечеткости понятий, обусловленной поверхностными представлениями.

Можно принимать и узкое, и широкое понимание законности. Узкое понятие законности означает требование соблюдать и исполнять только законы, а широкое — любые действующие нормативные правовые акты. Главное здесь — существо самого требования — строгое, мягкое, либеральное, поверхностное и т. п. В литературе, однако, смещают акцент, переносят его на характеристику законодательства, стали определять как *такое состояние общественной жизни, которое характеризуется верховенством правового закона, наличием специальных механизмов, гарантирующих безопасность и защиту личности от произвола, беспрепятственное осуществление ею своих прав и свобод.*

Итак, законность «состояния». Если бы речь шла о состоянии законодательства и подзаконных актов, можно было бы понять и вести речь, в какой степени оно выражает чьи-то интересы, что оно представляет со стороны юридической техники и т. д. На общей характеристике законности (требовании соблюдения несовершенного законодательства) это сказывалось бы, но тем не менее это была бы характеристика того, что с политической и иной точки зрения сопровождает законность, делает ее, придает ей положительную или отрицательную характеристику. Только в таком ракурсе приемлемо, на мой взгляд, определение в учебнике «Теория государства и права» (под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько): законность как политико-правовое явление, характеризующее процесс совершенствования государственно-правовой формы организации общества и реализации идеи социальной справедливости. Между тем и реформы, и то, что вкладывается в их содержание, характеризует нечто находящееся за пределами принципа законности. Как основу законности, как базу и пред-

посылки законности, как последствия действия принципа законности принимать можно, но все это не может входить в структуру законности, как об этом говорится, например, в учебнике Л. А. Морозовой. Она и теоретико-мировоззренческую основу законности включает в ее структуру (правовые взгляды, принципы, средства, приемы, условия осуществления законности, систему эффективной защиты законности). Со ссылкой на В. К. Бабаева автор добавляет сюда — в структуру — законопослушное поведение всех субъектов права и гарантии законности, т. е. средства ее обеспечения. Тогда и экономика, и политика, и все-все войдет в структуру законности. А если каждый принцип так трактовать?! Разумеется, все отмечаемое названными авторами надо выделять, об этом надо говорить, но все это за пределами законности и, следовательно, не может входить в ее структуру. Это то, что обеспечивает или разрушает законность, что приносит результаты благодаря или вопреки принципу законности.

Принципов «принципа» законности называют до десятка и больше. Представляется, что здесь идет речь о развертывании принципа законности посредством конкретных ее характеристик, без которых принцип по большому счету перестает быть принципом.

Всеобщность законности — первое, что характеризует требование соблюдения и исполнения законодательства. Законность обращена ко всем в равной степени, никто не может быть выведен из-под действия норм позитивного права. Сами законы, сами нормы позитивного права всеобщностью не обладают. Они имеют разных адресатов, и потому нельзя сказать, что «данный принцип распространяется на все действующие нормы права».

Единство законности — своего рода конкретизация требования всеобщности законности, в особенности значимая для государств с федеративным государственным устройством. Предполагается единство направленности законности во всей правовой деятельности на всей территории государства, единство правового регулирования сходных общественных отношений, единые материальные и процессуальные критерии оценки правовых ситуаций, поведения конкретных участников правового общения.

Трудно принять «принцип реальности», который видят в достижении фактического осуществления в поведении и действиях требований правовых норм. Во-первых, о реальности не может идти речь, если цель только провозглашена (благородная, великая цель, но и только!!), во-вторых, ни о какой законности нет речи там, где нет соблюдения требования строгого соблюдения и исполнения законодательства, в-третьих, реальность достижения целей обеспечивается многими факторами за пределами структуры законности. Иногда этому служит принцип целесообразности, который не входит в структуру законности. Это самостоятельный принцип, который борется, соперничает с законностью, противостоит законности или, во всяком случае, действует в рамках законности.



Все понимают, что законность невозможна в стране без действенных, эффективных механизмов ее обеспечения, без установления неотвратимой ответственности в случае отступления от этого важного принципа. Но было бы смешением всего и вся, если бы попытаться в структуру законности включить и многообразные ее гарантии (экономические, политические, социальные, моральные, собственно юридические, организационные).

Смешение законности с законодательством просматривается в случае объявления законности демократической или легитимной. Режим законности может иметь место и в недемократическом государстве; законность всегда легитимна. Не легитимной может быть власть и, наконец, ее законы, но требования следовать законам всегда легитимны, всегда поддерживаются в нормальном государстве.

Принципы права — основополагающие императивные требования самого права. Право и принципы соотносятся между собой как целое и часть. Здесь напрашивается своя функциональная характеристика принципов. Свойство эмержентности позволяет утверждать, что части не обязательно присуще то, что находим у целого. Но принципы — особая часть, главенствующая. Они пронизывают все содержание права и тем самым не могут не выполнять его общерегулятивную функцию. Они регулируют общественные отношения непосредственно, через нормы права, через судебные решения (в итоге).

Если принципы права являются его частью, функциональная характеристика требует установления их соотношения с другими частями. Все зависит здесь того, как понимаем право, но непременно приходится выяснять взаимные связи с различными видами правовых норм, со структурными частями правосознания и т. д. Бесспорен идеологический характер принципов права. Характер научной, концептуальной идеологии, а не той, которая призвана «дурить головы», «вешать лапшу», «служить в угоду» и т. п.

Принципы не всегда выражены текстуально, да и тексты могут быть разные — нормативные и доктринальные. Таким образом, функциональная характеристика принципов права требует учета многооб-

разных требований юридической техники, в том числе тех, которые предъявляются к источникам права.

Но самое существенное в функциональной характеристике принципов права — соотнесение их с жизнью. И в том, в каком объеме, насколько они отражают требования позитивного развития общественных отношений, и в том, какие результаты приносят (могут принести) соответствующие принципы. Сложности заключаются в преодолении сугубо политических подходов, когда силой власти навязываются принципы во имя поддержания и господства этой власти. Это случается во внутренней жизни государств и в утверждении принципов международного правопорядка. В свое время Троцкий во имя утверждения коммунистических принципов считал необходимой мировую революцию, сегодня влиятельные силы в США пытаются силовым способом навязать западные принципы там, где жизнь их отвергает. Тот же принцип демократии, представляемый в качестве всеобщего, не всегда эффективен, а иногда даже вреден в условиях становления государственности. Он всегда вызывает вопросы на Востоке.

Итак, одни и те же принципы могут быть использованы разными субъектами в разных функциональных целях. Вместе с тем сами принципы, как мы убедились, многофункциональны. Но главное — служить регулятором. Общим регулятором. Для регулирования тонких сторон жизненной материи, вынесения конкретных решений в отношении конкретных участников правоотношений с их конкретным составом необходимы еще нормативные правила и правоприменительные акты. И только в случае отсутствия таковых принципы могут взять на себя такую роль. Не безоговорочно.

И последнее. Сегодня актуализируется проблема рассмотрения права через призму достижений естественных наук и в свете активного внедрения в правовые отношений цифровых технологий. Цифра сегодня способна посягать на самые «святые» правовые принципы — равенство, гуманизм, справедливость. Поэтому перспективно обращение к математическому пониманию функций как отношению между элементами, при котором изменение в одном элементе влечет изменение в другом. В нашем случае в первом ряду оказываются в качестве переменных право и принципы права. Существенное изменение в праве влечет изменение в принципах. С другой стороны, функция — это внешнее проявление свойств какого-либо объекта в определенной системе отношений и, применительно к теме, — проявление, действие принципов права в системе правовых отношений. Через последние мы выходим на переменные в самой жизни, на те, которые закономерно меняют право. Функция принципов права в самом общем виде состоит в том. чтобы в сжатой, наиболее емкой форме выразить онтологию права в эпистемологических и преобразовательно-практических интересах.



## Доктрина имплементации решений судебных органов в законодательство[1]

Имплементация судебных решений в законодательство как особого рода доктрина в науке не обозначалась. Во-первых, потому, что понятие имплементации введено в научный оборот не так давно. Во-вторых, используется оно преимущественно в международном праве и на уровень общей теории только начинает выходить. В-третьих, целостное представление о данном явлении еще предстоит создать. Как и в любой другой доктрине, здесь есть нечто общее, особенное и только имплементации свойственное, созданное *ex proprio vigore*, своей собственной силой, автоматически. В то же время и на уровне практики, и на уровне теории рефлексивно фиксировалось восприятие законодателем итогов судебной практики. Более того, ученые всегда приводили примеры того, как принципиальные позиции, например, Пленума Верховного Суда РФ становились нормой нового закона. Однако законодатель не был к тому обязан; он воспроизводил фактически сложившуюся в жизни норму по причине ее действенности, осознания необходимости.

Первое, на что приходится обращать внимание при анализе содержания имплементационной деятельности, — это соотношение разных источников права в их восприятии национальной правовой системой.

Есть две общепризнанные доктрины источников позитивного права: доктрина законодательства (в широком смысле этого слова) и доктрина прецедента. Их противопоставляют в науке, они противопоставлены разными правовыми системами. Борьба их имеет вековую историю и обусловлена рядом объективных и субъективных факторов. Представляется, что в современных условиях развития информационного социума практические усилия должны быть сосредоточены не на противопоставлении, а на сближении позиций. При этом они должны рассматриваться в свете того положительного и отрицательного, что несут в себе процессы глобализации[2]. На это и направ-

[1] Журнал российского права. 2019. № 7. С. 5—16.

[2] См.: *Исмаилов Б. И., Газиев К. Ж.* Политико-правовые доктрины эпохи глобализации: монография. Ташкент, 2013.

лена предлагаемая нами доктрина[1]. Ее рождение можно трактовать в свете закона отрицания отрицания.

Вся история свидетельствует о смене одной парадигмы в понимании права другой. Но в России преимущество в итоге всегда оказывалось за легистским подходом, за обоснованием принципа строгой законности. И лишь одно обстоятельство всегда оставалось препятствием тому, чтобы безоговорочно считать правом только то, что содержалось в установленных государством нормах, — жизнь неизбежно и неумолимо свидетельствовала о появлении в них пробелов. Какое-то время их можно было как бы не замечать, замалчивать, что, например, имело место в условиях торжества определения права, принятого сообществом юристов на Всесоюзном совещании в 1936 г. Но суды всегда принимали и до настоящего времени принимают на себя удар рассмотрения дела при отсутствии закона или при его явном устаревании. «Объективно необходим такой юридический механизм, который позволил бы законодателю делегировать полномочия по осовремениванию закона от законодателя судам», — пишет Г. А. Гаджиев[2]. «Осовременивание», надо полагать, могут понимать по-разному. Одни будут трактовать достаточным истолковать закон в свете современности; другие — признают необходимость правотворческой деятельности суда и будут описывать разные проявления этого правотворчества[3]. Но неизбежно возникает вопрос: каков статус обновленного норматива, отделилась ли обновленная норма от предшествующей старой, имеет ли право обновленная норма именоваться законом, не приобрела ли она качество иного источника права? Более того, в случае обновления закона судебным решением, нет ли необходимости вернуть ее в закон посредством очередных поправок?

Теоретический анализ поставленных вопросов и их верификация в ходе интерпретации судебной практики вызывают необходимость выйти за пределы доктрин судебного толкования права и судебного правотворчества, не ограничиваться ими, а продолжить и развить в

[1] Сразу отметим, что не менее актуальным было бы исследовать и процессы имплементации законодательных положений в судебную практику. Здесь многое может открыться помимо того, что наработано богатыми исследованиями принципа законности в судебной деятельности.

[2] *Гаджиев Г. А.* Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2014. С. 20.

[3] Оригинальна постановка вопроса Председателем Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькиным, который в узком «смысловом коридоре» считает возможным говорить о правотворческой функции Конституционного Суда как о «правооткрывательской» (см.: *Зорькин В. Д.* Право против хаоса: монография. 2-е изд. М., 2018. С. 46).



ходе разработки доктрины имплементации судебных решений в законодательство. Соль этой доктрины в том, что она практически решает непримиримые позиции теоретиков и практиков, одни из которых признают полноценным источником права лишь закон, а другие считают полноценным источником права действующие наряду с законом судебные прецеденты. Обозначенная нами доктрина позитивно относится и к одному, и к другому источнику права, но она видит особого рода реалии, когда принципиальные (прецедентные) судебные решения целесообразно имплементировать в законодательные тексты, когда, например, правовые позиции судов настолько решительно вторгаются в сферу прав человека и гражданина, что есть прямая необходимость провести их через демократические фильтры парламентских дискуссий[1].

Выше из работы Г. А. Гаджиева процитировано положение об осовременивании закона судами. Автор на этом не поставил точку и продолжил: «Возникла объективная необходимость отказаться от узкореалистического понимания воли законодателя и заменить его на юридическое понятие юридической воли государства»[2]. Соглашаясь с этим, полагаем, что последняя формируется в конечном счете органическим единством двух суверенных волеизъявлений, которые объективируются соответственно в законе и судебных решениях.

Нам уже приходилось говорить о том, что было бы ошибочно в силу принципа разделения властей орган одной власти безоговорочно ставить выше какого-либо органа другой власти. Каждый орган «высок» (самостоятелен) в отправлении своих полномочий. Иерархия воз-

[1] При этом мы неизбежно сталкиваемся с еще одной доктриной — доктриной суверенности судебных органов и суверенизации выносимых судами решений. Как таковая, она менее всего разработана, хотя на обыденном уровне практически не вызывает сомнений (подробнее об этом см.: *Лазарев В. В.* О судебном суверенитете национальных и межгосударственных органов правосудия // Имплементация решений Европейского суда по правам человека в российской правовой системе. М., 2019. С. 71—89). Акты судебных органов принято считать окончательными и непререкаемыми, имеющими высшую юридическую силу. При этом исследование может вестись не только по отношению к конституционным судам (и судам, выполняющим роль конституционных). Проблема не исчерпывается восприятием положений, создаваемых конституционными судами. В Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ создавался специальный отдел, который прослеживал решения, в том числе судов общей юрисдикции (прежде всего высших), на предмет «осовременивания» законодательства. Вне зависимости от того, подкрепляется ли эта работа организационными мерами, она объективно будет проводиться в силу потребностей усложнившейся практики.

[2] *Гаджиев Г. А.* Указ. соч. С. 21.

можна только на основе закона и только в рамках одной ветви государственной власти[1].

К тому же следует учитывать, что так называемое разделение происходит в рамках одной власти — власти народа. Согласно Конституции РФ она осуществляется как непосредственно, так и через соответствующие органы государства. Все эти органы, независимо от того, какую власть представляют, позитивно воспринимают позиции законодателя, нашедшие воплощение в законах. Более того, позиции исполнительных органов, в частности воля правительства, находят воплощение в законодательстве, коль скоро реализуется их право законодательной инициативы. Кстати, суды эти позиции принимают во внимание не только через посредничество закона, но и напрямую ссылаясь на акты правительства и соответствующих ведомств в конкретных судебных решениях. Особенности в согласовании соответствующих воль и их выражение в принимаемых актах заслуживают специального исследования. Но мы обращаем внимание исключительно на восприятие позиций судов и только в деятельности законодателя. При этом ни в какой мере не мыслится конфликтное посягательство судебной власти на прерогативы власти законодательной, нет умаления роли представительного органа и нет отрицания демократических принципов реформирования законодательства. Все совершается в рамках демократического политического режима, в пределах установленных законом процедур и в поиске компромиссных решений. Ценность формирующейся доктрины имплементации решений судебных органов в законодательство в том, что она позволяет полнее учитывать правотворческие и правоприменительные нюансы, избежать крайностей, сформировать единую государственную позицию.

Не существует непререкаемой обязанности законодателя закрепить судебную позицию нормой закона. Законодатель может оставить ее на какое-то время судебной «нормой». И лишь там, где Конституционный Суд лишает закон юридической силы и предписывает законодателю встать на путь точного и неуклонного следования Конституции,

[1] См.: *Лазарев В. В.* Восприятие законодателем судебного права // Актуальные проблемы экономики и права. 2016. Т. 10. № 2. С. 160; *Он же.* Учет решений Конституционного Суда Российской Федерации в законодательной деятельности // Проблемы исполнения федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации решений Конституционного Суда Российской Федерации и конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации. М., 2001. С. 91—100; *Он же.* Российский парламент как адресат решений Конституционного Суда // Парламентаризм: проблемы теории, истории, практики: сб. науч. ст. к 60-летию заслуженного юриста РФ, д-ра юрид. наук В. Б. Исакова. М., 2010. С. 54—65.



законодатель воспроизводит (имплементирует) выраженную в судебном решении позицию в новом законе (новой редакции закона). Тем самым законодатель делает позицию суда своей. Полагаем, что это общий вывод для национальных законодателей, независимо от того, имплементируют ли они решения своих судов или прецедентные решения международных судов, в частности решения Европейского суда по правам человека. Если рассматривать вопрос широко, имплементация предполагает учет национальным законодателем легитимных решений иных международных органов. Процедуры имплементации и пределы ее могут быть разными, но непременно общими будут строгий системный контроль и экспертиза в плане соответствия вводимых норм конституции решениям высших национальных судебных инстанций.

У юристов общее понятие правовой доктрины часто привязывается к частной ситуации наличия пробела в праве, в том смысле, что текстуально выраженных правовых норм нет и восполнять их отсутствие правоприменитель может, используя правовую доктрину[1]. Это узкое понимание, но для целей настоящей статьи оно уместно в той связи, в какой связано с представлением об источниках права.

Понятие имплементации подается по-разному: широко, когда она отождествляется с реализацией права вообще или с одной формой реализации — только с исполнением норм[2]; или более узко, когда связывается только с выработкой способов имплементации; а также совсем узко, когда отождествляется с одним таким способом. Представляется, что доктрина потому и доктрина, а не просто теория или концепция, она охватывает все способы реализации права и разрабатывает все способы имплементации. Но поскольку она описывалась чаще всего и преимущественно в свете связи международного и национального права, способами имплементации называются: инкорпорация; трансформация; общая, частная или конкретная отсылка[3].

[1] Сегодня отдельными правовыми системами работы ученых могут признаваться в качестве субсидиарного источника права.

[2] Английский глагол *to implement* означает «претворять в жизнь». В компьютерных науках имплементация, как правило, означает выражение в программном коде какого-либо алгоритма или функции. По отношению к политическим документам имплементация означает исполнение тех принципов и идей, которые в этих документах прописаны (URL: http://chto-eto-takoe.ru/implementation).

[3] См., например: URL: http://univer64.ru/inkorporatsiya-i-implementatsiya.html; http://fb.ru/article/242380/pravovaya- implementatsiya—eto-put-k-globalizatsii

При инкорпорации правовые позиции суда без каких-либо изменений дословно воспроизводятся в законах; трансформация предполагает их изменение; отсылка не требует ни того, ни другого.

При имплементации судебного решения в законодательство законодатель, выполняя свою обязанность, предусмотренную Федеральным конституционным законом от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», должен пересмотреть свои нормы в свете решения Конституционного Суда, ввести соответствующие положения, обеспечивающие конституционные права носителей прав и обязанностей. К сожалению, доктрина пока не подвергла тщательному анализу реализацию установленной обязанности. Между тем здесь возникает ряд непростых вопросов. В каком, например, объеме следует воспроизводить решение Суда? Он, как известно, в этом решении был связан содержанием поступившего запроса и формулировал свое решение в привязке к обжалованным нормам. Между тем последние всегда находятся в системе, и законодатель обязан их интерпретировать системно и политически (то, что не вменено в обязанность Суду). В таком случае может ли он обойтись формальным воспроизведением текста судебного решения? Представляется, что нет. Опыт показывает, что здесь необходимо обязательно подключить специалистов в соответствующей отрасли законодательства, а в некоторых случаях доктринально более глубоко проработать процесс имплементации. При этом, во-первых, будут подвергнуты исследованию итоги судебного разбирательства на предмет полноты соответствия законодательных актов высшим конституционным ценностям (доктрина здесь, в отличие от практиков, может критически оценивать аргументацию Суда); во-вторых, будет дан системный анализ обнаруженных и еще не выявленных судебной практикой ошибок, пробелов и противоречий в законодательстве; в-третьих, будут выяснены причины отсутствия эффективной защиты нарушенного права, проявлена ли коррупционная составляющая и т. д.

Сказанное позволяет видеть в имплементационной деятельности особый путь создания (обогащения) системы позитивного права, имеющего преимущества перед традиционными. Например, правотворчество, даже если оно проходит все стадии, осуществляется большей частью в отрыве от судебных решений. В пояснительных записках к законопроекту почти не встречается его обоснование в свете судебной практики. Процесс имплементации судебных решений в законодательные акты позволит законодателю улучшить законопроектную деятельность. Можно предположить, что и создание судебных



прецедентов (в той степени, в какой это имеет место в России) будет обогащаться, поскольку становится публичным достоянием информация о том, что из судебной практики выводится на уровень законодательных ценностей.

В России исторически традиционно господствуют статутное право, легизм, принцип законности. Вопреки научному подходу они подверглись в «лихие» 1990-е гг. огульной критике. Между тем они имеют свои непреходящие ценности, отказ от которых чреват разрушительными последствиями. Принцип верховенства права даже тогда, когда он трактуется так, что право не сводится к закону, к воле законодателя, не отвергает принцип законности. Так случается лишь тогда, когда есть основания признавать некоторые законы неправовыми. Фактически в этих случаях в решениях конституционных судов и решениях ЕСПЧ просматривается признание естественного права, неотъемлемых прав и свобод человека. Именно эти суды выносят решения, которые наиболее соответствуют принципу верховенства права, именно в процессе имплементации их решений более полно высвечиваются конфликты между правом и законом.

Нам приходилось писать, что суд не только выступает субъектом толкования закона, правоприменителем или субъектом разрешения конфликтных отношений, он вносит свои инновации, он творец права[1]. Выражаясь более абстрактно, можно обосновывать роль суда не только в качестве гаранта существующей правовой системы, но и в качестве института, властно гармонизирующего эту систему. Законодателю, возможно, концептуально трудно с этим мириться, но практика показывает, что это так. Сошлемся на одно из такого рода прецедентных решений. Так, постановлением Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам вступившего в законную силу судебного акта, оспариваемого заявителем в порядке надзора и основанного на положениях законодательства, практика применения которых после принятия оспариваемого судебного акта определена Высшим Арбитражным Судом РФ в постановлении Пленума ВАС РФ или в постановлении Президиума ВАС РФ, в том числе принятом по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора, признан (с соответствующими оговорками) не противоречащим Конституции РФ. Пример примечателен в том отношении, что он официально демонстрирует творческий характер деятельности как Конституционного Суда РФ, так и другого высше-

[1] См.: *Lazarev V.* Integrative Perception of Law // Kazan University Law Review. Vol. 1. 2016. No. 1. P. 19—32.

го судебного органа, правопреемником которого стал теперь Верховный Суд РФ. На этом примере можно убедиться и в том, что последствия прецедентных решений разных судов для законодателя будут неодинаковыми.

«...Естественным выглядит такой ход событий, при котором законодатель пытается задать рамки типичных общественных отношений, подлежащих нормативному регулированию, используя возможность придания им статуса государственных актов высшей юридической силы. Затем эти рамочные отношения проходят испытания в реальной жизни, где основные индикаторы связаны с деятельностью органов правосудия. И наконец, у законодателя возникает необходимость сопровождения ранее принятых законов изменениями и дополнениями, соединенными с имплементацией в законодательные акты тех смысловых нагрузок, которые выявлены судом по результатам рассмотрения и разрешения социальных конфликтов»[1]. Это так, но, как показывает рассмотрение вопроса в аспекте действия принципа субсидиарности, процесс можно представить иначе: статус актов высшей юридической силы конституционно придается актам судов высших инстанций, которые компетентны формулировать (утверждать) основополагающие принципы, а законодатель в дальнейшем может принимать правовые нормы лишь в пределах смысловых нагрузок, вложенных в эти принципы.

Законодатель устанавливает абстрактную правду и справедливость. В законе это виртуальная реалия. Суды материализуют ее, переводят из сферы должного и возможного в сферу сущего, привязывают к конкретным субъектам правовых отношений применительно к фактической стороне их развития в условиях данного места и времени. Это творческий процесс, в ходе которого законодательное содержание не просто становится живым, но и начинает жить своей жизнью, обогащаясь новыми гранями. Конкретное (в данном случае конкретное решение суда), как учит философия, богаче общего. И если это так, то напрашивается обратный процесс — от судебного решения к закону в сторону обогащения последнего тем, что привнесено разрешением конкретной жизненной ситуации. Это общая модель связи. Но на континенте привычней положение, обязывающее суд следовать воле законодателя, и совершенно недопустимо обратное: чтобы законодатель в своем творчестве следовал судебной воле. Однако представляется заслуживающим поддержки положение, согласно которому «правопорядок, подобно любому порядку, покоится на решении, а не на норме», «это монополия решения»[1].

[1] *Лазарев В. В., Фурсов Д. И.* Установления содержания права в судебных решениях // Журнал российского права. 2016. № 5. С. 5—19.



К восприятию законодателем позиции Конституционного Суда РФ, как уже было замечено, обязывают Конституция РФ и Федеральный конституционный закон о Конституционном Суде РФ. Необходимости в аргументации названной обязанности нет. Обязанность многократно реализована на практике, что можно было бы без труда проиллюстрировать. Так, в ст. 80 «Обязанность государственных органов и должностных лиц по приведению законов и иных нормативных актов в соответствие с Конституцией Российской Федерации в связи с решением Конституционного Суда Российской Федерации» названного Закона федеральный законодательный орган не упоминается, и поэтому можно усомниться, что Государственная Дума является адресатом этой обязанности. В Законе установлена обязанность одного из субъектов законодательной инициативы — Правительства РФ — не позднее шести месяцев после опубликования решения Конституционного Суда РФ внести в Государственную Думу проект нового федерального конституционного закона, федерального закона или ряд взаимосвязанных проектов законов либо законопроект о внесении изменений и (или) дополнений в закон, признанный неконституционным в отдельной его части. Установлены обязанности и других государственных органов. Тем самым механизм восприятия позиции Конституционного Суда запускается. В итоге не остается сомнений в том, что законодатель вынужден будет рассматривать вопрос имплементации. Не исключается также возможность войти с соответствующей законодательной инициативой депутату или группе депутатов, что могло бы даже ускорить рассмотрение вопросов.

Некоторое время потребовалось для того, чтобы отработать соответствующие формулы, которыми Конституционный Суд обязывал бы законодателя следовать его позиции. В качестве наиболее приемлемой признается, например, такая: «Федеральному законодателю *надлежит* (курсив мой. — *В. Л.)* — в силу требований Конституции РФ и с учетом правовых позиций Конституционного Суда РФ, выраженных в настоящем постановлении, — внести в действующее правовое регулирование необходимые изменения, направленные на урегулирование...».

Ни один другой орган кроме Конституционного Суда РФ не имеет права официально толковать Конституцию, содержательно рас-

[1] *Шмитт К.* Политическая теология: сб. / пер. с нем. и сост. *А. Филиппова*. М., 2000. С. 15.

крывать ее требования. Это исключительная компетенция высокой судебной инстанции. Законодатель вынужден считаться с данным обстоятельством. Ему в беспрекословном порядке надлежит руководствоваться решением, принятым именно этим и никаким другим органом, исполнять и имплементировать это решение.

Формально, по тому же сценарию идет имплементация решений Европейской комиссии по правам человека и Европейского суда по правам человека. Вопросы здесь возникают в части аргументации и процедуры. На Уполномоченного Российской Федерации при ЕСПЧ возложено «изучение правовых последствий постановлений Суда, вынесенных в отношении государств — членов Совета Европы, и подготовка с учетом практики Суда и Комитета министров Совета Европы рекомендаций по совершенствованию законодательства Российской Федерации и правоприменительной практики, а также по участию Российской Федерации в международных договорах и по развитию норм международного права, отвечающих интересам Российской Федерации»[1]. Обобщения и рекомендации Уполномоченного учитываются всеми государственными органами. Но правотворческие и судебные органы РФ уполномочены к самостоятельному анализу международно-правовых актов, затрагивающих интересы национальной правовой системы, способствующих ее гармонизации и развитию. Верховный Суд РФ своими постановлениями обязывает суды это делать.

Согласно ст. 15 Конституции РФ общепризнанные нормы международного права и международные договоры РФ «являются составной частью ее правовой системы». Не права и не системы права. Но «правовая система», в свою очередь, имеет разные части — идеологическую и нормативную. Поэтому любая правотворческая и правоприменительная деятельность предполагает тщательный анализ особенностей систем национального и международного права на предмет их оптимального взаимодействия в национальном механизме социального (правового в особенности) регулирования. В этом поиске, в нахождении точек сближения правовых систем «недопустимо некритически копировать и воспроизводить такие нормы, которые предназначены для регулирования правовых отношений в обществах с другой культурой, традицией, массовым менталитетом»[2]. Отсюда и предло-

[1] Указ Президента РФ от 29 марта 1998 г. № 310 «Об Уполномоченном Российской Федерации при Европейском суде по правам человека — заместителе министра юстиции Российской Федерации».

[2] URL: http://www.rg.ru/2014/12/18/zorkin.html



жение начать осторожную, продуманную, системную ревизию международного права.

Если принять во внимание интерес к такому источнику права, как судебный прецедент, то вопросы не исчерпываются имплементацией того, что создается конституционными судами и судами межгосударственными. Общие суды также причастны к нормотворчеству. Российские суды в отдельных случаях выносят столь же принципиальные решения, имеющие фактически прецедентный характер. В ходе судебных процедур закрепляется иногда не менее, а даже более абстрактное правило, чем правило, созданное законодателем[1]. Верховному Суду России предписано обобщение судебной практики, и на этой основе он формирует иногда такие позиции, которые по своей глубине и значению безоговорочно должны быть закреплены в законе. Так, судебными решениями допускается в определенных пределах ограничение прав человека и гражданина. Но область прав и особенно сфера ограничения прав — это компетенция законодателя. Если суды причастны к ограничению прав применительно к решению конкретного дела и особенно там, где имеет место неполнота правового регулирования, то создание нормы общего характера не входит в их компетенцию. Вместе с тем разные судебные инстанции по сходным ситуациям могут формировать неодинаковые правовые позиции, и тем самым создается некая неопределенность в правовом регулировании. Напрашиваются два выхода для достижения определенности: официально (лучше законодательно) признать источником российского права судебный прецедент или отработать механизм имплементации в законодательство одной из выработанных позиций. Научные поиски следует вести в обоих направлениях.

Таким образом, обращая внимание на рождение правовых норм именно в ходе обобщения и анализа сложившейся практики, нельзя оставлять без внимания решения отдельных судов по отдельным (знаковым) делам[2]. Между тем именно в них, особенно при пробе-

[1] См.: *Хайек Ф.* Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 105.

[2] Приведем характерный пример того, как зарождается новая норма. Согласно ст. 15 ГК РФ лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере. Во второй части этой статьи указано, что понимать под убытками. Но перечислением не охватывается все, что позволяет считать возмещение убытков полным. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ в кассационном порядке признала ошибочными выводы судов, отказавших в исковом требовании по делу о возмещении ущерба на основании того, что невозмож-

лах в законодательстве, прямо формулируется или системно просматривается новое нормативное положение, заслуживающее стать полноценной нормой через особую процедуру восприятия законодателем[1]. Отсюда напрашивается необходимость совершенствования полновесной системы обратной связи законодателя и правоприменителя, отработка не только информационных, но и организационных аспектов мониторинга принципиальных решений. Более того, было бы правильным процедурными (регламентными) нормами закрепить обязательность вовлечения судебных позиций в законодательный процесс. Есть нечто от истины в суждениях автора[2], однозначно отдающего первенство в правотворчестве судьям, что законодатели не имеют понятия о 99% того, что происходит вокруг них, о реальных сделках, договоренностях, установках, чувствах и убеждениях людей, которые их решениями затрагиваются. В определенной степени этот недостаток можно восполнить, ориентируясь на принципиальные решения судов.

В настоящей статье остались без рассмотрения ставшие чрезвычайно актуальными вопросы цифровизации права[3]. Разумеется, технические достижения и новые технологии в перспективе значительно преобразуют и правотворческую, и правоприменительную деятельность. Не избежит этого и имплементация норм. Но актуализируются и вопросы сугубо человеческого плана. В связи с этим полагаем обоснованной критику модернистских подходов к праву в части дефицита в них социальной содержательности и, напротив, полезность «потребностного понимания» права, когда просматриваются средства удовлетворения (или ограничения, подавления и т. д.) индивидуальных и коллективных потребностей[4]. Социальные потребности, кото-

но точно определить размер подлежащих возмещению убытков. Судебная коллегия посчитала, что размер «определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному правонарушению» (см.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 2. С. 50).

[1] Интересные в этом отношении примеры, связанные с решениями судов о правовом статусе биоматериалов (половые клетки, ткани репродуктивных органов и эмбрионов и т. д.), приводит секретарь Пленума ВС РФ В. В. Момотов (см.: *Момотов В. В.* Биоэтика в контексте законодательства и правоприменения (вспомогательные репродуктивные технологии) // Российское правосудие. 2018. № 12. С. 43—51).

[2] См.: *Бруно Л.* Свобода и закон. М., 2008. С. 38.

[3] См.: *Хабриева Т. Я., Черногор Н. Н.* Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85 и след.

[4] См.: *Рабинович П. М.* Вступительное слово // Неклассическая философия права: вопросы и ответы / под ред. *А. В. Стовба.* Харьков, 2013. С. 17, 29.



рые закладываются в законодательство и обеспечиваются судебными решениями, приобретают ценностное значение права. Установление официальных нормативов равенства и справедливости законодателем и судом — движение в сторону признания интегративного восприятия права.

В порядке общего вывода уместно подчеркнуть: любая правовая система в качестве идеологии включает соответствующие правовые доктрины. Официальными доктринами правоприменители обязаны руководствоваться; остальные доктрины должны ими учитываться.

# IV. Суд и судебные решения

## Нормативная природа судебного прецедента[1]

Выступление Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ А. А. Иванова, провозгласившего перспективу окончательного перехода к прецедентной системе и призвавшего все высшие суды придерживаться идеи прецедентного права[2], обязывает теоретиков права вновь обратиться к природе прецедента как источника права. Только имея добротную теоретическую основу, можно надеяться на решение проблем законодательного порядка и успешную юридическую практику.

Сказать, что в теории прецедента много спорного, — значит, ничего не сказать. Не менее очевидно, что применительно к российской правовой системе прецедент отрицается едва ли не безоговорочно большинством отечественных и зарубежных исследователей, которые не находят для него ни теоретических, ни практических оснований, не говоря уже об основаниях правовых. Между тем все они в наличии. Не имея возможности коснуться всего, что было предметом дискуссий в развернутых монографических исследованиях[3], сосредоточимся на нормативной природе прецедента и закреплении ее в законодательстве.

Не задаваясь целью рассмотреть многочисленные определения прецедента и осознавая невозможность дать бесспорное для всех понятие, полагаем в прагматических целях необходимым обозначить основные контуры понятия прецедента и его содержательно-сущностные признаки. Первый контур: это источник права. В том узком понимании

[1] Журнал российского права. 2012. № 4 (184). С. 92—99.

[2] См.: *Иванов А. А.* Речь о прецеденте. Доклад в рамках Третьих Сенатских чтений (г. Санкт-Петербург, 19 марта 2010 г.). URL: www.gosbook.ru/node/21714.

[3] См., например: *Богдановская И. Ю.* Судебный прецедент — источник права? // Государство и право. 2002. № 12; *Гук П. А.* Судебный прецедент как источник права. Пенза, 2003; *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004; *Марченко М. Н.* Судейское правотворчество и судейское право. М., 2007; *Евстигнеева Г. Б.* Судебные решения как источник права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.



источника права как «...объективированного закрепления и проявления содержания права в определенных актах государственных органов, решениях судов, договорах, обычаях и других источниках»[1]. Приемлемо и более общее суждение С. С. Алексеева, который считает источником права исходящие от государства или признанные им документальные способы выражения норм права[2]. Но в том и другом подходе просматривается существенное обстоятельство: речь идет фактически о форме права. Прецедент — особая разновидность формы права. В доктрине стран общего права основными источниками (формами) права (*forms of the law*) признаются прецедент и законодательство (статут). В романо-германской правовой системе акцент сделан на законодательстве как едва ли не единственной форме права и признании относительной роли других источников.

Признание прецедента в качестве источника права говорит о его обязательности. Но степень обязательности, по мнению разных авторов, неодинакова. Для кого-то прежние решения являются только моделью последующих решений, что позволяет говорить об убедительных прецедентах, о рекомендательных прецедентах. Но признаки, присущие одной разновидности прецедентов, нельзя распространять на общее понятие. Понятие «модель» все-таки скрадывает контур императивности и тем самым нивелирует такой признак права, как обязательность.

Говоря об обязательности прецедента, нельзя игнорировать вопрос о его адресатах. Однако в литературе об этом умалчивают либо говорят об обязательности судебного прецедента для судов, которые в последующем будут рассматривать подобные дела (здесь мы не принимаем во внимание позицию противников прецедента — решение суда обязательно только для тех, в отношении кого оно было вынесено). Между тем все, что касается официального установления права, кем бы оно ни было установлено или подтверждено, обязательно для всех, кто окажется в подобной ситуации. Организации, органы, должностные лица и граждане не могут игнорировать прецедентные решения суда под страхом отмены противоречащих им актов. Тем самым подчеркивается нормативность прецедентных решений.

Большинству юристов свойственно понимание прецедента как решения по конкретному делу[3]. Это еще один контур, позволяющий от-

[1] *Венгеров А. Б.* Теория государства и права. М., 1998. С. 402.

[2] См.: *Алексеев С. С.* Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 76.

[3] Иную позицию см., например: *Марченко М. Н.* Указ. соч. С. 430.

граничить прецеденты от обязательных абстрагированных (общих) постановлений компетентных инстанций. Это разделяет их по происхождению, процедуре выработки. Однако их роднит содержательное наполнение — правовая позиция, которая формулируется в обоих случаях. Эта позиция может быть только нормативной. Нельзя интерпретировать норму только для одного случая, нельзя создать правоположение для разового употребления.

В понимании прецедента и, соответственно, в его оценке господствуют многочисленные мифы[1]. Один из наиболее распространенных и никем досконально не оспоренный — это миф о том, что в России все прецеденты являются прецедентами толкования. Он основан, в свою очередь, на развернутой позитивистской мифологии о беспробельности права, логической его замкнутости, когда из существующих законов всегда можно извлечь необходимое решение путем их толкования. Данная методология особенно приветствовалась в советское время, поскольку работала на миф об исключительно высоком уровне законодательства, не знающего ни пробелов, ни иных недостатков.

Каждый из принимаемых актов имеет свои отличительные признаки, свой статус и, соответственно, влечет разные последствия. Лучше всего изучена природа нормативных актов. Однако и к ней следует возвращаться, если мы хотим получить полное представление о прецеденте как втором после нормативного акта источнике права. Более всего в этом контексте нуждается в уяснении природа актов толкования права, конкретизации права, преодоления пробелов и актов, устраняющих противоречия в праве.

Прецедент всегда облекается в какую-то форму, точнее, предполагает неразрывную связь содержания и формы. Для решения практических вопросов развития прецедентного права судей следует определиться, кто и в каких актах может формулировать обязательные к выполнению нормативные правовые позиции. Полагаем, что совсем не в одинаковой степени подходят для формулирования прецедентных решений разные постановления и определения КС РФ, постановления Пленумов и Президиумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, определения их коллегий.

По объективным параметрам и на конвенциональной основе следует договориться, какие из актов считать прецедентами, и соответственно четко указать обязательные признаки прецедента как по существу, так и по форме.

При этом обязательно должна просматриваться цель прецедента, которая не может расходиться с целями закона. Прецедент всегда продолжает (реализует) задачи законодателя по внесению определенности в регулирование общественных отношений. Законодатель, в свою очередь, воспринимает прецедентное право в издаваемых им нормативных актах. Важно определить инстанцию, которая должна проводить мониторинг прецедентной практики.

Суд выносит решение, выявляя выраженную в законе волю. По общему правилу принято руководствоваться волеизъявлением законодателя, ничего к нему не добавляя. Но уже в решении дела на стадии первой инстанции может возникнуть ситуация, когда стороны понимают закон по-разному. Суд принимает одну из позиций, что видно из его решения по существу вопроса. Если различия в толковании закона становятся предметом анализа при рассмотрении данного дела в вышестоящей судебной инстанции, возникает необходимость дать развернутое толкование нормы применительно к обстоятельствам данного дела. И поскольку это толкование именно нормы права, так как отражает ее содержание, вплетается в норму и действует вместе с ней, оно приобретает общий характер. Нельзя дать толкование нормы применительно (исключительно) только к одному случаю, хотя бы оно и давалось в связи с рассмотрением конкретного дела, конкретных обстоятельств. Именно так рождается прецедент толкования права. Для того чтобы он признавался в таком качестве, необходимо соблюсти ряд процессуальных условий. Важнейшим является указание в законе на те инстанции, чьи разъяснения приобретают обязательное значение для рассмотрения последующих дел, когда в основу решений будет положена истолкованная данной инстанцией норма.

[1] Известный исследователь прецедента А. Н. Верещагин развенчал пять из них. Миф первый и главный. Россия не является страной прецедентного права. Оно характерно лишь для англосаксонских стран. Этот тезис крайне далек от действительности, она на порядок сложнее. Миф второй. В России пытаются ввести прецедентное право. В действительности оно и так существовало, существует и будет существовать просто потому, что без него невозможно обойтись. Миф третий. Можно обойтись без прецедентов. На Сенатских чтениях с этим тезисом выступил академик Ю. Толстой. Миф четвертый. Следование прецеденту несовместимо с независимостью судей и подчинением их только закону. Данная формула — риторическая фигура речи, не выдерживающая критики. Миф пятый. Судебный прецедент несовместим с разделением властей. Поклонники этой мантры должны объяснить, почему такого вопроса не возникает там, где бесспорно имеются как прецедент, так и разделение властей (Великобритания, США, Канада и т. д.) (см.: *Верещагин А. Н.* Прецедентное право: теперь и в России. URL: www.forbes.ru/ column/ 47477-pretsedentnoe-pravo-teper-i-v-rossii).

Иная ситуация возникает там, где правоприменитель бессилен выявить волю законодателя, потому что она не проявлена. Представляется уместным различать здесь три случая.

1. Часто законодатель употребляет общие (оценочные) понятия, объективно не имея возможности проявить свою волю во всей полноте. Он рассчитывает на естественное развитие нормы в ходе правоприменительной практики. Фактически суд по велению законодателя (прямому или косвенному) вынужден конкретизировать норму в ходе ее применения. Это происходит при прохождении дела в первой инстанции и отражается в вынесенном решении. Если правовая основа решения подвергается обжалованию в вышестоящей инстанции, не обойтись без развернутого обоснования проведенной конкретизации нормы. Суд, таким образом, формулирует правоконкретизирующие положения, которые могут составить содержание прецедента конкретизации права. Если он будет соответствовать неким формальным условиям, следование ему будет обязательным. Однако этот прецедент не входит в содержание нормы и может действовать только применительно к той разновидности обстоятельств, по отношению к которым эта конкретизация проведена. Другими словами, он неразрывно связан с нормой опосредованно и с обстоятельствами напрямую.

Сразу заметим (и это имеет значение не только для теории права, но и в практическом плане для решения любых дел и особенно дел по обеспечению прав и свобод участников общественных отношений), что прецеденты толкования всегда действуют с обратной силой, прецеденты конкретизации — только тогда, когда прямо указано в правоприменительном акте, а прецеденты права имеют обратную силу по общим правилам — тем, которые приняты по отношению к появлению новых нормативных актов.

2. В праве (нормативных актах) имеются пробелы. С некоторых пор это признается почти всеми по отношению и к отечественному праву. Это тот случай, когда право молчит, хотя, исходя из разных обстоятельств, должно было бы содержать регулирование. Воля законодателя по разным причинам не проявлена. Это тот случай, когда в правосудии отказать нельзя и надо создавать правовую основу для решения дела, преодолевать своего рода преграду на пути реализации права. Можно образно представить себе движение (развитие) общественных отношений в виде потока, который при определенных обстоятельствах разветвляется, а «по весне» может разлиться безбрежно, и существующие нормы («мосты» и «мостики») не позволяют попасть из пункта «А» в пункт «Б». Суд вынужден «наводить переправы» временные, на короткий, а то и на длительный срок, вплоть до «капитального ремонта», который предпримет законодатель. Впрочем, законодателя может вполне удовлетворить то, каким образом суд вышел из создавшегося положения. Законодатель разрешил себе в некоторых сферах общественной жизни при определенных обстоятельствах искать пути для преодоления пробелов закона. В России суд может использовать в создании правовой основы решения дела ряд логических приемов, прежде всего аналогию закона и аналогию права, а также ряд содержательных принципов — прежде всего принцип справедливости. Швейцарский законодатель, например, решил проблему более радикально: он обязывает судью занять позицию законодателя и решить вопрос (создать норму), как если бы он был законодателем.



Проблема пробелов в праве сложна и многогранна. Особенно сложными в теоретическом и практическом плане являются вопросы установления пробела, отграничения его от смежных явлений. Спорными являются пределы деятельности правоприменителя при пробелах в законодательстве. Здесь мы можем отвлечься от многих нюансов и в общем констатировать: если в праве выявляется пробел (воля законодателя не установлена), суд формулирует недостающие правоположения. Эти положения (независимо от того, в какой судебной инстанции они сформулированы, если они вынесены при рассмотрении конкретного дела) претендуют на роль прецедента права (правового прецедента). Для этого в законе должны быть названы формальные признаки.

3. В праве имеются противоречия, и правоприменителю приходится их преодолевать. Есть правила, по которым осуществляется выбор в случае противоречия двух или более норм. Суд первой инстанции выносит решение, ссылаясь на выбранную норму без каких-либо обоснований. Но вышестоящему суду приходится обосновывать выбор нормы, формулируя соответствующее положение. Эта работа не является толкованием норм, поскольку воля законодателя выявлена и она противоречива. В то же время отсутствует пробел, скорее, наоборот — имеет место множественность регулирования. Пробел можно констатировать только при радикальной противоречивости норм, когда одна из них уничтожает другую. Так или иначе, но обоснование решения суда в части выбора применимой нормы будет иметь нормативный характер. В противном случае рушится единство законности.

В решении вопроса о том, кто должен формировать прецедентные правоположения, следует «танцевать от печки». Кто первым сталкивается с определенной ситуацией, тот и начинает соответствующее формирование. Определиться нужно только с тем, на каком этапе пре-

цедент создается окончательно, акт какой инстанции является (признается) общеобязательным. Другими словами, не следует в качестве аргумента приводить скопом все акты, выносимые тем или иным судебным органом. Убедительны в этом плане, с нашей точки зрения, соображения С. Халатова о том, что «большая часть правовых позиций Президиума ВАС РФ представляет собой весьма незамысловатое логическое толкование норм права, а вовсе не его (права) развитие. Например, трудно сказать, отчего Президиум ВАС РФ вынужден указывать судам, что при прекращении договора аренды нежилого помещения арендатор обязан освободить арендуемое имущество. Зачем специально указывать, что такое толкование является обязательным и служит новым обстоятельством для пересмотра аналогичных дел? Это развитие права или борьба с безграмотностью?»[1]. Однако, с его точки зрения, единственной легитимной формой правовой позиции является постановление пленума, поскольку она основывается на необходимости публичного и коллегиального формирования судебной практики максимально широким составом судей высшей судебной инстанции.

Последний аргумент весомый, и, надо полагать, роль высших судебных инстанций, закрепленная в Конституции РФ, не будет в дальнейшем принижена. Но это уже более высокая стадия формирования правовых позиций, особое их качество, особая форма, именуемая сегодня многозначным понятием «судебная практика». Это не прецеденты. Решения принимаются не по конкретному делу, а на основе обобщения многих дел. По значимости, авторитету они приближаются к правовым позициям законодателя, оформляемым законодательными актами. Вместе с тем правоположения, содержащиеся в постановлениях пленумов высших судебных инстанций, не перечеркивают значения собственно прецедентных решений, выносимых нижестоящими инстанциями. Более того, соответствующие прецеденты могут получить в этих постановлениях дополнительную легитимацию на высоком уровне общих позиций высшей судебной инстанции.

Начальник управления частного права ВАС РФ Р. Бевзенко свидетельствует о довольно большом количестве правовых позиций, которые формирует ВАС РФ ежемесячно (это около 400 постановлений Президиума по конкретным делам, около 10 информационных писем и обзоров и около 10 постановлений Пленума), и пишет: «У нас довольно молодое право, того, что в развитых правопорядках — результат непрерывного развития юриспруденции в течение 150—200 лет, нам требуется достичь в течение 20—30 лет. Поэтому мы некоторое время будем просто обречены на стремительное развитие права путем довольно скоростного формирования правовых позиций»[1].

[1] URL: http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/982.



Некоторые противники судебного прецедента связывают оживление дискуссии с опасной тенденцией деградации юридической науки и образования, бездарной кадровой политикой государства, которая привела к резкому падению уровня нормотворческой деятельности. «Отсюда, — продолжает А. Курбатов, — и лозунг: что на эти нормативные акты внимание обращать?! Изучайте практику. Это приводит к деградации юридической профессии. Сначала право сводят только к тексту законов. Потом по мере снижения их качества — к конкретным судебным решениям, а деятельность юристов — к их поиску и к хождению по судам. Далее последует полное отрицание права как самостоятельной науки. Первые шаги — это введение элементов прецедентного права. Именно на этом праве основано модное ныне американское учение под названием «экономический анализ права». Его основной постулат — право не является самостоятельной отраслью науки, а должно обслуживать экономику. Законно все, что экономически эффективно, а решает это судья»[2].

Разумеется, снижение качества нормативного материала предопределяет вынужденную активность судей, а снижение качества образования, что является очевидной российской реалией, сказывается и на качестве судейских решений. Однако проблема прецедентных решений, по сути, объективна. Никогда не будет создано законодательство, не требующее толкования (Наполеон ужаснулся при появлении первого комментария к своему кодексу, но самая ясная на первый взгляд норма может потребовать разъяснения). Никогда не избежать и пробелов в праве.

Высказываясь в поддержку прецедентности отечественного права, Г. Чернышов обращает внимание на ее границы: «Суды не вправе создавать нормы права. Они вправе лишь толковать существующие правовые нормы... Если не отрицать необходимость единообразия судебной практики, то мы неизбежно придем к тому, к чему пришел ВАС РФ, — решения высшего суда должны быть обязательными для нижестоящих судов. А произойдет ли это в форме постановлений Пленума (что существует уже много-много лет) или в форме постановлений Президиума — не так уж и важно, ибо различия между этими

[2] Там же.

двумя формами формирования практики в рассматриваемом аспекте не так уж и важны»[1].

Можно согласиться с приведенным положением с двумя существенными поправками: 1) наряду с актами толкования суды вынуждены при соответствующих обстоятельствах формулировать правоположения, развивающие (конкретизирующие) существующие нормы права, или даже создавать правоположения, если необходимых норм нет, в определенных пределах (границах); 2) если учесть содержательные различия между актами толкования и остальными правоположениями, то возникнет и проблема формы их выражения.

*De lege ferenda*. В настоящее время законодательная основа для косвенного и опосредованного признания прецедента просматривается в ряде нормативных актов. Так, ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» предоставляет право Пленуму ВАС РФ принимать по вопросам своего ведения постановления, обязательные для арбитражных судов, а в ведение его входит дача «разъяснений по вопросам судебной практики». Это полномочие можно трактовать как более широкое, чем полномочие толковать применяемые судами нормы. Нельзя все задачи судебной практики решить средствами толкования норм. Полагаем, не случайно обеспечение законности в арбитражных судах достигается «правильным применением законов и иных нормативных актов» (ст. 6 АПК РФ), и указания вышестоящих инстанций по этому поводу также будут выходить за рамки толкования законов. Пункт 1 ч. 1 ст. 304 АПК РФ одним из оснований для изменения или отмены судебного акта указывает установление факта нарушения единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права. О признании прецедента по формальному признаку говорит и то, что допускается ссылка на постановления Пленума и Президиума ВАС РФ в мотивировочной части судебного решения.

Однако перечисленного недостаточно. Тем более что имеются в виду собственно нормативные решения названных инстанций, а не правовые позиции по конкретным делам. Осознавая некую революционность в модернизации соответствующих законодательных норм, предлагаем для обсуждения поправки в ГК РФ и ГПК РФ (аналогично и в соответствующие нормы АПК РФ).

[1] Там же.



Статью 3 «Гражданское законодательство и иные акты, содержащие нормы гражданского права» ГК РФ дополнить п. 8 следующего содержания:

«8. Нормативный характер приобретают правовые положения, содержащиеся в изданных на основании и в пределах гражданского и гражданского процессуального законодательства актах высших судебных инстанций, выполняющих функции толкования права, конкретизации правовых норм и преодоления пробелов законодательства».

В порядке комментария данной нормы отметим, что:

1) правоположения нормативного характера могут содержаться как в актах общего характера, так и в актах, вынесенных в связи с рассмотрением конкретного дела;

2) нормативный характер приобретают только те положения, которые содержат аргументированную позицию суда по поводу установления содержания (цели, смысла) правовой нормы, допускаемой законодателем конкретизации общих положений закона и возможности преодолеть установленный в законодательстве пробел;

3) указание на нормативный характер предполагает обязательность следования данному правоположению вплоть до отмены его в установленном порядке;

4) непосредственным адресатом данных правоположений являются нижестоящие суды, но опосредованно они касаются всех участников гражданско-правовых отношений;

5) установление данной нормы не меняет установленной законодательством компетенции судов, а лишь фиксирует существующее положение дел;

6) содержащиеся в судебных актах правоположения по своему содержанию не могут противоречить законодательству;

7) значение и правовые последствия правоположений, выполняющих ту или иную функцию, разные, но общим для всех является их прецедентный характер.

Статью 11 «Нормативные правовые акты, применяемые судом при разрешении гражданских дел» ГПК РФ дополнить ч. 6 следующего содержания:

«6. Суд, установив при рассмотрении гражданского дела наличие актов высших судебных инстанций, содержащих правовые положения по разъяснению применяемых норм, по их конкретизации или преодолению пробелов законодательства, вовлекает их в обоснование своего решения в соответствии с действующим законодательством».

В порядке комментария данной нормы укажем, что:

1) в случаях, когда закон страдает неясностью, пробельностью или содержит нормы, рассчитанные на конкретизацию в ходе разрешения конкретных дел, суд вынужден обращаться к имеющимся прецедентам и общим положениям судебной практики;

2) суд должен обратиться к предшествующим решениям по аналогичным рассматриваемому делам для обеспечения единства судебной практики;

3) суд обязан обратиться к разъяснениям и указаниям вышестоящих инстанций, поскольку законодательство придает им общеобязательный характер;

4) суд не может не обратиться к соответствующим правоположениям, поскольку его решение рискует быть отмененным;

5) в случае несогласия с вышестоящей судебной инстанцией, проявляя свою самостоятельность и независимость, суд вправе самостоятельно или через Конституционный Суд РФ решить дело, основываясь на нормах Конституции РФ.

Может возникнуть вопрос: какова необходимость закрепления прецедента непосредственно в законодательстве? Насколько известно, ни в Англии, ни в США обязанность судов следовать прецедентам не установлена никаким законом — это своего рода прецедент или обычай, который очевиден: если суд однажды так решил, то и в другом сходном деле он должен принять такое же решение. В противном случае это приведет к нарушению равенства участников общественных отношений и непредсказуемости в принятии судом решений. Формула «закон что дышло» является неприемлемой; «супостатские» решения судей недопустимы. Однако отечественная правовая система в первую очередь ориентирована на Конституцию и закон. Поэтому прецедент должен получить нормативное закрепление, причем не обязательно в Конституции РФ, поскольку формулы допущения его могут и должны быть разными в отраслевом законодательстве. Конституция РФ вопреки распространенному мнению не отвергает данного источника права. Да, судьи «независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону» (ст. 120), но ни у кого не вызывает сомнения, когда в основе их решений — законы субъектов РФ, указы Президента РФ и другие соответствующие Конституции РФ и федеральным законам акты. К последним резонно отнести прецедентные решения высших судебных инстанций. Косвенно обязанность судов следовать прецеденту вытекает из ст. 19 Конституции РФ: «Все равны перед законом и судом».



## Прецедент: реалии и перспективы в российском праве[1]

Господствующая отечественная доктрина права не принимает прецедент для российской правовой системы. Тем удивительнее, что авторы тех относительно немногочисленных работ, которые ставили задачу исследовать этот феномен специально, приходили к позитивным выводам[2]. До последнего времени эти выводы учебниками и практикой игнорировались. И только после выступления председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее — ВАС) А. А. Иванова дискуссии приобрели не только теоретический, но и практический характер в сторону положительного отношения к данному классическому источнику права.

А. А. Иванов, во-первых, констатировал реалию — Конституционный Суд Российской Федерации и ВАС выбрали такую модель работы, которая с неизбежностью влечет за собой прецедентность их правовых позиций, а во-вторых, указал перспективу: окончательный переход к прецедентной системе — это правильное направление движения, потому что в такой системе много серьезных достоинств. «Нам нужно двигаться к тому, чтобы все высшие суды исходили из единых принципов влияния их правовых позиций на социальные отношения, т. е. придерживались идеи прецедентного права»[3].

Признание прецедента в доктрине и практике требует дальнейшего теоретического осмысления проблемы и на этой основе — анализа правовых и собственно практических аспектов укоренения прецедента.

**Вопросы теории.** Первый вопрос, без ответа на который нельзя двигаться дальше: что понимать под прецедентом и как отграничить прецедент от сходных с ним институтов?

Не задаваясь целью обозреть многочисленные определения прецедента (в рамках статьи это затруднительно) и осознавая невозможность дать бесспорное для всех понятие, полагаю в прагматических целях необходимым обозначить его основные контуры и содержательно-сущностные признаки. *Первый контур*: прецедент — это источник

[1] Российское правосудие. 2012. № 4 (72). С. 5—15.

[2] См., например: *Гук П. А.* Судебный прецедент как источник права. Пенза, 2003; *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004; *Марченко М. Н.* Судейское правотворчество и судейское право. М., 2007; *Евстигнеева Г. Б.* Судебные решения как источник права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

[3] *Иванов А. А.* Речь о прецеденте. Доклад в рамках Третьих Сенатских чтений, посвященных конституционно-правовым вопросам реализации принципов правового государства в современной России (19 марта 2010 г., Санкт-Петербург). URL: www.gosbook.ru/.../2011/04/25/2- 2010-3.pdf.

права в узком понимании источника права как «...объективированного закрепления и проявления содержания права в определенных актах государственных органов, решениях судов, договорах, обычаях и других источниках»[1]. Но в этом подходе просматривается и то существенное обстоятельство, что речь идет фактически о форме права. Прецедент — особая разновидность формы права. В доктрине стран «общего права» основными источниками (формами) права (*forms of the law*) признаются прецедент и законодательство (статут). В романо-германской правовой системе — акцент на законодательстве как едва ли не единственной форме права и признание относительной роли других источников.

Из того, что прецедент — источник (форма) права, вырисовывается и *второй контур*: он предназначен для руководства в решении юридических дел. Разумеется, и здесь просматриваются нюансы. Одни считают, что «прецедентами являются прежние решения, которые служат моделью для последующих решений»[2]; другие высказывают более точное и приемлемое для целей настоящей статьи суждение: «...В англосаксонской традиции под прецедентом понимается *решение суда по конкретному делу,* являющееся *обязательным* при решении аналогичных дел...»[3]. Здесь вырисовывается и *третий контур*: решение по конкретному делу. Этот момент приходится подчеркивать, поскольку некоторые авторитетные авторы решения высших судов России по конкретным делам прецедентами не считают, поскольку они якобы рассчитаны на однократное, а не многократное применение[4].

Такое свойство прецедента, как обязательность следования ему (жесткая или мягкая), неизбежно предполагает возможность или обязательность ссылок на него в аргументации собственного решения. В системах общего права это считается само собой разумеющимся и освящено судебной практикой. В романо-германской правовой системе требовалось бы закрепление названной обязанности (возможности)

[1] *Венгеров А. Б.* Теория государства и права. М., 1998. С. 402. Более общее суждение С. С. Алексеева, который считает источником права исходящие от государства или признанные им документальные способы выражения норм права (см.: *Алексеев С. С.* Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 76), может вызвать сомнение у тех, кто не видит в прецедентах норм права.

[2] *MacCormic D. N., Summers R. S.* (eds.). Interpreting Precedents: A Comparative Study. Aldershot, 1997. P. 1. Цит. по: *Верещагин В. Н.* Заметки о судебном нормотворчестве. URL: http://www.yurclub.ru/docs/arbitration/article92.html#sdendnote8sym.

[3] *Зорькин В. Д.* Конституционно-правовое развитие России. М., 2011. С. 155.

[4] См., например: *Марченко М. Н.* Судейское правотворчество и судейское право. М., 2007. С. 430.



в специальной норме. Поскольку в этой части зияет явный пробел, многие именно поэтому и сомневаются в существовании здесь прецедента. Но никто не может отрицать, что прецедентные решения поддерживаются силой государства и принимаемые вразрез с ними решения отменяются высшими судебными инстанциями.

Отмеченные контурные признаки относятся не только к решениям судов. Они свойственны и административным прецедентам, исследование которых еще ждет полновесных работ[1]. В настоящей статье о них речь не идет, но приходится иметь их в виду, поскольку некоторые теоретические представления о судебном прецеденте вообще исключали бы административный прецедент.

Пониманию прецедента служит определение его места в составе судебной практики. Именно ее склонны признать в качестве компромисса источником права в романо-германской правовой системе. Но что под ней понимать?

В отечественном правоведении выделяются по меньшей мере *три подхода к пониманию юридической практики.* Одни авторы отождествляют практику с юридической деятельностью. Другие относят к ней лишь определенные итоги, объективированный опыт правовой деятельности. И третья, своего рода интегративная точка зрения: юридическая практика рассматривается в неразрывном единстве правовой деятельности и сформированного на ее основе социально-правового опыта. Нам она представляется плодотворной в определении места прецедента потому, что вообще всякая последующая деятельность осуществляется в свете предшествующего опыта, вливающегося в эту деятельность.

Третья точка зрения позволяет более полно охватить основные элементы структуры судебной практики, правильнее отразить диалектику перехода прошлой деятельности в настоящую и предстоящую юридическую деятельность, понять значение разных элементов в механизме правового регулирования и правовой системе общества. Деятельностный подход позволяет увидеть индивида и социально-психологическую сторону его деятельности, а результат деятельности многих индивидов предстает как коллективный опыт, обеспечивающий накопление, систематизацию, хранение и передачу информации и

[1] Совершенно недостаточным для целей юридической практики является подготовленное под моим руководством исследование в виде кандидатской диссертации (см.: *Дворникова О. А.* Административный прецедент в системе источников права: теоретико-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009).

практических навыков, умений. Без такого опыта невозможны ни правотворческая, ни правореализующая деятельность.

Исходя из изложенного (определив некоторые реперные точки), юридическую практику можно определить как правотворческую и правореализующую деятельность, взятую в единстве с ее результатами в виде правового опыта. Таким образом, юридическую практику образуют в неразрывном единстве конкретные действия компетентных лиц по решению юридических дел, их обоснование и отражение в обобщенном виде в качестве руководства к действию. Правотворческая и правореализующая деятельность не разделены китайской стеной, они перекрещиваются, взаимно перетекают друг в друга. В ходе собственно правотворческой деятельности законодателя имеет место реализация естественного и позитивного права, а в ходе реализации права вырабатываются правоположения, способные стать нормами права или выполнять их роль. И в англосаксонской правовой системе, и в романо-германской прецеденту отведена роль посредника: то — между практикой и законом, то — между законом и практикой. Акценты разные, и ситуации разные, но в принципе все одинаково. То же можно сказать о посреднической роли других форм выражения судебной практики — о самых разных актах общего характера высших судебных инстанций, принимаемых на основе обобщения индивидуальных решений. Авторитет их разный, но юридическая сила (в плане обязанности следования им) одинакова.

Многие ученые-юристы признают, что одной из тенденций развития правовых систем является активизация судебной практики, что диктует усиление позиций судов, но говорят о необходимости осторожного подхода к судебному прецеденту как источнику права, исторически сформировавшемуся в англо-американской правовой семье[1], и полагают, что признание судебного прецедента источником права было бы шагом назад и отступлением от идеи верховенства закона[2].

[1] См.: *Загайнова С. К.* Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002. С. 158.

[2] См.: *Богдановская И. Ю.* Судебный прецедент — источник права? // Государство и право. 2002. № 12. С. 5—10. В новейшей статье автор склонна превознести прецедент толкования: «Движение от судебного прецедента к прецедентам толкования сближает право стран «общего права» с романо-германской правовой семьей, что является проявлением так называемой естественной конвергенции, когда в силу общих путей развития сближаются параметры национального права стран с разными правовыми традициями. Прецедентное право достигло качественно нового уровня развития. Из старого, архаичного источника оно смогло стать органичной частью современной правовой жизни». URL: http://law-journal.hse.ru/data/2011/03/01/1211540504/2-2010-9.pdf.



Весьма показательна позиции профессора В. Д. Зорькина, который, с одной стороны, считает, что А. А. Иванов «привел ряд убедительных сугубо правовых аргументов в пользу предлагаемых им мер по дальнейшему усилению прецедентной составляющей нашей судебной системы», но, с другой стороны, солидаризировался с академиком Толстым Ю. К., полагая, что следует учитывать «политическую сторону проблемы»[1]. Однако какую бы идеологическую или политическую составляющую ни учитывать, нельзя не принять во внимание удачно сформулированные Т. Н. Нешатаевой и отражающие исторические и современные реалии положения, согласно которым законодательство является более поздним феноменом по сравнению с судебным обычаем, что создание права — генетическое свойство судебной власти, характеризующее правовые системы всех стран мира во все времена[2].

Оценивая дискуссии о прецеденте как источнике права, нельзя не согласиться с Александром Верещагиным: уж больно глубоко засели в нашем сознании многочисленные мифы. Не без основания развенчав пять из них[3], автор сам же пропагандирует очередной, полагая что в России все прецеденты являются именно «прецедентами толкования». Этот распространенный миф покоится, в свою очередь, на развернутой позитивистской мифологии о беспробельности права, логической замкнутости его, когда из существующих законов всегда можно извлечь необходимое решение путем их толкования. Данная методология особенно приветствовалась в советское время, поскольку «работала» на миф об исключительно высоком уровне законодательства, не

Похоже, что автор не осознает главного: прецеденты толкования объективно не могут заменить другие разновидности.

[1] *Зорькин В. Д.* Конституционно-правовое развитие России. С. 156, 157.

[2] См.: *Нешатаева Т. Н.* Судебный прецедент и права человека // Российское правосудие. 2011. № 10. С. 34, 35.

[3] Миф первый и главный. Россия не является страной прецедентного права. Оно характерно лишь для англосаксонских стран. Этот тезис крайне далек от действительности, она на порядок сложнее. Миф второй. В России пытаются ввести прецедентное право. В действительности оно и так существовало, существует и будет существовать — просто потому, что без него невозможно обойтись. Миф третий. Можно обойтись без прецедентов. На Сенатских чтениях с этим тезисом выступил академик Юрий Толстой. Миф четвертый. Следование прецеденту несовместимо с независимостью судей и подчинением их только закону. Данная формула — риторическая фигура речи, не выдерживающая даже легкой критики. Миф пятый. Судебный прецедент несовместим с разделением властей. Поклонники этой мантры должны объяснить, почему такого вопроса не возникает там, где бесспорно имеются как прецедент, так и разделение властей (Великобритания, США, Канада и так далее) (см.: *Верещагин А. Н.* Прецедентное право: теперь и в России. Пять мифов о роли судебного прецедента в нашей стране и в мире. URL: http:// www.forbes.ru/column/47477-pretsedentnoe-pravo-teper-i-v-rossii.

знающего ни пробелов, ни иных недостатков. Бергбомовская теория логической замкнутости и полноты права была основательно развеяна сторонниками школы свободного права, которые, в свою очередь, ушли в другую крайность: суды могут сами творить право, не обращая внимания на закон и даже вопреки закону. Между тем жизнь всегда требует взвешенных решений.

Материальное содержание юридической деятельности получает определенную форму юридической практики — способы организации, существования и внешнего выражения ее содержания. Юридические акты-документы (нормативные и правореализующие), в которых закрепляются правовые действия, методы и средства их осуществления, а равно и суть вынесенных решений, как раз составляют внешнюю форму юридической практики. Внутренняя форма просматривается в способах организации, внутренней связи элементов содержания, процедурно-процессуальных актах, определяющих круг субъектов и участников юридической деятельности, объемы их процессуальных прав и обязанностей, условия вступления в правовой процесс и выбытия из него, порядок оперирования средствами и методами, сроки и время совершения действий, процессуальные гарантии, условия и процедуру принятия и исполнения решений, порядок их закрепления и опротестования (обжалования) и другие процедурные требования.

Бесспорно, что каждый из принимаемых актов имеет свои отличительные признаки, свой статус и, соответственно, влечет разные последствия принятия. Более всего изучена природа нормативных актов. Однако и к ней следует возвращаться, если мы хотим получить полное представление о прецеденте как втором после нормативного акта источнике права. Более всего нуждается в уяснении в этом контексте природа актов толкования права, актов конкретизации права, актов преодоления пробелов и актов, устраняющих противоречия в праве.

Исходя из того, что прецедент всегда облекается в какую-то форму, точнее, предполагает неразрывную связь содержания и формы, для решения практических вопросов развития прецедентного права судей следует определиться с тем, кто и в каких актах может формулировать обязательные к выполнению правовые позиции.

Итак, существенным отправным моментом в анализе реалий и перспектив прецедента в отечественной системе права является деление прецедентов на прецеденты — источники права и прецеденты толкования права. Последние не являются новыми правовыми нормами и, как всякое толкование, лишь интерпретируют содержание и смысл



толкуемых норм. По ним не возникает вопроса о действии с обратной силой: они всегда действуют одновременно и неразрывно с самой нормой права. Более того, как мне приходилось не один раз подчеркивать ранее, нельзя истолковать норму для отдельного случая. Не имеет значения, толкуется норма в связи с отдельным случаем, с рядом случаев или это абстрактное толкование, отвлеченное вообще от конкретных случаев, — результаты толкования вплетаются в содержание соответствующего правила, обозначенного нормой.

Совершенно иное дело, когда установлен пробел в праве (в очередной раз замечу, что проблема установления пробелов — отграничения их от иных явлений в праве — остается без должного внимания). Норма отсутствует. Норму нужно создавать. Разумеется, не *contra legem*, разумеется, в соответствии с общими и отраслевыми принципами права, иногда решая вопрос аналогично тому, как он решен по сходным отношениям. Никто не возражает против того, что это дело законодателя. Но объективные реалии таковы, что по многим делам, прежде всего в цивильной сфере, суд не может отказать в решении дела, ссылаясь на отсутствие закона. Вынесенное в этих условиях решение претендует на роль прецедента — источника права (с содержательной точки зрения.) Однако полнокровный прецедент требует и ряда формальных признаков. Не останавливаясь на них, скажу, что именно по этой причине право творить прецеденты признается за высшими судебными инстанциями. Формы прецедентных норм самые разные — от определений судебных коллегий до постановлений пленумов.

Наибольшие перспективы для формирования собственно прецедентных решений открываются там, где законодатель изначально рассчитывает на конкретизацию права в ходе правоприменения. Законодатель употребляет понятия, которые сориентированы на развитие права правоприменителем с учетом конкретных обстоятельств. Процесс конкретизации выходит за пределы толкования права. Здесь идет создание новых, более конкретных норм, и очень важно, чтобы обеспечивалось их единство.

Не уподобляясь страусу, надо признать существование в России и тех и других прецедентов. И в той мере, в какой они порождены объективными причинами, с прецедентной практикой нельзя бороться. Ее надо оптимизировать. А в той части, в какой она имеет несомненные плюсы (А. А. Иванов хорошо обозначил ряд из них), эту практику следует организовывать и поощрять. Прецедент обеспечивает единство судебной практики и тем самым гарантирует равенство граждан перед законом и судом. Для граждан важно, чтобы суд бездушную по-

рой норму своим решением по его делу направил в сторону предметно материализованной справедливости. В суд идут за тем, чтобы получить решение, наиболее точно отражающее суть и обстоятельства возникшей ситуации.

В теоретическом плане возникает вопрос о разведении прецедента с преюдицией. В основе прецедента лежит, как известно, принцип *res judicata pro veritate accipitur* (*habetur*) — состоявшееся судебное решение принимается за истину. И может возникнуть вопрос: в какой части? Общее мнение — в части установления фактов. В законе говорится об «обстоятельствах, установленных вступившим в законную силу приговором либо иным вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства» (ст. 90 УПК РФ). Но если придерживаться точки зрения, согласно которой конечная цель правосудия — это разрешение спора между сторонами, устранение спорного начала из дела[1], то можно утверждать, что этому не в меньшей степени служит определенность (однозначность) в юридическом обосновании определенных фактов. Если это так, то преюдициальная связь должна распространяться не только на установление фактических обстоятельств, но и на установление юридической основы дела. Ведь суд устанавливает выводы о наличии (отсутствии) тех или иных фактов и правоотношений. Да так и определяют ее иногда: «Преюдициальность заключается в недопустимости оспаривания... фактов и правоотношений, установленных решением суда, которое вступило в законную силу»[2]. Кстати, и некоторые судебные решения дают основание для такой трактовки. Например, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации отменил оспариваемое постановление суда кассационной инстанции «как нарушающее единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права»[3]. К сожалению, в решении данного вопроса трудно опираться на законодательство. Нормы о преюдиции, содержащиеся в разных кодексах и иных актах, не позволяют однозначно установить волю законодателя, содержат противоречивые положения.

[1] См., например: *Решетникова И. В.* Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург, 1997. С. 26

[2] *Безруков А. М.* Преюдициальная связь судебных актов. М., 2007 // СПС «Гарант».

[3] Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 марта 2010 г. № 13936/09 («Довод суда кассационной инстанции, не согласившегося с преюдициальностью решения суда по другому делу, является ошибочным...»). URL: www.garant.ru/ products/ipo/prime/doc/12074434/



В литературе вопрос о разграничении преюдициальной и прецедентной связи рассмотрел А. М. Безруков. Для него правовая позиция суда не является преюдициальным обстоятельством: «Возникает вопрос: будет ли преюдициальным толкование норм права, данное судом по одному делу и закрепленное в судебном акте, для суда, рассматривающего другое дело при участии тех же лиц? Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательным»[1]. Однако такой вывод основывается на аргументах, которые отвергают прецедент: в каждом конкретном случае суд сам применяет нормы права, руководствуясь своим личным пониманием их содержания. Автор признает, что «распространение преюдициальной связи судебных актов на правовую позицию суда фактически повлекло бы за собой признание за преюдициальным судебным актом некоторых свойств прецедента». Таким образом, последовательные сторонники прецедента не могут обходить вопрос о наличии перекрестных связей прецедента и преюдиции[2].

**Вопросы практики.** Теория, как всегда, суха, но древо жизни прецедента вовсю зеленеет. Практика обнажила ситуацию, когда возник вопрос не просто об обязательности указания вышестоящего суда, а о пересмотре состоявшегося решения по причине того, что вышестоящая инстанция сформировала иную позицию в отношении примененного ранее акта. Свою позицию определил Конституционный Суд: он поддержал практику арбитражных судов, сложившуюся в связи с фактическим одобрением в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 февраля 2008 г. № 14 возможности процедуры пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам судебных актов, которые были приняты до формулирования Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации правовой позиции, дающей толкование норм, положенных в основу этих судебных актов, отличное от толкования, в котором эти нормы были прежде применены. Но при этом сделана оговорка: «...Придание толкованию норм права на основе обобщения судебной практики характера правовой позиции, имеющей обратную силу, — в рамках процедуры, введенной постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Феде-

[1] *Безруков А. М.* Указ. соч.

[2] Примечательна в этом отношении позиция В. Д. Зорькина, который в решениях Конституционного Суда видит определенные прецедентные и преюдициальные свойства (см.: *Зорькин В. Д.* Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 4—5; *Зорькин В. Д.* Конституционно-правовое развитие России. С. 161.

рации от 14 февраля 2008 г. № 14, — допустимо только при наличии специального указания на это, которое должно быть выражено Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации формально определенным образом, ясно и недвусмысленно» (постановление от 21 января 2010 г. «По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»).

Решение Конституционного Суда не снимает остроты вопроса: в каких случаях ВАС должен давать указание об обратной силе сформулированной им правовой позиции? На мой взгляд, это зависит от содержания прецедента. В практическом плане в решении любых дел, особенно дел по обеспечению прав и свобод участников общественных отношений, прецеденты толкования всегда действуют с обратной силой, прецеденты конкретизации — только тогда, когда прямо указано в правоприменительном акте, а прецеденты права имеют обратную силу по общим правилам — по тем, которые приняты по отношению к появлению новых нормативных актов.

Судебная практика обнажает наиболее значимые (острые, сложные) вопросы, требующие формулирования правовой позиции высшей судебной инстанции в той или другой форме, прецедента в том или другом содержании, в той или другой разновидности. ЕСПЧ, например, выделяет «ключевые прецеденты», помещаемые в специальные сборники, что делает их обязательными для ссылок для вынесения постановлений по другим государствам[1]. А. А. Иванов предлагает создание национального фильтра для отбора судебных решений, направленных на поддержание единства судебной практики. Это не просто лозунг, а жизненная необходимость — установить систему отбора дел, что требует определенной организационной настройки деятельности высшего суда[2]. В становлении и совершенствовании данной системы приобретают значение следующие практические вопросы.

1. Определиться в механизме отделения дел, которые по сути своей принципиальны, требуют пояснений, конкретизации, пополнения норм. Только на содержательной основе может быть реализована идея отбора судебных актов, которые будут рассматриваться и пересматриваться высшими судами.

[1] См.: *Ковлер А. И.* Правовые позиции Европейского суда по правам человека (в свете постановлений, принятых в 2010 году по жалобам против Российской Федерации // Российское правосудие. 2011. № 2. С. 30.

[2] URL: www.gosbook.ru/.../2011/04/25/2-2010-3.pdf.



2. Определить день, в который суд работает в ином режиме — в режиме создания прецедентов, с приглашением экспертов, с более тщательной проработкой вопросов[1]. Вряд ли уместно изымать дела из специализированных составов в специальный состав (экспертную коллегию): это породит разногласия, неопределенность, не обеспечит преемственности решений.

3. Вменить в обязанность не только описывать фабулу дела, но и по каждому делу, решение по которому претендует на роль прецедента, развернуто формулировать правовую позицию.

4. В зависимости от результатов голосования за ту или другую прецедентную позицию решать, сформирован ли прочный прецедент или он носит фактически рекомендательный характер. В данном вопросе должна быть полна определенность, поскольку обязательные прецедентные решения должны отличаться той же стабильностью, что и закон.

5. Если спустя время позиция высшей судебной инстанции меняется (а на то могут быть объективные причины: изменение общественных отношений), она обязана разъяснить основания пересмотра позиции, указать, что предыдущая позиция не применяется или изменяется, и в какой части, каков порядок ее применения, каковы права участников процесса на пересмотр состоявшегося судебного акта.

6. Необходим постепенный переход на более узкую специализацию юристов (судей в том числе), что позволит отслеживать весь массив действующих правовых позиций, выраженных в судебных актах.

7. Необходимо повышение профессиональной ответственности юристов (судей в том числе), включающей страхование и другие условия наступления обязательств по возмещению вреда.

8. Обучение в юридических вузах и особенно в правовых колледжах должно быть сориентировано на разбор практических казусов, имевших место в практике.

9. Система допуска к юридической (и прежде всего судейской) профессии должна выявлять особо трудолюбивых, быстро соображающих молодых людей, способных своими знаниями, видом и манерами располагать к себе.

[1] Нельзя не согласиться с тем, что ВАС РФ просто обязан максимально вдумчиво подходить к выработке правовых позиций, чтобы они, подобно закону, создавались не на день, а участники правоотношений должны иметь возожность рассчитывать на то, что определенные с учетом правовых позиций ВАС РФ их взаимные права и обязанности будут поддержаны в позднейших актах того же ВАС РФ. См.: *Чернышов Г.* Беспрецедентная скорость появления прецедентов. URL: http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/982.

Прецедентная практика не направлена против законодателя и на подмену его деятельности. Напротив, законодатель может быть удовлетворен тем, что неясность и пробельность законодательства вовремя преодолеваются, что прецедентна практика способствует дальнейшему совершенствованию законодательства.

Признание прецедента должно устраивать правоприменителя[1]. И не потому, что он становится как бы законодателем, а потому, что ему официально предоставляется возможность принимать справедливые решения открыто, оперативно и аргументированно. Он становится более самостоятельным, ему доверяют. Впрочем, доверие влечет за собой и ответственность, что не всех правоприменителей может устраивать по причине загруженности, отсутствия должного образования и т. д. Однако прецедент немыслим, если в нем нет новой позиции, если эта позиция не аргументирована.

Помнится, еще на первом Съезде судей некоторые из его участников выражали готовность творить право. Проявлялась демократическая позиция в той части, в какой преследовалась цель укрепить позиции судебной власти, стремившейся следовать принципу разделения властей. Но многих вполне резонно отпугивает возможность творить право вместо или вопреки законодателю. Поэтому сразу оговариваемся: континентальная система права ставит пределы такой деятельности. Прецедент создается фактически всегда по воле законодателя и в ее пределах. В случае конкретизации права эта воля выражена через употребление общих понятий, а в случае пробелов в праве — через признание института аналогии. Заметим также, что в материально-правовом смысле прецедент создается всегда в ходе решения по конкретному делу, поскольку позиция правоприменителя может интерпретироваться как новая норма (подзаконная). Но формально процессуальными средствами можно ограничить сферу действия прецедента через указание на авторитет его творца.

В системе общего права прецедент весьма приемлем для адвокатов. Практически они и являются творцами прецедентов, поскольку на должности судей приходят из адвокатского сословия, поскольку именно практикующие адвокаты вынуждены в обоснование своей позиции перебирать действующие судебные решения. Сегодня адвокатское сообщество заинтересовано избавиться от случайных людей в их корпорации, заинтересовано, чтобы в суде выступали только адвокаты. Представляется, что вести полемику с привлечением большого числа прецедентов, особенно с намерением обосновать создание нового прецедента, под силу только высококвалифицированным специалистам.

[1] Возражения, как правило, базируются на отстаивании независимости суда в решении каждого дела. При этом крайняя позиция («...подлинный смысл независимости суда, не только от сторон, от государства, политики и т. д., но и от вышестоящего суда» (Кирилл Баранов. URL: http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/982) отвергает и нормативные постановления высших судебных инстанций.



Да, возразят мне, как раз кадровый вопрос и заводит в тупик: можно ли нашим судьям доверить, например, дело создания новых норм? Но, во-первых, объективно приходится. А во-вторых, что-то же должно подвигать к повышению уровня (к качественному росту) правоприменителя.

Следует согласиться с тем, что достоинства прецедентов значительно превышают их недостатки, что судебная система в России движется в сторону прецедентного права и что лучше прямо пустить прецедент в дверь. Закону в его компании будет комфортнее.

Разница в правовых системах разных семей известна. Она осознается не только в теории, но и практическими юристами. На VII Ежегодном деловом форуме (13—14 апреля 2011 г.) адвокат Ю. Монастырский, например, отметил две стороны вопроса культивирования прецедентного права: «Больше всего определяет и влияет на особенность юридических услуг не жесткая связанность статутами (а на нашем континентальном языке — законами) судей, юристов и иных субъектов. Правоприменители руководствуются писаными нормами, но обосновывают свое решение ссылками на прецеденты, которые извлекают из колоссальной по объему судебной практики. Что бы ни говорили, назначение последних — дать возможность мотивировать решение тем или иным образом. Что же тогда сдерживает судейский произвол, — спросите вы, — мздоимство в странах Common Law, которые с этой задачей превосходно справляются? Компактность судейского корпуса, который придерживается самых передовых стандартов саморегулирования и самоконтроля, традиционно высокий статус судьи, безжалостность наказания за коррупцию»[1]. И далее: «...Есть отличительное качество представителей общего права, которое составляет наиболее важное конкурентное преимущество при оказании юридических услуг. Мы бы назвали его квинтэссенцией различий. Оно задано тем, что в сфере регулирования бизнеса в странах общего права нет проблемы отставания законодательного регулирования от потребностей жизни ввиду необязательности самих статутов. И именно юристы первыми и без препятствий при отсутствии адресных законодательных запретов способ-

[1] *Монастырский Ю.* Особенности юридических услуг на основе прецедентного права. URL: http:// www.mzs.ru.

ны моментально реагировать на клиентскую потребность разработать сложную правовую конструкцию, имеющую для доверителя жизненно важное значение, и защитить ее в суде либо в специально подготовленном третейском трибунале. Сразу после этого она становится профессиональным ноу-хау фирмы, рекламируется и тиражируется среди клиентов. Это позволяет получать высокие доходы для дальнейшего развития и освоения новых юридических продуктов...»[1].

Приведенные соображения, с моей точки зрения, как нельзя более актуальны, если мы ориентируемся на принципы свободной рыночной экономики, на принцип «что не запрещено, дозволено», на активизацию инвестиционной деятельности, на разумность и добросовестность цивильной деятельности.

## Особенности аргументации позиции постоянного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде РФ[2]

Выступление постоянного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации имеет то общее с другими выступлениями в любом суде любого участника судопроизводства, что оно подчиняется нравственным и общеправовым принципам, следует общим логическим канонам и обусловлено процессуальной компетенцией выступающего.

Должность постоянного представителя Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации — заместителя начальника Правового управления Аппарата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации (далее также — Представитель) была учреждена специальным постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 2 июля 1998 г. № 2734-II ГД[3]. Пунктом 2 данного постановления на должность назначен доктор юридических наук В. В. Лазарев[4]. С его участием готовилось постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 16 июля

[1] Там же.

[2] Юридическая техника. 2013. № 7 — 1. С. 163—169.

[3] В одном из интервью Е. Б. Мизулина сообщила неверные сведения, указав, что впервые эта должность учреждена в 2000 году регламентом Государственной Думы // Закон. 2006. № 11. С. 13.

[4] Освобожден от должности постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 12 сентября 2003 г. № 4315-III ГД. Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 2 июля 1998 г. № 2734-II ГД признано утратившим силу постановлением Государственной Думы от 13 февраля 2004 г. № 86-IV ГД // СПС «Гарант».



1998 г. № 2834-II ГД «Об утверждении Положения о постоянном представителе Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации». Постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 16 июля 1998 г. № 2833-II ГД были внесены соответствующие дополнения в Регламент Государственной Думы[1].

Должность постоянного представителя учреждена для представления правовой позиции Государственной Думы в Конституционном Суде РФ (далее — КС). Ранее для выполнения этой функции решением Государственной Думы по каждому делу определялись разные лица — депутаты или приглашенные специалисты. Но практика скоро обнажила ряд недостатков прежней организации. Во-первых, заседания КС не всегда совпадали с сессионной работой депутатов, и потому процесс часто шел без представителя Думы. Во-вторых, не обеспечивались единство и преемственность в проведении позиции. В-третьих, самое главное, депутаты не могли отрешиться от своих фракционных пристрастий, не могли проводить позицию Государственной Думы, если сами они воздерживались от голосования или голосовали против закона, ставшего предметом рассмотрения в Конституционном Суде. Никакого контроля за их работой в качестве представителей законодателя не осуществлялось. Следует также принять во внимание известную напряженность в отношениях законодательной и исполнительной власти и что к тому времени в заседаниях КС принимал активное участие полномочный представитель Президента в КС (должность учреждена Указом Президента РФ от 24 апреля 1995 г.). За юридической аргументацией позиций сторон так или иначе просматривались политические пристрастия.

В названном выше Положении обязанность Представителя определена Государственной Думой в общей форме. Его компетенция и возможности обосновывать позицию законодательного органа вытекают непосредственно из закона. В соответствии с установленным законом порядком Представитель может «дать пояснения по существу рассматриваемого вопроса и привести правовые аргументы в обоснование своей позиции» (ст. 62 ФКЗ). Причем сразу же отметим, что времен-

[1] Постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 13 февраля 2004 г. № 86-IV ГД названные два постановления признаны утратившими силу и утверждено новое Положение, которое по существу повторяет предшествующее, но вводит новеллы относительно назначения и увольнения Постоянного представителя, а также его подчиненности.

ные параметры правового обоснования позиции не ограничены. Закон установил, что «объяснение стороны выслушивается Конституционным Судом Российской Федерации в полном объеме». Аргументация позиции дается не только в основном выступлении. В соответствии с законом (ст. 66 ФКЗ) по окончании судебного исследования заслушиваются заключительные выступления сторон и для их подготовки может быть предоставлено дополнительное время. Если после заключительных выступлений сторон Конституционный Суд признает необходимым выяснить дополнительные обстоятельства, имеющие существенное значение для разрешения дела, или исследовать новые доказательства, он выносит решение о возобновлении рассмотрения вопроса.

По окончании дополнительного исследования стороны имеют право на повторные заключительные выступления, но лишь в связи с новыми обстоятельствами и доказательствами. При этом важно учитывать, что в своих заключительных выступлениях Представитель не вправе ссылаться на документы и обстоятельства, не исследовавшиеся Судом.

Следует подчеркнуть, что при обращениях, в которых ставится под сомнение конституционность закона, стороной-ответчиком является законодатель. И в соответствии с разъяснением Конституционного Суда РФ[1] сюда относится Государственная Дума, которая по Конституции РФ принимает закон, и Совет Федерации, который так или иначе проявил свою позитивную волю в принятом законе. Но позитивная воля выражена и Президентом, если он не использовал право вето при подписании закона. Если в заседании участвуют представители каждого из названных органов, их позиция, казалось бы, должна быть одна — вновь обосновывать[2] на предмет конституционности принятые

[1] Конституционный Суд Российской Федерации в связи с толкованием отдельных положений ст. 107 Конституции Российской Федерации постановил, что под «принятым федеральным законом» по смыслу ч. 1 ст. 107 Конституции Российской Федерации понимаются: законы, принятые Государственной Думой и одобренные Советом Федерации в соответствии с ч. 1, 2, 3, 4 ст. 105 Конституции Российской Федерации; законы, повторно принятые Государственной Думой в соответствии с ч. 5 ст. 105 Конституции Российской Федерации; законы, одобренные Государственной Думой и Советом Федерации в соответствии с ч. 3 ст. 107 Конституции Российской Федерации (Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 1996 г. № 10-П «По делу о толковании отдельных положений статьи 107 Конституции Российской Федерации»).

[2] Конституционность норм подтверждалась заключениями правовых управлений Государственной Думы, Совета Федерации и администрации Президента. Сам факт принятия закона со всей очевидностью (это аксиома) свидетельствует о том, что законодатель расценивал его соответствующим Конституции.



и одобренные нормы. Аргументация может быть разной, но в выводе должно быть единство. Между тем практика давала и дает и иные примеры. Довольно часто судьи уточняли, например, у представителя Совета Федерации авторство высказанного им вывода, поскольку документ, которым фиксировалось бы изменение позиции палаты, не представлялся. Таким образом, представителю Государственной Думы всегда приходится строить свою аргументацию с учетом выводов и аргументов других представителей законодателя. Открытые возражения своим коллегам были бы неуместны, поскольку все представляют одну сторону, но в содержательной части своего выступления Представитель обязан оттенить суть расхождений.

Особые сложности в этом отношении возникают и в случае участия, наряду с постоянным представителем, других представителей Государственной Думы. Уже первое дело, с которого началась деятельность автора настоящей статьи, показало всю сложность ситуации. Слушалось дело о конституционности норм Федерального закона о бюджете. В запросе Верховного Суда РФ оспаривалась конституционность ч. 1 ст. 102 Федерального закона от 26 марта 1998 г. «О федеральном бюджете на 1998 год», согласно которой в случае отклонения совокупных поступлений доходов в федеральный бюджет от объемов, предусмотренных данным Федеральным законом, расходы федерального бюджета на 1998 год финансируются Правительством РФ строго пропорционально годовому назначению с учетом фактически полученных доходов федерального бюджета. При этом допускались отклонения от пропорционального финансирования по статьям за каждый квартал не более чем на 5% (за исключением платежей сезонного и единовременного характера), если иное не предусмотрено федеральным законом.

По мнению заявителя, данная норма, поскольку она дает основание Правительству РФ самостоятельно сокращать объем финансирования расходов федерального бюджета на судебную систему в зависимости от состояния доходной части бюджета, противоречит ст. 10, 76 (ч. 3) и 124 Конституции РФ. Государственную Думу представляли трое: кроме постоянного представителя, депутат от фракции «Яблоко» и депутат от коммунистов. Ни тот, ни другой не отстаивали конституционность принятого Государственной Думой закона. Позиция постоянного представителя сводилась к следующему: «Исполнительные органы нарушили соответствующие предписания законов, в том числе и норму статьи 102, поскольку ее применение в случае уменьшения финансирования судов обязательно, я подчеркиваю, обязатель-

но требует учета статьи 33 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» от 31 декабря 1996 года... реалия, конечно, такова, что поступления в бюджет отклоняются в сторону их уменьшения. Поэтому применительно к финансированию судов сразу же в действие вступает статья 33 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации». Она в полном соответствии со ст. 124 Конституции Российской Федерации гласит в первой части: «Финансирование судов должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия в соответствии с федеральным законом. В части 3 предусматривается механизм, я обращаю также внимание на эту третью часть, там предусматривается механизм обеспечения этого полного и независимого осуществления правосудия; и, наконец, пункт 5: «Размер бюджетных средств, выделенных на финансирование судов в текущем финансовом году или подлежащих выделению на очередной финансовый год, может быть уменьшен лишь с согласия Всероссийского съезда судей или Совета судей Российской Федерации». Общий вывод: «Статья 102 Федерального закона «О федеральном бюджете на 1998 год» не противоречит положениям ст. 124 Конституции Российской Федерации, поскольку в случае увеличения совокупных поступлений, доходов в федеральный бюджет она напрямую будет служить наиболее полному и независимому осуществлению правосудия, а в случае уменьшения таких поступлений будет действовать специальная норма закона более высокой юридической силы, то есть норма статьи 33 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации»[1]. Конституционный Суд согласился с позицией Верховного Суда, хотя, на мой взгляд, в действительности пороки скрывались в правоприменении — исполнительные органы нарушали действующие нормы.

Дело представлялось особенным еще и по той причине, что все суды, включая и Конституционный, были напрямую заинтересованы в решительном воздействии в сторону увеличения средств на судебную деятельность. Однако по тактическим причинам постоянный представитель умолчал о том обстоятельстве, что признание закона в такой ситуации неконституционным бросит тень на независимость правосудия.

Таким образом, всякий раз, когда возникает ситуация расхождения в позициях представителей законодателя, и тем более представителей одного органа, полагаю недопустимым оглашать в судебном заседании разногласия, а изначальные соображения о неконституционности принятого закона преодолевать путем согласования еще до начала разбирательства. Следует безоговорочно руководствоваться адресованной постоянному представителю нормой: «При рассмотрении конкретного дела Конституционным Судом Российской Федерации постоянный представитель (представители) представляет правовую позицию Государственной Думы, выраженную в принятом ею федеральном законе или в обращении Государственной Думы, направленном в Конституционный Суд Российской Федерации в соответствии со статьей 125 Конституции Российской Федерации, либо в постановлении Государственной Думы Российской Федерации (в решении Совета Государственной Думы), принимаемом по материалам предстоящего рассмотрения дела Конституционным Судом Российской Федерации». Вместе с тем Положение о постоянном представителе демонстрировало некоторую противоречивость: с одной стороны, оно обязывало «обеспечивать взаимодействие структурных подразделений Аппарата Государственной Думы и представителей Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации в процессе выработки правовой позиции Государственной Думы» и «координировать деятельность иных представителей Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации... назначенных Государственной Думой для участия в рассмотрении Конституционным Судом Российской Федерации конкретных дел», а с другой — «координация» не распространялась на депутатов. Вместе с депутатами Государственной Думы, назначенными представителями палаты в Конституционном Суде РФ при рассмотрении конкретного дела, постоянный представитель обязан «вырабатывать порядок представления правовой позиции Государственной Думы по данному делу». Другими словами, решать вопросы, кому выступать первым, выступать ли с заключительным словом и т. п. Между тем гораздо важнее заранее обговорить то, кто из представителей сделает акценты на определенных положениях и с какими аргументами. Отсюда, кстати, приобретают значение некоторые нюансы в произнесенных речах, в частности, пробелы в аргументации[1].

[1] Архив Конституционного Суда РФ.

[1] Замечу попутно о целесообразности опубликования по определенным, наиболее значимым делам всех материалов, дающих целостное восприятие различных подходов к решению существенного правового вопроса. И решение Суда, и речи сторон, и особое мнение по отдельности страдают определенной неполнотой и, как следствие, односторонностью.

Аргументация Представителя часто излагалась через призму решений профильного комитета Государственной Думы, а в некоторых случаях за основу выступления брались не действующие нормы старого закона, а нормы законопроекта, прошедшего одно или два чтения. Точка зрения самого постоянного представителя могла прозвучать только тогда, когда напрямую задавался вопрос конституционным судьей. Но и в этом случае делались оговорки об официальной позиции.

На мой взгляд, приходится различать конституционность концептуального решения вопроса и соответствие Конституции приводимых в обоснование концепции аргументов. Представитель относительно свободен в выборе аргументации. Однако если возникает вопрос о концептуальном решении, когда оспаривается конституционность федерального закона, то уже по формальным (процессуальным) соображениям должна выстраиваться и проводиться единая официальная линия представителей Государственной Думы, Совета Федерации и Администрации Президента РФ, по возможности зафиксированная в документах. При этом и вывод о конституционности принятого закона может быть поколеблен в силу новых или открывшихся обстоятельств. Тем более что при принятии закона могли быть оговорки, Совет Федерации мог не одобрить закон, Президент мог использовать право вето и т. д.

Представляются важными как содержательный анализ тех или других особенностей выступления Представителя, так и процессуальные аспекты. Прежде всего, отметим некоторые моменты общего характера. Так, возникает вопрос о тождественности текста выступления и содержательной части аргументации позиции Представителя. С моей точки зрения, в принципе, в идеале, если отвлечься от некоторых вступительных и заключительных фраз, они идентичны. В противном случае есть опасность бессодержательного, пустого выступления (отсюда выражение «лить воду»), выступления ради выступления. Спрашивается: а могут ли быть в выступлении «лирические» отступления? Да, но в той мере, в какой они психологически убеждают судей в определенной позиции, в какой образность способствует проникновению в глубины истины. Главным, однако, остается подчас весьма сухой юридический анализ правовой материи, кройка и перекройка ее по конституционным выкройкам и лекалам. Припоминается, как один из выступавших получил замечание председательствующего, когда он пытался показать президента в качестве парящего орла. Прекрасное образное видение действий высокого должностного лица (полета его),



схватывающего всю предметную фактологию в целях принимаемых решений! Этот образ, встроенный в контекст юридической аналитики, мог работать на принятие социально и юридически выверенных выводов, но юристы остаются юристами, и для них чистый формально-юридический анализ свят. А в качестве позитивно воспринятого председательствующим «лирического» отступления приведу ссылку на Конфуция, который как-то заметил: «Если я даже ничего не знаю о предмете, я охарактеризую его с двух сторон». Действительно, никакая аргументация не может быть односторонней, даже одноклеточную амебу характеризуют с разных сторон. В данном случае представителю был задан вопрос, на который с оговоркой о значимости вопроса, о том, что он не был предметом изучения и со ссылкой на Конфуция, последовала развернутая аргументация отстаиваемой позиции.

Какую цель преследует выступление с его аргументацией? Ответ напрашивается простой: установление истины. Однако много рифов подстерегает нас в этом вопросе. Не случайно в последнее время вновь обострилась дискуссия о поиске истины в суде и об усилиях в этом деле самого суда. Проблема поставлена законопроектом, подготовленным Следственным комитетом и озвученным в средствах массовой информации его руководителем[1]. Предлагается в УПК РФ вернуться к редакции нормы прежнего УПК, в которой на суд возлагалась обязанность искать истину по делу. Решительные возражения на этот счет исходят от адвокатского сообщества[2]. И хотя полемика ведется вокруг поиска истины в суде общей юрисдикции, да к тому же в рамках уголовного судопроизводства, она имеет прямые выходы на общефилософские, общетеоретические и отраслевые вопросы отправления правосудия, *на все процессы аргументирования соответствующих позиций.*

Мы исходим из того, что различаем поиск истины фактической и истины юридической. Не случайно теоретики выделяют стадии в правоприменении: установление фактических обстоятельств и установление юридической основы дела. Опускаем здесь вопрос о достижении истины, о возможности установить абсолютную истину и ограничи-

[1] URL: http://www.sledcom.ru/blog/detail.php?ID=90815#comments.

[2] Вопрос, в частности, обсуждался на специальном заседании Научно-консультативного совета Федеральной палаты адвокатов, где в присутствии авторов законопроекта основной докладчик Г. М. Резник и его коллеги подвергли законопроект строгому критическому анализу. URL: http://www.advgazeta.ru/newsd/336; http://www.advgazeta.ru/arch/120/818.

ваемся тем, что к этому надо стремиться. Не может быть сосчитанной бесчисленности, но на этом основании никто не отказывается считать.

Конституционное правосудие весьма существенно отличается в отношении поиска истины.

Во-первых, задача установления ее возлагается непосредственно на суд. В процессе участвуют стороны и, казалось бы, у суда одна задача — смотреть, у какой стороны больше представлено документов, насколько полно аргументирована позиция и т. д., и т. п. То есть исходить в полной мере из принципа состязательности. И если ответчик «сплоховал», недостаточно заинтересован в исходе дела, он расплачивается отрицательным для него решением. Однако конституционное правосудие строится на противоположной посылке. Здесь суд — основное действующее лицо. И если ответчик не явится в суд, не представит вообще своих аргументов, не позаботится об экспертных заключениях и так далее — мало что изменится. Суд все возьмет на себя. Более того, и заявитель может ограничиться минимальным набором аргументов, тех, без которых процесс не может идти (см. ст. 37 ФКЗ о Конституционном Суде РФ). Суд и за эту сторону будет искать доказательства обоснованности обращения. Правильно ли это? Да, поскольку дело всегда публичное, интересы той и другой стороны всегда публичны. Правильно ли это всегда? Не уверен, поскольку имеют место обращения граждан, так или иначе связанные с направленными против них действиями государственных чиновников (органов). В таких ситуациях (условно поименуем их исками против государства) граждане должны сами тщательно заботиться о доказательствах и представлять только им известные свидетельства (документы). Конституционный Суд вправе (и постоянно это право использует) запросить все необходимые для решения дела материалы и в силу ст. 50 ФКЗ «требования Конституционного Суда Российской Федерации о предоставлении текстов нормативных и других правовых актов, документов и их копий, дел, сведений и других материалов; о заверении документов и текстов нормативных актов; о проведении проверок, исследований, экспертиз; об установлении определенных обстоятельств; о привлечении специалистов; о даче разъяснений, консультаций и об изложении профессиональных мнений по рассматриваемым делам обязательны для всех органов, организаций и лиц, которым они адресованы».

Во-вторых, особенностью конституционного судопроизводства является то, что упор (акцент) делается на установлении юридической истины. Такой вывод вытекает из содержания ч. 2 ст. 36 ФКЗ, гласящей: «Основанием к рассмотрению дела является обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции Российской Федерации закон, иной нормативный акт, договор между органами государственной власти, не вступивший в силу международный договор, или обнаружившееся противоречие в позициях сторон о принадлежности полномочия в спорах о компетенции, или обнаружившаяся неопределенность в понимании положений Конституции Российской Федерации...». Иногда даже считают, что Конституционный Суд РФ не устанавливает фактическую сторону вопроса. Это не совсем так. Статья 3 ФКЗ, определяющая компетенцию Суда, представляется нам до известной степени противоречивой. С одной стороны, «Конституционный Суд Российской Федерации решает исключительно вопросы права», а с другой, здесь же содержится положение: «Конституционный Суд Российской Федерации при осуществлении конституционного судопроизводства воздерживается от установления и исследования фактических обстоятельств во всех случаях, *когда это входит в компетенцию других судов или иных органов»* (курсив наш. — *В. Л.*). Однако есть такие обстоятельства, установление которых напрямую не входит в компетенцию каких-либо органов, и Суд не может уклониться от их установления. Более того, без оценок определенных фактов невозможно принять правильное решение. Науке известно, например, историко-политическое толкование законодательных актов, которое напрямую предполагает установление и исследование определенных фактов, сопровождающих принятие закона. Конституционный Суд, равно как и все участники процесса, широко использует этот прием. В перечне оснований к рассмотрению дела в Конституционном Суде РФ значится «выдвижение Государственной Думой обвинения Президента Российской Федерации в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления» (ст. 36 ФКЗ). И хотя речь идет только «о даче заключения о соблюдении установленного порядка выдвижения обвинения Президента Российской Федерации в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления» (ст. 108 ФКЗ), можно предположить, что такого рода конституционный процесс коснется установления определенного рода фактов. Таким образом, если даже основное внимание и сосредоточено на юридической материи, все-таки в понимании этой последней имеют значение факты прошлого, настоящего и даже гипотетические факты будущего. Это факты и обстоятельства принятия закона, внесения в него поправок, голосования по ним и так далее на предмет выявления воли, заложенной в этот закон, что является непременным условием для суждений о его конституционности. Кстати,

и факты, имеющие процессуальное значение, не может обойти вниманием Конституционный Суд. Например, факт отказа в рассмотрении обращения, факт состоявшегося рассмотрения дела гражданина в других органах, факт рассмотрения его дела в ЕСПЧ и др. Все эти факты сами по себе имеют юридическое значение, хотя бы затем, в рассмотрении их по существу, вновь внимание сосредотачивалось на юридическом анализе имеющего место быть.

Однако вопрос о конституционности норм часто связан и с должным, с вопросом, как должно быть. Разумеется, Конституционный Суд не может подменить законодателя и установить, например, размер штрафа или сумму пособия. Вместе с тем Представитель в обоснование своей позиции о конституционности норм может приводить фактические данные, на основании которых профильный комитет Государственной Думы приходит к определенным выводам.

Проблема установления юридической истины не менее, если не сказать, более сложна, чем установление истины в фактической стороне дела. В общем можно сразу сказать: юридическая истина всегда относительна. Именно этим во многом объясняется разное понимание закона, разная интерпретация выносимых Конституционным Судом решений и, более того, неприятие отдельных из них как необоснованных, несправедливых (неистинных)[1]. В качестве примера сошлюсь на многообразные толкования и оценки старой и новой редакции ст. 90 УПК РФ «Преюдиция» и соответствующего определения Конституционного Суда РФ от 15 января 2008 г. № 193-О-П. Идет ли речь (в определении Суда) о межотраслевой преюдиции или просто о способах преодоления презумпции законности судебных решений, вынесенных арбитражным судом, и может ли служить межотраслевая преюдиция, закрепленная в действующей норме УПК, интересам правосудия — вот суть разных подходов. Относительность истинности суждений о конституционности тех или других норм обусловлена еще и тем обстоятельством, что сама Конституция содержит нормы высокой степени абстракции, позволяющие по-разному конкретизировать их в текущем законодательстве и, тем более, выводить разный смысл в процессе правоприменения.

[1] См.: *Скобликов П. А.* Преюдиция актов арбитражных судов в уголовном процессе: новое прочтение // Журнал российского права. 2009. № 2; *Лазарев В. В.* Прецедентное решение Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. 2009. № 9; *Афанасьев С.* Преюдиция или процессуальный капкан // Новая адвокатская газета. 2010. № 7; *Резник Г. М.* Не дать преюдиции стать капканом // Новая адвокатская газета. 2010. № 10; *Петров А.* Дорога в ад вымощена благими намерениями // Новая адвокатская газета. 2010. № 10; *Лазарев В.* Не предрешать виновность лиц // Новая адвокатская газета. 2010. № 12; *Султанов А. Р.* Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. М., 2012. С. 181—198.



Сказанное, во-первых, настоятельно диктует следование принципу состязательности в конституционном судопроизводстве. Во-вторых, требует от Представителя всесторонней взвешенности приводимых им аргументов и, в-третьих, внимательного отношения к аргументам другой стороны.

При более глубоком погружении в проблему мы упираемся в спорные вопросы истинности норм. И вновь многое зависит от понимания права: одно дело, когда правом считают сущее, и другое — если право суть нормы долженствования. Истинность подзаконного акта могут усматривать в его соответствии закону; истинность закона — в соответствии конституции, но неизбежно в таком случае возникает вопрос об истинности норм конституции. Однако такого рода суждения (аргументы), допустимые в Государственной Думе, исключаются в зале Конституционного Суда.

В своей речи (в аргументации своей позиции) Представитель должен учитывать пределы компетенции суда[1] и его возможности в рамках компетенции. Нельзя, например, не учитывать, что председательствующий в заседании в соответствии со ст. 58 ФКЗ «...прерывает выступления участников процесса, если они касаются вопросов, не имеющих отношения к разбирательству, лишает их слова при самовольном нарушении ими последовательности выступлений, двукратном неисполнении требований председательствующего, использовании грубых или оскорбительных выражений, провозглашении преследуемых по закону утверждений и призывов». Так, в принципах конституционного судопроизводства (ст. 29 ФКЗ) значится: «Решения и другие акты Конституционного Суда Российской Федерации выражают соответствующую Конституции Российской Федерации правовую позицию судей, свободную от политических пристрастий». Отсюда вытекает исключение политической аргументации из речи Представителя, хотя бы при этом и имелось в виду (имело место в реалии), что оспариваемый закон являлся победой некой политической фракции Государственной Думы. Статья 62 ФКЗ лишает Представителя права «использовать свои выступления в Конституционном Суде Российской Федерации для политических заявлений и деклараций».

Кстати, играет свою роль и психологическая сторона доведения аргументов до сознания судей. Конституционный Суд в этом отноше-

[1] См., например: Статьи 86, 94, 99 о пределах проверки по определенным обращениям в Суд, а также нормы о допустимости соответствующих ходатайств.

нии напоминает суд присяжных. С той существенной разницей, что судьи являются специалистами высшей квалификации. На мой взгляд, есть много негативного в том, что сужены рамки публичных (открытых) заседаний, что, напротив, расширены возможности заседаний без проведения слушаний (см. порядок, установленный ст. 47.1 ФКС). И не только в смысле некой закрытости информации, но и в том, что стороны не имеют в таких процессах всех возможностей убедить судей в правильности соответствующего решения. Сам по себе факт высокого профессионализма судей не перечеркивает преимуществ публичного, состязательного процесса. Аргументы сторон часто напрямую входят в итоговое решение суда, и вопросы судей участникам процесса, перекрестные вопросы последних, публичные вопросы экспертам — все это входит в арсенал доказывания (аргументации) соответствующей позиции. По меньшей мере, три из пяти принципов деятельности КС, предусмотренных в ст. 5 ФКЗ о нем, ставятся под сомнение в случае так называемого письменного производства по делу.

Вновь подчеркнем, что конституционное судопроизводство предполагает полемику. Полемику между сторонами, полемику с экспертами[1]. Это состязательное судопроизводство. И хотя в отличие от других видов судопроизводства здесь не оценивается фактическая сторона дела и даже не идет дискуссия об эффективности или неэффективности норм, их целесообразности или нецелесообразности, полемике следует иметь место в осмыслении юридической стороны дела. Это высокоинтеллектуальная теоретическая работа по системному толкованию конституционных норм в неразрывной связи с нормами отраслевыми и сложившейся практикой их реализации. Кстати, многие речи уместно строить именно в том направлении, чтобы показать неконституционность правоприменительной практики, складывающейся в результате ошибочной интерпретации закона. Сам закон часто можно так «повернуть», что у его «потребителей» — у граждан или их объединений складывается впечатление о неконституционности самого закона. Они идут в Конституционный Суд. Суд принимает обращение к производству в том числе и для того, чтобы развеять все сомнения в неконституционности норм в ходе строгой судебной процедуры. В Федеральном конституционном законе о Конституционном Суде предусмотрены основания отказа в принятии обращения[1], основания прекращения производства по делу и т. д. Представители законодателя должны в первую очередь обращать на них внимание, с тем чтобы отвести негативные оценки действующих норм. Иногда законодателю уместно ускорить работу по рассмотрению новых норм, и в таких условиях Конституционный Суд вынужден будет ждать завершения законодательного процесса. Предварительный конституционный контроль (проверка конституционности законопроектов) в России исключается.

[1] В последнее время получила распространение практика экспертиз по так называемым экстремистским делам. Представляется, что, в отличие от научно-технических экспертиз, экспертиза материалов на предмет их экстремизма является по своей сути правовой и, более того, во многом конституционно-правовой, поскольку затрагивает права и свободы человека и гражданина. Между тем признание материалов экстремистскими происходит фактически в бесспорной процедуре на основании заключений лингвистов и психологов, когда прокуроры и судьи следуют им механически (подробнее об этом см.: *Султанов А. Р.* Европейские правовые стандарты, уроки истории и правоприменительная практика. М., 2012. С. 74—76, 88—90, 118—119).



В качестве общего итога констатируем следующее. Особенности выступления постоянного Представителя Государственной Думы в Конституционном суде РФ обусловлены:

1) особенным правовым положением Представителя;

2) спецификой судебного учреждения и спецификой процедуры конституционного судопроизводства;

3) особенностями правовой основы доказательственной деятельности конкретного субъекта в данной судебной инстанции;

4) спецификой цели конституционного судопроизводства, направленного на установление юридической истины.

## Место и роль суда в правовой системе[2]

Задавшись целью определить место суда и судебных решений в правовой системе, приходится, как и во многих других случаях, следовать китайской методологии и начинать с имен. Впрочем, нет необходимости пояснять, что скрывается за именем «суд» в цивилизованном мире. Это специальный орган, создаваемый для разрешения споров о праве. Языковые различия не имеют здесь большого значения. Однако практический опыт свидетельствует, что суды не ограничиваются вынесением решения по конкретному делу в отношении конкретных сторон (участников конкретного судопроизводства) и дополнительно, в том же процессе или специально в порядке особого рода деятельности, предпринимают усилия, выходящие за рамки конкретного дела. Соответственно, аподиктичность исчезает и могут возникать сомнения, судебная ли это деятельность и не перестает ли орган быть судом, если он, напри-

[1] Рецензия на книгу: *Мальцев Г. В.* Культурные традиции права: монография. М., 2013.

[2] Журнал российского права. 2014. № 10 (214). С. 17—30.

мер, начинает официально толковать законы, ставить себя на место законодателя при отсутствии закона и т. п.[1] Высшие судебные инстанции наделены правом выносить акты нормативного характера, не связанные напрямую с конкретным спором о праве гражданском или с конкретным правонарушением. Возникает вопрос: следует ли, например, Пленум Верховного Суда РФ в обозначенном случае считать судом? Для целей настоящей статьи — да, хотя в анализе, например, проблем разделения властей могли бы последовать и другие решения.

Далее трудности только усугубляются. Как можно представить правовую систему без указания на понятие права? Вот уж действительно *ignotum per ignotius* — неизвестное объяснить через более неизвестное. Мы знаем, какое множество позиций выражено в богатой юридической литературе по тому и другому поводу, но даже их обзор не составляет предмета для настоящего исследования. Представляется необходимым лишь обозначить реперные точки исходного материала, которые позволят далее сделать некоторые теоретические и практические заключения о месте и роли судов в правовой системе. Впрочем, заранее можно сказать, что, несмотря на «семейные» и прочие различия систем, есть некоторые общие закономерности обустройства судов в системном правовом сообществе.

Итак, что для целей настоящей статьи понимается под правовой системой?

Термин «правовая система» мы применяем в значении «национальная правовая система» (например, российской, США и т. д.). Для характеристики некой совокупности национальных правовых систем, которые в силу общих черт и признаков можно отнести к одной группе, целесообразно использовать понятие «семья». Правовая система предполагает особенности эволюции, структуры, источников, понятийного аппарата, правовой идеологии, правовой ментальности. Сходство и различие в каждом из элементов учитываются при классификации семей, отнесении системы к той или другой семье. В качестве исходных положений берутся, например, классификационные признаки Р. Давида, который указывал два критерия: идеологический (религия, философия, экономическая и социальная структура) и юридический (юридическая техника). Прагматический подход основоположника сравнительного правоведения позволил выделить три главные группы правовых систем: романо-германскую правовую семью, семью общего права и семью социалистического права. Просматривается своего рода синтетический подход в классификационных основаниях: интеграция концептуальных структур правовых систем или иерархии различных источников и типа общества, которое стремятся создать с помощью права (место права в рамках данного социального строя)[1].

[1] Нормативное закрепление понятий «суд» и «судебная деятельность» (см., например: Федеральный закон от 22 декабря 2008 г. № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации») ничего не дает (определения idem per idem) и может служить лишь примером плохого знания юридической техники. К судебным актам законодатель относит только акты, вынесенные по существу конкретного дела.



При характеристике российской правовой системы и положения суда в ней мы принимаем и другие подходы[2], которые в совокупности можно определять в качестве «прорыва сравнительного правоведения XX века»[3].

Исследования классиков сравнительного правоведения получили обобщенное выражение в понятиях, предлагаемых узкими специалистами. Как представляется, вполне приемлемо следующее: «Правовая система представляет собой исторически обусловленную, взаимосвязанную (взаимозависимую), иерархически структурированную правовую целостность, включающую право, господствующую правовую идеологию, юридическую практику и правовую культуру, оказывающую регулятивное воздействие на общественные отношения с целью их упорядочения»[4]. Вместе с тем представление и когерентный анализ правовых систем могут полнее обогатиться вовлечением в научную орбиту государства, основных ветвей государственной власти. Авторитетные ученые советского времени, рассматривая правовую систему в статике, выделяли в ней нормативную сторону (нормы, принципы, институты), правовые учреждения (организационный элемент) и идеологический элемент (взгляды)[5].

В общей характеристике современной российской правовой системы и места в ней суда нельзя не учитывать социально-политические реалии. В советское время политическая власть брала на себя всю

[1] См.: *Рене Д.* Основные правовые системы современности / пер. с фр. *В. А. Туманова.* М., 1967.

[2] Позиции Давида, Цвайгерта, Кетца, Осакве, Саидова, Чиркина и других исследователей правовых систем стали широко известны благодаря многочисленным публикациям по сравнительному праву, многие из них вошли в учебники по теории государства и права.

[3] Подробнее об этом см.: *Леже Р.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М., 2010. С. 103—110.

[4] *Перунова В. Л.* Теоретико-методологические и сущностные аспекты современной правовой системы России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2005. С. 8.

[5] См.: Правовая система социализма: в 2 кн. Кн. 1: Понятие, структура, социальные связи / отв. ред. *А. М. Васильев.* М., 1986. С. 39.

полноту руководства развитием права. Причем это была даже не государственная, а партийная власть. При этом право понималось как выражение классовой справедливости. Правовая доктрина (университетская) если и вырабатывала правовые ценности, то только в русле политических (партийных) программ. На Западе важная роль в выработке и формулировании правовых норм (в большей или меньшей степени) принадлежала судебной практике, руководимой доктриной. В СССР за судом признавалось только право на применение законов и толкование судебной практики. В современной России по большинству классификационных признаков отсутствует определенность и нет стабильности. Отсутствует единство в понимании права вообще и источников права в частности. Между тем право и закон часто различают и противопоставляют не только в доктрине, но и в судебной практике. В силу различных причин издаваемые парламентом законы не пользуются доверием граждан и не всегда удовлетворяют потребностям практики. Отсутствует ясное понимание того, какой тип общества создают с помощью права. Судебная система подвергается столь решительной критике, что рушатся все ее ценностные свойства[1]. Когда-то право понималось как выражение справедливости (*id quod justum est*) и на суд возлагалась задача поиска этой справедливости. Сегодня мы слышим апелляции к справедливости, естественному праву и правовому государству, но олигархические реалии, откровенное господство мамоны, коррупция превращают все в фарс и трагедию.

Известный западный теоретик права Марк ван Хук предлагает рассматривать термин «правовая система» в широком смысле как синоним термина «правопорядок». И далее вслед за Хартом он анализирует первичные и вторичные правила правовых систем, где последние устанавливают, кто имеет право (власть) вводить, изменять и отменять правовые нормы, кто и в какой процедуре обладает властью решать, было ли нарушено первичное правило[2]. Становится понятным, что правовая система органично включает в себя все то, что можно именовать собственно государственным. Прослеживается прямая связь между определением М. ван Хуком правовой системы и пониманием Кельзеном государства как тождества праву, как олицетворения правопорядка. И Кельзену, и его последователям свойственно видеть в правопорядке не простую совокупность норм, а государством «управляемое единство» (Л. Фридман). «Право — это не набор однажды установленных норм, а нормативный механизм, который постоянно развивается и совершенствуется в рамках юридической практики. Оно никогда не бывает полностью когерентным, когерентность же обеспечивается в основном ежедневной практикой в прецедентном праве и в правовой доктрине»[1]. А. Кауфман со ссылкой на Ф. Аквинского усматривает завершенный образ права лишь в судебном приговоре. «Впервые здесь, в конкретном решении, право обретает свою бытийную насыщенность, становится полностью и целиком действительным, каждое правовое решение... является «составляющей пунктуального развития права», частью осуществления права. Впервые в правосудии из закона возникает право. Суд является местом, в котором право осуществляется в его полноте»[2].

Цитируемые положения выстраивают мостик от нормативистского понимания права к социологическому, когда право (правопорядок) отыскивается непосредственно в жизни, в реальных отношениях людей, в решениях властных структур, разрешающих конфликты. В этом ракурсе необыкновенно возрастает роль судебных органов. Суд уже не только субъект толкования закона, не только правоприменитель или субъект разрешения конфликтных отношений, он вносит свои инновации, он творец права. Выражаясь более абстрактно, можно обосновывать роль суда не только в качестве гаранта существующей правовой системы, но и в качестве института, властно гармонизирующего эту систему[3]. В обеспечении гармоничного развития правовой систе-

[1] Критика часто небезосновательна: «...неблагополучие с механизмом судебной власти в нашей стране осознается как «сверху» — руководством государства, так и «снизу» — самим судейским сообществом...» (*Клеандров М. И.* Конституция Российской Федерации и системные проблемы судебной власти // Российское правосудие. 2014. № 2. С. 6).

[2] См.: *Хук М. ван.* Право как коммуникация. СПб., 2012. С. 34—35.



[1] Там же. С. 143—144. Заметим, что автор не относится к представителям англосаксонских взглядов на право и его источники. Признавая в качестве основных строительных блоков правовой системы правовые нормы, правовые понятия, принципы, институты, правовые высказывания, он вслед за Луманом определяющее значение придает коммуникациям как синтезу информации, взаимодействия и понимания (с. 156, 157—158). О теоретических взглядах Лумана в аспекте рассматриваемой темы см., например: *Посконина О. В.* Никлас Луман о политической и юридической подсистемах общества. Ижевск, 1997.

[2] *Кауфман А.* Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 173—174.

[3] Никлас Луман рассматривает власть «как средство коммуникации» (*Луман Н.* Власть. М., 2001. С. 11—33), что дает основание видеть в функционировании судебной власти то, что составляет правопорядок и, следовательно, то, что с позиций социологов тождественно праву. Другой сторонник коммуникативного подхода пишет: «Выступая как особый политико-правовой институт сферы права, государство одновременно является и социокультурным институтом... Оно есть основной и системообра-

мы большая роль отводится достижению единства судебной практики. В системе общего права этому служит принцип *stare decisis*, смысл которого выражает латинское выражение *stare decisis et non quieta movere* — стоять на решенном и не отступать от устоявшихся положений[1]. В то же время следует согласиться с тем, что «на пути к единству судебной практики суд не имеет права оставлять ущербные решения и приговоры»[2].

Нельзя не обратить внимание на положение суда в правовой системе и в том дискурсе, в котором часто противопоставляют государство и гражданское общество. Судебная власть признается одной из ветвей государственной власти, и суд в этой ипостаси, несомненно, является государственным органом. Однако в противостоянии личности и государства, объединений граждан и государства суд, руководствуясь нормами Конституции о высшей ценности прав и свобод человека, непосредственном их действии, об обеспечении их правосудием и о самостоятельности органов судебной власти по отношению к другим органам государства, оказывается в положении представителя гражданского общества. Особенно это заметно, когда постановлением Конституционного Суда РФ признаются неконституционными нормы федерального закона. Есть и еще один момент, который позволяет проводить названную позицию. Правосудие основывается на принципе состязательности сторон, и если одну сторону представляет прокурор, а другую — адвокат, вновь просматривается противостояние государства и гражданского общества. При всех оговорках нельзя игнорировать тот факт, что в Федеральном законе от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокатура представлена в качестве института гражданского общества, не входящего в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления[3].

зующий институт, принадлежащий сфере права» (*Матюхин А.* Государство в сфере права: институциональный подход. Алматы, 2000. С. 391).

[1] См.: *Бернам У.* Правовая система США. Вып. 3. М., 2006. С. 142.

[2] *Фурсов Д. А.* Очерки о личности, государстве, правосудии, или Библейские наставления светскому человеку. М., 2013. С. 419.

[3] Примечательна констатация того, что «первоначально суды образуются как органы общества, а не государства, и государству никогда не удается их полностью огосударствить» (*Гурвич Г. Д.* Теория источников права Ойгена Эрлиха и идея социального права // *Эрлих О.* Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 656).



Рассмотрение суда не только как государственного органа, но и как органа вопреки другим государственным органам[1] полнее раскрывает диалектику взаимодействия элементов правовой системы. Более того, такой подход позволяет подчеркнуть связанность суда законом, сориентировать на возможности выхода за рамки позитивного права, говорить о связанности суда нормами иных систем.

Определяющая роль в любой правовой системе принадлежит законодательству[2]. Ни одна национальная система не позволяет выносить решения *contra lege*, закон всегда обладает высшей юридической силой. Однако и в законотворчестве суду отведено свое место.

Общепризнанным способом влияния суда на законотворчество является использование им законодательной инициативы[3].

Роль суда и судебной практики прослеживается в повышении эффективного воздействия на процесс создания нормативных правовых актов и в достижении качественных результатов законотворчества. Некоторые судебные акты в силу содержащихся в них правовых позиций и по причине отработанной внешней формы практически готовы для восприятия законодателем.

В характеристике правовой системы нельзя ограничиться статистическим анализом, в частности теми или другими перечнями входящих в нее элементов. Важнее функциональный подход. И здесь мы непременно выходим на коммуникации, на субъектов, приводящих в

[1] См.: *Жувенель Б. де.* Власть. Естественная история ее возрастания. М., 2011. С. 413—419.

[2] Затрагивая вопрос о том, насколько оправданна критика того положения, «в котором законодательство является центром правовой системы, а правовая система практически отождествляется с законодательством», считаем не лишним напомнить об альтернативной позиции, согласно которой законодательная деятельность в принципе плохо совместима с личной свободой граждан и последней больше удовлетворяет право судей (см.: *Бруно Л.* Свобода и закон. М., 2008. С. 28—29, 173; *Август Х. Ф. фон.* Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 21—22, 325, 345).

[3] Правда, отмечается низкая активность судов и указываются причины самоустранения от законодательной активности (см.: *Магомедов А. А.* Роль судебной практики в повышении качества законотворческого процесса. URL: http://pravo-znanie.ru/teoriya-gosudarstva-i-prava/417-rol-sudebnoj-praktiki-v-povyshenii-kachestva-zakonotvorcheskogo-protsessa.html). По состоянию на май 2014 г. на рассмотрении Государственной Думы VI созыва находились 10 законопроектов, внесенных Верховным Судом РФ, и 4 законопроекта, внесенных Высшим Арбитражным Судом РФ. Приняты Государственной Думой и подписаны Президентом РФ в VI созыве 6 (0,7%) и 2 закона (0,2%) соответственно. См.: Законодательные (представительные) органы государственной власти субъектов Российской Федерации: прохождение законодательных инициатив в период работы Государственной Думы VI созыва // Аналитический вестник. М., 2014. С. 7—8.

движение соответствующие связи. «Понятие правовой коммуникации распространяется на все формы правовой деятельности и на все виды нормативного возложения юридической ответственности, в особенности возложения и вменения субъективных прав и обязанностей в том виде, который сегодня нам известен по сфере гражданского, уголовного и публичного права. Такая коммуникативная социальная система права понимается как самореферентная, самодостаточная и самовоспроизводящаяся система»[1]. Один из последовательных приверженцев коммуникативной правовой теории А. В. Поляков пишет: «...ни правовые тексты, ни правовые ценности, ни субъективное правосознание, ни индивидуальные правопритязания не образуют право в качестве разрозненных элементов. То, что их объединяет, — это правовая коммуникация, возникающая как интерсубъективная реальность, связующим звеном которой являются взаимодействующие субъекты»[2]. Суд — один из таких субъектов. Именно через его властные функции идут правообразование, правореализация и правоохрана. Суд выполняет своего рода системообразующую функцию, благодаря чему правовая система раскрывает свои эмерджентные качества, позволяющие в сущности идентифицировать ее в качестве национальной и суверенной.

Коммуникативный подход выводит нас и на глобальный уровень. Нельзя не заметить, что в некоторых сферах здесь утверждаются интернациональные формы (правовые и противоправные), относительно самостоятельные по отношению к национальным системам. За рамками государства и государственных границ рождаются нормы, по которым живут трансграничные хозяйственные и финансовые корпорации, проявляются юрисдикции, по которым соответствующие объединения обеспечивают свои официальные и неофициальные отношения. В то же время пока еще справедливо следующее утверждение: «Право (рассматриваемое здесь как нормативно структурированная система коммуникации, включающая в себя все собственные интеракции и организации) на уровне глобального общества есть не что иное, как система правовых систем, которая интегрирует в себе все различные национальные правовые системы»[3]. Более того, «все правовые системы следует признать равноправными. Сравнительное правоведение

[1] *Кравиц В.* Пересмотр понятия права: директивы и нормы с точки зрения нового правового реализма // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 438.

[2] *Поляков А. В.* Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 18.

[3] *Кравиц В.* Указ. соч. С. 440.



отказывается сегодня от поисков «универсальных путей развития», «оптимальных правовых моделей», пригодных везде и всегда»[1]. Актуальным остается согласование правовых ценностей в русле цивилизационного потока культурного развития. Отсюда можно ожидать сближения, трансформации и взаимного проникновения существующих ныне правовых систем.

В коммуникациях глобального уровня особое значение приобретают международные суды, среди которых наиболее показательна роль ЕСПЧ. Исходные положения, на которых строятся наши рассуждения и выводы, состоят, во-первых, в признании обязательности решений ЕСПЧ в части конкретного решения по конкретному делу и, во-вторых, в признании обязательности рассмотрения компетентными органами правовых позиций ЕСПЧ на предмет возможной их имплементации в национальную правовую систему. Здесь не все так просто. Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин не без оснований отмечал, что, применяя постановления ЕСПЧ не в рамках конкретного дела, а распространяя его на все аналогичные ситуации, Российское государство расширяет юрисдикцию ЕСПЧ до наднациональной законодательной, не входящей ни в одну систему сдержек и противовесов, что недопустимо[2]. Также он обратил внимание на то, что сегодня ЕСПЧ зачастую дает такое разъяснение норм Европейской конвенции, которое ее разработчики просто не могли предполагать, т. е. осуществляет так называемое эволюционное толкование, часто вызывающее споры и противоречия[3]. В Постановлении Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней» указано, что «с целью эффективной защиты прав и свобод человека судами учитываются правовые позиции Европейского суда, изложенные в ставших окончательными постановлениях, которые приняты в отношении других государств — участников Конвенции. При этом правовая позиция учитывается судом, если обстоятель-

[1] *Саидов А. Х.* Юридическая глобалистика — новое направление правовых исследований // Правовая система России в условиях глобализации. М., 2005. С. 33.

[2] См.: *Зорькин В. Д.* Право в условиях глобальных перемен. М., 2013. С. 464—467.

[3] Подробнее об этом см.: *Зорькин В. Д.* Взаимодействие национального и наднационального правосудия: новые вызовы и перспективы // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 5. В другой работе В. Д. Зорькин показывает необходимость при имплементации норм международного права и решений межгосударственных правовых институтов, во-первых, обязательно использовать механизм учета российской специфики и, во-вторых, принимать во внимание высшую юридическую силу норм национальной конституции (см.: *Зорькин В. Д.* Правовой путь России. М., 2014. С. 153, 159—161).

ства рассматриваемого им дела являются аналогичными обстоятельствам, ставшим предметом анализа и выводов Европейского суда».

ЕСПЧ творит прецеденты. Отношение к прецеденту как к источнику права вообще в России скорее негативное. Считается, что наша романо-германская (континентальная) система отвергает прецедентное право. Раньше это было бесспорным и повсеместно принятым. Сегодня многое изменилось, однако старая аргументация используется во всей ее полноте в решении принципиальных практических вопросов. Приведем свежий пример.

В Государственную Думу внесен законопроект «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением института установления объективной истины по уголовному делу»[1]. В пояснительной записке к нему указано, что реализованная в действующем законе модель состязательности не способствует установлению истины. Она тяготеет к чуждой традиционному российскому уголовному процессу англо-американской доктрине так называемой чистой состязательности. В ней суду отводится роль пассивного наблюдателя за процессуальным противоборством сторон, который не должен проявлять какую-либо активность в собирании доказательств, так как это якобы может лишить его беспристрастности и нейтралитета в споре, невольно поставив на сторону защиты либо обвинения.

В отличие от этого романо-германская модель уголовно-процессуального доказывания, к которой традиционно тяготеет и российское уголовное судопроизводство, основывается на приоритете достоверного (объективно истинного) знания о событии преступления при принятии итогового процессуального решения по делу.

Авторы законопроекта, выражая позицию Следственного комитета, полагают, что «чистая состязательность несовместима с презумпцией невиновности и чужда российскому уголовному процессу». Взамен ей предлагается «модель так называемой сбалансированной состязательности»[2], ориентирующей публично-правовых субъектов доказывания, кстати, не только суд, но и дознавателя, следователя и прокурора на активную и беспристрастную роль в познании истины по делу.

Подчеркнем, что предлагаемая модель уже компромиссная. «Сбалансированность» — ключевое слово.

[1] URL: http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=440058-6&02

[2] URL: http://www.sledcom.ru/discussions/?sid=3551.



Обратимся к интегративному подходу. Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. в качестве одного из основных прав признает презумпцию невиновности, и всякое умаление ее значения, всякое отступление от нее чревато рассмотрением дела в ЕСПЧ. Можно сослаться на постановление, в котором ЕСПЧ по делу «Роменский против России» от 13 июня 2013 г. признал нарушение п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод в связи с нарушением судом принципа беспристрастности. Суть дела состояла в том, что Роменскому было предъявлено обвинение в убийстве Г., в связи с чем к нему применена мера пресечения в виде заключения под стражу на период производства следствия. В ходатайстве об освобождении на период слушания дела в суде суд отказал «по причине совершения заявителем тяжкого преступления». ЕСПЧ указал: «...при рассмотрении ходатайства об освобождении из-под стражи, поданного обвиняемым, суд не должен оценивать его виновность». Суд кассационной инстанции, в свою очередь, «не сделал ничего, чтобы рассеять опасения заявителя в отношении небеспристрастности районного суда»[1]. Это к тому, что нельзя длительно и беспредельно держать под подозрением. В какой степени концепция «сбалансированной состязательности» будет работать на вынесение оправдательного приговора — это еще вопрос, но мы можем констатировать в этом компромиссе более сдержанное отношение к неродной нам системе.

Представляется более выверенной позиция Пленума ВС РФ, который в пояснительной записке к проекту Федерального закона «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» пояснил: «В соответствии с конституционным принципом состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123 Конституции Российской Федерации) в уголовном судопроизводстве функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо (ч. 2 ст. 15 УПК РФ)... Вместе с тем в нормах уголовно-процессуального закона нет достаточной определенности в вопросе о роли суда в процессе доказывания по уголовному делу. В этой связи предлагается внести в ст. 274 УПК РФ дополнения, которые, развивая принцип состязательности, более четко определяли бы обязанности сторон по представлению в суд доказательств. При этом нельзя не учитывать, что допрос потерпевших и свидетелей в судебном засе-

[1] URL: http://europeancourt.ru/2014/02/07/14876/.

дании является не только способом получения доказательств по уголовному делу, но и средством проверки их достоверности»[1].

Мы обратились к приведенным законопроектам именно по той причине, что они определяют место суда в решении дел в рамках уголовного процесса. Однако в теории государства и права это место проявляется в свете общих функций суда и судебных решений как важнейшего коммуникативного компонента правовой системы. В их перечне и классификации можно исходить из классификаций функций государства и функций права[2], соотнося их как общее и особенное, но для предметной характеристики целесообразно констатировать особо.

Суд в российской правовой системе в первую очередь призван выполнять социальную функцию, имея в виду как его общее служение человеку и обществу, так и всестороннюю деятельность по защите конкретных социальных прав граждан. Содержанием названной функции охватывается движение к социальной справедливости вообще и достижение справедливости в разрешении каждого конкретного дела.

Не менее значима политическая функция. Как бы мы ни пытались вывести суд из политической сферы, уже тот факт, что в ходе судопроизводства реализуются нормы законов — политико-правового инструмента управления государством и обществом, делает судебные акты политически окрашенными. Политика внедряется в организацию и деятельность суда самыми разными способами, но это предмет специального исследования.

С определенными оговорками можно констатировать направленное воздействие суда на повышение культурного уровня граждан в целом и формирование правовой культуры в особенности. Суд сам по себе олицетворяет уровень культуры современного ему общества. И было бы неправильно отстранять его от выполнения культурной (идеологической) функции.

При всей значимости отмеченных направлений коммуникативной деятельности суда, характеризуемых в зависимости от ее сферы и направленности, подлинно квалифицирующими будут юридические функции: они напрямую показывают место суда и судебных актов в правовой системе. Основная из них — правоприменительная, а три другие ее сопровождают и обеспечивают: это толкование права, конкретизация права и правотворчество.

[1] URL: http://ппвс.рф/2013/postanovlenie-plenuma-vs-rf/N10-ot-16.04.2013.html

[2] См., например: *Каск Д. И.* Функции и структура государства. Л., 1969; *Радько Т. Н.* Теория функций права. М., 2014.



К сожалению, как бы это ни казалось странным, функции суда не получили сколько-нибудь удовлетворительного закрепления в законе, что порождает споры в теории и сложности в практической деятельности. В процессуальных кодексах прописаны полномочия судов по рассмотрению соответствующих дел, но этого, на наш взгляд, недостаточно.

Неполно отражено в нормативных правовых актах и строение правовой системы. Конституция РФ прямо выделяет только одну составную часть российской правовой системы — ту, в которую входят общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры России. Не вызывает сомнения, хотя об этом прямо и не говорилось, что в другую часть входят принципы, нормы, договоры и иные источники собственно национального права. Вопрос в другом: составляют ли особую часть в данной системе органы и учреждения, напрямую причастные к правотворчеству и правореализации? В широком смысле правовая система охватывает их. Российский суд присутствует здесь во всех своих качествах. Но теория требует обсуждения вопроса о включении сюда и ЕСПЧ. Это диктуется положениями гл. 2 Конституции РФ и теми международными документами о правах человека, которые ратифицированы Россией. Тема требует специального анализа, однако подчеркнем: такая постановка вопроса предполагает признание действия не только ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, но и первенства нормы ч. 1 указанной статьи.

По общему правилу, если отвлечься от конкретики, решения ЕСПЧ обязательны, они выполняют позитивную роль в обеспечении прав граждан. Однако при этом нельзя не обращать внимания на факторы, которые, как представляется, могут обусловливать разные выводы или по меньшей мере отступления (исключения) из общих правил.

Во-первых, многое зависит от того, какая правовая система функционирует в данном государстве: романо-германская или англосаксонская. Надо полагать, были бы большие особенности восприятия решений ЕСПЧ в качестве источника права в мусульманской стране. Российская правовая система уникальна.

Во-вторых, нельзя не учитывать, что конституции разных государств по-разному определяют место международного права в его соотношении с национальным. Одно дело, когда какие-то нормы международного права становятся частью системы законодательства или системы права в национальном государстве, и другое — когда они

входят в правовую систему, функционирующую в данном государстве, наряду с элементами иных систем, рядом (параллельно) с ними.

В-третьих, нет уверенности в том, что, например, Конституция России к числу источников, входящих в правовую систему, относит решения международных судебных органов.

В-четвертых, национальный правопорядок может по-разному определить место и роль разных органов своего государства, в связи с чем обязательность решений ЕСПЧ для государства в целом может по-разному конкретизироваться по отношению к законодательной, исполнительной или судебной власти.

Представляется актуальным обратить внимание на то обстоятельство, что международное право рождается из противостояния и сотрудничества государств с разными правовыми системами[1]. Возможно, следует выделить и такое взаимодействие правовых систем, когда идет их конкуренция, когда правовые ценности и нормы одной системы противопоставляют себя ценностям и нормам другой. Именно в этих случаях наиболее ярко может проявиться роль ЕСПЧ в сближении правовых систем. Интегративное восприятие конкурирующих ценностей ведет к компромиссам в правовых позициях и конкретных решениях.

Конечно, роль ЕСПЧ нельзя переоценивать. Решение многих интеграционных и коллизионных вопросов требует в первую очередь национального уровня регулирования. Национальное право не должно ожидать без необходимости, когда международные органы дадут рекомендации или сформулируют готовые нормы, после чего стране останется лишь имплементировать соответствующие положения во внутреннее право. Национальные правопорядки независимы в части реализации государственного суверенитета, проявления активной роли в сближении национально-правовых норм с их аналогами из других правовых систем. Возможно, именно поэтому в некоторых государствах общепризнанные нормы международного права не включаются в национальное право, и тем более никакие нормы международного права не наделяются более высокой юридической силой по сравнению с конституцией. Небесспорно мнение, согласно которому общепризнанные принципы и нормы международного права являются частью федерального права России и функционируют именно в этом качестве. Соответственно ратифицированные, вступившие для России в силу и должным образом опубликованные международные договоры также рассматриваются частью федерального законодательства России. Конституция РФ включает общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации в правовую систему Российской Федерации, не в законодательство, не в систему права и не в право. Правовая система, как установлено в теории права и государства, включает и правовую идеологию, и систему правоотношений, и правоприменение, и органы, обеспечивающие действие права.

[1] В рамках усиления взаимозависимости государств выделяют три уровня взаимодействия правовых систем: 1) сближение правовых систем; 2) международное взаимодействие национальных правовых систем, когда в одной системе придается юридическое значение нормам другой; 3) взаимодействие национальной и международной правовых систем (см.: *Марочкин С. Ю.* Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. Тюмень, 1998. С. 18—19). Возможно, следует выделить и такое взаимодействие правовых систем, когда идет их конкуренция, когда правовые ценности и нормы одной системы противопоставляют себя ценностям и нормам другой. Именно в этих случаях наиболее ярко может проявиться роль ЕСПЧ в сближении правовых систем. Интегративное восприятие конкурирующих ценностей ведет к компромиссам в правовых позициях и конкретных решениях.



Источники международного права разные, и характер норм разный. Кроме того, положения Конституции РФ о месте и юридической силе международных норм по-разному раскрываются в отраслевом российском законодательстве. Разные кодексы по-разному вводят общепризнанные принципы и нормы международного права и нормы международных договоров в отраслевые правопорядки. Это не может не сказываться и на действии Конвенции 1950 г. Следовательно, при осуществлении конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства российские суды будут по-разному вводить решения ЕСПЧ, интерпретирующие данную Конвенцию, в отраслевой правопорядок.

По отношению к каждому органу могут быть свои заключения. И потому нуждается в дополнительном исследовании место и роль решений ЕСПЧ, поскольку прямых ответов мы не находим. Во-первых, в российском законодательстве нигде прямо не обозначено место решений ЕСПЧ, не прописана форма их обязательности и степень обязательности, если они вынесены не в отношении России. Во-вторых, нет прямого указания на их юридическую силу в части соотношения с конституционными нормами (нормами Конституции и нормами конституционных законов). В-третьих, в российском законодательстве нигде прямо не признается прецедент как источник права. В-четвертых, нигде не говорится о прецеденте толкования, не определена система актов толкования, их роль, и даже о субъектах толкования законов можно лишь дискутировать.

Учет принципиальных позиций ЕСПЧ, гармонизирующих внутреннюю и международную правовые системы, является обязанностью правотворческих органов. Было бы правильно установить в этом отношении некие обязанности Правительства РФ как субъекта законодательной инициативы.

Несмотря на перспективы сближения правовых систем в части следования решениям ЕСПЧ, принципиальные различия останутся. В романо-германской правовой системе мотивировочные позиции ЕСПЧ должны занимать место рядом с законом, в англосаксонской — рядом с прецедентом самой высокой силы, а там, где доктрина является основным источником права, — уподобляться доктрине. Интернационализация национальных правовых систем способна выдвинуть решения ЕСПЧ на первый план, но пока преждевременно объявлять решения ЕСПЧ частью национального права; предпочтительнее формула «входят в правовую систему». Тем самым не нивелируются особенности систем национального и международного права, а, напротив, идет поиск их оптимального взаимодействия в национальном механизме правового регулирования. В этом поиске, в нахождении точек сближения правовых систем «недопустимо некритически копировать и воспроизводить такие нормы, которые предназначены для регулирования правовых отношений в обществах с другой культурой, традицией, массовым менталитетом»[1]. Отсюда и предложение В. Д. Зорькина начать осторожную, продуманную, обязательно системную ревизию международного права, в котором немало юридически размытых формулировок — «серых» правовых зон, впускающих в глобальный мир турбулентность, риски и хаос, которые фактически освящаются постмодернистской философией и практикой. На гармонизацию национальной правовой системы с международно-правовой направлен Федеральный конституционный закон от 4 июня 2014 г. № 9-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», которым ст. 101 дополнена частью второй следующего содержания: «Суд при пересмотре в случаях, установленных процессуальным законодательством, дела в связи с принятием межгосударственным органом по защите прав и свобод человека решения, в котором констатируется нарушение в Российской Федерации прав и свобод человека при применении закона либо отдельных его положений, придя к выводу, что вопрос о возможности применения соответствующего закона может быть решен только после подтверждения его соответствия Конституции Российской Федерации, обращается с запросом в Конституционный Суд Российской Федерации о проверке конституционности этого закона».

[1] *Зорькин В. Д.* Право в условиях глобальных перемен. URL: http://rapsinews.ru/international_publication/20130515/267367948.html.



## Лоббизм в конституционном судопроизводстве[1]

«Лобби», «лоббизм», «лоббист» — термины не новые, но, может быть, именно поэтому за время долгого употребления и ухода от первоначального англоязычного происхождения они приобрели много разных, хотя и близких, смыслов, требующих оговорок при постановке конкретных исследовательских проблем [19; 20; 21]. Самое широкое понимание лоббиста — это когда словом «лоббист» обозначали просителя, приходившего в учреждение по своему делу. Применительно к нашей теме это был бы гражданин, который на законных основаниях обратился в конституционный суд, который участвует в конституционном судопроизводстве в качестве стороны. Представляется необходимым вывести из оборота такое понимание, поскольку «проситель», всякое заинтересованное в своем деле лицо не имеет сущностных свойств лоббиста в наиболее распространенном понимании данного субъекта. Для лоббиста в нашем понимании свойственно скорее требовать, чем просить, скорее навязывать определенную позицию, чем защищать ту, которая прямо обозначена в законе, действовать скорее в чьих-то интересах, нежели в своих собственных.

«Проситель» приходит в учреждение, чтобы реализовать принадлежащее ему право, просить о содействии ему в этом, ускорении дела и т. п. Лоббист приходит с явной или тайной целью провести угодное кому-то решение. В принципе речь всегда идет не о реализации, а об установлении права. Не случайно в большинстве определений лоббизм связывают с законодательной деятельностью. Разумеется, здесь не все так просто, как может показаться на первый взгляд, и постановка вопроса в нашем случае позволяет раскрывать нюансы.

«Голос единицы тоньше писка...»! Навязывать нормативные правовые решения успешнее коллективно. Поэтому «лобби» субъект (в отличие от лоббиста) коллективный[2]. Это *группа* представителей

[1] Мир политики и социологии. 2016. № 1. С. 24—34.

[2] В реальности констатируют, что в российском политическом обществе уже появились различные организации, партии, группы (объединения) граждан или отдельные граждане, а также должностные лица и чиновники, которые оказывают влияние в выгодном им плане на законодательные (представительные) и исполнительные ор-

каких-то структур, оказывающих *влияние*. В общем политическом контексте это «группы людей, представляющих и отстаивающих в различных организациях определенные интересы». По Ожегову, это «*система* контор и агентств монополий, оказывающих *непосредственное давление* на законодателей и чиновников». Из данного определения просматривается такое свойство «лобби», как организованность, системность. Но еще важнее отметить, что здесь вырисовываются признаки «лоббизма».

«Лоббизм» — это не просьба, не борьба за принадлежащее тебе право, это — «давление». И не только на самих депутатов, но и на чиновников, которые составляют аппарат законодательного органа. Причем не только «непосредственное» давление, но и опосредованное, которое может оказаться не менее действенным. Например, учитывая, что основными субъектами права законодательной инициативы являются президент и правительство, на прохождение закона в парламенте может влиять успешное лоббирование соответствующих интересов в аппарате названных органов. Не случайно «лоббизм» в изначальном значении означает «*коридор*», «*крыльцо*», «*галерея*». Уже в коридорах власти начинается давление в пользу проведения соответствующего решения.

Есть общие закономерности, действующие в государственно-правовом пространстве. Лоббизм одна из них. Нельзя себе представить, чтобы в борьбе, в противостоянии сторон не изыскивались бы средства (правовые если можно, и неправовые, если нельзя иначе) для поддержания заявленного. Трудно себе представить, что в открывшемся (или специально организованном) деле не использовались возможности его выиграть. Интересы с необходимостью требуют их обеспечения. Но опять же подчеркнем: вошедшее в обиход понятие «борьба за право» имеет два смысла: борьба за нахождение права, за установление нормы права (борьба за объективное право) и борьба за принадлежащее субъекту право, за реализацию существующих норм. Лоббизм охватывает первое. Причем без различия, идет ли речь о содержательно полезных или содержательно вредных (социально не оправданных) нормах. Интерес того, в чью пользу проводится лоббирование, может в разной степени совпадать с иными интересами, может удовлетворять или не удовлетворять общественной потребности. Те, кто поддерживает законодательную легализацию лоббизма, исходят как раз из то-

ганы федеральной государственной власти, включая Президента и Председателя Правительства Российской Федерации и их ближайшее окружение [22].



го, что в этом случае будет исключена теневая борьба за проведение сугубо частного интереса.

Итак, лобби — естественное явление. Но является ли оно необходимым — вопрос дискуссионный. Теневая и подпольная лоббистская деятельность достаточных оснований для оправдания не находит. Запрещаем насильственный лоббизм. Неприемлемо давление с позиций интереса денежного мешка. Однако открытое противостояние интересов (в том числе экономических), мягкое давление, навязывание позиции силой аргументов, указанием на прогнозируемый эффект от принятия решения имеет позитивные стороны. Лоббизм предоставляет гражданам и их объединениям возможность участвовать в принятии правовых решений не только через своих представителей в парламенте, но использовать иные формы, проникать в правительственные органы. Лоббисты оказываются своего рода посредниками между гражданами и государственными органами власти. Между тем в толковом словаре системы «Гарант» дано такое понимание лоббизма, что эта деятельность свойственна прежде всего самим государственным органам: «Действия государственных органов, законодательных, исполнительных, судебных властей, направленные на поддержку отдельных отраслей и сфер экономики регионов, предприятий, социальных групп, продиктованные заинтересованностью, а иногда подкупом должностных лиц. Лоббисты (представители власти) способствуют своим подопечным в получении выгодных государственных заказов, кредитов, помощи, льгот, лицензий, благоприятных условий деятельности, создании новых фирм, подавлении конкурентов. Лоббизм — это влияние групп избирателей с особыми интересами на представителей власти (законодательной или исполнительной) с целью принятия выгодного для этой группы решения». Следует критически оценивать подобный поворот в характеристике лоббизма. Конечно, не исключено, что тот, кого лоббируют, сам по разным причинам заинтересован в этом и может способствовать лобби (экспертов выбирать, статью заказать и пр.). Но лоббизм все же предполагает давление на органы власти, а не действия самой этой власти. Впрочем, не исключается и та ситуация, что на государственные органы «давят» другие государственные органы — те, которые не имеют полномочий самостоятельного решения данного вопроса и которым не подчинены органы, наделенные соответствующей компетенцией. Очень специфично в этом отношении положение Конституционного Суда РФ. Ни один другой орган не обладает компетенцией по толкованию Конституции и проверки соответствующих актов на предмет их конститу-

ционности. Объективно вырисовывается потребность оказать на него некое воздействие. Однако, прежде чем выяснится, просматриваются ли во влиянии на Конституционный Суд элементы лоббизма со стороны государственных структур, надо решить принципиально: уместно ли вообще ставить вопрос о лоббизме по отношению к данному учреждению?

Положительный ответ напрашивается в случае признания деятельности Конституционного Суда инновационной. Разумеется, постановка вопроса об инновациях в деятельности Конституционного Суда РФ может показаться неприемлемой для тех, кто рассматривает эту деятельность в качестве правоприменительной по классическому варианту большой и малой посылок. Но для большинства исследователей это деятельность творческая, привносящая нечто новое и в понимание конституционных ценностей [9; 10; 11; 14; 15; 23; 24; 25; 26; 27; 28; 29; 30], и в их реализацию. Поэтому представляется чрезвычайно уместным ввести в исследовательскую сферу (а затем и в практический оборот) категорию «инновация». В современном словаре иностранных слов инновация (от лат. innovation — нововведение, изменение, обновление) — это деятельность по созданию, освоению, использованию и распространению нового, с целенаправленным изменением, вносящим в среду внедрения новые элементы, вызывающие изменение системы из одного состояния в другое [32].

Деятельность Конституционного Суда была бы излишней, если бы она не вводила нечто новое, если бы она не изменяла существующее положение вещей, если бы она не способствовала обновлению законодательства и практики. Вряд ли возможно возражать в том, что происходит «изменение системы из одного состояния в другое», если Конституционный Суд признает ту или другую норму закона (иного акта) не соответствующей Конституции. Трудно не замечать внедрение Конституционным Судом новаций, создаваемых и развиваемых им в ходе выработки правовых позиций по принципиальным делам. *Решение Суда — всегда инновационное решение, поскольку имеет новизну в интерпретации права и факта, поскольку дает ответ по вопросу, допускавшему разные решения, поскольку снимает существовавшую неопределенность. В противном случае следовало отказывать в конституционном судопроизводстве. Через решения Конституционного Суда получают широчайшее «распространение» разные, в том числе новые политические и сугубо научные, идеи. Вместе с тем эти решения не только «акты распространения», но и «акты творения».* В специальной статье, посвященной инновационной деятельности Конституционного Суда, обосновывается претензия на то, чтобы сказать: Конституционный Суд РФ не только распространитель, но и производитель научных идей, политико-правовых концептов, правовых и моральных правоположений [17].



В главе IV Федерального конституционного закона о Конституционном Суде РФ «Принципы конституционного судопроизводства» вместе с общим конституционным принципом независимости судей указано: «В своей деятельности судьи Конституционного Суда Российской Федерации выступают в личном качестве и не представляют каких бы то ни было государственных или общественных органов, политических партий и движений, государственных, общественных, иных предприятий, учреждений и организаций, должностных лиц, государственных и территориальных образований, наций, социальных групп. ...Судьи Конституционного Суда Российской Федерации принимают решения в условиях, исключающих постороннее воздействие на свободу их волеизъявления. Они не вправе запрашивать или получать от кого бы то ни было указания по вопросам, принятым к предварительному изучению либо рассматриваемым Конституционным Судом Российской Федерации. Какое бы то ни было вмешательство в деятельность Конституционного Суда Российской Федерации не допускается и влечет за собой предусмотренную законом ответственность» [2]. Казалось бы отрицательный ответ на поставленный вопрос напрашивается сам собой. Однако сразу заметим, что ст. 294 УК, предусматривающая такую ответственность, говорит о «вмешательстве в какой бы то ни было форме в деятельность суда в целях воспрепятствования осуществлению правосудия». Между тем лоббизм не имеет такой характеристики. Более того, он может быть представлен как деятельность, способствующая правосудному установлению справедливого во всех отношениях решения. Другими словами, в данном случае следует отбросить негативные смыслы лоббизма и по возможности принять его позитивное значение в установлении конституционно значимого решения высшей судебной инстанцией.

В ряде стран лоббистская деятельность законодательно регулируется. В России специальный закон о лоббизме отсутствует. В подготовленном несколько лет назад законопроекте «О регулировании лоббистской деятельности в федеральных органах власти» к объектам лоббизма относили органы законодательной и исполнительной власти. Осуществление лоббистской деятельности в отношении федеральных органов судебной власти не допускалось. Лоббистом могло быть только физическое лицо. Без закона оказывается затруднительным решить,

кто является субъектом лоббирования[1]. Однако, как представляется, отсутствие специального закона не означает, что лоббистская деятельность оказывается вне всякого правового регулирования. Более того, лоббизм в судебной сфере также определенным образом регулируется. Во всяком случае преследуются криминальные формы (взяточничество, коррупция, спекуляция служебным положением и т. п.).

Степень и характер правового регулирования лоббизма зависит от ряда обстоятельств. Прежде всего от сферы отношений: публично-правовая, частноправовая, сфера экономики, политики, культуры и т. д. Отсюда и по характеру дел можно проводить градацию, выявлять специфику. Может приобрести существенное значение место лоббирования. Одно дело, например, когда имеет место публичное выступление на парламентском слушании или в комитете Государственной Думы, и другое, если давление оказывается в ходе интимного застолья. Для правового регулирования лоббизма не безразличны и методы лоббирования. Они могут зависеть от особенностей правового регулирования и, в частности, от того, каким актом оно осуществляется: законом, регламентом, правительственным актом или, например, актом высшего судебного органа. Мы обязаны учесть все перечисленные обстоятельства, если хотим выявить и понять факты лоббистской деятельности применительно к Конституционному Суду РФ.

Сам факт постановки нашей темы свидетельствует о том, что мы не связываем лоббизм строго с парламентом. Следует исходить из более общих определений, согласно которым лоббизм — это своего рода институт политической системы, представляющий собой процесс по продвижению чьих-либо интересов в органах государственной власти, с целью добиться принятия выгодного для носителей этих интересов правового (политического) решения. Такое понимание лоббизма позволяет выделять в качестве одного из его видов лоббизм судебный, но непременно с той оговоркой, что судьи независимы (см., например,

[1] Так, депутаты от фракции «Единая Россия» обратились к Генеральному прокурору Юрию Чайке и в думскую комиссию по депутатской этике с просьбой проверить коллегу на предмет лоббистской деятельности. Народные избранники, подписавшие обращение в думскую комиссию по этике, задаются вопросами: «Этично ли депутату Государственной Думы обращаться к муниципальному депутату с просьбой найти компромисс с коммерческой структурой по вопросу сохранения или уничтожения исторического центра Москвы? К какому компромиссному решению склонял Д. Г. Гудков муниципального депутата, ранее заявившего, что не допустит уничтожения исторического центра Москвы в угоду коммерческой застройке? И могут ли действия Д. Г. Гудкова быть расценены как давление на муниципального депутата с целью решения вопроса в интересах коммерческой компании?» [31].



ст. 120 Конституции РФ). Суды общей компетенции по определению исключаются из числа учреждений, на которые можно оказывать давление. Вынесение решения под чьим-то влиянием — повод для обжалования и, возможно, для отмены. Но по факту «давление» часто имеет место. Косвенное — через СМИ, митинги, пикеты и т. д.

По российской Конституции Конституционный Суд входит в судебную власть, которая осуществляется посредством конституционного судопроизводства. Таким образом, постановка вопроса о лоббизме в Конституционном Суде РФ может подвергаться сомнению. Однако «судебная» деятельность данного органа носит весьма специфический характер и присущие ей особенности позволяют не только допустить, но в определенных пределах даже легализовать лоббирование в конституционном судопроизводстве.

«...По самой природе, сущностным характеристикам и результатам деятельности статус Конституционного Суда РФ не исчерпывается юрисдикционным правоприменением. Этот орган объективно, и это становится все очевиднее для отечественной юриспруденции, приближается в своих итогово-правовых характеристиках к нормативно-установительной практике, к правотворчеству» [12, с. 58].

Конституционное судопроизводство не ограничивается признанием прав за теми или другими субъектами. Невозможно игнорировать то обстоятельство, что по целому ряду объективных параметров решения Конституционного Суда являются источниками права. Жизнь (правовой порядок) требует незамедлительного преодоления имеющих место (особенно возникающих в результате решения Конституционного Суда) пробелов в законодательстве, и впредь до их восполнения законодателем следует официально признавать нормативную роль определенных положений, если тем более они зафиксированы резолютивной частью решения Конституционного Суда. Конституционный Суд в силу необходимости имеет большие возможности развивать даже собственно конституционные нормы[1]. Один пример. Статья 4 Феде-

[1] В качестве бесспорного, на наш взгляд, примера сошлюсь на постановление Конституционного Суда от 18 июля 2003 г. № 13-П, в котором содержится следующая правовая позиция, нашедшая воплощение в резолютивной части решения: «...Закрепленные федеральными законами полномочия органов прокуратуры, осуществляя обеспечение исполнения Конституции Российской Федерации, соответствия ей конституций (уставов), законов и иных правовых актов субъектов Российской Федерации, обращаться в суд с заявлениями о проверке нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации, с одной стороны, и исключительные полномочия Конституционного Суда Российской Федерации в области судебного конституционного контроля — с другой, предопределяют для Генерального прокурора Российской Феде-

рального закона «О рекламе» от 13 марта 2006 г. гласит: «Законодательство Российской Федерации о рекламе состоит из настоящего Федерального закона. Отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы, могут регулироваться также принятыми в соответствии с настоящим Федеральным законом иными федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации» [3]. Тождественная норма содержалась в ст. 3 Федерального закона «О рекламе» от 18 июля 1995 г. [4], по которой возник спор, допускает она или не допускает возможность субъектов Российской Федерации принимать законы и иные нормативные правовые акты о рекламе. Конституционный Суд РФ в постановлении от 4 марта 1997 г. [7] признал эту норму соответствующей Конституции. Постановление Конституционного Суда, которым названная статья признана соответствующей Конституции, основано на том, что федеральный законодатель относит вопросы рекламы даже не к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов, а всецело к ведению Федерации. Вместе с тем в постановлении сформулирована позиция, которая, на наш взгляд, представляет норму (исключительную норму), восполняющую пробел Федерального закона «О рекламе». «...Рекламная деятельность является объектом комплексного нормативного правового регулирования. Если те или иные вопросы рекламы выходят за рамки гражданско-правовых отношений, не относятся к основам единого рынка, т. е. не являются предметом ведения Российской Федерации, субъекты Российской Федерации могут осуществлять их законодательное регулирование в рамках, определенных Конституцией Российской Федерации, в том числе ее статьями 72, 73, 76 (ч. 2, 4, 5, 6) [1]. В силу положений ст. 130, 132 и 133 Конституции Российской Федерации органы местного самоуправления вправе самостоятельно решать вопросы местного значения, связанные с особенностями распространения наружной рекламы, поскольку они затрагивают правомочия пользования, владения и распоряжения муниципальной собственностью». Эта норма, как показывают специальные исследования, до сих пор является единствен-

рации возможность обращаться в Конституционный Суд Российской Федерации по вопросу о соответствии Конституции Российской Федерации конституций и уставов субъектов Российской Федерации, в том числе вне связи с их применением в конкретном деле». Как известно, ст. 125 Конституции Российской Федерации не называет Генерального прокурора Российской Федерации в числе тех, кто обращается с запросами в Конституционный Суд.



ным правовым основанием принимаемых в субъектах Федерации нормативных актов, регулирующих рекламную деятельность, хотя органы власти Федерации считают, что она ограничивает их правомочия [8, с. 514—515].

Разумеется, проблема правотворческой деятельности Конституционного Суда, проблема его правотворческой роли, вопросы пределов такой роли связаны строго с проверкой конституционности законодательных актов и абсолютно только то, что Конституционный Суд выступает в качестве негативного законодателя, когда тот или другой акт признаны им неконституционными. Но уже одно признание специфической правотворческой деятельности за Конституционным Судом, как бы она не оговаривалась, ставит вопрос о ее лоббировании. Более того, можно предположить, что кому-нибудь удобнее и надежней лоббировать правотворческое решение именно через Конституционный Суд. Тем самым можно миновать парламентские процедуры. Правовая позиция Конституционного Суда станет обязательной для законодательного органа.

Решения Конституционного Суда РФ, вынесенные в условиях пробела в законе или конкретизирующие закон, содержат правовую позицию, отвечающую всем признакам права, если под правом понимать любое нормативное руководство для субъекта правовых отношений, которое носит официальный характер, т. е. прямо или косвенно пользуется в данном обществе официальной защитой со стороны государства в качестве обязательного. Форма выражения названного руководства суть источник права.

Решения Конституционного Суда представляют собой полноценные источники права в том смысле, что они: акты высшего органа власти; в большинстве своем носят нормативный характер; принимаются в строго установленном порядке; по формулированию правовых положений приближаются к законодательным текстам, хотя и имеют особенности в плане законодательной техники; содержат целый набор внешних атрибутов; являются официально публикуемыми текстами; всегда обязательны для своих адресатов; действуют непосредственно; окончательны; влекут утрату юридической силы правовых норм; адресатами их является в большинстве случаев относительно неопределенный круг лиц (физических, должностных, юридических); участники правовых отношений всегда вынуждены руководствоваться решениями Конституционного Суда; государство обеспечивает обязательность решений Конституционного Суда не только соответ-

ствующими нормативными актами, но и соответствующими организационно-принудительными мерами.

Если признавать за решениями Конституционного Суда качество источника права, придется, по-видимому, положительно ответить и на вопрос развития им конституционного права. В качестве бесспорного примера установления Конституционным Судом Российской Федерации новой нормы права, причем явно конституционной нормы, следует сослаться на постановление от 31 октября 1995 г. по делу о толковании ст. 136 Конституции, когда введен новый вид федеральных законов — законы о поправках Конституции.

Л. В. Лазарев, автор полнокровной монографии о правовых позициях Конституционного Суда РФ, рассматривает правовые позиции в качестве источника конституционного и иных отраслей права (законодательства). Более того, правовые позиции приобретают у него характер конституционно-правовых норм и по юридической силе приравниваются к юридической силе самой Конституции [18, с. 96]. В таком мнении автор не одинок. С точки зрения Н. С. Бондаря, решения Конституционного Суда РФ являются «безусловным источником конституционного права» и конституционным источником права [12, с. 65]. В онтологической структуре конституционного права, пишет Г. А. Гаджиев, «чрезвычайно важную роль, помимо позитивного закона, т. е. текста конституции и других законов, играют конституционные принципы и сложившиеся концептуальные представления об их нормативном содержании и правоприменительной практике, особенно решения высших судов, раскрывающие смысл юридических символов — принципов. Именно поэтому так называемое толкование конституционных норм на самом деле таковым не является...» [13, с. 188]. Другими словами, в деятельности Конституционного Суда РФ можно усматривать «квазиправотворчество», функции «негативного законодателя» и отрицать факт того, что при рассмотрении определенных дел идет правообразование, невозможно. Поэтому объективно возникает проблема влияния на этот процесс, становится актуальнейшим вопрос о том, как складываются соответствующие позиции, какое воздействие испытывает Конституционный Суд при их формировании и в какой степени необходима легализация лоббизма в этом государственном органе.

Федеральный конституционный закон о Конституционном Суде РФ не дает прямых свидетельств о допущении лоббизма в конституционном судопроизводстве. Скорее наоборот. Согласно ст. 1 этого Закона Конституционный Суд Российской Федерации — судебный орган, самостоятельно и независимо осуществляющий судебную власть. Независимость названа среди основных принципов его деятельности (ст. 5). Однако обращает на себя внимание узкая (исчерпывающая?) трактовка независимости: «независим в организационном, финансовом и материально-техническом отношениях от любых других органов», «самостоятельно и независимо осуществляет информационное и кадровое обеспечение своей деятельности».



Вполне определенно только то, что конкретно судья не вправе «оказывать кому бы то ни было покровительство в получении прав и освобождении от обязанностей» (ст. 11). Здесь же содержатся и другие положения, расцениваемые нами как препятствующие осуществлению самим судьей лоббистской деятельности. Среди гарантий независимости судьи Конституционного Суда Российской Федерации (ст. 13) — обязательность установленной процедуры конституционного судопроизводства, запрет какого бы то ни было вмешательства в судебную деятельность. Уровень их правовой защиты обеспечивается и иными гарантиями. Судья Конституционного Суда Российской Федерации неприкосновенен.

Однако среди основных принципов деятельности Конституционного Суда Российской Федерации обозначены коллегиальность, гласность, состязательность и равноправие сторон. Каждый из них интерпретируется скорее в пользу возможности лоббизма в конституционном судопроизводстве. Коллегиальность исключает коррупционное влияние на судей. Гласность для того и устанавливается, чтобы привлечь внимание к проблеме и возможным путям ее решения. Состязательность напрямую предполагает борьбу за принятие решения в интересах одной из сторон. Равенство сторон, в свою очередь, предполагает равные возможности вовлечения в производство всех тех, кто имеет прямую заинтересованность в исходе дела.

Сам факт того, что основанием к рассмотрению дела является обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции Российской Федерации закон, иной нормативный акт, договор между органами государственной власти, не вступивший в силу международный договор, или обнаружившееся противоречие в позициях сторон о принадлежности полномочия в спорах о компетенции, или обнаружившаяся неопределенность в понимании положений Конституции Российской Федерации, или выдвижение Государственной Думой обвинения Президента Российской Федерации в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления, говорит о возможности разных позиций по делу, а принцип состязательности

предполагает борьбу сторон. Объективно, таким образом, наличествуют обстоятельства, вызывающие потребность воздействия в интересах одной из них или в интересах третьей.

Некую общую академическую посылку для обоснования лоббизма в Конституционном Суде РФ дает теория разделения властей. Государственная власть не представляется единой, и, следовательно, разные власти могут преследовать в том числе и свои интересы и, соответственно, бороться за их проведение в жизнь. Здесь неизбежно проявляются сугубо ведомственные интересы[1]. Поскольку есть вопросы, которые решаются только в Конституционном Суде, поскольку решения эти окончательны, приходится предпринимать в том числе и лоббистские усилия для их проведения. Ко всему прочему прибавляется то обстоятельство, что государство в современных рыночных условиях проявляет себя не в общегосударственном, а в частном интересе соответствующих юридических лиц. Отсюда неизбежны столкновения, отсюда возникает проблема предпочтения одного «государственного» интереса такому же «государственному» другому. На таком фоне не исключено, что сугубо частные организации, преследуя свои интересы, способствуют истинно правовым целям и подлинно государственным интересам в большей степени, чем государственные. Сказанное говорит в пользу официального признания лоббизма в строго установленных границах. Почему бы не признать, например, возможность союза промышленников и предпринимателей посылать своего представителя для отстаивания своих интересов в случаях рассмотрения дела, затрагивающего принципиальные вопросы предпринимательской деятельности. При этом важно подчеркнуть: речь не идет о лоббировании конкретных интересов конкретной организации, являющейся стороной в деле. Союз мог преследовать стратегическую цель формирования (воздействия на формирование) правовой позиции, которая затем будет определять взаимоотношения хозяйствующих субъектов. Кстати, вполне допускаем возможность лоббирования

[1] Предпринимаются попытки запретить лоббирование интересов ведомств. Так, в соответствии с п. 8.27 Приказа МПР РФ от 9 августа 2007 г. № 205 «Об утверждении регламента Министерства природных ресурсов и экологии Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) «руководители федеральных служб и федеральных агентств при работе с законопроектами, рассмотрении вопросов на заседаниях комитетов и комиссий в палатах Федерального Собрания Российской Федерации, участии в парламентских слушаниях и иных мероприятиях, проводимых палатами Федерального Собрания Российской Федерации, обязаны обеспечить позицию Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации и не допускать ведомственного лоббирования».



своих интересов субъектами Федерации по делам, так или иначе связанным с федеративными отношениями. Как известно, при принятии определенных федеральных законов обязательно запрашивается позиция субъектов Федерации. Нечто похожее могло быть и при формировании конституционно-правовых позиций Судом.

Пока лоббизм вообще не признан (никто лицензии на него не получал), хотя и не запрещен напрямую. Это дает основания предположить существование теневой лоббистской работы[1]. Уже тогда, когда зреет вопрос об обращении в Конституционный Суд, и затем в процессе подготовки запроса разные силы проявляют свой интерес и зондируют относительно перспектив предстоящего решения. При этом вовсе не исключены определенные шаги влияния на Администрацию Президента, Государственную Думу, Совет Федерации и Правительство с учетом того обстоятельства, что каждый из этих органов имеет своих постоянных представителей в Конституционном Суде[2]. Характер и существо предстоящего дела позволяет с большой точностью определить, мнения каких ведомств будут запрошены судьей-докладчиком по делу, кто может быть приглашен непосредственно в судебное заседание. Отсюда лоббистская работа может быть направлена и по этому каналу.

Открытым каналом лоббирования остаются средства массовой информации. Мощное лобби, организованное и спонтанное, идет через

[1] Положение теоретика права, избравшего предметом исследования общую (фундаментальную) проблему, позволяет выдвигать такие гипотезы, которые рассчитаны на подтверждение или опровержение в ходе последующих, в том числе социологических, анализов. В то же время не следует подозревать здесь своего рода грамматоцентризм как результат деконструктивизма («культура означающих без означаемых, обращенных в замкнутую цепь самореференций» [33]). Здесь не идет речь о так называемой реификации, которая с позиций постмодернизма представляет собой овеществление, процесс превращения абстрактных понятий в якобы реально существующие феномены, приписывания им субстанциональности, в результате которой они начинают мыслиться как нечто материальное [34; 35]. Лоббизм рефлексируется нами в качестве реалии.

[2] В Модельном законе «О регулировании лоббистской деятельности в органах государственной власти» [5] и в законопроекте, вносимом затем в Государственную Думу, содержалось, например, такое ограничение на занятие лоббистской деятельностью: лоббистами в смысле закона не могут быть: а) лица, занимающие должности в федеральных органах власти; б) назначаемые или приглашаемые федеральными органами государственной власти Российской Федерации эксперты, консультанты и советники — по вопросам их экспертной деятельности; при этом информация, предоставляемая ими федеральным органам государственной власти по запросам последних, не рассматривается в качестве лоббистской. Надо полагать, что норма предлагалась неспроста. И поскольку в России такая норма не действует, на деле факты лоббизма через названных субъектов имеют место.

Интернет[1]. Позиции известных блогеров, даже не являющихся специалистами в том или ином деле, могут оказывать серьезное влияние. На Конституционный Суд (часто на его Председателя) обрушивается вал чаще всего критических суждений со стороны активной оппозиции. Разумеется, «караван идет», но, при всей приемлемости демократического мнения, часто просматривается прямая необходимость в мнении квалифицированном. Конституционный Суд имеет возможность противостоять любому неквалифицированному мнению и вообще любым необоснованным лоббистским устремлениям приглашением от своего имени признанных специалистов в качестве экспертов.

Едва ли не самым действенным путем лоббистского влияния на Конституционный Суд являлось бы вовлечение в эту работу научных работников. Последние в силу характера своей деятельности могут демонстрировать независимость и беспристрастность, что может в действительности использоваться и в противоположных целях. Однако сам факт появления, например, солидной статьи солидных авторов в солидном журнале с трактовкой проблемы в заранее определенных интересах может сыграть свою роль. Теоретически, кстати, можно также представить, что ученые могут лоббировать интересы научного учреждения, имеющего финансирование концептуально проработанной проблематики. Решение Конституционного Суда, в особенности признающее закон неконституционным, может перекрывать осуществление деятельности, признававшейся ранее законной.

Однако у суда есть большой потенциал и широкие возможности при желании противостоять самому квалифицированному (необоснованному) лоббизму. И не только через привлечение независимых и признанных экспертов. Конституционный Суд РФ имеет своих экспертов, досконально прорабатывающих материалы по каждому поступающему делу. А главное состоит в том, что сами судьи являются профессионалами самого высокого уровня. Конституционный Суд располагается на передовой юридической науки. Сюда идут не академические запросы, но ответы на них требуют глубоких научных знаний и научного обоснования — позитивно-правового и естественно-

[1] 22 апреля 2013 г. Конституционный Суд РФ принял постановление № 8-П [6], которым ряд нормативных положений признал неконституционными. По Интернету и в официальных СМИ оказывалась активная поддержка заявленным требованиям. Имело ли место лоббирование соответствующих позиций, в какой степени материалы прессы были (и должны ли быть) известны участникам судопроизводства, имеют ли они какое-либо значение — все эти и другие вопросы нуждаются, с нашей точки зрения, в специальном анализе.



правового. Jus проявляется здесь во всей полноте. Все сколько-нибудь важные проблемы государственно-правовой жизни в ходе конституционного правосудия по необходимости не просто осмысливаются, но и решаются так или иначе. В публичных слушаниях имеют место дискуссии экспертов и специалистов высшего уровня. Решения Конституционного Суда активно вовлекаются в научно-исследовательскую деятельность по всей России. Юристы часто высказывают претензии к законодателю, поскольку он не всегда учитывает позиции науки. Конституционный Суд почти не дает оснований для подобных упреков, и здесь есть все условия избежать негативного влияния на выносимые решения.

В заключение следует сказать об американском опыте лоббирования судебной деятельности. Американский закон о лоббизме не распространяется на суд. Отсюда сложилось устойчивое мнение о его независимости и исключении лоббизма из данной сферы. Однако реалии свидетельствуют о другом, да и теоретические посылы позволяют оспорить распространенный тезис. «Во-первых, при всей своей особой независимости судебная ветвь — относительно самостоятельное звено политической системы США, но в то же время взаимоувязанное со звеньями законодательной и исполнительной власти общегосударственными функциями, а также механизмом сдержек и противовесов. Лоббизм как институт отражает сущностные характеристики политической системы. Отсюда следует, что в таком отражении не может полностью отсутствовать какое-либо из звеньев этой системы — в данном случае судебное. Во-вторых, общеизвестно, что американские суды не только разрешают те или иные правовые споры, но и активно участвуют в том же политическом процессе, в котором имеет место лоббизм. Так, в свое время судья федерального апелляционного суда М. Уилки жаловался на то, что “Конгресс вынуждает юристов законодательствовать в судах, поскольку у него не хватает мужества разъяснять подробности принимаемых им законов”. Здесь важно подчеркнуть, что суды, решая вопрос о “деталях”, по сути, осуществляют квазизаконодательную функцию, а это такая деятельность, которой заинтересованные группы объективно уделяют не меньше внимания, чем деятельности Конгресса» [16].

Подведем итоги.

1. Лоббизм суть давление на субъекта, компетентного принимать соответствующее решение.

2. Это давление в интересах третьих лиц.

3. Субъектами лоббистской деятельности могут быть граждане, организации граждан, должностные лица и органы государства. В отсутствие специального закона ограничения в статусе и пределах лоббистской деятельности даются в отраслевом и ведомственном законодательстве.

4. Онтология российского конституционализма не отвергает лоббизм в рамках права, включая и лоббизм в Конституционном Суде РФ.

5. Лоббизм в конституционном судопроизводстве обусловлен тем обстоятельством, что там происходит правообразование, что решения Конституционного Суда приобретают силу источников конституционного права.

6. Лоббизм в конституционном судопроизводстве ограничен процедурно-процессуальными рамками и направлен на развитие конституционных реалий в направлении удовлетворения тех интересов, которые по условиям современности в большей степени служат правовой справедливости.

7. Есть необходимость законодательного закрепления определенных форм лоббизма в конституционном судопроизводстве.

Общее основание для нашего вывода находим в ст. 3 Конституции РФ. Единственным источником власти является народ, который осуществляет ее непосредственно и в том числе через органы государственной власти. Народ принимает непосредственное участие в формировании той власти, которая принимает конституционно значимые решения, решения, затрагивающие права и свободы человека и гражданина. В этой связи одним из выражений власти народа являются легальные пути и средства влияния на конституционное правосудие, объектом которого является продукт, созданный народным волеизъявлением.

*Библиографический список*

1. Конституция Российской Федерации. М., 2015.

2. Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

3. Федеральный закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» // СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

4. Федеральный закон от 18 июля 1995 г. № 108-ФЗ «О рекламе» // СЗ РФ. 1995. № 30. Ст. 2864.



5. Модельный закон «О регулировании лоббистской деятельности в органах государственной власти» (принят постановлением Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ от 15 ноября 2003 г. № 22-16) // Информационный бюллетень Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ. 2004. № 33.

6. Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2013 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности статей 3, 4, пункта 1 части первой статьи 134, статьи 220, части первой статьи 259, части второй статьи 333 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, подпункта “3” пункта 9 статьи 30, пункта 10 статьи 75, пунктов 2 и 3 статьи 77 Федерального закона “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации”, частей 4 и 5 статьи 92 Федерального закона “О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации” в связи с жалобами граждан А. В. Андронова, О. О. Андроновой, О. Б. Белова и других, Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и регионального отделения политической партии Справедливая Россия в Воронежской области» // Российская газета. 2013. 30 апр.

7. Постановление Конституционного Суда РФ от 4 марта 1997 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона от 18 июля 1995 года “О рекламе”» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 11. Ст. 1372.

8. *Баранова М. В.* К вопросу о конкретизации норм рекламного права России // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: сб. ст. / под ред. *В. М. Баранова*. Н. Новгород, 2008.

9. *Бондарь Н. С.* Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике конституционного правосудия. Серия: «Библиотека судебного конституционализма». Вып. 2. М., 2013.

10. *Бондарь Н. С.* В поиске баланса конституционных ценностей: еще раз об обращении взыскания на жилые помещения граждан-должников // Цивилист. 2012. № 4. С. 50—57.

11. *Бондарь Н. С.* Конституционные ценности — категория действующего права (в контексте практики Конституционного суда России) // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 6 (12). С. 1—11.

12. *Бондарь Н. С.* Российский судебный конституционализм: введение в методологию исследования. М., 2012.

13. *Гаджиев Г. А.* Онтология права. М., 2013.

14. *Зорькин В. Д.* Цивилизация права и развитие России. М., 2015.
15. *Зорькин В. Д.* Ценностный подход в конституционном регулировании прав и свобод // Журнал российского права. 2008. № 12.
16. *Зяблюк Н.* Лоббизм и судебная система США. URL: http://lobbying.ru/print.php?article_id=5068.
17. *Лазарев В. В.* Инновационная деятельность Конституционного Суда Российской Федерации как разновидность практики конституционализма // Судья. 2013. № 12.
18. *Лазарев Л. В.* Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2006.
19. *Любимов А. П.* История лоббизма в России. М., 2005.
20. *Любимов А. П.* Конституционно-правовые основы формирования лоббистских отношений в открытом обществе (Антикоррупционный проект). М., 2000.
21. *Любимов А. П.* Лоббизм как конституционно-правовой институт. М., 1998.
22. *Минченко Е. Н., Студеникин Н. В.* Современные тенденции в технологіях лоббизма. URL: http://www.stratagema.org/publications/lobby/item_68.html.
23. *Сальников В. П., Сальников М. В.* Правовая культура и политико-правовые традиции в контексте абсолютных ценностей // Юридическая мысль. 2014. № 4(84). С. 70—86.
24. *Шахрай С. М.* Конституционное правосудие в системе российского федерализма. 2-е изд., испр. и доп. / под общ. ред. *В. П. Сальникова.* СПб., 2002.
25. *Шахрай С. М.* Неизвестная Конституция. Constitutio incognita. М., 2013.
26. *Шахрай С. М.* О Конституции: Основной закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований / Отделение общественных наук РАН. М., 2013.
27. *Эбзеев Б. С.* Конституционное право России: учебник. М., 2015.
28. *Эбзеев Б. С.* Конституционный суд Российской Федерации: становление, юридическая природа, правовые позиции: вступ. ст. // Комментарии к постановлениям Конституционного Суда Российской Федерации. Т. 1. М., 2000.
29. *Эбзеев Б. С.* Конституция, власть и свобода в России. Опыт синтетического исследования. М., 2014.
30. *Эбзеев Б. С.* Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2013.



31. URL: http://news.qip.ru/politics/234732-er_prosit_proverit_dmitrija_gudkova_na_lobbistskuju_dejatelnost.
32. URL: http://www.mou-rdu.ru/innovacii.htm.
33. URL: http://hpsy.ru/public/x3028.htm.
34. URL: http://postmodernism.academic.ru/110/реификация.
35. URL: http://vslovare.ru/slovo/reifikatzija.

## О суверенитете суда[1]

1. Само понятие «суверенитет» употребляется в разных значениях. Единый суверенитет разделяют и говорят о суверенитете политическом, экономическом, финансовом и т. д. В качестве суверенных субъектов называют личность, народ, нацию, различные административно-территориальные единицы (например, крупные города), желая этим подчеркнуть, например, приоритет интересов личности, изначальную принадлежность власти народу, независимость органов власти и управления административно-территориальных единиц при решении вопросов местного значения и т. д. В той или другой части юридическая наука касается всех проявлений суверенитета, но нельзя забывать, что сам термин был введен в научный оборот прежде всего для характеристики государства. В свою очередь, власть государства связана с правом, а в правовом государстве право даже господствует над государством. Поэтому следует поставить вопрос о суверенитете юридическом и носителем его будет выступать суд.

2. Суверенитет (суверенитет государства, народный или национальный суверенитет) всегда был и остается проблемой, вокруг которой ведутся острые дискуссии[2, 3], имеющие не только и даже не столько теоретическую, сколько практическую направленность, поскольку различные аспекты проблемы суверенности какого-либо образования, какой-либо общности нередко использовались для обоснования или оправдания того или иного политического курса. Настоящая публикация, отражающая тезисы доклада на Кутафинских чтениях, призвана привлечь внимание к еще одному проявлению суверенитета — к суверенитету суда, судебной власти в ее взаимоотношениях с другими

[1] Государственный суверенитет и верховенство права: международное и национальное измерения. Материалы круглых столов. М., 2015. С. 7—12.

[2] См., например: *Страус А. Л.* Униполярность (концентрическая структура нового мирового порядка) и позиция России // Политические исследования. 1997. № 2.

[3] Из последних публикаций см., например: Проблема суверенности современной России: матер. Всерос. науч. общ. конф. (г. Москва, 6 июня 2014 г.). М., 2014.

властями как внутри, так и за пределами национального государства. Здесь есть свои особенности, хотя и общее несомненно проявляется.

3. Судебная власть — власть государственная, но многоаспектный ее анализ мог бы вскрыть и то, что присуще народному суверенитету и даже в какой-то степени суверенитету национальному.

Государство обладает *суверенитетом.* Суверенитет — это верховенство власти внутри страны и независимость ее вне страны. Суверенная власть понимается как власть верховная, независимая, неделимая, неотчуждаемая, всеобщая. Суверенитет — это одна из характеристик власти, которой обладает государство. Суверенность власти государства означает ее верховенство и независимость по отношению к властям всех лиц и организаций, находящихся как в пределах, так и за пределами территории государства. Из этих двух взаимосвязанных признаков, составляющих суверенитет, долгое время говорили в основном о втором: независимости, неподчинении государства как суверена любому надгосударственному образованию или другому государству.

*Суверенитет государства* выражается, во-первых, в самостоятельности принятия решений в области внутренней и внешней политики; во-вторых, в распространении государственной власти на всю территорию страны, общеобязательности решений органов государства для всех, кого они касаются (т. е. в универсальности — часто используют именно такой термин); в-третьих, в возможности отмены решений иных властей (т. е. в прерогативе).

*С юридической точки зрения суверенитет проявляется* в исключительном праве на издание законов, других нормативных актов, правоприменительных актов, обязательных для всех граждан, организаций и учреждений; в исключительном праве на законное применение силы (в том числе физического насилия, которое возможно от кратковременного ограничения свободы до лишения жизни). Для этого у государства имеются соответствующие органы — суд, прокуратура, армия, полиция, служба безопасности.

Все признаки суверенности, присущие государству и государственной власти вообще, свойственны фактически такому институту, как суд и судебная власть. Разумеется, с определенными оговорками, но, в отличие от любых других государственных органов, в отличие от любой другой власти, суду независимость свойственна органично, имплицитно, в противном случае о суде и говорить было бы невозможно. В европейской системе судьи не дают отчета по существу своих дел кому бы то ни было за пределами судебной системы. На них лежит обязанность действовать независимо во всех случаях и без какого бы то ни было влияния извне. Комитет министров Совета Европы закрепил эту позицию в своих рекомендациях, согласно которым никакой орган, кроме самих судов, не может определять их компетенцию, как это определено законом; правительство или администрация не могут принимать решения, которые ретроактивно отменяют судебные постановления; ветви исполнительной или законодательной власти должны обеспечивать независимость судей и непринятие мер, которые могут поставить под угрозу независимость судей[1]. Белогорские принципы поведения судей обязывают судью «осуществлять свою судебную функцию независимо, исходя исключительно из оценки фактов, в соответствии с сознательным пониманием права, независимо от любого постороннего воздействия, побуждений, давлений, угроз или вмешательства, прямого или косвенного, осуществляемого с любой стороны и преследующего любые цели... Судья придерживается независимой позиции в отношении общества в целом и в отношении конкретных сторон судебного дела, по которому судья должен вынести решение»[2].



4. Самый проблемный из всех вопросов такой: суверенитет — это действительно ничем и никем не ограниченная, абсолютная власть (а это следует из определения), или же все-таки есть ей какие-то пределы? Следует иметь в виду, что наиболее распространенное в настоящее время понимание суверенной власти предполагает ее ограниченность. Более того, в условиях глобализации среди современных государств вообще не находят таких, чья бы деятельность никем и ничем не ограничивалась. Но ведь и по отношению к суду этот вопрос актуален[3].

Другой проблемный вопрос заключается в соотношении прав государства и прав человека и гражданина. Либеральная позиция заключается в том, что права государства не могут быть выше прав человека.

---

[1] Рекомендация № R(94)12 Комитета министров государствам-членам о независимости, эффективности и роли судей. URL: http://docs.cntd.ru/document/901927870.

[2] URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/bangalore_principles.shtml.

[3] «В краткосрочной перспективе России грозит потеря суверенитета судебной власти. Принятие решений в отношении судьбы все большего числа российских активов будет осуществляться за пределами России. Поскольку активы уже давно на Западе, то с исполнением этих решений проблемы не возникнут. В долгосрочной перспективе потеря суверенитета судебной власти может оказаться прологом к потере государственного суверенитета в целом» (*Пастухов В.* Правосудие как конституционная фикция // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 1. С. 7).

По замечанию основателя Римского клуба А. Печчеи, в век «глобальной империи человека» именно государственный суверенитет является главным препятствием на пути к его спасению[1]. Применительно к деятельности суда проблема обнажается до конца: следует ли суд закону или праву, и если праву, то не творит ли он право сам, откровенно заявляя о своей независимости?

Третий проблемный в теоретическом и практическом плане вопрос о суверенитете в федеративных государствах. Кому принадлежит суверенитет в федеративных государствах — федерации в целом или субъектам федерации? Конституционный Суд Российской Федерации дал на него ответ, сформулировав позицию о единстве государственного суверенитета. И судебная система в Российской Федерации покоится на принципе единства. Однако есть муниципальные суды, конституционные и уставные суды, которые в силу своей исключительной компетенции обладают известной независимостью.

Четвертый проблемный вопрос самый новый и дискутируется в кругу политической элиты российского общества. Это проблема суверенной демократии. Суть в том, что одну-единственную модель демократии (западную, либеральную) хотели бы распространить по всему миру. Но демократия демократии рознь, и, соответственно, демократия определенного государства столь же суверенна, как и остальные проявления государства. Несмотря на трудности и многочисленные (преимущественно публицистические) вопросы с анализом новой категории, «серьезный и системный анализ социальных перспектив вполне может вестись сквозь призму “суверенной демократии”»[2].

Казалось бы, данную проблему можно было и не затрагивать в настоящей короткой публикации. Однако именно место и роль суда в правовой системе придает «суверенной демократии» пикантность. В одних государствах право творит парламент (бесспорно демократическое учреждение), а в других — суд, без широкого обсуждения (за закрытыми дверьми), но кто отважится сказать, что это не демократические государства, что они не могут претендовать на «суверенность» их форм решения социальных конфликтов?

5. Все вопросы в предшествующих тезисах поставлены риторически. И все они дают пищу для размышлений по проблеме, вынесен-

[1] См.: *Хабриева Т. Я.* Теоретические проблемы современного российского конституционализма (Научно-практический семинар) // Государство и право. 1999. № 4. С. 115; *Печчеи А.* Человеческие качества. М., 1977.

[2] *Лебедев В. А., Киреев В. В.* Суверенная демократия или суверенитет демократии? // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 5. С. 11.



ной в заголовок. Единственно, от кого в континентальной системе зависит суд, — от закона. Согласно ст. 120 Конституции РФ, судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону. Это внутри, а вовне и вовсе независимы, хотя всем известна ст. 15 Конституции РФ, которая обязывает судей следовать общепризнанным принципам и нормам международного права и международным договорам РФ. Здесь нет возможности вдаваться в детали, в интерпретации соответствующих норм; важно сделать общий вывод о независимости суда от какой-либо другой власти (от какого-либо органа) и единственной зависимости его от закона и права. Только перед законом и правом «пасует» суд, только здесь ограничивает суд свой суверенитет в континентальной системе права. Сам ограничивает, а не внешняя инстанция. Вопросы возникли с созданием и успешным функционированием ЕСПЧ, но как суд, как европейская судебная инстанция он не стоит над национальным судом. Национальный суд подчиняется только национальной конституции и национальным законам, а всем иным правовым актам только в той мере, в какой это прямо разрешено национальным правом. Причем в одних государствах говорят об обязанности следовать всем решениям ЕСПЧ, в других — исключительно тем, которые адресованы данному государству, и только в части решения по данному делу, а так называемые пилотные решения ЕСПЧ национальный суд призывается лишь «учитывать». Конституционно вопрос не получил прямого разрешения.

6. Сказанное не снимает проблему урегулирования рамок поведения, согласования действий и интересов, иерархии (соотношения) национальных и межгосударственных органов и институтов, их компетенции, выработки механизма, обеспечивающего разграничение юрисдикции национального и интеграционного права, в чем нельзя переоценивать возможности международных органов, поскольку решение многих интеграционных вопросов требует в первую очередь национального уровня регулирования[1]. Именно по этому пути идет российский законодатель, снимая конфликтные подходы Конституционного Суда РФ и ЕСПЧ, связанные с рассмотрением известного дела Маркина[2].

[1] См.: *Зорькин В. Д.* Интеграция европейского конституционного пространства: вызовы и ответы // Журнал российского права. 2006. № 12. С. 15.

[2] Об обстоятельствах дела и рассмотрении его в судебных инстанциях см. подробно: Определение Конституционного Суда РФ от 15 января 2009 г. № 187-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Маркина Константина Александровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 13 и 15 ФЗ “О государственных пособиях гражданам, имеющим детей”, статей 10 и 11 ФЗ “О ста-

В соответствии с измененной ст. 85 ФКЗ о Конституционном Суде РФ запрос допускается в случае, если заявитель считает нормы подлежащими действию вопреки официально принятому межгосударственным органом по защите прав и свобод человека решению, в котором констатируется нарушение в Российской Федерации прав и свобод человека при применении соответствующего нормативного акта или договора и необходимость внесения в них изменений, устраняющих отмеченные нарушения. Статья 101 ФКЗ дополнена частью второй следующего содержания: «Суд при пересмотре в случаях, установленных процессуальным законодательством, дела в связи с принятием межгосударственным органом по защите прав и свобод человека решения, в котором констатируется нарушение в Российской Федерации прав и свобод человека при применении закона либо отдельных его положений, придя к выводу, что вопрос о возможности применения соответствующего закона может быть решен только после подтверждения его соответствия Конституции Российской Федерации, обращается с запросом в Конституционный Суд Российской Федерации о проверке конституционности этого закона»[1].

Дело Маркина впервые заставило исследовать возможность расхождения в трактовке сути национального законодательства. До того КС РФ постоянно подчеркивал единство позиций. Особенно наглядно это проявилось в изменении гражданско-правовых норм, закрепляющих возможность пересмотра гражданского дела. Конституционный Суд РФ, выявляя конституционно-правовой смысл части второй ст. 392 ГПК РФ, признал, что во исполнение постановлений Европейского Суда заинтересованные лица вправе обращаться с требованиями о пересмотре судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам в суды общей юрисдикции. Эти суды при рассмотрении таких обращений обязаны в соответствии с ч. 4 ст. 1 (о применении аналогии закона и аналогии права) ГПК Российской Федерации руководствоваться как п. 7 ст. 311 АПК Российской Федерации, так и п. 5 ч. 2 ст. 392 ГПК Российской Федерации, — *в силу общей природы статуса и предназначения Конституционного Суда РФ и Европейского суда по правам человека.* Именно на основе объединенных суверенитетов «наращивается интеграция европейского конституционного пространства»[1].

тусе военнослужащих", статьи 32 Положения о порядке прохождения военной службы и пунктов 35 и 44 Положения о назначении и выплате государственных пособий гражданам, имеющим детей»; Постановление Европейского Суда по правам человека от 7 октября 2010 г. по делу «Константин Маркин против России» (Case Konstantin Markin v. Russia), жалоба № 30078/06; Большая Палата Европейского Суда по правам человека огласила окончательное Постановление по делу «Константин Маркин против России». URL: http://europeancourt.ru/2012/03/22/9768/.

[1] URL: http://base.garant.ru/70669668/.



7. Особую актуальность приобрела самостоятельность суда в отношениях с гражданским обществом. Судья КС РФ в отставке Т. Г. Морщакова на заседании Совета по развитию гражданского общества и правам человека 1 февраля 2011 г., выступая по вопросу судебной и полицейской реформы, инициировала проведение мониторинга по резонансным делам в форме экспертных оценок качества рассмотрения конкретных дел. В выступлении были названы конкретные уголовные дела, в том числе те, приговоры по которым не вступили в законную силу[2].

Президиум Совета судей РФ отреагировал Обращением к В. Д. Зорькину, в котором просил проинформировать судейское сообщество о том, насколько согласуется с конституционными нормами, а также с нормами международного права, закрепляющими основные принципы независимости судебных органов, публичная организация работы по экспертно-правовому анализу уголовного процесса по делам, по которым приговоры не вступили в законную силу, и не является ли это публичной формой влияния на суд при рассмотрении конкретных дел[3]. Президиум Совета судей Российской Федерации, ссылаясь на соответствующие решения КС РФ, исходит из того, что контроль над судебными актами должен осуществляться исключительно конституционными органами посредством уголовного, гражданского и административного судопроизводства.

В. Д. Зорькин ответил на вопросы в личном качестве профессора, специалиста по конституционному праву. С одной стороны, он указал на ответственность судейского корпуса перед обществом, а с другой — на необходимость особых гарантиий невмешательства в отправление правосудия. В общественном контроле над правосудием он видит важную гарантию от неправомерного административного воздействия на суд. И недопустимость воздействия на судей с помощью административных методов, несовместимых с принципом судейской независимости, не означает невозможности общественной реакции на деятельность судебной системы — в виде обсуждения, анализа и оценки как решений по отдельным делам, так и целых направлений

[1] *Зорькин В. Д.* Интеграция европейского конституционного пространства: вызовы и ответы. С. 20, 23.

[2] URL: http://pravo.hse.ru/justice/news/27047916.html.

[3] URL: http://avkrasn.ru/article-454.html.

судебной деятельности. Иное означало бы полное устранение судебной власти из диалога с обществом, делегировавшим ей ее полномочия, закрытость судебной власти.

Кроме того, в силу фундаментального принципа независимости суда диалог судебной власти с обществом может осуществляться только добровольно. Судьи не могут быть принуждены давать комментарии своих решений и своей деятельности в целом. Не подлежит сомнению, как отмечалось выше, и то, что обсуждаемый общественно-экспертный мониторинг не ставит (и не может ставить) своей целью принятие каких-либо прямых юридических мер — это было бы несовместимо с конституционным принципом независимости судей и гарантиями его реализации[1].

В каждой из трех позиций есть своя правда. Однако есть опасение, что общественная экспертиза в той форме, в какую она может вылиться (документ «О результатах общественного научного анализа судебных материалов уголовного дела М. Б. Ходорковского и П. Л. Лебедева» с выводами о том, что Ходорковский и Лебедев не совершали ни хищения, ни растраты)[2], будет политизирована, отойдет от строгого юридического анализа и тем самым деформирует правовое сознание, усилит нигилизм в отношении к судебной власти и власти государства вообще. Более того, такие формы могут провоцировать активность зарубежных юрисдикций. Суверенитет национального суда и вместе с ним государственный суверенитет может быть существенно поколеблен. Да, общество должно контролировать суд, но только через законом установленные процессуальные формы. Тот же Совет по развитию гражданского общества и правам человека и другие правозащитные организации могли проводить общественную экспертизу рассматриваемых дел с представлением своих позиций в соответствующих судебных инстанциях. Стабильность правопорядка требует суверенности судебного решения.

### Толкование права: классика, модерн и постмодерн[3]

Избирая в качестве объекта исследования современные проблемы толкования права и определяя то, что надлежит избрать предметом настоящей статьи, приходим к выводу, что фактически должна идти речь о познании права. По большому счету именно таково клас-

[1] URL: http://www.rg.ru/2011/02/15/zorkin-poln.html.

[2] URL: http://abos.ru/?p=77818.

[3] Журнал российского права. 2016. № 8 (236). С. 15—28.



сическое видение толкования права: толкование права — наука. Модерн преподнес иное представление: толкование права — искусство. Это неудивительно, поскольку к середине XIX в. бурно развивающиеся общественные отношения переставали укладываться в рамки действующих законов («буржуазию начинала тяготить ею же созданная и ставшая для нее невыносимой законность») и судьям приходилось проявлять всю изобретательность, чтобы из одного и того же сосуда угощать то сладким, то горьким напитком, а затем вообще свободно искать право за пределами закона, что требовало не меньшего искусства. И теперь мы наблюдаем, как самые разные научные направления, течения и школы ведут поиск права и выдают судьям различные рецепты приготовления судебных блюд[1].

Постмодерн недавно минувшего века концептуально придал этому поиску облик (обличье) эпистемологии. «Ключевым принципом постмодернистской юриспруденции является релятивность права... Ситуации постмодерна характерны также контекстуальность, антифундаментализм, знаковость (символичность) и мифологичность». Новая методологическая база понимания текстов права позволяет объединять возможности феноменологии, психоанализа и герменевтики, когда понимание — это всегда достояние конкретной рефлексии субъекта, не озабоченной причинными связями внешнего мира[2]. Современный французский конституционалист и теоретик М. Тропер, создавая новую реалистическую теорию, ведет аргументацию, основываясь на противоположности двух позиций: «толкование есть акт познания» и «толкование есть акт волеизъявления», но для него первая «бесспорно неприемлема»[3]. Это, в свою очередь, дает основание другому фран-

[1] Вопрос о том, является ли толкование права искусством, ставился и порой остро дискутировался представителями классической юридической науки, и постулат об искусстве подвергался критике (использовались выражения И. Бентама, уподоблявшего судью фокуснику). Но здесь уместно сослаться на замечание о том, что «...искусства возникли ранее, чем науки...», а «искусство толкования доныне не имеет рациональной теории» (*Васьковский Е. В.* Избранные работы польского периода. М., 2016. С. 242). Профессор Е. В. Васьковский был одним из тех, кто не без успеха создавал теорию толкования законодательства на позитивистской основе и в качестве раздела герменевтики, связанного с пониманием устной и письменной речи.

[2] См.: *Байтеева М. В.* Проблемы понимания права с позиций феноменологической герменевтики // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 147, 149.

[3] См.: *Тропер М.* Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 191, 193. По замечанию М. В. Антонова, деконструкция права уводит Тропера к тем американским реалистам, для которых право лишь предсказание того, что сделает правоприменитель, но не бросает его в бездну постмодернизма, поскольку юридическая свобода судьи не означает его свободы фактической (см.: *Антонов М. В.* Современная теория права во Франции: реалистический под-

цузскому профессору О. Пферсманну утверждать, что для реалистической теории толкования все высказывания, касающиеся «конституции», «законов», «указов» или иных общих и абстрактных норм, «не могут обрести ни малейшей доли научности»[1].

Итак, не вдаваясь в перипетии борьбы мнений в европейской истории, применительно к теории толкования права можно констатировать: классика стояла на страже законности; модерн — на разрушении законности; постмодерн — на уходе от реалий вообще. В постмодерне и законодатель, и воля его суть фикции. И каждое практическое следствие было связано с поиском «онтологического бытия» права в борьбе учений о логическом, этическом и метафизическом аспектах конкретных способов «бытия» в условиях бытийного места и времени[2].

Сказав об органическом вплетении толкования права в исследовательский процесс по установлению права и поставив цель охарактеризовать его на разных этапах, трудно уйти от общих характеристик того, что свойственно классической науке, науке модерна и постмодерна.

Этап классической юридической науки (XVII — первая половина XIX в.) характеризуется накоплением фундаментальных знаний в сфере общественной и государственно-правовой жизни, умений практического приложения полученных знаний, соответственно, разработкой понятийного аппарата юридической науки, осмыслением предмета и методов получения знаний. Осознается не только практическая потребность в юридической науке, но и ее политическая роль.

Классическая юридическая наука явилась миру под звездой рационализма. Отсюда — антропоцентризм, суть которого — возможность и необходимость контроля над природой, окружающим миром, а также над нерациональными аспектами человеческой психики; отказ от спекулятивных методологических построений и утверждение в качестве методологии исследования опытного познания; стремление в изучении государства и права перейти от выводов фрагментарных, вероятностных, проблематичных, гипотетических к выводам всеобщим, достоверным, доказательным.

Эпоха Возрождения поставила в центр человека деятельного, устремленного, способного к предприимчивости. Парадигма развив-

ход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 345).

[1] *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 228.

[2] См.: *Майхофер В.* Право и бытие. Пролегомены к онтологии права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 186 и далее.



шегося рационализма усилила и науку, и самого человека в стремлении овладеть миром с его природными богатствами. Утверждалось утилитаристское восприятие мира. Во всем видели необходимость извлечения пользы. Наука не являлась исключением.

На методологию в правоведении большое влияние оказало европейское движение второй половины XIX в. за свободное отыскание права. «Школа свободного права» подвергла жесткой критике формально-догматические средства извлечения права из закона, отказавшись фактически сводить право к закону. Монополии сменили свободный рынок, старые законы не охватывали новых отношений, законодатель не успевал за стремительным развитием правовых связей. Предлагалось черпать право непосредственно из жизненных ситуаций. «Живое право» (Е. Эрлих) как предмет, разрывающий связь с легистскими представлениями, требовало внедрения новой методологии поиска. Путь к модерну открыли работы немецкого профессора Р. Иеринга, и одновременно с ним модернистские подходы обнаруживают французские профессора Жени и Салейль, в чьих трудах разум уже «требует не построения силлогизмов, а нахождения наиболее отвечающих справедливости и практическим потребностям решений...»[1]. В работе казанского доцента А. В. Завадского (оппонента по диссертации Е. В. Васьковского) с заслуживающей подражания тщательностью исследованы взгляды едва ли не всех представителей европейской школы свободного права[2].

Юридическая наука как гуманитарная наука, конечно, отличалась от естествознания, но она несла в себе и многие общие черты, среди которых, в частности, отмечаются:

1) децентрация науки, т. е. отступление от натуроцентризма, когда неживую природу, живую природу и общество стали рассматривать как относительно автономные системы;

2) уход из методологического арсенала редукционизма, когда уже предметно отыскиваются закономерности исследуемой сферы;

3) распространение иррационалистических умонастроений, вызванных кризисом буржуазного общественного порядка, кризисом буржуазной законности, когда буржуазию перестают удовлетворять ею же созданные, но устаревшие законы;

[1] *Васьковский Е. В.* Указ. соч. С. 447.

[2] См.: *Завадский А. В.* К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школа свободного права и др.) / под ред. и с предисл. *А. Симолина*. Казань, 1916.

4) просвещенческий принцип гносеологического оптимизма сменяется скептицизмом, более того, получает некое обоснование агностицизм (сама наука подвергается сомнению — антисциентизм);

5) механистический детерминизм, свойственный выдающимся идеологам буржуазных революций, творцам буржуазных политических учений, уступает свои позиции индетерминистским представлениям;

6) укоренение вероятностных представлений о происходящем (в том числе в области государственно-правовых явлений), признание стохастических (случайных) процессов;

7) рассмотрение картины мира не как самого мира в его непосредственной данности, а как исторически изменяющейся теоретической модели мира.

«Неклассическая научная культура выдвигает идею полипарадигмальности... На смену методологическому монизму приходит методологический и теоретический плюрализм... Важнейшей особенностью понимания объекта познания в неклассической науке является его видение как субъективированного объекта»[1].

В постмодернистской парадигме усиливается субъективно-идеалистическое видение о принципиальной невозможности отделить исследователя от объекта исследования[2]. В то же время фокусируется внимание на разных аспектах права: юридическая герменевтика выделяет смысловые аспекты права; юридическая аксиология — ценностные; феноменология и структурализм акцентируются на чистых структурах права; юридический прагматизм выявляет право в действии; юридический позитивизм указывает на право как правовой факт; культурно-исторический и историко-политический подходы к праву обнажают идеолого-политические и духовные, обусловленные культурой основания права. Юридический постмодернизм рассматривает право как структуру, заданную дискурсом власти, но юридический натурализм определяет право как природный феномен; правовой реализм — как выражение жизненных реалий в судебных решениях; марксизм, в рамках формационного подхода, — как надстройку над экономи-

[1] *Яркова Е. Н.* История и методология юридической науки: учеб. пособие. Тюмень, 2012. С. 76—77, 80.

[2] Визитная карточка постмодернизма — «деконструкция», предполагающая «критическую рефлексию в отношении как объекта исследования, так и самого субъекта, это исследование проводящего» (*Честнов И. Л.* Поминки по постмодернизму, или Здравствуй, постклассика? С. 43).



ческим базисом, как «юридическую форму экономических отношений»[1] и т. д.

Модернизационные процессы в сфере права завершаются к середине XX в. Начинает формироваться правовая культура постмодерна. Неклассическое правоведение вступило в новую фазу своего развития, когда критическое осмысление получает не только классическое правовое просветительство, но и его модернистские усовершенствования. Можно предположить, что постнеклассическое развитие юридической науки связано с кризисом как буржуазной, так и социалистической социально-политической и правовой системы, с крушением надежд на нее, с изменой науки истине и служением откровенно политическим интересам.

Два процесса предопределили новый виток неклассической науки. Во-первых, общество вступило в век информационных технологий. Всеми как факт замечена смена индустриальной ступени развития цивилизации постиндустриальной. Сложилось информационное общество. Характеристики современности переместились в сферы культуры. Во-вторых, получили развитие процессы глобализации — процессы планетарной взаимозависимости и взаимообусловленности разных сообществ и государств. Их можно рассматривать как следствие информационного взрыва, хотя тому способствовали и другие обстоятельства.

«Конек» постмодернизма — критика современности, метод деконструкции. И по отношению к объекту исследования, и в отношении самого исследователя. Какой-либо позитивной программы он не предлагает. Как заметил И. Л. Честнов, «главными проявлениями (символами) постмодерна... являются релятивизм как своеобразный взгляд на мир (и метод восприятия), отказ от истины как в научном познании, так и практической сфере, а также новое представление о социальной реальности»[2]. Это новое, в частности, связано с полиморфно-

[1] См.: *Сырых В. М.* Материалистическая теория права: в 3 т. М., 2011; *Он же.* Материалистическая философия публичного права. М., 2016. С. 5—6; см. также: *Иглтон Т.* Почему Маркс был прав. Пер. с англ. М., 2012. С. 256—257, 475.

[2] *Честнов И. Л.* Постклассическое правопонимание. Краснодар, 2010. С. 18. «Постмодернизм бросает серьезнейшие вызовы современному обществу. Будучи радикальной критикой социума модерна, во многом справедливой, постмодерн вскрывает его пределы и тупики, демонстрирует иллюзорность практически всех ожиданий «светлого будущего», с которым связывали просвещение, модернизацию, гуманизм, прогресс, свободу, справедливость, демократию и другие универсальные общечеловеческие (якобы) ценности. Критика социокультурных оснований эпохи модерна сопровождалась развенчанием претензий научного разума на такое переустройство мира, кото-

стью видения мира и возможностью «сосуществования» рядом противоположных моделей (принцип дополнительности).

Юридическая наука в аспекте методологии уже в меньшей степени отличается от негуманитарных, углубляя свойственные постмодернизму черты. Среди них можно отметить:

концептуализацию идей метапарадигмальности научного познания, его теоретического и методологического универсализма[1];

креативность человека, креативность исследователя; креативность исследовательского процесса; погружение в креативные ценности и восприятие мира как цели и высшей ценности («креатосфера», «креатогенная цивилизация»);

конструирование мира (выражаясь базаровским языком, он (мир) рассматривается в качестве мастерской), его интерпретацию и восприятие как совокупную множественность интерпретаций;

единство субъекта и объекта познания[2];

саморефлексию и самокритику исследователя как свидетельство его креативности и соединения субъекта и объекта, поскольку в качестве предмета выступает собственное мышление (когнитивный подход);

стохастичность жизненных процессов и правовых систем, причинно обусловленных только до определенного предела, после которого в дело вступает случай;

разветвленность знаний, отсутствие единого концептуального восприятия реалий, исключающего неопределенность и эклектизм;

диалогизм как необходимое следствие информатизации и вместе с тем отсутствия определенности, которая в классическом правоведении обеспечивалась законом;

движение в сторону особой формы интеграции знания к синтезу классических и неклассических представлений (формирование «синтетического», интегративного понимания права); к соединению детерминистских и индетерминистских представлений (понятие детерминированного хаоса).

рое обеспечит свободное развитие каждого, определяющее свободное развитие всех и полное подчинение природы потребностям человека» (Там же. С. 3).

[1] «В качестве метапарадигмы, интегрирующей разнообразные парадигмы, научно-исследовательские программы и т. д., позиционируется глобальный эволюционизм, который не только определяет ориентиры конструирования общенаучной картины мира как целостной системы научных представлений о природе, человеке, обществе, культуре, но выступает как универсальная теория и методология научного знания, задающая основания для междисциплинарного синтеза естественнонаучного, гуманитарного, социального знания» (*Яркова Е. Н.* Указ. соч. С. 83).

[2] «Постнеклассическая наука синтезирует классический принцип объективированного субъекта и неклассический принцип субъективированного объекта и формулирует принцип взаимопроникновения, взаимообусловленности, взаимозависимости субъекта (человека) и объекта научного исследования (“человекоразмерной системы”)» (*Яркова Е. Н.* Указ. соч. С. 86).



Концентрированно разница между классической и постнеклассической наукой просматривается в свете одного из ключевых понятий философии постструктурализма и постмодернизма — ризомы, введенного Ж. Делезом и Ф. Гваттари в 1976 г. Ризома должна противостоять неизменным линейным структурам (как бытия, так и мышления), которые, по их мнению, типичны для классической европейской культуры. У ризомы нельзя выделить ни начала, ни конца, ни центра, ни центрирующего принципа («генетической оси»), ни единого кода. Она способна порождать несистемные и неожиданные различия. По одному из толкований «ризоморфные среды обладают имманентным креативным потенциалом самоорганизации» и могут быть названы синергетическими.

В основе постмодернистских представлений позитивизма лежит неопозитивизм, делающий упор на лингвистические правила изложения научного знания. Предлагается аналитическая рефлексия языка науки. В то же время развившись в науке постмодерна, самостоятельное значение приобрел конвенционализм как методологическая концепция решения и лингвистических, и социальных герменевтических проблем. Конвенционализму не в последнюю очередь способствует современное наполнение содержания герменевтики. Герменевтика (от греч. hermeneutics — разъясняющий, истолковывающий) в юридической науке явилась исторически одной из первых теорий, одним из первых и самых практичных методов. Она и сегодня не уступит первенство перед другими методами. Но в постклассической науке даже традиционные ее положения и понятия получают иное наполнение. Она уже в большей степени проявляет себя не только как искусство выявления смыслов и значений знаков, но и как теория толкования текстов, философское знание об онтологии понимания и эпистемологии интерпретации.

Юристы привыкли видеть тексты законов и других правовых актов, выраженных языком соответствующих знаков и конструкций. Традиционно развивалось искусство толкования этих текстов, установления выраженной в них воли. До настоящего времени не потеряли своего значения грамматический, логический, систематический, телеологический и историко-политический способы толкования. Однако постмодернизм понимает текст очень широко, не сводя его содержание к общепринятому, буквальному. В качестве текста рассматриваются лю-

бые артефакты, общество, культура, деятельность человека и сам человек. Всякий «смыслосодержащий объект», являющийся предметом изучения, предметом постижения его смысла, может обозначаться (пониматься) как текст.

Для юриста открывается большое поле для понимания и интерпретации всего, что входит в сферу правового регулирования, что образует смысл соответствующих актов и общественных процессов, смысл правовых отношений и их участников и т. д. При этом свобода интерпретационной деятельности обусловливает множественные результаты, более того, допускается не только реконструкция авторских смыслов, их обнаружение в исследуемом объекте, но и конструирование собственного смысла. Сторонники такого взгляда не затруднились бы в решении, например, старого для России спора об актах Верховного Суда: его «толкование» может привносить нечто новое.

Уяснение смысла теперь не сводится к рациональным (логическим) операциям. В поиске уникальных смыслов, вложенных создателями этих явлений, допускается интуитивное постижение и даже догадки, что сближает герменевтику с иными суперсовременными позициями, например феноменологическими. Представляется, что ценность таких догадок весьма относительна, а в уяснении, в частности, воли законодателя и вовсе юридически ничтожна, но само стремление понять тайны законотворчества, проникнуть в его закулисье можно оценить позитивно. И рациональных способов здесь может не хватить.

Вырабатывая собственное мнение, интерпретатор часто оппонирует законодателю, вступает с ним в спор. Публичный спор дает возможность и законодателю лучше понять себя. Во всяком случае имеет место диалог, что сближает герменевтику с иными явлениями информационного мира, позволяет приблизиться к пониманию смысла бытия.

Методология постмодерна развилась в парадигме когнитивных подходов, в том числе к государственно-правовым «реалиям». Отечественной юридической наукой они пока не исследованы[1]. Но известно, что когнитивно-информационная теория опирается на логические принципы Э. Гуссерля и, следовательно, смыкается с феноменологи-

[1] Можем сослаться здесь на статью А. Медушевского, в которой констатируется формирование группы дисциплин, объединенных общей исследовательской целью, общим предметом исследования: они изучают человеческое мышление и преобразования информации, поступающей из внешнего мира и трансформируемой в образ предмета или ситуации (когнитивная психология, информатика, наука об искусственном интеллекте, нейрофизиология, антропология, компьютерные науки, лингвистика, нейропсихология). См.: *Медушевский А.* Когнитивная теория права и юридическое конструирование реальности // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5. С. 30 и далее.



ческими трактовками гносеологии. Совокупный когнитивный феномен человеческого мышления данной теорией рассматривается через призму категорий информационной сферы, информационных понятий (информационная среда, информационный обмен, информационный продукт, ресурс и др.), соединяющих мышление, опыт и знание. Отсюда выводится соотношение мышления, языка и поведения в юридических поведенческих и интеллектуальных актах, указывается, при каких условиях возможен переход от знаний и их интерпретации к пониманию (идея обретения смысла, понимания, творчества).

Феноменология — метод изучения явлений посредством изучения содержания собственного сознания познающего субъекта. Тем самым добиваются чистого знания. Факты как таковые утрачивают свое значение. Реальность показывается через соответствующую интерпретацию моментов сознания. Собственно, мир и является актами сознания, в которых отражаются предметы, явления и процессы этого мира. Феномены — это и есть явления сознания, отражающие внешний мир и отношение к нему человека. С точки зрения феноменологии окружающий мир — не столько мир фактов, сколько мир духовных сущностей — чистых форм, абсолютных истин, ценностей. Он доступен истинно рациональному изучению, которое, в свою очередь, конституирует его.

На строгое научное знание, имеющее в итоге изучения всеобщие схемы и законы функционирования человеческого интеллекта, претендует структурализм, отвергающий иррациональное исследование не только бессознательного, но и всей умственной деятельности. Структуралистская методология направлена на выяснение механизмов внешних воздействий на внутренние индивидуальные представления, на преобразование внутренних концептов в знаки и символы, на введение символов в коммуникативные ситуации.

Постмодерн развил постструктурализм. Причем развил вплоть до отрицания, поскольку в центре оказались уже неструктурированные явления. Возобладал релятивизм и скептицизм по отношению ко всем позитивным истинам, установкам и убеждениям. Истин нет, есть сплошная полемика и сомнение. Тотальный плюрализм позиций, мировоззренческий хаос, стихия творчества, игра, разгул желаний. Однако именно эта сфера, похоже, создает возможности диалога (коммуникации) и договоренностей.

Правовой постмодернизм как направление евроатлантической правовой мысли стал развиваться в 1970-х гг. в качестве реакции на кри-

зис легитимации существующего права, законодательства. Образовалась «школа критических исследований права».

В те годы сильны были позиции конвергенции (слияния противоположных политических систем), и нам представляется, что приверженцы новой постмодернистской идеологии многое взяли у советских критиков капитализма и буржуазной системы. Постмодернисты выразили недовольство современным западным законодательством, указывая на изначальную предвзятость «либерального права», которое, по их мнению, является отражением политической идеологии правящего класса, выражением интересов власть имущих. Нормы либерального права, по их убеждению, в действительности направлены на подчинение несостоятельных слоев общества состоятельным, женщин мужчинам, цветных белым, социальных меньшинств социальному большинству. И при этом европоцентристский дискурс подавляет иные, выводит другие из юридического поля. Во всяком случае те, что опираются на формально-догматический метод, когда деятельность юриста сводится к опоре на законы и кодексы, в то время как право является открытой, постоянно обновляемой системой[1]. Как средство сопротивления выдвигается идея деконструкции либеральной юриспруденции в целом.

Что же следует предпринять? Во-первых, необходимо, чтобы юридические тексты отражали не только волю их создателей, не только дискурс власти, но и все обстоятельства, оказывающие реальное воздействие вплоть до личности судьи. Во-вторых, следует учитывать все интерпретации права и все обстоятельства, влияющие на эти интерпретации. В-третьих, нужно обеспечить проведение в жизнь идеи децентрированного (ризомного) права взамен иерархического, что даст в итоге разветвленную, многомерную сеть — ризому, состоящую из множества случайно и локально развивающихся элементов, в-четвертых, «децентрацию» сознания законодателей и правоприменителей, освободив их от установок, заданных интересами господствующих социальных слоев и групп.

Постмодернизация правового мышления связывается с преодолением формально-догматического метода мышления, поскольку право объявляется открытой, динамичной, постоянно обновляемой системой, а ее понятия — постоянно трансформирующимися, наполняемыми новым содержанием.

[1] URL: http://studopedia.ru/7_4063postmodernizm.html.



В постмодернизме «рождается новое понимание истины как социально и контекстуально сконструированного рассуждения; новое понятие рациональности как открытой, не ограниченной замкнутым набором понятий, перспективистской рациональности; новое понятие правосудия как творческого правосудия активного общества, которое основывается на переформулировке формальных категорий, их превращении в функциональные категории; наконец, появляется новое понятие права как “живого права”... В его рамках складывается новое видение юридической теории — как дискурса, описывающего, интерпретирующего и одновременно реконструирующего мир»[1].

Все явления трансформации методологии познания, как убеждаемся, имеют не просто выход на теорию толкования права, но и прямое отношение к интерпретационной деятельности как научной, творческой, с когнитивным содержанием, провоцируемым обстоятельствами информационного общества и усложняющимися коммуникациями.

Толкование принято понимать как определенную работу, как деятельность. Классическое разделение этой работы общепризнано: это умственная работа по уяснению норм и практическая работа по их разъяснению. Классика видит неразрывную связь между разъяснением и уяснением, и последнее с точки зрения классики предшествует первому. Вместе с появлением на исторической арене школы свободного права в понимание толкования привносится нечто ему не свойственное — сюда включается работа по созданию того, что создал бы сам законодатель, окажись он на месте толкователя. Модерн допустил создание в ходе толкования новых норм (новых правоположений).

Постмодерн находит в толковании норм нечто такое, что не покрывается умственной работой. Это явление можно сравнить с импрессионизмом в живописи. Моне рисует не сами кувшинки в пруду, а свои переживания от кувшинок на подернутой зеленью глади пруда. С постмодернистских позиций толкование права в самом общем его представлении является рефлексией норм и их действий на волю и сознание людей, рефлексией тех «пейзажей», которые окружают действие нормы в условиях определенного места и времени. Мы понимаем, что пейзажи эти разные на заре зарождающихся цветных революций, в отсветах молний при громовых раскатах и в свете ясных дней застойного времени осени. Толкователи права рисуют разные картины, хотя запруды законодательства и берега их не претерпевали никаких изменений.

[1] *Яркова Е. Н.* Указ. соч. С. 254, 256.

Толкование права как деятельность по уяснению и разъяснению норм, которые берутся в основание принимаемых решений в каждом конкретном случае, выступает в постмодернизме объектом исследовательской деятельности, и в таком преломлении о толковании права можно вести речь в метафизических категориях, отражающих и объективные реалии, и личностные и межличностные отношения, и природные и социальные феномены. На авансцену выходят феноменология, аксиология, структурализм. Научные проблемы толкования рефлексируются не только на рациональном, но и на иррациональном уровне. Именно в этом отношении просматривается принципиальная разница классических, модернистских и постмодернистских подходов к толкованию.

Принимая позицию того, что толкование права является деятельностью научной, мы должны признать, что она подвержена всему тому, что свойственно науке в тот или другой период ее развития. Так, классическая наука заботилась о поиске объективной истины, модерн всякую истину считает относительной, постмодерн отрицает достижение истины.

Общее, что объединяет толкование на разных этапах развития теории и практики толкования, — это поиск права (поиск истины относительно того, что есть право). Одно и то же слово имеет разное значение в зависимости от времени, пространства и круга лиц. «Уяснение» имплицитно заключает в себе необходимость установления того, чем потом следует руководствоваться, что потом надо пояснить другим. Само право диалектический метод требует рассматривать в условиях определенного места, времени и действующих правотворцев, во всех связях соответствующих явлений, во всех взаимодействиях и изменениях. Именно этим объясняется плюрализм поисковых моделей, многообразие методологических подходов. Как правило, в теории толкования права многое из научного поиска остается за кадром или вовсе не используется, даже не осознается. Объясняется это тем, что толкование права рассматривается как прикладная наука и ее связь с академическими исследованиями для практиков не представляет интереса. Правоприменителя интересует толкование как разъяснение; для него имеют значение официальные и неофициальные акты толкования.

Исходные положения классической теории толкования всегда противоборствовали именно с практической стороны:

закон всегда неясен и каждый нуждается в толковании;

неясных законов нет и толкование надо запрещать;

закон всегда содержит необходимое решение;



закон всегда несовершенен и необходимое решение надо искать в актах толкования;

несовершенства законов устраняются только в ходе правотворчества;

несовершенства законов можно устранить в ходе правоприменения;

в рамках толкования допускается логическое развитие норм и создание новых правоположений;

толкование ничего нового в толкуемый акт не привносит.

В XXI в. практический аспект классической теории утрачивает изначальный смысл. Наиболее выразительное противостояние позиций классики, модерна и постмодерна в следующих постулатах: толкованию предшествует высшая и низшая критика закона; толкование может обойтись без закона; закон — пустой звук.

Для тех, кто стоит на позициях признания основным источником права нормативных правовых актов, исходящих от законодателя, для тех, кто разделяет методологию правового позитивизма, кому, наконец, родственны идеи профессора Е. В. Васьковского, важно определиться в следующих классических вопросах:

при толковании выявляется воля законодателя или воля закона?

воля одного закона или совокупности законов?

воля исторического законодателя или современного?

буквально выраженная или по смыслу?

по заложенному смыслу или по преследуемой цели?

в политической окраске или в чисто юридической?

в реальном содержании или идеологическом?

Ответы на поставленные вопросы давались в разное время разными школами и разными мыслителями. Можно видеть также разное их отношение к результатам толкования[1]:

толкование не имеет значения, значение имеет только сам закон (сегодня Конституция РФ может трактоваться именно таким образом, особенно с учетом того, что ни на один орган обязанность толкования закона не возлагается);

к толкованию следует прислушиваться, учитывать (чаще всего такая позиция выражается по отношению к решениям ЕСПЧ);

толкование определенных органов обязательно для правоприменителя независимо от содержания (предполагается, что разъяснение дали органы, издавшие акт).

[1] Для исследователя классики представляют интерес семь последствий реального толкования, указанных Е. В. Васьковским (см.: *Васьковский Е. В.* Указ. соч. С. 343 и далее).

Классическая модель толкования права знает разные заключения по итогам мыслительной работы по уяснению норм: 1) норма применяется согласно буквальному смыслу; 2) не удалось установить истинный смысл нормы и приходится довольствоваться словесным; 3) внутренний смысл нормы шире или уже словесного и необходимо следовать «распрямляющему» (ограничительному или расширительному) смыслу; 4) словесная мысль закона недостаточна, неточна, неясна, неполна, двусмысленна и следует выйти за пределы смысла; 5) реальное толкование не способно устранить неясность, мысль законодателя остается нераскрытой; 6) реальное толкование обнаруживает пробел, т. е. отсутствие нормы, относящейся к определенному виду отношений; 7) реальное толкование обнаруживает норму, противоречащую толкуемой.

В каждом из перечисленных случаев есть варианты решений, обусловленные характером норм и регулируемых ими обстоятельств.

В постмодернистском подходе происходит смена парадигмы познания — переход от ненаучных или наивно-герменевтических приемов к когнитивным методам анализа информации, ориентированным на постижение смысла. Отсюда стремление перейти от интерпретации к пониманию смысла и к формированию идеального образа будущего интеллектуального продукта — решения по делу. «Смысл — качественное преобразование в сознании исходной суммы данных, одномоментное изменение картины мира в сознании индивида, сопровождающееся эмоциональным энергетическим подъемом (определяемым понятием “эврика”). Постижение смысла — завершающий момент размышления; когнитивная ситуация, в которой индивид по-разному группирует набор имеющихся данных, рассматривая их временную последовательность или их связь в динамике или логической ситуационной взаимосвязи. Это — мгновенное выявление внутренних связей между набором исходных данных, позволяющее понять системные отношения эмпирического объекта и информационного универсума. Постижение смысла выражается в понимании — состоянии сознания, при котором рождается идея и на основании ее формируется цель деятельностного поведения»[1].

Ознакомление с «продвинутыми» модернистскими подходами ставит перед нами по меньшей мере два вопроса. Не начало ли это конца науки? В какие практические (прикладные) результаты могут вылиться достижения современной науки? Первый вопрос дебатируется

[1] *Медушевский А.* Указ. соч. С. 30.



на материале развития естественных наук (физики, химии, биологии и др.) и вывод заключается преимущественно в признании того, что они исчерпали свой потенциал[1]. По второму вопросу предлагаются различные технологии риска и безопасности, решение в рамках нейронауки проблемы человека[2]. Представляется, что перспективы науки и, соответственно, развития общества находятся в плоскости соединения естественно-научного и гуманитарного знаний, о чем многократно заявляли лучшие умы. В этом плане в аспекте когнитивно-информационной теории наше внимание привлекла совершенно неизвестная отечественным юристам наука, которая получила наименование «меметика».

Мем (англ. meme) — единица культурной информации. Мемом может считаться любая идея, символ, манера или образ действия, осознанно или неосознанно передаваемые от человека к человеку посредством речи, письма, видео, ритуалов, жестов и т. д. Концепция мема и сам термин были предложены эволюционным биологом Р. Докинзом в 1976 г. в книге «Эгоистичный ген». Ученый предложил идею о том, что вся культурная информация состоит из базовых единиц — мемов, точно так же как биологическая информация состоит из генов; и так же как гены, мемы подвержены естественному отбору, мутации и искусственной селекции. Докинз утверждает, что мем — единица информации, находящаяся в мозгу (термин «мем» более отвечает содержанию этого понятия, поскольку он ближе к латинскому memos — память) и являющаяся мутирующим репликатором в культурной эволюции человечества. Он рассматривает мемы как закономерности, способные влиять на свое окружение и обладающие способностью к размножению. На основе этой идеи Докинза возникла пока не получившая широкого признания наука «меметика»[3]. Важно заметить, что когнитивно-информационная теория «выдвигает ряд новых системных категорий: прежде всего это понятия информационной сферы, которая (по аналогии с понятия-

[1] См.: *Малинецкий Г.* Начало конца или конец начала? URL: http://oko-planet.su/science/sciencediscussions/146515-grigoriy-malineckiy-nachalo-konca-ili-konec-nachala.html.

[2] «Самые большие перспективы в XXI веке и самые большие риски связаны с использованием возможностей человека. На Западе технологии раскрытия и эффективного использования потенциала человека называют high-hume технологиями (по контрасту с обычными высокими технологиями — high-tech) и рассматривают их как одно из главных направлений будущего прогресса. Человек остается загадкой и в «техническом», и в «социальном смысле» (Там же).

[3] Подробнее об этом см.: Меметика — очередная маска постмодернизма. URL: http://forum.goldentime.ru/viewtopic.php?p=3160.

ми биосферы и ноосферы) определяет материально-вещественный след совокупного когнитивного феномена человеческого мышления, проявившегося в деятельности, и информационной среды человека — пространства, в котором реализуется способность опосредованного (через материальный продукт) информационного обмена, охватывающего, таким образом, все разумное человечество в его историческом развитии. Информационный обмен осуществляется по горизонтали (он имеет непосредственный характер, поскольку идет в режиме настоящего времени — в виде наблюдения вещей, обмена ими) и по вертикали (в виде ретроспективного или опосредованного информационного обмена)»[1].

Оказывается, «любой из нас при рождении получает "подарочный набор" — гены и мемы. Гены — то, что нам всем известно и понятно. Мемы — своеобразное хранилище культурных кодов, как в компьютерных чипах. Само слово "меметика" не случайно созвучно известному нам термину "генетика", поскольку оно говорит о передаче информации, только не биологической, а культурологической... Наука изучает причины происхождения мемов, восприимчивости людей к ним и их распространение»[2].

В приведенной позиции немного смущает то, что мемы, как и гены, каждый получает «при рождении». Возможно. Но для гуманитария и юриста более перспективным представляется исследовать мемы не по отношению к конкретным индивидам, а по отношению к неким общностям. В нашей сфере напрашивается исследование мемов по отношению к правовым системам и, еще точнее, по отношению к правовым семьям. Со всей очевидностью существуют мемы, которые делают семью семьей, которые отличают ее от другой, и вместе с тем есть мемы, которые позволяют говорить о принадлежности семьи к правовой системе и к праву вообще.

Мемы — это объекты, которые для размножения копируют сами себя. Они могут размножаться по воле или помимо воли своего носителя. Для мемов выживание зависит от наличия по крайней мере одно-

[1] *Медушевский А.* Указ. соч. С. 30 и далее. Автор оперирует рядом тех категорий, которые способны отразить новое в освещении процессов освоения правовой материи: «информационная энергетика (подъем психической энергии, возникающей при столкновении реального мира и познавательных рецепторов живой системы, инициирующий появление идей и представлений) и информационный магнетизм (способность индивида испытать энергетический подъем в ситуации преобразования информационного ресурса, овеществленного в интеллектуальном продукте человеческой деятельности)» (Там же).

[2] URL: http://scientificrussia.ru/articles/new-extraordinary-science.



го носителя, а успешность воспроизводства зависит от окружающей культурной среды и от наличия такого носителя, который намеренно пытается распространять мем. Соответственно, данной энциклопедической характеристике мы вправе поставить следующие вопросы: не копируют ли себя законы в судебных решениях; не размножаются ли судебные решения в качестве прецедентов; не зависит ли судьба и выживание законодательных мемов и судебных прецедентов от окружающей среды; нет ли таких носителей, которые намеренно пытаются внедрить правовые мемы?

Чтобы дать ответы на поставленные вопросы, в качестве подвида меметики следует обосновать правомеметику, которая как объект должна изучить две разновидности мемов: единицу правовой реальности и единицу психической реальности («exosomatische und innersomatische Meme»[1]). Эволюция права обусловлена единством и борьбой названных мемов с органически присущей им репликацией. Сущностное возобновление и полиформное повторение того, что изначально закодировано мемной информацией и обеспечивает ее ценностные свойства применительно к новым обстоятельствам места и времени, — вот содержательный аспект процесса меметики.

Выделяют вертикальную передачу мемов, когда получают те или иные мемы «в наследство» от предыдущих поколений через самые разные культурные артефакты, и горизонтальную, когда передача мемов происходит между людьми одного поколения. Примеры формирования правовых семей в рамках определенных взаимосвязей правовых систем могут иллюстрировать данное деление наилучшим образом. Но это весьма высокий уровень освоения меметики. В большей степени прикладной характер носят предложения использования достижений меметики в решении проблемы пробелов в праве[2]. Здесь нет возможности охарактеризовать меметику и перспективы ее вы-

[1] См.: *Wegener F.* Memetik. Der Krieg des neuen Replikators gegen den Menschen. Gladbeck, KFVR, 3. Aufl. 2015. Утверждается, что мемы, подобно генам, следует рассматривать в качестве репликаторов, т. е. как информацию, копируемую вариационно и селективно. Мемы (и, следовательно, человеческие культуры) развиваются по причине того, что выживают лишь некоторые вариации. Мемы копируются путем имитации, обучения и других методов и борются за выживание в нашей памяти и за шанс быть вновь реплицированными.

[2] «Особая трудность для судьи при восполнении ("закрытии") пробелов состоит в том, как реализовать в решении данные конституционным судом критерии "практической разумности" и "представлений общества о справедливости", не допуская субъективных правополитических представлений. Преодолению этой проблемы определенным образом может содействовать меметика...» (*Henke Ch.* Memetik und Recht. HFR 2/2007. S. 12).

ходов на практику — это составит предмет специального исследования, но одно в соответствии с проблематикой настоящей статьи сказать можно: установление правовых мемов послужит большей определенности в поиске права (толковании права) в каждом отдельном случае решения дела.

## Мониторинг судебных решений в современном культурном пространстве России[1]

В профильном правительственном Институте законодательства и сравнительного правоведения приняли решение о создании специального научного отдела «Имплементация решений судебных органов в законодательство Российской Федерации». Состоявшееся решение имеет под собой ряд основополагающих теоретических и практических позиций, которые не столь бесспорны и потому нуждаются в серьезном осмыслении.

Решение, бесспорно, инновационно. При общем признании роли судебной практики в совершенствовании законодательства специально ее изучение в русле профиля Института ни на кого ранее не возлагалось. К тому же последовательные сторонники теории разделения властей изначально могут усомниться в принятом решении, усмотрев некое посягательство судебной власти на прерогативы власти законодательной, а приверженцы теорий народоправства увидят в нем умаление роли представительного органа. Принципиальные демократы могут усмотреть отрицание демократических принципов реформирования законодательства, отклонение от демократического политического режима. Привычная (господствующая) парадигма правового сознания скорее допустит подзаконное правотворчество правительства, правотворчество министерств и ведомств, чем правотворчество судебных органов. В порядке дискуссии вопрос может быть поставлен и так: правовая культура в рамках германо-романской правовой системы видит в судах сугубо правоприменяющие органы, подчиненные закону и не уполномоченные на создание новых норм[2]. С практической точки зрения также резонно возникает вопрос, о каких решениях идет речь, если ставится задача имплементировать их в законодательство. Более того, встает вопрос о возможности, целесообразности и необходимости имплементации решений не только национальных судов, но и судов международных. Все это актуализирует проблему обозначения культурного пространства России и мониторинга судебных решений, занимающих в этом пространстве свою особую роль.

Культурное пространство не сводится к современным реалиям и не замыкается географическими границами или тем более территориальными границами государства. В Законе РФ «Основы законодательства Российской Федерации о культуре» говорится, что культурное пространство России состоит из двух крупных составляющих. Одна часть — это культурное наследие народов РФ, т. е. материальные и духовные ценности, созданные в прошлом и представляющие ценность с эстетической, социально-культурной, исторической, археологической или архитектурной точек зрения. Другая составляющая культурного пространства — активная, находящаяся в социально-экономическом обороте часть культуры, которая потребляется населением в виде культурных благ, товаров и услуг, являющихся результатом духовного производства. Представляется, что культурное пространство формируется в результате взаимодействия территориальных, временных и коммуникативных составляющих, придающих соответствующим ценностям смыслообразующую сущность и многообразие форм. Правовая культура занимает в этом пространстве особое место по той причине, что в ней опосредованы многие другие культурные ценности духовного, экономического и политического порядка.

Уровень культуры имеет довлеющее по отношению к законодательству значение. Его, как известно, закону не подчинишь. Именно культура во всех ее проявлениях питает законотворческую деятельность. Вопрос об источниках законодательной деятельности в этом аспекте никогда не утрачивает своего значения. Здесь просматривается потребность в неком интегративном (интегральном) подходе, вбирающем в себя поиск самого разного содержания, оправдывающего сосуществование многообразных факторов, питающих как содержание закона, так и волю его создателя. Законодательство в идеале охватывает все многообразие фактических реалий, «процеженных через сито» психических процессов, осмысленных в свете общих законов мироздания. Однако постановка вопроса в настоящей статье понуждает обратить внимание именно на деятельность суда, в которой как нигде

[1] Юридическая техника. 2016. № 10. С. 167—171.

[2] Вместе с тем нельзя игнорировать то обстоятельство, что в теории Кельзена понятие права охватывает не только установленные законодателем общеобязательные нормы, но и процесс их реализации на практике. У него применение права есть также и создание права в форме индивидуальных норм, создаваемых судебными и административными органами при решении конкретных дел. По Кельзену, право является замкнутой системой, где каждая норма приобретает обязательность благодаря тому, что она соответствует норме более высокой ступени.

более обнажаются конфликтные отношения людей, которые как раз и нуждаются в законодательном регулировании.

В культуре континентальной правовой системы привычно положение, согласно которому суд следует воле законодателя, и совершенно недопустимо обратное. Поэтому в предложениях о необходимости имплементировать судебные решения в законодательство не идет речь об обязанности законодателя закрепить судебную позицию нормой закона[1], как не идет речь и о том, чтобы судебная «норма» действовала наряду или вместе или вопреки закону. Избирается компромиссный вариант: законодатель делает позицию суда своей. Это отвечает и строгому социологическому подходу, согласно которому большинство законодательных норм вышли из содержания «норм решения», сформулированных конкретным юристом применительно к конкретному спору, содержащим вербализованный смысл, претендующий на общезначимость[2].

Вместе с тем постклассические правовые реалии, признающие конституционное правосудие, переформатировали привычные убеждения, и в случае признания действующих норм неконституционными законодатель безоговорочно обязывается следовать судебной воле. В системах общего права для этого нет необходимости предпринимать какие-то дополнительные усилия. В романо-германских законодатель обязан отреагировать на решение конституционного суда и одной из форм такой реакции будет закрепление судебной правовой позиции в законодательной норме. Это позволяет отдельным авторам характеризовать Конституционный Суд РФ в качестве «квазиправотворческого органа»[3].

С некоторыми оговорками ситуацию, складывающуюся в связи с рядом решений конституционных судов, можно уподобить ситуации с определенными решениями Европейского суда по правам человека. Нюансов много, но общие (пилотные) позиции ЕСПЧ требуют введения их в национальное законодательство. В то же время приходится учитывать особенности межкультурной коммуникации.

[1] Даже в американской правовой системе, несмотря на признание принципа stare decisis, общее право занимает самую нижнюю ступеньку в иерархии источников права, и законодатель может по своему усмотрению отменять или изменять созданные на его основе (или даже на основе толкования статутных норм) прецеденты (см.: *Бернам У.* Правовая система США. Вып. 3. М., 2006. С. 106, 108).

[2] См.: *Эрлих О.* Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 212—213.

[3] «Конституционный Суд, получая институционное оформление как правоприменительный юрисдикционный орган, объективно, по самой природе своей деятельности и особенностям юридической силы принимаемых решений все в большей степени приближается в своих итогово-правовых характеристиках к нормативно-установительной юридической практике, к правотворчеству» (*Бондарь Н. С.* Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. С. 96).



Межкультурная коммуникация есть совокупность разнообразных форм отношений и общения между индивидами и группами, принадлежащими к разным культурам. Она основана на передаче информации, на связи между индивидами и их общностями, характеризующимися взаимопониманием или противостоянием, компромиссами или враждой. В Основах законодательства Российской Федерации о культуре выражается стремление к межнациональному культурному сотрудничеству и интеграции отечественной культуры в мировую культуру. Вместе с тем практика показывает, что процессы межкультурного сотрудничества не столь просты. Совет Европы провел не один форум юристов с повесткой имплементации решений ЕСПЧ в национальную правовую систему и на каждом из них выяснялось, что механизмы решения этой задачи в разных государствах разные. В России пришлось вносить изменения в Конституционный закон о Конституционном Суде РФ с тем, чтобы цивилизованно решать возможные конфликты в толковании Конвенции о правах применительно к особенностям российского законодательства.

Одним из средств предотвращения конфликтных решений межнациональных и национальных судов являлся бы тщательный анализ национального культурного пространства и теми, и другими. Необходимость такого мониторинга наглядно демонстрирует, например, разное отношение к некоторым институтам брака и семьи со стороны разных народов в разных регионах мира.

В новейшей литературе подчеркивают участие судов РФ в выработке и осуществлении правовой политики и, соответственно, признают роль судебной политики в коррекции политики законодательных органов, но только по отношению к ЕСПЧ делают вывод о беспрецедентном (по степени) воздействии его решений на законодательство и соответствующие институты правовой системы[1]. Между тем такой подход оправдан и по отношению к российским судам, которые в отдельных случаях выносят столь же принципиальные решения. В ходе судебных разбирательств рождается иногда не менее, а даже более абстрактное правило, чем правило, созданное законодателем[2].

[1] См.: Суд как субъект правовой политики / под ред. *А. В. Малько.* М., 2014. С. 9, 15, 19 и др.

[2] См.: *Хайек Ф. А. фон.* Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 105.

Проблема не исчерпывается имплементацией норм, создаваемых конституционными судами и судами межгосударственными. Общие суды также причастны к нормотворчеству. Не случайно в Государственную Думу РФ внесен законопроект, обязывающий судью входить с предложениями о законодательной инициативе в Верховный Суд РФ. Это теоретически и практически обосновано там, где в качестве источника права признается судебный и административный прецедент. Но там проблема имплементации судебных решений в законодательство может и не вставать — прецеденты действуют самостоятельно. Во весь рост вопрос об имплементации решений судебных органов встает там, где прецедент подвергается сомнению в качестве самостоятельного источника, где всякое нормативное регулирование связывается с изданием в установленном порядке общего правила поведения. И тогда может показаться логичным всякую общую позицию судов проводить через законодательную процедуру. Но нам представляется, что более логично и, что немаловажно, экономично проводить такое решение через специальную процедуру имплементации решений судебных органов в действующее законодательство.

Именно в процессе обобщения судебной практики выкристаллизовываются нормы, которые часто находят в последующем воплощение в законе. Сформулированные высшими инстанциями общих судов позиции формально не обязательны для законодателя, но в действительности последний черпает в них содержательный материал для своих актов. И было бы правильным процедурными (регламентными) нормами закрепить обязательность вовлечения судебных позиций в законодательный процесс[1].

В отечественной литературе обращается внимание на рождение правовых норм именно в ходе обобщения и анализа сложившейся практики. При этом решения отдельных судов по отдельным (знаковым) делам чаще всего остаются без внимания. Между тем, особенно при пробелах в законодательстве, именно в них формулируется прямо или системно просматривается новое нормативное положение, заслуживающее стать полноценной нормой через особую процедуру восприятия законодателем. Отсюда напрашивается создание полновесной

[1] Вовлечение их в правоприменение уже происходит. На решения высших судебных инстанций можно ссылаться при рассмотрении дел в арбитраже. Отсюда мое положительное отношение к законопроекту, в котором предлагается дополнить соответствующие нормы УПК РФ, предусмотрев возможность при вынесении оправдательного или обвинительного приговора в мотивировочной его части ссылаться на соответствующие решения Пленума и Президимума Верховного Суда.



системы обратной связи законодателя и правоприменителя, отработка информационных и организационных аспектов системы мониторинга принципиальных решений.

Мониторинг самих законов, а затем и практики их реализации в судебных органах, в органах прокуратуры и органах МВД имеет первостепенное значение, хотя, разумеется, информация из министерств также важна. Трудностей в исполнении законов много. Однако в судах обнажаются те грани, которые требуют принятия мер по предотвращению неправомерного поведения. Поэтому с пониманием следует отнестись к позиции, согласно которой высшим инстанциям судов общей юрисдикции и арбитражных судов, а также генеральному прокурору следовало бы предоставить право законодательной инициативы без ограничения вопросами их ведения. Вместе с тем, поскольку это связано с изменением Конституции, можно идти по пути соответствующего толкования действующих норм и по пути создания всех условий для того, чтобы обращения этих субъектов к Президенту или в Правительство влекли обязательное рассмотрение их предложений.

Установление мониторинга законодательных и правоприменительных актов, закрепление соответствующих обязанностей правовыми актами высокой юридической силы и возложение контрольных функций на Минюст сказывается положительно. Однако необходимо доктринальное сопровождение проводимой работы. Именно эту цель преследует создание отдела Института законодательства по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации. Задачи перед ним ставятся узкоспециализированные, но, как представляется, «сердцевидные» во всей деятельности по мониторингу положения дел в правовой сфере.

Все органы, которые, так или иначе, прямо или косвенно, имеют отношение к проявлению законодательной инициативы, имеют структуры, на которые возлагается обязанность обобщать правоприменительную практику, практику реализации права. Но особо важное значение приобретает работа специальных отделов анализа и обобщения практики, созданных в Конституционном Суде РФ, в Верховном Суде РФ и в отделе Уполномоченного РФ в Европейском суде по правам человека. Это объясняется, по меньшей мере, двумя обстоятельствами: во-первых, тем, что именно в названных органах формируются основополагающие правовые позиции, имеющие значение для совершенствования действующего законодательства, и, во-вторых, тем общим обстоятельством о близости судебных органов к первичным процессам формирования (рождения) права. Столкновение жизненных ин-

тересов, судебные споры, противостояние позиций сторон — вот основа развития живого права. Это то, что неведомо законодателям, чей образ жизни связан скорее с политикой. Многие теоретические, практические, идеологические и исторические обстоятельства позволяют отдавать первенство в правотворчестве именно судебным органам, а не парламентам. Да, законодатель возводит право в закон, но это уже другая стезя, иная по сути своей работа.

Суд — один из субъектов, осуществляющих в правопорядке коммуникативную функцию. Через его властные полномочия идут правообразование, правореализация и правоохрана. Нельзя не согласиться с исследователями, которые считают правосудие причастным как к естественному, так и к позитивному праву; видят в нем критерий для всякого решения и любой инстанции; видят его присутствие в каждом законе в качестве идеи, внеюридической предпосылки для законодательной мысли; рассматривают правосудие в качестве посредника между божественными и человеческими законами, между разумом и справедливостью[1]. Поводырем в таком посредничестве должна выступать наука[2]. Она только тогда оправдывает свое название и свое назначение, когда всеми нитями прямо или косвенно связана с правовой практикой, целями этой практики и ее реалиями. Любая правовая теория всегда имеет нечто такое, что возмущает или, напротив, приветствуется судебной практикой. Тем самым она приобретает статус «настоящей». «...Настоящая теория естественного права — это попытка объективно отразить требования и идеалы практической разумности, а не идеализма»[3].

Создание отдела Института законодательства по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации следует рассматривать именно в русле активизации научных исследо-

[1] См.: *Исаев И. А.* Власть и закон в контексте иррационального. М., 2006. С. 175; *Ямпольский М.* Физиология символического. М., 2004. Кн. 1: Возвращение Левиафана. С. 67.

[2] См.: *Реутов В. П.* Судебная практика и юридическая наука: взаимодействие в процессе развития законодательства // Правовое государство и правосудие: проблемы теории и практики: матер. VIII Междунар. науч.-практ. конф. (15—19 апреля 2013 г.). М., 2014. С. 75—82. Иногда наука непосредственно вплетается в ткань практической деятельности по формированию правовых позиций суда и в результате создается, по существу, готовый продукт для восприятия его законодателем (см.: *Лазарев В. В.* Диссеминация науки в Конституционном Суде РФ // Правовое государство и правосудие: проблемы теории и практики: матер. VIII Междунар. науч.-практ. конф. (15—19 апреля 2013 г.). М., 2014; *Он же.* Инновационная деятельность Конституционного Суда Российской Федерации как разновидность практики конституционализма // Судья. 2013. № 12. С. 33—38).

[3] *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 50—51.



ваний природы и места решений судебных органов во всем многообразии их форм, возможностей их самостоятельного и эффективного регулятивного действия и необходимости при определенных условиях обязательного закрепления в законе. Отсюда ставится задача изучения судебной практики, анализ отдельных судебных решений на предмет возможного восприятия их законодателем. Особое внимание будет уделяться правовым позициям Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ, но предполагается по возможности также отслеживание и анализ прецедентных решений ЕСПЧ и других межгосударственных судебных органов, а также всех тех правоприменительных решений международных органов, которые по своим свойствам могут претендовать на вхождение в правовую систему Российской Федерации. К сожалению, теоретически воспринимаемая задача мониторинга судебных решений с концептуальных позиций развития законодательства не находит достаточного ресурсного обеспечения. Перспективы просматриваются только в свете создания специальной технической системы отслеживания прецедентных решений.

Создание отдела Института законодательства по имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации стратегически инновационно, поскольку учитывает реалии и особенно перспективы сближения правовых систем.

Право складывается объективно в ходе развития общественной жизни, в процессе броуновского движения элементов складывающихся правовых связей, в ходе их упорядочения самими участниками общественных отношений. В этом смысле глубоко научно то положение, согласно которому законодатель не изобретает законы, он берет то, что складывается в жизни, что рождается в жизни, что настоятельно требует жизнь. Законодатель возводит устанавливаемое судами право в закон. Это аксиома в идеальном развитии правовой культуры независимо от разновидности правовой системы.

В свете межкультурных интеграционных процессов необходима комплексная программа законодательных работ, отражающая социально-экономические потребности, политические реалии, правоприменительную практику и предусматривающая очередность издания актов, форму актов, субъектов правотворческой инициативы и субъектов правотворчества, сроки прохождения, а также мониторинг в определенной сфере правового регулирования и возможные эксперименты. При этом нельзя не согласиться с глубоким замечанием Г. В. Мальцева: «Мы убеждены, что изучение морали и права следует начинать не с них самих, а с предварительного исследования сущностных струк-

турных и функциональных проблем соционормативной культуры общества (выделено нами. — *В. Л.*), представленной рядом нормативно-регулятивных систем, способов регуляции социальных отношений, поведения, деятельности людей»[1]. Автор был убежден, что без объединяющего начала этих систем идет процесс разрушения цивилизации, что для права утрата связи с моралью и религией оборачивается культом Мамоны и злого духа.

В мониторинге судебных решений как нельзя более актуален ценностный подход. И в этом отношении полезно обратиться к работам Питирима Александровича Сорокина (1889—1968), считавшего ценность фундаментом всякой культуры. Как продукт чувственной и рациональной деятельности человека, культура представлялась ему в виде «чувственной» культурной сверхсистемы и «умозрительной» («идеациональной») суперсистемы. При условии баланса чувственных, интуитивных и рациональных стимулов формируется «идеальная» культурная сверхсистема. Она обладает свойственной ей ментальностью, собственной системой истины и знания, собственной философией и мировоззрением, своей религией и образцом «святости», собственными представлениями правого и недолжного, своими нравами, законами, кодексом поведения и т. д. Но в конкретный исторический период лидирует то одна, то другая суперсистема. В смене одной суперсистемы другой и состоит сущность социокультурных изменений. П. А. Сорокин как признанный социолог мог наблюдать эту смену и в то же время абстрагироваться от жизненных наблюдений российских и американских реалий.

## Объективное и субъективное в интерпретационных актах суда[2]

1. Выбор темы объясняется рядом объективных и субъективных обстоятельств. И в этой связи сразу же скажем о понимании объективного и субъективного. С общих позиций первое — это то, что противостоит конкретному субъекту, что до него имело место быть, бытие чего сложилось под воздействием внешних факторов, а второе — то, что исходит от данного субъекта.

Тема актуальна для автора (интерес проявился), но она актуальна в силу развития общественных отношений, в которых суд является интерпретатором права и его акты толкования оказываются в центре

[1] *Мальцев Г. В.* Нравственные основания права. 2-е изд. М., 2009.

[2] Юридическая техника. 2017. № 11. С. 199—203.



дискуссий об их природе. Институт, в котором работает автор, создал отдел по имплементации решений суда в законодательство Российской Федерации, что можно расценивать в качестве объективного фактора, привлекающего внимание к обозначенной теме, а поскольку автор возглавляет этот отдел, можно видеть субъективную сторону исследовательского интереса к теме.

На философском уровне избранная тема, может быть как никакая другая, вписывается в проблематику материалов конференции. Объективное и субъективное находятся в постоянном противоречии (в разных его формах), что обеспечивает развитие того и другого через снятие антагонизмов, через актуализацию моментов единства.

Философы не без оснований рассматривают субъективное как важное и необходимое условие развития объективного. Их взаимосвязь и взаимообусловленность снимает остроту противоречий. В конечном счете субъективный (человеческий) фактор способен оказать активное воздействие на объективное. Отсюда и распространенное мнение, что деятельность людей непосредственно вплетена в механизм действия самих законов общественного развития и не является по отношению к ним внешним фактором. Вместе с тем вопрос о соотношении объективного и субъективного необходимо решать конкретно в зависимости от содержания, от характера рассматриваемых общественных отношений. Право, правовые отношения, правовые процессы и правовые явления весьма специфичны именно по причинам особенностей и меры соотношения объективного и субъективного.

2. В принципе любой правовой акт может анализироваться на предмет выявления в нем объективного и субъективного. Классик юридической науки Ганс Кельзен обращает наше внимание на то, что правовое значение правового акта нельзя воспринять, наблюдая его внешнюю, фактическую сторону, — надо проникнуть в тот смысл, которым наделяет его человек. «Этот субъективный смысл может, хотя и не обязательно, совпасть с тем объективным значением, которое имеет акт в силу права»[1]. Особенность интерпретационных актов состоит в том, что они по определению, по существу своему, по исходному назначению предполагают субъективное. На интерпретатора возлагается обязанность объективировать свое понимание права. Но на этом миссия интерпретатора, как правило, не заканчивается. От него ожидают определения пути реализации интерпретируемых норм. И в этой части хотят не просто перевода формальных символов и по-

[1] *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. *М. В. Антонова* и *С. В. Лезова*. СПб., 2015. С. 12.

нятий на язык содержательного знания, но еще и привнесения чего-то из интеллектуального богатства интерпретатора. Юристы это понимают, говоря о творческом содержании правоприменительной деятельности. Соответствует ли такой подход правилам русского языка? И да, и нет. Толковый словарь Д. Н. Ушакова понимает под толкованием, «объяснение, раскрытие смысла чего-нибудь. Интерпретацию законов. Интерпретацию текста». Но там же содержится и второе понимание: «Основанное на собственном толковании творческое исполнение какого-нибудь музыкального, литературного произведення или драматической роли»[1]. Известная школа «свободного права» именно на этом втором понимании аргументировала свои идеи творческой судебной деятельности. Ее противники часто выступали в пользу запрета всякого толкования права именно по причине недопустимости подмены законодателя творчеством правоприменителя.

3. Известны разные субъекты официального и неофициального толкования права. Соотношение объективного и субъективного, равно как и обязательного и необязательного, будет зависеть как от вида толкования, так и от субъекта, который это толкование осуществляет. В данной статье внимание сосредоточено на суде. При этом не следует ограничиваться актами нормативного толкования права, что присуще большинству юристов, которые привычно обращаются к актам высших судебных инстанций, наделенных правом давать разъяснения судебной практики. Такие разъяснения органично включают в себя специальные разъяснения правовых норм, принципов права, созданных судами правоположений и т. д. Между тем в аспекте того, как обозначена наша тема, интерпретационным актом суда можно считать любое правоприменительное решение суда, выносимое по конкретному делу. Это всегда относительно творческая деятельность. Суд уясняет для себя суть требований права и своими выводами, их аргументацией дает разъяснение права. Причем не только для участников процесса, но и всем тем, кто оказывается в ситуации, подобной рассмотренной судом. Такова природа любого правоприменительного акта, но в особенности данные качества свойственны решениям апелляционных, кассационных и надзорных инстанций, которые можно расценивать в качестве интерпретационных актов среднего уровня, если за высший принимать общие постановления пленума суда.

С практической точки зрения важно понять, что составляет объективное и что есть субъективное в акте суда и возможно ли в интерпретационном процессе достижение истины. Некоторые трактовки самого термина «интерпретация» таковы, что толкование «всегда предполагает относительность»[1]. Относительность суждений — то есть акцент делается на субъективном в интерпретации. Но суждения суждениям рознь. Соответственно, и «истина» должна получить разную характеристику. Одно дело, когда выясняется содержание права, содержание запретов и дозволений применительно к условиям места и времени в отношении данных лиц (данной категории лиц при нормативном толковании), и другое — когда суждения выносятся относительно целей права, полезности, эффективности установленных правил. Право, как его не трактовать, всегда выполняет свою инструментальную роль в достижении вполне определенных целей. В интерпретационном акте соответствующие цели или обнажаются, или замалчиваются, но их объяснение (соответствующая аргументация) всегда субъективно[2]. При этом нормативистский подход, согласно которому право относится к сфере должного, легистское восприятие права в качестве прескриптивных высказываний о должном, утверждающих необходимость каких-либо действий и не обладающих истинностным значением, отвергают постановку вопроса об истине. История науки свидетельствует, что вопросы о поиске истины решались ею неоднозначно: классическая наука заботилась о поиске объективной истины; модерн всякую истину считал относительной; постмодерн отрицает достижение истины.

Объективистским стандартом для интерпретатора было бы выявление объективных и субъективных реалий без каких-либо предварительных установок. Однако чаще всего, в силу политики права, интерпретаторы заранее ориентируются, на что сфокусировать внимание[3]. Отсюда выделяют два типа интерпретации: *объективную*, когда

[1] URL: http://www.classes.ru/all-russian/russian-dictionary-Ushakov-term-21056.htm.

[1] URL: http://www.kakprosto.ru/kak-82914-chto-takoe-interpretaciya.

[2] Статья 325 ТК РФ содержит нормы о компенсации расходов на оплату стоимости проезда и провоза багажа к месту использования отпуска и обратно и, в частности, допускает установление размера, условий и порядка компенсации для лиц, работающих у работодателя, не относящегося к бюджетной сфере, отличное от предусматриваемых для работников организаций, финансируемых из бюджета. Они устанавливаются в соглашении между сторонами трудовых правоотношений в рамках коллективного договора или локального нормативного акта, но судебное толкование привнесло важную конкретизацию: необходимо учитывать «целевое назначение такой компенсации (максимально способствовать обеспечению выезда работника за пределы неблагоприятной природно-климатической зоны)». См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 2. С. 41.

[3] М. Хайдеггер настаивает на «предпонимании» при любой интерпретации, т. е. наличии предварительных установок в сознании самого интерпретатора. URL: http://

доминирующее значение отдают воле правотворца (воле законодателя, например) и факторам, эту волю обусловливающим, и *субъективную*, если для интерпретатора (реализующего право) приоритетными становятся его собственные мысли и чувствования. Проблема объективной и субъективной интерпретации во многом подпитывается полярно противоположными психологическими установками, в чем несомненна роль, во-первых, интеллектуально-эмоционального склада исполнителя (правоприменителя), во-вторых, психологического климата, специфики и уровня развития культуры, носителем которой он является[1]. Интерпретация предполагает сочетание и личной творческой свободы правоприменителя, и пиетета перед законодателем, перед его замыслом, который он зафиксировал в виде текстов. Образуется двойной диалог: творца закона и его интерпретатора, но диалог этот в качестве действительного только тогда приобретает действенность, когда удовлетворяет интерес третьего — исполнителя ими выраженной воли — адресата принятых актов. Интерес этот невозможно удовлетворить без обращения к тем объективным реалиям, которые сложились к моменту интерпретации права.

4. Интерпретационный акт, как любой правовой акт, можно рассматривать как своего рода реалию в виде определенной фактичности, материализованную в виде текста или ином виде, но не в этом его суть. Назначение акта толкования в том, чтобы со всей определенностью выразить содержание права, отразить тот смысл, который берется в основание практических действий в ходе реализации права. И по своей цели, и по своему результату интерпретационный акт предполагает прямое участие субъекта, вложение в акт субъективной воли интерпретатора. Она может совпадать с объективным содержанием права, но может и расходиться. Не случайно истории известны попытки запретить толкование права вообще из опасения того, что субъективное будет превалировать над объективным и дерогировать собственно право, что под прикрытием толкования будут выносить решения contra lege.

В силу господства теории разделения властей суд не является правотворческим органом и, следовательно, он не вправе в издаваемые

www.litdic.ru/interpretaciya/.

[1] Социальные психологи обнаружили обобщенную тенденцию, которая состоит в преувеличении значения личностных (диспозиционных) факторов в ущерб ситуативным, или «средовым», влияниям. URL: http://psychology. academic.ru/5251/%D0%BA%D0%B0%D1%83%D0%B7%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B0%D1%8F_%D 0%B0%D1%82%D1%80%D0%B8%D0%B1%D1%83%D1%86%D0%B8%D1%8F.



им акты привносить нечто новое, чего не содержится в объективном праве. И с этой точки зрения интерпретационные акты представляются излишними — суд призван выносить правоприменительные акты, руководствуясь непосредственно тем смыслом, который он находит в праве. В такого рода суждениях есть своя истина, если исходить из чистой теории, но они не выдерживают строгих оценок при переходе на практические позиции. Не случайно, например, правительство и правительственные ведомства активно занимаются правотворчеством и сам законодатель может делегировать правительству право издавать нормы, имеющие силу закона. Не является чем-то чрезвычайным, если суду позволяется выносить интерпретационные акты, усиливающие законодательную волю, и правоконкретизирующие акты, развивающие позицию законодателя.

В качестве примера того, как под видом толкования фактически проводится конкретизация правовой нормы, можно сослаться на п. 5 постановления Пленума Верховного Суда от 17 декабря 2015 г. № 56 «О судебной практике по делам о вымогательстве (статья 163 Уголовного кодекса Российской Федерации)».

Часть 1 названной статьи определяет вымогательство как «требование передачи чужого имущества или права на имущество или совершения других действий имущественного характера под угрозой применения насилия либо уничтожения или повреждения чужого имущества, а равно под угрозой распространения сведений, позорящих потерпевшего или его близких, либо иных сведений, которые могут причинить существенный вред правам или законным интересам потерпевшего или его близких». Возникает вопрос о том, кого законодатель причисляет к «близким» потерпевшего. Представляется, что уяснить волю законодателя в данном и ему подобном случае, когда употребляется оценочное понятие, практически невозможно. По общему правилу следовало прийти к заключению, что решение вопроса отдается на полное усмотрение суда. Но в нашем случае властной волей высшей судебной инстанции избирается вариант разъяснения судебной практики (она, надо полагать, могла быть самой разной). В порядке конкретизации правовой нормы он, во-первых, классифицирует «близких» на четыре категории; во-вторых, устанавливает исключительный перечень лиц, относимых к близким родственникам. В остальной части Верховный Суд дает ситуативное толкование понятия «родственник» и оставляет на усмотрение правоприменителя вопрос об отнесении к близким лиц, состоящих в свойстве с потерпевшим, или лиц, жизнь, здоровье и благополучие которых дороги

потерпевшему в силу сложившихся личных отношений. Пункт 5 постановления гласит: «5. По смыслу части 1 статьи 163 УК РФ к близким потерпевшего следует относить его близких родственников (супруг, супруга, родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и родные сестры, дедушка, бабушка, внуки), родственников (все иные лица, за исключением близких родственников, состоящие в родстве с потерпевшим), а также лиц, состоящих в свойстве с потерпевшим, или лиц, жизнь, здоровье и благополучие которых дороги потерпевшему в силу сложившихся личных отношений».

Другой, не менее показательный пример из практики Конституционного Суда РФ. Граждане просили Конституционный Суд Российской Федерации проверить конституционность ст. 387 ГПК Российской Федерации, устанавливающей, что основаниями для отмены или изменения судебных постановлений нижестоящих судов в порядке надзора являются существенные нарушения норм материального или процессуального права. По мнению заявителей, данная статья в силу неопределенности содержащегося в ней термина «существенные нарушения» допускает различное понимание его в правоприменительной практике, и, как следствие, неограниченное усмотрение судьи (председателя суда) при решении вопроса о необходимости истребования дела и передачи его для рассмотрения по существу в суд надзорной инстанции, что приводит к нарушению права граждан на справедливое правосудие и судебную защиту своих прав и свобод и противоречит ст. 46 (ч. 1) и 55 (ч. 2, 3) Конституции Российской Федерации.

Конституционный Суд в этой связи указал: «4. Статья 387 ГПК Российской Федерации предписывает, что основаниями для отмены или изменения судебных постановлений нижестоящих судов в порядке надзора являются существенные нарушения норм материального или процессуального права. Использование федеральным законодателем в данном случае такой оценочной характеристики, как существенность нарушения, обусловлено тем, что разнообразие обстоятельств, подтверждающих наличие соответствующих оснований, делает невозможным установление их перечня в законе и само по себе не может расцениваться как недопустимое: предоставление суду надзорной инстанции определенной свободы усмотрения при решении вопроса о наличии или отсутствии оснований для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора — при условии единообразного толкования указанной нормы в процессе правоприменения — не противоречит принципу доступности правосудия и отвечает роли, месту и полномочиям суда как независимого органа правосудия.



В соответствии со сложившейся судебной практикой существенность нарушения норм процессуального права суд надзорной инстанции устанавливает по правилам статьи 364 ГПК Российской Федерации; нарушение норм материального права устанавливается им по правилам статьи 363 ГПК Российской Федерации, причем существенность этих нарушений оценивается и признается с учетом конкретных обстоятельств дела и значимости последствий нарушений для лица, в отношении которого они допущены (пункты 24 и 25 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20 января 2003 года № 2 “О некоторых вопросах, возникших в связи с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации”).

По смыслу ст. 387 ГПК Российской Федерации во взаимосвязи с положениями Конвенции о защите прав человека и основных свобод и с учетом правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации существенным нарушением, являющимся основанием для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора, может быть признано не всякое из числа указанных в статьях 363 и 364 ГПК Российской Федерации нарушений норм материального и процессуального права. Его существенность в качестве основания для отмены или изменения судебного постановления в порядке надзора должна оцениваться с учетом природы, предназначения и целей именно надзорного производства (постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П)».

Конституционный Суд взял на себя решение вопроса о конкретизации нормы ст. 387 ГПК и сделал это в общей форме. Законодатель не делает, а Конституционный Суд сделал. Он дал конкретизацию под видом толкования. Тем самым он связал суды в будущих их действиях по применению данной нормы, поскольку объявил данное им толкование общеобязательным, исключающим любое иное. Спрашивается, могут ли теперь суды осуществлять конкретизацию нормы ст. 387 ГПК, на что их уполномочил законодатель? Полагаю, да. Они, конечно, будут признательны Конституционному Суду, что он очертил пределы конкретизации, но сама позиция Конституционного Суда ориентирует на то, что все существенные обстоятельства никто не может установить. Конкретные обстоятельства дела и их значимость для конкретных лиц может быть разная.

5. Интерпретация права — это всегда практический поиск практических решений. Но каждое практическое следствие связано с установлением «онтологического бытия» права в конкурентной борь-

бе учений о логическом, этическом и метафизическом аспектах конкретных способов «бытия» в условиях бытийного места и времени[1]. Из того, как доктрина представляет правовую реальность, можно видеть, как самые разные научные направления, течения и школы ведут поиск права и выдают судьям самые разные рецепты приготовления судебных блюд. Постмодерн недавно минувшего века концептуально придал этому поиску эпистемологический окрас. «Ключевым принципом постмодернистской юриспруденции является релятивность права. ...Ситуации постмодерна характерны также контекстуальность, антифундаментализм, знаковость (символичность) и мифологичность»[2]. Новая методологическая база понимания текстов права позволяет объединять возможности феноменологии, психоанализа и герменевтики, когда понимание — это всегда достояние конкретной рефлексии субъекта, не озабоченной причинными связями внешнего мира[3]. При такой постановке вопроса объективное в интерпретационных актах вообще и в интерпретационных актах суда в частности уступает пространство сугубо субъективному. Современный французский конституционалист и теоретик Мишель Тропер, создавая новую реалистическую теорию, ведет аргументацию, основываясь на противоположности двух позиций: «толкование есть акт познания» и «толкование есть акт волеизъявления», но для него первая «бесспорно неприемлема»[4]. Это, в свою очередь, дает основание другому французскому профессору Отто Пферсманну сказать, что для реалистической теории толкования все высказывания, касающиеся «конституции», «законов», «указов» или иных общих и абстрактных норм, «не могут обрести ни малейшей доли научности»[5].

[1] См.: *Майхофер В.* Право и бытие. Пролегомены к онтологии права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 186; и др.

[2] *Честнов И. Л.* Поминки по постмодернизму, или Здравствуй, постклассика? // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 35.

[3] См.: *Байтеева М. В.* Проблемы понимания права с позиций феноменологической герменевтики // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 147, 149.

[4] См.: *Тропер М.* Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 191, 193. По замечанию М. В. Антонова, деконструкция права уводит Тропера к тем американским реалистам, для которых право лишь предсказание того, что сделает правоприменитель, но не бросает его в бездну постмодернизма, поскольку юридическая свобода судьи не означает его свободы фактической. См.: *Антонов М. В.* Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 345.

[5] *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 228.



Практическая сторона интерпретационных актов предполагает не только и не столько догматическое выявление объективных смыслов и значений знаков, но и привлечение в искусство интерпретации философских знаний об онтологии и эпистемологии правовых реалий, общей теории толкования текстов, которые в постмодернизме понимаются широко, не сводя содержание текста к общепринятому, буквальному. В данном качестве рассматриваются любые артефакты, общество, культура, деятельность человека и сам человек. Всякий «смыслосодержащий объект», являющийся предметом изучения, предметом постижения его смысла, может обозначаться как текст. В таком «постижении» допускается интуиция и даже догадки, что сближает герменевтику с феноменологическими позициями. Представляется, что ценность таких догадок весьма относительна, а в уяснении, например, воли законодателя и вовсе юридически ничтожна, но само стремление понять тайны законотворчества, проникнуть в его закулисье, попытаться выстроить систему гипотез и дать некий прогноз можно оценить позитивно. Собственно рациональных способов здесь может не хватить.

«Человеческое измерение» права в контексте культуры — предмет социокультурной антропологии права[1].

6. Представляется уместным обратить внимание на то, как один из авторитетнейших исследователей проблем толкования права профессор А. Ф. Черданцев предпосылает содержательному анализу интерпретации замечание об «удвоении мира» и общеметодологическое положение о науке как совокупности идеальных объектов и правил регуляции, как системе идеальных объектов. В этот идеальный мир входят соответствующие формы мысли, психические формы, отражающие действительность, сознательно-волевые проявления научной и практической деятельности[2].

Если рассматривать толкование права как познавательную деятельность и задаваться выяснением того, что составляет в ней объективное и субъективное, плодотворно отталкиваться от анализа предмета

[1] См.: *Честнов И. Л.* Постклассическая социокультурная антропология права как направление в современной юриспруденции // Вопросы правоведения. 2014. № 1. С. 58. Постклассическая социокультурная антропология права утверждает, что право не существует вне и без человека, социализированного в соответствующей правовой культуре. Право не какая-то данность. Оно создано, сконструировано активностью человека и воспроизводится практиками людей. При таком подходе для объективного в интерпретационном акте не остается места.

[2] См.: *Черданцев А. Ф.* Логико-языковые феномены в юриспруденции. М., 2012. С. 7—12.

юридической науки и, в частности, от того, как этот анализ проводит профессор И. Л. Честнов. Он констатирует, что в качестве классического подхода к предмету науки рассматривается объективная реальность или объективные законы бытия, но с позиций постклассической эпистемологии предмет науки «следует рассматривать как рефлексивное отношение субъекта и объекта, включенное в процесс интерсубъективной коммуникации»[1]. Таким образом, становится очевидным, что интерпретация права представляет собой процесс диалектической взаимосвязи объективного и субъективного, взаимного их включения одного в другое, постоянного обновления результатов взаимодействия. При этом можно абстрагироваться от различий в методологиях классической и постклассической науки, пойти по пути интегративной науки, как это делает Ю. А. Веденеев, для которого юридическая реальность «существует одновременно в объективном и субъективном смыслах, в форме сущего и должного, фактического и нормативного, материального и идеального» и существует «на пересечении предмета исследования и способов ее восприятия и понимания, описания и объяснения»[2].

7. Итак, интерпретационный акт суда предполагает полнокровный, всесторонний, творческий анализ юридической реальности и создание юридического конструкта (формирование юридической позиции), призванного обеспечить решение эмпирических задач правосудия в условиях данного места и времени по отношению к определенным лицам (категориям лиц).

Законодатель в русле актуальной правовой политики определяет меру субъективного (пределов усмотрения) в создаваемых судами конструктах.

## Диалектика объективного и субъективного в интерпретационных актах суда[3]

Постановка любой научной проблемы требует оговорок о содержании вводимых понятий, о границах и глубине предполагаемого исследования, о возможных выходах его на практику.

В первую очередь обратим внимание: интерпретационные акты суда в настоящей статье понимаются не в узком значении, в каком чаще

[1] *Честнов И. Л.* Методология и методика юридического исследования: учеб. пособие. 2-е изд. Краснодар, 2010. С. 14.

[2] *Веденеев Ю. А.* К вопросу о юридической теории // Юридическая наука и ее значение в современном обществе. М., 2014. С. 60.

[3] Журнал российского права. 2017. № 9 (249). С. 97—107.



всего мыслятся практиками, имея в виду, например, постановления Пленума Верховного Суда РФ, постановления Конституционного Суда РФ, как акты-разъяснения права, а мыслятся более широко — как соответствующая деятельность суда по уяснению права, выраженная в выносимых судом решениях, и, таким образом, субъектный состав интерпретационных актов включает суды всех уровней.

Второе, что оговариваем, — понимание объективного и субъективного. Объективное — это то, что противостоит конкретному субъекту, что имело место до него, бытие чего сложилось под воздействием внешних факторов, а субъективное — то, что исходит от данного субъекта. Диалектический подход к их соотношению предполагает одновременно и их единство, и их противостояние; более того, взаимный переход одного в другое. Субъективное объективируется, а объективное некто может воспринимать как свое собственное, т. е. приобретает субъективную окраску.

Третий аспект сугубо практический. Философские и теоретические вопросы соотношения объективного и субъективного в правовых актах вообще и в интерпретационных в частности рассматриваются на предмет того, в какой части интерпретационные акты суда могут и должны быть имплементированы в законодательство РФ.

Объективное и субъективное находятся в постоянном противоречии (в разных его формах), что обеспечивает развитие того и другого через снятие антагонизмов, через актуализацию моментов единства. Давно замечено, что сознание человека не только отражает объективный мир, но и творит его[1]. Объективное и субъективное составляют различные стороны, которые не могут быть обособлены или тем более абсолютно противопоставлены. При этом следует учитывать, что право, правовые отношения, правовые процессы, все правовые явления весьма специфичны именно по причинам особенностей и меры соотношения объективного и субъективного. Вместе с тем постанов-

[1] Французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г. постулирует, что «все имеют равное право на все почести, места, должности в соответствии с их различными способностями и без всякого иного различения, кроме того, которое создано их достоинствами и талантами». Мы видим здесь воплощение аристотелевского понятия распределительной справедливости, согласно которому распределение благ должно осуществляться в соответствии с достоинствами людей. Но «достоинство» для каждого общества свое и понятие о нем изменчиво. В наше время мы отдали бы предпочтение квалификации и компетентности того, кто имеет право занимать определенную позицию. Между тем по жизни отдается предпочтение совершенно иным «ценностям», преобладающим в социальной группе. Субъективное господствует над объективным, творит его.

ка вопроса о соотношении объективного и субъективного в праве созвучна более общему взгляду на соотношение материального и идеального в культуре общества[1]. «Человеческое измерение» права в контексте культуры — предмет социокультурной антропологии права[2].

Практический подход к интерпретационным актам прежде всего требует определиться с пониманием самого права, с уяснением соотношения объективного и субъективного в самом праве. Методологический посыл просматривается в исследованиях С. С. Алексеева, у которого «право относится к субъективной стороне нашей жизни», но в то же время это «внешняя реальность, строгая объективная данность»[3].

Интерпретационные правовые акты, по сути, мыслимы только в неразрывной связи с правом. Объект толкования составляют содержание, формы, цели, обстоятельства принятия закона, средства обеспечения выраженных требований и т. д. Более того, при всем уважении (и поддержке) легистских воззрений надо признавать в качестве объекта интерпретационной деятельности не только закон и соответствующие ему подзаконные акты.

В судебных актах, к какому бы виду они ни относились, в предмет интерпретации входят следующие парные явления:

право объективное — право субъективное;

право естественное — право позитивное;

право как нормы — право как принципы;

право как отношения — право как решения;

право как идеи — право как эмоции (чувства).

Названные явления имеют свои внешние формы. Отсюда можно видеть право — письменное, устное, знаковое; право — фактические реалии, должные веления, психические фантазмы; право — доктрина, суждения специалистов, обыденное веление.

[1] См.: *Ямпольский М.* Ткач и визионер. Очерки истории репрезентации, или О материальном и идеальном в культуре. М., 2007. Автор считает, что в эпоху Ренессанса акценты сместились с мастерства художника на его полумистическую способность «видеть» образы, предстающие перед внутренним взором воображения. Этот перенос акцента привел к ослаблению материального и усилению идеального компонента в культуре.

[2] См.: *Честнов И. Л.* Постклассическая социокультурная антропология права как направление в современной юриспруденции // Вопросы правоведения. 2014. № 1. С. 58. Постклассическая социокультурная антропология права утверждает, что право не существует вне и без человека, социализированного в соответствующей правовой культуре. Право не какая-то данность. Оно создано, сконструировано активностью человека и воспроизводится практиками людей. При таком подходе для объективного в интерпретационном акте, возможно, и не остается места.

[3] Подробнее об этом см.: *Алексеев С. С.* Избранное. М., 2003. С. 169—173.



С формой права связан его функциональный аспект: право — акт нормативный; право — акт индивидуальный; право — запрет, обязывание, дозволение, программа.

Но еще большее значение для интерпретации имеет сущностный аспект права. Право — воля одного, воля многих или воля всех. Право имеет целью достижение общего блага, блага группы, блага одного. Сущностный подход во многом определяет и содержание права. Отсюда — право как свобода, право как равенство, право как справедливость.

Наконец в аспекте практической деятельности приобретает исключительно важное значение интерпретация способов обеспечения права. Отсюда проистекают взгляды на право как силу физическую, силу психическую, силу интеллекта (авторитета).

Открывается сложнейшая система диалектических зависимостей объективного и субъективного в самом праве и, как следствие, еще в большей степени в его интерпретации. Соотношение объективного и субъективного смотрится по-разному, если вести речь, например, о естественном праве или о позитивном, если искать право в самих общественных отношениях, в исходящих от власти нормах, в правовом сознании участников общественных отношений.

В свою очередь, предметная сторона интерпретации ставит вопросы о компетенции субъектов, юридическом значении и пределах их интерпретационной деятельности. Так, признание правовой системой хотя бы идеологически или доктринально естественного права призывает к его интерпретации в первую очередь законодателя. Естественное право не сформулировано в качестве четких формализованных установлений. Оно всегда нуждается в законодательном закреплении, в позитивном правотворческом оформлении. И всякое возведение естественного права в закон является его «конструктивной» интерпретацией и конкретизацией. Не конкретизированное в процессе позитивной нормотворческой деятельности естественное право фактически не имеет юридического значения, не рассматривается правом в собственно юридическом смысле этого слова, относится к регуляторам пусть и самого высокого, но другого вида.

Представляется, что общая установка должна состоять в том, чтобы естественно-правовые нормы могли конкретизироваться только законом (как исключение — постановлениями Конституционного Суда РФ в той части, в какой его деятельность уподобляется деятельности законодателя или ставится над ней). Иное дело, если идет речь об интерпретационной деятельности. В сложных делах по изданию подзакон-

ного акта или акта правоприменения в порядке преодоления, например, пробела в законе допустимо обращение к естественно-правовым ценностям, что с необходимостью обусловливает их интерпретацию. Подобное имеет место и при интерпретации и конкретизации принципов позитивного права, преамбул, деклараций и т. д.

Трудно опровергнуть факт, что нормотворческая деятельность обусловлена рядом объективных факторов, которые находят отражение в праве через призму субъективного их восприятия депутатским корпусом или руководством исполнительных органов. Кстати, у разных нормотворцев в силу разных причин открываются разные возможности восприятия и противостояния объективным реалиям.

Соотношение объективного и субъективного не теряет значения при обращении к проблемам интерпретации права. Классик юридической науки Г. Кельзен обращает внимание, что правовое значение правового акта нельзя воспринять, наблюдая его внешнюю, фактическую сторону: надо проникнуть в смысл, которым наделяет его человек. «Этот субъективный смысл может, хотя и не обязательно, совпасть с тем объективным значением, которое имеет акт в силу права»[1]. На интерпретатора и возлагается обязанность уяснять пропорции в их соотношении.

Объективистским стандартом для интерпретатора было бы выявление объективных и субъективных реалий без каких-либо предварительных (субъективных) установок. Однако чаще всего в силу политики права интерпретаторы заранее ориентируются, на что сфокусировать внимание. Отсюда выделяют два типа интерпретации: *объективную*, когда доминирующее значение отдают воле правотворца (воле законодателя, например) и факторам, эту волю обусловливающим, и *субъективную*, если для интерпретатора (реализующего право) приоритетными становятся его собственные мысли и чувствования[2]. Проблема объективной и субъективной интерпретации во многом подпитывается полярно противоположными психологическими установками, в чем несомненна роль, во-первых, интеллектуально-эмоционального склада правоприменителя, во-вторых, психологического климата, специфики и уровня развития культуры, носителем

[1] *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. *М. В. Антонова, С. В. Лезова.* СПб., 2015. С. 12.

[2] Говоря о субъективной интерпретации, следует учесть постмодернистские ориентации на креативность человека, исследователя, исследовательского процесса; на погружение в креативные ценности и восприятие мира как цели и высшей ценности («креатосфера», «креатогенная цивилизация»).



которой он является. Интерпретация предполагает сочетание и личной творческой свободы правоприменителя, и пиетета перед законодателем, перед его замыслом, который он зафиксировал в виде текстов. Образуется двойной диалог: творца закона и его интерпретатора, но диалог этот в качестве действительного только тогда приобретает действенность, когда удовлетворяет интерес третьего — исполнителя выраженной законодателем и правоприменителем воли — адресата принятых актов. Практически это очень важно, поскольку рассогласованность воль неизбежно влечет неисполнимость правового акта.

Для любой правовой системы свойственно закреплять первенство за волей законодателя, выраженной в законе и тем самым имеющей для всех исполнителей закона силу объективного юридического фактора. Но в разных правовых системах предусматриваются возможности определить значение объективного и субъективного применительно к конкретным ситуациям. Субъективное может приобретать юридическое значение в силу особого его статуса, обозначенного в законе. Так, законодатель обязывает Конституционный Суд при оценке проверяемых норм закона принимать во внимание смысл, придаваемый им актами толкования или сложившейся правоприменительной практикой.

Юристы не часто обращаются к проблемам соотношения объективного и субъективного. На теоретическом уровне внимание уделяется фактически только соотношению объективного и субъективного права.

Объективное право — это то, что образовалось или образовано, что существует как объективная реальность, как данность, не зависящая от конкретного субъекта. Оно формируется под воздействием множества обстоятельств и олицетворяется не только какой-то одной формой, одной отраслью права, но всей правовой системой в целом, национальными, а в современных условиях — и наднациональными (или даже трансцендентными) источниками.

Объективное право рассматривается в качестве основы субъективного права. И важнейшим моментом в характеристике последнего является то, что субъект имеет возможности формировать его содержание, вступая в те или другие отношения в рамках дозволенного объективным правом. Субъект может сознательно стремиться к своему праву и бороться за него, требовать на его основе соответствующего поведения от других лиц, пользоваться легальными средствами его защиты.

Соотношение объективного и субъективного права находит отражение и продолжение в интерпретационных актах. Толкование объективного права всегда прямо или косвенно предполагает в качестве результата установление субъективных прав и юридических обязанностей адресатов соответствующих велений.

Интерпретационный акт, как любой правовой акт, можно рассматривать в качестве реалии в виде определенной фактичности, материализованной в виде текста или ином виде. Назначение акта толкования в том, чтобы со всей определенностью выразить содержание права, отразить смысл, который берется в основание практических действий в ходе реализации права. И по цели, и по результату интерпретационный акт предполагает прямое участие субъекта, вложение в акт субъективной воли интерпретатора. Она может совпадать с объективным содержанием права, но может и расходиться. Не случайно истории известны попытки запретить толкование права вообще из опасения того, что субъективное будет превалировать над объективным и дерогировать собственно право, что под прикрытием толкования будут выносить решения contra lege.

Для оценок выносимых судом актов первостепенное (и, возможно, единственное) значение имеет собственно юридическое содержание, юридический смысл права. Для суда в русле строгой нормативистской теории остаются на втором и третьем плане экономическое, политическое и идейное содержание права. Для суда важно определить веление права относительно поведения обязанного или управомоченного лица, которое будет соответствовать праву. Однако формальный подход не всегда соответствует главному принципу права — принципу справедливости. Интерпретацию права недопустимо отрывать или противопоставлять объективной действительности. Материальное, социальное, моральное и прочее содержание общественных отношений так или иначе, прямо или косвенно, но всегда отражается в правовых нормах и определяет их юридическое содержание, а затем опосредованно или напрямую и в интерпретационных актах. Многообразие материального и социального мира, постоянные трансформации его обусловливают нюансы юридических смыслов, иногда противоречивых, но равноправно претендующих на реализацию. Этим объясняется необходимость при каждом новом акте правоприменения и особенно при обобщении правоприменительной практики давать интерпретацию права с учетом реалий, которые стоят за правом, обволакивают его, активно требуют учета в актах реализации права. В субъективном акте интерпретации будет, таким образом, отражено то объективное, что уже вошло в право, и то, что претендует в него войти.



Интерпретация права судом — это всегда практический поиск практических решений. Но каждое практическое следствие связано с установлением «онтологического бытия» права в конкурентной борьбе учений о логическом, этическом и метафизическом аспектах конкретных способов бытия в условиях бытийного места и времени[1]. Из того, как доктрина представляет правовую реальность, можно видеть, как самые разные научные направления, течения и школы ведут поиск права и выдают судьям самые разные рецепты приготовления судебных блюд.

Новая методологическая база понимания текстов права позволяет объединять возможности феноменологии, психоанализа и герменевтики, когда понимание — это всегда достояние конкретной рефлексии субъекта, не озабоченной причинными связями внешнего мира[2]. При такой постановке вопроса объективное в интерпретационных актах вообще и в интерпретационных актах суда в частности уступает пространство сугубо субъективному.

Современный французский конституционалист и теоретик М. Тропер, создавая новую реалистическую теорию, ведет аргументацию, основываясь на противоположности двух позиций: «толкование есть акт познания» и «толкование есть акт волеизъявления», но для него первая «бесспорно неприемлема»[3]. Это, в свою очередь, дает ос-

[1] См.: *Майхофер В.* Право и бытие. Пролегомены к онтологии права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 186 и далее. Известный в России адвокат Ю. Новолодский в книге «Доказывание в практической деятельности адвоката-защитника» пишет о так называемой мнимой действительности, которая активно навязывается суду прокурорами, подсудимыми и их защитниками. И фактологическая картина, и подтверждающие ее доказательства часто суть их субъективные представления и нередко «порождаются сознанием самих судей». Автор полагает, что полностью избежать применения обстоятельств из «мнимой действительности» не удастся, а законодатель даже оправдывает ее в случае реализации принципа презумпции невиновности (см.: *Новолодский Ю.* Проявления «мнимой действительности» в уголовно-процессуальном доказывании // Новая адвокатская газета. 2016. № 15). Все это так, и для нас это еще одно свидетельство специфического решения проблемы соотношения объективного и субъективного в правовой сфере.

[2] См.: *Байтеева М. В.* Проблемы понимания права с позиций феноменологической герменевтики // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 147, 149.

[3] См.: *Тропер М.* Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 191, 193. По замечанию М. В. Антонова, деконструкция права уводит Тропера к тем американским реалистам, для которых право лишь предсказание того, что сделает правоприменитель, но не бросает его в бездну постмодернизма, поскольку юридическая свобода судьи не означает его свободы фактиче-

нование другому французскому профессору О. Пферсманну сказать, что для реалистической теории толкования все высказывания, касающиеся конституции, законов, указов или иных общих и абстрактных норм, «не могут обрести ни малейшей доли научности»[1]. Однако позиция Тропера не столь однозначна. Он протестует против позитивистов, приписывающих реалистам тезис, согласно которому правила являются лишь мифом. Тем самым они фактически преследуют свою цель «любой ценой защитить идею о том, что право обладает объективной действительностью, независимой от воли акторов»[2]. В действительности все так или иначе признают дискреционную (творческую) власть судей.

Таким образом, с каких бы позиций ни обращаться к анализу правовых явлений, каждый раз перед исследователем встает вопрос об онтологии права, о том, что в правовом бытии является собственно правом. Немецкий философ права и судья А. Кауфманн полагает, что все многообразие поисков и представлений можно свести к двум находящимся в противоречии друг к другу и постоянно развивающимся: позиции естественного права и правовому позитивизму, постоянно сменяющим друг друга. Каждая из них содержит правильный аспект, но в своей абсолютной односторонности они научно несостоятельны[3]. Правовой позитивизм односторонне делает акцент на экзистенциальном аспекте права, уравнивая сущность права с бытием права и тем самым поглощая эссенцию права его экзистенцией. В естественном праве, наоборот, экзистенция права поглощается его эссенцией и в абсолютистских естественно-правовых теориях право представляется в виде чистых «сверхпозитивных» сущностей, схватываемых чистым разумом. Представляется, что в соображениях ученого есть своя интегративная логика, когда он со ссылками на Г. Радбруха и в интересах действенного правопорядка в онтологию реального права включает и экзистенциальную, и эссенциальную реальность: ценности власти и ценности

ской (см.: *Антонов М. В.* Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 345).

[1] *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 228.

[2] *Тропер М.* Указ. соч. С. 187.

[3] См.: *Кауфманн А.* Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 151—152.



естественной справедливости. Для него «реальное право есть присутствие правовой сущности, позитивности правовой естественности»[1], но это не следует понимать так, что понятия позитивности и реальности совпадают. Последняя «всегда более чем лишь позитивность».

Для понимания природы интерпретационных актов суда существенны понимание Кауфманном судебного решения как творческого процесса и вывод о том, что именно в правосудии из закона возникает право, что суд является местом, в котором право осуществляется в его полноте. Отсюда рождается наше заключение о необходимости имплементации судебной интерпретации права, если субъективная составляющая судебного решения способна привнести существенно новое в сравнении с законом в эффективное нормативное регулирование объективной реалии.

Таким образом, все расхождения между строгими нормативистами и последовательными реалистами сводятся к заключению: является ли интерпретационная деятельность актом правопознания или это акт правотворения. Между тем творческая деятельность судьи может демонстрировать и то и другое без кардинального ущерба для соответствующей теории. Для Г. Кельзена толкование права «есть духовная деятельность, которая сопровождает процесс нормотворчества в его движении от вышестоящей к нижестоящей ступени»[2]. Выведение индивидуальной нормы судебного решения из общей нормы закона оставляет возможности для творчества. В реалии (фактически) вышестоящая норма предстает в качестве объективного, а нижестоящая раскрывает ее привнесением субъективного.

Позиция Г. Кельзена смыкается со взглядами представителей социологической школы права, хотя в то же время известно, насколько острой была полемика Г. Кельзена с О. Эрлихом, приверженцем создаваемого судом «живого права»[3]. Как мы могли убедиться, данная позиция поддерживается и теми философами, которые пытались преодолеть позитивизм, обращаясь к феноменологии и экзистенциализму. Представляется, что независимо от той или другой интерпретационной формы интерпретатор всегда вынужден обращаться к тем реальностям, которые питают или олицетворяют право. На философском и общетеоретическом уровне они подвергнуты тщательному анализу немецкими авторами, но практически остаются вне поля зрения отечественных уче-

[1] Там же. С. 158.

[2] См.: *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. С. 421.

[3] См.: *Кельзен Г.* Основоположение социологии права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 604 и далее.

ных[1]. Это и понятно: российским ученым все-таки свойственно вслед или в духе Кельзена рассматривать право не онтологически, а деонтологически, как нечто должное. Кроме того, судьи в России не обременяются философией права, полагая, как бы сказал В. Майхофер, что она портит хорошего юриста, уничтожает его уверенность и нагружает угрызениями совести и ненужными сомнениями[2].

Здесь нет возможности анализировать своеобразное положение интерпретационных актов в англосаксонской правовой системе (в системе общего права)[3]. Отметим только, что в той части, в какой закон там играет свою роль, он является объектом интерпретационных актов в качестве объективной реалии, и те, кто уполномочен к разъяснению закона в той или другой форме, привносят свое субъективное в правоприменительные результаты. Но главное там в проведении сложной работы по толкованию многочисленных прецедентов. Нельзя думать, что правотворчество судьи, создание им прецедента является сугубо произвольным его решением. Субъективное и здесь базируется на анализе объективных реалий (экономических, политических, социальных, моральных), которые всегда так или иначе интерпретируются судьей и находят воплощение в принятом им решении. Судейское правотворчество всегда связано с интерпретацией общих принципов и стандартов, формулирующих необходимость достижения экономических, социальных и политических целей[4].

Итак, не следует акцентировать внимание на противопоставлении позиций правового реализма и крайнего нормативизма. Они, как убеждаемся, сходятся. Итальянский профессор философии права Э. Паттаро

[1] Большой интерес в этом отношении представляет опубликованная на русском языке (с комментариями А. В. Стовбы) работа В. Майхофера «Право и бытие. Пролегомены к онтологии права»; см. также: *Максимов С. И.* Правовая реальность как опыт философского осмысления. Харьков, 2002; *Стовба А. В.* Правовая ситуация как исток бытия права. Харьков, 2006.

[2] См.: *Maihofer W.* Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie. Frankfurt-am-M., 1954. S. 40. См. также: *Майхофер В.* Указ. соч. С. 203.

[3] И. Ю. Богдановская показывает, что семья «общего права» не отличается единством правовых систем в части верховенства статутного или прецедентного права, но тенденция такова, что через «прецеденты толкования» и целевое толкование законов, через влияние законодателя на интерпретационную деятельность идет «тесное переплетение статута и судебного прецедента» (*Богдановская И. Ю.* Закон и судебный прецедент: эволюция борьбы за верховенство // Российское правосудие. 2015. № 9. С. 25).

[4] См.: *Дворкин Р.* О правах всерьез. Пер. с англ. М., 2004. С. 45. Автор исходит из того, что индивиды могут обладать как противовесом государству правами, которые имеют преимущество перед закрепленными в законодательстве, и, соответственно, правом на судебные решения, принимаемые из принципиальных соображений, берущих верх над демократическими принципами (Там же. С. 10—12).



в статье под эпатажным наименованием «Нет права без норм» анализирует взгляды представителей «нормативистской галереи» Хэгестрёма, Оливекроны и Харта, которые давали социологическую, психологическую, аналитическую и прикладную характеристику норм[1].

Прочтение этой статьи создает впечатление, что все названные авторы старались определить основу создания и действия норм, находя ее не в мощи властей, не во внушениях самого разного рода и не в базовых нуждах, интересах и ценностях людей, а в конституционных компетенционных нормах, которые Харт именует правилами признания, претендующими на замену «основной нормы» Г. Кельзена. Выстраивание приверженцев нормативизма в галерею позволяет видеть относительную истину суждения венгерского профессора Ч. Варги, согласно которому европейская культура правового позитивизма все еще полагает, что право статично и самодостаточно, раз и навсегда готово к употреблению, между тем как следует создать более сложную картину природы права, «преодолеть материалистический и статичный взгляд на право, не отрицая тех онтологически значимых элементов, которые определяют его функционирование в соответствующих правовых культурах, т. е. действующую на практике правовую идеологию, которая поддерживает *деонтологию* юридической профессии»[2]. Для нашей характеристики интерпретационных правовых актов суда более прагматично понимание права цитируемым профессором как «процессуального динамического континуума», как «открытой потенции внутри данной структуры, чтобы получить возможность установить его значение посредством операции, называемой судебной интерпретацией...»[3].

Прочность позитивистских и юспозитивистских позиций испытана в ходе дискуссий, развернувшихся на фоне критики Р. Дворкиным концепции Г. Харта. «За спором о составных элементах права, правовых принципах, пробелах в праве и судейском усмотрении проступает полемика более фундаментального характера — спор двух онтологий: права, состоящего из стандартов, укорененных в социальных решениях и конвенциях, и права, предельными детерминантами которого являются не только (и, возможно, не столько) социальные факты, сколько моральные факты и соображения»[4]. Дело в том, что у Двор-

[1] См.: *Паттаро Э.* Нет права без норм // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1.

[2] *Варга Ч.* Природа права и правовое мышление // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 347.

[3] Там же. С. 347—348.

[4] *Касаткин С. Н.* «Постскриптум» к «Понятию права» Герберта Л. А. Харта // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 756.

кина право суть совокупность и результат практик интерпретации и аргументации, укорененных не только в институциональной, но и в моральной традиции. И это еще один аспект для углубленного исследования диалектики объективного и субъективного в праве и его интерпретации. Он приобретает особое значение в попытках взглянуть на право с позиций коммуникативной теории права[1]. Но для этого необходимо написать специальную статью, в которой сама интерпретационная деятельность предстанет как особая форма коммуникации, а пропорции в соотношении объективного и субъективного зависят от субъекта интерпретации, его положения в системе коммуникаций.

## Конкретизация судебной практикой оснований признания нормативного правового акта недействующим

(совместно с С. Б. Поляковым)[2]

### Введение

Основание признания нормативного правового акта недействующим определено как несоответствие его другому нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу (ч. 2 ст. 215 Кодекса административного судопроизводства РФ (далее — КАС РФ)). На это должно быть указано в административном исковом заявлении об оспаривании нормативного правового акта: «Наименование и отдельные положения нормативного правового акта, который имеет большую юридическую силу и на соответствие которому надлежит проверить оспариваемый нормативный правовой акт полностью или в части» (п. 6 ч. 2 ст. 209 КАС РФ). Если суд соглашается с доводами истца, то принимает решение об удовлетворении заявленных требований (п. 1 ч. 2 ст. 215 КАС РФ). Если доводы о несоответствии оспариваемого нормативного правового акта иному нормативному правовому акту с большей юридической силой признаются необоснованными, суд отказывает в удовлетворении заявленных требований (п. 2 ч. 2 ст. 215 КАС РФ).

[1] См.: *Кравиц В.* Пересмотр понятия права: директивы и нормы с точки зрения нового правового реализма // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 433; *Алекси Р.* Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 451; *Habermas J.* Faktizitat und Geltung. Frankfurt, 1992; *Хук М. ван*. Право как коммуникация // РЕТП. 2008. № 1. С. 385; *Он же.* Право как коммуникация. СПб., 2012; *Поляков А. В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: учебник. СПб., 2004. С. 141—193.

[2] Актуальные проблемы экономики и права. 2017. № 4 (11). С. 125—135.



Между требованиями истца, предметом доказывания (судебного разбирательства) и основаниями решения должна быть жесткая связь. В Гражданском процессуальном кодексе РФ (далее — ГПК РФ), из гл. 24 которого произошла гл. 21 КАС РФ («Производство по административным делам об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами»), общим правилом является то, что суд выносит решение по требованиям, заявленным истцом (ч. 3 ст. 196 Гражданско-процессуального кодекса России). В предмет доказывания не должны входить обстоятельства, не относящиеся к заявленным требованиям, кроме случаев, указанных в федеральном законе (ст. 59, 148, 196 ГПК РФ). Относимость доказательств ст. 60 КАС РФ определяет так же.

В гражданском и административном судопроизводстве требования истца именуются предметом иска (ч. 1 ст. 39, п. 4 ч. 2 ст. 131 Гражданского процессуального кодекса России [1—3], ч. 1 ст. 46, п. 1 ч. 2 ст. 135 Кодекса административного судопроизводства России, п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» от 27 сентября 2016 г.[1] [4]), т. е. термины подчеркивают взаимосвязь требований истца и предмета доказывания (судебного разбирательства).

Однако в ч. 7 и 8 ст. 213 КАС РФ указано, что при проверке законности оспариваемых положений суд не связан основаниями и доводами, содержащимися в административном исковом заявлении о признании нормативного правового акта недействующим, и выясняет в полном объеме:

«1) нарушены ли права, свободы и законные интересы административного истца или лиц, в интересах которых подано административное исковое заявление;

2) соблюдены ли требования нормативных правовых актов, устанавливающих:

а) полномочия органа, организации, должностного лица на принятие нормативных правовых актов;

б) форму и вид, в которых орган, организация, должностное лицо вправе принимать нормативные правовые акты;

в) процедуру принятия оспариваемого нормативного правового акта;

[1] БВС РФ. 2016. № 11. С. 3.

г) правила введения нормативных правовых актов в действие, в том числе порядок опубликования, государственной регистрации (если государственная регистрация данных нормативных правовых актов предусмотрена законодательством Российской Федерации) и вступления их в силу;

3) соответствие оспариваемого нормативного правового акта или его части нормативным правовым актам, имеющим большую юридическую силу» (ч. 8 ст. 213 КАС РФ).

Нарушение требований к нормативному правовому акту (далее — НПА), указанных в п. 2 ч. 8 ст. 213 КАС РФ (предмет доказывания), не предусмотрено в п. 1 ч. 2 ст. 215 КАС РФ как основание для признания его недействующим. Связь п. 1 ч. 2 ст. 215 КАС РФ прослеживается только с п. 3 ч. 8 ст. 213 КАС РФ.

**Результаты исследования**

Очевидна небрежность законодателя, которая привела к пробелу вследствие нарушения юридической техники. Определены правонарушения нормотворца в п. 2, 3 ч. 8 ст. 213 КАС РФ, которые должны быть установлены в судебном заседании (предмет доказывания), однако правовосстановительная санкция — признание НПА недействующим — установлена только для одного из указанных видов однопорядковых нарушений (в п. 3 ч. 8 ст. 213 КАС РФ и п. 1 ч. 2 ст. 215 КАС РФ).

Основание, предусмотренное в п. 3 ч. 8 ст. 213 КАС РФ, — это указание на иерархическую коллизию норм права, когда к одним фактическим обстоятельствам нормы, содержащимся в правовых актах разной юридической силы, устанавливают существенно различные права, обязанности, запреты для участников правоотношения либо для одного и того же предписания (права, обязанности, запрета) устанавливается разный фактический состав. Предметом исследования для квалификации правонарушения законодателя, предусмотренного п. 3 ч. 8 ст. 213 КАС РФ, и применения буквально соответствующей ему санкции (п. 1 ч. 2 ст. 215 КАС РФ) должны быть две нормы, сравнительный логико-языковой анализ которых должен установить различие (коллизию).

Строго следуя ч. 2 ст. 215 КАС РФ, в отсутствие коллизии суд должен отказать в удовлетворении административного иска (п. 2), считая квалифицированным молчанием законодателя, но не пробелом в законе отсутствие последствий за дефекты НПА, перечисленные в п. 2 ч. 8 ст. 213 КАС РФ. Но если последние суд не игнорирует, а выясняет в полном объеме, тогда отсутствие санкций за выявленное — пробел, а не квалифицированное молчание.



Пробел вынуждает судебное правотворчество [5]. Поэтому нужно обратиться к решениям судов, выявивших наличие нарушений, предусмотренных п. 2 ч. 8 ст. 213 КАС РФ.

Апелляционным определением Верховного Суда РФ № 35-АПГ17-2 от 04.05.2017 отменено решение Тверского областного суда от 22 ноября 2016 г. и принято решение о признании недействующим решения Совета депутатов Старомелковского сельского поселения Конаковского района Тверской области № 19 «Об утверждении генерального плана муниципального образования “Старомелковское сельское поселение Конаковского района Тверской области”» от 29 ноября 2013 г.

Основанием для удовлетворения иска указано то, что решение Совета депутатов не согласовано в соответствии со ст. 25 Градостроительного кодекса РФ (далее — ГрК РФ) и подробно аргументировано, в чем выразилось это нарушение. В итоге сделан мотивированный вывод о несоблюдении Советом депутатов сельского поселения процедуры принятия оспариваемого НПА (подп. «в» п. 2 ч. 8 ст. 213 КАС РФ). В основательной аргументации ничего не сказано о различии (коллизии) каких-то положений генерального плана муниципального образования и положений ГрК РФ. В ст. 25 ГрК РФ («Особенности согласования проекта генерального плана поселения, проекта генерального плана городского округа») устанавливаются обязанности органов местного самоуправления и фактические составы, порождающие возникновение таких обязанностей, но никак не границы поселений, что исключает коллизию ст. 25 ГрК РФ с генеральным планом конкретного муниципального образования и решением органа местного самоуправления о его утверждении.

Ошибкой суда первой инстанции указан вывод об отсутствии в оспариваемом генеральном плане муниципального образования положений, подлежащих согласованию с Правительством Тверской области в порядке, предусмотренном указанными в апелляционном определении нормами ГрК РФ, но не коллизия между генеральным планом и ГрК РФ, которой не может быть в принципе.

Однако в итоге в апелляционном определении Верховного Суда РФ сделан вывод, отождествляющий нарушение процедуры принятия оспариваемого НПА с несоответствием оспариваемого НПА нормативным правовым актам, имеющим большую юридическую силу: «В связи с этим с учетом положений подпункта “в” пункта 2 части 8 статьи 213 КАС РФ, пункта 1 части 2 статьи 215 КАС РФ, пункта 28

постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2007 г. № 48 решение суда подлежит отмене с вынесением нового решения о признании недействующим решения Совета депутатов Старомелковского сельского поселения Конаковского района Тверской области от 29 ноября 2013 г. № 19»[1].

Такой вывод из-за непростительного пробела законодателя является вынужденным. Суд должен либо явно расширительно толковать единственное указанное законодателем основание для признания НПА недействующим, как в приведенном случае, либо признавать НПА недействующим по основаниям, предусмотренным законодателем как нарушения нормотворца без установленных им последствий, т. е. открыто судебным правотворчеством установить санкции, отсутствующие в законе.

В результате систематизации научных работ и Методических рекомендаций по проведению правовой экспертизы нормативных правовых актов субъектов РФ, утвержденных Приказом Министерства юстиции РФ № 87 от 31 мая 2012 г., в целях проведения правовой экспертизы НПА и их проектов предложен такой перечень дефектов НПА:

I. Юридико-технические нарушения:

1) компетенции органа по изданию НПА;

2) системности законодательства (противоречия с нормативными правовыми актами, имеющими большую юридическую силу);

3) лингвистической определенности текстов НПА и их проектов;

4) обоснованности оценочных терминов;

5) точности в нормативно-правовой графике;

6) регламента принятия, опубликования и введения в действие НПА;

7) требований к реквизитам НПА.

II. Социальная неадекватность НПА вследствие:

1) необоснованности изменения соотношения прав и обязанностей;

2) отсутствия исследований закономерностей общественного развития вследствие изменения прав, обязанностей, запретов между субъектами права (определяемых специалистами в соответствующей сфере регулируемых общественных отношений: экономистами, экологами, демографами и т. д.);

3) необоснованности изменения иерархии ценностей [6].

[1] URL: http://legalacts.ru/sud/apelliatsionnoe-opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-04052017-n-35-apg17-2//#100035.



В судебной практике по делам абстрактного нормоконтроля можно найти решения о признании НПА недействующим с аргументацией каждого из этих дефектов, кроме нарушений, связанных с реквизитами НПА [7]. Эта аргументация в чистом виде соответствует п. 1 ч. 2 ст. 215 КАС РФ при выявлении судом нарушений системности законодательства и отчасти компетенции органа по изданию нормативного правового акта. Последнее нарушение как самостоятельное проявляется в издании нормативного правового акта по предмету ведения, не входящему в компетенцию органа, издавшего оспариваемый НПА. В таком случае должно быть доказано, что предмет регулирования оспариваемого НПА (содержащейся в нем нормы) находится за пределами предмета регулирования органа, его издавшего. Сравнительному анализу подлежат нормы законодательства о предмете регулирования нормотворческого органа и предмет регулирования оспариваемого НПА (содержащейся в нем нормы), но не нормы из оспариваемого НПА и нормы по тому же вопросу из НПА большей юридической силы.

Нередко нормативные правовые акты признаются судами недействующими из-за лингвистической неопределенности текстов НПА. Тогда, когда по вопросу совместного ведения нормотворец низшего уровня вводит новый термин, может возникнуть коллизия норм, являющаяся основанием для точного применения п. 1 ч. 2 ст. 215 КАС РФ. Но часто такой коллизии нет, и аргументация судебных решений указывает не на противоречие нормы из оспариваемого НПА и нормы по тому же вопросу из НПА большей юридической силы, а на то, что использование в НПА понятий, не имеющих легального определения и общепризнанного значения, создает неопределенность в уяснении содержания нормы и приводит к противоречивой практике ее реализации, к произвольному правоприменению.

Апелляционным определением Верховного Суда РФ № 44-АПГ16-3 от 3 марта 2016 г. отменено решение суда первой инстанции и принято новое решение об удовлетворении административного иска. В нем указано: «Из системного анализа положений указанных выше нормативных правовых актов следует, что термин “нормативный срок амортизации”, содержащийся в пункте 4.10 Порядка формирования тарифов, по своему содержанию и объему тождественен термину “срок полезного использования”, закрепленному в пункте 1 статьи 258 НК РФ. Следовательно, нормативные сроки амортизации, установленные в приложении № 1 Порядка формирования тарифов, должны соответствовать срокам полезного использования, установленным

Классификацией основных средств, утвержденной нормативным правовым актом большей юридической силы. Несмотря на то что федеральным законодательством, равно как нормативными правовыми актами Пермского края, не установлен порядок регулирования тарифов на перевозки пассажиров и багажа автомобильным и городским электрическим транспортом на поселенческих, районных и межмуниципальных маршрутах городского, пригородного и междугородного сообщений, отсутствие в актах большей юридической силы прямой нормы, распространяющей действие Классификации основных средств на нормативные сроки амортизации, учитываемые при расчете тарифов на перевозки, само по себе не свидетельствует о возможности произвольного утверждения таких сроков органами местного самоуправления для целей регулирования тарифных правоотношений». Таким образом, констатировано отсутствие коллизии оспариваемой нормы права с нормами, имеющими большую юридическую силу, а указано на ее произвольный характер.

Основной акцент в аргументации сделан на другое: «Из этого положения следует вывод, что при установлении такого порядка необходимо учитывать не только законодательство в сфере тарифного регулирования, но и нормативные правовые акты смежных отраслей права.

Данный вывод согласуется с позицией Конституционного Суда Российской Федерации о том, что качество закона выражается в формальной определенности правовых норм, их точности, конкретности, ясности, непротиворечивости, недвусмысленности, полноте и согласованности с системой действующего правового регулирования (постановления от 25 апреля 1995 г. № 3-П, от 27 мая 2003 г. № 9-П и от 18 июля 2008 г. № 10-П). При этом непротиворечивость нормы права отражает принцип равенства перед законом и судом, закрепленный в части 1 статьи 19 Конституции Российской Федерации, который предполагает единообразие ее понимания и толкования и исключает возможность злоупотребления исполнительной властью своими полномочиями (постановление от 27 ноября 2008 г. № 11-П).

Таким образом, муниципальные правовые акты, принятые во исполнение переданных Пермской городской Думе государственных полномочий субъекта Российской Федерации по регулированию тарифов, в силу положений ч. 2 ст. 7 Закона № 131-ФЗ должны соответствовать не только актам большей юридической силы, непосредственно регулирующим тарифные правоотношения, но также федеральному и региональному законодательству в случае использования терминов, содержащихся в таком законодательстве.



Содержание терминов федерального законодательства не может произвольно изменяться при их включении в муниципальные правовые акты, равно как и содержание понятия, выраженного в федеральном законодательстве при помощи определенного термина, должно быть сохранено при его использовании в муниципальном правовом акте даже и при неполной идентичности самого термина»[1].

Таким образом, предметом судебного разбирательства при выявлении лингвистической неопределенности оспариваемых НПА является соответствие положений последних требованиям формальной определенности правовых норм, их точности, конкретности, ясности, непротиворечивости, недвусмысленности, полноте и согласованности с системой действующего правового регулирования, которые, к сожалению, прямо не установлены в законодательстве, а сформулированы в решениях Конституционного Суда РФ. Лучше бы такие требования установить в законе о нормативных правовых актах, принятие которого все время откладывается.

Сходна с указанием на лингвистическую неопределенность аргументация судебных решений относительно необоснованного введения оценочных понятий.

Решением Пермского краевого суда по делу № 3-164/2015 от 7 сентября 2015 г. признана недействующей ст. 7.4 Закона Пермского края «Об административных правонарушениях в Пермском крае» № 460-ПК от 6 апреля 2015 г., устанавливавшая ответственность за семейно-бытовое дебоширство. Суд указал: «На федеральном уровне понятие семейно-бытового дебоширства не закреплено», что исключает предмет доказывания (коллизию), предусмотренный ч. 2 ст. 215 КАС РФ.

После изложения оспариваемой статьи закона в решении суда (оставленном без изменения определением Верховного Суда РФ № 44-АПГ15-21 от 9 декаюря 2015 г.) указано: «Изначально признавая в качестве семейно-бытового дебоширства совершение противоправных деяний в отношении членов семьи, в дальнейшем в диспозиции приведенной нормы законодатель связывает эти действия с оскорбительным приставанием к гражданам, а также с нарушением спокойствия граждан. При этом не конкретизируется, являются ли эти граждане членами семьи, иными лицами, находящимися в месте проживания (пребывания) семьи, соседями, иными посторонними лицами. Не указывается и то, кто подразумевается под членами семьи, данное понятие

[1] URL: http://legalacts.ru/sud/apelliatsionnoe-opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-04052017-n-35-apg17-2//#100035.

следует применять с учетом приведенного понятия в ст. 2 Семейного кодекса РФ или ст. 31 Жилищного кодекса РФ.

Кроме того, диспозиция ч. 1 оспариваемой нормы с учетом указания на иные умышленные действия, выражающие явное неуважение к личности, такого обязательного признака, как нарушение спокойствия граждан, не дает четкого ответа на то, кто и по каким критериям должен быть привлечен к ответственности по ч. 1, 2 ст. 7.4 Закона Пермского края "Об административных правонарушениях", круг субъектов, подлежащих административной ответственности за совершение рассматриваемого деяния, фактически не определен.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что на практике однозначное определение объективной стороны этого правонарушения будет значительно затруднено. Юридическая конструкция оспариваемой нормы предоставляет административную свободу в правоприменительной практике, а также дает возможность по усмотрению госструктур и их ответственных лиц поднимать вопрос о привлечении к административной ответственности.

Подобная неконкретность законодательного регулирования приводит к нарушению принципа равенства лиц, совершивших административные правонарушения, перед законом, который прописан в ч. 1 ст. 1.4 Кодекса об административных правонарушениях России.

Пленум Верховного Суда РФ в п. 25 постановления от 29 ноября 2007 г. № 48 "О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части" разъяснил, что, проверяя содержание оспариваемого акта или его части, необходимо выяснять, является ли оно определенным. Если оспариваемый акт или его часть вызывает неоднозначное толкование, суд не вправе устранять эту неопределенность путем обязания в решении органа или должностного лица внести в акт изменения или дополнения, поскольку такие действия суда будут являться нарушением компетенции органа или должностного лица, принявших данный нормативный правовой акт. В этом случае оспариваемый акт в такой редакции признается недействующим полностью или в части с указанием мотивов принятого решения».

Аргументация убедительная, но в качестве основания принятия решения ссылка после нее на ч. 2 ст. 253 ГПК РФ, текст которой аналогичен пришедшей ей на смену ч. 2 ст. 215 КАС РФ, является искусственной.

Негативный результат графической неопределенности НПА тот же, что и от лингвистической неопределенности и необоснованности использования оценочных понятий, — введение в заблуждение адресатов нормы [8].



Социальная неадекватность НПА[1] также имеет особенности аргументации в судебных решениях.

Отсутствие предусмотренных законодательством экспертиз, должных предупреждать экологические, историко-культурные и т. п. ошибки нормотворца, квалифицируется как нарушение порядка согласования и принятия НПА в виде неисполнения норм, обязывающих проведение соответствующих экспертиз, т. е. предмет доказывания является частным случаем предмета доказывания нарушения порядка согласования и принятия НПА.

Признание нормативного правового акта недействующим в связи с необоснованным изменением равенства или необходимой дифференциации субъектов права, дополняя законодательство дополнительными критериями, например, нарушение законодателем запрета включать не имеющие объективных аргументов различия в правах людей, находящихся в схожих или подобных обстоятельствах, изменением иерархии ценностей, аргументируется противоречием оспариваемых положений НПА не конкретным нормам, а принципам права[2].

Интересна аргументация по делу об оспаривании п. 2.4 Положения о бесплатном предоставлении земельных участков гражданам, имеющим трех и более детей, утвержденного постановлением Правительства Тюменской области № 340-п от 10 октября 2011 г., согласно которому к заявлению о бесплатном предоставлении земельного участка прилагается документ, доказывающий то, что член многодетной семьи живет в муниципальном районе (городском округе) по месту подачи заявления (когда у члена многодетной семьи нет прописки по месту жительства на территории муниципального образования по месту подачи заявления). Отменяя решение суда первой инстанции, установившего отсутствие противоречия оспариваемого положения и ст. 28 Земельного кодекса РФ, Верховный Суд РФ, подтверждая право Правительства Тюменской области регулировать отношения по предоставлению земельных участков указанной категории граждан, в определении от

[1] Под социальной адекватностью НПА понимается мера социальной пригодности закона, его способность отражать объективно обусловленные потребности и интересы людей, их ценности и приоритеты, стимулировать социальную активность и ограничивать деструктивные формы ее проявления [9].

[2] Постановления Конституционного Суда РФ от 24 мая 2001 г. № 8-П, от 3 июня 2004 г. № 11-П, от 5 апреля 2007 г. № 5-П, от 10 ноября 2009 г. № 17-П, от 24 октября 2012 г. № 23-П, от 1 июля 2014 г. № 20-П, от 10 февраля 2015 г. № 1-П и др.; решение Смоленского областного суда № 3-12/14 от 29 апреля 2014 г.

23 июля 2014 г. № 89-АПГ14-6 указал: «Исходя из характера и предмета спора суд должен был принять во внимание, что политика Российской Федерации как социального государства направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека; в Российской Федерации охраняются труд и здоровье людей, обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты; материнство и детство, семья находятся под защитой государства; мужчины и женщины имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации (статья 7, часть 3 статьи 19, часть 1 статьи 38 Конституции Российской Федерации), что статья 31 Семейного кодекса Российской Федерации, провозглашая равенство супругов в семье, одновременно предусматривает, что каждый из супругов свободен в выборе рода занятий, профессии, что каждому из супругов принадлежит и право свободного выбора места жительства и места пребывания, понятия которых содержатся в Законе Российской Федерации № 5242-I от 25 июня 1993 г. “О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации”.

Изложенное дает убедительную основу для вывода о том, что супруги, состоящие в зарегистрированном браке, необязательно должны проживать совместно, в случае смены постоянного места жительства или временного места пребывания одним из супругов второй супруг не обязан следовать за ним. При этом очевидно, что возможен, допустим и оправдан с точки зрения интересов детей также вариант, когда один из родителей добывает “вне дома” средства на содержание всей семьи, а другой вносит свой вклад в содержание семьи, занимаясь домашним хозяйством.

Следовательно, реализация гражданами, имеющими трех и более детей, права приобрести бесплатно для индивидуального жилищного строительства земельный участок не может быть поставлена в зависимость от обязательного совместного проживания обоих супругов по месту получения земельного участка.

Вопреки этому оспариваемое положение допускает необходимость представления документа, подтверждающего факт проживания обоих супругов многодетной семьи в муниципальном районе (городском округе) по месту подачи заявления (в случае отсутствия у супруга многодетной семьи регистрации по месту жительства на территории муниципального образования по месту подачи заявления), в связи с чем у суда нет поводов рассматривать оспариваемое положение как



соответствующее статье 28 Земельного кодекса Российской Федерации»[1]. Ссылки на норму права, предусматривающую буквальное основание для признания НПА недействующим, в определении нет.

Предметом разбирательства Верховного Суда РФ было соответствие оспариваемой нормы права не только норме федерального закона, но и целям и системе принципов правового регулирования.

В юридической литературе высказывались критические суждения об отсутствии наличия коррупциогенного фактора в НПА как самостоятельного основания для признания НПА недействующим [10].

Нередки обращения в суд прокуроров в порядке п. 1 ч. 1 ст. 4 Федерального закона от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» с административным иском, в котором основанием обращения в суд с административным иском о признании НПА недействующим указывается наличие в нем указанных в ч. 2 ст. 1 этого Закона и в Методике проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной постановлением Правительства РФ № 96 от 26 февраля 2010 г., коррупциогенных факторов. Предметом доказывания по таким делам является соответствие оспариваемых положений признакам коррупциогенных факторов, указанным в этих нормативных правовых актах.

Признаки коррупциогенных факторов — это не то, чему должны соответствовать оспариваемые положения НПА. Поэтому обычно употребляемые в итоге аргументации судебных решений, в которых доказано наличие коррупциогенных факторов в оспариваемых НПА, ссылки на п. 1 ч. 2 ст. 215 КАС РФ не только не соответствуют мотивировочной части, но и двусмысленны.

Однако обнаружено решение суда, в котором прямо в качестве основания для признания оспариваемой нормы недействующей указано наличие в ней коррупциогенных факторов, — решение Пермского краевого суда по делу от 26 января 2010 г. № 3-14-2010. С опорой на официальную силу судебного акта сделано обоснованное предложение об установлении в процессуальном законе (КАС РФ) самостоятельного основания для признания НПА недействующим — наличие в нем коррупциогенного фактора для полноценной реализации норм материального права, поскольку такой дефект нормативного правового акта предусмотрен в специальном законе и в дополняющих последний подзаконных нормативных актах, приведенных выше [7, с. 74—79].

[1] URL: http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70615560/.

**Выводы**

Итак, есть три пути:

1. Оставить все как есть, по делу доказывать одно, а выносить решение по статье закона, в которой исследуемые обстоятельства не предусмотрены, т. е. согласиться с некорректным правоприменением.

2. Пресечь судебную практику по применению правовосстановительной санкции к нарушениям нормотворцев, за которые санкция буквально не установлена, т. е. прекратить исправлять значительную часть дефектов законодательства.

3. Исправить законодательство, используя судебный опыт и аргументацию судебных решений по исправлению нормотворческих ошибок, а именно уточнить в законе предмет доказывания и соответственно ему основания для признания нормативного правового акта недействующим.

Последний путь считаем единственно верным, повышающим качество законодательства и определенность правоприменения. В этих целях на основе общетеоретических положений о развитии судейского права, о необходимости имплементации выработанных в судебной практике правоположений в законодательство Российской Федерации предлагаем:

1. Дополнить ч. 8 ст. 213 КАС РФ п. 4 и 5 следующего содержания:

«4) соответствие оспариваемого нормативного правового акта требованиям формальной определенности правовых норм, исключающим их неоднозначное толкование в правоприменительной практике;

5) соответствие оспариваемого нормативного правового акта принципам права и целям правового регулирования, установленным законом».

2. Дополнить гл. 21 КАС РФ ст. $215^1$ следующего содержания:

«$215^1$. Основания для признания нормативного правового акта не действующим полностью или в части.

Оспариваемый нормативный правовой акт, нарушающий права, свободы и законные интересы административного истца или лиц, в интересах которых подано административное исковое заявление, должен быть признан судом не действующим полностью или в части в случаях:

1) выявленных в нем нарушений требований нормативных правовых актов, устанавливающих:



а) полномочия органа, организации, должностного лица на принятие нормативных правовых актов;

б) форму и вид, в которых орган, организация, должностное лицо вправе принимать нормативные правовые акты;

в) процедуру принятия оспариваемого нормативного правового акта;

г) правила введения нормативных правовых актов в действие, в том числе порядок опубликования, государственной регистрации (если государственная регистрация данных нормативных правовых актов предусмотрена законодательством Российской Федерации) и вступления их в силу;

2) несоответствия оспариваемого нормативного правового акта или его части нормативным правовым актам, имеющим большую юридическую силу;

3) несоответствия оспариваемого нормативного правового акта требованиям формальной определенности правовых норм, исключающим их неоднозначное толкование в правоприменительной практике;

4) несоответствия оспариваемого нормативного правового акта принципам права и целям правового регулирования, установленным законом».

3. Соответственно этим дополнениям должны быть внесены изменения в статьи, определяющие форму административного искового заявления и решение суда по административному делу об оспаривании НПА.

3.1. Пункт 6 ч. 2 ст. 209 Кодекса об административном судопроизводстве России изложить в следующей редакции:

«6) предусмотренные статьей $215^1$ настоящего Кодекса основания для признания НПА не действующим полностью или в части и доводы об их наличии в оспариваемом нормативном правовом акте».

3.2. Часть 2 ст. 209 КАС РФ изложить в следующей редакции:

«2. По результатам рассмотрения административного дела об оспаривании НПА судом принимается одно из нижеприведенных решений:

1) об удовлетворении заявленных требований при наличии предусмотренных статьей 215.1 настоящего Кодекса оснований для признания НПА не действующим полностью или в части;

2) об отказе в удовлетворении заявленных требований, если не установлены предусмотренные статьей 215.1 настоящего Кодекса основания для признания нормативного правового акта не действующим полностью или в части».

*Библиографический список*

1. *Осокина Г Л.* Гражданский процесс. Общая часть. М., 2003. С. 450—451.

2. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. *В. М. Жуйкова, М. К. Треушникова*. М., 2007. С. 155.

3. Арбитражный процесс: учебник / отв. ред. *В. В. Ярков*. М., 2010. С. 248—249.

4. Комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации (постатейный, научно-практический) / под ред. *В. В. Яркова*. М., 2016. С. 145—147.

5. *Гук П. А.* Судебное нормотворчество: теория и практика. LAP Lambert Academic Publishing, 2012. С. 22.

6. *Баранов В. М., Поляков С. Б.* Правовая экспертиза изменений действующего российского законодательства // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2016. № 3. С. 137, 148.

7. *Романова А. А.* Судебная практика как средство определения качества нормативных правовых актов: магистерская диссертация. Пермь, 2017. С. 45—82.

8. *Сидоренко А. И.* Правовая неопределенность как средство ограничения конкуренции в сфере государственных и муниципальных закупок // Актуальные проблемы экономики и права. 2014. № 3 (32). С. 78—84.

9. *Толстик В. А.* Некоторые проблемы обеспечения социальной адекватности закона // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2013. № 22. С. 158—161.

10. *Ефремов А. А.* Судебная экспертиза по вопросам антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов: современные тенденции и пути совершенствования // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 10. С. 28.

## Интеграция права и имплементация интегративных подходов к праву в решении суда[1]

В современном развитии России присутствуют ярко выраженные дезинтегративные тенденции, обусловленные разрушением прежних социальных связей и обесцениванием прежних социальных ценностей, и решение проблем социальной интеграции связывается, в частности, с активным участием Конституционного Суда РФ в согласовании интересов в правовом пространстве, с повышением роли конституционной юстиции в достижении социального компромисса и общественного согласия[1]. Дезинтеграционные процессы имеют место и в собственно правовой сфере, и способы их преодоления, как представляется, следует искать в повышении роли суда вообще и в интегративном поиске права.

[1] Журнал российского права. 2017. № 7 (247). С. 5—18.



Интегративное понимание права периодически обосновывалось как в отечественной, так и в зарубежной науке начиная с XIX в. Развернутых исследований не было[2], но выходили специальные статьи. Кроме того, некоторые исходные положения просматривались в контексте изложения других общетеоретических вопросов права. Очевидно, не все разделяли идеи интегративного восприятия права, но на уровне специальных публикаций отсутствовало и открытое им противостояние. Именно поэтому внимание ученых привлекла статья А. Ф. Черданцева «Интегративное недопонимание права»[3], послужившая поводом для открытой дискуссии по всему спектру вопросов, связанных с пониманием права и взаимопониманием исследователей в этой связи.

13 февраля 2017 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ состоялся круглый стол «Интегративное понимание права» с участием большого числа теоретиков права самого высокого уровня из ведущих вузов и научно-исследовательских учреждений страны. Мероприятие было приурочено к 100-летию Февральской буржуазной революции в России. Автором настоящей статьи — ведущим круглого стола была сделана презентация соответствующих материалов, содержащих вопросы правотворчества в революционных условиях и возможности в таких условиях интегративных подходов к праву. Не повторяя сказанного[4] и опубликованного ранее[5], предлагаем несколько тезисов, претендующих на новизну и в постановке вопросов, и в их аргументации.

[1] См.: *Зорькин В. Д.* Цивилизация права и развитие России. М., 2015. С. 221—222; *Он же.* Конституционный Суд России: доктрина и практика. М., 2017. С. 103, 127—134.

[2] Общеметодологическую парадигму интегративного восприятия права принято связывать с капитальным исследованием федерализма А. С. Ященко, проведенным в начале XX в. (см.: *Ященко А. С.* Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. М., 2012. Т. 1, 2).

[3] См.: Журнал российского права. 2016. № 10. С. 5—15.

[4] Обзор круглого стола см.: *Сидоренко А. И., Ибрагимова Ю. Э.* Интегративное понимание права // Журнал российского права. 2017. № 7.

[5] См.: *Лазарев В. В.* Теория государства и права. М., 1992. С. 121—123; Инструментальный подход к праву. Труды МГЮА. М., 2003. С. 94—96; *Лазарев В. В.* Поиск пра-

Тезис первый. Полнокровная интеграция права материализуется только в судебных решениях.

Тезис второй. Разные подходы к праву наиболее рельефно просматриваются через призму судебных решений.

Тезис третий. Судебные решения суверенно главенствуют в правопорядке в силу богатства их содержания.

Тезис четвертый. Сравнительные исследования свидетельствуют, что наиболее ярко показывают свою интегративную сущность судебные решения в правовых системах англосаксонской правовой семьи, хотя было бы ошибочно преуменьшать эту сущность в системах других семей.

Аргументацию названных тезисов можно вести в разных плоскостях: в разрезе философии, общенаучной и частной методологии; в аспекте общеправовой и отраслевой теории; на доктринальном уровне; на уровне законодательства и судебной практики. Но оттолкнуться следует от того, что именно судебные решения (кто бы ни выступал в роли суда) являлись первым легитимным проявлением права, первой его формой, основой для своего рода доктринального осмысления права и основанием для собственно нормотворческой (законодательной) деятельности государства[1]. Судебные решения формировали обычаи и традиции общества на ранних стадиях его развития. Историческое главенство судебных решений в правовом порядке общественной жизни получило признание и дальнейшее развитие в социологическом направлении и правовом реализме; судебные решения не утратили своего значения ни в качестве объекта теоретических исследований, ни в качестве инструментов совершенствования механизма правового регулирования.

В объективном смысле право призвано определять правомерное поведение людей. Но правомерность, равно как и противоправность, проявляется через конфликты участников общественных отношений. Именно в предупреждении и решении конфликтных ситуаций и со-

ва // Журнал российского права. 2004. № 7; *Lazarev V.* Integrative Perception of Law // Kazan University Law Review. 2016. № 1. P. 19—32.

[1] Само появление позитивного права, пишет С. С. Алексеев, «обусловлено “императивами цивилизации”, требующими твердости, определенности и гарантированности (окончательности, суверенности) решения жизненных ситуаций», что подтверждает и формирование римской юриспруденции, и особенно становление юридической системы в Англии, где без Конституции и многих других важных законов определяющие юридические начала оказались заложенными в действующих юридических реалиях, утвердившихся в судебной практике и работающих конкретней и надежней, чем общие формулировки законов (см.: *Алексеев С. С.* Избранное. М., 2003. С. 221—222).



стоит назначение права. Этим объясняются место и роль судебных решений. Более того, если «самая важная фундаментальная функция правосудия — не правоприменительная, а правозащитная»[1], если защиту прав участников общественных отношений не ограничивать обеспечением буквально выраженных законодательных запретов, мы увидим необходимость, в частности, судебного контроля и над изданными государством нормативными актами, и над действиями (бездействием) должностных лиц.

В сравнительном правоведении в поиске права уделяют преимущественное значение актам законодательной власти, нормативным установлениям тех органов, которые занимают господствующее политическое положение. Между тем подлинные реалии права обнаруживаются в том, как реализуются общие нормативные акты, в конкретных решениях правоприменительных, и прежде всего судебных, органов.

Суд — один из субъектов, осуществляющих в правопорядке коммуникативную функцию. Через его властные полномочия идет правообразование, правореализация и правоохрана. Поэтому отсюда можно понять ученых, которые считают правосудие причастным как к естественному, так и к позитивному праву; видят в нем критерий для всякого решения и любой инстанции; отмечают его присутствие в каждом законе в качестве идеи, внеюридической предпосылки для законодательной мысли; рассматривают правосудие в качестве посредника между божественными и человеческими законами, между разумом и справедливостью[2].

Как известно, процесс познания в науке начинается с восхождения от единичного чувственно-конкретного к абстрактному общему. Между тем, как ни странно, общее понятие права мы ищем среди общих рассуждений в отвлеченной и едва ли не виртуальной реалии. Полагаю необходимым по ряду соображений искать понимание права в конкретном решении суда. Каждое судебное решение представляет собой единство общего и единичного, единство сторон, указывающих на его сходство с другими решениями, и сторон, свидетельствующих о его отличии от других решений. Общее, другими словами, всегда присутствует в единичном. И поскольку единичное в известном смысле всегда богаче общего, представляется именно через единичное выходить на общее.

[1] *Фурсов Д. А., Харламова И. В.* Теория правосудия. Т. 1. М., 2009. С. 113.

[2] См.: *Исаев И. А.* Власть и закон в контексте иррационального. М., 2006. С. 175; *Ямпольский М.* Физиология символического. Возвращение Левиафана: Политическая теология, репрезентация власти и конец Старого режима. М., 2004. С. 67.

Связь общего и единичного осуществляется через особенное. Каждое судебное решение представляется особенным в сравнении с другими правовыми актами, например с законодательными, и в то же время особенности подчеркивают те свойства отдельных решений, которые отличают их (по разным характеристикам) от других судебных решений. Как принято в философии, в роли особенного выступает не только единичное, но и общее, когда оно указывает на отличие одного материального объекта от другого. Единичное всегда выступает в роли особенного. Общее может выступать и в собственной роли, и в роли особенного[1].

И в классической, и в постклассической науке право связывают со свободой и ее мерой. Но, как правильно указывает И. Л. Честнов, для права важно, чтобы это были конститутивные, функционально значимые для соответствующего социума нормы. «Право как универсальная мера свободы есть предельная абстракция. Конкретное содержание правовой меры свободы контекстуально. В разных исторических эпохах и в разных культурах-цивилизациях значение концепта “свобода” различно. Оно определяется историческими и социокультурными рамками, а также правовой политикой. Свобода есть исторически и социокультурно обусловленный концепт. Он наполняется конкретным содержанием через определение ее меры, в том числе правом, в данной конкретной ситуации»[2]. И нам важно подчеркнуть, что наполнение происходит в определенном историческом и социокультурном контексте именно через конкретные судебные решения. В них определяется мера свободы применительно к обстоятельствам места и времени.

Наше предложение искать само право и понятие о праве в судебных решениях согласуется с позицией тех, кто смотрит на право широко (с открытыми глазами) и увязывает взгляд этот с объективными реалиями самой жизни. Реалии эти разные по времени, историческим обстоятельствам, участникам, но, как правило, классифицируются по трем основаниям: правовое сознание, правовые отношения, правовые акты. Судебные решения интегрируют все существенное из каждой из названных сфер.

По большому счету законы — это всегда вторичный источник права. Разумеется, всегда официальный, всегда легитимный, но, как право, во многом несовершенный и недостаточный для формирования общего понятия о праве.

[1] См.: *Шептулин А. П.* Диалектика единичного, особенного и общего. М., 1973. С. 131—132.

[2] *Честнов И. Л.* Универсальное/контекстуальное в нормировании правом свободы // Вестник РУДН. Серия 10: Юридические науки. 2016. № 2. С. 9, 14.



Судебное решение не просто исторически предшествовало всем иным легитимным источникам права, оно всегда имеет свои преимущества перед законом как источник права. На практике часто судебное решение по необходимости выходит на первый план (в силу, например, революционных событий, когда законы перестают действовать).

Если судебное решение заключает в себе право, то, как всякому праву, ему соответствует некая доктрина и именно через судебное решение можно на нее выйти[1]. Право в судебных решениях интегративно, как интегративна претендующая на общую теорию наша теория права.

Бесспорным является тот факт, что судебное решение в российской правовой системе интегрирует в себя те правовые нормы (содержание правовых норм), на которых оно основывается, но тем самым оно интегрирует и нормативное восприятие права. Вместе с тем представляется, что в каждом судебном решении в той или иной степени, в разных решениях в неодинаковой мере находит свое воплощение то, что принято именовать естественным правом, что называют правом сторонники социологического или психологического направления в праве, что указывали, например, сторонники исторической школы права или указывают сегодня приверженцы либертарного понимания права. Легизм и легистское представление о праве предполагает включение в нормы закона самых разных ценностей. Их реализация затем происходит в русле соответствующих правовых теорий. Таким образом, мы не настаиваем на истинности одного, «единственно правильного» социологического взгляда на право. В судебных решениях воплощается и то, что называют правом легисты, и то, что считают правом психологи, не говоря уже о естественном праве, которое чаще всего отождествляют с воплощением справедливости. Приведем один характерный пример. Согласно ст. 15 ГК РФ лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков. Под убытками понимаются расходы, которые лицо произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода). Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ в кассационном порядке признала ошибочными выводы судов, отказавших в исковом требовании по делу о возмещении ущерба на основании то-

[1] Постановку вопроса о теории интеграции теорий см.: *Krawietz W.* Recht als Regelsystem. Wiesbaden, 1984. S. 158 ff., 192 ff.

го, что невозможно точно определить размер подлежащих возмещению убытков. Судебная коллегия посчитала, что такое решение не вытекает из смысла ст. 15 ГК РФ и размер определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному правонарушению.

Современные правовые системы романо-германской семьи прямо допускают, чтобы суды руководствовались не только законом, но и правом. Согласно ч. 3 ст. 20 Основного закона ФРГ судебная власть связана «законом и правом». Статья 1 Основного закона гласит: «1. Достоинство человека неприкосновенно. Уважать и защищать его — обязанность всякой государственной власти. 2. Немецкий народ поэтому считает неприкосновенные и неотчуждаемые права человека основой всякого человеческого сообщества, мира и справедливости на земле»[1]. Федеральный президент Германии при вступлении в должность приносит присягу: «...блюсти и охранять Основной закон и законы Федерации, добросовестно исполнять свои обязанности и соблюдать справедливость...» (ст. 56). Нетрудно понять, что в названных нормах признается в качестве действующего естественное право и, как следствие, признается воплощение доктрины естественного права, которую непременно будут использовать суды в обоснование своих решений.

Естественно-правовые ценности закреплены и в Конституции РФ. Так, согласно ст. 17 «основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения»; в соответствии со ст. 18 «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием». Конституция РФ не допускает умаления достоинства личности (ст. 21), устанавливает право на «защиту своей чести и доброго имени» (ст. 23). Очень существенно, что согласно ст. 45 Конституции РФ «каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом». Таким образом, если гражданин осуществляет свои действия вне действия законодательных запретов (по праву), ему «гарантируется судебная защита его прав и свобод» (ст. 46). Согласно ст. 82 Конституции РФ при вступлении в должность Президент Российской Федерации присягает «верно служить народу».

Проведенный анализ отраслевого законодательства РФ позволяет заключить, что на естественное право и естественно-правовую доктрину сориентировано употребление таких понятий, как «справедливость», «гуманизм», «человеческое достоинство». Социологически воспринимать право обязывают, например, понятия «общественно-полезная цель», «имущественное положение лица», а психологически — «внутреннее убеждение судьи», «психофизиологические качества лица». Ряд понятий требуют учитывать и социологический, и психологический, и естественно-правовой аспекты одновременно: «общественная опасность», «риск», «уважительное отношение», «добросовестность», «разумность», «общие начала законодательства». Таким образом, современный легистский подход вполне состыковывается с иными подходами к праву, и жизнь такому интегративному восприятию права дают конкретные судебные решения. Деятельность суда всегда расценивалась российскими нормативистами как творческая, привносящая нечто большее, чем то, что буквально содержится в законе[1]. Содержательно интегративный характер судебных решений демонстрировали сторонники школы «свободного права».

Проиллюстрируем сказанное на примере.

В настоящее время в Конституционном Суде РФ рассматривается обращение граждан по поводу конституционности нормы ст. 302 ГК РФ (отсутствие точности, ясности и определенности). Суть дела такова. Суды своими решениями позволяют изымать по искам органов местного самоуправления недвижимое имущество у граждан — последних приобретателей, право собственности которых, а равно законность всех предшествовавших приобретению этого права сделок признавались государством в рамках процедуры государственной регистрации права.

Речь идет о добросовестном приобретателе и ненадлежащем (недобросовестном) исполнении органами власти своих функций, о возможности освобождения добросовестного приобретателя от рисков и от иных проблем, которые возникают ввиду нарушений соразмерности ограничений права собственности.

[1] URL: http://lawers-ssu.narod.ru/subjects/constzs/germany.htm.

[1] Характерный пример. Статья 325 ТК РФ содержит нормы о компенсации расходов на оплату стоимости проезда и провоза багажа к месту использования отпуска и обратно и, в частности, допускает установление размера, условий и порядка компенсации для лиц, работающих у работодателя, не относящегося к бюджетной сфере, отличное от предусматриваемых для работников организаций, финансируемых из бюджета. Они устанавливаются в соглашении между сторонами трудовых правоотношений в рамках коллективного договора или локального нормативного акта, но судебное толкование привнесло важную новацию: необходимо учитывать «целевое назначение такой компенсации (максимально способствовать обеспечению выезда работника за пределы неблагоприятной природно-климатической зоны)». См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 2. С. 41.

На первый план вышли вопросы: *баланс* публичных и частных интересов, *доверие* граждан к действиям государства, *стабильность* гражданского оборота, *пределы* ограничений права собственности. Ни один из них сугубо легистскими подходами не решить! Закон, в частности, не раскрывает юридического содержания понятий «добросовестность приобретателя», «недобросовестность приобретателя», «воля государства» и «выбытие помимо воли государства». В судебных решениях подобные вопросы решаются и должны решаться на основе иных источников права.

Конституционный Суд РФ ранее оценивал конституционность законоположений, ограничивающих права добросовестных приобретателей на недвижимое имущество в случае предъявления *частными лицами* исков об истребовании имущества из чужого незаконного владения (постановление от 21 апреля 2003 г. № 6-П). Конституционный Суд обращал внимание на то, что в силу необходимости обеспечения баланса конституционно защищаемых ценностей вмешательство государства в отношения собственности допустимо, только если оно не является произвольным, не подвергает лицо чрезмерному обременению и не нарушает равновесие между требованиями интересов общества и необходимыми условиями защиты основных прав личности. Те же ценности лежат в обосновании правовых позиций Европейского суда по правам человека, изложенных им при рассмотрении жалоб «Гладышева против России» и «Столярова против России», в которых содержатся толкования положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. применительно к ситуации вмешательства государства в право на уважение жилища (ст. 8 Конвенции) и в право на уважение собственности (ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции): «Вмешательство в право на уважение собственности, следовательно, должно устанавливать “справедливое равновесие” между потребностями общества или общим интересом и требованиями защиты фундаментальных прав лица... В частности, должно быть достигнуто разумное соотношение пропорциональности между применяемыми средствами и целью, преследуемой мерой, которая лишает лица его имущества»[1]. Представляется, что разумный и справедливый баланс можно найти только в свете естественного права, а равновесие, пропорциональность между применяемыми средствами и целью — только в свете социологического подхода к праву.

[1] Постановление ЕСПЧ от 6 декабря 2011 г. Дело «Гладышев против России» (жалоба № 7097/10).



Европейский суд при анализе конкретных дел на предмет наличия или отсутствия нарушений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, помимо прочего, решает вопросы о необходимости вмешательства государства в право гражданина в демократическом обществе, пропорциональности и соразмерности вмешательства.

Это жизненные проблемы, и суды не могут уклоняться от их решения. Но закон здесь — только одно из оснований для правильного решения. Необходимо использовать и иные правовые критерии. В приведенном примере отмечается пробел в законе. Однако в таком случае суды могли бы решать дело на основании аналогии права. Часть 3 ст. 11 ГПК РФ позволяет судам в случае отсутствия норм права, регулирующих спорное отношение, применять нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм разрешать дело исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права). Еще богаче содержание ч. 2 ст. 6 ГК РФ: «При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости». Как убеждаемся, ГК РФ прямо ориентирует суды на восприятие того права, которое содержится за пределами законодательства. И в решении принципиальных вопросов, возникших в связи с исками государственных или муниципальных органов об изъятии недвижимого имущества у граждан — последних приобретателей, право собственности которых и законность всех предшествовавших приобретению этого права сделок признавались государством в рамках процедуры государственной регистрации права, следовало как раз использовать норму ст. 6 ГК РФ, тем более что Конституционный Суд РФ уже оценивал конституционность законоположений, ограничивающих права добросовестных приобретателей на недвижимое имущество в случае предъявления *частными лицами* исков об истребовании имущества из чужого незаконного владения.

Право в любом языке (в русском — «правда») так или иначе соотносится со справедливостью. Все, что сказано выше о контекстуальности правовой меры свободы, в полной мере относится и к справедливости. Как и свобода, справедливость есть исторически и социокультурно обусловленный концепт. Доктринально к этой категории обращались разные авторы на разных уровнях исследования[1]. В меньш-

[1] См.: *Экимов А. И.* Справедливость и социалистическое право. Л., 1980; *Он же*. Аксиома соотношения справедливости и права // Мир политики и социологии. 2015. № 1. С. 13—23; *Вязов А. Л.* Принцип справедливости в современном праве и правоприме-

шей степени исследовалось воплощение справедливости в законе, в судебном решении, в правопорядке. Имеется в виду не просто декларативное провозглашение данной естественно-правовой ценности, а ее реализация в реальных общественных отношениях. Однако и факт закрепления принципа справедливости в законе имеет серьезное значение, поскольку этим подтверждается следование законодателя естественно-правовым требованиям. Принцип справедливости закрепляется специальной ст. 6 УК РФ:

«1. Наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, то есть соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного.

2. Никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление».

Статья 7 УК РФ устанавливает другой естественно-правовой принцип — принцип гуманизма: «Наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, не могут иметь своей целью причинение физических страданий или унижение человеческого достоинства».

Соответствующие нормы воспроизводятся здесь, чтобы вновь подчеркнуть интегративность самого права, выраженного в законодательстве, и интегративность тех конкретных судебных решений, в которые они должны воплотиться.

Скажем и о третьей существенной составляющей того, что принято именовать правом, — о равенстве. Это также одна из основополагающих естественно-правовых ценностей. Исследований ей посвящено не меньше, чем свободе или справедливости[1]. Она также воплощается в позитивном законодательстве. Прежде всего в конституционных законах, но наиболее широко — в отраслевом.

Основными началами гражданского законодательства в первую очередь закрепляется, что «гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений» (ст. 1 ГК РФ).

нении (теоретико-правовое исследование): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001; *Чечельницкий И. В.* Справедливость в правотворчестве: теоретико-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015.

[1] С точки зрения либертарной теории В. С. Нерсесянца «формальное равенство как принцип права и есть правовое начало, отличительное свойство и специфический признак права. В праве нет ничего, кроме принципа формального равенства (и конкретизации этого принципа). Все выходящее за рамки этого принципа и противоречащее ему является неправовым и антиправовым». URL: http://www.centrlaw.ru/publikacii/page35/page37/index.html.



Равенство всех перед законом и судом закреплено в ст. 7 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»: «1. Все равны перед законом и судом. 2. Суды не отдают предпочтения каким-либо органам, лицам, участвующим в процессе сторонам по признакам их государственной, социальной, половой, расовой, национальной, языковой или политической принадлежности либо в зависимости от их происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, места рождения, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а равно и по другим не предусмотренным федеральным законом основаниям». В законах мы находим «равенство прав сторон», «равенство граждан перед законом», «равенство супругов в семье» и т. д. В плане актуализации в судебных решениях социологических понятий о праве обращает внимание ст. 6 Основ законодательства РФ о культуре: «Равное достоинство культур народов и иных этнических общностей Российской Федерации, их прав и свобод в области культуры».

В одной из публикаций обосновывался суверенитет суда[1], но только в аспекте его независимости как органа, как института от других институций. В настоящей статье следует обозначить проблему суверенности и наивысшей юридической силы непосредственно решений суда. Наиболее представительно она вырисовывается в публикациях профессора М. Тропера, переводы работ которого опубликованы в русскоязычных журналах[2]. Профессор Е. В. Тимошина, анализируя концепцию Тропера, приходит к выводу, что отстаиваемый им процесс суверенизации судебной власти и идеология судебного активизма свидетельствуют о политизации юстиции; конструирует нового суверена — судью, пытаясь поставить его на место устраненного суверена классического (остиновского) юридического позитивизма и присвоить ему все признаки суверена классической политической док-

[1] См.: *Лазарев В. В.* О суверенитете суда // Государственный суверенитет и верховенство права: международное и национальное измерения. II Московский юридический форум (Кутафинские чтения) (г. Москва, 2—4 апреля 2015 г.): материалы круглых столов: в 2 ч. Ч. 1. М., 2015. С. 75.

[2] См., например: *Тропер М.* Конституционная ответственность и функция правления // Правоведение. 2014. № 4. С. 196—212; *Он же.* Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 190—202; *Он же.* Ответ Отто Пферсманну // Российский ежегодник теории права. 2012. № 4. С. 282—300.

трины. Целью этого процесса является обоснование изменений в конституции, вводимых помимо предусмотренных для этого процедур[1].

Признавая основательность критического анализа суждений М. Тропера нашим ученым, соглашаясь с тем, что «*ничем не стесненное* (выделено нами. — *В. Л.*) установление конституционной нормы судом, *присвоившим* (выделено нами. — *В. Л.*) себе конституционно-учредительную власть, является не актом толкования, а актом узурпации суверенитета»[2], считаем необходимым высказать дополнительные доводы в обоснование места и роли судебного решения в установлении права. Исходим из того, что настойчиво прокладывает себе путь в новейших представлениях о правотворческой функции суда. С точки зрения Г. А. Гаджиева, «объективно необходим такой юридический механизм, который позволил бы законодателю делегировать полномочия по осовремениванию закона от законодателя судам... Возникла объективная необходимость отказаться от узкореалистического понимания воли законодателя и заменить его на юридическое понятие юридической воли государства»[3]. Очень многое уже теперь позволяет характеризовать Конституционный Суд РФ в качестве «квазиправотворческого органа»[4]. Другими словами, суд ставится в одну плоскость с законодателем[1]. Более того, судебная власть характеризуется как такая форма творчества, которая «позволяет находить новые оригинальные конфигурации прежних ресурсов и функций. Надстраиваемая ею коммуникация порождает новый смысл жизни народа, гарантирует новую увязку целей и средств, выдвигает новые критерии и основания власти и эффективность целедостижения»[2].

[1] См.: *Тимошина Е. В.* Судья как новый суверен: волюнтаристская теория Мишеля Тропера // Вестник РУДН. Серия 10: Юридические науки. 2016. № 2. С. 50—59. Именно так считает современный французский конституционалист О. Пферсманн: «Обоснование изменений в конституции, вводимых помимо процедур, предусмотренных для этих целей» (*Пферсманн О.* Ономастический софизм: изменять, а не познавать (о толковании конституции) / пер. с фр. *М. В. Антонова* // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4. С. 105). Пферсманн, безусловно, прав, когда выводит последствия доктрины судебного активизма, но почему эти последствия непременно следует считать следствием заранее поставленной политической цели? Это напоминает ситуацию, когда отвергали деятельность суда по решению дела в условиях пробела в законе. Возникающая проблема оставалась не решенной до тех пор, пока суверен-законодатель не восполнит пробел. Разве нет объективных обстоятельств, требующих активности суда при пробеле?

[2] *Тимошина Е. В.* Судья как новый суверен: волюнтаристская теория Мишеля Тропера. С. 51.

[3] *Гаджиев Г. А.* Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2014. С. 20, 21.

[4] «Конституционный Суд, получая институционное оформление как правоприменительный юрисдикционный орган, объективно, по самой природе своей деятельности и особенностям юридической силы принимаемых решений, все в большей степени приближается в своих итогово-правовых характеристиках к нормативно-установительной юридической практике, к правотворчеству» (*Бондарь Н. С.* Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. С. 96). Подобное положение, по мнению ряда ученых, а также практиков, занимает и Верховный Суд РФ (см., например: *Гук П. А.* Судебное нормотворчество высших органов судебной власти России // Теория государства и права в науке, образовании, практике. М., 2016. С. 248—257).



Вместе с тем нельзя не учитывать, как об этом пишет профессор Е. В. Тимошина, что в контексте современных представлений о свободе судебного правотворчества таятся «по крайней мере, две опасности для правовой системы: 1) превращение судьи в нового суверена; 2) утрата нормами законодательства их общеобязательности»[3]. Однако анализ правовых реалий показывает, что даже англосаксонская система права не допускает полной свободы судьи (это был бы произвол), даже там не позволяется игнорировать действующий закон (общеобязательно принимать во внимание его требования). Тем более это касается вынесения решения судом в параметрах романо-германской правовой системы. Здесь закон стоит на первом месте в выработке правовой позиции суда. Он обязателен до тех пор, пока не признан утратившим силу. Но в обоснование решения привлекаются и иные правовые акторы. Ситуации, в которых суд высшей инстанции (чьи решения окончательны) выходит на роль суверена, оговорены конституционными нормами. Это касается решения сложных и неотложных вопросов, как правило, связанных с пробельностью законодательства.

[1] С. Л. Сергевнин констатирует: «Система общего права отдает органам судебной власти нормотворческие предпочтения в юридической форме судебного прецедента. Традиция континентальной правовой семьи, в свою очередь, обогащается за счет феномена судебной нормы. В данном контексте актуализируется проблема соотношения судебного нормотворчества как субсидиарной функции юрисдикционной системы и судебной интерпретации... Способом конституционной модернизации видится смысловое обновление Конституции, приведение ее в соответствие с общественными реалиями, обеспечение стыковки формальной и фактической (реальной, “живой”) Конституции, в том числе посредством деятельности Конституционного Суда без внесения прямых поправок в текст» (*Сергевнин С. Л.* Судебная норма как результат конституционного судебного нормотворчества. Современный конституционализм: вызовы и перспективы. М., 2014. С. 433, 435).

[2] *Колоколов Н. А.* Судебная власть как общеправовой феномен. М., 2007. С. 75.

[3] *Тимошина Е. В.* Свобода судебного правотворчества: правосудие или правоубийство? (Вопросы судебного толкования в правовой концепции Л. И. Петражицкого) // Правоведение. 2015. № 2. С. 142.

Возвращаясь к анализу реализма М. Тропера, заметим, что установление права органично включает в себя политизацию[1]. Вопрос в том, является ли она следствием суверенизации суда, а если и является, то почему именно с ней, а не с политизацией следует непременно «бороться». Какое зло следует выбирать, да и зло ли то и другое? И чем суверен-судья хуже любого другого суверена? Тем более если речь идет о Конституционном Суде. Если он недемократично сформирован, можно реформировать организацию. Чем плохо, если вопрос окончательно решают безупречные в нравственном отношении умные и знающие специалисты? Кроме того, законодательство всегда предусматривает определенные сдержки произвольной деятельности судей (например, прекращение полномочий).

С нашей точки зрения, М. Тропер не прячет голову в песок, не создает симулякры, а действительно реалистично указывает на правовое положение Суда, и, таким образом, только с большими оговорками и лишь за крайности его можно критиковать в том, что «1) нормы конституции устанавливаются актом волеизъявления органа конституционного контроля; 2) реализуя конституционно учредительную власть, он самостоятельно определяет собственные полномочия; 3) решение субъекта конституционного толкования обладает юридической действительностью независимо от его нормативного обоснования и содержания; 4) орган конституционной юстиции не является субъектом юридической ответственности»[2]. Е. В. Тимошина увидела здесь замаскированность дискредитированного образа нового суверена в «белые одежды» независимого суда — непременного атрибута правового государства. Суждение спорно. Скорее правовое государство, созданное устами современных либералов, следует считать своего рода симулякром, рядящимся в демократические одежды.

Несомненно, полномочия Конституционного Суда определяются или Конституцией, или конституционным законом, и в действительности они не ограничиваются буквальным толкованием Конституции. М. Тропер «перегибает», если исходит из того, что толкование представляет собой не акт познания смысла (значения) авторитетно установленного правила, а ничем не стесненный акт волеизъявления субъ-

[1] «В ходе судебного установления лежащих в основе Конституции принципов существует достаточно места для того, чтобы судьи волей или неволей применяли всевозможные политические, экономические или социальные доктрины при принятии ими конституционно значимых решений» (*Бернам У.* Правовая система США. Вып. 3. М., 2006. С. 535).

[2] *Тимошина Е. В.* Судья как новый суверен: волюнтаристская теория Мишеля Тропера. С. 50.



екта толкования, которым устанавливается норма как смысл текста и его юридическая сила. Но применительно к решениям Конституционного Суда в отдельных особых случаях, когда в решение суда имплементируются социологические и политические максимы, вовлекаются непосредственно нормы естественного права, — речь идет фактически уже о правотворчестве и не о «квазиправотворчестве», а самом авторитетном и наивысшем по юридической силе установлении права. Соответственно, оценка таким решениям может быть дана не с позиций законности, а с позиций эффективности.

Позиция М. Тропера, отрицающего существование каких-либо общеобязательных норм, в том числе норм конституции, до их установления судьей в акте толкования (т. е. именно акт судебного толкования создает общеобязательность нормы), не является оригинальной. Она полностью укладывается в рамки реалистической теории права в США и отражает позиции ряда судей Верховного суда США. Своего рода реализм без кавычек проявляет М. Тропер и в том утверждении, что конституционный суд не является субъектом ни юридической, ни конституционной (политической) ответственности[1] — решение органа конституционного контроля, которым устанавливается норма, вообще «не подлежит никакому контролю»[2].

В настоящей статье не преследуется цель оценок исторически сложившихся реалий с позиций того, как должно было бы быть. И цель обоснования судебного правотворчества и судейского права в данном случае не преследуется[3]. Наша цель — констатировать воплощение в судебном решении всего того, что признается правом и поддерживается в качестве права властными субъектами в условиях данного места и времени, что рассматривает в качестве права интегративная правовая доктрина.

## Установление содержания права в судебных решениях
(совместно с Д. А. Фурсовым)[4]

Право в идеале более всего вяжется со свободой, правдой, справедливостью. В установленных законодателем нормах это абстрактные правда и справедливость. В судах они выражены полнее и глуб-

[1] См.: *Тропер М.* Конституционная ответственность и функция правления. С. 196—212.

[2] См.: *Тропер М.* Проблема толкования и теория верховенства конституции / пер. с фр. *О. Лысенковой* // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4. С. 175.

[3] Подробнее об этом см.: *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судейское право: учеб. пособие. 2-е изд. М., 2017.

[4] Журнал российского права. 2016. № 5 (233). С. 5—19.

же, что соответствует философской интерпретации общего, особенного и единичного, материализованы привязкой к субъектам правовых отношений. Более того, названные ценности привязаны не только к конкретным субъектам, но и к месту, времени происходящего, к постоянно меняющимся потребностям. Поэтому всегда актуализируется установление права в судебных решениях. Собственно юридические потребности — потребности разрешения юридических дел, юридических споров требуют по возможности полной определенности в том, что есть право, а что таковым не является. Неопределенность может оказаться пагубной[1].

Отсюда, например, становятся понятными выводы судьи Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиева: «Поскольку общественные отношения в реальной действительности находятся в постоянном развитии, юридические нормы постоянно устаревают. Объективно необходим такой юридический механизм, который позволил бы законодателю делегировать полномочия по осовремениванию закона от законодателя судам... Возникла объективная необходимость отказаться от узкореалистического понимания воли законодателя и заменить его на юридическое понятие юридической воли государства»[2].

В развитие мысли Г. А. Гаджиева следует отметить, что законодатель не в состоянии и не вправе принимать нормативные правовые акты на далекое будущее время. Точно так же Конституционный Суд РФ не имеет цели формировать свои правовые позиции на вечные времена. Все определяется обстановкой и естественным образом видоизменяется со временем.

Придерживаясь волевой теории права, приходится признать разные формы выражения этой воли, в том числе выражение ее в судебных актах. Главенство источников права, их соотношение в разное время были разными, и признание их было разным, но всегда право формировалось всеми государственными властями. В решениях каждой из них можно было отыскивать (устанавливать) право.

Судебная система подвергается иногда столь решительной критике, что рушатся все ее ценностные свойства[3]. Вместе с тем нет оснований отказываться от понимания права как выражения справедливости (id quod justum est) и от возложения на суд задачи поиска этой справедливости.

[1] О проблемах правовой определенности и неопределенности подробнее см.: *Власенко Н. А.* Разумность и определенность в правовом регулировании. М., 2014; *Он же.* Проблемы правовой неопределенности: курс лекций. М., 2015; *Лазарев В. В.* Об органичности для права разумности и определенности // Журнал российского права. 2015. № 3.

[2] *Гаджиев Г. А.* Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2013. С. 20—21.

[3] Критика часто небезосновательна: «...Неблагополучие с механизмом судебной власти в нашей стране осознается как “сверху” — руководством государства, так и “снизу” — самим судейским сообществом...» (*Клеандров М. И.* Конституция Российской Федерации и системные проблемы судебной власти // Российское правосудие. 2014. № 2. С. 6).



«Право — это не набор однажды установленных норм, а нормативный механизм, который постоянно развивается и совершенствуется в рамках юридической практики. Оно никогда не бывает полностью когерентным, когерентность же обеспечивается в основном ежедневной практикой в прецедентном праве и в правовой доктрине»[1].

А. Кауфман со ссылкой на Фому Аквинского усматривает завершенный образ права лишь в судебном вердикте. «Впервые здесь, в конкретном решении, право обретает свою бытийную насыщенность, становится полностью и целиком действительным, каждое правовое решение... является “составляющей пунктуального развития права”, частью осуществления права. Впервые в правосудии из закона возникает право. Суд является местом, в котором право осуществляется в его полноте»[2].

Как убеждаемся, процитированные положения напрямую ориентируют нас на установление содержания права в решениях судов. Кроме того, эти положения выстраивают мостик от нормативистского понимания права к социологическому, когда право (правопорядок) отыскивается непосредственно в жизни, в реальных отношениях людей, в решениях властных структур, разрешающих конфликты.

В этом ракурсе возрастает роль судебных органов. Суд уже не только выступает субъектом толкования закона, правоприменителем или субъектом разрешения конфликтных отношений, он вносит свои инновации, он творец права. Выражаясь более абстрактно, можно обосновывать роль суда в качестве не только гаранта существующей правовой системы, но и института, властно гармонизирующего эту систему.

[1] *Хук ван М.* Права как коммуникации. СПб., 2012. С. 143—144. Попутно заметим, что автор не относится к представителям англосаксонских взглядов на право и его источники. Признавая в качестве основных строительных блоков правовой системы правовые нормы, правовые понятия, принципы, институты, правовые высказывания, он вслед за Н. Луманом определяющее значение придает коммуникациям как синтезу информации, взаимодействия и понимания (Там же. С. 156—158).

[2] *Кауфманн А.* Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 173—174.

Столкновение жизненных интересов, судебные споры, противостояние позиций сторон — вот основа развития «живого права». Это то, что неведомо законодателям, чей образ жизни связан скорее с политикой[1]. Многие теоретические, практические, идеологические и исторические обстоятельства позволяют отдавать первенство в правообразовании именно судебным органам, а не парламентам. Да, законодатель возводит право в закон, профессионально занимается правотворчеством, но это уже другая стезя, иная по сути работа.

Российский суд присутствует во всех своих качествах. Но теория требует пойти дальше, поскольку сюда следует включить и ЕСПЧ. Это диктуется положениями гл. 2 Конституции РФ и теми международными документами о правах человека, которые ратифицированы Российской Федерацией.

Названная тема требует специального анализа, но подчеркнем, что такая постановка вопроса базируется не только на признании действия ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, но и на признании первенства нормы ч. 1 той же ст. 15 Конституции РФ.

По общему правилу, если отвлечься от конкретики, решения ЕСПЧ обязательны и выполняют позитивную роль в обеспечении прав граждан. Однако при этом нельзя не обращать внимание на факторы, которые, как представляется, могут обусловливать разные выводы или по меньшей мере отступления (исключения) из общих правил.

Во-первых, многое зависит от того, какая правовая система функционирует в данном государстве. Одно дело, если это романо-германская правовая система, и другое, если система англосаксонская. Надо полагать, были бы большие особенности восприятия решений ЕСПЧ в качестве источника права в мусульманской стране.

Во-вторых, нельзя не учитывать, что конституции разных государств по-разному определяют место международного права в его соотношении с национальным правом. Одно дело, когда какие-то нормы международного права становятся частью системы законодательства или системы права в национальном государстве, и другое, когда они входят в правовую систему, функционирующую в данном государстве наряду с иными элементами, рядом (параллельно) с ними.

В-третьих, нет уверенности в том, что, например, Конституция России (ст. 15) в числе источников, входящих в правовую систему, имеет в виду решения международных судебных органов.

[1] Законодатели не имеют понятия о 99% того, что происходит вокруг них, о реальных сделках, договоренностях, установках, чувствах и убеждениях людей, которые их решениями затрагиваются (см.: *Бруно Л.* Свобода и закон. М., 2008. С. 38).



В-четвертых, национальный правопорядок может по-разному определить место и роль разных органов своего государства, в связи с чем обязательность решений ЕСПЧ для государства в целом может по-разному найти конкретизацию по отношению к законодательной, исполнительной или судебной власти.

Конечно, роль ЕСПЧ нельзя переоценивать. Решение многих интеграционных и коллизионных вопросов требует в первую очередь национального уровня регулирования. Национальное право не должно ожидать без необходимости, когда международные судебные органы дадут рекомендации или сформулируют готовые нормы, после чего стране останется лишь имплементировать соответствующие положения во внутреннее право.

Национальные правопорядки независимы в части реализации государственного суверенитета, проявления активной роли в сближении национально-правовых норм с их аналогами из других правовых систем. Возможно, именно поэтому в некоторых государствах общепризнанные нормы международного права не включаются составной частью в национальное право и тем более не наделяют никакие нормы международного права более высокой юридической силой по сравнению с конституционными нормами.

Особое направление в установлении содержания права в судебных решениях связано с установлением в них содержания международного права. Конституция РФ включает общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры с участием России в правовую систему Российской Федерации. Подчеркнем: не в законодательство, не в систему права и не в право.

Правовая система по канонам теории права и государства включает в себя и правовую идеологию, и систему правоотношений, и правоприменение, и органы, обеспечивающие действие права. Часто употребляемый для характеристики соотношения внутреннего и международного права термин «имплементация» (implement — осуществлять, обеспечивать выполнение) как раз говорит о соответствующей реализации принципов и норм международного права.

Анализ любого международноправового документа предполагает прежде всего установление характера положений, которые в нем содержатся: являются ли они декларациями, рекомендациями (пожеланиями), принципами или обязательными общепризнанными принципами и нормами. Если это решение по конкретному делу, то всегда актуален вопрос его соответствия принципам и нормам международного права.

Не предосудительно обеспечивать положения международных документов в национальном законодательстве при любом характере содержащихся в них положений. Но юридическое и регулирующее их значение зависит прежде всего от факта и формы признания соответствующих положений национальными государствами.

Пока преждевременно объявлять решения ЕСПЧ частью национального права; предпочтительнее формула, согласно которой последние «входят в правовую систему». Тем самым не нивелируются особенности систем национального и международного права, а, напротив, идет поиск их оптимального взаимодействия в национальном механизме правового регулирования. В этом поиске, в нахождении точек сближения правовых систем «недопустимо некритически копировать и воспроизводить такие нормы, которые предназначены для регулирования правовых отношений в обществах с другой культурой, традицией, массовым менталитетом»[1].

Отсюда становится более понятным предложение профессора В. Д. Зорькина начать осторожную, продуманную, обязательно системную ревизию международного права, в котором немало юридически размытых формулировок, «серых» правовых зон, впускающих в глобальный мир турбулентность, риски и хаос, которые фактически освящаются постмодернистской философией и практикой.

Проблема раскрытия права в судебных решениях вызвана тем, что мы обнаруживаем в финальных судебных актах прежде всего ссылки на федеральные законы, иные нормативные правовые акты. В силу отечественных традиций, связанных с так называемым статутным, писаным или позитивным правом, слишком часто происходит отождествление закона и права. Следствием подобного отождествления может являться отказ в защите даже тех прав, которые являются общепризнанными во всем многообразии их проявлений, но не получили законодательного закрепления.

Законодатель может предоставить правоприменителю полное или частичное, условное либо безусловное право на поиск самостоятельного решения[2]. Но суд в ряду прочих правоприменителей находится в особом положении. Он обязан руководствоваться верховенством права, а не закона и не имеет возможности отложить судебное разби-

[1] *Зорькин В.* Право в условиях глобальных перемен. URL: http://rapsinews.ru/international_publication/20130515/267367948.html.

[2] См.: *Лазарев В. В.* Избранные труды. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. М., 2010. С. 159.



рательство из-за отсутствия надлежащего правового регулирования спорных правоотношений.

Законодатель вовсе не против защиты общепризнанных прав, их юридического оформления. Но ему не известны возможные варианты проявлений неотъемлемых гражданских прав, которые обсуждаются в судебных учреждениях. Следом за законодателем суды также не против защиты неотъемлемых прав человека и гражданина. Однако не всегда просто их разграничить с иными заявленными требованиями, найти универсальный способ решения при наличии законодательных актов с императивными предписаниями иной направленности.

Законодатель пытается закрепить в своих полномочных актах нормы права, которые безотносительно к социальным конфликтам выглядят вполне разумно. Но закрепленная в законе государственная воля в своем догматичном виде не способна обеспечить исчерпывающую защиту гражданских прав, несмотря на свое происхождение от верховной власти.

Со времен Просвещения остается актуальной идея о том, что справедливость может угасать в законе, а человеческая история представляет собой вечный конфликт между общей идеей и ее конкретным воплощением в законодательных актах[1].

Как справедливо отмечают теоретики права, принятие закона не следует признавать итоговым актом публично-правового регулирования. Даже большое количество принимаемых законов всегда создает лишь иллюзию достаточности правового регулирования[2].

Какая судьба уготована очередному законодательному акту, до какой степени он будет способен выражать право как мерило справедливости, никому не ведомо. Его действительный облик может проявиться только в правоприменительной, особенно судебной деятельности. Поэтому вполне естественным выглядит такой ход событий, при котором законодатель пытается задать рамки типичным общественным отношениям, подлежащим нормативному регулированию, используя возможность придания им статуса государственных актов высшей юридической силы. Затем эти рамочные отношения проходят испытания в реальной жизни, где основные индикаторы связаны с деятельностью органов правосудия. И наконец, у законодателя воз-

[1] См.: *Исаев И. А.* Нормативность и авторитарность. Пересечения идей. М., 2014. С. 39—47.

[2] См.: *Андриенко Д. Г.* Адекватность языка закона как условие эффективности публично-правового регулирования // Право и государство: XXI век — век перемен: сб. науч. ст. М., 2012. С. 49.

никает необходимость сопровождения ранее принятых законов изменениями и дополнениями, соединенными с имплементацией в законодательные акты тех смысловых нагрузок, которые выявлены судом по результатам рассмотрения и разрешения социальных конфликтов.

Отмеченную последовательность действий нельзя рассматривать исключительно формально как отработанную технологию совершенствования законодательства. Следует не забывать о главной цели, связанной с воплощением в законе не просто высшей государственной воли, а правовых предписаний, позволяющих обеспечить самые лучшие образцы справедливости.

Эта цель не достигается сама собой либо автоматически только по той причине, что ее запрограммировал законодатель. Со времен Древнего Рима известно, что при следовании судьи букве закона им будет непременно принято решение в обход закона. Причина подобного парадокса кроется не в пресловутой формуле следования духу закона, а в понимании приоритета прав человека перед ограниченной волей законодателя.

Только приоритет прав человека в их разумном соотношении с правами других людей и общества в целом способен обеспечить высшую справедливость в обществе. Эта миссия возложена на суд, который обязан выдавать один эталонный образец справедливого разрешения спора за другим.

Нередко для достижения справедливости суд прибегает к использованию такой категории, как баланс интересов. Имеется в виду баланс настоящий, не вызывающий сомнений в своем идеальном выражении сообразно обстоятельствам, установленным по гражданскому делу.

Другой важной категорией, стоящей выше баланса интересов, является категория сотрудничества. Если суд ориентирует стороны, участвующие в конфликте, на сотрудничество, то будет достижима цель не только обеспечения справедливости, но и создания условий для полного преодоления разногласий. Особенно важной и приоритетной эта задача становится в спорных отношениях, возникающих из публично-правовых отношений.

Понимание справедливости в конкретном выражении является бесконечно глубоким и многоуровневым. Ее вектор всегда остается одним и тем же. Изменения наблюдаются в оценках, зависят от субъекта, занятого формированием оценочных суждений. Если говорить более предметно, то понимание справедливости находится в прямой зависимости от уровня индивидуального сознания должностного лица, уполномоченного на осуществление судебной либо внесудебной оценки.



Одни уполномоченные лица могут проявлять заботу о максимальном достижении справедливого результата, другим он безразличен. Именно поэтому правосудие больше нуждается в философах, чем в чиновниках. Если наблюдается приоритет статуса над результатом, то это обстоятельство раздражает общественное мнение. Но данная проблема требует самостоятельного исследования.

Независимо от персонального состава лиц, наделенных полномочиями по разрешению судебных споров, задачу формирования правовой реальности, правовой защиты никто не отменял. Эпоха законоведения меняется эпохой правоведения[1].

Кроме того, выявление смысла права существенным образом зависит от его конкретизации. Конкретизацию права одновременно признают и целью, и средством толкования.

На первом этапе конкретизации права мы имеем дело с толкованием его содержания. Развертывается его общий смысл с использованием специального юридического инструментария. Конкретизацию права принято отграничивать от его толкования тем, что здесь использования юридического инструментария оказывается недостаточно. Правовая сфера оказывается вовлеченной во взаимодействия со сферами аксиологической (ценностной), когнитивно-рациональной (идейной), духовно-культурной, праксиологической (активно-деятельностной) и др.[2]

Нам представляется более продуктивным подход, при котором толкование права невозможно в отрыве от контекста, находящегося, по мнению иных авторов, за пределами собственно юридического толкования. Контекст, в свою очередь, предполагает названные выше аспекты в их конкретно-историческом понимании.

Чтобы разобраться с мерой достижения результата, обусловленного защитой нарушенного права вне зависимости от того, насколько законодательство является для этого достаточным, следует заняться специализированным поиском права в судебных решениях.

---

[1] См.: *Фурсов Д. А., Харламова И. В.* Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. Т. 3. М., 2009. С. 254—257.

[2] См.: *Гаврилова Ю. А.* Конкретизация и толкование права как универсальные способы раскрытия смысла права // Конкретизация права: теоретические и практические проблемы: матер. IX Междунар. науч.-практ. конф. (21—25 апреля 2014 г.). М., 2015. С. 137—139.

Поставленная проблема призвана разобраться в том, как следует организовать судебную работу, чтобы надзорной судебной инстанции, судебному органу, осуществляющему конституционный надзор, а также наднациональному ЕСПЧ приходилось вмешиваться в деятельность первой, т. е. основной, судебной инстанции как можно меньше.

Нередко в профессиональных кругах приходится слышать рассуждения о том, что справедливость у каждого своя, а закон один для всех. За этой формулировкой угадывается не только смешение права с законом, но и безусловный приоритет закона над правом. Каждая сторона имеет возможность излагать суду собственное понимание справедливости. Но суд имеет особую миссию утверждения в жизни беспристрастных эталонов справедливого разрешения заявленного спора.

Без государственной воли невозможно существование никакого права, включая естественное. Этот факт является очевидным. Но право всегда имеет приоритет перед законом, потому что без этого приоритета невозможно достижение справедливости[1]. Закон слишком часто либо не позволяет обеспечить надлежащую защиту субъективного гражданского права в заявленных условиях, либо ее не предусматривает вовсе. Иногда формальное применение закона не способно дать ничего, кроме поругания права.

Перенастройка правосудной деятельности необходима во всех судебных инстанциях. Если первая судебная инстанция останется на позиции верховенства закона, то ее миссия окажется не только заведомо ущербной, но и предельно ограниченной. Она не сможет даже задать контуры правового поля, на котором уполномоченные проверочные судебные инстанции и лица, участвующие в деле, могли бы углубленно исследовать, оценивать обстоятельства, связанные с поиском и нахождением самого справедливого решения. Проверочные инстанции будут вынуждены начинать работу с нуля, в то время как их полномочия (апелляционные, кассационные, надзорные) имеют несколько иное назначение.

В современных условиях нередко правовой анализ, не основанный на догме закона, начинается в надзорной судебной инстанции. Но там всегда рассматривалось мизерное количество дел от их общего объема, проходящего через суд первой инстанции. Это является еще одним подтверждением того, что без планомерного движения по пути верховенства права высшая судебная инстанция не в состоянии обес-

[1] См.: *Делез Ж.* Ницше. СПб., 1997. С. 182.



печить защиту нарушенных прав по всему фронту теми процессуальными средствами, которыми она располагает.

Другим очевидным свидетельством принципиальных различий являются противоречия в развитии практики, формируемой национальной судебной системой и наднациональным судом. Если национальные суды будут проводить в жизнь логику, соответствующую верховенству закона, то потоку жалоб в ЕСПЧ не будет конца.

В 2015 г. в весьма актуальном состоянии оказался вопрос о выходе Российской Федерации из Совета Европы, влекущем в том числе отказ от таких его институтов, как ЕСПЧ. Дальнейшие события покажут меру межгосударственного понимания и развития межгосударственных отношений на ближнюю и дальнюю перспективу.

Вне зависимости от указанных перспектив давно назрела, а теперь обострилась проблема обеспечения верховенства прав человека средствами национальных органов правосудия. Верховный Суд РФ трижды обозначал эту проблему в 1995, 2003 и 2013 гг., когда обращал внимание судов общей юрисдикции на то, что конвенциальные права человека и основные свободы являются составной частью российского законодательства, имеющей приоритетное применение перед другими федеральными законами[1]. Однако до настоящего времени из-за отсутствия понимания глубины права и проистекающих из него выводов реформа буксует. Чиновникам всегда проще использовать регламент, инструктивные указания, чем находиться в поиске права. Любое живое дело для них может обернуться догмой.

Огромное количество правовых позиций Конституционного Суда РФ, постановлений Пленума Верховного Суда РФ, судебной практики высоких судебных инстанций оказывает содействие раскрытию права, формированию единой судебной практики[2]. Очевидно и то, что подобный количественный рост не дает качественных улучшений. Не хватает консолидирующей идеи тотального понимания и принятия верховенства права в деятельности всех судебных учреждений. Без

[1] См. постановления Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия», от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней».

[2] См., например, определения ВС РФ от 25 ноября 2014 г. № 5-КГ14-124, от 11 ноября 2014 г. № 78-КГ14-37, от 23 сентября 2014 г. № 49-КГ14-10, от 4 марта 2014 г. № 18-КГ13-203.

нее невозможно обеспечить непреложное развитие судебной практики, избавиться от чрезмерной казуистики, обеспечить реальную защиту права в суде первой инстанции. Без раскрытия содержания того или иного института с точки зрения обеспечения верховенства права руководящее разъяснение требует дальнейших разъяснений, без которых даже оно может быть доведено до абсурда. Мы оказываемся в плену иллюзий по поводу того, что соблюдение процессуальных норм непременно обеспечит ожидаемый результат по состоявшемуся обращению в суд. Если в судебных заседаниях не будет проведена целенаправленная поисковая работа по обеспечению справедливости, то нарушенное право может оказаться невосстановленным.

Судебное решение не должно вызывать сомнений в своей справедливости при его открытом доведении до всеобщего сведения. Любой гражданин, не обладающий специальными познаниями, после ознакомления с судебным решением должен быть убежден в том, что оно является единственно верным. Однако при наличии большой описательной части судебного решения и ее мизерной мотивировочной части мы лишены возможности понять, почему принято то или иное финальное решение. Подобное соотношение не позволяет проследить логику, которой руководствовался суд в поиске справедливости и способов защиты нарушенного права.

Европейский суд по правам человека не без оснований признает право на мотивированное решение составной частью права на справедливое судебное разбирательство и единственным средством, защищающим человека от произвола[1].

В судебных решениях чаще обнаруживаются мотивы подлежащего применению закона, а не права, в то время как закон далеко не всегда способен восстановить нарушение субъективных гражданских прав. Закон, оказавшись в отрыве от права и справедливости, порождает самые неожиданные казуистические интерпретации, далекие от целей, преследуемых законодателем, но принадлежащие уже авторитетным и уполномоченным судебным органам. Например, суд указывает на то, что на пути защиты нарушенного права возникла помеха, которая связана с избранием заявителем ненадлежащего способа его защиты. Но заявитель не обязан быть специалистом в области юриспруденции. Ему не важно, каким должен быть способ защиты, предусмотренный гражданским законом, какой будет правовая квалификация спорных отношений. Для заявителя пре-

[1] См.: *Виткаускас Д., Диков Г.* Защита права на справедливое судебное разбирательство в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Страсбург, 2012. С. 129.



имущественный интерес заключен в том, чтобы нарушенное право было восстановлено по объективным показаниям, а не субъективным оценкам. Именно поэтому определение необходимого способа защиты, квалификацию заявленного спора следует отнести к компетенции самого суда. Объяснения заявителя находятся в ряду процессуальных средств, позволяющих разобраться во внешних проявлениях симптоматики, а от них суд имеет возможность перейти к глубоким правовым исследованиям для вмешательства в патологические процессы и отношения с целью их преодоления.

Во взаимоотношениях спорящих сторон судебные оценки могут не преодолевать возникшие противоречия, а усложнять их. Чаще всего подобные ребусы возникают при рассмотрении деликтных, т. е. возникающих из причинения вреда, обязательств. Самая распространенная разновидность таких обязательств связана с дорожно-транспортными происшествиями, в которых участвуют два и более источника повышенной опасности. Из-за динамической природы движущихся транспортных средств крайне сложно восстановить картину действительных событий, происходивших в прошлом периоде. Каждый участник дорожного движения обвиняет других, отстаивая свою правоту. Нередко возникают соблазны остановиться на смешанной форме вины всех участников такого происшествия.

Случается так, что суд апелляционной инстанции отказывает в ходатайстве либо проявляет неудовольствие подачей дополнительных документов в качестве доказательств по делу, которые не были представлены суду первой инстанции. Если взглянуть на эти же обстоятельства с точки зрения справедливости, которую мы пытаемся обеспечить в стенах судебного учреждения, то они будут выглядеть принципиально иначе по сравнению с общепринятыми суждениями по этому поводу.

В первую судебную инстанцию документы часто представляются не в полном объеме. Но это явление невозможно объяснить хитроумностью заинтересованного лица, являющегося чаще всего стороной по делу, либо так называемым злоупотреблением процессуальным правом. Подобные объяснения не годятся уже потому, что ни один здравомыслящий субъект, а поведение каждого участника судебного разбирательства презюмируется именно таковым, не будет действовать во вред самому себе. Если он располагает дополнительным доказательством, имеющим существенное значение для общей оценки спорных правоотношений, то нет никакого смысла в том, чтобы держать

этот документ у себя за спиной вместо того, чтобы предъявить его суду первой (основной) судебной инстанции.

На поверку все может оказаться намного проще, если суд первой инстанции вопреки требованиям процессуального закона на стадии подготовки дела к слушанию или судебного разбирательства не конкретизировал предмет спора и предмет доказывания. В этом случае каждый участник судебного разбирательства имеет собственное представление по указанным ключевым вопросам. И разбирательство в суде первой инстанции будет обречено на то, чтобы оказаться подобным бомбометанию без прицела и без надлежащей корректировки огня. При таких условиях разбирательство в суде первой инстанции может оказаться беспредметным, а стороны — без вины виноватыми в том, что не поняли, какие документы они должны были представить в качестве доказательств по делу. Подобная ошибка является серьезным препятствием на пути приближения к защите нарушенного права.

В Российской Федерации сложилась устойчивая иерархия не только законодательных актов, но и судебных толкований либо руководящих разъяснений со стороны Конституционного Суда РФ, Европейского суда по правам человека, Верховного Суда РФ, региональных судов.

Судебные толкования наряду с законодательным массивом представляют собой очередной неподъемный пласт, позволяющий понять связи между нормативными правовыми актами и заявленными по делу обстоятельствами с точки зрения обеспечения справедливости в регламентации общественных отношений.

В основе таких связей находятся типовые характеристики, раскрывающие права и обязанности, различные суждения и выводы по делу, именуемые правоположениями. Нам интересны не столько частности в описании судебной практики, сколько новое знание о применимых нормах права, в котором содержится рациональное зерно, применимое ко всему множеству однотипных отношений.

На необходимость систематизации правоположений, формируемых судебной практикой, обращал внимание С. Н. Братусь и многие другие правоведы[1]. Подобная систематизация позволяет доктринально анализировать поступательное движение на пути к справедливости, реализованной в судебных решениях, поддерживать этот информацион-

[1] См.: Судебная практика в советской правовой системе / отв. ред. *С. Н. Братусь*. М., 1975. С. 4.



ный банк данных, сформированных на основе многотысячных судебных актов, в актуальном состоянии.

Причин, побуждающих к подобной систематизации, много.

Во-первых, при отсутствии систематизированного знания ожидать эффективной работы от судей, занятых подготовкой, рассмотрением и изготовлением судебных актов по множеству судебных дел в ежедневном режиме, невозможно. Судьям необходимо глубокое понимание права, которое формируется при постоянно проводимой научно-исследовательской деятельности в условиях ее специализации. Наличие готовых правоположений в систематизированном, а потому и удобном для их использования виде является для повышения эффективности судебной работы сверхактуальной задачей.

Во-вторых, каждый судебный орган, включая суд первой инстанции, может привнести в общие представления о справедливости множество существенных уточнений. Явно ошибочным выглядит суждение о том, что практикообразующую функцию может выполнять только судебный надзор. Последний рассматривает слишком малое количество дел, чтобы обеспечивать решение всех проблем в масштабах Российской Федерации.

В-третьих, систематизация определяет параметры и границы, в которых осуществляется судебная деятельность. Эти параметры не являются догмой, могут быть подвержены корректировке, в то же время они сохраняют достаточную степень своей устойчивости.

Важно обратить внимание на то, что обозначенные границы способны помочь судьям определить предмет спора и предмет доказывания. Судебные заседания могут проводиться с подробным обсуждением множества обстоятельств, имеющих отношение к заявленному спору. Достаточно оставить вне поля зрения один, но существенный и важный вопрос, чтобы возникла судебная ошибка, поскольку на нем не было акцентировано внимание. Отсутствие внимания предопределяется отсутствием наглядной связи того или иного факта с предметом доказывания.

В-четвертых, целесообразнее опираться на систему знаний, отраженных в судебной практике, а не на отдельные фрагменты при работе над предложениями по имплементации судебных решений в законодательные акты.

Но следует заметить, что у имплементации судебных решений в законодательство совсем другая цель, связанная с возведением правил,

выработанных судебной практикой, на пьедестал закона[1]. Деятельность по их законодательному оформлению окажется более успешной, если будет осуществляться на системной, а не на эпизодической основе.

Для самих судей, безусловно, необходим оперативный доступ к системе правоположений, выработанных, апробированных и утвердившихся в судебной практике. Для них возвеличивание судебных оценок до законодательного уровня имеет второстепенное значение в том смысле, в котором имеющееся подспорье в работе вполне способно обеспечить их ежедневную профессиональную деятельность.

С решением задачи имплементации судебных решений в законодательные акты далеко не всегда следует торопиться, поскольку достижения судебной практики очень важно предварительно пропустить через фильтр доктринального анализа в целях выявления глубины, достаточности, непротиворечивости полученных результатов.

Для построения системы правоположений первоначально необходимо обозначить общие контуры, позволяющие все выводы из судебной практики распределить по группам. Внутри первичной классификации по мере накопления материала могут создаваться дополнительные виды и подвиды. Желательно обеспечить такое системное построение, которое соответствовало бы классическим представлениям об отраслевой, внутриотраслевой и межотраслевой классификации, но одновременно учитывало бы и современные реалии.

Система правоположений поможет каждому судье понять, каким образом сложная правовая проблема раскладывается на элементарные составные части, простейшие формы, в рамках которых выбор справедливого решения становится очевидным.

Только на такой здоровой основе возможно формирование эталонной судебной практики, без которой тысячи финальных судебных актов, принимаемых ежедневно судебными органами на территории Российской Федерации, будут выглядеть лоскутным одеялом. Стороны не смогут иметь достаточных представлений о единственно возможной, а потому и предсказуемой судебной практике. Не станут относиться к судебной власти с той мерой доверия, которого та заслуживает.

В настоящее время все чаще звучат предложения по поводу привлечения судей к ответственности за неисполнение ими требований вышестоящих судебных инстанций.

[1] См.: Юридическая техника / под ред. *Т. Я. Хабриевой, Н. А. Власенко.* М., 2010. С. 9—12.



Особое внимание обращается на игнорирование ими правовых позиций, сформированных Конституционным Судом РФ. Предлагается ввести процедуру импичмента судье, имеющему бессрочное назначение на должность.

В тех случаях, когда судебное решение принято вразрез рекомендациям Верховного Суда РФ, сформулированным им в руководящих разъяснениях Пленума, обзорах судебной практики либо судебных актах по конкретным делам, возникает даже повод для возбуждения уголовного дела по факту вынесения заведомо неправосудного решения. Об этом свидетельствуют события последних лет.

Не останавливаясь на проблематике очищения и самоочищения судебной власти, следует отметить, что независимость суда — величайшая ценность, имеющая некоторые побочные издержки. Чтобы не сбиваться к крайностям, необходимо создать условия, при которых оплошность судьи можно было бы отличить от игнорирования сложившихся авторитетных и обязательных рекомендаций, имеющих, по существу, нормативную природу, а вместе с ними — игнорирование принципа верховенства права.

Полагаем, что такими условиями могли бы служить систематизированные источники единообразно формируемой судебной практики, а также наличие ссылки заинтересованного лица, принимающего участие в судебном разбирательстве, на подобный источник.

При отсутствии названных условий крайне сложно диагностировать причины, по которым имело место отступление от достигнутого в судебной практике единообразия. Могут иметь место элементарная неосведомленность по данному поводу, наличие противоположных подходов к разрешению аналогичных споров[1].

Формирование единой судебной практики должно проходить в условиях ее постоянного критического осмысления на предмет максимальной защиты нарушенного права. Это имеет отношение к классическим спорам гражданско-правового характера, а также к спорам, возникающим из публично-правовых отношений.

Столь же пристального внимания заслуживают административные правонарушения, рассматриваемые судами общей юрисдикции и арбитражными судами. Они отличаются тем, что, несмотря на формальный состав многих административных правонарушений, судам необходимо разбираться в тяжести совершенного правонарушения, наступивших последствиях и виновности лица, привлекаемого либо

[1] См.: *Лукьянова Е. А., Резник Г. М.* О конфликте толкования между ЕСПЧ и Конституционным Судом Российской Федерации // Закон. 2012. № 5. С. 26—29.

привлеченного к административной ответственности. Другими словами, здесь, как и при рассмотрении споров гражданско-правового характера, неуместен формализм.

Большой опыт по раскрытию содержания права накоплен за годы работы ЕСПЧ. Его условно можно распределить на две большие группы, имеющие отношение к гражданским и уголовным делам.

За общей постановкой проблем просматривается анализ множества оценочных подходов фактического и правового характера, диктуемых заявленными обстоятельствами, т. е. имеющими не надуманный, а реальный характер.

Обнаруживаются и общие подходы, применимые к делам любой из двух представленных групп. Например, ЕСПЧ обращает внимание на необходимость рассматривать дела содержательно, а не формально, выявлять не только содержание права, но и разумные границы и способы его осуществления. Выводы Суда имеют непредсказуемый характер по сфере его интереса, что диктуется непредсказуемостью поступающих к нему обращений.

Разнообразие информации о защите конвенциальных прав со стороны ЕСПЧ необходимо не только собирать, классифицировать, но и доводить результаты аналитической работы до судебных органов в целях предупреждения аналогичных нарушений и аналогичных судебных ошибок.

Министерство юстиции РФ проводит большую работу в указанном направлении, но ее необходимо довести до потребителя в лице судебных органов. Как показывают занятия с судьями на курсах повышения квалификации, они хотят обеспечивать верховенство права, но не всегда знают, как это следует делать.

Привычная формула судебной работы гласит, что принимаемое решение должно быть законным и обоснованным. В законах всегда содержатся нормы права, но их может недоставать для обеспечения надлежащей судебной защиты. И тогда вступают в прямое действие конвенциальные права. Обоснованность судебных решений предполагает глубокий и полный анализ фактических обстоятельств, заявленных по делу, а также правовой анализ спорных отношений. Для правового обоснования судебных выводов требуется поиск права, раскрытие его содержания применительно к заявленным требованиям. Таким образом, реализация возможностей, связанных с обеспечением верховенства права, раскрытием его содержания, включает в себя как минимум три компонента.



Первый компонент состоит в выявлении факта нарушения права и его фиксации в судебном решении. Второй — в раскрытии содержания нарушенного права по аналогии с той оценочной судебной деятельностью, которой занимается Европейский суд по правам человека. Третий компонент заключается в принятии решения не иначе как в привязке национальных норм к конвенциальным нормам, содержание которых раскрыто в решениях ЕСПЧ, Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ с учетом иерархии принимаемых ими судебных актов.

## Правосудие в международном пространстве: сравнительно-правовой срез

(совместно с Д. А. Фурсовым)[1]

Изучение правосудия в международном пространстве представляет существенный интерес в плане сравнительного правоведения. Правовые системы различных стран в условиях современности не развиваются изолированно, можно наблюдать процесс постоянного обмена накопленным опытом, «проникновения» институтов, которые возникли в ходе функционирования, наблюдаются процессы диффузии, проникновения достигнутых процессуальных гарантий одних национальных судебных систем в другие. Такие тенденции обусловливают большой интерес к сравнительно-правовым исследованиям, причем не общего характера, а исследованиям, предметом которых являются отдельные проблемы (группы проблем) и средства их решения и (или) институты (группы институтов), что позволяет говорить об универсальном характере правосудной деятельности. Иногда данную ситуацию определяют как конвергенцию в сфере процессуального права [13; 14; 15]. Исследовать опыт сравнительного правоведения необходимо по следующим направлениям:

— установлению надлежащей юрисдикции при выборе суда;

— способам собирания и получения судебных доказательств;

— обеспечению независимости и беспристрастности судебного разбирательства;

— анализу средств достижения справедливого судебного решения;

— деятельности проверочных судебных инстанций;

— исполнению судебных решений;

— качеству и эффективности правосудной деятельности в целом.

[1] Юридическая наука: история и современность. 2017. № 3. С. 110—125.

1. *Определение надлежащей юрисдикции при выборе суда.* Весь круг проблем, имеющих отношение к установлению надлежащего компетентного суда, во всех странах связан с рассмотрением споров, отягощенных присутствием иностранного элемента.

Отягощенность, в свою очередь, обусловлена сложностями в поиске применимого (коллизионного) материального права, собирания доказательств, надлежащего и заблаговременного извещения всех участников судебного разбирательства, находящихся на территории разных государств, нуждающихся в получении судебных документов на родном языке и лимита времени, необходимого для подготовки отзыва на заявленные требования.

С доктринальной точки зрения от выбора суда ничего не должно зависеть, кроме сопутствующих издержек и необходимых накладных расходов. Однако по поводу места судебного разбирательства между сторонами разворачиваются нешуточная борьба. Этому факту стороны придают решающее значение для исхода существа спора и принимаемого по нему судебного решения.

В странах общего права юрисдикция суда определяется местом фактического нахождения сторон, вне зависимости от их национальной принадлежности и возможностей вызова в судебное заседание. Эта интерпретация судебной юрисдикции как одного из проявлений национального суверенитета является чрезвычайно широкой.

Чтобы уравновесить широкую судебную юрисдикцию и не доводить указанные правила до абсурда, используется принцип неудобного суда (forum non convenience)[1]. Он позволяет судебному учреждению, занятому слушанием дела в установленном порядке, отказаться от принятия решения либо приостановить слушание по делу со ссылкой на юрисдикцию другого надлежащего суда. По таким правилам судебная юрисдикция определяется, к примеру, в Австралии, Англии, Израиле, Канаде, Новой Зеландии, США, Южной Африканской Республике. Каждая из указанных стран имеет свой опыт[2].

В Англии судопроизводство может быть приостановлено только в тех случаях, когда суд убедится в недобросовестности стороны, затеявшей параллельное (дублирующее) производство наряду с тем, что проводится на территории иного иностранного государства, либо продолжение процесса будет признано, по мнению английского суда, чрезмерно тягостным.

[1] Соображения удобства и правила международной вежливости обязывают при установлении компетентного суда принимать во внимание тесную связь сторон и предмета спора с территорией другого государства [39, с. 39—41].

[2] Для этого суд, занятый рассмотрением заявленных требований, обязан установить наличие иного иностранного компетентного суда, доступного для сторон и предоставляющего гарантии вынесения справедливого решения. Показательными являются дело «Gulf Oil v. Gilbert», рассмотренное Верховным Судом США в 1947 г., и дело «The Belgen-land», по которому решение Верховного Суда США состоялось в 1985 г. [40].



В последние годы английские суды, отталкиваясь от принципа неудобного суда, развивают идею более подходящего суда, которая связана как с интересами обеих сторон, так и с интересами правосудия. отступить от реализации этой идеи они могут только при отсутствии доступа к иностранному суду, наличии необоснованных там задержек либо надлежащих условий для справедливого судебного разбирательства.

В США принцип неудобного суда используется еще более широко, а именно во внимание могут приниматься такие факторы, как перегруженность суда, отсутствие явки свидетелей, находящихся на территории иностранного государства, нахождение там имущества, относящегося к предмету спора, наличие между сторонами пророгационного соглашения (оговорки). Федеральное законодательство США слабо раскрывает эти вопросы, чаще следует обращение к судебным прецедентам, которые имеют подробный комплексный и полезный анализ в специальной литературе [4, с. 110—121; 26, с. 136—151; 36, с. 204—212].

В Канаде суд, определяя наиболее удобные условия для разбирательства, принимает во внимание похожие обстоятельства: фактическое место нахождения сторон и осуществления ими своей деятельности, место причинения вреда или убытков, возможности беспрепятственного вызова свидетелей, применимое коллизионное право и иные преимущества, необходимые для истца как пострадавшей стороны [16, с. 12].

В странах континентальной системы право выбора места судебного разбирательства, как и компетентного суда, определяется пророгационным соглашением, а при его отсутствии — местом нахождения ответчика, за теми исключениями, которые предусмотрены национальным законодательством по месту предполагаемого исполнения судебного решения после его вступления в законную силу (см. ст. 20 разд. 1 «Родовая подсудность и правила о цене» Гражданского процессуального уложения Германии от 30 января 1877 г. в его современной редакции).

Общим осложнением, свойственным всем странам, относящимся к той и другой системе права, следует признать применимое коллизионное право. В отличие от национального правосудия при возникно-

вении трансграничных споров появляется необходимость в доказывании применимых норм коллизионного права, т. е. того смысла, который им придается национальной судебной практикой.

2. *Способы собирания и получения судебных доказательств.* В национальных судебных системах, вне зависимости от их отнесения к системе общего или континентального права, наблюдаются сходные порядки собирания доказательств по делу как в гражданском, так и в уголовном судопроизводстве.

Вместе с тем обнаруживаются и общие проблемы, связанные с получением доказательств. Они имеют чаще всего отношение к предварительному следствию в рамках уголовного судопроизводства.

Речь идет о тех условиях, при которых полученные доказательства не могут признаваться доброкачественными, а потому подлежат исключению из общего объема доказательств в связи с нарушением процессуального порядка их собирания.

Запрещенные способы получения доказательств в истории США берут начало в Билле о правах (четвертая, пятая и шестая поправки), содержание которых раскрывается в судебной практике. Нарушение тайны личной жизни допускается, но с обязательным представлением суду аудиозаписей во избежание вольных интерпретаций полученной информации. Возможно прослушивание телефонных переговоров, надзор за электронными средствами связи, но существует запрет на использование тепловизоров и розыскных собак даже в том случае, когда полиция занята поиском наркотиков. Признаются допустимыми доказательства, собранные во время обыска, и при отсутствии ордера, если преступление совершено в присутствии сотрудников правоохранительных органов либо в период проведения иных следственных действий, а также в общественных местах или в связи с задержанием арестованного лица [46].

По общему правилу для проникновения в жилище в целях проведения обыска и выемки требуется предъявление ордера, выданного судьей при наличии к тому достаточных оснований. Основаниями выступают достаточные данные о совершенном или готовящемся к совершению преступлении. Исключение имеет отношение только к преследованию преступников по горячим следам [44].

Показания подозреваемого либо обвиняемого лица имеют юридическую силу лишь в том случае, когда они даются при соблюдении правил добровольности. Искаженное волеизъявление не принимается, если оно вызвано любыми способами оказания психического воздействия.



Если доказательства признаются недоброкачественными в связи с нарушением процедуры их собирания, то полученные сведения могут использоваться только для поиска иных доказательств по делу либо изобличения иных соучастников преступления при допросе последних.

В Канаде запретительные процедуры восходят к Хартии прав и свобод (Canadian Charter of Rights and Freedoms) и Закону Канады о защите прав человека (Canadian Human Rights Act). Они направлены на предупреждение нарушений, связанных с гарантиями на жизнь, здоровье, свободу передвижения, преследуют цели ограждения граждан от произвольных задержаний и арестов, проникновения в их жилища, безосновательных обысков и выемок.

Каждое лицо, задержанное либо привлеченное к ответственности, имеет право знать, в чем оно обвиняется. Каждый имеет право не свидетельствовать против себя. Каждому гарантировано право на условия содержания, не соединенные с жестоким обращением либо унижением человеческого достоинства. Система гарантий включает право на физическую неприкосновенность, которому известен предельно ограниченный круг исключений.

Как и в США, в Канаде не допускается вынужденное признание вины либо инкриминируемых фактов ни в результате принуждения, ни в результате обещаний, связанных с приобретением какой-либо выгоды. Недействительность признания вины наступает всякий раз, когда психологическое давление последовало от любого лица, имеющего властные полномочия[1].

Действующий порядок проведения расследования полицией Великобритании предусматривает проведение всех допросов в полицейском участке с применением средств видеозаписи, если даже процессуальный закон этого не требует[2]. Дополнительные требования проистекают из Европейского кодекса полицейской этики (European Code

[1] В деле «Миранда против Аризоны» 1966 г. Верховный Суд США разъяснил недопустимость игнорирования процессуальных гарантий, которыми располагает подозреваемое лицо, заключенное под стражу. Оно обладает привилегией свободы от самообвинения. Поэтому недопустим ментальный прессинг полицейского участка, в котором замкнутое пространство действует на психику угнетающе. Именно поэтому подозреваемое лицо имеет право давать показания только в присутствии адвоката, чтобы не сообщить того, чего он не сказал бы в обычных условиях. Еще опаснее психическое либо физическое насилие с целью получения нужных показаний.

[2] Видеозапись допроса в Великобритании регламентируется Актом о полиции и доказательствах по уголовным делам 1984 г. (Police and Criminal Evidence Act) [45, Article 60].

of Police Ethics), принятого 19 сентября 2001 г. Комитетом министров Совета Европы. Кодекс профессиональной деятельности полицейского был инициирован в свое время, т. е. задолго до процедуры выхода из Европейского союза, Великобританией.

Самые жесткие европейские требования к допустимости доказательств закреплены в Ирландии [41]. Здесь существует полный приоритет защиты прав подсудимого, а не рассуждений о допустимости тех или иных действий полиции. Заявленная строгость имеет свой смысл, связанный не только с заботой о реальной защите прав человека в условиях его несвободы, но и с недопустимостью каких-либо предпосылок для дискредитации судебной власти. Судебные органы ориентированы на то, чтобы отбросить всякие сомнения в добровольности признаний, а не вести себя услужливо по отношению к правоохранительным органам.

Верховный Суд Ирландии неоднократно обращал внимание на то, что восстановление нарушенных гражданских прав намного важнее государственного обвинения и преследования, поэтому им и отдается предпочтение [43].

Во всех странах, принимающих европейские ценности, признается священным право хранить молчание, которое не свидетельствует о виновности, необходимость в особо тщательной проверке показаний одного подсудимого против другого, недопустимость физического либо психического насилия в целях получения доказательственной информации.

Например, в Сингапуре физическое принуждение к признанию вины влечет уголовную ответственность для самого полицейского чина. Аналогичный порядок существует в Великобритании [45, Article 76]. Должностные лица, уполномоченные на проведение расследования, не имеют права допрашиваемому лицу, включая подозреваемых и свидетелей, чем-либо угрожать, что-либо обещать или намекать под страхом признания добытых доказательств недопустимыми [42].

В западных странах существует целый институт защиты от самооговора. Любая форма давления, любая форма фактического заблуждения признаются недопустимыми со всеми вытекающими последствиями для собранных по делу доказательств[1].

3. *Обеспечение независимости и беспристрастности судебного разбирательства.* Независимость и беспристрастность при отправлении правосудия во всем международном пространстве признается чрезвычайно важной предпосылкой отправления подлинного правосудия.

[1] Понятие европейских стран не географическое. Оно предполагает приверженность европейским ценностям вне зависимости от места своего нахождения. Это может быть и Австралия, и Новая Зеландия [32, с. 19—43].



Независимость суда должна контролироваться по отношению к любому внешнему воздействию. Это может быть опосредованное влияние должностных лиц, имеющих высокое положение в обществе либо большой личный авторитет, а также попытка заинтересовать состав суда в исходе дела со стороны самих сторон либо их судебных представителей.

Под беспристрастностью обычно принято понимать отсутствие рисков предвзятого отношения к делу. Но такое понимание не учитывает наличие многочисленных предубежденностей, основанных на личном судейском опыте, который сформировался как результат неправильного понимания характера спорных отношений. Если такого понимания не наблюдается и в дальнейшем, то беспристрастность с неизбежностью превращается в общее место, красивый лозунг, за которым отсутствует какое-либо содержание. Поэтому следует различать предвзятое отношение к фабуле дела и предвзятое отношение к лицам, участвующим в деле [11, с. 100]. Последнее несет наибольшую опасность для правосудия.

Для реализации принципа независимости и беспристрастности судебного разбирательства Верховный Суд Греции обращает внимание на обязанность судей без напоминаний сообщать обо всех фактах, которые ставят под сомнение судейскую независимость и беспристрастность. Такая обязанность возлагается под страхом наказания за несоблюдение этих требований и возложения обязанности по возмещению убытков [31, с. 443].

В российском опыте подобная практика отсутствует. Судьи осуществляют профессиональную деятельность на постоянной основе и в режиме несменяемости. Поэтому целесообразно законодательное закрепление обязанности судьи сообщать по собственной инициативе обо всех обстоятельствах, в силу которых могут возникнуть сомнения в его независимости либо беспристрастности по признаку особого отношения к участникам судебного разбирательства.

4. *Анализ средств достижения справедливости судебного решения.* В международном опыте отправления правосудия справедливость судебного решения ставят в непосредственную зависимость от справедливости судебного разбирательства, т. е. достаточных гарантий его надлежащего осуществления. Судебное решение признается законо-

мерным результатом безупречного рассмотрения судом заявленных требований.

Анализируя зарубежный опыт отправления правосудия, следует выделить применяемые средства достижения справедливости судебного решения. Первое из них сводится к тому, что суд имеет возможности для управления делом со стадии его принятия к производству и подготовки к слушанию. Прошло то время, когда полное невмешательство суда в развитие состязательного процесса признавалось фундаментом справедливого судебного разбирательства. Например, в Великобритании на совещании о статусе дела в судебных учреждениях разрабатывается график его рассмотрения, порядок судебного разбирательства и план раскрытия судебных доказательств. Могут быть установлены предельно допустимые сроки для представления другой стороне и суду доказательств в полном объеме. На досудебном совещании рассматриваются досудебные заявления и ходатайства, круг обстоятельств, которые подлежат доказыванию, а также досудебные возражения против представленных доказательств. Управление делом признается основой судебного разбирательства, особенно времен той процессуальной реформы, которую связывают с именем лорда Вульфа [38, p. 335—337].

Активность суда в управлении ходом судебного разбирательства была весьма характерна и для отечественного правосудия (для всего советского, а также постсоветского исторического периода, включая современность).

Второе условие достижения справедливости судебного решения определяется наличием стадии подготовки дела к судебному разбирательству.

В отечественном опыте подготовка дела к слушанию во все времена признавалась необходимой и обязательной стадией даже в тех судебных инстанциях, в которых законодатель не закреплял ее нормативными средствами [2]. Вместе с тем результаты деятельности английского суда на стадии подготовки дела к слушанию отличаются особой щепетильностью. Они связаны с полной определенностью в предмете спора, предмете доказывания и пределах раскрытия судебных доказательств [46].

В отечественном опыте также следует сосредоточить внимание на достижении подобных результатов подготовки дела к слушанию. Стороны могут как угодно трактовать предмет спора и предмет доказывания. Очень часто их представления по указанным поводам не совпадают с тем, что под ними понимает суд.



Поэтому отсутствие конкретизации названных элементов судопроизводства со стороны председательствующего по делу влечет отсутствие эффективного судебного разбирательства в первой инстанции. Этот показатель может иметь нулевое значение. Проверочная инстанция вынуждена будет всю работу начинать с самого начала, если она обнаружит масштабы катастрофического положения дел, возникшего не по вине лиц, принимавших участие в первичном судебном разбирательстве [10, с. 14].

Не понимая предмета спора и предмета доказывания, не имея представления о действительном составе юридически значимых фактов и достаточных пределах в собирании, а также последующем раскрытии доказательств, стороны не смогут целенаправленно защищать свои интересы. И процедуры состязательности будут здесь бессильны, поскольку они окажутся в подвешенном состоянии, оторванном от той почвы, на которой возникли спорные отношения [12].

Третье условие достижения справедливости судебного решения определяется простором судебного усмотрения в оценке представленных доказательств и при реализации дисциплинарных мер (санкций) по отношению к сторонам.

Судебное усмотрение в странах общего права имеет свою специфику. Но в этой части отечественная процессуальная доктрина превосходит самые лучшие зарубежные образцы, поскольку вводит внутренние и внешние пределы подобного усмотрения, привнося тем самым определенность и предсказуемость текущих судебных оценок, а также итоговых выводов. Дело остается за малым, а именно за последовательным внедрением этих критериев в судебную практику.

Суд не вправе игнорировать доказательства и доводы сторон, оставить их без внимания, судебной оценки либо ограничиться слишком общей оценкой. Общая оценка не позволяет понять, почему принято то или иное решение[1].

Судебная оценка имеет отношение и к пониманию применимого права. В этой части традиции общего и континентального права также длительное время расходились между собой существенным образом.

После признания верховенства права, пришедшего на смену верховенству закона, имеются все основания для максимального сближения

[1] В соответствии с выводами Конституционного Суда Российской Федерации суд не вправе ограничиваться формальной констатацией условий договора и формальным применением норм права [с. 201]. В соответствии с отечественной доктриной немотивированное решение является наглядным проявлением отказа в правосудии [33, с. 23].

опыта отправления правосудия в странах общего и континентального права [5, с. 28].

Если мы посмотрим на нарушенное право как на первичное явление, то в этом случае непременно зададимся вопросом о том, какой закон следует применить для его защиты и восстановления, какое надо дать толкование данному закону либо совокупности законов, чтобы нарушенное право было восстановлено максимально в полном объеме.

Отечественная правосудная деятельность до настоящего времени испытывает немалые сложности на пути реализации постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 (в ред. от 5 марта 2013 г.) «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров», в котором идея верховенства права была перенесена из сферы доктринальной и законодательной в плоскость практической судебной деятельности.

В английском процессе, в отличие от нашего отечественного опыта отправления правосудия, нарушения закона влекут большее количество санкций. Санкциями могут выступать отступления от общих правил, связанных с распределением судебных расходов, приостановление производства по делу, исключение из общего списка отдельных требований либо возражений вплоть до их полного состава.

В отечественных традициях возможность перераспределения судебных расходов как разновидность процессуальной санкции используется нечасто. Возможность приостановления производства по делу в связи с виновными действиями самого истца не предусмотрена, что содержит потенциал полезного заимствования. Исключение требований либо возражений в качестве процессуальных санкций не характерно для наших отечественных традиций [29, с. 46].

Проблемы, связанные с разработкой процессуальных санкций, в нашей отечественной практике требуют самостоятельного развития в том виде, в котором они необходимы для более эффективного отправления правосудия. С учетом зарубежного опыта можно сказать, что рассмотрение вопроса об их применении в отдельном судебном заседании с вызовом сторон крайне отрицательно сказывается на общих сроках рассмотрения дела.

Вместе с тем заслуживает внимания тот опыт, в соответствии с которым санкции действуют автоматически, а вопрос об освобождении от них рассматривается судом по заявлению заинтересованной стороны с заслушиванием доводов каждого лица, участвующего в деле.



Четвертое условие надлежащего отправления правосудия связано с наличием универсальной системы обжалования судебных актов, которая стимулирует судей к дополнительному самоконтролю, стремлению избавить себя от критики со стороны коллег вышестоящей судебной инстанции. Это обстоятельство признают дополнительной гарантией справедливого правосудия. Она существует не только в зарубежном, но и в российском опыте. Однако важно проследить за фактическим наполнением деятельности проверочных судебных инстанций [7, с. 11].

Следом за первой инстанцией, обязанной дать оценку каждому доказательству и всей их совокупности, каждому доводу, с которым суд не соглашается, каждому доказательству, которое суд исключает, следует повторная проверочная судебная деятельность на обозначенном правовом поле. Именно она служит гарантиям справедливости, которые несовместимы с оставлением без исправления даже малой судебной ошибки.

В отечественных условиях первая судебная инстанция может ограничиться краткой мотивировочной частью только в том случае, когда абсолютно уверена в отсутствии связи с предметом спора и предметом доказывания многочисленных объяснений, показаний, иных доказательств, собранных по инициативе сторон. При этом она должна принять на себя все риски и всю ответственность за рассмотрение дела по сокращенной программе.

Отечественной доктрине следует обратить внимание на целый ряд других правил, сложившихся как данность в уголовном и гражданском судопроизводстве зарубежных стран, к числу которых можно отнести следующий открытый перечень:

— обязательность проведения всех следственных мероприятий, предусмотренных законом;

— строгий контроль за соблюдением права на физическую неприкосновенность за теми изъятиями, которые установлены в законе;

— дискретное право судьи исключить то или иное доказательство, если его использование в суде повлечет несправедливые последствия для обвиняемого лица;

— обязательность разъяснения права хранить молчание, особенно до начала судебного разбирательства;

— увеличение полномочий для органов предварительного расследования только при раскрытии преступлений террористической направленности;

— особое внимание среди всех прав и свобод человека и гражданина к личной свободе как наиболее важной;

— развитие процессуального института, обеспечивающего реализацию права на защиту от необоснованного задержания либо ареста;

— право задержанного лица знать основания для своего задержания и право на безотлагательную встречу с адвокатом;

— право арестованного лица на незамедлительное ознакомление с предъявленным обвинением;

— право на незамедлительное освобождение арестованного лица при отсутствии, по оценке суда, достаточных оснований для задержания или ареста;

— право подозреваемого лица хранить молчание и при полном несогласии с предъявленным обвинением, что не свидетельствует о признании им своей вины;

— внимательное отношение к показаниям, которые даны одним подсудимым против другого подсудимого в рамках рассматриваемого дела, а также при поступлении в суд заявления по поводу их дачи под принуждением;

— соблюдение правил правового иммунитета, которые гласят, что сведения, относящиеся к тайне личных переговоров, не подлежат разглашению, если они важнее, чем раскрытие доказательств по рассматриваемому делу[1];

— исключение доказательств из предъявленного обвинения, если они собраны с нарушением воли подозреваемого лица, что свидетельствует о приверженности доктрине исключительной добровольности даваемых показаний[2];

[1] Суд оценивает вред от раскрытия информации, относящейся к тайне личных переговоров, значение для доказывания по рассматриваемому делу, тяжесть предъявленного обвинения, наличие иных способов доказывания, позволяющих получить искомую информацию, последствия от раскрытия информации для других лиц, степень общей известности этой информации и период времени, прошедший со дня расследования события.

[2] Такая традиция ярко выражена в Англии, Израиле и многих других странах. Например, в Германии грубое обращение приравнивается к пыткам, и полученные в результате такого обращения показания автоматически исключаются из обвинения вне зависимости от их доказательственной значимости. О нарушении воли могут свидетельствовать факты физического или психического насилия, получение доказательств незаконным скрытым образом, а также с нарушением права на тайну личной жизни. Речь идет не о предоставлении доказательств принуждения к даче показаний, не соответствующих действительности, собрать которые подневольное лицо не в состоянии, а лишь об оценке обстановки, в условиях которой показания давались добровольно либо вынужденно. Указанные ограничения находятся в небывалом контрасте с такими допросами, в ходе которых используется имитация расстрела, утопления, удушения и других варварские издевательства, не признающие за человеком никаких ценностей. Комитет против пыток, действующий при ООН, в краткой и открытой части 913-го заседания, состоявшегося в Женеве 12 ноября 2009 г., с удовлетворением отметил позитивные изменения по докладу об Испании, где в 2004 г. Парламентом был принят Органический закон по обеспечению комплексной защиты от гендерного насилия, в 2009 г. принят Закон о праве на убежище для жертв пыток и насилия, приняты меры к улучшению подготовки сотрудников полиции и судебно-медицинских экспертов, призванных более бдительно относиться ко всем фактам насилия, жестокого обращения с лицами, находящимися под стражей [21].



— приоритетная обязанность государственного обвинения в устранении каждого сомнения, связанного с причастностью обвиняемого лица в совершении инкриминируемого ему деяния;

— обязанность органа предварительного расследования представить суду все собранные по делу доказательства, включая те, которые указывают на невиновность подсудимого;

— необходимость в государственных защитниках, т. е. адвокатах, оплата деятельности которых осуществляется государством;

— рассмотрение вопросов о допустимости отдельных доказательств в самостоятельных судебных заседаниях, особенно по тем делам, которые отнесены к введению присяжных заседателей;

— комплекс процессуальных прав обвиняемого лица рассматривается с точки зрения не декларации, а реализации, при которой родственники не имеют никакого беспокойства по поводу нормальных условий содержания лица, заключенного под стражу;

— гарантированное проведение очных ставок и перекрестных допросов свидетелей, дающих показания в пользу обвинения, а также показаний, даваемых с чужих слов, по инициативе обвиняемого лица;

— обязанность органа предварительного расследования представить суду доказательства виновности лица, которому инкриминируется содеянное, и в том случае, когда последним даны признательные показания на добровольной основе;

— ограничения прав только на основании императивных требований закона, поэтому каждое заявление о нарушении прав обвиняемого лица представителями публичной власти должно быть рассмотрено именно с этой точки зрения;

— презумпция невиновности предполагает право обвиняемого лица уклониться от участия в предварительном расследовании и судебном следствии;

— обязанность суда обеспечить равновесное состояние процессуальных прав, предоставленных обвиняемому лицу, поскольку их минимизация опасна для прав человека, а безмерное толкование поро-

дит возможность всякий раз избегать наказания. И то и другое породит умаление авторитета судебной власти;

— судебный контроль при собирании необходимых и достаточных доказательств в рамках заявленного спора;

— использование национального закона лишь в увязке с общепризнанными правами человека;

— подробное рассмотрение и соблюдение гарантий в реализации права на справедливое судебное разбирательство [9, с. 86];

— право суда на отказ в принятии доказательств, если они противоречат другой объективной информации, а потому вызывают обоснованные сомнения в их соответствии действительности;

— обязанность суда провести все исследования доказательств, направленные на исключение и предупреждение ошибки, в том числе применительно к оценке экспертного заключения (рецензии на заключения экспертов);

— возможность принятия немотивированного решения только по мелким искам (при отсутствии по ним жалоб), а также по делам, решения по которым принимаются присяжными заседателями;

— исключению подлежат доказательства, которые способны побудить суд к принятию несправедливого решения или иным образом повредить правосудию[1].

Самое большое количество правил справедливого отправления правосудия связано с недопустимостью понуждения обвиняемого лица к даче показаний. Очень важен акцент, наблюдающийся в опыте Сингапура. Здесь исключению подлежат все доказательства, связанные с дачей показаний, если они не прошли проверку на предмет добровольности [42].

Рассуждения по поводу справедливого рассмотрения дела, обеспечивающего общественное доверие к суду, звучат достаточно неопределенно и размыто, поскольку не имеют осязаемого содержания, основанного на конкретных критериях.

Поэтому в ходе реформирования процессуального законодательства зарубежные специалисты пытаются разработать гибкую систему оценок, при наличии которых судья приобретает дискреционные полномочия, связанные с исключением тех или иных доказательств вне зависимости от характера дела и тяжести совершенного преступления.

[1] Такое правило установлено, в частности, в ЮАР.



Судьи должны быть беспристрастными профессионалами. Но ни в одной стране мира население за ними пока такие качества в полной мере не признает [27].

Кроме того, государство не желает утрачивать свое право на формирование судебной политики. В этих целях во всех развитых странах созданы министерства юстиции (Англия, США, ФРГ и др.). Всеми признается принцип разделения властей, но не в примитивном виде их полного противопоставления.

5. *Деятельность проверочных судебных инстанций.* По опыту европейских стран необходимость проверочной инстанции диктуется самой идеей вышестоящего контроля за качеством работы суда первой судебной инстанции. Если первая судебная инстанция провела разбирательство полно, высветив и правильно разрешив на правовом поле все спорные проблемы, возникшие между сторонами, то обращение в проверочную судебную инстанцию далеко не всегда является необходимостью.

Периодически становится популярной идея о том, что вышестоящие судебные инстанции необходимы только для рассмотрения крупных дел. Мелким искам там делать нечего.

Подобную идею следует признать глубоко ошибочной, поскольку отсутствие гарантий судебной защиты по мелким искам еще в большей степени дискредитирует идею правосудия, чем по крупным делам. Особенно убедительно это выглядит в тех случаях, когда суд не смог разобраться в обоснованности ничтожно малого иска. У населения в этом случае возникают вполне предсказуемые сомнения в том, можно ли суду доверять более сложные дела.

Вместе с тем следует согласиться, что мелкие иски не требуют использования гражданской процессуальной формы со всеми имеющимися в ее арсенале сложными процессуальными институтами. Такие дела требуют упрощенного порядка судебного разбирательства.

Регламент Европейского союза от 11 июля 2007 г. относит к категории небольших (мелких) исков гражданские и торговые дела, имеющие сумму иска не свыше 2 тыс. евро. Сюда же относятся дела, посягающие на личные права, трудовые споры, связанные с социальным обеспечением, брачно-семейные, наследственные, алиментные, а также налоговые, таможенные, иные административные дела и даже дела о банкротстве.

Для подачи заявлений по мелким искам достаточно заполнить единый формуляр, состоящий из десяти частей, среди которых имеются как основные, так и факультативные графы [34, с. 463].

Рассмотрение таких дел в первой инстанции некоторых стран, например во Франции, поручается мировым судьям, которые не являются в юриспруденции профессионалами, или судьям малой инстанции (подробнее см. [18; 19]).

Мелкие иски рассматриваются только в соответствии с письменной процедурой, т. е. на основании представленных документов, поступившего отзыва на иск. Судебное заседание, на котором стороны вступают в состязательный процесс, назначается лишь в том случае, когда необходимость подобного разбирательства будет инициирована судьей. Возможно дистанционное участие в судебном заседании с использованием возможностей видео-конференц-связи.

Более того, мелкие иски могут быть заявлены и в устной форме. В этом случае исковое заявление заменяется протоколом, составленным на основе устного обращения в канцелярию суда.

Во многих странах Европейского союза [22] принятое решение подлежит немедленному (предварительному) исполнению. Законодатель признает за возможностью обжалования судебного решения одну из гарантий в реализации права на судебную защиту, но выше этого права ставит эффективность правосудия, порождающего немедленное исполнение принятого судебного решения.

Если первая инстанция работает, как правило, безукоризненно, то нет никакого здравого смысла в том, чтобы реальное исполнение судебных решений по всем делам задерживалось до их прохождения через апелляционную судебную инстанцию.

6. *Исполнение судебных решений.* Исполнение вступивших в законную силу судебных решений является необходимым условием восстановления нарушенного права, на защиту которого направлено судебное разбирательство [37, с. 245].

В целях повышения эффективности их исполнения во Франции применяется либеральная модель организации службы судебных приставов, которая имеет тотальное признание как более адекватная для решения задач, поставленных перед исполнителями.

Это означает, что государство не содержит огромный штат чиновников, функциональные обязанности которых связаны с исполнительной деятельностью. Традиционное для российских условий содержание для этой деятельности службы судебных приставов выглядит анахронизмом, поскольку передача данной функции организациям, действующим на основании лицензий, при сохранении государством за собой только контрольных функций, представляет собой совершенно другую модель организации указанного вида деятельности.



Переход к частной службе исполнения судебных решений предполагает проведение реформы, сопровождающейся масштабными организационными мероприятиями, подготовкой целой базы законодательных актов. Поэтому возможен и постепенный переход от государственной службы к частной, на период которого могут параллельно действовать те и другие.

Переходный период, в частности, необходим потому, что даже разработанная правовая база требует апробации, преодоления всевозможных пробелов и противоречий, максимально точного приспособления под нужды специфической деятельности по исполнению юрисдикционных актов[1].

Кроме того, необходимо время для подготовки рабочих мест, создания необходимой инфраструктуры, а также конкретизации полномочий, допустимости их делегирования другим приставам, определения правового статуса новых участников исполнительного производства, обучения их не только исполнительной деятельности, но и составлению отчетов о проделанной работе. Все это необходимо для предупреждения каких-либо рецидивов, вызванных отрицательным, нецивилизованным опытом деятельности коллекторских агентств.

Чтобы убедиться в выгодах частной формы организации службы судебных приставов либо скрытых изъянах, необходимо рассмотреть те доводы, которыми оперируют ее сторонники не только на доктринальном, но и на практическом уровне:

— без эффективной реализации права на исполнение судебного решения в разумный срок невозможно создание условий для восстановления нарушенной справедливости;

— необходимость в исполнителях судебных решений существует ровно настолько, насколько в них возникает потребность, поэтому негосударственная форма организации исполнительной деятельности позволяет обеспечить более лабильное ее регулирование;

— из многочисленных исследований можно убедиться в том, что при наличии у судебного исполнителя статуса должностного лица при равных условиях исполнимость судебных решений снижается в два раза [6];

— отсутствие результата исполнительной деятельности может быть обусловлено только изменившейся обстановкой (не связанной с наме-

[1] Детально проработанная программа внедрения частных судебных приставов в Германии, содержащаяся в так называемой модели нойнбергера, заслуживает внимания, но законодатель остается на традиционных для Германии позициях [8, с. 6].

ренными действиями самого должника), его неплатежеспособностью либо дипломатическими иммунитетами;

— повышение гарантий исполнимости судебных решений положительно влияет на правопорядок, доверие населения к суду и государству;

— доверительные отношения между кредитором и лицом, осуществляющим специализированную деятельность по взысканию долгов, в большей степени обеспечивают возможности для сотрудничества между ними;

— либеральная модель деятельности организаций, занятых исполнением судебных решений, позволяет в большей степени гармонизировать отношения между сторонами, а также их взаимоотношения с государством;

— исполнительная деятельность не может быть обусловлена предварительной оплатой оказываемых услуг;

— исполнительная деятельность должна соответствовать постоянно меняющимся, но самым передовым стандартам, устанавливаемым государством, в том числе связанным с надлежащим извещением заинтересованных лиц всеми доступными техническими средствами, а также с использованием электронной формы передачи информации;

— либеральная модель построения системы исполнительного производства позволяет организовать работу более оперативно и эффективно, заставляет задуматься над возможностью осуществления исполнительных действий по так называемым бесспорным искам до вынесения судебного решения с последующим обращением за судебной защитой лишь при наличии в том необходимости;

— профессиональная деятельность по исполнению судебных решений развивается и усложняется по мере развития экономических отношений, что более комфортно в условиях либеральной, а не чиновной модели [28];

— свободная профессия позволяет относиться к ней творчески, а не рутинно, обмениваться опытом, создавать самые эффективные модели (алгоритмы) исполнительской деятельности в зависимости от ее видов;

— лица, наделенные полномочиями на основании лицензии, обязаны действовать с той же осмотрительностью, которая характерна для деятельности государственных органов, их должностных лиц;

— служба частных судебных приставов может быть объединена в рамках профессиональной корпорации (палаты), необременительна для государства с точки зрения финансовых затрат на ее содержание,



но при этом она способна на принципах самоуправления устанавливать квоту своего личного состава, который, как показывает опыт, предполагается из расчета одного пристава на 30 тыс. населения[1];

— переход от государственной службы судебных приставов, занятых исполнением судебных актов, к частной требует множества регламентов, в том числе связанных с условиями выдачи им лицензий (требования к возрасту, специальному образованию, наличию необходимых знаний по особым программам подготовки, прозрачности имущественного положения и т. д.) [17, с. 34—35];

— либеральная модель предполагает для лиц, осуществляющих деятельность по исполнению судебных решений, наличие общих стандартов поведения, упрощенных процедур взыскания, свободу действий и ответственность за их неправомерный характер, обязательное наличие контрольных государственных органов;

— государство не освобождается от обязанности создания правовой базы, позволяющей даже самым незащищенным слоям населения беспрепятственно обращаться за услугами, связанными с применением исключительных полномочий по исполнению судебных решений;

— для подготовки частных судебных приставов, помимо нормативной правовой базы, требуется специализированное теоретическое обучение по программе, отвечающей всем проблемам реального исполнительного производства, а также обязательная стажировка (практика) минимально необходимой продолжительности;

— деятельность по исполнению судебных актов включает необходимость обеспечения частному судебному приставу доступа к служебной информации, взаимодействия с правоохранительными органами, фиксации правонарушений, препятствующих исполнительной деятельности, использования возможностей по примирению сторон на стадии исполнительного производства, консультирования и управления имуществом, использования средств массовой коммуникации, обучения компетенциям, позволяющим приступить к немедленному исполнению решения любого юрисдикционного органа;

— все участники исполнительного производства, включая судебного исполнителя, взыскателя и самого должника, нуждаются в доступном информационном обеспечении по поводу состояния и мер, предпринятых к исполнению имущественных обязательств;

— наряду с обеспечением дистанционного доступа ко всей процедуре исполнительного производства, при его динамике и успехах

[1] В настоящее время в Германии работает около 5 тыс. судебных приставов. Население страны составляет 81 млн человек.

(провалах) требуется создать условия для обеспечения нормальной рабочей обстановки, которую не могли бы нарушать бесконечные визиты сторон исполнительного производства, их профессиональных представителей;

— в арсенале средств частного пристава должны быть все правовые возможности для воспрепятствования укрывательству либо переводу своих активов на других лиц с целью воспрепятствования надлежащему осуществлению исполнительной деятельности;

— наличие у организации, занятой исполнением судебных решений, подробного регламента деятельности является достаточной гарантией защиты граждан от какого-либо произвола под видом осуществления исполнительной деятельности;

— особая оперативность требуется для принятия мер по обеспечению иска, исполнения судебного решения либо обеспечения судебных доказательств, а также реализации предварительных обеспечительных мер;

— освободившись от повседневной деятельности по организации службы судебных приставов-исполнителей, государство имеет возможность заняться анализом не внешних симптомов, а глубинных причин, вызывающих сложности приведения судебных актов в исполнение;

— судебный контроль за исполнительной деятельностью связан с анализом и оценкой достаточности принятых мер, а также их адекватности поставленной цели;

— контроль государства за деятельностью лиц, занимающихся исполнительной деятельностью (частными судебными приставами) на основании выданных им лицензий, необходим постольку, поскольку государство не освобождается от ответственности за вред, причиненный при осуществлении публичных функций, которые были им делегированы другим лицам;

— лицо, занятое исполнением судебных решений на основании выданной ему лицензии, может быть привлечено к дисциплинарной, административной, уголовной и гражданско-правовой (имущественной) ответственности.

Таким образом, либеральная модель организации исполнения судебных актов содержит намного больше преимуществ, чем потенциально возможных, как в любой реальной деятельности, недостатков.

Ей не следует противопоставлять иные модели исполнительной деятельности, основанные на узкой специализации, соединенной с доступом к определенным видам имущества. Как показал опыт других



стран, в частности Румынии, растаскивание единого института исполнительного производства по разным квартирам, когда появляются многочисленные исполнители (банковские, налоговые, ипотечные, имущественные и др.), представляет собой не самый удачный опыт.

Такое размывание единого института не менее опасно по своим последствиям, чем размывание судебной власти (на превентивную в виде нотариата, альтернативную в виде третейских судов) и адвокатуры (на налоговых консультантов, риелторов, аудиторов и других специалистов).

7. *Качество и эффективность правосудной деятельности.* Качество и эффективность правосудной деятельности определяются ее справедливостью, длительностью разбирательства и результативностью исполнения принятых решений.

В США стандарты качества правосудия были выработаны в ходе дискуссии по оценке судебной работы, продолжавшейся с 1987 по 1990 г. Всего было выработано 22 стандарта, включающие 68 критериев, по таким группам, как доступность правосудия, своевременность и максимальная оперативность в работе судов, равноправие сторон в условиях беспристрастности суда, обеспечение независимости судов, доверие общества к деятельности по отправлению правосудия. К 2005 г. в США упростили систему оценок качества судебной деятельности, сосредоточив внимание на сроках рассмотрения дел, длительности ожидания назначенного судебного разбирательства, достоверности материалов дела, очевидной справедливости судебного акта и некоторых других критериях, включая удовлетворенность своей работой сотрудников аппарата, без которой ожидать лучшие образцы правосудия крайне затруднительно [23]. Аналогичные критерии используются в отечественном гражданском судопроизводстве [35, с. 148—181].

В других странах, таких как Нидерланды, Сингапур, Финляндия, а также в России пореформенные преобразования, связанные с повышением качества судебной деятельности, были инициированы прежде всего сроками судебного разбирательства. Однако в ходе работы по мониторингу средней продолжительности слушания дела стал проявляться закономерный интерес к беспристрастности и качеству судебного разбирательства.

В России традиционно во внимание принимается судебная статистика, отражающая процентное соотношение обжалованных и отмененных (измененных) судебных актов. Она и признается показателем качества судебной работы.

В Нидерландах проводят опросы профессиональных представителей о том, выходит ли судья в заседание подготовленным к слушанию дела, демонстрирует ли он образец честности, достаточна ли его профессиональная квалификация. Кроме того, изучается глубина мотивации принятого решения или вынесенного определения, количество поступивших жалоб, отношение судьи к сторонам, продуктивность судебных заседаний, контроль со стороны судьи за движением дел, их плановым рассмотрением.

Опросы проводятся постольку, поскольку судебная деятельность оценивается как разновидность государственных услуг. Судебная власть осуществляет диагностику собственной судебной системы экспертными заключениями и мерами оперативного контроля с помощью табличного вычленения наиболее важных параметров.

Доверие населения к судебной власти воспринимается не как политический лозунг, а как вполне реальный стимул в работе. Ради этого показателя вносится множество изменений в действующие нормативные правовые акты организационного и процессуального характера.

В чем-то похожие исследования, имеющие отношение к качеству отправляемого правосудия, проводятся и в отечественной судебной системе [24, с. 4]. Изучаются показатели доверия к правосудию, внимательного отношения к лицам, участвующим в деле, со стороны судей и работников аппарата, сроки рассмотрения заявленных споров, относительные величины исполнимости судебных решений.

Весьма благоприятное влияние на доверие к суду имеет размещение в открытом и общедоступном виде принятых судебных решений. Цифровые технологии и базы данных содержат всю необходимую пользовательскую информацию, что само по себе способствует формированию единой судебной практики, предсказуемости судебных решений.

Следует обратить внимание на то, что отзывы о российских судьях и судах в информационном пространстве присутствуют, но имеют только разовый и случайный характер [20]. Если перенять полезный зарубежный опыт, то короткие отзывы о каждом судебном заседании по карточной форме, размещаемой на сайте суда, стали бы постоянным индикатором, использование которого весьма полезно отразилось бы не на результатах разбирательства по конкретному делу, а на развитии судебной системы в целом, повышении качества и оперативности в ее работе.

С качеством судебной работы тесно связано достижение конечных целей судопроизводства, а именно защита и восстановление нарушенного права.



Необходимые условия для вынесения справедливого судебного решения и результативности исполнения судебных актов оценивались выше. Поэтому необходимо более подробно рассмотреть рациональные подходы к темпам судебного разбирательства.

Безусловно, скорость прохождения документов через судебное учреждение не является самоцелью [3]. Однако на себя обращают особое внимание два других обстоятельства.

Первое связано с рассмотрением простых по своему составу дел. Если их рассматривать по общей процедуре, являющейся для этих дел чрезмерно утяжеленной, то будет наблюдаться искусственное сдерживание правосудного результата. Необходимо определить более широкий круг дел либо условий, при которых споры должны рассматриваться в упрощенном прядке. Тем более заявления, не содержащие спора.

Второе обстоятельство связано с тем, что сложные дела рассматриваются чрезмерно долго не потому, что именно столько времени требуется для их осмысления, а исключительно в связи с множеством судебных заседаний, каждое из которых требует оповещения участников судебного разбирательства.

Если гражданское дело откладывается пять раз на один месяц, то нагрузка, исчисляемая их общим количеством, от этого не меняется. Из данного любопытного факта следует совершенно другой вывод. Он связан с тем, что при отсутствии проблем с информированием (оповещением) каждое из самых сложных дел при прочих равных затратах времени и сил могло быть рассмотрено в пятидневный срок.

Чтобы устранить изжившие себя препятствия на пути своевременного рассмотрения гражданских дел, необходимо использовать преимущества цифровых технологий. Для этого безотлагательно требуется:

— внедрить в судебную работу стандарты электронного правительства, позволяющего передавать информацию мгновенно и точно по адресу [25, с. 9—12];

— заручиться согласием адресатов на передачу им информации в электронном, т. е. бездокументарном, виде, на добрую волю по поводу электронного уведомления;

— широко использовать электронную почту и онлайн-серверы, принимающие большой объем информации;

— создать надежную и безопасную электронную систему, взлом которой хакерами не имел бы никакого смысла и никакой выгоды;

— при наличии возможностей переходить на отцифрованный процесс, позволяющий принимать документы, проводить их регистрацию, учет, систематизацию, хранение и выдачу копий без использования бумажных носителей [47].

Австрия приступила к электронному документообороту в 1990 г., Германия и Италия — в 2000 г., Франция — в 2005 г. [30], что явно свидетельствует о неизбежной и целенаправленной мировой тенденции, которой необходимо соответствовать, а не противостоять.

Поэтому к современным средствам информационного обеспечения суда и лиц, участвующих в деле, должно быть приковано самое пристальное внимание, поскольку от этого, на первый взгляд, технического вопроса зависят показатели реальной эффективности правосудия, своевременности защиты и восстановления нарушенного права.

*Библиографический список*

1. Постановление Конституционного Суда РФ от 12 июля 2007 г. № 10-П // СЗ РФ. 2007. № 30. Ст. 3988.

2. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 июня 2008 г. № 11 (с посл. изм. и доп.) «О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству». URL: www.vsrf.ru/Show_pdf.php?Id=6484.

3. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 52 «О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях». URL: http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/1685378/.

4. *Аболонин Г. О.* Гражданское процессуальное право США. М., 2010.

5. *Алексеев С. С.* Общая теория права. М., 2009.

6. *Андриё Ф.* Статус судебного пристава // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2011. № 9. С. 295—297.

7. *Бурмагин С. В.* Роль уголовного суда в защите прав и свобод личности // Мониторинг соблюдения прав человека в Северо-Западном федеральном округе РФ. Архангельск, 2006.

8. Бюллетень Федеральной службы судебных приставов. 2010. № 4.

9. *Виткаускас Д., Диков Г.* Защита права на справедливое судебное разбирательство в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Страсбург, 2012.

10. Гражданский процесс: проверка судебных постановлений в странах ЕС и СНГ / под ред. *Е. А. Борисовой.* М., 2007.

11. *Егорова О. А., Беспалов Ю. Ф.* Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод в судебной практике. М., 2012.



12. *Жуйков В. М.* Принцип состязательности в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. 2003. № 6. С. 26—29.

13. *Захарцев С. И., Сальников В. П.* Конвергенция в праве, русская ментальность и психология нищенства: философская и философско-правовая проблема // Мир политики и социологии. 2015. № 1. С. 166—179.

14. *Захарцев С. И., Сальников В. П.* О конвергенции уголовно-процессуального права России и зарубежных государств // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2015. № 2(19). С. 29—33.

15. *Захарцев С. И., Сальников В. П.* Этические проблемы в юридической науке и конвергенция // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2015. № 5 (22). С. 9—15.

16. *Здрок О. Н.* Гражданский процесс зарубежных стран. Минск, 2004.

17. *Исаенкова О. В.* Исполнительное производство. Саратов, 2009.

18. *Каитова А. Р.* Сравнительно-правовой анализ зарубежного опыта организации деятельности мировых судей // Правовая инициатива. 2014. № 3.

19. *Кириллова Т. К., Скрементова О. С.* Институт мировых судей в России и за рубежом // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2005. № 4. С. 89—93.

20. *Клеандров М. И.* О совершенствовании механизма квалификационной аттестации судей // Российское правосудие. 2015. № 6. С. 5—12.

21. Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Женева, 25 марта 2010 г.

22. *Кузнецов Е. Н.* Отдельные направления унификации и гармонизации международного гражданского процесса и исполнительного производства в ЕС // Российское право. 2009. № 8. С. 42—52.

23. *Лавриенко И.* Зарубежный опыт: методы оценки эффективности работы судов в США. URL: http://racurs.ua/757-zarubejnyy-opyt-metody-ocenki-effektivnosti-raboty-sudov-v-ssha.

24. *Левада Ю.* Зависимость от исполнительной власти губит репутацию российских судов // Отношение россиян к судебной системе. М., 2011.

25. *Макаренко О. Н.* «Электронное правосудие» в России // Проблемы юридической науки в условиях современного социально-экономического развития России. Ростов-н/Д, 2009.

26. *Медведев И. Р.* Гражданский процесс Англии и США: Повышение ответственности сторон за свои объяснения и действия / Известия высших учебных заведений // Правоведение. 2007. № 1. С. 136—151.

27. *Нешатаева Т. Н.* Оценка профессиональной деятельности судьи: проблемы правового регулирования // Российское правосудие. 2008. № 11. С. 67—78.

28. *Павлова Н. В.* Ускоренная судебная защита. Предварительные обеспечительные меры в коммерческом процессе. М., 2005.

29. *Попова З. М.* Санкции норм процессуального права. СПб., 2012.

30. Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2011. № 9.

31. *Сорокин В. В.* Понятие и сущность права в духовной культуре России. М., 2007.

32. *Толстухин М. Е.* Между правом и целесообразностью. Методологические очерки. СПб., 2014.

33. *Ферра Ф.* Сравнительное исследование французского и немецкого гражданского процесса. Европейская процедура разрешения небольших споров // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2011. № 9.

34. *Фурсов Д. А., Харламова И. В.* Теория правосудия. Т. 1. М., 2009.

35. *Шах Х.* Международное гражданское процессуальное право. Пер. с нем. М., 2001.

36. Эффективность принудительного исполнения судебных решений и актов других органов / под ред. *Д. Валеева, А. Парфенчикова.* М., 2011.

37. *Andrews N.* English Civil Procedure, Fundamentals of New Civil Justice System. 2003.

38. *Brand R., Jablonski S.* Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention or Choice of Court Agreement.

39. Case «Alpine View Co. Ltd. v. Atlas Copco». AB 205 F.3d 208 (5th Cir. 2000). URL: http://openjurist.org/205/ f3d/208.

40. Criminal Evidence Act, 1992. URL: http://www.irishstatutebook.ie/1992/en/act/pub/0012/print.html.

41. Criminal Procedure Code. 2010. Ct. 258 (3).

42. *Daly Y. M.* Unconstitutionally Obtained Evidence in Ireland: Protectionism, Deterrence and the Winds of Change // (2009) 19 (2) I. C. L. J. 40.

43. Fourth Amendment. Search and Seizure. URL: https://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt4frag1_user.html# amdt4_hd4.

44. Police and Criminal Evidence Act, 1984. Part VIII. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/pdfs/ukpga_19840060_en.pdf.



45. Rules of evidence for United States courts and magistrates. January 2, 1975. [H. R. 5463]. URL: http://federalevidence.com/pdf/2009/Misc/1975-Pub.L._93-595_FRE.pdf.

46. S. v. Tandwa 2008 (1) SACR 613 (SCA) § 116.

47. *Решетняк В. И.* Электронная форма подачи документов в суд (опыт зарубежного судопроизводства) // Адвокат. 2013. № 4. С. 62—70.

## К вопросу о роли правосудия в жизни государства

(совместно с Д. А. Фурсовым)[1]

Жизнь цивилизованного общества и государства опосредована многообразными способами организации и самоорганизации. Само правосудие следует рассматривать как некий механизм осуществления организующей деятельности [1]. В первую очередь деятельности государства, но не только: полнокровное гражданское общество трудно представить без организующей роли правосудия. В свою очередь, правосудие становится ущербным, если оно отрывается от общества, если его отстраняют от реальных жизненных отношений. Правосудие скатывается в кризис, если судебная система соприкасается с жизнью формально, если решения принимаются в других звеньях государственного механизма, а в суде они только провозглашаются.

Правосудие может перестать быть правосудием, потерять свои отличительные свойства, превратиться в разновидность административной деятельности, если вначале теоретически, а затем последовательно практически не рассматривать его системно, вписывая внутреннюю организацию и функционирование в механизм государства и механизм самоорганизации гражданского общества. Таким образом, в поле зрения исследователя правосудия просматривается конструкция с тремя входящими одна в другую системами со своими механизмами, связующими узлами между ними, конструкция, чьи опоры уходят в глубины социальной жизни.

Научные взгляды, связанные с пониманием правосудия, представлены широкой палитрой мнений. От обеспечения равенства граждан перед законом до защиты нарушенного права, преодоления состояния возникшего конфликта, особым образом организованной государственной услуги, соединенной с гласностью судебного разбирательства, его состязательными началами, беспристрастностью суда, поиском истины в рамках заявленных требований, неотвратимостью

[1] Юридическая наука и практика // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 4 (44). С. 34—38.

наказания за совершенные преступления и административные правонарушения [2, с. 15].

Все перечисленные и иные содержательные свойства правосудия правильнее понимать не самостоятельными ликами, а различными гранями одного и того же явления. Они вовсе не исключают, а напротив, предполагают и дополняют друг друга. Их не уложить в механизм правоприменения; они сопряжены с более общими ценностями. Понимание суда предполагает суждение, обсуждение, заключение о праве (например, содержащемся в законе), на основе права и во имя права (в целях нахождения права). Здесь мы имеем особый механизм по всему спектру разрешения споров о праве. Правосудие рассматривается, во-первых, как вид организации; во-вторых, как вид особого рода деятельности; в-третьих, как система взаимодействия с иными видами организации и деятельности.

Судебные органы, созданные государством и призванные отправлять правосудие, имеют системную, т. е. упорядоченную, организацию. Однако из-за множества исторических традиций и прошлого опыта во всех странах, включая Россию, эта система имеет весьма сложные, не всегда последовательные очертания.

Например, в отечественном опыте начала прошлого века судебная система была представлена судами как общей, так и специальной юрисдикции. К общей юрисдикции относились мировые судьи, земские начальники, городские судьи, уездные члены городских судов, уездные суды, окружные суды, губернские присутствия, судебные палаты, кассационный департамент.

Особенная юрисдикция, которую мы называем специальной, включала суды коммерческие, духовные (отдельно существовавшие по вполне понятным причинам для римско-католической, евангелическо-лютеранской и евангелическо-реформатской церкви), волостные суды для крестьянского сословия (находящегося в Великороссии, царстве Польском, Великом княжестве Финляндском, западных губерниях, на Кавказе, в Сибири и Туркестане), а также иных сословий.

Из-за использования одновременно множества критериев, положенных государством в основу систематики, при указанном наборе судебных учреждений население часто не было в состоянии разобраться, куда ему следовало обращаться с жалобами и заявлениями по тому или иному поводу.

Систему отечественных судебных органов невозможно признать простой и в современных условиях, поскольку в ней, как и сто лет назад, присутствуют множественные самостоятельные критерии в условиях одной классификации.



С передачей в ведение Верховного Суда РФ арбитражных судов всех уровней, специализированного суда по защите интеллектуальных прав в рамках единой судебной системы возникла необходимость унификации многих организационных и судопроизводственных институтов, включая преодоление двойной кассации, разработку единого кодифицированного гражданского процессуального закона. Принятая в 1991 г. Концепция судебной реформы породила к 2018 г. реформу процессуальную (постановление ВС РСФСР от 24 октября 1991 г. № 18011 «О концепции судебной реформы в РСФСР», федеральные законы от 29 июля 2018 г. № 265-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», № 243-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации “О статусе судей в Российской Федерации” и Федеральный закон “Об органах судейского сообщества в Российской Федерации”» и № 228-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации»). (Для унификации гражданского процессуального, арбитражного процессуального, известной части административного процессуального законодательства какие-либо препятствия отсутствуют по причине однородности тех отношений, которые относятся к предмету их регламентации. На эти обстоятельства имелись ссылки в монографической литературе уже 15 лет назад [3, с. 24—28].)

Сложная конфигурация в построениях судебной системы накапливается перманентно по мере усложнения общественных отношений. Она вполне допускает и осмысленное преобразование в сторону полезного, но не всякого упрощения. Подобные шаги должны быть подготовлены самым тщательным образом, служить улучшению, а не отягощению условий для надлежащего отправления правосудия.

Примером недальновидного, по существу, волевого решения может служить ликвидация постановлением ЦИК и СНК СССР от 4 марта 1931 г. государственных арбитражных комиссий, которые являлись предшественниками будущих органов государственного арбитража, с передачей всех дел районным судам. Последние не имели знаний, необходимых для разрешения хозяйственных споров, и возможностей для их оперативного рассмотрения, сопоставимого со сроками рассмотрения дел в арбитражных комиссиях, в интересах беспрепятственного развития хозяйственного оборота.

К арбитражным комиссиям в несколько преобразованном виде государственной власти пришлось спешно возвратиться через 16 дней.

Ровно столько районные суды смогли продержаться под натиском обрушившейся лавины дел абсолютно новых для них категорий [4, с. 15].

Если правосудие не отождествлять с судебной властью и с судопроизводством, то напрашивается широкое его понимание, когда субъектами, осуществляющими правосудие, являются все те лица, чьи действия так или иначе сказываются на вынесении судебного решения. Остается понятийная неопределенность в отношении того, кто именно принимает судебное решение: суд или судья (логика восстает против того, что судья, суд, председательствующий суда, а иногда и председатель суда оказываются в одном лице). При таких условиях все участники судопроизводства и все инициаторы его претендуют на то, чтобы быть перечисленными в ряду участников правосудной деятельности сообразно их роли, определенной процессуальным законом.

Сегодня подвергается критике советская модель уголовного процесса, когда суд занимал место органа, перепроверяющего выводы следователя, когда прокурор выступал центральной фигурой правосудия. Главной стадией тогда являлось предварительное следствие, в котором предполагалось разбирательство по существу.

Иногда полагают, что новый постсоветский Уголовно-процессуальный кодекс 2001 г. мало что изменил. Сегодня следователь обязан исходить из принципов, которыми руководствуется судья (ст. 6, 7, 17 УПК РФ), и фактически первым судьей является следователь. Роль прокурора при этом снизилась. Наиболее ретивые критики современной российской системы указывают даже на то, что мы как бы вернулись в Средние века, восстановив тождество между «розыском» и «правосудием». Дескать, уже и суд никакой не нужен, достаточно одного следствия.

Более того, в реалии само по себе возбуждение уголовного дела может стать высшей мерой наказания. Возбудили дело — и нет бизнеса, нет имени, нет здоровья у его участников. Следствие в России самодостаточно: оно выносит свое окончательное решение задолго до того, как появляется на свет судебный приговор. При всех перехлестах подобной публицистики нельзя не признать позитив: она требует системного восприятия правосудия. Необходимо видеть весь механизм государства в целостности, понимать назначение каждой его части, убеждаться в том, что большая часть несовершенства и неэффективности правосудия связана с работой иных звеньев этого механизма.

Одна из предлагаемых схем механизма государства содержит указание на четыре его части:

— представительные органы законодательной власти;

— органы исполнительной власти;



— органы, осуществляющие юрисдикцию:

— материальные придатки.

Это механическое представление о механизме государства как простой совокупности его органов, осуществляющих государственную власть. И в исторических экскурсах, и в современном судоустройстве существенными являются те связи, которые определяют место органов правосудия в механизме государственного регулирования.

К сожалению, последние десятилетия профильная юридическая наука демонстрирует традиционное понимание под механизмом не динамики отношений и взаимодействий, а статическое, линейное перечисление отдельных элементов в общем ряду государственных органов. Такой подход препятствует развертыванию научных идей или как минимум тормозит их развитие.

Поэтому мы предлагаем под механизмом государственного регулирования понимать не застывшие явления, а реальную деятельность судебных учреждений, необходимые предпосылки успешной деятельности, результаты судебной работы, порядок взаимодействия между судами и иными государственными органами, институтами гражданского общества.

Необходимо освободиться от сложившихся шаблонов мышления, выйти за рамки обыденного и унылого представления о налаженной правосудной деятельности, разобраться в ее действительных критериях. Без этого понимание механизма государственного регулирования останется мертвой буквой, а рассуждения о правосудии полными бесконечной схоластики.

Системное видение позволяет нам заключить, что причины дефектного осуществления правосудия могут корениться в первой части механизма государства (законы далеко не совершенны, очевиден дефицит нормативной регламентации в области организации судебной деятельности), во второй его части (акты органов исполнительной власти и действия аппарата чиновников часто расходятся и с требованиями законов, и с вынесенными на их основе судебными решениями), наконец, в части деятельности тех учреждений, которые призваны обеспечивать исполнение судебных решений.

Разумеется, нельзя ограничиться выявлением только внешних негативных обстоятельств, привходящих в систему органов, осуществляющих юрисдикцию. Сегодня обсуждаются вопросы поиска истины и справедливости следователем, прокурором, адвокатом, судьей, наконец, и мнения специалистов разнятся. Расходятся они во многом по причине различного понимания того, что происходит и что должно

происходить в общественном развитии, имея в виду экономический, собственно социальный и политический аспекты.

Развитие правосудия и судебная реформа могут протекать успешно только в неразрывной связи с системой гражданского общества и более предметно с теми ее структурами, которые озабочены борьбой за свои экономические, социальные и политические права. Отсюда требование транспарентности правосудия, отвержение закрытости судейского сословия, легальных и постоянных связей судей с соответствующими институтами гражданского общества. Всякие барьеры здесь устраивают только чиновничество и потребителей коррупционных технологий. Вместе с тем следует осторожно отнестись к радикальным предложениям о том, что возможность контроля за судом надо предоставлять не государству, а обществу, и ни одна из ветвей государственной власти не должна иметь какой-либо рычаг давления на суд [5, с. 42]. Нельзя, полагают отдельные авторы, в этом отношении доверяться и самим судьям. Отсюда дебатируются предложения о распространении практики общественного и экспертного обсуждения судебных решений.

Но Конституции России противоречит публичная экспертиза уголовных дел, приговоры по которым не вступили в силу. Оценивать законность судебных актов имеют право «исключительно судебные органы» (ст. 118 Конституции РФ и ст. 1 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»). Иное означает незаконное вмешательство в отправление правосудия и нарушение независимости судей, гарантированной ст. 120 Конституции РФ. Для государственника утрата судом независимости, потеря суверенитета судебной власти — это шаг к подрыву государственного суверенитета и деградации государственности.

Остается огромной проблемой формирование мягкого, но полезного взаимодействия между судом и государством в тех случаях, когда судебная система не обеспечивает очевидных результатов правосудной деятельности. Формой такого взаимодействия могли бы стать обсуждения президиумами судов соответствующих уровней публикаций по поводу неясности причин, по которым состоялись те или иные акты, вступившие в законную силу.

На сегодняшний день подобная практика судебной работы не существует. Но она имеет под собой все необходимые предпосылки. Президиум суда имеет возможность истребовать материалы дела, разобраться в том, чем вызваны обсуждаемые проблемы, разъяснить дополнительно мотивы принятого решения, обсудить изученную судебную практику в целях формирования рекомендаций, наконец, разъяснить право заинтересованного лица на подачу жалобы.



Отсутствие контактов между судебной системой, с одной стороны, и государством, обществом, с другой стороны, полное непринятие каких-либо проблем и поводов для их обсуждений не свидетельствует о наличии достаточно гибкого механизма государственного регулирования. Без его создания всегда останется почва для нездоровых оценок судебной деятельности, которые связаны с непониманием либо недостаточным пониманием мотивов принятых судебных актов, имеющих силу закона.

*Библиографический список*

1. *Бутнев В. В., Тарусина Н. А*. Актуальные проблемы гражданского процессуального права. Ярославль, 2012.

2. *Лазарев В. В*. Инструментальный подход к праву // Государство и право. 2003. № 1.

3. *Фурсов Д. А*. Предмет, система и основные принципы арбитражного процессуального права (основные проблемы теории и практики). М., 1999.

4. *Фурсов Д. А*. Процессуальный режим деятельности арбитражного суда первой инстанции. М., 1997.

5. Судебная власть / под ред. *И. Л. Петрухина*. М., 2003.

## Правосудие в жизни общества

(совместно с Д. А. Фурсовым)[1]

Обеспечение прав и свобод граждан включает в себя всю систему экономических, политических, социальных, духовных, организационных, правовых мер и условий, направленных на достижение личностью ее законных интересов. Государство в лице всех своих органов и должностных лиц призвано способствовать гражданам в реализации их неотъемлемых прав, но прежде всего государство, согласно Конституции Российской Федерации (ст. 45), обязано гарантировать защиту прав и свобод человека и гражданина. В этой системе наиглавнейшая роль отводится судебной защите (ст. 46 Конституции Российской Федерации)[2].

[1] Вестник гражданского процесса. 2019. № 3 (9). С. 12—33. eLIBRARY ID: 38532227.

[2] См.: *Голик Н. М.* Конституционная жалоба как гарантия прав и свобод граждан. М., 2010.

Судебная защита прав и свобод — основополагающая функция судебной власти. Ее эффективное осуществление мыслится только на основе подлинно демократического принципа разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную. Только в условиях такого разделения возможно существование независимого и справедливого суда. При общности задач, стоящих перед всеми властями государства в отношении обеспечения прав и свобод граждан, в реалии необходимы гарантии уравновешивания властей, сдерживания власти в интересах предупреждения, исключения нарушений прав и свобод. На суд возлагается в этом отношении особая миссия. Суды общей юрисдикции и арбитражные суды противостоят в основном органам исполнительной власти; конституционные (уставные) суды — законодателю. На те и другие ложится нагрузка по исправлению дефектов нормативно-правовой системы, а на суды общей юрисдикции, арбитражные суды — еще и дефектов в правоприменительной сфере.

Права и свободы человека и гражданина обеспечиваются прежде всего их нормативным закреплением в Конституции Российской Федерации, законах и подзаконных актах. Во-первых, суды в своей деятельности проводят законодательство в жизнь; во-вторых, суды толкуют и конкретизируют правовые нормы; в-третьих, они своими средствами обеспечивают права и свободы граждан в случае пробелов в законодательстве; в-четвертых, конституционные суды наделены правами лишать юридической силы законы, если они противоречат конституции, а суды общей юрисдикции — подзаконные акты, если они противоречат закону[1]. Если к этому добавить акты, выносимые судами по жалобам граждан на действия и бездействие должностных лиц, то мы увидим громадный объем правообеспечительной (правозащитной) работы судов в их взаимоотношениях с органами, представляющими иные ветви государственной власти.

Повседневная деятельность судов по разрешению споров, рассмотрению гражданских и уголовных дел направлена на обеспечение прав и свобод граждан, не в меньшей мере требует независимости от любой другой власти. Реализуя свое исключительное полномочие по разрешению конфликтов в сфере права, суд восстанавливает нарушенное благо одной из конфликтующих сторон или защищает от необоснованного посягательства на это благо другой стороны. Нельзя при этом забывать, что суд обязан обеспечить условия для разбирательства и принять решение, поскольку данная обязанность корреспондируется с конституционным правом гражданина на судебную защиту. Последнее весьма содержательно и предполагает, в частности, судебный контроль как систему дополнительных мер обеспечения законности в деятельности правоохранительных органов. Судебный контроль должен распространяться на все действия и решения, которые могут иметь своим последствием ограничение права на правосудие, ограничение права на судебную защиту.

[1] См.: *Никитин С. В.* Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе. М., 2010. С. 78.



С этой точки зрения возникает проблема прямого и косвенного судебного нормоконтроля. Речь идет о том, что при разрешении заявленного спора формальным препятствием для удовлетворения иска может служить неотмененный нормативный правовой акт, которым в заявленных условиях явно нарушаются конвенциальные права человека. Суду удобнее рассмотреть вопрос о соответствии либо несоответствии в той или иной части подзаконного нормативного правового акта федеральному закону в рамках самостоятельного судебного разбирательства. Понимание конституционного права на судебную защиту, напротив, указывает на необходимость скорейшего восстановления нарушенного права.

При таких условиях судебный нормоконтроль возможен как в самостоятельном порядке при поступлении заявления заинтересованного лица по данному поводу, так и косвенным образом. В последнем случае суд не будет иметь подзаконный нормативный правовой акт в качестве самостоятельного предмета спора и предмета доказывания, но получит возможность косвенным образом прийти к выводу о допустимости либо недопустимости его применения к спорным правоотношениям. Иной подход неизбежно ограничивает конституционное право на судебную защиту, приведет к его урезанному виду и подчинению излишне формальным правилам, связанным с порядком рассмотрения гражданских дел.

От суда много ожидают потому, что это конечная инстанция в решении правовых споров, что суд представляется более доступным для граждан в сравнении с иными государственными органами. Во всяком случае суд должен быть таким.

Повышение внимания к суду как гаранту прав и свобод граждан требуется еще и по той причине, что сами эти права и свободы часто исключают вмешательство каких-либо государственных органов, помимо суда[1]. Таково, например, право собственности, реализуемое гражданами на основе общеправовых принципов равенства, неприкос-

[1] См.: *Ведерников А. Н.* Конституционное право личности на судебную защиту в законодательстве и судебной практике. М., 2012.

новенности и свободы договора. Посягательство на право собственности требует судебной защиты[1]. Представляется, что только суд может решать вопросы умаления достоинства личности, лежащего в основе всех неотъемлемых прав и свобод. Законодателю и правоприменителю, должностным лицам государства запрещается принимать акты, затрагивающие достоинство личности.

Судебная реформа мыслится не иначе как в русле укрепления государственности (права и государства)[2]. Она обречена на провал, если суды выводить за рамки механизма государства, если судебную реформу не связывать с административной, если не вписывать ее в общий контекст правотворчества и правоприменения. Судебная реформа в широком смысле слова напрямую охватывает прокуратуру и адвокатуру, касается законодательства о суде, о прокуратуре, об адвокатуре. Сюда же входит все то, что связано (структурно и функционально) с исполнением судебных решений.

В рыночных условиях никакие административные меры в проведении судебной реформы не дадут должного эффекта, если она не обеспечена экономически. Нуждаются в научной и законодательной проработке расходы на осуществление правосудия и возможные пути покрытия необходимых издержек.

Таким образом, все предложения по совершенствованию судебной системы, игнорирующие общественные и государственные механизмы в их неразрывной связи, становятся декларативными, не работающими, порождающими правовой скептицизм и нигилизм. Суд был, есть и останется частью системы, в которой работают относительно автономные механизмы. Поэтому всякий раз приходится убеждаться, произошел ли сбой в одном из них, или нуждается в пересмотре вся программа, совокупность заданных координат.

В аспекте связи системы правосудия и институтов гражданского общества, а также связи личности, государства и общества, возможно, следует полнее раскрыть потенциал концепции, согласно которой отправление правосудия является разновидностью оказания услуг. Есть, наверное, опасность, что государство не окажется в числе потребителей этой услуги. Есть опасность неоправданного распространения соответствующих норм, относящихся к сфере услуг, на судебную деятельность. Вместе с тем есть потребность в том, чтобы суды в рамках

[1] См.: *Алексеев С. С.* Право собственности. Проблемы теории. М., 2007; *Андреев В. К.* О праве частной собственности в России (критический очерк). М., 2009; Собственность и право собственности: цивилистические аспекты. М., 2013.

[2] См.: Современная судебная реформа в Российской Федерации. М., 2007.



закона наделялись полномочиями по разрешению конкретных дел с учетом интересов спорящих сторон, взвешивая их интересы, конкретизируя рамочные нормы и т. д. Именно в рамках этой позиции должно произойти некоторое перераспределение акцентов с материального права на процессуальное.

Концепция оказания услуг увязана с вопросом об альтернативных методах разрешения споров. Законодательство должно предусматривать такие возможности в максимальном объеме, используя принцип диспозитивности.

С концепцией оказания услуг связано решение вопроса о численности судей. Суды необходимо создавать с учетом не административного деления, а величины судебных округов, численности населения и числа дел, дабы обслуживание этой разновидностью государственной услуги, а точнее говоря, осуществление государственных функций, связанных с отправлением правосудия, было оперативным и качественным.

При всей очевидности в понимании доступного правосудия не должно быть ни одного случая отказа в рассмотрении споров. Из прошлого опыта примером тому могут быть дела о возмещении ущерба военнослужащим. Проблема сборов в составе судебных издержек также не должна препятствовать правосудию. В этой сфере государство не должно преследовать фискальные цели. Малообеспеченным гражданам государство обязано предоставить государственную поддержку. Чрезмерные формальности в принятии документов к рассмотрению необходимо не конкретизировать и разъяснять, а самым решительным образом устранять.

Одна из настоятельных мер возвышения и поддержания авторитета судебной власти такова: никому не должно быть запрещено (под судебную ответственность) предъявлять обвинения в преступлении, называть кого-либо преступником в средствах массовой информации, вообще публично, но каждому, и особенно средствам массовой информации, должно быть запрещено подвергать огульной критике решение суда до тех пор, пока оно остается в силе, за исключением случаев, предусмотренных законом в целях пересмотра судебных решений. Ученые могут подвергать сомнению позиции, лежащие в основе состоявшихся решений, предлагать иное доктринальное понимание возникших проблем.

Итак, правосудие является формой осуществления судебной власти в соответствии с установленными правилами судопроизводства. Поэтому правосудие, судебная власть и судопроизводство, вопреки

распространенному мнению, синонимами быть не могут. Но с определенными оговорками их можно рассматривать как материально-правовой (применимое право), процессуальный (юрисдикция) и институциональный (судоустройство) аспекты правосудия. Каждый из них, в свою очередь, позволяет судить о соотносимости правосудия с формой государства, с таким его режимом, как господство права.

Право реально существует лишь там, где имеются достаточные средства для его государственной, в том числе судебной, защиты. Многие проблемы, связанные с осуществлением правомочий, проистекают из несоответствия заявляемых государством деклараций их обеспечению даже при использовании потенциала судебной власти.

Существует и другая проблема. Если по каждому поводу обращаться за судебной защитой, к которой подталкивают чиновники, называющие ее цивилизованным способом разрешения споров, то не хватит всей жизни для осуществления ничтожной доли неотъемлемых гражданских прав[1].

В жизни всякого государства правосудие занимает то место, которое предопределено его служебным функционалом. Наряду с выполнением законотворческой, исполнительно-распорядительной и контрольной функций государство имеет необходимость в деятельности судебных учреждений для охраны конституционного строя и проистекающего из него правопорядка, защиты самой личности от преступных посягательств, а также разрешения споров, возникающих в общегражданском и экономическом обороте. На экономический оборот, осуществляемый гораздо более быстрыми темпами, следует обратить особое внимание, поскольку для развития экономических отношений какая-либо длительная неопределенность в правах и обязанностях их участников недопустима.

Государство как организация политической власти готово ограничить свои интересы признанием обязательности для себя актов правосудия[2]. Поэтому вовсе не случайно происхождение правосудия связывают с объективной необходимостью в нахождении всех субъектов спорных правоотношений под юрисдикцией судебных учреждений. Последние осуществляют свою деятельность от имени государства.

[1] См.: *Терехин В. А.* Суд в государственно-правовом механизме обеспечения прав и свобод человека: теория и практика. М., 2013. С. 3—5.

[2] См.: *Малюшин А. А.* Конституционно-судебное правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики. М., 2013. С. 11.



Для этого за правосудием признается сила, которая поставлена выше всех частных и даже общественных интересов[1].

Самые высокие судебные инстанции в лице Конституционного Суда Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации не вмешиваются в политику государства. Они лишь опосредованным образом через защиту гражданских прав, достижение определенности в компетенции государственных органов и нормоконтроль определяют так называемую правовую политику[2].

Государство провозглашает одной из важнейших своих функций защиту прав человека и его свобод от неправомерных посягательств, эффективное восстановление нарушенного права. Гражданин должен быть свободен от любых форм насилия, кроме тех, которые определены законодателем. Для этого государству необходим специальный инструмент, именуемый правосудием[3].

При рассмотрении проблем, связанных с организацией правосудия, их влиянием на жизнь государства и общества, необходимо принимать во внимание ряд закономерностей, которые неизбежно находят свое проявление. Эти закономерности определяют прежде всего механизм осуществления и воспроизводства правосудия, наличие в нем множества взаимосвязанных и взаимодействующих узлов.

Во-первых, правосудию требуется наличие конструктивного каркаса (компетентных судов), служащего основой действующего механизма. В настоящее время он проблематичен по своей конфигурации, содержит множество неудобств в реализации права на судебную защиту, которые начинаются с обращения в судебный орган.

По мысли законодателя, нахождение компетентного суда должно быть возложено на плечи самого заявителя. Если в таком же режиме больных обязать к поиску нужного доктора, то многие из них не имели бы шансов дожить до прихода на прием и осмотра специалистом.

С точки зрения современной логистики эти два порядка оказания государственной услуги являются аналогичными. У больного может

[1] См.: *Фурсов Д. А., Харламова И. В.* Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. Т. 1: Теория и практика организации правосудия. М., 2009. С. 88.

[2] См.: Суд как субъект правовой политики / под ред. *А. В. Малько.* М., 2014. С. 5—9; *Ткачев В. Н.* Конституционная законность в российской правоприменительной (судебной) практике. М., 2013. С. 18.

[3] См.: Становление российского правосудия. 90 лет Верховному Суду Российской Федерации. М., 2013. С. 128. См. также: *Гуляева Е. Е.* Правовые основания ограничения права на свободу и личную неприкосновенность по Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года. М., 2013.

не хватить сил для перемещений и ожиданий. У истца может закончиться срок исковой давности либо срок на подачу жалобы. Следует не забывать о том, что больной человек, как и потенциальный истец, не обязан иметь специальное медицинское либо юридическое образование.

Поэтому судебная система может развиваться как угодно симметрично либо асимметрично сообразно потребностям общества и его традициям. Но при обязательном условии приближения к принципу одного окна, т. е. перераспределения обращений граждан и организаций силами самого судебного органа. Если названное условие законодателем не обеспечивается, то возникает необходимость в обсуждении правил построения судебной системы как основания каркаса всеми слоями общества, заинтересованными в реализации права на судебную защиту. Они потребуют понятной и стройной конфигурации судебной системы, организовать которую не так просто.

В современных условиях законодатель пытается смягчить названные процессуальные издержки. Создание единой ветви судебной власти, отказ от института подведомственности в пользу института подсудности позволяют передавать ошибочно поступившие заявления в другой компетентный суд (на уровне областного), не прибегая к его возврату в адрес заявителя.

Во-вторых, механизм реализации судебной власти должен быть обеспечен лучшими профессиональными кадрами. Речь идет не только об элитном образовании, значительном стаже практической деятельности, показателях качества в судебной работе. Даже не об ученых степенях и почетных званиях. Мы говорим о способности обеспечить максимально глубокое понимание права (в его конвенциальном, конституционном, а не узко позитивном восприятии), его защиту и восстановление.

На сегодняшний день в деятельности экзаменационной комиссии и квалификационной коллегии, кадровой службы Администрации Президента Российской Федерации преобладает анкетный, формулярный способ фиксации послужного списка претендентов на судебные должности.

Подобный механизм надлежащего формирования судейского корпуса является привычным, полностью соответствует требованиям профильного федерального закона и федерального конституционного закона.

Все эти критерии тысячу лет используются в мировом опыте организации правосудия, имеют широкое применение в деятельности



отечественных органов судейского сообщества. Однако сами законы, определяющие отбор кандидатов в судьи, оказались невосприимчивыми к научным фактам, а потому порождают проблемы в наших ожиданиях, природа которых остается непонятой.

Названные показатели не учитывают достижений научной мысли последних десятилетий, предполагают известную долю субъективизма в оценках и предпочтениях. Расчеты на высочайшую честность, порядочность и принципиальность претендентов на судейские должности лишь по анкетным данным выглядят несовременно.

Правосудие возможно только на основе верховенства права[1]. Право, в отличие от закона, всегда является олицетворением справедливости. Той справедливости, эталоны которой призван ежедневно обеспечивать суд всех инстанций, начиная с суда первой судебной инстанции[2].

Глубина понимания права, возможности его развития, забота о справедливости, как это ни парадоксально, зависят от полученных знаний, накопленного опыта и мощи интеллекта лишь в последнюю очередь. Без высокой нравственности смысл правовых предписаний всегда будет известен недостаточно, а права и свободы — понятыми далеко не в полной мере.

Защита и восстановление нарушенного права должны быть основаны на фундаментальных нравственных подходах, а не частных мнениях и субъективных оценках. Наделение кандидата в судьи специальным судейским статусом само по себе ничего не добавляет в сложившуюся у него систему ценностей[3].

В-третьих, подбор профессиональных кадров должен происходить не спонтанно, не на глазок, а исключительно на основе современных

[1] Наиболее радикально идея господства права выражена, например, Рональдом Дворкиным, у которого люди могут иметь права на определенные судебные решения, основываясь на неких общих, в том числе моральных, принципах. Подобного рода принципиальные соображения должны брать верх даже над демократическими принципами. См.: *Дворкин Р.* О правах всерьез. Пер. с англ. М., 2004. С. 11—18, 22, 45.

[2] В этой связи не потеряло своей привлекательности мнение итальянского профессора, согласно которому главным препятствием на пути реализации принципа верховенства права является избыточное законодательство. Он отмечает: «И римляне, и англичане разделяли мысль о том, что закон — это нечто, что нужно открыть, а не ввести в действие, и в обществе нет никого настолько могущественного, чтобы он мог отождествить свою волю с законом всей страны. В этих странах задача “открытия” законов была доверена юрисконсультам и судьям...» См.: *Бруно Л.* Свобода и закон. Пер. с англ. М., 2008. С. 22.

[3] По мнению М. И. Клеандрова, «оценивать наш современный судейский корпус как состоящий исключительно из высокопрофессиональных судей с безупречными нравственными устоями, к сожалению, невозможно...». См.: *Клеандров М. И.* Ответственность судьи. М., 2011. С. 350.

научных методик, целью которых является выявление претендентов с самым высоким уровнем индивидуального сознания[1]. Все остальные кандидаты должны быть отвергнуты как не прошедшие госприемку по заданному параметру качества.

Современная наука предлагает уникальные и удивительно простые по своему исполнению кинезиологические методы определения уровня индивидуального человеческого сознания, которые позволяют установить его действительное состояние в персональном обличье.

Это не навешивание ярлыков, а точная диагностика, имеющая возможность неоднократной, мало затратной и беспрепятственной проверки полученных результатов. Индивидуальная карта сознания позволяет не предполагать, а достоверно констатировать соответствие притязаний кандидата нашим ожиданиям и предъявляемым к нему требованиям.

Если уровень индивидуального сознания по выстроенной шкале ниже определенной специалистами величины, то такому человеку при любом блеске его интеллекта и личной репутации судебная, а также любая иная государственная деятельность противопоказана.

Прежде всего потому, что до указанной отметки все люди устремлены только к внешней успешности без оглядки на внутренний порог совести. Они не понимают ценности красивой души, находятся в поиске только красивой жизни с внешними символами благополучия.

До достижения указанного уровня носители человеческого сознания заботятся лишь о самих себе. Их соперничество направлено на борьбу за должности и статусные преимущества. Это очень хваткие люди, которые лучше других видят эгоистические выгоды, стремятся к ним любой ценой. Вот почему стремление к судейской карьере и дальнейшему карьерному росту далеко не всегда является похвальным.

До указанного уровня в развитии индивидуального сознания его обладатели имеют весьма далекие представления о правде либо истине. Названные философские и этические категории их не интересуют вовсе, поскольку не обеспечивают хищнической прибыли. Здесь находится царство лжи, в котором не мучаются угрызениями совести. Служить истине, вопреки общественным ожиданиям, из них заведомо никто не собрался.

Люди с низким уровнем сознания всегда ориентированы на разрушение, а не созидание. Они часто слывут крепкими практиками, но

[1] См.: *Холл К., Линдсей Г.* Теории личности. М., 2008. С. 15.



не являются специалистами своего дела, выступая их жалким подобием, которое выглядит таковым лишь на основании выданного им документа о высшем образовании и, возможно, солидного послужного списка.

При низком уровне сознания отсутствует сама потребность в противостоянии какой-либо несправедливости. Они склонны привычным образом обрушивать гонения на честного человека, который не соглашается жить по обычным правилам мерзости и лишь своим присутствием напоминает им, достигшим высокого должностного положения, о полной личностной ничтожности.

Проблемы социальной регуляции непосредственно связаны с индивидуальными формами общественного бытия, с механизмом «вплетения» индивидуального в ткань социальной реальности, учетом психических особенностей участников той или другой деятельности и выходом на социально-психологические закономерности поведения людей в соответствующей сфере[1]. Отсюда вытекает потребность обращения к индивидуальному сознанию не только судей, но и всех тех, кто участвует в правосудии, всех тех, кого оно касается или может коснуться. Мы вновь подчеркиваем необходимость системного анализа механизма правового регулирования в сфере отправления правосудия в неразрывной связи с механизмами государства и гражданского общества.

Какие из индивидуальных поведенческих свойств можно отнести к тем, что характеризуют низкий уровень сознания, какие качества характеризуют только личные корыстные устремления, умело прикрываемые высокой должностью, а вовсе не общественные интересы? Все не перечислить, но очевидно, что не может быть никакой по-настоящему честной государственной службы, если чужие беды и заботы игнорируются, если выбор обусловлен заведомо в сторону перспектив служебного роста, а не заботы об интересах государства и общества; если принципиальность приносится в жертву личному благополучию.

Между тем на разных уровнях служебного положения можно видеть, когда:

— отсутствие высокого сознания блокирует глубину мысли, произвольно искажает оценочные суждения;

— понимание верховенства права и его нравственное обоснование превращается в непосильную и даже непостижимую задачу;

— человеку не дано понять, что масштаб личности определяется не официальным признанием, а нравственным выбором;

[1] Подробнее об этом см.: *Лазарев В. В.* Социальнео-психологические аспекты применения права. Избранные труды. Т. 1. М., 2010. С. 248—257.

— низкое сознание позволяет оправдывать, находить объяснения и принимать за обыденное явление нарушения многих нравственных запретов под видом обычных человеческих слабостей;

— низкое сознание не позволяет обеспечить формирование адекватного чувства справедливости, без которого все ориентиры в заявленном споре окажутся потерянными;

— власть, деньги и наслаждения становятся целью всей жизни, направленной на умерщвление всякого нравственного смысла своего существования;

— боязнь потерять выгодную должность порождает полную покорность, служебную и беспринципную зависимость;

— личная преданность руководителями ценится и вознаграждается превыше всего даже при полной профессиональной некомпетентности подчиненного;

— честность отторгается как вредоносный вирус, способный разрушить все хитрые построения выгодных служебных отношений, а всякая добросовестность оценивается как чрезмерное беспокойство;

— всякое незнание находится на службе у лжи, к которой прибегают каждый раз в целях облегчения решения поставленной задачи, особенно при наличии персональной поддержки со стороны властных структур;

— грубость и высокомерие, жадность и тщеславие воспринимаются как достойные статусные заслуги, а не признаки деградации человеческой личности;

— отсутствие готовности признавать собственные ошибки порождает непонимание отношений с участием других лиц, оставляет оценивающее лицо в плену собственных пагубных заблуждений и предубеждений, основанных на прошлом опыте и субъективном его восприятии.

Все перечисленное демонстрирует своего рода нравственную ущербность личности, которая является основой для подмены понятий, появления лукавства, нарушения логики, необъективных оценок и бесчестных выводов. А при отсутствии нравственности не может быть личного духовного опыта, без которого, в свою очередь, никакое обучение, никакое последующее повышение квалификации не поможет. При отсутствии настоящей духовности мышление извращается, нравственность ослабевает, что находит проявление, в частности, и в достаточно распространенном подобострастном поведении[1].

[1] См.: *Хокинс Д.* Сила и насилие. Скрытые мотивы человеческих поступков. М., 2010.



Это обусловлено тем, что носитель низкого уровня сознания не допускает даже мысли, связанной с бережным и заботливым отношением к другим людям, чужим интересам взамен собственных приоритетов. Нравственные ценности, возвышающие человеческую личность, ему безразличны. Все подчинено погоне за должностным статусом, официальным признанием и личными привилегиями. Эти цели становятся настолько приоритетными, что для их достижения претенденты на высокую судейскую должность готовы прибегнуть к любым средствам.

При низком уровне сознания мышление обречено на бесконечные ложные логические структуры, преодолеть которые, как и собственное невежество, разум не в состоянии[1]. Подобное состояние личности является губительным для осуществления в будущем правосудия, предполагающего свободу оценок, связанных с пониманием обстоятельств по заявленному спору либо весомости представленных доказательств.

Правосудным и истинным может быть только то, что одновременно справедливо и честно. Истина открывается лишь тому, кто соответствует ее нравственному основанию. Поэтому в нашей отечественной традиции существует идея о праведном суде не по наружности. Правильную оценку собранным доказательствам способен дать лишь глубоко порядочный человек. Свобода судейского усмотрения может быть основана только на преданном служении истине.

Высокая нравственность одновременно обеспечивает широту взглядов на все возможные версии событий и высоту полета правовой мысли, направленной на защиту нарушенного права либо изобличение виновного лица. Без этого невозможно поддерживать непреклонное отношение к любым проявлениям несправедливости. Вот почему судья обязан быть духовным аристократом, готовым посвятить себя идеалам справедливости, а не просто готовым к шаблонной чиновной работе и бесконечной рутине судебных дел.

Судья находится в центре коммуникаций, сопряженных с отправлением правосудия, и эти коммуникации по большому счету должны происходить не иначе, как в соответствии с нравственной шкалой ценностей, при отсутствии которых все бесплодно и бесполезно. Даже отношение к тому или иному участнику разбирательства по гражданскому делу и тем более подсудимому в рамках уголовного дела будет формироваться бессознательно враждебное, блокирующее бес-

[1] См.: *Хокинс Д.* Истина и ложь. М., 2010.

пристрастную деятельность, необходимую для скрупулезного анализа собранных доказательств.

Ложь не является противопоставлением истине. Она не существует сама по себе, но непреложно возникает всякий раз там, где истина отсутствует либо ее недостает. Поэтому мы обращаем внимание на высочайшую ценность справедливости, достижению которой необходим самый тонкий, а потому и точный анализ достоверно установленных фактов.

Справедливость обеспечивается за счет достаточного круга привлекаемых фактов. Одинаково важными следует признать добросовестность в собирании доказательственной информации, правильность ее аналитической обработки, честное отношение к оценке устанавливаемых фактов[1].

Невежественный человек обращает внимание лишь на чужие недостатки, не имея возможности обнаружить свои собственные. Внешняя информация воспринимается им в той части, которая соответствует его личному опыту и ожиданиям. При таких условиях расчет на объективность не имеет под собой никакой почвы.

Отсутствие чистой совести неизбежно искажает все оценки по поводу окружающей действительности, отношений между людьми и мотивации поведения. Нравственно ущербные личности не утруждают себя размышлениями по поводу убедительности доказательств, им проще обратиться к поспешным оценкам и поверхностным выводам[2].

Отсутствие усердия в работе приводит к подмене реальности ее высокоумным восприятием, неизбежному искажению фактов, дурным мыслям и ложным оценкам; стереотипы мышления не оставят никаких шансов разобраться в специфике конкретного дела, поскольку разум ограничен набором укоренившихся предрассудков.

Отсутствие высоких духовных начал приводит к приоритетам страсти, которая затмевает разум и порождает заблуждение. Низкий уровень сознания предопределяет склонность к манипулированию фактами в целях опровержения даже самой истины. Даже талантливый человек без духовного развития не способен проявить себя по-настоящему на поприще правосудия[3].

[1] См.: *Новицкий В. А.* Теория доказательственного права. Т. 1. М., 2010. С. 27.

[2] См.: *Фурсов Д. А.* Формирование обновленного состава Верховного Суда Российской Федерации // Вестник гражданского процесса. 2014. № 3.

[3] Подробнее об этом см.: *Фурсов Д. А.* Очерки о личности, государстве, правосудии. М., 2013. С. 54, 415.



Приведенный перечень негативных свойств, приводимых психологами, является далеко не полным, всегда открытым. Но он позволяет представить меру опасностей, которые подстерегают общество при недостаточно разборчивом назначении кандидатов на ответственные судейские должности. Тем более при их появлении в высоких судебных инстанциях.

Диагностика уровня сознания каждого претендента в судьи приобретает в отечественных условиях особую актуальность, потому что средний уровень сознания населения в Российской Федерации, по мнению специалистов, топчется вокруг той минимально необходимой отметки, от которой они предостерегают.

Это обстоятельство обязывает к выбору среди всех претендентов самых достойных, исходя из показателей уровня их персонального сознания. По-настоящему мудрых и благородных людей совсем немного, но они есть. Поиск таких людей на высокие и ответственные должности является первейшей заботой государства.

Судья должен быть непорочен, честен перед собой, понимать и признавать только справедливость. Не только по внешним признакам, которыми оперирует уполномоченная президентская комиссия по согласованию кандидатур, но и по внутренним убеждениям, основанным на глубочайшей нравственности, которая до сих пор никем не измерялась за отсутствием представлений о способах подобных измерений.

До службы на судейском посту должны допускаться лишь те кандидаты, которые прошли испытания на чистоту совести. Однако таких испытаний не существует, нормативными регламентами они не предусмотрены, а потому внимание к научным критериям отбора должно быть особенно пристальным.

Реализация целей правосудия предполагает наличие достаточно простой процессуальной формы судебного разбирательства там, где рассматриваются несложные гражданские, административные и уголовные дела. Потребность в упрощенных формах, обеспечивающих гарантии правосудия, высока как никогда в условиях традиционного переобременения судебных органов огромным, непосильным объемом дел[1].

Вместе с тем наряду с упрощенным порядком должна развиваться и сложная процессуальная форма, учитывающая прошлый опыт, позволяющая досконально разобраться в делах с любыми многоуровневыми задачками.

[1] См.: *Громошина Н. А.* Дифференциация, унификация и упрощение в гражданском судопроизводстве. М., 2010.

И в том и в другом случае мы должны располагать множеством гарантий правосудия. Имеется в виду не множество проверочных судебных инстанций, а разнообразие процессуальных средств в первой судебной инстанции и проверочных инстанциях, которые призваны выдавать образцы правосудия, очевидные для всех.

В судебной деятельности необходимо преодолеть расхожие оправдания, связанные с чрезмерным количеством дел, не позволяющим уделить достаточное внимание каждому из них, пресловутым обвинительным уклоном.

Судам доверены большие полномочия, которыми не располагают другие органы государственной власти. Поэтому крайне важно разобраться не с внешними трудностями, а с необходимыми условиями, сопутствующими успешной судебной деятельности, понять и преодолеть механизм формирования судебных ошибок.

К числу таких условий необходимо отнести прежде всего качественную законодательную базу. Совершенствование законодательства предполагает наличие, как минимум, двух направлений деятельности.

С одной стороны, законодатель нуждается в заимствовании опыта, накапливаемого судебными органами, в имплементации лучших и необходимых образцов судебного правоприменения в законодательные акты.

На это обращал внимание еще С. Н. Братусь ровно 40 лет назад, когда указывал на важность вырабатываемых судебной практикой правоположений, отражающих существенные связи между нормами права и заявленными фактами. На сегодняшний день чаще говорят о правовых позициях взамен правоположениям, но само дело сдвинулось с места незначительно[1].

С тем чтобы правосудие оставалось творческим процессом, не превращалось в подобие административного регламента и не приобретало черты бюрократической рутины, следует поощрять судей, вырабатывающих аргументированные судебные позиции, которые впоследствии могут найти свое воплощение в законодательных актах. С другой стороны, необходима постоянная работа по очистке действующего законодательства от бессмысленных завалов, которые неизбежно имеют тенденцию к накапливанию.

[1] См.: Судебная практика в советской правовой системе / под ред. *С. Н. Братуся*. М., 1975. С. 4.



Даже самое совершенное законодательство предполагает контроль за его реализацией. Необходима предельно корректная по полномочиям и функционированию система проверочных судебных инстанций.

Современные реформенные преобразования указывают на тенденцию, в соответствии с которой последней общедоступной проверочной инстанцией остается апелляция. Все другие являются либо экстраординарной (вторая кассация в судах общей юрисдикции и арбитражных судах), либо сверхэкстраординарной, в роли которой выступает судебный надзор.

Из этого факта возникает множество вопросов, и все они связаны с тем, какими средствами государство планирует обеспечивать ординарный, т. е. повседневный и будничный, распространяющий свое влияние на все категории дел и на всю их массу, порядок судебной деятельности, гарантирующий истинное правосудие.

Отмеченная тенденция, связанная с распределением полномочий между судебными инстанциями, является в целом правильной. Однако она будет в полной мере оправдана только в том случае, когда первая судебная инстанция обеспечит идеальные результаты правосудной деятельности или близкие к тому.

Остается посмотреть на реальное положение дел в первой судебной инстанции, оценить современными средствами измерения реальный уровень подготовки и показатели личностного индекса, чтобы прийти к выводу о том, насколько своевременно самые лучшие профессиональные кадры, сосредоточенные в высоких проверочных инстанциях, дистанцируются от участия в пересмотре большинства дел.

Ответ напрашивается сам собой. До тех пор, пока первая инстанция не обретет статуса практикообразующей, делать это рано. Всякий раз необходимо подключение кассации и судебного надзора, которые имеют гораздо больше возможностей для предъявления обществу эталонного образца правосудия.

Показательной иллюстрацией может служить проблема формирования единой судебной практики, без которой достижение правосудия в значимых масштабах невозможно. Решение этой задачи желательно обеспечить в первой судебной инстанции, а не в последней. Для этого требуется точно диагностировать проблемы, создающие препятствия на пути к достижению поставленной цели.

Одна из них связана с необходимостью разработки процессуальных средств, не позволяющих оставить без внимания права человека, которые могут оказаться в тени статутного закона[1].

Процессуальным средствам объективного контроля необходимы субъективные предпосылки, связанные с высоким уровнем личностного сознания носителя судейских полномочий, на необходимость которого мы обращали внимание. Современная наука позволяет измерить этот уровень по шкале в тысячу баллов с точностью до одной единицы[2].

Успешному осуществлению правосудной деятельности могут способствовать либо противостоять также и внешние условия. В данном случае речь идет о взаимодействии между органами судебной и исполнительной власти. Здесь возникает множество проблем, среди которых назовем лишь некоторые:

— нежелание органов исполнительной власти принимать на себя всю меру персональной ответственности с предпочтением спрятаться за судебное решение. Этим обстоятельством порождается огромное количество дел, по которым уполномоченные государственные органы занимают выжидательную позицию, предпочитают бездеятельность, неоправданно нагружая судебную ветвь государственной власти;

— нежелание органов исполнительной власти проводить регулярные контрольные мероприятия, избавляющие граждан от необходимости обращаться за судебной формой защиты нарушенных прав[3]. Даже приемная Администрации Президента Российской Федерации, вопреки общественным ожиданиям, никакими контрольными функциями не занимается в силу нормативных правовых актов, на основании которых она функционирует. Она давно превратилась в заурядный орган по пересылке корреспонденции тем или иным адресатам в лице

[1] См.: Государство и право: теория и практика. Калининград, 2002.

[2] По данному предмету Дэвидом Хокинсом была защищена докторская диссертация «Качественный и количественный анализ и измерение уровней человеческого сознания» еще в 1995 г., т. е. более 20 лет назад.

[3] Речь идет о государственном контроле как самостоятельной значимой форме юридически обоснованной деятельности, целенаправленной системе воздействий на объекты (социально значимые отношения), без которой государственное управление неполноценно. См.: *Беляев В. П., Брежнев О. В., Лагутин И. Б., Хорошильцев А. И.* Контроль в современной России. М., 2013. С. 5—13; *Старилов Ю. Н.* Курс общего административного права. Т. 1. М., 2002. С. 137; *Тихомиров Ю. А.* Правовые аспекты административной реформы // Законодательство и экономика. 2004. № 4. С. 31.



государственных и муниципальных органов, на деятельность (бездействие) которых поступают жалобы;

— неумение и нежелание органов исполнительной власти следовать образцам решений, принятых судебными органами. Суд может принимать сколько угодно аналогичных решений. Это вовсе не будет означать того, что в органах исполнительной власти выработанные правовые позиции будут изучены и приняты к исполнению[1]. В зарубежной практике подобные факты оцениваются как признак профессиональной дисквалификации чиновника, влекущий его увольнение с занимаемой должности;

— отсутствие у органов исполнительной власти инициативы по созданию квазисудебных органов, способных устранить любое правонарушение, допущенное сотрудниками государственных и муниципальных органов, без судебного вмешательства. Полезное исключение связано с современным порядком досудебного рассмотрения налоговых споров, применение которого позволило существенным образом разгрузить суды.

Правосудие в жизни общества предстает не менее сложным феноменом, чем в жизни самого государства. Это обусловлено тем, что и в научной доктрине, и в общественных ожиданиях оно олицетворяется со справедливостью. Можно себе представить меру общественных разочарований, когда ожидания оказываются неоправданными.

Многие столетия в умах специалистов преобладала идея о том, что не так уж и важно, правильное или неправильное решение будет принято по делу отдельно взятого заявителя. От этого общий правопорядок в государстве не изменится. Необходимо проследить лишь за тем, чтобы количество судебных ошибок не зашкаливало, чтобы они не преобладали и не вносили дезорганизацию в общий строй упорядоченных общественных отношений.

В настоящее время понимание общего и частного применительно к правосудной деятельности существенным образом изменилось. Пришло осознание того, что судебная ошибка является не просто погрешностью, а узаконенным способом легализации высшей несправедливости. Право на судебную защиту включает в себя и право на исправление всякой судебной ошибки[2].

В действительности каждый эпизод неправосудия — повод для противостояния государства и гражданина, который чувствует не со-

[1] См.: *Фурсов Д. А.* Рассмотрение и разрешение дел о банкротстве. М., 2009. С. 45.

[2] См.: *Терехова Л. А.* Право на исправление судебной ошибки как компонент судебной защиты: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 8.

циальную защиту, а враждебность организованной силы, несмотря на то, что высшее должностное лицо государства не имеет права вмешиваться в деятельность органа правосудия. Поэтому суды, в которых рассматриваются гражданские и уголовные дела, выступают лакмусовой бумажкой взаимоотношений общества и власти. Их принято называть визитной карточкой государства.

Общество не меньше государства заинтересовано в том, чтобы судьями работали лучшие из лучших профессионалов, чтобы правосудие было воплощением правды и справедливости, чтобы проверочные судебные инстанции не оставляли места ни одной судебной ошибке. Чтобы во взаимоотношениях судебной и исполнительной власти права человека были на первом месте, а охрана его интересов была бы под самой надежной защитой.

И все-таки правосудие в жизни общества понимается несколько иначе, чем чиновниками. В традициях государства преобладает формализованный подход. С его помощью определяют стандарты правосудия, ежегодно анализируют судебную статистику, включающую общее количество рассмотренных дел по отдельным категориям, показатели качества, определяемые отменами (изменениями) обжалованных судебных актов.

Общество иначе подходит к оценке деятельности судебной системы, гораздо с меньшим масштабом бюрократических штампов. Любое решение, даже вступившее в законную силу, оно может оценивать как несправедливое и на этом основании выражать недоверие к органам судебной власти.

Чтобы этого не случилось, необходимо в мотивировочной части финального судебного акта подробно обосновать достижение равновесия между различными интересами либо между личной свободой и общим благом. Тогда судебный акт не будет отторгаться, поскольку в обществе хорошо понимают, что и пророки тоже были практиками, а не созерцателями, им приходилось находить определенность в самых сложных вопросах[1].

Общество не принимает пропагандируемое государством правило о том, что все незапрещенное разрешено. Не принимает потому, что такое правило стирает многие грани между добром и злом, правдой и ложью, создает многочисленные лазейки для продвижения интересов тех лиц, которые не чисты на руку.

[1] См.: *Соловьев В. С.* Проповедник в пустыне: проповеди о праве. Избранные труды. М., 2014. С. 146, 304.



Отражаемые общественными институтами идеи оказываются намного перспективнее многих государственных воззрений, закрепляемых законодателем. В частности, те из них, в которых обращается внимание на большую связанность права нравственными ценностями. Теми ценностями, которые ускользают из европейских образцов понимания прав человека, которые могут потенциально быть доведены до любой степени формализма.

Общественный взгляд на правосудие способен различать ценности вечные и сиюминутные, не приемлет множественной истины, как и правды во множественном числе[1].

Поэтому во взаимодействии государства и общества представляются важными все аспекты сотрудничества, связанные с углублением нравственных идей, последовательным и рациональным их закреплением в законодательных актах. То и другое одинаково полезно для осуществления необходимой и востребованной правосудной деятельности.

## О месте и значении судебного прецедента в механизме правового регулирования[2]

На Санкт-Петербургском юридическом форуме, одна из площадок которого была посвящена теоретическому наследию профессора С. С. Алексеева, оказалась уместной постановка многих вопросов современного развития юридической науки, так или иначе восходящих к богатой палитре правового осознания мира признанным теоретиком и государственным деятелем. В частности, в интересах «возвышения права, придания ему значения цели и идеала социального развития» обратить внимание на необходимость «поставить на службу формирования современной юридической системы России также и достижения прецедентного права»[3].

[1] См.: *Сорокин В. В.* Понятие и сущность права в духовной культуре России. М., 2007. С. 9—45.

[2] Предполагалась публикация настоящей статьи в сборнике «Механизм правового регулирования: история и современность» по итогам V Алексеевских чтений (г. Екатеринбург, 10—11 октября 2019 г.), где В. В. Лазарев выступил с докладом на данную тему.

[3] *Алексеев С. С.* Избранное. М., 2003. С. 281. С. С. Алексеев призывал приглядеться к праву с тех же позиций, которые характерны для естественных и технических наук, и в этом отношении он делал акцент на том, что право есть факт, строгая объективная реальность и судебные прецеденты есть зримая внешняя форма этой реальности, наряду с иными внешними актами оформляющая «тело» («материю») права (см.: *Алексеев С. С.* Избранное. С. 168—173).

В общей теории судебный прецедент признается источником права наряду с нормативными актами, договорами и др. Это одно из средств правового регулирования. Поэтому все то, что можно сказать о сфере и пределах правового регулирования, о механизме правового регулирования, имеет прямое отношение к прецеденту. В аспекте философии следует рассматривать обозначенную связь в свете соотношения категорий общего, особенного и единичного. Представляется правильным относить прецедент к особенным источникам в правовом регулировании.

Однако продолжает оставаться неопределенным в теоретическом и в практическом отношении место судебного прецедента в российской правовой системе. Теоретики ведут споры, и их позиции порой противоположные. Законодатель прямого признания прецедента в качестве источника права не допускает[1]. В то же время некоторые действующие правовые нормы позволяют такое признание. Верховный Суд по сложившемуся общему мнению прецедент отвергает, но в некоторых его постановлениях можно увидеть молчаливое признание. Отдельные судьи Верховного Суда публично признают прецедент в российском праве. Разумеется, такое положение не может продолжаться бесконечно.

[1] Даже менее категоричные предложения об участии судей в правотворчестве встречают возражения. Так, в Официальном отзыве Правительства РФ на проект федерального закона № 910969-6 «О внесении изменения в статью 1 Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации"» указано: «Законопроектом предлагается дополнить статью 1 Закона Российской Федерации от 26 июня 1992 г. № 3132-1 "О статусе судей в Российской Федерации" новым пунктом 7, согласно которому судьи вправе разрабатывать предложения по совершенствованию законодательства Российской Федерации по вопросам ведения судебной власти и направлять их в Верховный Суд Российской Федерации как субъекту права законодательной инициативы в соответствии с частью 1 статьи 104 Конституции Российской Федерации. Между тем статья 10 Конституции Российской Федерации относит к основам конституционного строя Российской Федерации разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную, что предполагает самостоятельное выполнение каждой ветвью государственной власти своих специфических, установленных Конституцией Российской Федерации и федеральным законом функций и полномочий. При этом в соответствии со статьей 118 (часть 1) Конституции Российской Федерации исключительную компетенцию судебной власти составляет осуществление правосудия. Из названных конституционных норм следует, с одной стороны, что никакой иной орган не может принимать на себя функцию отправления правосудия, а с другой — что на суд не может быть возложено выполнение каких бы то ни было функций, не согласующихся с его положением органа правосудия. Возложение законодательной функции на органы судебной власти означало бы нарушение вышеперечисленных конституционных принципов организации судебной власти Российской Федерации».



По факту судебный прецедент в российской правовой системе не просто имеет место быть[1], но и занимает весьма значительное место в системе правового регулирования. По целому ряду причин он необходим. По ряду причин он имеет преимущество перед другими средствами правового регулирования.

В обоснование позитивного отношения к прецеденту мы не должны забывать тот исторический подход, на который указывал С. С. Алексеев при определении меры социального регулирования, его объема и интенсивности[2], которые, в свою очередь, обусловливают, как нам представляется, и формы правового регулирования.

Так, после революции 1917 г. и вплоть до проведения серьезных законодательных работ правотворческая роль судебных решений признавалась теоретически и практически вплоть до того, что аналогия считалась оправданной даже по отношению к признанию тех или иных действий преступлениями. Не говорим уже о становлении новых отношений в цивильной сфере. Точно так и в условиях сокрушения системы советского права наблюдалось значительное возрастание роли судебных решений. На первом съезде российских судей были сильны голоса, что законы судьям вообще не нужны — «мы создадим новое право». *Сегодня необходимо новое видение прецедента в свете процессов глобализации и возможностей точечного регулирования общественных отношений с использованием возможностей цифрового права.*

Представляется непоследовательным и совершенно недопустимым то положение, когда мы признаем возможность прецедентного права в других правовых системах, с которыми у нас есть прямые правовые связи, когда мы признаем факт создания прецедентов международными судами и даже считаем их (с определенными оговорками) обязательными для исполнения в пространстве права России, но при этом не допускаем такой же содержательной деятельности соответствующих судов Российской Федерации.

Было бы неправильно ограничивать сферу создания и действия прецедентных решений условиями и пространством отношений участни-

[1] В качестве бесспорного, как представляется, примера сошлемся на решение Верховного Суда РФ от 21 апреля 2014 г. № АКПИ14-115 «О признании недействующим абзаца второго пункта 4 Положения о присуждении ученых степеней, утв. Постановлением Правительства РФ от 24 сентября 2013 г. № 842, в части, устанавливающей требование о наличии высшего юридического образования, подтвержденного дипломом специалиста или магистра, для соискателей ученой степени доктора наук по юридическим наукам, имеющих степень кандидата юридических наук».

[2] См.: *Алексеев С. С.* Общая теория права: в 2 т. Т. I. М., 1981. С. 48.

ков конкретного дела. В основании прецедента лежат более широкие реалии и даже виртуальные отношения в той степени, в какой это не противоречит действующему закону.

Границы прецедентного права очерчены законом. В *общетеоретическом плане следует допустить, что здесь господствует принцип «что судье не запрещено, то дозволено».* Это своего рода признание особого статуса суда, поскольку в отношении чиновников действует другой принцип: «разрешено только то, что прямо предусмотрено полномочиями».

Но юристы не могут решать все проблемы, рассматривая их через юридические очки. Границы не сводятся к тем, что определены законом. За законом всегда просматриваются объективные и субъективные обстоятельства (факторы), предопределяющие очертания соответствующих сфер возможного и необходимого правового регулирования. Сегодня, скорее всего, уже недостаточно классических подходов в определении тех и других обстоятельств. Системный факторный анализ может потребовать активного привлечения исследовательских средств из арсенала постмодернизма.

В аспекте философии модернизма и в плане связи юридической науки с естественными хотел бы обратить внимание на необходимость воплощения в ряд наших исследований, в том числе касающихся определения места прецедента, принципа дополнительности.

Он предполагает рассмотрение в качестве объективной реальности не только предметы природы (объекты-вещи), но и человеческую практическую деятельность во всем богатстве ее содержания. Применительно к физической реальности это означает, например, что действия физика-экспериментатора (процессы измерения) объективно реальны и должны быть включены в картину физической реальности[1]. Применительно к праву это означает, с нашей точки зрения, что деятельность парламентариев включается в понимание права вместе с той реальностью, которую они рассматривают, и вместе с теми актами, которые они создают. *Деятельность судьи включается в понимание права вместе с теми отношениями, которые они*

[1] См.: *Алексеев И. С.* Принцип дополнительности. Методологические принципы физики. История и современность. М., 1975 (гл. VIII). URL: http://psylib.org.ua/books/aleki01/. В Википедии применение принципа и концепции дополнительности связывают не только с естественными науками, но и с гуманитарным знанием в целом. Впервые понятие дополнительности было использовано американским психологом Уильямом Джеймсом, который обозначал им отношение взаимоисключения. Такого рода «взаимоисключение» мыслят те, кто пытается противопоставить правовые системы, основанные на господстве нормативных актов и системы прецедентного права.



*взвешивают, и теми актами, которые рождаются в ходе этой деятельности.*

Деятельность по созданию соответствующих актов предполагает рациональное освоение той реальности, которая выступает предметом регуляции. Но постижение закономерностей этой реальности не обходится одним только «рацио». Всеобщность охвата предметного мира и проникновение в глубины реальности требует вхождения в сферу иррационального. Именно здесь и может срабатывать принцип дополнительности. Он проявляет себя во включенности законодателя или судьи в нахождение (формирование) права через учет и соизмерение двух реальностей — объективной и субъективной, материальной и идеальной. Одна картина дополняется другой. «...Законы порождаются усилием воли или решением. Они не вырастают, как цветы на органической национальной почве. Их не просто находят в традиции — их создают, причем рациональное проектирование играет здесь не большую роль, чем волевой импульс. Истоки и мотивация этой пульсации находятся в непостижимой трансцендентной глубине. Законы извлекаются не из фактов, а из нашего собственного Я, и реальность следует распределять так, как диктует воля»[1].

Исследование принципа дополнительности предполагает использование трансдисциплинарных подходов, которые преодолевают узость отдельно взятых методологий, требуют синтеза разных эпистемологических парадигм[2]. Возможно, именно на этом пути мы до-

[1] *Исаев И. А.* Нормативность и авторитарность. Пересечения идей. М., 2014. С. 74. Не случайно общий принцип дополнительности Бора сформулируют следующим образом: «Рациональная сторона действительности и ее познание и сопряженная ей иррациональная сторона действительности и ее познание дополнительны друг другу». И далее: «Человеческое сообщество реализует дополнительность справедливости и милосердия в связке института государственных судебных органов, руководствующихся в своей деятельности буквой рациональных законов и судов присяжных, более подверженных влиянию иррациональных чувств». URL: http://cyclowiki.org/wiki/%D0%9F%D1%80%D0%B8%D0%BD%D1%86%D0%B8%D0%BF_%D0%B4%D0%BE%D0%BF%D0%BE%D0%BB%D0%BD%D0%B8%D1%82%D0%B5%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B8_(%D1%84%D0%B8%D0%BB%D0%BE%D1%81%D0%BE%D1%84%D0%B8%D1%8F).

[2] Сегодня в зарубежной академической традиции выделяют, например, такое толкование трансдисциплинарности: «Трансдисциплинарность означает, что понятия или методы из различных дисциплин смешиваются или “переплавляются”, а трансдисциплинарность обеспечивает некоторого рода метауровень или метаструктуру, позволяющую сочетать различные когнитивные стратегии и способы рассуждения, объединяющие теорию и практику, преодолевающую ограниченность дисциплинарно организованной науки» (Трансдисциплинарность в философии и науке: подходы, проблемы, перспективы / под ред. *В. Бажанова, Р. В. Шольца*. М., 2015. С. 12).

стигнем реализации идей русских дореволюционных правоведов, рассматривающих право как *минимум морали* или как *юридически оформленную нравственность*. Например, В. С. Соловьев полагал, что «право есть принудительное требование реализации минимального добра или порядка, не допускающего известных проявлений зла»[1].

Энциклопедическое представление о названном принципе требует для полного описания явлений применять два взаимоисключающих («дополнительных») набора классических понятий, совокупность которых дает исчерпывающую информацию об этих явлениях как о целостных. Это вполне укладывается в интегративную теорию права и соответствует практическим принципам конвергенции[2]. Но здесь для нас главное — подчеркнуть работу этого принципа в разрешении дискуссий об источниках права (закон или прецедент), в построении системы права, в решении практических вопросов в ходе правоприменительной деятельности. Здесь, как и в физике, «одной логической конструкции оказывается недостаточно для описания всей сложности микромира». Конструкция легизма оказывается недостаточной для описания правоприменительной деятельности. Но представители противоположных правовых доктрин, изначально враждебно настроенные друг против друга, ведут полемику, подобно тому, как вели ее Бор и Эйнштейн.

Именно философия принципа дополнительности лежит в основе доктрины имплементации судебных решений в законодательство, впрочем, как и имплементации воли законодателя, заложенной в текстах законов, в судебные решения. Последнее в свете вековой практики мыслится в принципе само собой разумеющимся, и господствующие теории правоприменения всегда исходили из принципа законности. Однако в переломные годы развития правовых систем (в разных странах и регионах это было в разное время) вопросы об-

[1] *Соловьев В. С.* Оправдание добра. Нравственная философия: собр. соч.: в 2 т. Т. 1. М., 1988. С. 124.

[2] В соответствии с принципом дополнительности по Максу Борну, физика ведет к тому, что нужно отказаться от представления всех сторон явления посредством одного и того же рода наблюдения и одной и той же системы понятий. Всегда существует по меньшей мере два аспекта процесса, и в каждом отдельном случае необходимо выбирать, какому именно отдать предпочтение. URL: http://cyclowiki.org/wiki/%D0%9F%D1%80%D0%B8%D0%BD%D1%86%D0%B8%D0%BF_%D0%B4%D0%BE%D0%BF%D0%BE%D0%BB%D0%BD%D0%B8%D1%82%D0%B5%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B8_(%D1%84%D0%B8%D0%BB%D0%BE%D1%81%D0%BE%D1%84%D0%B8%D1%8F).



острялись и, начиная со школы свободного права и формирования в последующем американского и скандинавского правового реализма, господствовало нигилистическое отношение к закону и, напротив, возведение судебного решения в главный источник права не только praeter lege, но и contra lege. Противоборство легизма и правового реализма заканчивалось компромиссами. Они достигались, на наш взгляд, благодаря реализации принципа дополнительности, который действовал объективно, не будучи открыт и осознан юристами, как это было сделано физиками, а вслед за ними и представителями других, в том числе гуманитарных, наук. Естественники исходят из того, что *принцип дополнительности* связан с принципом неопределенности: чтобы разрешить неопределенность, требуется введение дополнительных условий, которые либо устраняют из системы неопределенность, либо приводят ее к определенному состоянию.

В юридической науке с недавнего времени проблема определенности и неопределенности права стала объектом пристального внимания как со стороны теоретиков, так и со стороны практиков. Она вполне определенно обозначилась в решениях Конституционного Суда РФ и в решениях ЕСПЧ. Достижение определенности требует всестороннего изучения явления. Принцип дополнительности, в частности, указывает на то обстоятельство, что в любом явлении имеется несколько сторон. Неправильное толкование принципа дополнительности состоит в попытке свести его содержание к требованию изучать явления только с какой-либо одной стороны. В нашем случае, если проводить анализ через понятия общего, особенного и единичного, нельзя сказать, что судебное решение является актом одноразового использования, что оно не имеет значения ни для кого, кто прямо не указан в этом решении в качестве адресата. Судебное решение одновременно и конкретное решение (сочетание единичного и особенного), и решение общее, содержащее установку не только конкретным, вполне определенным, адресатам, но и тем, которые знакомятся с ним на предмет определения собственного поведения в ближайшей перспективе. Более того, если это решение носит прецедентный характер, оно становится обязательным для всех, кто оказывается в общественных отношениях, аналогичных уже рассмотренным судом. Также и закон: характеристика его в качестве всеобщего регулятора предполагает характеристику его регулирующей роли для каждого отдельного конкретного случая.

Различие двух явлений или двух сторон одного явления не исключает их единства. Принцип дополнительности направлен на син-

тез различных подходов к рассмотрению одной и той же объективной сущности. Эти подходы дополняют друг друга. Закон и прецедент следует системно исследовать как парные категории. При этом невозможно игнорировать заключения философов, которые общий принцип дополнительности рассматривают как закон природы и эпистемологический принцип как доказательство наличия иррациональной, ненаблюдаемой стороны реальности, существующей наряду и в неразрывном единстве с видимым, рациональным, вещным миром.

И еще один философский подход, который имеет самое прямое практическое значение в понимании места и роли правового прецедента. Ю. М. Лотман связал принцип дополнительности с возрастающей недостаточностью информации: «...Механизм культуры может быть описан в следующем виде: недостаточность информации, находящейся в распоряжении мыслящей индивидуальности, делает необходимым для нее обращение к другой такой же единице...». «Недостаточность информации» в законе, иными словами, пробел в законе, как известно, обусловливает прецедентные решения. Прецедент материально обеспечивает принцип дополнительности.

В оценке прецедента и его соотношения с законом представляется полезным обратиться и к другому принципу — принципу субсидиарности[1]. Ему много внимания уделяется в конституционно-правовых и международно-правовых исследованиях при решении вопросов федеративного устройства, соотношении управления и самоуправления, соотнесении национальных и наднациональных средств регулирования. В последней сфере в качестве частного вопроса обособилась проблема имплементации прецедентных решений ЕСПЧ в национальную правовую систему. Представляется, что и там философской основой всех теоретических и практических решений может служить философия принципа дополнительности. Именно она ориентирована на поиск систем (со всеми их ценностными требованиями), которыми руководствуются субъекты отношений, связанных принципом субсидиарности. Эта философия выводит на интеграцию, принципами которой, в свою очередь, являются субсидиарность, пропорциональность, недискриминация.

[1] Субсидиарность (от лат. subsidiarius — вспомогательный) — организационный и правовой прицип, согласно которому задачи должны решаться на самом низком, малом или удаленном от центра уровне, на котором их решение возможно и эффективно (ru.vlab.wikia.com/.../). На уровне социума сущностной целью принципа изначально было предупреждение и разрешение конфликта между личностью и обществом, предотвращение крайностей индивидуализма и коллективизма.



В соответствии с принципом субсидиарности управление должно эффективно осуществляться на более низком уровне, а более высокий уровень может включаться в соответствующих условиях в качестве *дополнительного*. Мы исходим из того, что разные уровни функционируют на основе разных правовых систем (противоречивых, а в частностях и антагонистических), что является питательной средой реализации принципа дополнительности.

В соответствии с принципом субсидиарности государства предполагаются *суверенными* и должны реализовывать обеспечение прав и обязанностей на внутреннем уровне, в рамках национальной правовой системы. В то же время этот принцип implicito предполагает участие наднационального органа в выработке оптимально эффективного решения на основе принципа *дополнительности* в оценке разных правовых систем.

Полагаем, следует критически относиться к рассмотрению субсидиарности как основы правовой идеологии общего права с его принципом приоритета прав индивида перед правами общества, принципом индивидуализма, принципом деэтатизации. Это односторонний и во многом политизированный подход. Привнесение сюда ценностей подхода в свете принципа дополнительности смещает акценты в сторону научного взгляда на право. Полагаем, совсем не случайно в решении частноправовых судебных споров в Великобритании никогда не упускается из виду публичный интерес.

Но для целей настоящей статьи важно посмотреть на уровни правового регулирования в национальной правовой системе. Какой из них «высший» и какой «низший»? Общий вывод в рассматриваемой плоскости таков, что на низшем оказывается законодатель — с него начинается правовое регулирование, а суды включаются своими актами дополнительно. Но является ли это истиной для систем прецедентного права? Они изначально складывались так, что суд творил право, а законодатель вступал в действие только по необходимости дополнительно. Сегодня названные системы сближаются и предстоит практически решать повороты в реализации принципа субсидиарности в зависимости от условий места и времени.

Решение обозначенного вопроса скажется на характеристике механизма правового регулирования. *Позиции, согласно которым право рождается в практике и «живое» право, судебные акты способны с большей справедливостью урегулировать конфликтные отноше-*

*ния, — эти позиции ставят прецедент в привилегированное положение.*

Ограниченный объем публикации не позволяет рассматривать разные подходы к прецеденту в отечественной доктрине. Да и нет необходимости в этом, поскольку обширная литература известна[1]. Но следует констатировать, что вместе с развитием правовой системы отношение к данному источнику права менялось и наиболее ярко это проявилось, в частности, в позиции С. С. Алексеева. В советское время, как и большинство именитых ученых, он констатировал, что «в социалистическом обществе нормативный юридический акт является единственным, по существу, способом возведения государственной воли в закон — актом правотворчества, юридическим источником права. В соответствии с этим нормативные акты в социалистическом обществе — единственный носитель, форма бытия юридических норм... ни санкционированный обычай, ни судебный прецедент не являются источниками права, его формами»[2]. С принятием Конституции и открывшимися перспективами развития права С. С. Алексеев относит к источникам права и судебный, и административный прецедент[3].

Фундаментальный вывод С. С. Алексеева таков: «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, так же и творит право. По-

[1] См., например: *Марченко М. Н.* Является ли судебная практика источником права? // Журнал российского права. 2000. № 12; *Гук П. А.* Судебный прецедент как источник права / под ред. *Н. И. Матузова*. Пенза, 2003; *Зорькин В. Д.* Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12; *Иванов А. А.* Речь о прецеденте // Право: журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2; *Он же.* Речь о прецеденте: доклад в рамках Третьих сенатских чтений (г. Санкт-Петербург, 19 марта 2010 г.). URL: http://ria.ru/pravo_issue/20100319/215392670.html; *Белых В. С.* Судебный прецедент как источник правового регулирования: спорные вопросы теории и практики // Закон. 2012. № 5; *Верещагин А. Н.* Несколько мифов о прецедентном праве в России // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4; № 12; *Гущина Н. А.*, *Глухоедов М. С.* Судебный прецедент в российской правовой системе: история, теория, практика // Современное право. 2013. № 2. С. 79—84; *Исполинов А. С.* Прецедент в практике Суда Европейского союза // Международное правосудие. 2016. № 3.

[2] *Алексеев С. С.* Общая теория права. Т. II. М., 1982. С. 208. Вместе с тем при указании на формы юридической практики прецедентная, разумеется, называлась в числе других (см.: *Алексеев С. С.* Общая теория права: в 2 т. Т. 1. М., 1981. С. 352).

[3] См.: *Алексеев С. С.* Государство и право. М., 1994. С. 84—85.



этому придание решениям высших судебных инстанций страны функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным»[1].

Нам остается согласиться и предложить совершенствование механизма правового регулирования в этом направлении разработкой соответствующих законодательных новелл. На соответствующих форумах не без основания высказывались предложения сосредоточиться над выработкой конкретных предложений, в том числе в адрес законодателя, по оптимизации путей развития прецедентного права в России. В ряду таких предложений назывались, в частности, следующие:

1) законодательно установить «фильтр» для передачи на рассмотрение высших судов споров прецедентного характера, который бы предусматривал конкретные основания для рассмотрения прецедентного спора и вынесения по нему прецедентного решения (например, в случае обнаружения пробела в законе);

2) установить законодательный запрет на придание прецедентам обратной силы;

3) установить в процессуальном законе специальный порядок вынесения высшими судами прецедентных решений, предусматривающий в числе прочего:

— особую процедуру проведения судебных заседаний по прецедентным делам, обеспечивающую максимальную взвешенность и обоснованность формируемого прецедентного подхода;

— необходимость детальной мотивировки прецедентного акта;

4) применительно к проблемам, входящим в общую сферу компетенции высших судов, установить правовой механизм превентивного согласования высшими судами правовых подходов к таким проблемам (в целях недопущения вынесения высшими судами прецедентов по принципу «кто первый успел», а также недопущения конфликта прецедентов высших судов);

5) выработать эффективный правовой механизм преодоления ошибочного прецедента.

И последнее: субъектов законодательной инициативы следует законом обязать прорабатывать вопросы действия сложившихся прецедентов, учитывать их эффективность в общем механизме правового регулирования на предмет имплементации в конкретном законе.

[1] *Алексеев С. С.* Теория права. М., 1994. С. 219.

## Ограничение права судебными решениями[1]

Предшествующие публикации автора настоящей статьи касались общих аспектов возможности и пределов ограничения прав и свобод человека и гражданина[2]. Постановка вопроса в статье претендует на некоторую новизну и одновременно может вызывать сомнение при любой из альтернативных редакций: «ограничение права судом» или «ограничение права в судебной практике» — российская правовая система если и допускает ограничение прав и свобод, то как бы исключительно законом[3], отечественная теория и практика сориентированы на главенство этого источника права вообще и особенно в части установления прав, что по умолчанию предполагает и их общий объем, и их конкретное содержание.

Конституция РФ декларирует, что в России не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина (ч. 2 ст. 55). Но если возникает необходимость ограничения уже установленных, то они «могут быть ограничены **федеральным законом** только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства» (ч. 3 ст. 55) (выделено нами. — *В. Л.*). Наш основной тезис состоит в том, что права и свободы могут ограничиваться и в реальности ограничиваются *на основе федерального закона*, что дает основание ставить вопрос о субъектах, имеющих на то полномочия[1]. Более того, именно перечень целей, которые позволяют законодателю вводить ограничения, может служить обоснованием вынесения соответствующих решений судебными органами.

Конституция РФ устанавливает перечень прав и свобод, которые не подлежат ограничению (ч. 3 ст. 56). Наш следующий тезис (не бесспорный, требующий специального рассмотрения и обоснования) состоит в том, что содержащийся в ст. 56 запрет адресован законодателю, а судебные органы вынуждены ограничивать права и в сфере действия обозначенных прав в той степени, в какой они связаны с реализацией иных конституционных ценностей. Разумеется, во имя человека, во благо человека, поскольку человек объявляется Конституцией высшей ценностью (ст. 2).

Дальнейшую теоретическую аргументацию того и другого тезиса уместно вести в свете рассмотрения практических реалий.

С 10 января 2010 г. Федеральным законом от 27 декабря 2009 г. № 377-ФЗ введен в действие такой вид уголовного наказания, как ограничение свободы, заключающееся *в установлении судом* осужденному следующих ограничений (ст. 53 УК РФ):

1) не уходить из места постоянного проживания (пребывания) в определенное время суток;

2) не посещать определенные места, расположенные в пределах территории соответствующего муниципального образования;

3) не выезжать за пределы территории соответствующего муниципального образования;

4) не посещать места проведения массовых и иных мероприятий и не участвовать в указанных мероприятиях;

5) не изменять место жительства или пребывания, место работы и (или) учебы без согласия специализированного государственного органа, осуществляющего надзор за отбыванием осужденными наказания в виде ограничения свободы.

Нетрудно убедиться, что именно судьи, руководствуясь нормой ст. 53 УК и теми нормами, которыми эта мера уголовного преследо-

[1] Журнал российского права. 2018. № 6.

[2] См.: *Лазарев В. В.* Ограничение прав и свобод как теоретическая и практическая проблема // Журнал российского права. 2009. № 9; *Он же.* «Отъемлемые» и «неотъемлемые» права и свободы человека и гражданина // Конституционные права и свободы личности в контексте взаимодействия гражданского общества и правового государства. М., 2010; Конституционные ограничения конституционных ценностей // 20 лет Конституции Российской Федерации: актуальные проблемы юридической науки и правоприменения в условиях совершенствования российского законодательства: Четвертый пермский международный конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 18—19 октября 2013 г.). Избранные материалы. М., 2014. С. 69—78.

[3] Известно постановление Конституционного Суда РФ, которым расценивается как не соответствующее Конституции РФ решение федерального законодателя, не закрепившего критерии определения условий договора обязательного страхования и тем самым оставившего это на усмотрение Правительства РФ, допустив таким образом возможность произвольного толкования их объема и содержания, а значит, ограничения прав и свобод граждан актом Правительства РФ (см.: Постановление Конституционного Суда РФ от 31 мая 2005 г. № 6-П). Гарантируемые Конституцией РФ права не могут быть ограничены корпоративным нормативным актом (см.: Постановление Конституционного Суда РФ от 28 февраля 2008 г. № 3-П).

[1] Заметим, что это не только суды. Частью 2 ст. 67[1] Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» должник-гражданин может быть временно ограничен судебным приставом-исполнителем на пользование специальным правом. Более того, иногда можно вести речь о самоограничении. Общеизвестно, что суды отказывают в выезде за границу гражданину, так как он при допуске к сведениям особой важности или совершенно секретным сведениям, отнесенным к государственной тайне в соответствии с Законом РФ о государственной тайне, заключил трудовой договор (контракт), предполагающий временное ограничение права на выезд из России.

вания предусмотрена, должны осуществлять правоприменение, всякий раз соизмеряя разные конституционные ценности без покушения на основополагающие права человека и гражданина. Ограничение свободы предусматривается в самых разных статьях Уголовного кодекса. Информационные системы приводят многочисленные примеры практики — судебные решения и приговоры по ст. 53 УК РФ[1]. В обзорах судебной практики указывается также, что судьи в назначении указанной меры наказания допускают ошибки[2]. Поэтому актуально решение некоторых общих вопросов.

Представляется, что установление каких-либо ограничений в качестве уголовного наказания по меньшей мере спорно. В силу разных обстоятельств государство может устанавливать запреты и предусматривать ответственность за нарушение запретов. Но запреты эти по общему правилу должны быть административно-правовыми, а в уголовно-правовой сфере — уголовно-процессуальными. Их нарушение может влиять на назначение меры наказания по уголовному делу, но не является самостоятельным составом преступления. Из обозначенного в ст. 53 УК РФ перечня видно, что каждое ограничение связано с правами человека, имеющими естественную природу. Криминализация того, что человек имеет по природе своей, — это нарушение принципов пропорциональности. Такого рода криминализация может не выдержать сопоставления значимости социальных интересов, стоящих за ограничиваемым правом и теми целями, для достижения которых устанавливается данное ограничение. Некоторые права и свободы таковы, что любое их ограничение неизбежно затрагивает их сущность и основное содержание, т. е. ведет к их умалению. Обратим внимание, что некоторые меры по ограничению свободы непосредственно затрагивают достоинство личности, а согласно Конституции РФ «ничто не может быть основанием для его умаления» (ст. 21).

Конституционный Суд РФ указывает на недопустимость использования средств уголовного закона для несоразмерного, избыточного ограничения прав и свобод при применении мер уголовной ответственности. По его мнению, конституционными требованиями справедливости и соразмерности предопределяется дифференциация публично-правовой ответственности в зависимости от тяжести содеянного, размера и характера причиненного ущерба, степени вины правонарушителя и иных существенных обстоятельств, обусловливающих индивидуализацию при применении тех или иных мер государственного принуждения. Соответственно, меры, устанавливаемые в уголовном законе в целях защиты конституционно значимых ценностей, должны определяться исходя из требования адекватности порождаемых ими последствий (в том числе для лица, в отношении которого они применяются) тому вреду, который причинен в результате преступного деяния, с тем чтобы обеспечивалась соразмерность мер уголовного наказания совершенному преступлению, а также баланс основных прав индивида и общего интереса, состоящего в защите личности, общества и государства от преступных посягательств. Принцип соразмерности правонарушения и мер юридической ответственности обязывает федерального законодателя устанавливать меры уголовной ответственности, адекватные общественной опасности преступления, отграничивая при этом запрещенные уголовным законом деяния и уголовные наказания от административных правонарушений и мер административной ответственности, не допуская смешения оснований и видов уголовной и административной ответственности[1].

В постановлении Конституционного Суда РФ от 23 мая 2017 г. № 14-П по делу о проверке конституционности положений ст. 31.7, 31.9 КоАП РФ совершенно определенно указано: «Выявляя смысл конституционных гарантий права каждого на свободу и личную неприкосновенность, Конституционный Суд Российской Федерации пришел к выводу, что они распространяются не только на прямо указанные в статье 22 Конституции Российской Федерации арест, заключение под стражу и содержание под стражей, но и на все другие виды лишения свободы, понятие “лишение свободы”, имея по своему конституционно-правовому смыслу автономное значение, охватывает собой любые вводимые в отраслевом законодательстве ограничения, если они фактически влекут лишение свободы (будь то санкция за правонарушение или принудительные меры обеспечительного характера), а потому они должны отвечать критериям правомерности, производным от предписаний статьи 22 Конституции Российской Федерации и статьи 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, составляющих нормативную основу допустимого лишения свободы, в том числе в связи с привлечением к ответственности за совершение уголовных и административных правонаруше-

[1] См., например: URL: https://rospravosudie.com/law/%D0%A1%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%8C%D1%8F_53_%D0%A3%D0%9A_%D0%A0%D0%A4.

[2] См., например: URL: http://base.garant.ru/19736960/.

[1] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положения части 1 статьи 188 УК РФ».

ний» (постановления от 16 июня 2009 г. № 9-П, от 17 ноября 2016 г. № 25-П и др.).

Европейский суд по правам человека в своем толковании статьи 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод также исходит из того, что лишение физической свободы de facto может приобретать разнообразные формы, не всегда тождественные тюремному заключению в его классическом понимании; различие между лишением свободы и ограничением свободы состоит лишь в степени или интенсивности, а не в самом характере или сути; их восприятие должно базироваться не на формальных, а на сущностных признаках, таких как принудительное пребывание в ограниченном пространстве, изоляция человека от общества и семьи, невозможность свободного передвижения и общения с неограниченным кругом лиц; любое лишение свободы должно отвечать конвенционным критериям, защищающим человека от произвола властей, а основания его законности нельзя трактовать расширительно, поскольку они являются исключениями из фундаментальных гарантий личной свободы человека (постановления от 6 ноября 1980 г. по делу «Гуццарди (Guzzardi) против Италии», от 24 ноября 1994 г. по делу «Кеммаш (Kemmache) против Франции» (№ 3), от 25 мая 1998 г. по делу «Курт (Kurt) против Турции», от 16 июля 2015 г. по делу «Алексей Борисов против России», от 28 марта 2017 г. по делу «З. А. и другие против России» и др.).

В одном из своих решений Конституционный Суд РФ со ссылкой на п. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека 1948 г., в частности, указал на недопущение избыточного ограничения прав и свобод при применении мер уголовно-правового принуждения. Соответственно, характер и содержание устанавливаемых уголовным законом мер должны определяться исходя не только из их обусловленности целями защиты конституционно значимых ценностей, но и из требования адекватности порождаемых ими последствий (в том числе для лица, в отношении которого эти меры применяются) тому вреду, который был причинен в результате преступных деяний. В случаях, когда предусматриваемые уголовным законом меры перестают соответствовать социальным реалиям, приводя к ослаблению защиты конституционно значимых ценностей или, напротив, к избыточному применению государственного принуждения, законодатель, исходя из указанных конституционных принципов, обязан



привести уголовно-правовые предписания в соответствие с новыми социальными реалиями[1].

По сути, ограничения таковы, что не допускают расширительного толкования и тем более использования тех, что не предусмотрены законом. В этом отношении возможности судов ограничены. Так, постановлением Президиума ВС РФ от 5 февраля 2014 г. № 328-П13ПР изменены ранее принятые по делу судебные акты, исключены назначение наказания в виде ограничения свободы и указание об установлении ограничений, поскольку ограничение свободы не назначается военнослужащим, иностранным гражданам, лицам без гражданства, а также лицам, не имеющим места постоянного проживания на территории России.

Статус лица всегда имеет значение, когда дело касается каких-либо ограничений. Очень много дебатов имело место при обсуждении вопросов о неприкосновенности депутатов и других выборных лиц. И по отношению к судьям вопрос возникал в разных плоскостях.

В качестве примера укажем дело, поднимающее вопрос о пределах права на свободу выражения мнений лицами, занимающими судейские должности. В деле «Кудешкина против России» ЕСПЧ объявил приемлемой жалобу заявительницы, которая утверждала, что ее отстранение от должности судьи, обусловленное ее публичными высказываниями, является нарушением положений ст. 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Согласно положениям п. 2 ст. 10 Конвенции данная свобода может быть ограничена «в интересах... обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия». ЕСПЧ, исходя из того, что статус судьи служит фактором, ограничивающим свободу выражения мнений, тем не менее посчитал, что вмешательство государства в осуществление свободы выражения мнений лицом, занимающим такую должность, требует пристального внимания со стороны ЕСПЧ[2].

Суды не могут решать дело и устанавливать какие-то ограничения в случае пробела в праве или законе. Можно предположить и с использованием всех формально-юридических и социологических средств доказать, что отсутствие надлежащего регулирования представляет собой именно пробел в праве, а не какое-то сходное с ним явление. По общему правилу судам позволено решать дело по анало-

[1] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 16 мая 2007 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности положений статей 237, 413 и 418 УПК РФ».

[2] См.: Постановление ЕСПЧ от 28 октября 1999 г. по делу «Вилле против Лихтенштейна».

гии закона или аналогии права[1]. Однако это правило не распространяется на случаи творческого (самостоятельного, вне и без закона) установления ограничений судом, оговорки уместны, видимо, и здесь, особенно по отношению к судебным актам высших судебных инстанций. В теории в той степени, в какой признается создание прецедентных решений высшими судами, обосновать можно в том числе и первоначальное установление ограничений в судебных актах. Да и на практике можно это увидет[2], в частности, если подвергнуть анализу практику конституционного правосудия.

Так, постановлением КС РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П фактически установлена новая норма: «Гражданин является экономически слабой стороной в кредитном договоре и нуждается в особой защите своих прав, что влечет необходимость ограничения свободы договора для другой стороны, т. е. для банков». В последующем суды данное ограничение в банковской деятельности многократно подтверждали[3].

При вполне определенных обстоятельствах Конституционный Суд РФ становится над законом, его решения могут подниматься над законом, отменять те или другие ограничения, введенные законодателем. Но может ли Конституционный Суд устанавливать ограничения, неизвестные законодательству?

Приведенный пример дает основание для положительного ответа. Исходными положениями, которые могут послужить аргументацией,

[1] Так, именно по аналогии закона решался Конституционным Судом РФ вопрос о компенсации в связи с досрочным расторжением с руководителем организации трудового договора без указания, в исключение из общих правил, мотивов такого решения («минимальный размер должен быть сопоставим с выплатами, предусмотренными действующим законодательством для сходных ситуаций расторжения трудового договора с руководителем организации по независящим от него обстоятельствам» (постановление КС РФ от 15 марта 2005 г. № 3-П)).

[2] Особенно наглядно это проявляется в системах прецедентного права. Например, Верховный Суд США 19 марта 2013 г. по делу «Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.» (2013) ограничил собственника в сфере интеллектуальных прав решением, по которому в интересах бизнеса и развития международной торговли обладатель авторских или смежных прав утрачивает право контролировать их дальнейшее распространение, даже при последующем ввозе в США, если он в какой-либо стране мира вводит в оборот экземпляры своего произведения (или фонограммы). URL: http://lexdigital.ru/2013/081.

[3] См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 2 марта 2010 г. № 7171/09; Постановление ФАС Московского округа от 16 июня 2014 г. № Ф05-4930/14 по делу № А40-109655/2013; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18 ноября 2014 г. № Ф07-8956/14 по делу № А13-451/2014; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 3 декабря 2014 г. № Ф09-7529/14 по делу № А76-3546/2014; Апелляционное определение СК по гражданским делам Красноярского краевого суда от 19 ноября 2014 г. по делу № 33-11054/2014 и др.



являются выводы ученых о творческой роли Конституционного Суда, о том, что некоторые его решения являются источником права, стоящим на уровне конституционного закона. Особенно значимыми здесь являются работы некоторых конституционных судей, поскольку они изнутри видят и полнокровно оценивают все обстоятельства, связанные с формированием судейских позиций и вынесением пилотных решений.

Широкую творческую роль Конституционного Суда следует связывать преимущественно с конкретизацией права. Толкование права, строго говоря, нового к закону не прибавляет, и толкование законов входит в полномочия других органов[1], а разъяснение практики применения закона непосредственно отнесено, например, к компетенции Верховного Суда РФ[2]. В случаях обнаружения пробела в правовом регулировании Конституционный Суд РФ чаще всего обращается к законодателю, указывая на возможность или необходимость принятия новых норм. Но конкретизация конституционно-правового регулирования — функция единственного органа, и этим органом является Конституционный Суд[3].

[1] Например, Верховный Суд РФ (дело № АКПИ13-851 от 18 сентября 2013 г.) разъяснил, что ограничения прав собственника на земельный участок, на котором размещен объект системы газоснабжения, включающий в том числе наружный газопровод, установлены не оспариваемым в этой части нормативным правовым актом, а федеральными законами — ст. 90 Земельного кодекса РФ и Федеральным законом от 31 марта 1999 г. № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации», в которых ограничения устанавливаются в виде особых условий использования земельных участков и режима хозяйственной деятельности в охранных зонах.

[2] Уместно в контексте рассматриваемой темы сослаться на постановление Пленума ВС РФ от 1 июня 2017 г. № 19 «О практике рассмотрения судами ходатайств о производстве следственных действий, связанных с ограничением конституционных прав граждан (статья 165 УПК РФ)», в котором даны разъяснения по вопросам, в частности, осмотра жилища, обыска; выемки документов, содержащих охраняемую законом тайну; получения информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами; ареста имущества; реализации, утилизации или уничтожения вещественных доказательств и т. д.

[3] Имеется в виду правотворческая конкретизация. Правоприменительная конкретизация (в сфере фактов и обстоятельств) осуществляется в судах общей юрисдикции. Так, в соответствии с ч. 1, 2, 4 ст. 74 СК РФ ограниченные судом в родительских правах родители до отмены такого ограничения утрачивают право на личное воспитание ребенка, а также право на льготы и государственные пособия, установленные для граждан, имеющих детей, при этом ограничение родительских прав не освобождает родителей от обязанности по содержанию ребенка, который передается на попечение органа опеки и попечительства. В выносимых судами решениях фактическая сторона столь разнообразна (имущественное положение, жилищные условия, наличие второго родителя и т. д.), что ограничения представляются в самом разном содержании.

Например, 17 февраля 2016 г. Конституционный Суд РФ вынес постановление в связи с оспариванием конституционности ряда взаимосвязанных законодательных положений. Конституционный Суд РФ решил, что положения ч. 3 ст. 18.8 КоАП РФ (о выдворении иностранных граждан, имеющих вид на жительство в России и зарегистрированных по месту проживания в Москве, Санкт-Петербурге или прилегающих областях, за неисполнение требования о ежегодном уведомлении УФМС о подтверждении своего проживания в России) не соответствуют Конституции РФ в той мере, в какой это положение не позволяет суду отказаться от выдворения, если суд, учитывая длительность проживания иностранного гражданина в РФ, его семейное положение, отношение к уплате российских налогов, наличие дохода и обеспеченность жильем, род деятельности, профессию, законопослушное поведение, обращение о приеме в российское гражданство и другие обстоятельства, придет к выводу, что административное выдворение за пределы Российской Федерации, влекущее пятилетнее ограничение права на въезд в Российскую Федерацию, несоразмерно целям административного наказания. Как убеждаемся, приведен перечень обстоятельств, который невозможно получить в ходе толкования законодательства, но оказалось возможным обозначить в ходе конкретизации права. Отсюда федеральному законодателю предложено внести соответствующие исправления в КоАП РФ, а до их внесения суды соответствующее ограничение будут использовать, руководствуясь постановлением КС РФ.

Даже в тех случаях, когда судебным решением устанавливается то или другое ограничение строго в рамках толкования закона, надо видеть преимущества этого решения в сравнении с безличным законом. Судебное решение привязано к конкретным жизненным обстоятельствам, отдельное всегда богаче общего, и в этом смысле ограничение может рассматриваться как вполне убедительное.

К сожалению, сегодня в силу освящаемой идеологией индивидуализма вседозволенности, ее широкой распространенности в разных формах одновременно с потерей человеком естественной эмпатии рушатся все экспектации к нему, что опять же требует совершенствования системы обязанностей, запретов и прямых ограничений в праве. И здесь вновь приходится обращаться к принципам определенности и пропорциональности[1].

[1] Даже в ходе судопроизводства можно наблюдать проявления той самой «вседозволенности», что оправдывает принятие постановления Пленума ВС РФ от 13 июня 2017 г. № 21 «О применении судами мер процессуального принуждения при рассмотрении административных дел», которым обосновывается ограничение выступления участника судебного разбирательства или лишение его слова, предупреждение, удаление из зала заседания — при соразмерности избранной меры принуждения нарушению.



В конституционном праве европейских стран не без влияния ЕСПЧ едва ли не первую скрипку вместе с принципом определенности права в деятельности всех властей государства играет принцип пропорциональности. Он признается конституционным, фундаментальным, обязательным в том числе и для суда[1]. Утверждение принципа пропорциональности в праве часто ведут с законодательства Пруссии второй половины XVIII в. и связывают его обоснование с именем Карла Готлиба Свареза, который, в частности, полагал, что «социальные тяготы, которые необходимо предотвратить посредством ограничения свободы индивида, должны быть значительно более существенными, чем вред, причиняемый индивиду или всему обществу в результате данного вмешательства»[2]. В принципе всегда желательно наименьшее из возможного ограничение права. Отсюда приходится соизмерять (взвешивать) преследуемую цель и тяжесть обременений, которые лицо должно претерпеть в связи с ограничением его права. Верховный Суд РФ, например, обращает внимание на позицию Комитета по правам человека по поводу наложения ограничений на свободу выражения мнений, в том числе на свободу распространять информацию и идеи: только в той степени, в которой они установлены законом и являются необходимыми: а) для уважения прав и репутации других лиц; или б) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения. Любое ограничение свободы выражения мнений не должно быть слишком широким по характеру, т. е. оно должно являться наименее ограничительной мерой, с помощью которой

[1] Показательно, например, особое мнение судьи КС РФ Г. А. Гаджиева «По делу о проверке конституционности положений ч. 9 ст. 3 Федерального закона “О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации” в связи с жалобой гражданина Е. В. Потоцкого, который оспаривал ограничение, введенное в 2013 г., суть которого состоит во введении преклюзивного, пресекательного срока в 10 лет». Соответствующие нормы, по мнению Г. А. Гаджиева, не отвечают требованиям соразмерности ограничения прав, допускают чрезмерное вмешательство в порядок исполнения договорных обязательств, возникших до вступления в силу нового правового регулирования.

[2] Цит. по: *Варламова Н. В.* Принцип пропорциональности как основа осуществления публично-властных полномочий // Aequum ius. От друзей и коллег к 50-летию проф. Д. В. Дождева / отв. ред. *А. М. Ширвиндт*. М., 2014. С. 5—6.

может быть обеспечена соответствующая защитная функция, и быть соразмерным защищаемому интересу[1].

В русле европейского конституционного правопорядка следует расценивать и методологические позиции Конституционного Суда РФ, который в своих решениях постоянно напоминает, что, хотя конституционные нормы и позволяют законодателю в определенных пределах установить ограничения закрепляемых ими прав, он не может осуществлять такое регулирование, которое посягало бы на существо того или иного права и приводило бы к утрате его реального содержания; предусматриваемые ограничения не должны затрагивать существо конституционного права, т. е. ограничивать пределы и применение основного содержания соответствующих конституционных норм[2]. Например, согласно правовой позиции, изложенной КС РФ в постановлении от 15 декабря 2004 г. № 18-П, законодатель вправе установить необходимые ограничения, касающиеся осуществления права на объединение в политические партии. При этом осуществляемое законодателем регулирование «не должно искажать само существо права на объединение в политические партии, а вводимые им ограничения — создавать необоснованные препятствия для реализации конституционного права каждого на объединение и свободы создания и деятельности политических партий как общественных объединений, т. е. такие ограничения должны быть необходимыми и соразмерными конституционно значимым целям»[3].

На существо конституционных прав не может посягать и сам Конституционный Суд РФ. Они, как известно, будучи закрепленными в

[1] См.: Обзор судебной практики Верховного Суда РФ № 3 (утв. Президиумом ВС РФ 25 ноября 2015 г.).

[2] См., например, постановления КС РФ от 2 февраля 1996 г. № 4-П, от 1 апреля 2003 г. № 4-П, от 14 мая 2003 г. № 8-П, от 30 октября 2003 г. № 15-П, от 16 июля 2004 г. № 14-П, от 15 декабря 2004 г. № 18-П и др.

[3] Постановление КС РФ от 16 июля 2007 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 3, 18 и 41 Федерального закона “О политических партиях”»; см. также: Постановление КС РФ от 26 декабря 2005 г. № 14-П. При этом важно учесть и средства, которые будут использоваться при реализации соответствующих ограничений. Так, законодатель, осуществляя регулирование условий и порядка предоставления конкретных видов пенсионного обеспечения, а также определяя организационно-правовой механизм его реализации, связан в том числе необходимостью соблюдения конституционных принципов справедливости и равенства и требований к ограничениям прав и свобод граждан, в силу которых различия в условиях приобретения права на пенсию допустимы, если они объективно обоснованы и оправданы конституционно значимыми целями, а используемые для достижения этих целей правовые средства соразмерны им (см., например, постановления КС РФ от 3 июня 2004 г. № 11-П, от 23 декабря 2004 г. № 19-П, от 10 июля 2007 г. № 9-П).



гл. 2 Конституции РФ, являются неприкосновенными. Однако в плане их защиты у Конституционного Суда имеются самые широкие полномочия вплоть до временного урегулирования общественных отношений (преодоление пробела до устранения его законодателем). Интерес в этом отношении представляет постановление КС РФ от 19 июля 2017 г. № 22-П «По делу о проверке конституционности положений части 1 и пункта 2 части 2 статьи 20 Федерального закона “О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации”». Это как раз тот случай, когда оказываются бессильными все средства толкования закона. Конституционный Суд указал: «В случаях, когда толкование правовой нормы официальными актами государственных, в том числе судебных, органов не устраняет — вследствие наличия различных вариантов ее интерпретации — неясность правового регулирования, при решении вопроса о том, какой из этих вариантов применим для установления прав и обязанностей участников соответствующих правоотношений, необходимо исходить из конституционных принципов равенства и справедливости, а также требования формальной определенности норм, с тем чтобы избежать нарушения основных начал правового регулирования и правоприменения, вытекающих из статей 1 (часть 1), 18, 19 (части 1 и 2), 46 (части 1 и 2) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации.

Если взаимоисключающие подходы к толкованию одной и той же нормы, обусловленные в том числе различным ее пониманием в сопоставлении с другими нормами, оказываются не лишенными юридического обоснования в рамках приемлемой с конституционной точки зрения модели правового регулирования соответствующих отношений, уяснить подлинное содержание такой нормы даже с помощью обращения к конституционным целям и принципам удается не всегда. В подобной ситуации наиболее корректным, а иногда и единственно возможным способом выявления отвечающего намерениям законодателя истинного смысла введенного им правового регулирования является — в силу принципа разделения властей (статья 10 Конституции Российской Федерации) — законодательное уточнение содержания нормативных предписаний, неясность (неоднозначность) которых, не устранимая средствами толкования, создает серьезные затруднения в процессе их применения, а самого по себе нарушения требования определенности правовой нормы, порождающего возможность ее произвольного толкования правоприменителем, достаточно для при-

знания такой нормы не соответствующей Конституции Российской Федерации».

Приведенные правовые позиции позволили Конституционному Суду в данном конкретном деле признать обжалованные нормы не соответствующими Конституции РФ и во избежание нарушения как прав указанных лиц, так и интересов общества и государства считать «возможным установить временный — до внесения в законодательство о миграционном учете необходимых изменений, вытекающих из настоящего постановления, — порядок применения соответствующих законоположений»[1].

Данное постановление КС РФ должно войти в научный оборот, во-первых, как еще одно подтверждение творческой роли выносимых Судом решений, являющихся при определенных условиях полноценным источником права, и, во-вторых, как демонстрация реализации известных правовых принципов в сложных отношениях, касающихся ограничений права.

Но в большинстве случаев Конституционному Суду нет необходимости устанавливать какие-либо правила, и он просто констатирует неконституционность запретов, как чрезмерных, не обусловленных конституционно значимыми целями ограничений свободы, как не отвечающих требованиям определенности и недвусмысленности и потому не соответствующих Конституции РФ, ее ст. 19, 29 (ч. 1, 4) и 55 (ч. 3). Так обстояло дело в случае отсутствия в избирательном законодательстве формально определенного порядка реализации гражданами права на проведение лично предвыборной агитации против всех кандидатов за счет собственных (не являющихся средствами избирательных фондов) денежных средств (постановление КС РФ от 14 ноября 2005 г. № 10-П). Кстати, ситуация в этом деле требует анализа на предмет того, был ли здесь пробел закона или квалифицированное молчание законодателя, расцениваемое в качестве запрета. Полезно в решении данного теоретического вопроса обратиться к особому мнению судьи Н. С. Бондаря, посчитавшего, что неопределенность правового регулирования не может отождествляться с законодательным запретом.

Из всех естественных и конституционно установленных прав важнейшим является право собственности. К его ограничениям приходится подходить особенно тщательно. Поэтому в заключение сошлемся на постановление КС РФ от 12 июля 2007 г. № 10-П «По

[1] URL: http://rulaws.ru/acts/Postanovlenie-Konstitutsionnogo-Suda-RF-ot-19.07.2017-22-P.



делу о проверке конституционности положения абзаца третьего части 1 статьи 446 ГПК РФ: “Возможные ограничения федеральным законом прав владения, пользования и распоряжения имуществом, свободы предпринимательской деятельности и свободы договоров также должны отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, пропорциональными, соразмерными, не иметь обратной силы и не затрагивать существо данных конституционных прав, т. е. не ограничивать пределы и применение соответствующих конституционных норм. Сама же возможность ограничений (как и их характер) должна обусловливаться необходимостью защиты конституционно значимых ценностей, а именно основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2003 г. № 456-О)”».

# V. Из истории правовой мысли

## Отзыв о диссертации С. А. Егорова «Ярославская юридическая школа. Анализ научно-педагогического опыта Демидовского лицея»[1]

Исторической науке известны многие исследования, посвященные отдельным ученым, отдельным трудам и общему развитию науки и преподавания в определенные исторические периоды в разных странах. Есть исследования, посвященные истории развития конкретных университетов. Однако система юридического образования и преподавания в этом отношении в отечественных высших учебных заведениях до конца еще не исследована (отметим разве лишь труды доцента И. А. Емельяновой). Ошибочно считать опыт первых академий древности и первых университетов Средневековья не имеющим значения для современной техногенной эпохи.

Целью работы С. А. Егорова явилось изучение основных этапов истории становления и деятельности одного из старейших юридических вузов России — Демидовского лицея, определение его вклада в российское правоведение, разработка рекомендаций на основе позитивного опыта этого учебного заведения по совершенствованию современной системы юридического образования.

Теоретическую основу исследования составили ведущие принципы, идеи, выводы, содержащиеся в трудах дореволюционных и современных ученых по истории высшего юридического образования и науки в России, теории права и государства. Значительна и эмпирическая база исследования. Новизна работы заключается в том, что автором впервые проведено комплексное исследование опыта научной и образовательной деятельности одной из крупнейших российских дореволюционных юридических школ — Демидовского лицея, выявлены основные научные и образовательные приоритеты этого учебного заведения, охарактеризован вклад юристов-отраслевиков в развитие историко-правовых наук, раскрыта система педагогических мер, направленных на формирование личности юриста.

[1] Юридическая наука и правоохранительная практика. Тюмень, 2010. № 3 (13). С. 114—120.



Структура диссертации не ординарна, но подчинена логике исследования и состоит из введения, восьми глав, включающих семнадцать параграфов, заключения и библиографии. Во введении аргументируется актуальность исследования, и автор не без основания связывает ее с реформированием системы высшего, в том числе юридического, образования. Здесь же содержатся все необходимые компоненты, включая положения, выносимые на защиту, которые в целом отражают содержание исследования и отличаются необходимой новизной.

В главе 1 «Ярославское высших наук училище и камеральный лицей как исторические центры развития отечественной юриспруденции» определяется юридическая составляющая академической жизни этих учебных заведений, анализируются труды их профессоров. Особое внимание при этом уделяется актовой речи студента училища Николая Коковцова «О происхождении законодательства», которая является первой студенческой публикацией, относящейся к области правоведения. Эта замечательная во многих отношениях речь, опубликованная в 1812 г. Московским университетом, приводится автором как свидетельство довольно высокого уровня юридической подготовки студентов в Ярославском высших наук училище, основанном в 1803 г. Его преобразование в 1833 г. в лицей камерального профиля диссертантом оценивается как мера сугубо бюрократическая, имевшая целью обеспечить прямое приготовление чиновников для управления государственным имуществом. Диссертантом всесторонне раскрывается несостоятельность этой системы подготовки специалистов, поскольку присоединение к ним далеко не родственных предметов преподавания обрекало выпускников Лицея на правовую недоученность, ее губительность для живого дела образования, обосновывается опасность его реформирования без опоры на отечественные традиции, по сути, при их игнорировании. Сравнительный анализ уставов камерального лицея 1833 и 1845 гг. приводит диссертанта к выводу, что главная причина хронического «недомогания» учебного заведения заключалась в его органическом неустройстве, в несвязанности внутреннего единства предметов преподавания, в их «разношерстности».

Значительное внимание диссертантом уделено научно-педагогической деятельности в камеральном лицее будущего великого педагога, юриста К. Д. Ушинского (1846—1849). Его пребывание в Лицее рассматривается диссертантом как одна из самых ярких страниц в исторической жизни учебного заведения, оценивается дидактический

вклад К. Д. Ушинского в систему преподавания юридических дисциплин, новизна его научных идей (выдвижение идеи общественного права и др.), критика министерских мер по забюрокрачиванию образовательного процесса, борьба за право быть честным преподавателем. Диссертантом обоснованно утверждается, что научно-преподавательская деятельность в Лицее во многом предопределила великое педагогическое служение К. Д. Ушинского (с. 53).

В данной главе диссертации впервые раскрывается историко-правовое значение труда профессора камерального лицея цивилиста Н. А. Гладкова «О влиянии общественного состояния частных лиц на право поземельной их собственности по началам древнего русского законодательства» (М., 1855); как определенный вклад в историко-правовую науку оценивается труд другого цивилиста Лицея В. Н. Никольского «О началах наследования в древнейшем русском праве» (М., 1859); фиксируется начало научно-педагогической деятельности выдающегося русского юриста А. П. Чебышева-Дмитриева (с. 68).

Глава 2 посвящена исследованию основных этапов исторической жизни этого образовательного учреждения (1870—1918). Приводятся статистические данные, согласно которым Демидовский юридический лицей по числу студентов-юристов занимал первое место после столичных университетов (с. 90) и являлся на протяжении всей своей истории самым демократичным учебным заведением императорской России (с. 90, 113—114). В этой же главе прослеживается развитие издательской базы Лицея, его фундаментальной библиотеки, анализируются Правила для студентов Демидовского юридического лицея, существенно отличавшиеся от университетских.

В главе 3 раскрываются методологические достоинства лицейской концепции юридического образования, которая, имея направленность на исключительно научную подготовку юристов, по мнению директора Лицея, выдающегося педагога высшей школы М. Н. Капустина, способна надежно обеспечивать их приготовление к практической деятельности за счет накопления умственного капитала, углубления юридического мышления, тогда как увлечение практическим направлением идет во вред интересам дела. По этому поводу им было весьма афористично сказано: «Вообще, чем более школа станет преследовать практические задачи, тем беднее будет ее влияние на практику» (с. 123). В качестве важной составляющей концепции рассматривается также строго юридический характер образования, исключающий из числа предметов преподавания неродственные юридическим, сторонние дисциплины. Диссертант полагает, что мы не извлекли должных уроков из истории отечественного правоведения, продолжая «перенасыщать» систему юридического образования дисциплинами, не имеющими отношения к юриспруденции. Диссертантом акцентируется внимание и на других образовательных приоритетах Лицея. Позитивно расценивается тот факт, что в этом учебном заведении раньше, чем в университетах, было введено преподавание всеобщей истории права, более основательно изучалось римское право (с. 123—124, 126).



К особенностям исторической жизни Лицея диссертант относит сохранение им верности академическим традициям, в числе которых присуждение вплоть до 1918 г. кандидатских степеней лучшим из выпускников, выступления профессоров с актовыми речами, публикация вступительных лекций преподавателей. Отмечается, что Лицей более, чем юридические факультеты российских университетов, преуспел в плане издания методических пособий для проведения практических занятий со студентами. На его долю приходилось два из трех изданий такого рода, которыми располагала российская высшая юридическая школа по состоянию на 1900 г. (с. 153). В диссертации подробно анализируются (с. 153—157) «Казуистика. Сборник судебных случаев для проведения практических занятий по уголовному праву» Н. Д. Сергеевского (1882) и «Руководящие начала к преподаванию русского гражданского права» В. А. Юшкевича (1900). Диссертантом отмечается, что в образовательном процессе Лицея обеспечивалось органичное сочетание лекций с практическими занятиями. Дирекцией и Советом придавалось большое значение совершенствованию форм индивидуальной работы со студентами, средств активизации их научного поиска, в связи с чем широко практиковалось проведение конкурсов на лучшее студенческое сочинение, в котором могли участвовать все желающие. Выполнение курсовых (годовых) работ было обязательным для всех обучающихся.

Опираясь на педагогический опыт Лицея и других российских дореволюционных юридических школ, автор, на мой взгляд, правильно обосновывает положение о необходимости усиления в современной системе университетского юридического образования блока историко-правовых дисциплин.

Диссертация содержит интересный материал о сложившейся в Лицее системе воспитания студенчества, нацеленной на становление личности юриста, формирование юридического характера, всемерно наставлявшей на беззаветное служение закону, идеалам добра и справедливости, на «честное дело жизни».

В главе 4 анализируются труды ярославских историков права, определяются их научные приоритеты. Диссертант приходит к вполне обоснованному выводу, что с их изысканиями тесно связано становление и развитие историко-правовой науки в России. Как важное научное достижение рассматривается составление М. Ф. Владимирским-Будановым «Хрестоматии по истории русского права», в которой систематизированы и обстоятельно прокомментированы основные источники русского права, что оказало стимулирующее воздействие на историковедческую работу, расширило горизонты исследований. Значение выдающегося вклада в российскую историко-правовую науку имеют, по мнению диссертанта, капитальные труды И. И. Дитятина по истории городского управления и самоуправления в императорской России XVIII—XIX вв., в которых отстаивается идея самоуправления в противовес бюрократическому регламентированию городской жизни правительственными органами.

Особый параграф главы посвящен историко-правовым исследованиям представителей отраслевых юридических наук, определению их вклада в историю русского права, что само по себе свидетельствует в пользу научной новизны работы. На основе изучения монографии цивилиста Н. Л. Дювернуа «Источники права и суд в древней России: опыты по истории русского гражданского права» диссертант приходит к выводу, что этим исследованием воссоздается целостная картина юридического быта Древней Руси. Во многих отношениях, по утверждению С. А. Егорова, как историк русского права зарекомендовал себя административист И. Я. Гурлянд. Этим ученым дано самое достоверное толкование факта существования в г. Романове в XVI—XVII вв. татарской колонии, воссоздана целостная историческая картина ямской гоньбы в Московском государстве XV—XVII вв., раскрыто подлинное предназначение созданного Алексеем Михайловичем «Приказа великого государя тайных дел» как органа надзора за всей системой управления, возглавлявшейся непосредственно царем, как реального ограничителя прерогатив Боярской думы. Высоко оценивается диссертантом и вклад криминалистов Лицея в эту науку. В их трудах поднимается и рассматривается целый ряд проблемных вопросов русского права (труд М. В. Духовского «Понятие клеветы как преступления против чести частных лиц» обосновывает господствующее положение обычая в правовых порядках Древней Руси; труды криминалиста В. Н. Ширяева посвящены религиозным и должностным преступлениям; в работе профессора церковного права Лицея Н. С. Суворова «Псковское церковное землевладение в XV—XVII веках» получает



четкое юридическое определение широко распространенный на Руси институт бобыльства; в государствоведческих трудах В. Г. Щеглова о Государственном Совете и С. П. Покровского о министерской власти в России ставятся общие вопросы власти).

В диссертации всесторонне раскрывается основополагающее значение трудов М. Н. Капустина для становления «Всеобщей истории права», подробно анализируется его вышедшая в Ярославле работа «История права. Часть I» (1872), в которой сформулирована концепция этой науки, имеющая центром исследования типические формы юридических институтов, последовательно сменявшие одна другую (с. 212—216). В диссертации оценены исследовательские привнесения нового в эту науку лицейских профессоров В. В. Сокольского, В. Г. Щеглова и С. П. Покровского (см., например, с. 219). Отмечается единство этих ученых в понимании того, что право возникло в доисторические времена, что оно обязано своим появлением самой действительности, потребностям человеческого общения, что ему на ранних стадиях развития присущи общие черты, в том числе отсутствие национальных особенностей.

В главе 5 рассматриваются общетеоретические труды преподавателей Лицея: М. Н. Капустина, П. Л. Карасевича, В. Г. Щеглова, Н. И. Палиенко, Б. А. Кистяковского, А. Л. Байкова, Ф. В. Тарановского.

Согласно утверждению диссертанта наука, имеющая своим предметом общее учение о праве, введена в российскую юриспруденцию М. Н. Капустиным, ему же она обязана и своим названием «Общая теория права» (с. 226—227). М. Н. Капустин, в частности, раскрывал сущностные свойства права, отстаивал идею его первичности по отношению к государству. В научную заслугу этому ученому ставится также признание за юридическим обычаем нормальной формы бытия положительного права, опровержение господствующего воззрения, согласно которому его существование находится в прямой зависимости от дозволения государственной власти, четкое видение единства и несовпадения права и нравственности, права и философии, обоснование как непременного условия действенности права его постоянного приложения к жизни.

Подчеркивается также афористичность, тонкость суждений М. Н. Капустина, их проникнутость эстетическим элементом (с. 227—234). Диссертантом отмечается, что одна из первых российских монографий, специально посвященных проблеме взаимодействия нравственности и права, принадлежит профессору Лицея В. Г. Щеглову. Эта ра-

бота впервые анализируется как в советской, так и в постсоветской литературе. К числу достоинств монографии диссертант относит обоснование несостоятельности воззрения, согласно которому нравственности принадлежит область исключительно внутренней психической жизни человека, а праву — сфера его внешней деятельности, а также непризнание принудительности отличительным свойством права, сущностным элементом его понятия (с. 235—236).

Диссертантом основательно исследуется научное наследие крупного теоретика права начала XX в. Н. И. Палиенко, для которого, в отличие от большинства позитивистов, к числу которых он принадлежал, характерно рассмотрение нормативной обязательности через призму человеческой психики (с. 239). В диссертации подробно анализируется основной теоретический труд Н. И. Палиенко «Учение о существе права и правовой связанности государства».

Основное внимание в главе уделено разбору трудов крупнейшего методолога права Б. А. Кистяковского, начавшего свою научно-педагогическую деятельность в Лицее с прочтения вступительной лекции «Право как социальное явление». Монография этого ученого «Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права» оценивается диссертантом как концентрированный итог развития российской теоретико-правовой мысли, как одна из доминирующих ее вершин. К выдающимся заслугам Б. А. Кистяковского диссертант относит обоснование правомерности существования не одного, а нескольких понятий права, а следовательно, научной оправданности самостоятельной разработки различных сторон этого сложного, многообразного социального феномена (с. 239). Отмечается, что, подобно М. Н. Капустину, Б. А. Кистяковский один из основных признаков права усматривает в его постоянном действии, приложении к жизни. Раскрывается научная позиция Б. А. Кистяковского относительно недопустимости сведения природы правовых норм к внешнему их проявлению, видения в правовой норме лишь правила, получившего внешнее выражение, а не правового убеждения, что ученым расценивается как проявление «низкого уровня правосознания» (с. 249). В диссертации акцентируется внимание на отстаивании Б. А. Кистяковским идеи самоценности права, непременного рассмотрения его в значении самостоятельной цели, а не средства для достижения тех или иных целей (с. 248).

Н. И. Палиенко и Б. А. Кистяковский характеризуются как крупнейшие теоретики правового государства. Автором отмечается своеобразие психологической теории А. Л. Байкова, оценивается методологическое значение вступительной лекции Ф. В. Тарановского «Историческое и методологическое взаимодействие истории, догмы и политики права».



Глава 6 посвящена определению научных достижений ярославских ученых в государственном, административном, финансовом, международном, церковном, обычном праве и статистике. Первый государствовед Лицея Н. К. Нелидов охарактеризован как основоположник социологического направления в государствоведении, отмечено и выполненное в плане теории государственного права магистерское исследование Н. Н. Ворошилова «Критический разбор учения о разделении властей» (с. 267—268).

Диссертантом основательно проанализированы государствоведческие труды забытого ныне выдающегося русского юриста А. Е. Назимова, монография которого «Реакция в Пруссии (1848—1858)» получила высокую оценку видных немецких государствоведов Р. Гнейста и Л. Штейна. Главное достоинство этого труда усматривается в том, что русским ученым на частном примере Пруссии выявлены причинные связи и закономерности поступательных и реакционных движений западноевропейских обществ в рассмотренный им период истории.

Труды профессоров Лицея Э. Н. Берендтса и И. Т. Тарасова диссертантом оцениваются как значительный вклад в разработку понятийного аппарата и системы наук административного и финансового права, акцентируется внимание на раскрытии И. Т. Тарасовым позитивного воздействия идей правового государства на формирование науки финансового права, поскольку «только благодаря учению о правовом государстве финансовое право достигло уровня самостоятельной науки», воплотившей в себе обоснование правомерности как налогов, так и расходования государственных средств (с. 288).

В § 3 главы анализируются труды специалистов Лицея в области международного права: М. Н. Капустина, О. О. Эйхельмана, А. Н. Лодыженского, Н. Н. Голубева. Каждый из них, отмечается, сказал свое слово в науке, но всех их объединяет отрицательное отношение к проявлению духа государственного эгоизма, отстаивание идеи утверждения здания международного сотрудничества на сугубо юридических началах, обеспечивающих торжество правовых идеалов и уважение национального достоинства членов содружества (с. 296).

В том же параграфе рассматриваются труды преподавателей церковного права (с. 298, 299—304).

В главе 7 оцениваются результаты исследований ярославскими учеными проблематики римского и гражданского права. Глава 8 («Труды криминалистов юридического лицея») посвящена анализу работ Н. Д. Сергеевского, Л. С. Белогриц-Котляревского, Д. Г. Тальберга, А. К. Вульферта, Г. С. Фельдштейна, В. Н. Ширяева, Н. Н. Полянского (классическая школа), М. В. Духовского, А. А. Пионтковского, М. П. Чубинского (социологическое направление науки уголовного права). К числу выдающихся достижений представителей классической школы уголовного права отнесены: проведение Н. Д. Сергеевским самого полного и логически завершенного исследования теории причинной связи в уголовном праве, А. К. Вульфертом — лучшего критического анализа изысканий итальянской антрополого-позитивной школы, Г. С. Фельдштейном — самого глубокого экскурса в историю науки уголовного права, В. Н. Ширяевым — самого основательного анализа феномена должностной преступности.

Положительно оценивая диссертационное исследование С. А. Егорова, следует отметить и некоторые позиции, которые нуждаются в пояснении, развитии и дополнительном обосновании в ходе защиты.

1. Становление и развитие юридического образования в стране, укоренение юридических наук нельзя понять вне общего контекста культурного и особенно социально-политического развития. Между тем это не проходит ни в положениях, выносимых на защиту, ни в общем введении, ни во введении к соответствующим разделам. Чем, например, вызвано гонение на тех, кто преподавал естественное право? Надо полагать, не внутренней жизнью вуза. Сколь бы ни были значительны достижения Демидовского лицея в научно-педагогической деятельности, их нельзя рассматривать изолированно, в отрыве от общетеоретического уровня, вне связи с достижениями других юридических центров. Многие профессора Лицея работали и в других университетах, поддерживали связь с коллегами. Ни по архивным источникам, ни по литературе такой материал не просматривается.

2. Часто диссертант ограничивается фиксацией взглядов того или иного автора без должной оценки. Так, например, он полагает, что «первая основательная постановка вопроса о социалистическом правовом государстве» принадлежит Б. А. Кистяковскому (см. с. 256—257, с. 15 автореферата). Это положение нуждается в обосновании и осмыслении на предмет его места в системе социалистических идей (в том числе утопических), на предмет уяснения причин отвержения таких идей в последующий период (в том числе идеи «социализма с человеческим лицом»).



3. С моей точки зрения, диссертационный материал давал основу для более развернутых и более значимых практических предложений (см. с. 18). Конкурсы студенческих работ проводятся, спецкурс по истории юридического образования скорее уместен для отдельного вуза, математику теперь связывают с компьютеризацией и т. д. Некоторые позитивные выводы сделаны в заключении (с. 417—420). Но было бы хорошо осмыслить следующее.

1. Входивший в университетскую корпорацию ценился в далекие времена не по происхождению, не по капиталам, не по сану, а исключительно по интеллектуальным способностям. Бескорыстие было основой духовной жизни университета. Каково сегодня университетское сообщество?

2. Выпускник российского университета получал 12-й чин (губернский секретарь), магистр — 9-й, адъюнкт и экстраординарный профессор — 8-й (давал право на потомственное дворянство), ординарный — 7-й. Соотносима ли Табель о рангах с нынешними законами о государственной службе?

3. С тем, чтобы преподавали свои специалисты (знающие Россию патриоты), финансировались зарубежные стажировки преподавателей. Какие ресурсы сегодня выделяются для профессуры на зарубежные стажировки?

4. Заслуженные профессора оставались на службе до тех пор, пока могли приходить в вуз, и молодые брали на себя их нагрузку. Как оценить?

5. В разные времена в студентах видели то европейцев, то противоядие европейцам. Как оценивать применительно к настоящему?

6. В разные времена «длина поводка», на котором держалась университетская свобода, была разной. Каковой она должна быть теперь?

7. До десятка эпитетов было принято в характеристике студента. Инспекторы выполняли контрольно-полицейские функции, наказаний было множество и карцер был не редкостью. В какой степени обоснована жесткость в поддержании дисциплины?

8. В России не признавалось право выбора преподавателя, право выбора формы занятий и т. п. Каковы пределы свободы студента: в выборе дисциплин, в сроках обучения, в отношении к профессорам и т. д.?

Перечень вопросов можно продолжить. Однако высказанные замечания и пожелания неизбежны в адрес такого рода работ и не умаляют в целом научную значимость проведенного автором исследования.

В целом диссертационная работа представляет собой первый и наиболее полный в отечественной юриспруденции опыт выхода на общие вопросы юридической науки и подготовки юридических кадров через

историческое исследование такого особенного юридического центра, как Демидовский лицей. Основные положения диссертации нашли отражение в публикациях автора в ведущих российских научных изданиях, были апробированы на международных и российских конференциях и семинарах.

Полученные автором результаты вносят существенный вклад в развитие теоретической науки о праве и государстве, могут быть использованы при подготовке учебников, учебных пособий, проведении учебных занятий по истории и теории права и государства, отраслевым юридическим наукам, а также занятий в системе повышения квалификации для работников образования. Полагаю, что исследование С. А. Егорова будет востребовано в дальнейшем при подготовке проекта Образовательного кодекса.

Рецензируемая диссертация представляет собой завершенное монографическое исследование актуальной проблемы. Автором разработаны теоретические положения, совокупность которых следует квалифицировать в соответствии с Положением «О порядке присуждения ученых степеней» как новое крупное научное достижение. Представленная работа соответствует требованиям, предъявляемым к докторским диссертациям, а ее автор — Егоров Станислав Александрович — заслуживает присуждения ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.01 — теория и история права и государства; история учений о праве и государстве.

Подготовленный автореферат соответствует содержанию диссертации. Замечаний по оформлению не имею.

## Об экзистенции отечественной юридической науки[1]

В современной философии категория «экзистенциализм» означает человеческое существование в его глубинной онтологической специфичности, когда противопоставляется способ человеческого бытия бытию вещи, бытию других живых существ. Однако этимология понятия «экзистенция» (существование, от лат. exsistentia, от глагола ex-sisto, ex-sistere — выступать, выходить, обнаруживать себя, существовать, возникать, показываться, становиться, делаться — философская категория, используемая для обозначения конкретного бытия[2])

[1] Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2013. № 4 (93). С. 57—64.

[2] См.: Словари и энциклопедии на Академике. URL: http://dic.academic.ru/dic.nsf/history_of_ph ilosophy/627/%D0%AD%D0%9A%D0%97%D0%98%D0%A1%D0%A2%D0%95%D0%9D%D0%A6%D0%98%D0%AF.



позволяет, на наш взгляд, более широкое его использование. С некоторой условностью содержание понятия «экзистенция» можно перенести на современную юридическую науку. Это позволяет видеть, как «обнаруживает себя», как возникла, как формировалась отечественная юриспруденция, в каких формах и в каком качестве существует, какие вызовы (угрозы) на себе испытывала и как она отвечает на эти вызовы. Разумеется, всего этого невозможно охватить в рамках одной статьи. Поэтому остановимся лишь на некоторых аспектах обозначенной проблемы.

Чтобы проникнуть в экзистенцию отечественной юридической науки, следует взглянуть на нее со стороны и изнутри. Каждая наука время от времени пытается осмыслить себя, вызнать свою «родословную», осветить свой путь, определить перспективы[1]. Юридическая наука не исключение. Она, выражаясь доктринальным языком, призывает к пониманию своей онтологии и выработке собственной гносеологии. Как теоретику мне импонирует постановка вопроса о саморефлексии теории государства и права[2], но эта наука именуется «общей теорией» и, следовательно, может взять на себя миссию глобальной рефлексии, рефлексии юридической науки в целом. Это тем более будет оправдано, так как предмет теории государства и права и язык ее суть предмет и язык всей юриспруденции[3], всего того, что составляет Jus в совокупности метатеории и реальной практики[4].

Представляется целесообразным рассматривать все многообразие внутренних и внешних факторов, обусловливающих развитие науки и позволяющих характеризовать ее метафизику через понятие «вызовы».

Вызовы (implicite) заключают в себе требовательное начало. На вызов надо отвечать. Вызовы предполагают незамедлительную рефлек-

[1] Не вдаваясь в анализ всех признаков и состава науки, представляется возможным исходить из того, что это концептуализированная совокупность верифицируемых знаний о том, что есть и что может быть в мире идей и мире вещей в пространственно-временном и субъектном измерении. Это особого рода деятельность и ее результат в неразрывной связи.

[2] См.: *Веденеев Ю. А.* К вопросу о теории государства и права // Правовая политика: вызовы современности: матер. IV Междунар. науч.-практ. конф. «Кутафинские чтения» (Москва, 27 ноября — 2 декабря 2012 г.): сборник тезисов / отв. ред. *Т. Н. Радько, Л. А. Демина*. М., 2012. С. 53—54.

[3] Ср.: Проблемы общей теории права и государства: учеб. для юрид. вузов / под общ. ред. *В. С. Нерсесянца*. М., 1999. С. 2.

[4] См.: *Лазарев В. В., Липень С. В., Саидов А. Х.* Проблемы общей теории Jus: учебник для магистрантов юридических вузов. М., 2012. С. 10.

сию, определение тактики и стратегии поведения. В науке они требуют адекватных идей, новых подходов и доктрин. При этом мы бы не сводили современные вызовы к угрозам. Некоторые из них стары как мир[1], на некоторые человечество веками ищет ответы и, увы, не находит до сих пор.

Все вызовы, имеющие отношение к юридической науке, можно разделять на природные и социальные. Те и другие подлежат дальнейшей классификации, необходимой, в частности, для определения ответов на них и для реализации прогностической функции науки. Важно отметить, что все вызовы юридической науке предопределены загрязнением природной среды в прямом смысле этого слова и «загрязнением» социальной среды — в переносном. Причем процессы «загрязнения» переплетаются и часто взаимно обусловливают друг друга.

Если отвлечься от теологической рефлексии, вряд ли можно оспорить объективность природных онтологий. В той же степени объективны и социальные процессы, если они с необходимостью предопределяются природными. Однако роль социальных факторов, даже роль отдельной личности, столь существенна и столь субъективна, что юридической науке приходится изыскивать средства, во-первых, для поощрения деятельности социума в соответствии с природной закономерностью; во-вторых, для предотвращения и пресечения его деятельности вопреки природе. В свете нашего экзистенциального подхода следует подчеркнуть, что классическая юридическая наука вырабатывала соответствующие максимы в том числе в качестве средства реагирования на природу человека. Кто человек по своей природе — вопрос сложный и ответы на него в истории давались разные. Между тем природа человека остается наисущественным современным вызовом, перед которым наука до сих пор бессильна.

Итак, общая картина состояния науки видится следующим образом: 1) перечень, описание и характеристика вызовов во всей их связи и взаимообусловленности; 2) характеристика ответов на вызовы, констатация фактов и обоснование отсутствия ответов на определенные вызовы; 3) существующие и возможные прогнозы системного обозрения вызовов и ответов на них.

[1] В качестве примера такого общего вызова со стороны общества или части его является отвержение права, что обусловливает актуальность давнего ответа на него, сформулированного и обоснованного Р. Иерингом (подробнее об этом см.: *Матузов Н. И.* Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2003; *Он же*. Правовой нигилизм и правовой идеализм как две стороны одной «медали» // Правоведение. 1994. № 2).



Марксистская наука в полном соответствии с постулатами диалектического материализма концентрировала внимание на существовании классов, классовой борьбы, классовых антагонизмов. Отсюда проистекали главные вызовы юридической науке и правовому регулированию. Сегодня не замечают (стараются не замечать) не только антагонизмов, но и самих классов[1]. В лучшем случае сегодня готовы признать некий «общественный дискомфорт», выводящий людей на «болотные» площади. И наука может принять это понятие дискомфорта, если связывать его напряжение с формами социальных противоречий: различие, противоположность, антагонизм, если не будет ограничиваться собственно классовыми противоречиями и расширит их до признания личностных и межличностных, партийных и межпартийных, государственных и межгосударственных, национальных, расовых, культурологических и т. д.

Дискомфорт предполагает то, что ставится во главу угла экзистенции человека: тревогу, боязнь, страх (экзистенциалисты разделяют понятия «страх» и «боязнь». Боязнь всегда предполагает у них наличие какой-либо определенной угрозы). Мы можем принять емкое понятие «дискомфорт» для теоретического обозначения единого следствия любого из многообразных социальных вызовов как соединение физического и психического, прескриптивного и дескриптивного. При всей диатропичности проявлений дискомфорта, при всем их разнообразии необходимо рассмотрение уровней дискомфорта, его разновидностей, причин возникновения. К сожалению, идеалы часто рушатся противостоянием власти и граждан, когда дискомфорт проистекает от поведения властей или когда масса людей зомбирована экстремистскими идеями.

Все вызовы юридической науке следует поделить на внутренние и внешние. Последние — это вызовы самой жизни, самой природной и социальной среды. Они во многом предопределяют (обусловливают) познавательные (исследовательские) задачи. Вместе с тем исследовательские задачи и цели диктуются не только внешними, но и собственно внутренними, относительно самостоятельными потребностями, обусловленными механизмами развития науки. Приведенное деление вполне коррелируется с традиционными заключениями об источниках развития науки: с одной стороны, представления, согласно

[1] При этом нельзя не видеть, что в постиндустриальном обществе марксистские характеристики классов устаревают, что антагонизмы, как и многое другое, перемещаются в сферу обслуживания и потребления, что само производство становится привлекательным в силу его творчества и отсутствия обременительного физического напряжения.

которым все знания выводятся из опыта, а с другой — заключение о том, что эмпирический материал только инспирирует рефлексию и понимание соответствующих процессов, что и питает науку.

В конечном счете, как известно, многие тысячелетия борются между собой материализм и идеализм, не всегда замечая неисчислимое множество материальных и идеальных факторов, обусловливающих движение вообще и развитие науки в частности.

Можно спорить о первенстве экономических и политических вызовов, предопределивших появление государства и права, а затем, соответственно, и правовой науки. Как не приветствовать, например, в этой связи антропологические подходы, в центре которых оказываются человек и человечество. Однако вряд ли кто будет серьезно спорить, если мы назовем в числе главных факторов, обусловивших буржуазные революции на Западе или революции 1917 г. в России, а вместе с тем и стремительное развитие политико-правовых исследований, именно состояние экономики и политические интересы. Сегодня мало что изменилось.

Применительно к современной России первым вызовом юридической науке отваживаюсь назвать вызов (вызовы) со стороны политической системы, государственного строя, изменившего свой облик после августовских событий 1991 г. Впрочем, формировался этот вызов уже с началом перестройки, и наука, как представляется, была застигнута *врасплох* (экзистенциалистский термин), оказалась бессильной в решении сложнейших правовых вопросов.

Ответ на вызов последовал в 1993 г. принятием Конституции. Был ли это ответ со стороны юристов? И да и нет. Конституция в итоге рождалась не в Саратовском институте (хотя и там предпринималась попытка), а в ходе расстрела российского парламента. И тогда же формировалась конституционная юстиция как противовес произволу власти. Сегодня выясняется, что многое совершалось без научной проработки, но это естественное состояние противоборства права и политики, юристов и политиков. Важно подчеркнуть, что наука не оставалась в стороне от политических процессов, а старалась облечь их в правовые формы. Как бы не хотелось кому-то, юридическая наука не может освободиться (очиститься) от политики. К сожалению, в 90-е гг. прошлого века юридическая наука показала себя столь политизированной, так сильно зависимой от политической публицистики, что стала утрачивать свои главные качества.

Вторым вызовом российской юридической науке следует назвать изменения в экономических отношениях. Смена форм собственности, изменение характера труда, все процессы постиндустриального общества (пусть и не развитые во всей полноте) требуют ответа, реакции



ученого сообщества. К сожалению, опять первыми реагируют политики и законодатели, а российская наука часто игнорируется.

Итак, состояние юридической науки следует оценивать в свете того, в какой степени и насколько адекватно (и критически) отражает она состояние экономики и политики. Политика, как известно, «дама ветреная». Экономика — «дама рассудительная и прагматичная». Ветреной часто отдают предпочтение. Однако можно сломать и ту и другую, только ущерб разный и время на восстановление утраченного разное. Всякий слом — это вызов науке. Наука по определению сориентирована на реформирование. Есть еще родная сестра политики — идеология. Науке она также сестра, но неродная. Она с успехом может метаться от науки к политике и наоборот. Дамы ревниво предъявляют свои требования (вызовы) друг другу, и науке приходится возвыситься над разными интересами, чтобы дать адекватный, соответствующий исторической истине ответ. Ему мы всегда отдаем предпочтение и очень печалимся, если науку забыли, оттеснили, не призвали, не спросили и т. д. В России, мягко говоря, это случается. С начала 90-х гг. прошлого столетия нашу страну охватила эпидемия своего рода идиосинкразии к трудам классиков марксизма, к ленинским работам в особенности. Распад СССР и сокрушение роли КПСС способствовали такого рода диссеминации. Уже одно упоминание имени, ссылка на Ленина влекли отвержение цитируемых положений. Никто не пытался осмыслить его по существу, расценить в контексте событий того времени. Кстати, иногда это были и вовсе не ленинские, а, например, аристотелевские положения. Срабатывала реакция на символ. Точно так же идиосинкразически реагировали (хотя и по-разному в разное время) на имена Троцкого, Бухарина, Сталина. «Роман Пастернака не читал, но...» В политике, в публицистике это уместно, но наука в подобных случаях уподобляется известной унтер-офицерской вдове. Яркий пример с оценкой трудов Г. Кельзена. Им была написана небольшая работа по критике коммунистической теории права, и уже одно это обстоятельство обусловливало болезненную реакцию на его имя в советское время, несмотря на то, что России всегда были близки позиции нормативистской теории права. Трудов Кельзена не издавали, их мало кто знал, но считалось уместным «лягнуть» его при случае. Сегодня, наконец, намечается объективный анализ его творческого наследия.

Взаимоотношения политики, экономики, идеологии и науки протекают в социокультурном контексте. Культурный уровень, который «никакому закону не подчинишь», определяет отношения людей в любой сфере. Он, в свою очередь, подвергается воздействию со стороны

означенных «сестер», но способен проявлять здесь завидную устойчивость. Сменяющие одна другую моды на разные культурные и псевдокультурные ценности все-таки преходящи. Поэтому юридическая наука должна, во-первых, откликаться на вызовы общей и правовой культуры; во-вторых, поддерживать устоявшиеся культурные традиции, удовлетворяющие интересам народа; в-третьих, сопровождать рекомендациями действия власти, которая в рамках закона решительно препятствует явлениям коррозии легитимных культурных ценностей.

Наиболее принципиальные и серьезные вызовы правовой науке посылает юридическая практика. Их взаимоотношение заслуживает особого внимания. В свое время О. Эрлих не без оснований связывал возникновение правоведения исключительно с потребностями практики и основное содержание правоведения обозначал как практическое руководство для юристов-практиков, а собственно научные цели связывал с возникновением государственного права и общего учения о государстве[1]. Этот общий вывод нуждается в определенных коррективах в связи с тем, что в лоне науки частного права (в основном в гражданском праве), а затем и в науках публичного права (в частности, в полицеистике) рождались общенаучные категории, развиваемые впоследствии теорией государства и права.

Сегодня в России отдельные представители отраслевых наук не видят ценности теории государства и права. Полагаем, что это их беда, однако и вина науки теории. Будучи скомпрометированной догматическим налетом в советское время, утратив марксистские «скрепы», не сразу адаптировавшаяся к реалиям постперестроечного общества, современная теория права и государства не дает исчерпывающих адекватных ответов на их вызовы, в том числе на те, что транслируются отраслевыми юридическими науками.

Традиционно юридическая наука изучала юридическую практику в аспекте изучения отклоняющегося поведения, борьбы с правонарушениями. И хотя время от времени внимание ученых привлекает правомерное поведение[2], многие аспекты его остаются вне поля зрения, особенно в отраслевых науках, а перспективы здесь открываются огромные для трудового, предпринимательского и даже уголовного права[1].

[1] См.: *Эрлих О.* Основоположение социологии права / пер. с нем. *М. В. Антонова*; под ред. *В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова*. СПб., 2011. С. 67—68. О. Эрлих фактически не считал научными труды, которые ограничивались законоведением. В 1903 году он сделал доклад «Свободное правонахождение и свободная правовая наука», название которого говорит само за себя: поиск права ведется за пределами закона, ученый не может быть связан волей законодателя.

[2] См., например: *Сорокин П.* Преступление и кара, подвиг и награда. СПб., 1999; *Лазарев В. В.* Правомерное поведение как объект юридического исследования // Советское государство и право. 1976. № 10; *Он же*. Выявление закономерностей правомерного поведения // Советское государство и право. 1983. № 11; *Оксамытный В. В.* Правомерное поведение личности. Киев, 1985.



До настоящего времени, как представляется, недостаточно исследовано поведение должностных лиц государства, как правомерное, так и неправомерное. О мотивах и составе преступлений написаны фундаментальные работы. О мотивах и составе отклоняющегося поведения должностных лиц не знаю ни одной. Возможно, отсюда есть выход на проблему относительной самостоятельности государства. Это явление представляет собой серьезный вызов обществу, праву, юридической науке, которая его тщательно обходит. Между тем разные проявления относительной самостоятельности государства и, в частности, бонапартизм замечали не только классики марксизма, но и признанные авторитеты зарубежной науки.

Наконец, в особую группу внешних вызовов следует выделить вызовы юридической науке, идущие от других наук. Имеются в виду не только философия или иные социальные науки, но также и естественные. Юридическая наука до сих пор по-настоящему не откликнулась на достижения медицины (пересадка органов, клонирование), биологии и химии, кибернетики, на компьютеризацию. В данном случае мы имеем в виду отклик на ту социальную информацию, которую доставляют разные науки, имея предметом изучения не государство и право, а иные явления жизни человека и общества. Однако в качестве вызовов со стороны неюридических наук следует расценивать и те новые исследовательские механизмы, ту методологию, которую они предлагают[2]. В частности, при всем релятивизме постмодернистских философских теорий, при всей ограниченности постклассических эпистемологических подходов (в особенности когда они порывают с аподиктичными суждениями классики[3]), при всей их эпатажности и уводящей в заоблачность реификации, они могут быть востребованы

[1] См., например: *Тарханов И. А.* Поощрение позитивного поведения в уголовном праве. Казань, 2001.

[2] По мнению И. Л. Честнова, научная новизна «предполагает выход за рамки существующего знания, как правило, в междисциплинарную область. Она-то как раз и лежит за пределами юридической науки в философии, социологии, культурологи, лингвистики, семиотики и т. п.» (*Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 112).

[3] С некоторых пор возродился интерес к презумпциям и фикциям в праве. Но если быть более точным, следует признать, что они прежде всего категории юридической науки. Более того, из них она чаще всего и состоит. Много ли найдется в нашей науке аподиктичных положений? Много ли мы можем привести, хотя бы в качестве

не только общей теорией права, но даже отраслевыми науками, если последние не замыкаются в заземленной легистике. Происходит диссеминация (от лат. disseminatio — сеяние, распространение) эпистемологического опыта.

Вызовы внешнего порядка существенным образом сказываются на вызовах, диктуемых потребностями саморазвития науки. С учетом состава исследовательских кадров и качества продукции можно сделать вывод, что юридическая наука неоднородна. В самом общем виде выделим три разновеликие ее части, каждая из которых претендует на звание науки, но не каждая таковой является в строгом значении этого слова.

Первая часть, возможно, исторически самая древняя, может быть образно поименована «служанкой». Впрочем, таковой она и была на самом деле. Она не только не стремилась к поиску истины, но и, напротив, использовала весь наличный инструментарий для увода от истины в угоду власть имущим, господствующему взгляду.

Вторую часть, отнюдь не объемную, составляют ничем не обремененные поиски чистой истины по вопросам происхождения и сути государства и права, их назначения, наилучших форм, механизмов и функций. Это научные исследования, выполненные на самом высоком методологическом уровне с опорой на достижения науки предшествующих эпох. Эта наука не состоит в услужении у кого-либо, преследует собственный интерес, хотя не исключено, что ее результаты будут использованы той или другой социальной силой.

Третья часть — самая обширная. Ее следует рассматривать в свете своего рода «социальной алхимии» со всеми теми плюсами и минусами, которые свойственны алхимии вообще. Да, усилия ее тружеников нацелены на творчество, на поиск своего «золота», своего «философского камня», но усилия эти бесплодны. Алхимию юридической науки характеризует емкое русское слово «словоблудие».

Не проводя специального исследования, все же рискну предположить, что науку как в первой, так и во второй ее части делают менее чем 10% всех занятых в этой сфере. Открытия здесь единичны, «изобретения» редки, преобладают «рационализаторские предложения». Большинство исследователей проводят черновую работу по систематизации юридических знаний, комментированию законодательства и практики, обозрению многочисленных точек зрения и т. д. Определенным показателем значимости проводимых исследований является

примера, аксиом? Может ли существовать наука без аксиоматических идей? Нет аксиом — нет и открытий в науке.



возвращение к их результатам по прошествии времени, востребованность в дальнейших научных поисках. Российская юридическая наука рождалась в российских университетах, в которых первое время преподавали немецкие профессора и потом еще долгое время пропагандировались исследования преимущественно немецких ученых. Только в начале XX в. появились труды отечественных исследователей, претендующие на оригинальность.

В настоящее время оригинальными работами в области права являются те, в которых проводятся своего рода реконструкции взглядов плеяды российских профессоров (и теоретиков, и отраслевиков) конца XIX и первой четверти XX в. Через призму философии и теории права выявляется юридический концепт современных реалий, постигается реальность права и правовая реальность, в которую юридическая наука входит в качестве самостоятельной онтологии права[1]. В качестве таковой юридическая наука характеризуется собственными (внутренними) вызовами, обусловленными ценностями, принципами, нормами, институтами права и государства, конструктами их рефлексии, логическими конструктами, формулами генетических и семиотических средств управления. В коллайдере юридической науки производится масса идей, взаимные трения и столкновения которых порождают «кварки» отдельных независимых суждений и совокупности, образующие концепции, школы, направления правовой мысли.

## Поиск государства (научно-публицистическое эссе)[2]

Некоторое время назад занимался я поиском права[3]. Дело это во многом безнадежное и умудренные опытом люди всегда отсылали к государству: оно, как скульптор, творит право, и что вышло из-под его резца, что выпорхнуло из рук мастера, то и право. Режет, лепит,

[1] См.: *Гаджиев Г. А.* Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2013. С. 12. Автор обращает внимание на «пространство виртуальной реальности», со стороны которого «праву брошен вызов, пожалуй, самый серьезный за всю его историю» (с. 14). Однако это вызов прежде всего юридической науке, вызов, требующий глубокого специального анализа (см.: *Стиглиц Дж. Ю.* Глобализация: тревожные тенденции. М., 2003. С. 13, 23, 27, 39, 41 и др.), который имеет место быть благодаря лицемерию игроков на мировой сцене. Рамки статьи не позволяют это сделать.

[2] Ленинградский юридический журнал. 2010. № 2 (20). С. 153—167.

[3] Результатом стало опубликованное эссе, которое так и называлось — «Поиск права».

пишет, расписывает. Государство с помощью права все регулирует, всех защищает, всем воздает по делам их... Надо искать государство[1].

Государство, ау, где ты? Бандиты нападают, монополисты разоряют, рейдеры захватывают... Ау! ЧИПы. ЧОПы. К подъездам домов страшно подходить. Детей в школу боязно отпускать. Охрана офисная, лицейская. Где милицейская? Мужики пьют. Милицейские бьют. Бабы не рожают... Ау! Милицейских бьют... Ау! Плотины рушатся, самолеты падают, Федеральная резервная система с ее долларом бесчинствует[2], инфляция, кризис... Ау! Земли захватили, фабрики приватизировали, слабых оттеснили, сильных вознесли... Ау! Миллиарды голодают, тысячи гибнут в войнах... Репрессии, депрессии, суицид. Беспризорники... Мафия... Национализм. Фашизм. Олигархический интернационализм. И множество измов иных... Где ты? Финансовые корпорации надо удержать от краха... Всеобщий коллапс предотвратить. Золотые медали в Ванкувере выигрывать... Ау!

А вы и не ищите, и не зовите. Да и не нужно оно вам. Лыжи — и в лес. Сами пашите, сами сейте, хотите — картошку сажайте на самогон, хотите — мак разводите на потребу... Гастарбайтер вон грядку с капустой аж на двадцать километров протянул... От государства защитимся, гражданское общество создадим. Капиталы — в офшоры, несогласных — наручниками к батарее. Или более радикально — вперед ногами. Государство изобретено, чтобы взимать налоги. Зачем нам налоговые обязательства? И вообще какие-либо обязательства? Надо жить свободно. Раскованно. «Люди научились уползать от государства» — это профессор Ю. Афанасьев тем наивным, которых он убеждал бороться за государство на полумиллионном митинге 20 лет назад[3].

[1] В поисках права и государства выдающийся французский исследователь Норбер Рулан описал множество исторических форм и моделей социальности (государственности), равно как и представлений о них. Однако, как выясняется, ему не чужда позиция, согласно которой универсального понятия права не существует и надо отказаться от надежды найти его, ибо право — это процесс интеллектуальной квалификации, а не реальный природный объект a priori. Не взялся он и за определение государства, предпочитая выбирать между существующими, дабы «наметить рамки для возможных ответов» (см.: *Рулан Н.* Историческое введение в право: учеб. пособие для вузов. М., 2005. С. 97).

[2] Подробнее об этом см.: *Стариков Н.* Кризис. Как это делается. СПб., 2009.

[3] Графики чувств по отношению к нашему государству (от любви до «нежелания связываться») см., например: *Павлова Т. В.* Власть и демократия: российский образ // Институциональная политология: Современный институционализм и политическая трансформация России. М., 2006. С. 349, 350, 351.



А вы знаете, что такое государство? Какова его суть и каковы одежды? Нет? Тогда как же вы собираетесь его найти? С фасада или с тыльной стороны? А если это оборотень? Говорят, что, подобно айсбергу, оно только частью плывет по поверхности. Говорят, что не все его функции благородны и некоторые приходится скрывать. Ах, вы привыкли к эротическим сценам и секс вас возбуждает? Тогда в Гуантанамо. Или на берег ласкового моря, где партиями расстреливают тех, кто в законе. Государственный стриптиз? Соглашусь, предпочтительнее государство, обеспечивающее японское или китайское чудо. Тогда в Сингапур. Очень нравится мне, что там голосуют именными бюллетенями и никто в свободную Россию не эмигрирует. Все же это лучше, чем в нищие страны, границы которых открыты, но они даже валюты своей не имеют, в государства, которым даже почтовую марку не на что выпустить. Государства ли это? Нет ничего «более зыбкого, более туманного и неопределенного, нежели наши знания об этих вещах» — заявляет наш современник вслед за Э. Дюркгеймом, который тоже не знает достоверно, что такое государство, суверенитет, демократия и т. д.[1] И неудивительно: «Власть нуждается в тайне, закрытости, секретность — дополнительный потенциал ее энергетики»[2].

Что такое государство? — задается вопросом Фридрих Ницше. Задолго до меня! И отвечает: «Государством называется самое холодное из всех холодных чудовищ. Холодно лжет оно; и эта ложь ползет из уст его: “Я, государство, составляю народ”. Это ложь! Созидателями были те, кто создал народы и дал им веру и любовь: так служили они жизни.

Разрушители — это те, кто ставит ловушки для многих и называет их государством: они навесили им меч и навязали им сотни желаний. Если где еще существует народ — не понимает он государства и ненавидит его, как дурной глаз и нарушение обычаев и прав»[3]. Да, а народ где? Безмолвствует. Интеллигенции нет, есть «постинтеллигенция» без чувств гражданского долга и вины, с философией «гламурного авторитаризма». Гражданское общество? Не сложилось. Семья? Разрушена. Нет, партии есть — власти все хотят, за должности бьются, платят за назначение и продление. Институт кормления никто не

[1] См.: *Поздняков Э. А.* Философия государства и права. М., 1995. С. 5.

[2] *Исаев И. А.* Politika hermetika: скрытые аспекты власти. 2-е изд. М., 2003. С. 546. «Давно стало очевидным, что значительный сектор действующей власти располагается не в видимых и официальных структурах, а скрывается в иных образованиях и сферах... Власть маскируется и мимикрирует, преследуя собственные, известные только ей цели» (Там же. С. 569).

[3] *Ницше Ф.* Так говорил Заратустра. Книга для всех и ни для кого. М., 1990. С. 43.

отменял. А по М. Веберу, и суть партии в этом: ставить целью завоевание власти для своего руководства и обеспечения активным членам соответствующих условий (духовных и материальных) для получения определенных материальных выгод или личных привилегий либо того и другого одновременно. Может, партия и есть государство? Или семья? Помнится, одну семью (олицетворение Российского государства) белые свергли, а красные расстреляли и закопали. Потом эту семью другая семья откопала, предполагая святыми вместе стать. Однако и в последнюю проклятия несутся — что-то с коробками из-под ксероксов не сложилось...

Физики говорят: ничто не существует, пока оно не измерено. Как измерить государство? Можно установить протяженность границ, квадратные километры суши и водного пространства в пределах этих границ, высоту горных вершин в Гималаях и среднюю температуру в Сахаре, наконец, можно счесть и всех проживающих на соответствующей территории. С ежегодным приростом, естественной убылью и смертями в ходе войн всех против всех и каждого против каждого. Но причем здесь государство? Это страна с ее пространствами, ландшафтом, климатом и населением разных рас и народностей. На одной населенной территории разве не может быть двух и трех государств? На территории СССР было 15 государств, четыре из которых даже в ООН были представлены. В границах КНР Тайвань значится. А ее величество королева Англии — олицетворение британской государственности — еще в пятнадцати странах глава государства. Поэтому есть ли резон идти считать государства к фасаду здания ООН, где время от времени появляются новые флагштоки? Там почему-то нет Тюменской области, хотя и территория ее в пол-Европы, и нефть есть, и к океану выход, да и власть (законодательная, исполнительная и судебная) распространяется не только на коренное население, но и на всех прибывающих ту самую нефть качать... Тем не менее сегодня едва ли не правилом становится возвращение в учебниках к Аристотелю с его признаками государства — территория, население и власть. А между тем уже, например, Ф. Энгельсом, вслед за современными ему этнографами, прослежено устройство дородового и родового общества, которое не имело государства. Государство, с точки зрения многих исследователей, — плод общества на весьма зрелой ступени его развития. Все было: и территория, и население, и власть, а государства не было. Современный исследователь Мартин ван Кревельд полагает, что первой областью мира, где государство начало зарождаться (около 1300 г.), была Западная Европа[1]. Как ему удалось это установить — особый разговор. Ведь государство у него — «абстрактная сущность, которую нельзя увидеть, услышать или потрогать»[2]. Марксистам это удавалось: потрогать, взвесить и повесить (в ходе социалистической революции) или, по меньшей мере, заставить отмирать свое социалистическое государство. Энгельс интеллигентно отправлял его в музей древности рядом с прялкой и бронзовым топором. В ряде стран заглядывал я в эти музеи с намерением более авторитетно статью написать. Некоторые части государственного механизма просматриваются, но самой машины я не увидел. Пока. В том числе и в Политехническом музее на Лубянке, где самые разные старые устройства выставлены...



Между тем импонирует мне определение государства как машины. Прежде всего своим дизайном. Блеск, лоск, флаги, гимны... Своими формами. Устройство, управление, режим. Механизмом своим с многосильным двигателем, с автоматической коробкой передач и современной электроникой. Так и хочется порулить. Винтики, шпунтики, рукоятки, приводные ремни. Просто в просторном салоне на мягких кожаных подушках жизни порадоваться. Но не все так просто. Подходы нужны. Уход нужен. Не подмажешь — не поедешь. И не всякое масло, не всякое горючее зальешь. Источник повышенной опасности! Особенно когда все поизносилось, тормоза ослабли, люфт, коррозия и вмятины от многочисленных ударов оппозиции.

Здесь подбираемся мы к одному из главных вопросов — кому машина служит, в чьих она руках, кто о ней заботится и кто палки в колеса ставит. И стоит сразу оговориться: без водителя — машина хлам, nihil. Он неотъемлемо вплетен в механизм, он — органическая составляющая машины (легкового автомобиля, грузовика, танка, комбайна... одновременно того, и другого, и третьего). Может быть, он сам и есть государство? Но и он без колес не едет, сколько не корми. Кормить нужно, хотя раньше, до изобретения машины, он ходил по земле, выращивал вместе со всеми злаки, пас скот, скакал на пойманной в степи лошади, молился богам... Теперь молятся ему. И строить, и жить помогает. Техника. Технология. И созидать, и обороняться, и сохра-

[1] См.: *Кревельд М. ван*. Расцвет и упадок государства. Пер. с англ. М., 2006. С. 509.

[2] Там же. С. 11. Известный американский философ и социолог Фрэнсис Фукуяма смотрит на государство как на реалию. У него «государство — древний институт человеческой цивилизации, возникший около 10 000 лет назад в первых земледельческих общинах в Месопотамии» (*Фукуяма Ф.* Сильное государство: Управление и мировой порядок в XXI веке. М., 2006. С. 11).

нять, и разрушать. Пирамиды в Египте. Начали самовольно виллы по берегам возводить, дворцы строить — техника... Суверенитет начали глотать безмерно — техника... Если хусейничать начнут — Дядя Сэм на транспортере... Тому, кто за рулем, машина тоже служит: иногда он на мерсе в лесок и под кусток в свое собственное удовольствие... Но ведь и для всех хорошо — подвезти, привезти, из грязи вытянуть, в Париж согласно культурному обмену, в космос на межгосударственной станции...

Нет, не рулевой и не механик и не международный экипаж властвуют. Не надо витать в облаках. По земле надо ходить. Есть такие земляне и с такими капиталами, что любую аляску, любую чукотку и купят, и продадут. Иногда они сами рулят, но часто их и не знают вовсе. Не увидишь, не услышишь, не потрогаешь. Ленин откровенно говорил: государство есть машина в руках... Да, в чьих-то руках. Чаще не чистых. Он знал, что говорил. Однако и ему здравый смысл, похоже, изменял — иногда он именовал государство дубиной. Слепое, бездушное орудие, способное разве лишь по спинам ходить. Где-то мотыга по головам закопанных в землю ходила. В современном гражданском обществе бейсбольная бита, а в государстве — первая скрипка за калашом. Прогресс все же имеет место, хотя скажем попутно, что «нынче та же самая ворона сидит на крыше синхрофазотрона», что человек, стискивающий рукоять меча, и держащий палец на спусковом крючке, друг друга поняли бы.

Так, может быть, государство и есть эта сила, это средство, с помощью которого держат в повиновении, расправляются с неугодными, с посягающими на...? Опять Энгельса вспомню. У него безгосударственный чудесный строй как раз без армии, без тюрем, без жандармов. Без насилия. Эксцессы будут, конечно, ревность ведь все равно останется, даже если и жен не будет. Секс-символы, надо надеяться, будут в реалии! Ах, как не хочется верить Достоевскому, чей герой публично заявляет: не переменятся люди, и труда не стоит тратить.

Что-то зациклился я на машине, на дубине. Там ли ищу? Есть ведь и другие голоса. Ау! «Государство есть коммуникативное единство государственного аппарата и населения». Коротко и синтезированно! Отсюда в качестве элементов механизма государства можно представить:

— носителей государственной власти;
— органы государственной власти;
— государственные учреждения и государственные предприятия;
— силовые структуры;



— собственно аппарат органов государственной власти, государственных учреждений и силовых структур (государственные служащие, бюрократия).

Само население, просто граждане, все-таки в механизм государства не войдут — их следует искать в гражданском обществе. Но и противопоставлять государство и общество не резон. В разном своем качестве, но всегда государство состоит в связи с населением (с обществом).

Государство — это ночной сторож. Распространенная для своего времени доктрина. Ходит он с колотушкой, стучит, давая знать о себе, охраняет покой своих граждан, но в окна домов не заглядывает, в чужие ворота не лезет, капиталы сограждан не подсчитывает и чем они, его сограждане, занимаются — не его это дело. Тем более, что охраняют селение по очереди — завтра другой пойдет. Либерально. И неолиберально, по Хайеку прямо.

Ах, если бы кризисов не случалось. Если бы сосед соседа не превосходил в производительности, если бы не богател и не делал нищим другого. Если бы финансовые корпорации знали меру. Если бы... Поэтому вдруг начали читать Маркса, вспомнили Кейнса... И в Давосе говорят, что только государство, точнее государства, восьмеркой или десяткой объединенные, способны вывести из безработицы, из нищеты, из хаоса. Поверить, что ли?

Люди ждут от государства обеспечения стабильности в их взаимоотношениях, спокойствия, справедливости. А счастье — то, что (по Эпикуру) естественно и для жизни является необходимым, — они выковывают сами.

Никуда не уйдешь. Общество всегда развивается конфликтно. Мягко стелю: фанатизм, террор, гражданские войны, перевороты, контрреволюции. И даже если есть общие правила игры, некоторые субъекты (так и хочется дать в морду) хотят играть по своим стандартам. Арбитр нужен. Он и явился в лице государства. Строго следит за игроками. Буллиты и одиннадцатиметровые назначает. С поля удаляет. Но выясняется вдруг, что те, кто аляски может арендовать, и игроков вкупе с арбитрами может покупать. Решающее слово всегда за его величеством капиталом. Совокупным — по отдельности все миллиардеры в мире давно названы. Нет, не вижу арбитра. И боюсь: Ленин увидел, что суд служит интересам денежного мешка, и призвал в качестве арбитра неимущего человека с ружьем...

Меня вдохновляет большая пивная бочка с нержавеющими стальными обручами. На Октоберфест слетать, что ли! Она, эта бочка, со-

стоит из множества дощечек, ровных таких, одинаковых (клепки). Недаром равенство всех перед законом главным признаком современного гражданского общества считается. Клепка одна к одной туго стянуты обручами — деревянными недолговечными, железными, стальными... Ничего нет вечного, в наше время уже и нанотехнологии продумываются. Это и понятно: ослабнет крепеж, порвется, проржавеет — неминуемо течь появится, дальше — больше: неизбежно в утиль, на свалку истории... На миг показалось, что обруч тот и есть само государство, объединяющее общество, скрепляющее все его звенья. Потом решил, что обруч — это закон и все другие акты, сплачивающие клепку в одно целое. Государство, ау?

Хорошо иметь такой сосуд, как бочка. И вино в нем пьянит. Но тесно. Сдавленно. Скованно. «Паситесь, мирные народы!». Это лучше. Вольно, свободно, по зеленым лугам... Одна беда — не всегда они мирные, а отдельные особи очень даже шкодливые и агрессивные. Приходится ограждаться, некоторых на кол привязывать, других в клетки, от третьих просто избавляться... А чтоб не стать под стать волкам, герр Пуффендорф и Федер нам подносят как лекарство — сплотитесь в государство (по Шиллеру). Пастуха, что ли, нанять? Впрочем, чего там мелочиться: «...их не разбудит чести клич. К чему стадам дары свободы, Их должно резать или стричь» (по Пушкину). Палача? А что, де Местр полагал, что палач всегда был стержнем структуры гражданского общества. Государство, ау?

Пастуха. Палача. Сторожа. Стража. Олигарха. Проповедника. Человека с ружьем. Философа... Всех и призвать. Всех собрать под одну крышу. Распределить предметы ведения, определить полномочия, ограничить возможности. Вертикаль построить. Горизонталь отработать. В итоге выясняется, что «правит вовсе не президент с его “вертикалью”. А примерно 15 групп влияния». Отсюда «в сегодняшней России есть, по меньшей мере, 15 Минфинов, 15 ФСБ, 15 Генпрокуратур и т. п.» (по Станиславу Белковскому).

Государство — особая организация людей, которые только тем и занимаются, что управляют другими. Отсюда приобретают значение вопросы наилучшего устройства данной организации, ее форм, задач и функций, средств осуществления своей деятельности. Но вопросы останутся те же: управлять или подавлять, охранять или регулировать, разъединять или сплачивать... Стричь, конечно. Но хотя бы не в рождественские морозы! И тех, кого можно!



Рассматривать государство и общество как «понятия, по существу, тождественные»[1] — на мой взгляд, после Гегеля, после марксистов — пройденный этап. В сугубо философских целях есть польза представлять государство в виде «тотальности», целостности связей и отношений властно-правовых структур и общества[2]. Но как много дает это общее представление для модернизации (модное нынче словечко) государства и не позволяет ли оно прятать концы в воду? Во всяком случае, ставится под сомнение явление относительной самостоятельности государства. Чрезвычайной его самостоятельности в определенные периоды исторического развития!

Государство социальное, тоталитарное, правовое, авторитарное, всеобщего благоденствия, унитарное, федеративное, буржуазное, социалистическое, рабовладельческое, феодальное, фашистское, индустриальное и постиндустриальное... Смешались в кучу кони, люди... Так что же, благо это великое, государство, или зло вселенское? И то и другое, говорю я, представляя интегративные (интегральные) воззрения и давая новый повод для насмешек со стороны некоторых коллег. Для меня физики более авторитетны с их эйнштейновской теорией относительности. Противоположностью истине является заблуждение. Но противоположностью глубокой истине может быть другая глубокая истина (это от Нильса Бора). Глубокая истина в том, чтобы государство проявляло заботу о всех, доставляло физические, материальные блага людям, но еще более глубокая исходит от Вильгельма Гумбольта, который призывал ограничивать государственную деятельность там, где оно начинает проявлять заботу «о положительном благе граждан», объявляя это вредным делом. Рейганомика. Тэтчеризм. У Бакунина государство в любом случае зло, но зло, исторически, на определенное время, необходимое. Да, и зло и добро, но «государство не есть носитель абсолютного духа и абсолютного добра, оно относительно по своей природе»[3].

Государство — это власть. Особая разновидность власти. В этом качестве ее и аукаю. Легализованную и желательно легитимную. Иначе теневая, подпольная, партизанская, клановая, мафиозная и пр. на зов явится. «Государство — это я!» — заявил Людовик XIV. Генеральные секретари этого не говорили. Но все знали, кого звать в случае чего. Впрочем, и теперь к главам государства апеллируют. Но зовут и пра-

[1] См.: *Поздняков Э. А.* Философия государства и права. С. 92.

[2] Там же. С. 24.

[3] *Бердяев Н.* Кошмар злого добра. (О книге И. Ильина «О сопротивлении злу силою») // *Ильин И. А.* Pro et contra. СПб., 2004. С. 665.

вительство, и суд, и народ. «Государство — это организованный народ, живущий на определенной территории и объединенный верховной независимой властью» (П. А. Сорокин). И вновь соглашусь — в разное время, в разных условиях, в разных странах звать надо разных субъектов. А иногда и звать бессмысленно: не организована, не объединена, не верховная и не легитимная, полностью зависимая.

Итак, что мы имеем. Определения государства и представления о нем самые разные. Некоторые из них отражают сущее, другие представляют должное. Одни видят в нем физический факт, другие — чистую идею. Для кого-то это царство дьявола (Августин), для кого-то — шествие Бога на земле. Для многих — это общество. Для других многих — правительство. А третьи уточняют: оснащенное военной силой и другими принудительными учреждениями правительство[1]. Американские профессора определили государство как «легитимное использование силы для контроля над поведением людей; также организация или лицо, уполномоченное применять эту силу»[2]. Оговорки «в пределах территории США» нет, и это логично: Ирак, Афганистан... «Американское правительство... обеспокоено... тенденцией заставить нации следовать международному праву»[3]. И какое бы количество значений термина government (управление, власть, устройство, правительство, система правления) не указывалось, важно не проглядеть, что проблема назначения и ценности государства связывается с «нападением на Америку» 11 сентября 2001 г.[4]

Впрочем, план по возвращению к государству западные советологи разработали еще во времена Рейгана—Тэтчер, когда имело место пренебрежение государством и государственным строительством, когда отсутствовал глубокий исторический анализ государственности, когда ориентировались на общество в ущерб государству, в результате чего, например, на постсоветском пространстве активно навязывалось разгосударствление и «на останках государства устроила пиршество хищническая элита, мало заботящаяся об общественном благе...»[5]. Это и понятно: возобладали идеи свободного рынка, идеи либерализма, идеи Хайека. «Только ограниченная власть может вести себя достойно — ибо не существует (и не может существовать) основанных на нравственности общих правил распределения благ»[1]. Капитализм, конечно, но диковато. Никого и не дозовешься. Делай деньги, как говаривал герой американского писателя. Делай больше, делай законно, если можно, и незаконно, если нельзя иначе. Остается добавить: если не ты, то тебя.

[1] Более подробно о названии государства в разное время у разных народов см.: *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 149—154.

[2] *Джанда К., Берри Д. М., Голдман Д., Хула К. В.* Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США. М., 2006. С. 36.

[3] Там же. С. 37.

[4] Там же. С. 34.

[5] *Отторино К.* «До-современное» государственное строительство в постсоветской России // Прогнозис. Журнал о будущем. 2009. № 1 (17). С. 131—134.



Среди других определений государства заслуживает особого внимания такое: «...Это абстрактная организация. В отличие от всех своих предшественников, во все времена и где бы то ни было, государство не идентично ни правителям, ни тем, кем они правят; оно является не человеком и не сообществом, но невидимой сущностью, известной как корпорация. Будучи корпорацией, оно обладает своей независимой личностью или юридическим лицом»[2].

По Кревельду, государство отличается от других корпораций тем, что оно, во-первых, санкционирует все корпорации, но само получает санкцию (признание) исключительно со стороны других образований той же природы, что и оно само; во-вторых, определенные функции (известные в обществе как атрибуты суверенитета) могут выполняться только им самим; и в-третьих, оно осуществляет эти функции на определенной территории, где его полномочия эксклюзивны и всеобъемлющи[3].

Приведенное определение государства как особого рода корпорации не ново. Георг Еллинек сформулировал его в своем обширном исследовании, вышедшем на русском языке в 1903 г. «Как правовое понятие государство есть... обладающая первичной верховной властью корпорация населяющего определенную территорию народа...»[4]. Понятие корпорации у него чисто юридическое и ему не соответствует что-либо объективно воспринимаемое. Вот и аукай его после этого!

Сдается мне, однако, что именно идеи Еллинека развивал впоследствии выдающийся русский философ И. А. Ильин. Государство у него есть правовой союз, которому дана правовая власть для того, чтобы поддерживать право и служить праву. Тот, кто говорит о государ-

[1] *Хайек Ф. А. фон.* Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 335.

[2] *Кревельд М. ван.* Указ. соч. С. 510. Автором правильно подмечено, что чем более абсолютной становилась власть монарха, тем более он зависел от безличных бюрократических, военных и юридических механизмов, необходимых для передачи его воли всему обществу и проведения ее в жизнь. В конце концов, эти механизмы оказались способными функционировать без монарха (Там же. С. 157).

[3] Там же. С. 11.

[4] *Еллинек Г.* Указ. соч. С. 193.

стве, говорит о праве... Государство есть коллективный субъект права, или юридическое лицо. Это означает, что государство существует не от природы, но организуется людьми; что оно не есть ни физическая вещь (например, территория), ни простое множество людей, но представляет собою множество людей, связанное единым правом, единой властью и единой территорией в союз: государство есть множество в виде единства.

«Не следует, однако, представлять себе государство как единство, стоящее где-то над множеством людей, вне этого множества; государство не возносится над своими членами в виде чего-то чуждого и постороннего им. Тот, кто так представляет себе государство, смешивает государственный союз с государственной властью, хотя, конечно, и государственную власть не следует представлять себе, как помещенную вне союза. Все это могло бы быть так, если бы государство, как единый субъект права, было учреждением, т. е. субъектом, существующим для граждан, но не включающим их в свой состав; но государство есть именно не учреждение, обслуживающее нужды "других", а корпорация; оно есть юридическое лицо, включающее в себя тех, ради которых оно существует»[1].

Можно было бы и более пространно цитировать Ивана Ильина. В частности, о государстве как духовно-нравственном союзе людей. Но тогда и вовсе не дозовешься его. Шею вывихнешь, оглядываясь.

Между тем государство надо укреплять, совершенствовать, реформировать... Впрочем, если верить одному из судей, по тайности многие хотели бы и развалить. Опять возникает вопрос: что крепить, что ослаблять? Может быть, одеть всех в одинаковые гимнастерки, дать всем по одинаковой хрущевке, рисом досыта питать и шоу по праздникам устраивать? Чтобы без обид, без зависти, всем по три волги, т. е. по ваучеру? Государство сильно сознательностью масс!

Нет, говорит Фукуяма. «Построение сильного государства заключается в создании новых правительственных учреждений и укреплении существующих»[2]. Старо! К тому же правительство, как особая форма государственности, «отходит в мир теней». Цитируемый выше Мартин ван Кревельд указывает весьма плачевные перспективы

[1] *Ильин И. А.* Теория права и государства. М., 2003. С. 127. Определение государства как основанной на праве и включающей в себя право корпорации, как юридического лица, как правового государства, как правопорядка (Г. Кельзен) исключает, на наш взгляд, выведение государства за предмет теории государства и права. Если и можно было бы отдавать государство политологам, то только в качестве партийной автократии.

[2] *Фукуяма Ф.* Указ. соч. С. 5.



для правительственных учреждений, которые теряют командные высоты, а лоббирующие организации напрямую выполняют правительственные функции[1]. Надо строить «электронное государство»[2], в котором не будет ни границ, ни населения, ни классов, ни национальностей... Номера и микрочипы! Правительство если и сохранится, то только «мировое».

Устал я звать. Да и что было ожидать, если попытка дать точную дефиницию государству «заранее обречена на провал». Цитирую Л. С. Мамута который тем не менее определяет государство как публичным образом организованный народ[3]. Весьма распространенное «широкое» понимание государства как самоценной географической этносоциальной (национальной), геополитически организованной общности (коллективности). Нет, не население и не народ являются элементом государства, а государствообразующий народ, народ, «создавший государство в целях реализации своего национального идеала», — «системообразующий элемент наряду с верховной властью, аппаратом публичной власти и территорией»[4]. Н. И. Грачев делает это уточнение, проанализировав предварительно ряд подходов к государству. К сожалению, не все и без акцента на том, что одни отражают некие реалии, а другие фиксируют должное, идеалы. И если в чем и согласиться с автором, то с его позитивным восприятием поливариантного определения понятия государства, позволяющего сделать вывод о необходимости выделения в жизни государства «истинно сущностного, главного, основного, в отличие от преходящего, случайного, второстепенного, и построения на этой основе целостной, синтетической политико-правовой теории государства»[5].

Часто основополагающим признаком государства называют суверенитет. Суверенитет — это независимость. Но чья? Если «суверен — это лицо или орган, который является высшим законодателем в данном государстве»[6], то кого кликать: Федеральное Собрание, Президента или Премьера? Или народ на майдан? В Англии законодателем является суверен (королева) плюс палата лордов и палата общин.

[1] См.: *Кревельд М. ван.* Указ. соч. С. 509—516.

[2] См. о нем: *Сорокин В. В.* Юридическая глобалистика: учебник. М., 2009. С. 543—579.

[3] См.: *Мамут Л. С.* Государство как публичным образом организованный народ // Ежегодник российского права. М., 2000.

[4] *Грачев Н. И.* Государственный суверенитет и формы территориальной организации современного государства: основные закономерности и тенденции развития. Волгоград, 2009. С. 11.

[5] Там же. С. 10.

[6] *Ллойд Д.* Идея права. М., 2007. С. 193.

Отсюда «государство является более широким понятием, чем суверен...»[1].

Итак, может быть, идею ловить за хвост? У Платона и Гегеля государство — прежде всего идея. Причем у первого по общему признанию — утопическая. У второго — реализуемая в единственно приемлемом варианте — в германской государственности. Нет, россиянам и китайцам это не подходит, хотя, казалось бы, философски правильно видеть высшую цель и назначение государства в осуществлении его идеи. Но «дао» у китайцев и «правда» у россиян все же не идентичны, да и трактовки их в разные эпохи не во всем совпадали.

С другой стороны, легче всего не признавать государством то объединение людей, которое не соответствует неким идеалам. Цицерон, например, не видел государства там, где народ не связан общим согласием в вопросах права и общностью интересов. Для Августина нет справедливости в «граде земном»; он уподобляет государство, основанное на властном принуждении и насилии, шайке разбойников. Оно бесовское, в отличие от «града Божьего». Эдак аукать государство надо во внеземных мирах!

Многие выдающиеся юристы и многие искренние политики называли общее благо целью государства. Но найти исторически реальное государство, которое имело бы своей целью не благо сильных, не благо собственников и не свое собственное благо, до сих пор затруднительно. В отдельных эпизодах — да. Иногда соединялся частный и общий интерес (нравственность по Гегелю). Но ведь и безнравственных государств пруд пруди. И безбожных тоже.

Государство — исторически преходящая, официально признаваемая в данном обществе, освященная (закрепленная) правом национально-территориальная система власти, обеспечивающая в пределах компетенции ее законодательных, исполнительных и судебных органов взаимную позитивную и негативную ответственность граждан (подданных) в интересах их коммуникации, благополучия и права.

Не зовите государство вообще. Зовите адресно конкретный орган. Для решения вопроса в общем правиле поведения — правотворческую инстанцию. Для обеспечения безопасности — орган безопасности. Для возложения ответственности — суд. И т. д. В разных странах, в разных правовых системах — и по наименованию, и по сути это могут быть разные органы, но в своей совокупности и по своим функциям они охватываются приведенным интегративным понятием государства. При этом имеется в виду, что понятийный аппарат всегда отражает абстрактные знания, полученные в результате анализа объекта во всем многообразии его сторон. Общая абстракция вбирает в себя все то, что дают научные понятия, отражающие одну сторону, отдельную связь определяемого объекта. Плюрализм научных теорий не отвергается. Но не только гносеология дает основания отвергать сомнения в полезности (истинности) каких-либо интегративных (интегральных) теорий[1]. Последние дают возможность глубже понимать и оценивать конкретно-историческую практику. В нашем случае увидеть и состав элементов государственности, и то, что их освящало (право праву рознь), чему государство служит (благополучию всех или...) и какую ответственность оно реализовывало в данных исторических условиях. Интегративный подход «переваривает» все. Но не на субъективистской основе, а на базе исторического подхода, с учетом воплощения научных концепций в объективные реалии.

Кто-то из умных людей сказал: «Некоторые мысли нужно выводить на поводке и в намордниках». Извините меня...

[1] *Ллойд Д.* Указ. соч. С. 195. Представляется, что не только в парламентских, но и в иных президентских системах «законодательная и исполнительная власти сосуществуют одна с другой в самых причудливых переплетениях, включая и такие тревожные ситуации, когда хвост машет собакой, т. е. когда правительство диктует парламенту; или когда даже и собаки нет, один лишь хвост: правительство уже не спрашивает парламент, какую политику ему следует проводить» (*Шайо А.* Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). М., 2001. С. 174).



## Интегративное видение государственности в ранних работах Маркса[2]

Поводом для подготовки настоящей статьи, в основу которой положен доклад на Всероссийском собрании теоретиков права, послужило 200-летие со дня рождения Маркса. Но не только поводом. Это имя навсегда вписано в летопись великих исследователей[3]. Можно поэтому предположить, что основную дань предстоящему юбилею

[1] См.: *Мамут Л. С.* Правовые идеи классического либерализма в контексте современной юриспруденции // Правовые идеи и институты в историко-теоретическом дискурсе. М., 2008. С. 166—169.

[2] Вестник университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 4 (44). С. 30—36.

[3] В 1999 г. Агентство BBC News провело опрос англичан относительно самого величайшего мыслителя тысячелетия, а в 2005 г. Radio 4 той же компании BBC опросило жителей Великобритании относительно величайшего из философов всех времен и народов. Результаты этих опросов были ошеломляющими, ибо показали, что величайшим мыслителем и философом является... Карл Генрих Маркс. Более того, по утверждению многих сторонников и противников Маркса, именно он оказал на историю мира и становление социальных наук в XX в. наиболее значительное, фундаментальное влияние. См.: *Кондрашов П. Н., Любутин К. Н.* Анализ наиболее распространенных ми-

отдадут экономисты, социологи и политологи, но надо надеяться, что государствоведы и правоведы также не останутся в стороне. Однако сомнения в этом отношении остаются. Российской правовой науке во все времена было свойственно отдавать первенство идеологическим позициям перед научными, взгляду господствующей в обществе власти, а не строгому поиску истины. В классическом для советского времени учебнике по истории политических учений под редакцией С. Ф. Кечекьяна и Г. И. Федькина марксизму и марксистско-ленинскому учению о государстве и праве отведено семь глав. В учебнике коллектива авторов той же кафедры МГУ под редакцией О. Э. Лейста издания 2009 г. нет ни одной. Нет главы о возникновении марксизма или о его развитии и в добротном учебнике В. Г. Графского, вышедшем в те же «лихие» годы под эгидой Института государства и права Российской академии наук. Юристы не одиноки. В аннотации к книге известного социолога Б. Ю. Кагарлицкого «Марксизм: не рекомендовано для обучения» подмечено: «Марксизм сегодня — учение немодное, подвергается анафеме, изначально отвергается всеми так называемыми современными политологами. Его настойчиво выпихивают на “свалку истории”, по неосмотрительности, по недоумию, не утруждая себя необходимостью разобраться в самой сути этого выдающегося политико-экономического учения XX века»[1].

Марксистские работы, как представляется, не утратили своей ценности по отношению к современному социуму. Назову только одну проблему, которая даже не называется в современных учебниках по теории государства и права и которая, к сожалению, осталась без внимания в ходе юбилейных мероприятий по случаю революционных событий в России столетней давности. Слом старой государственной машины — основной вопрос в учении марксизма о государстве. Разве он не актуален применительно к цветным современным революциям? Разве не заслуживает хороших диссертаций? Юристы до сих пор мучаются, разбираясь в нюансах переворотов и революций. Речь не

фов о философии Маркса // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. 2011. Вып. 11. С. 80—97.

[1] См.: *Кагарлицкий М. Ю.* Марксизм: не рекомендовано для обучения. М., 2006. Сам автор, различая политический и академический марксизм, пишет о скрещивании традиций западного марксизма и фрейдизма у «франкфуртцев». Но западный марксизм — это не только Франкфуртская школа. Сюда же, по его мнению, надо отнести и философские работы Ж.-П. Сартра, пришедшего к марксизму от экзистенциализма, и поздние работы Льва Троцкого, не говоря уже о его многочисленных учениках, «Тюремные тетради» Антонио Грамши, Дьёрдя Лукача и многих других.



идет о том, что решаться этот вопрос будет непременно в русле ленинской интерпретации марксова учения, что не без основания отпугивает каждого либерала. Но умолчание о разных путях его решения — порок науки.

Конференция в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ «Право, закон и суд в ранних трудах Карла Маркса» (к 200-летию со дня рождения Карла Маркса), состоявшаяся 21 февраля 2018 г., во многом была привязана к интересам Института. Право и закон; закон и суд; концепции законодательной деятельности. Юридическая сила правовых актов. Их моральная сила. Законность и целесообразность. Социальные интересы и их воплощение в законодательстве. Но все эти вопросы находятся в центре научных интересов юристов вообще. Это фундаментальные проблемы, решение которых ложится в основу любых теоретических и практических работ в сфере права. Совсем не случайно вскорости в Университете имени О. Е. Кутафина (МГЮА)[1] состоялось авторитетное экспертное обсуждение вопросов состояния и развития российского законодательства.

При обсуждении самых разных вопросов возникал и возникает вопрос о необходимости обращения к ранним, а не к более поздним работам Маркса. По поводу цельности взглядов Маркса существуют по меньшей мере три точки зрения. Одни исследователи противопоставляют зрелого Маркса молодому[2], другие, по существу, не находят разницы[3], третьи просят рассматривать его взгляды в развитии.

[1] Имеется в виду 2-й методологический семинар кафедры теории государства и права Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) «Российское законодательство: современное состояние и тенденции развития», состоявшийся 27 февраля 2018 г.

[2] Дилемма «двух Марксов» представлена двумя ветвями марксизма XX в. — сциентистской и гуманистической. Согласно сциентистам, «ранний», «молодой» Маркс — это философская смесь из идей Спинозы, Гегеля, Фихте и Фейербаха о «сущности человека», «праксисе», «отчуждении», «гуманизме» и иных метафизических субстанциях, содержание которых эмпирически верифицировать не представляется возможным. Академик Т. Ойзерман полагал, что «поворот буржуазных идеологов к молодому Марксу является специфической формой борьбы против марксизма», что современные «марксоведы» выискивают в нем то, чего там нет, «т. е. экзистенциализм, персонализм, философскую антропологию, прагматизм и т. п.» (*Ойзерман Т. И.* Формирование философии марксизма. 2-е изд., дораб. М., 1974).

[3] Вполне имеет под собой почву мнение Майхофера, что в ранних работах К. Маркса (по 1844 г. включительно) «разработана вся материалистическая и социалистическая концепция» (см.: *Maihofer W.* Recht und Staat im Denken des jungen Marx // Karl Marx. 1818—1968. Neue Studien zu Person und Lehre. Meisenheim am Glan, 1968. S. 169).

Нам уже приходилось писать об ошибочности жесткого противопоставления молодых Маркса и Энгельса зрелым[1]. Но мы берем ранние произведения Маркса (1842—1844) во многом еще и потому, что именно тогда он проявлял себя как юрист, именно тогда он обозначил вопросы, имеющие для правоведов непреходящее значение. Конечно, тем самым мы не предлагаем замыкаться на ранних работах и готовы прослеживать судьбу зародившихся тогда идей в последующие периоды научной деятельности.

Особо следует подчеркнуть необходимость увязывать оценки соответствующих идей с тем, как они воплощались в реалии, каково их значение в свете решения острых проблем современности. Сегодня технологически, информационно и т. д. многое изменилось до фантастического. Но человек, человеческие отношения, общество изменились не столь существенно. «Ныне та же самая ворона сидит на крыше синхрофазотрона», а тот, кто держит палец на кнопке «пуск», во многом напоминает того, кто ядом питал наконечники своих стрел.

Поэтому с научной точки зрения интересно, например, как Маркс характеризует гражданское общество и семью, как сегодня бы он посмотрел на европейские «ценности» в этом плане. Кстати, берем взгляды молодого Маркса как раз потому, что молодой, что сегодня молодежь претендует на очень многое. Когда, в каком возрасте открытия делают? Почему мы только за физиками интуитивное мышление признаем? Здесь же: окончил университет, семью создал и журнал свой открыл. Самое время для творчества. Это с советских времен идет, что Маркс еще не зрелый, не сформировался и т. п. Он, дескать, гегельянец (младогегельянец), идеалист. То, что следовало бы с оговорками записать в позитив, оказывается в негативе. Между тем великие идеалисты, начиная с Платона и завершая тем же Гегелем или идеологами буржуазных революций, дали правовым наукам совсем не меньше, чем материалисты. Причины, как представляется, политические. С того времени, когда «Рейнскую газету» закрывали, и до настоящего времени власть не удовлетворяет то, что написано молодым Марксом.

Молодой Маркс — методолог. Какую бы статью вы ни взяли, вы увидите решительную критику господствующих позиций, переосмысление их с общенаучных и философских высот. Поиск истины — вот что составляет цель молодого таланта[2]. И здесь я отваживаюсь вынести на обсуждение мой главный тезис: Маркс — один из прародителей интеграционного восприятия государства и права. Не Джером Холл и не Графский с Лазаревым и, конечно же, не В. В. Ершов, сколько бы мы все ни «ершились», не внесли в эту методологию столько, сколько внес еще молодой Маркс. Профессор В. М. Сырых только Маркса и признает (в своей интерпретации!) идеологом интегративного понимания права.

[1] См.: История политических и правовых учений: учебник / отв. ред. *В. В. Лазарев*. М., 2008. С. 713.

[2] Истина, при вполне определенных условиях, одна, и найти ее может и материалист, и идеалист, если идет научный поиск. Лютер оказывается апологетом Фейербаха! Теолог Лютер против теолога Штрауса в апологии материалиста Фейербаха. Маркс в равной мере протестует против спекуляций хоть в религии, хоть в философии. В поиске истины он просит освободиться от понятий и предрассудков, и судьей у него в данном случае выступает теолог Лютер, способный «дойти до вещей, какими они существуют в действительности, т. е. до истины» (см.: *Маркс К.* Лютер как третейский судья между Штраусом и Фейербахом // *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 1. М., 1955. С. 28—29).



Разумеется, надо оговориться, что сам Маркс нигде не объявляет себя приверженцем интегративных теорий права и государства. И даже категорий «интегративность» или «синтетичность» у него не сыскать. Но в том и «фишка», что не заявлениями конструируется метод, а всем содержательным материалом, который находим у мыслителя. Профессор О. В. Мартышин, доказательно отвергающий легковесный и вульгарный нигилизм по отношению к марксистской теории, вообще видит плодотворность поиска синтеза и взаимного обогащения марксистского «формационного» и «цивилизационного» подходов к государству, что могло бы послужить «основой для полнокровного анализа многоплановой действительности»[1]. Представляется, что и тот и другой подход просматриваются у самого Маркса.

В доказательство того, что Маркса можно считать приверженцем интегративных подходов к пониманию государственно-правовых явлений, можно использовать логические заключения и обращения непосредственно к работам автора. По причине отведенного для статьи места делаю преимущественно первое.

Общепризнано, что Маркс на всех этапах своей научной деятельности, начиная с младогегельянства, был диалектиком. Но первое, что диктует нам диалектическая логика, — это развитие всех явлений во взаимосвязи, во взаимопроникновении, в борьбе. Это все то, что лежит в основе интегративных подходов.

Интегративное мировосприятие обусловлено законом единства и борьбы противоположностей. Да, например, социологическое и сугубо нормативистское понимание права противоположны, но и то и другое находило и находит свое подтверждение в исторически реальной дей-

[1] История политических учений: учебник для вузов / под общ. ред. *О. В. Мартышина*. М., 2002. С. 350, 356.

ствительности. Почему же тогда общетеоретическое (не российское и не англосаксонское) воззрение может игнорировать истины того и другого понимания права? Почему игнорируются моменты их единства и, более того, не замечается единство решений в практике реализации права? Противники интегративной теории понимания права акцентируют внимание на противоположностях и игнорируют их единство.

Если признать, что молодой Маркс был одновременно и материалистом, и идеалистом во взглядах на общество и государство, а в этом непременно сходились авторы, посвятившие исследования его творчеству, то логично уже в одном этом видеть интегративизм.

Интегративному восприятию явлений и процессов свойственна критика крайних их оценок, попытка найти нечто компромиссное, попытка охарактеризовать их с разных сторон. Мы не акцентируем сейчас внимание на том, какие взгляды преобладали в мировоззрении молодого мыслителя. «Идеализм господствует в публично-правовых воззрениях молодого Маркса, в особенности в его теории государства и законности», — писал И. П. Разумовский[1]. Однако в приводимых цитатах мы этого можем не заметить, поскольку, по Марксу, «право государственных конституций» мы должны выводить «из собственной природы государства, из его собственного существа», «из природы человеческого общества...». Одновременно и «на основе Разума и свободы»[2]. Строить «на основе религии» отвергается как крайность идеализма.

«Правовая природа вещей не может поэтому приспособляться к закону — закон, напротив, должен приспособляться к ней»[3]. Мы видим здесь первенство идеалистического, хотя можно было бы прочесть у Монтескьё и материалистическое понимание природы вещей. Но важно видеть другое: понимание закона у Маркса сугубо интегративное. «Законы — это положительные, ясные общие нормы, в которых свобода приобретает теоретическое, независимое от произвола отдельных личностей существование... Настоящим законом становится он тогда, когда в его лице бессознательный естественный закон свободы воплотился в сознательный государственный закон»[1]. Закон, как убеждаемся, одновременно продукт человеческой деятельности и независимый от нее бессознательный естественный закон свободы. Другими словами, есть в законе и нечто «ангельское», и нечто «сатанинское». О последнем он прямо заметил: «Законы в основе своей сформированы на беспринципности и безнравственности, что отражает сущность государственности, символизируя возглас дьявола»[2].

Таким образом, интегративность вывожу из основного посыла, что Маркс одновременно и материалист, и идеалист. Он смотрит и на землю, и на небо (афинская школа). Сам Маркс замечательным образом признался: «От идеализма... я перешел к тому, чтобы искать идею в самой действительности»[3]. Лучше об интеграции того и другого подхода не скажешь в поиске истины как в качестве ученого, так и в качестве общественного деятеля. Для него «принимать одну основу для жизни, другую для науки — это значит с самого начала допускать ложь».

Для него законы о лесных порубках — «это грубый материализм». Он против такой крайности материализма. В этой связи уместно вспомнить афористично сказанное Марксом: «Я знаю только одно: что я не марксист». Материализм и марксизм может быть разный. Интегративный подход требует освобождения от случайного, крайнего, стохастического. За марксизмом утвердилось представление, будто и право, и государство у него суть господство интересов частного собственника. Между тем, по Марксу, действия «сообразно с требованиями частной собственности» суть «принижение государства», несоответствие самой «идее государства»[4]. Здесь Маркс наступает на горло материалистической песне не без помощи гильотины идеализма.

[1] *Разумовский И. П.* Понятие права у К. Маркса и Ф. Энгельса // Под знаменем марксизма. 1923. № 2—3. С. 68.

[2] Там же.

[3] *Маркс К.* Дебаты шестого рейнского ландтага (статья третья) // *Маркс К., Энгельс Ф.* Сочинения. 2-е изд. М., 1955. Т. 1. С. 122. У Маркса «характер вещей есть продукт рассудка». Если государство хотя бы в одном отношении опускается до того, что действует сообразно характеру частной собственности, вместо того чтобы действовать сообразно своему собственному характеру, то отсюда непосредственно следует вывод, что оно должно приспособить выбор своих средств к узким рамкам частной собственности.



## Право и закон в программируемом обществе. К 100-летию Даниела Белла[5]

В последние дни февраля в Институте законодательства и сравнительного правоведения состоялась конференция «Право и закон в программируемом обществе». Конференция посвящалась 100-летию со дня рождения известного социолога Даниела Белла.

[1] *Маркс К.* Дебаты шестого рейнского ландтага (статья первая). С. 63.

[2] Цитаты Карла Маркса. URL: https://icitata.ru/karl-marks-citaty.

[3] Указ. соч.

[4] *Маркс К., Энгельс Фр.* Литературное наследство. Т. 1. М., 1907. С. 197, 206, 265, 272.

[5] Судья. 2019. № 4 (100). С. 34—40.

Обращение юристов к проблематике информационного постиндустриального общества само по себе необычно. Но внушительное количество участников показало, насколько представители юридической профессии заинтересованы в анализе того, как информационные технологии повлияли на жизнь и каковы перспективы развития общества, государства и правосудия. Мы посчитали необходимым задать несколько вопросов инициатору и одному из модераторов проведенного форума профессору Валерию Васильевичу Лазареву.

**Насколько известно, Даниел Белл не был правоведом и к юриспруденции его исследования прямого отношения не имели. Почему Институт законодательства и сравнительного правоведения избрал тему конференции, посвященную его памяти?**

Да, Даниел Белл — признанный в мире социолог. Предмет его исследований — общество. Современное общество и общество будущего. Такое отношение к юриспруденции, какое имел, например, российско-американский социолог Питирим Сорокин, мало кто имел. К сожалению, право чаще всего находится вне поля зрения чистых социологов. Но можем ли мы назвать какие-либо общественные отношения, которые были бы безучастны к праву? Можем ли мы определить сферы отношений, которые вообще бы выходили за рамки законодательного регулирования? Первокурсникам обычно приводят в пример отношения дружбы и любви, и это правильно, если иметь в виду свободу выбора, гулять после лекции с блондинкой или шатенкой. Но мы знаем, как остро стоят в ряде стран совсем не безразличные для закона вопросы однополой любви.

Наш главный тезис: нельзя заниматься (ни теоретически, ни практически) законодательной деятельностью, не зная состояния общественных отношений и тенденций (закономерностей) их развития. Институт законодательства ориентирован на сравнительное правоведение и, следовательно, в поле его зрения должны быть разные общества с соответствующими им правовыми системами. Мне представляется, что недостатки законодательного регулирования (это особый разговор) обусловлены прежде всего отрывом юриспруденции от социологии, экономической науки и культурологии. Увы, юристы по-прежнему смотрят на мир через призму закона, через юридические очки. Часто розовые.

**Книги Белла посвящаются постиндустриальному обществу. Такое общество в какой-либо стране существует? С какими признаками связывают его в науке? Наделяют ли какими-то правовыми свойствами?**



Многие считают, что речь может идти о современных развитых странах Запада. Однако следует принять во внимание, что соответствующие понятия постиндустриализма появились в лоне развитого индустриального общества и предназначались обществам будущего. Главный труд Д. Белла носит название «Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования» (1973). Автор прямо предупреждал: «Понятие постиндустриального общества является аналитической конструкцией, а не картиной специфического или конкретного общества. Она есть некая парадигма, социальная схема, выявляющая новые оси социальной организации и стратификации в развитом западном обществе».

С учетом парадигмальных характеристик мы можем судить о том, в какой стране общество воплощает соответствующие признаки. По Беллу, это переход от производства товаров к расширению сферы услуг; доминирование профессионального и технического классов, создание новой меритократии; центральное место теоретических знаний; особая роль технологии и технологических оценок; принятие решений на основе новой интеллектуальной технологии. Последние два элемента позволяют даже о России рассуждать, поскольку цифровизации придано такое тотальное значение.

О государстве и праве западники традиционно не особенно распространяются (подводная часть айсберга), но ориентирами развития индустриального общества в политической сфере декларируются правовое государство и гражданское общество, обеспечение государством правил общественной жизни без вмешательства в ее сферы. Это своего рода государство ночного сторожа, которое, как мне представляется, в эпоху глобализма уже малоэффективно, поскольку новейшие финансовые инструменты позволяют беззастенчиво грабить среди белого дня. В любом случае законоведы не могут не учитывать в позитивном регулировании общественных отношений основной производственный ресурс, где информация играет определяющую роль, и базовый тип производственной деятельности, в котором основное значение придается обработке ресурса.

**Казалось бы, конференция должна называться «Право и закон в постиндустриальном обществе», но у вас — «в программируемом». Это принципиальный отход от Белла?**

При подготовке к проведению конференции да и в последующем были недоумения и возражения против использования термина «программируемость». Казалось, мы следуем российскому опыту и тем самым делаем акцент на властной и жесткой организации обществен-

ных отношений. Нейтрально и более приемлемо звучало бы, если отходить от терминологии Белла, — «в информационном обществе». Но «программируемое общество» не наше изобретение. Автор трехтомного издания «Информационная эпоха. Экономика, общество и культура» (1996—1998) профессор Калифорнийского и Мадридского университетов Мануэль Кастельс был учеником французского профессора А. Турена, обосновавшего именно «программируемое общество».

Акценты в этих понятиях разные, но мы трактуем «программируемое общество» как «регулируемое общество». В качестве регуляторов рассматриваем право и закон, соотносимые с иными социальными регуляторами. Учитываем и тот факт, что в России, например, официально действуют многочисленные программы социального развития. Для института законодательства авторитетнейшим обоснованием избранной позиции может служить идея программирующего воздействия на самих себя посредством закона современного западногерманского философа Юргена Хабермаса: «Народ программирует законы; законы, в свою очередь, программируют их же (законов) разработку и применение. И благодаря этому члены общества (через коллективно обязующие решения органов управления и юстиции) получают те результаты и регулятивные правила, которые они же, в своей роли граждан государства, и запрограммировали».

Замечу вместе с тем, что программирование программированию рознь. В постиндустриальном обществе наибольшую опасность представляют: а) программирование поведения на генетическом уровне; б) программирование поведения скрытыми способами манипуляции сознанием людей. Надежда вновь на закон.

**Вы теоретик права, но, насколько я понимаю, не мыслите право в отрыве от государства, и преподаваемая в российских вузах дисциплина называется «Теория государства и права». Почему тогда конференция практически обходила собственно государствоведческие вопросы, почему государство не стоит в одном ряду с правом и законом? И еще: в книге, посвященной ранним работам Карла Маркса, в том ряду стоит и правосудие. Какова его роль в «программируемом» обществе?**

Вы подметили соринку в нашем глазу. Теоретики меньше пишут о государстве. Но два доклада все же значились: «Эффективность государства в постиндустриальном обществе: модель Д. Белла» и «Программируем ли суверенитет в правовом регулировании?». Однако следует иметь в виду, что там, где ставились вопросы о роли закона и законодательства, подразумевалось прямое участие государства в ре-



шении соответствующих проблем. Законы — демократический инструмент осуществления государственных функций.

Термин «правосудие» по праву мог звучать в наименовании конференции. Среди докладчиков были судьи самого высокого ранга и самых разных судов (Европейского суда по правам человека, конституционных судов России и Азербайджана, Верховного Суда Российской Федерации, арбитражных судов Москвы и Московской области), работала специальная секция «Охрана прав и свобод в программируемом обществе», и здесь нет необходимости доказывать место и роль правосудия. Но с развитием гражданского права, возрастанием значения финансового права и т. д. в наше время становится заметно более важной роль актов правосудия в позитивном регулировании отношений в сфере собственности, в том числе интеллектуальной, в сфере обязательственных связей и проч. Появляются и такие новые отношения, которые законодатель пока затрудняется регулировать, а правосудию они вполне под силу, учитывая решение дел по аналогии права и закона.

**На какие доклады вы обратили внимание в части постановки вопроса и предлагаемых решений? Ожидается ли их публикация?**

Нельзя не обратить внимание на то, что большинство выступающих избрали предметом те или иные проблемы, связанные с цифровизацией. Это текущий тренд, в том числе и правовых исследований. И здесь, возвращаясь к предшествующему вопросу, можно назвать такие доклады, как «Судебное толкование и искусственный интеллект», «Организация правосудия в постиндустриальном обществе», «Перспективы оптимизации правосудия путем внедрения цифровых технологий», «Проблемы использования цифровых технологий в судебном правоприменении», «Трансформация судебной деятельности на основе информационных и коммуникативных технологий в условиях информационного общества», «Цифровые технологии и современное правосудие» и др. Кстати, автор последнего доклада профессор Российского государственного университета правосудия Дмитрий Александрович Фурсов безоговорочно и весьма доказательно пытался убедить, что в итоге правосудию современного вида придется уступить место тем самым технологиям.

Ни в каком интервью не перечислить всего интересного и ценного, что прозвучало в четырех секциях и на круглом столе за два дня работы. Очень надеюсь на публикацию в итоговом сборнике. Читателей конечно же привлекут вопросы применимости концепций постиндустриального общества к российским условиям, проблемы реализации

новых технологий в социально-экономическом, культурном и политико-правовом пространстве, соотношение национальных и межнациональных (международных) механизмов решения насущных задач общественного развития.

Основными докладчиками на форуме были профессора из разных российских и зарубежных вузов. Но надо было сразу отметить, что благодаря инициативе директора Института законодательства и сравнительного правоведения, академика Российской академии наук Талии Ярулловны Хабриевой к участию в конференции были привлечены члены Отделения общественных наук РАН, институтов философии и социологии, а также авторитетные докладчики Федеральной службы по интеллектуальной собственности и Фонда «Сколково».

**Вы сделали заглавный доклад на конференции, но ваша презентация имела скорее частный характер и не охватывала всей проблематики относительно роли государства и права в решении новейших проблем постиндустриального общества. Считаете ли вы свою миссию выполненной, или следует ожидать продолжения исследований в этом направлении?**

Будем надеяться, что удастся продолжить. Мой доклад претендовал на некое откровение в общей методологии. В духе Белла я отважился рассмотреть право и закон в системе осевых структур социального программирования. По Беллу: «Идея осевых принципов и структур является попыткой выявить не причинность... а центральность... Эта идея стремится определить... организующий остов, вокруг которого группируются прочие институты, или энергизирующий принцип, логически обусловливающий все остальные». Мною выделены три таких оси: «Бог — человек», «общество — государство», «право — закон». Полагаю, что все в обществе в качестве должного и сущего, идеального и материального, рационального и деятельностного функционирует по этим осям. При этом законы диалектики не отменяются, а функционируют в конечном счете в полной мере.

**Модерн и постмодерн, индустриальное и постиндустриальное, капиталистическое и посткапиталистическое, социализм и постсоциализм — «конец истории»?**

Я получал юридическое образование в период господства теории постсоциалистического общества, и конец социализма, казалось, уже не за горами — двадцать лет отводилось для построения коммунизма. Государство и право, согласно марксистской теории, отомрет. Уже и практические шаги предпринимались: МВД уступило место МООП — ведомству по охране общественного порядка, Министерства юстиции



тоже не стало. Но уже на первой лекции известный теоретик права, участник войны профессор Виктор Михайлович Горшенев успокоил нас: «На ваше время работы хватит». Итак, с коммунизмом не случилось. Однако и с западным общественным порядком конца истории не произошло. Ошиблись все, кто подхватил идею японского профессора о конце истории в его апологетике западной демократии. Оказывается, она и не такая совершенная, если не сказать более критично. Возможно, демократия и лучше других форм, но все же тоже плохая, а для определенных обществ определенного времени просто губительная. Спро́сите, к чему веду?

Веду я к тому, что будь то модернизм или постмодернизм в состоянии общества и в методах его исследования, остаются неизменно актуальными проблемы программирования охраны прав и свобод и, что не менее значимо, — обеспечения взаимных обязанностей государства и общества. Да, в новом обществе взаимных реальных и виртуальных коммуникаций цифра будет играть где-то даже ведущую роль, но будем надеяться, что право и закон усмирят ее непомерные аппетиты в защиту самого человека и всего человеческого. Патетика? Нет, история продолжается, жизнь требует новых творческих исследований правоведов.

## Вспоминая А. И. Денисова. К вопросу о сущности государства[1]

Андрей Иванович Денисов был моим научным руководителем по кандидатской диссертации. Всю жизнь признателен ему в этой связи, хотя отношения складывались здесь совсем не просто. Я приехал в целевую аспирантуру с темой правового эксперимента, имел задел и необходимые для защиты публикации, но кафедра не утвердила тему, поскольку зав. кафедрой сослался на Маркса (сегодня понимаю, что не без оснований!), подвергавшего сомнению значение социального эксперимента. Встал вопрос поиска темы. Андрей Иванович не руководил исследованиями по праву, а я никак не хотел писать по государствоведческой проблематике. В Ленинке обратил внимание на немецкие источники по пробелам в праве и отважился предложить эту тему. Шеф произнес свое сакраментальное «годится», но добавил: «Только имей в виду, что я тебе мало в чем помогу». Он не знал этой темы, но очень хорошо знал (как руководитель Юридической комиссии) о суще-

[1] Общая теория права: история и современное состояние (к 110-летию А. И. Денисова) / отв. ред. М. Н. *Марченко*. М., 2018. С. 40—52.

ствовании пробелов в советском праве (в те годы это фактически отрицалось) и практической значимости возникающих вопросов. Он не отказался от руководства неудобной темой и по-своему обеспечивал ее прохождение. Один факт приглашения в качестве оппонента профессора Н. Г. Александрова многого стоит. Ведущей организацией по диссертации был Минюст.

Поддержку со стороны А. И. Денисова я ощущал и при прохождении в 1977 г. докторской диссертации. Тогда соблюдали некие каноны в очередности защит, в том, чтобы прошло не менее десяти лет после защиты кандидатской, и т. д. Голосовали в диссовете единогласно.

Мне кажется, что Лазарев был родствен и симпатичен Денисову своим простым происхождением из российской глубинки. По завершении аспирантуры он по-отечески справился, не хочу ли я остаться в Москве и не хочу ли пойти, например, к Лукьянову. Анатолий Иванович (один из любимых учеников) тогда уже работал в Верховном Совете, и несколько молодых теоретиков с кафедры шли на работу в соответствующие отделы. К Москве я не был расположен, аппаратная работа не трогала, да и обязательство вернуться в Казань довлело. Поэтому вежливо отказался, сославшись еще и на то, что уже отклонил предложение пойти к И. В. Павлову во вновь созданную социологическую лабораторию в ИГиПАН. Кстати, о «человеческом». Всякий раз, когда я приезжал в Москву, спрашивал: «Как устроились?» А на жалобы по поводу гостиниц: «Попросите от моего имени Лукьянова». И действительно, раза два я пользовался соответствующей бронью, а когда приезжал на стажировку в НИИСЗ (у них не было жилья), по протекции Андрея Ивановича меня поддержали в Минвузе и в МГУ мне предоставили комнату.

Андрей Иванович последовательно и, на мой взгляд, совершенно искренне пропагандировал (в части советского государства развивал) марксистскую теорию государства. Полагаю, он выдержал бы проверку на прочность своих убеждений в лихие 1990-е гг., когда многие сдавали свои позиции и предавали своих кумиров. Разумеется, на его работах лежит печать времени, конечно же, догматизм и политическая конъюнктура так или иначе присутствуют в его учебниках, но приверженность историческому и классовому подходу, утверждение социальной справедливости, отвержение произвола и насилия и многое другое не утрачивают научной ценности. «Почему Маркс был прав» — с таким наименованием не так давно вышла книга английского профессора. Андрей Иванович вполне мог быть автором такого исследования. Много внимания профессор уделял критике западной идеологии. К сожалению, сегодня во многом утрачено это научное направление, хотя источники открыты, язык многие знают, да и на русском многое издается. Примечательно, что Андрей Иванович не боялся знакомить нас с закрытыми источниками. Мне, например, давал почитать на русском языке кельзеновскую коммунистическую теорию права.



По случаю 60-летия професора А. И. Денисова я готовил материал в журнал «Советское государство и право». С того времени состоялся не один юбилей. И каждый из них только обнажал ту истину, что, при всей его простоте и скромности, это был большой государственный и общественный деятель, совсем не рядовой труженик в юридической науке. Заслуженный деятель науки. Более сорока лет руководил он ведущей кафедрой на юридическом факультете МГУ, имел отношение и к руководству другими научными учреждениями. Сегодня принято оттенять соответствующие заслуги. Во всяком случае, на доме, который памятен многим, должна быть установлена доска соответствующего содержания.

Основные научные работы А. И. Денисова посвящены государству. Уместно в этой связи предложить небольшой фрагмент исследования, развивающего идеи Андрея Ивановича о сущности государства.

### К вопросу о сущности государства

В государстве классового общества теоретики-марксисты, к каковым, несомненно, принадлежал проф. А. И. Денисов, видели прежде всего орудие классового господства и лишь затем — аппарат общесоциального управления, необходимый для организации общественной жизни. Сущность, т. е. главная, определяющая характеристика любого предмета, явления, процесса, созданного или используемого человеком, обычно связывается с его *назначением*, со способностью удовлетворять те или иные потребности человека. С этих позиций *сущность государства состоит в его социальном назначении, а именно регулировать общественные отношения, управлять обществом*. Для продолжения существования человеческого общества необходимо обеспечивать постоянное производство и воспроизводство общественной жизни, что достигается наличием социального управления. Назначение государства как особой организации власти заключается в управлении процессами реализации стоящих перед обществом задач. Государственное управление — это целенаправленное воздействие государства на систему общественных отношений с целью их

упорядочения и планомерного развития. Для сущностной характеристики государства иногда используют категорию «ценность государства». *Ценность* государства состоит в его реальной способности направлять общественное развитие.

Практически все проблемы теории государства прямо или косвенно связаны с категорией «сущность государства».

В чьих интересах государство осуществляет свою управленческую деятельность?

В каких пределах государство осуществляет свою управленческую деятельность?

В каких направлениях государство осуществляет свою управленческую деятельность?

Какими методами, способами государство осуществляет свою управленческую деятельность?

На каких принципах базируется управленческая деятельность государства?

Каким образом создаются высшие органы государства, каким образом распределяется их компетенция?

Какова территориальная организация государственной власти?

Ни одну из перечисленных проблем нельзя решить, не установив предварительно сущность государства, и, наоборот, ответив на поставленные вопросы применительно к конкретному государству, мы сделаем выводы о его сущности. Сущность каждого конкретного государства является то одной, то другой своей стороной.

С точки зрения отражения в управленческой деятельности определенных интересов в современной теории государства и права принято различать две стороны в сущности государства, поскольку управление обществом может осуществляться государством как в интересах всего общества, так и в интересах отдельных лиц либо социальных групп, стоящих у власти. Поэтому говорят о том, что, с одной стороны, государство есть особая организация власти, которая выступает в качестве инструмента организации жизни общества, средства управления им с учетом прежде всего общественных интересов. С другой стороны, государство служит орудием насилия в руках меньшинства для подавления большинства населения (например, эксплуатируемых классов), является средством реализации интересов относительно немногочисленных социальных групп, которым принадлежит экономическая или политическая власть. Эти две стороны сущности в *различных сочетаниях* присутствуют во всех государствах, как существующих в настоящее время, так и когда-либо существовавших в истории



человечества. Марксистско-ленинская юридическая наука, абсолютизируя момент классового насилия в управленческой деятельности государства, предлагала не вполне адекватное его понимание. В настоящее время марксистское видение общественной жизни тем более нуждается в значительных коррективах с учетом глобалистских процессов, коренным образом поменявших расстановку сил и в экономике, и в политике.

Говоря о возможности осуществления управленческой деятельности или в интересах общества в целом, или в интересах отдельных социальных групп, ученые предлагают и разные варианты возникновения государственности. Так, часто утверждают, что к государственно-организованному обществу почти везде люди пришли первоначально прежде всего в целях удовлетворения своих общих интересов (защита от нападений извне, необходимость постройки и поддержания в надлежащем состоянии крупных ирригационных сооружений и т. д.). Но из всех теорий наиболее глубокой представляется та марксистская позиция, согласно которой на известной ступени развития общества возникла потребность охватить общим правилом изо дня в день повторяющиеся акты производства и придать этим правилам общеобязательное значение, подкрепить их силой специально созданного аппарата. Потребности жизни — право — государство. Это та цепочка и те звенья, которые позволяют проникнуть в сущность государства.

Самостоятельная проблема, связанная с сущностью, с социальным назначением государства, — определение пределов *управляющего воздействия* государства на общественные отношения. Абсолютно все стороны функционирования человеческого общества должны находиться под контролем государства, или же публичная власть должна ограничивать свое вмешательство в общественные отношения? И в науке, и в практической государственной деятельности известны два крайних варианта разрешений данной проблемы. С одной стороны, существуют различные концепции тоталитарного государства — государство, которое абсолютно все старается держать под своим контролем. С точки зрения той же марксистско-ленинской юридической науки государство является главным орудием построения коммунистического общества и сфера его управляющего воздействия должна распространяться на все общество (впрочем, это сочеталось с идеями о необходимости развития самоуправления народа — ведь в коммунистическом обществе места государству не находилось). С другой стороны, есть и теории, имеющие противоположную направлен-

ность, к примеру так называемая концепция государства — «ночного сторожа». Эта основанная на либерализме концепция допускала только охранительные функции государства. Государство — «ночной сторож» не вмешивается ни в экономику (здесь единственный регулятор — рынок), ни в частную жизнь граждан.

Как правило, границы деятельности государства признаются широкими или узкими в зависимости от того, чьи интересы — личные или общественные — являются приоритетными. Индивидуалистическое общество, общество, которое признает в первую очередь ценности либерализма — личную свободу каждого и частную собственность, — ограничивает вмешательство государства в жизнь граждан. Общество, объявляющее главными общие, коллективные идеи, напротив, предполагает большой простор для государственной деятельности. Мы являемся свидетелями того, как во многом терпят крах безудержные идеи либерализма, получившие развитие в 90-е годы прошлого столетия, как именно к государству обращаются за разрешением острых проблем общественного развития, включая обоснование суверенных прав национального государства.

Для уяснения пределов деятельности государства следует адекватно воспринимать понятие гражданского общества. *Гражданское общество* — фундаментальная категория, исследованию которой, к сожалению, в отечественных гуманитарных науках должного внимания долго не уделялось. Гражданское общество можно определить как многообразие общественных отношений — экономических, социальных, правовых, культурных, идеологических, религиозных, моральных, — не опосредованных политической деятельностью государства. Это понятие помогает раскрыть сущность государственно-правовых явлений, осознать пределы государственной деятельности. Государство не должно быть слабым и пассивным, как и не должно быть всевластным и возвышающимся над обществом. Необходимо сильное государство, осознающее вместе с тем пределы своего вмешательства в жизнь общества и регулирующее не все общественные отношения, а лишь наиболее важные с точки зрения интересов существования и развития общества.

Пределы государственного воздействия — одна из сложных и недостаточно изученных проблем теории государства. Одним из аспектов ее является соотношение права естественного и позитивного, вопрос о необходимости закрепления естественно-правовых норм в законодательстве.



Государство возникло как организация, управляющая обществом для сохранения его существования и дальнейшего развития. С постепенным расслоением общества и возникновением классов государство свою деятельность в той или иной степени подчиняет интересам экономически и политически господствующего класса. Существует и противоположная точка зрения, в соответствии с которой государство возникает именно как аппарат насилия, изначально находящийся в руках имущих для подавления эксплуатируемых слоев населения.

Новейшее достижение в этой области, при котором властитель и подвластные выглядят комично, представляет собой Германская империя бисмарковской нации: здесь поддерживается равновесие между капиталистами и рабочими, противостоящими друг другу, и они подвергаются одинаковому надувательству в интересах оскудевшего захолустного юнкерства». Служащих государственной организации очень многое объединяет и в положении, и в средствах оплаты труда и т. д. Все это обособляет их интерес от интереса остальной массы народа.

Уместно воспроизвести в связи с этим одну из зарисовок: «Рожденное во грехе, побочное детище угасающей автократии и сорвавшейся с привязи бюрократии, государство — это гигант, властвующий над пигмеями. Рассматриваемые по отдельности, бюрократы, даже самые высокопоставленные, могут быть мягкими, безобидными И даже скромными людьми, но все вместе они создали монстра, чья власть превзошла власть самых могущественнейших империй прошлого. Одной из причин этого является тот факт, что, в отличие от всех правящих групп прошлого, они не должны оплачивать расходы на управление из собственного кармана. Напротив, они живут за счет этих расходов: кабинеты, в которых они проводят встречи, столы, за которыми они сидят, и компьютеры, за которыми (в наши дни) они работают, — все предоставляет правительство. Кроме того, опять-таки в отличие от большинства правящих групп прошлого, они действуют в соответствии с установленными правилами и процедурами, не движимые ни гневом, ни страстью — хотя, безусловно, эти правила в первую очередь учитывают их собственные интересы. Но самой важной причиной является тот факт, что они, в отличие, например, от Калигулы или Чингисхана, обладают коллективной личностью, которая делает их бессмертными. Просто подождав достаточно долго, государство может легко пережить любое “физическое лицо”, которое осмелилось перейти ему дорогу. Поэтому в идеале оно должно быть

способно управлять своими подданными с помощью крепкого зада, а не кулаков, хотя оно зачастую не брезговало применять и кулаки»[1]. И далее: «В то время как Гегель в 1830 г. восхвалял бюрократию как “всеобщее сословие”, который ставит общественное благо выше собственного, и в начале XX в. Отто Гинтце воспевал “высокие добродетели” государственных служащих, а Макс Вебер считал государственную администрацию воплощением “целерациональности”, сегодня, вероятно, не осталось ни одного человека на Земле, который бы считал, что бюрократии свойственны данные характеристики. В действительности все обстоит ровно наоборот. В многочисленных научных работах, написанных после 1960 г., государственная бюрократия описывается как бесконечно разрастающаяся (бюрократическое решение любой проблемы состоит в расширении бюрократии), служащая только своим собственным интересам, склонная ко лжи с целью сокрытия собственных провалов, деспотичная, непредсказуемая, безликая, мелочная, неэффективная, сопротивляющаяся изменениям и безжалостная...»[2].

Однако и привилегированность управляющих, и вместе с тем их неустойчивое положение рядом с систематическим использованием господствующими кругами массы средств влияния на органы государственной власти и управления образуют достаточные гарантии того, чтобы государство служило экономически могущественным классам. В то же время если допустить, что государство не обладает самостоятельностью, то следовало бы отрицать и ответственность государственных служащих. Государственный аппарат, даже если он выполняет политические директивы, должен располагать свободой самоопределения, необходимой для принятия решений, избрания соответствующих методов для их осуществления, более всего подходящих для государственной организации. Избранные средства государство применяет не иначе, как под свою ответственность.

В зависимости от того, чьи интересы правящая группа (государство) ставит на первое место, ученые различают *обычную* относительную самостоятельность государства и *исключительную* (необычную, чрезвычайную, «чрезмерную»). Первая означает, что государство, служа прежде всего интересам уполномочившего его класса (классов, общества), обеспечивает и свои интересы. При исключительной относительной самостоятельности государство, удовлетворяя своим

[1] *Кревельд Мартин ван*. Расцвет и упадок государства. М., 2006. С. 319.
[2] Там же. С. 499—500.



интересам, служит тем самым интересам господствующего класса (общества).

Государство и экономика. В числе явлений, с которыми связаны существование и деятельность государства, не без оснований указывают на экономику. На определенной ступени *экономического* развития государство стало необходимостью. В последующем смена одного способа производства другим во многом обусловливает в итоге смену исторических типов государства. Будучи предопределено в своем развитии в *конечном счете* экономическими условиями общественной жизни, государство в целом чаще всего являлось лишь выражением в концентрированной форме экономических потребностей класса, господствующего в производстве. Определения государства как особого аппарата, особой машины в руках экономически господствующего класса для подчинения классов эксплуатируемых все-таки, несмотря на их ограниченность, имеют под собой реальные основания. И такие характеристики государства позволяют понять Ф. Энгельса, когда он как бы отвергает самостоятельность государства. В работе «Людвиг Фейербах и конец классической немецкой философии» Энгельс пишет, что «государство не составляет самостоятельной области и не развивается самостоятельно», а в письме к Мерингу от 14 июля 1893 г. он признал за государственным устройством только «видимость самостоятельной истории».

В письме к К. Шмидту Ф. Энгельс пишет: «Общество порождает известные общие функции, без которых оно не может обойтись. Предназначенные для этого люди образуют новую отрасль разделения труда внутри общества. Тем самым приобретают *особые* интересы также по отношению к тем, кто их уполномочил, они становятся самостоятельными по отношению к ним, и — появляется государство.

...Новая самостоятельная сила, правда, в общем и целом должна следовать за движением производства, но она, в свою очередь, оказывает обратное воздействие на условия и ход производства в силу присущей ей или, вернее, однажды полученной ею и постепенно развивающейся дальше относительной самостоятельности».

«Государство не имеет собственной истории», поскольку его появление, дальнейшее движение и особенно смена одного типа другим были обусловлены экономическим развитием и связанным с ним развитием социальной структуры общества. Государство в то же самое время имеет свою историю. Ведь сама марксистская теория утверждает, что экономическое движение определяет развитие государства

лишь в конечном счете. Экономика испытывает активное воздействие со стороны государства.

Указанное обстоятельство позволяет говорить об относительной самостоятельности государства и по отношению к экономике. Если бы государство не обладало известной самостоятельностью, своей внутренней и внешней свободой, оно было бы пассивным, мертвым и, следовательно, лишним звеном в общественном механизме. При этом можно говорить об обычной и чрезмерной (исключительной) самостоятельности государства. Чрезмерная относительная самостоятельность наблюдается там, где государство настолько поднимается над экономикой, что оказывается способным тормозить экономическое развитие и разрушать производительные силы. Чем больше деятельность государства не соответствует экономическим потребностям развития общества, тем с меньшей эффективностью оно развивает экономику и тем меньше его обычная самостоятельность, ибо только овладение экономическими законами, использование их и сближение с экономической сферой позволяют достигнуть в этой области положительных результатов. Относительная самостоятельность государства есть непосредственная основа его деятельности, его активности, его воздействия на общественную жизнь. Относительная самостоятельность государства является его естественно необходимым состоянием.

Понятие «относительная самостоятельность государства» выражает, таким образом, прежде всего зависимость государства от внешних факторов: экономики, классовой борьбы, политики, социально-культурных. Это понятие, наконец, призвано отразить активность государства во всех сферах общественной жизни. В том числе — в области экономики.

Относительную самостоятельность государства следует рассматривать конкретно-исторически, принимая во внимание специфические условия развития экономической и общественно-политической системы той или иной страны, учитывая соотношение социальных сил, международную обстановку и т. д. Она имеет тенденцию возрастать по мере научно-технического и общественного прогресса.

Итак, государство — это особым образом организованная власть, осуществляющая управление людьми в их интересах, в интересах общества, интересах класса (классов) или интересах собственных. Философское выявление сущности государства предопределяет теорию и социологию функций государства.



## О критическом методе правоведения[1]

Нельзя сказать, что вопросам методологии юридической науки не уделяется внимание в отечественной литературе. Более того, в постсоветское время появились весьма основательные работы в этом направлении, в вузах читаются лекционные курсы, проводятся разные тренинги. Вместе с тем есть вопросы, которые остаются в тени и нуждаются в актуализации по ряду причин и оснований. Во-первых, с точки зрения их значения по существу; во-вторых, по причине того, что им уделяли серьезное внимание известные представители правовой мысли, чье наследие не освоено; в-третьих, потому, что среди последних были крупные российские умы.

В числе первых из признанных умов российского правоведения бесспорно можно назвать имя Габриэля Феликсовича Шершеневича — автора основательных общих и отраслевых научных трудов, университетского профессора и государственного деятеля. Он олицетворяет все ипостаси правоведения, все то, что охватывает понимание права, роль права, функции права и что связано с практическим претворением этих теоретических знаний. Есть настоятельная потребность приобщиться к его научным позициям и еще по одной причине. В последней четверти XX столетия российские теоретики привлекли внимание к философии права как к самостоятельной науке, не идентичной теории государства и права и не являющейся ее частью. При этом можно наблюдать постмодернистское понимание возникающих вопросов вплоть до отвержения за философией права качества науки[2] (А. В. Стовба). «Мировоззрение, господствующее со второй половины XX в. и до наших дней, казалось бы, не оставляет возможности положительного ответа на вопрос о возможности универсального права и неотделимого знания о нем, так как сегодня с легкой руки культурной антропологии, аналитической философии, гипотезы лингвистической относительности, постструктуралистов, постмодернистов и т. д. доминирует идея релятивизма». Если вместе с этим безоговорочно учесть заметное влияние синергетических подходов к правоведению, отрицающих действие законов причинности, усматривающих позитивные жизненные ценности не столько в правопорядке, сколько в хаосе общественной жизни[3], — придется признать движение классической

[1] Постклассическая онтология права / под общ. ред. *И. Л. Честнова*. СПб., 2016. С. 410.

[2] Там же. С. 134.

[3] «Хаос (как и бытие) первичен, вечен, структура, порядок вторичны, случайны» — это утверждают ученые, представляющие отраслевую юридическую науку. Это дает им основание «отвергать представления о праве как всеохватывающей системе пра-

юридической науки к суициду. Поэтому есть потребность встать на какую-то прочную научную платформу, которой не страшны попытки расшатывания устоявшихся вековых конструкций, которая способна принимать на себя все *новое*, перерабатывая его применительно к *новым* условиям места и времени, открывая *новые* закономерности в соответствии с диалектическим законом отрицания отрицания. Дважды два все-таки четыре и параллельные здесь не пересекаются, хотя мы знаем, что в других условиях они пересекутся. Появление человека и его формирование как личности пока еще подчиняется действию определенных закономерностей и, соответственно, его свобода, права и обязанности требуют правового опосредования.

Многое можно развивать из идейного наследия Г. Ф. Шершеневича, из его философии права, но мой субъективный выбор остановился на его методологии и, в частности, на критическом методе правоведения.

Для полного раскрытия темы требуется обращение к философии права Г. Ф. Шершеневича, его теории права и социологии права. Но в первую очередь необходимо предупредить против ошибочного представления всего мировоззрения ученого как сугубо позитивистского, как догматического. Представление о Шершеневиче как о позитивисте дается с оттенком критики. Между тем следует иметь в виду, что позитивизм позитивизму рознь. Шершеневич следовал английскому позитивизму, в котором изначально присутствовал социологизм. Право в целом по Шершеневичу «понятие социологическое, а не юридическое»[1]. Шершеневич сходился с социологическим подходом Иеринга. К сожалению, у нас не всегда разделяют позитивизм юридический и социологический. Но у Шершеневича как раз не без оснований находят синтетическое (интегративное) начало в его взглядах. Да, государство творит право (а разве это не так, если речь идет о позитивном праве? Или его надо отвергнуть?!), но надо сразу задаться вопросом, что питает это положительное право. В отличие от марксистской теории синтетический взгляд Шершеневича позволял видеть «равнодействующую двух групп интересов» — властвующих и подвластных. Это интересы и, следовательно, чистейше социологический подход. А далее и марксистские положения никуда не уходят. Если подвергать сомнению первенство государства перед правом, то только в случае

вовых норм, регулирующих общественные отношения, формирующих общество. Нет «объективного права», нет «правовой нормы» как регулятора общественных отношений («rule-skeptics»). Постклассическая онтология права: монография под общей редакцией *И. Л. Честнова*. СПб., 2016. С. 575.

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 25.



отрицания правотворческой и правоохранительной роли государства и совсем не замечая, что государство обязано обеспечивать действие в том числе тех законов, которые приняты под давлением подвластных, в результате общественного движения. Должное не совпадает с сущим. Теория не может отождествляться с практикой. Теоретику всякий раз следует задаваться вопросом, не утопична ли теория, человечна ли, справедлива ли практика. Иногда критику следует направлять в адрес государства, иногда — в адрес общества. Всегда останется актуальным вопрос о том, где искать справедливость в решении той или другой проблемы применительно к условиям данного места и времени, по отношению к данным субъектам и социальным силам.

Между тем именно Шершеневич печалился по поводу разобщения между теми, кто занимался исключительно толкованием и систематизированием норм позитивного права, и теми, кто постигает право разумом, кто занимается постижением сущности права в интересах создания идеального порядка[1]. Контуры и содержание этого идеального порядка он призывает видеть в действующем праве, в идеалах, «построенных на почве опытного изучения факторов общественного развития», идеалах, которые «могут получить осуществление в действительной жизни»[2]. Ученый видит односторонность взглядов последователей классических представлений о естественном праве и их критиков, отрицающих задачу нахождения желательного права. Больше того, Шершеневич остро критикует Гегеля и Канта и всех общих философов в той части, в какой они навязывают свои убеждения в отрыве от явлений государственно-правовой действительности[3]. «На основании исторического материала философия права должна выяснить, что такое вообще право, независимо от изменчивого его содержания, что такое государство вне разнообразия действительных форм его существования, каковы источники права, каковы методы разработки норм права»[4]. Классический позитивизм, в какие бы тона он не был окрашен, ограничивает задачи правоведения описанием права, его систематизацией и не допускает его оценок. Г. Ф. Шершеневича ни в каком отношении нельзя отнести к таким позитивистам, его не причислить ни к лагерю Бергбома, ни к лагерю Кельзена.

Связывая воедино две задачи философии права — теоретическую и практическую, *профессор включает в состав философии права общую*

[1] *Шершеневич Г. Ф.* История философии права. 2-е изд. СПб., 1907. С. 9—10.

[2] Там же. С. 18.

[3] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 1. С. 18—19.

[4] *Шершеневич Г. Ф.* История философии права. С. 14.

*теорию права, историю философии права и политику права*[1]. Каждая из отмеченных частей имеет свою историю, но здесь представляется необходимым сосредоточиться на политике права, которая до последнего времени была наименее разработанной[2], и, в частности, на основном методе политики права — критическом методе, который вообще выпал из поля зрения современных правоведов. У Шершеневича в гл. XIII его «Общей теории права» критическому методу посвящен специальный параграф.

По Шершеневичу, «политику права в тесном смысле слова составляет система мер, направленных к изменению законодательным путем существующего порядка в соответствии с идеальным представлением»[3]. Коль скоро достижение определенных социальных целей достигается при помощи права, то политика права может быть «только деятельностью государства, от которого исходят нормы права». «...Установлением законов ограничивается политика права. Она не идет дальше предложения того, какие нормы права должны быть вместо существующих. Поэтому достижение различных социальных целей при посредстве государственной силы, но не в законодательном порядке, не относится к политике права»[4].

«Политика права, предлагающая в систематическом виде объединенные общею идеею меры достижения социальных целей, не есть наука, а искусство, или, лучше сказать, является не чистой наукой, а прикладной»[5]. Своего рода интегративный науковедческий подход позволяет ученому сказать, что теоретическую основу политики права составляют догматика, история, социология, психология[6]. «Политика права должна выработать общий план будущего государственного и правового порядка, и осуществление этого плана в деталях, по особым отделам права, — лишь только выполнение общей идеи. Специальная политика права может быть только развитием общей политики права»[7].

И далее, самое существенное: Шершеневич отмечает факт разрыва с традициями естественного права, пренебрежения задачами в сфере критики и потерю тем самым общественных симпатий, но надеется,

[1] См.: *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 1. С. 24.

[2] Усилиями профессора А. В. Малько и его школы пробел успешно преодолевается, однако до соединения теории и правотворческой работы дело не всегда доходит.

[3] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 4. М., 1912. С. 804.

[4] Там же.

[5] Там же.

[6] Там же. С. 804—805.

[7] Там же. С. 805.



что «восстановить свою истинную высокую роль еще не поздно. И *не в догматике должно происходить это обновление, не заменою догматики социологическими исследованиями, не путем разных приемов свободного толкования, а именно «в критике существующего, в политике долженствующего.* Тогда юриспруденция перестанет быть “служанкою законодателя”, как внушал ей Виндшейд, а станет гласной советницей законодателя, руководительницей всей социальной жизни, — пока не исчезнет потребность принудительного нормирования человеческих отношений»[1] (выделено нами. — *В. Л.*).

Критический метод Шершеневича раскрывает его философию, его «позитивистский» взгляд на право, его общественное лицо ученого. Особенно зримо это иллюстрируется в его некритическом, если не сказать больше, отношении к софистам.

Софисты, как известно, были откровенными скептиками, критиками морали лицемерия, ниспровергателями социальных основ своего времени. Ни с какой стороны нельзя отнести их к догматикам. Шершеневич видит у них своего рода синтетическое слияние скептицизма, сенсуализма и утилитаризма[2]. Это совсем не тот позитивизм, который заставляет принимать право таким, каким оно есть. Напротив, это тот «позитивизм», который в духе Протагора объявляет всякое знание и всякое право относительными, заставляет вновь и вновь искать истину в соответствии с новыми условиями места и времени. Именно в этой связи приобретают ценность средства критической эпистемологии и средства утверждения истинной онтологии. Уместно напомнить о таких российских скептиках, как Надеждин, Чаадаев, Белинский, чьим трудом утверждался в России критический реализм.

Мы знаем, что классический догматический юридический позитивизм (Бергбом) ограничивает метод юридической науки установлением юридических норм, их описанием и систематизацией. Между тем Шершеневич указывает, что нормы права как волевые акты подлежат оценке и с точки зрения преследуемых ими целей, и с позиций справедливости их велений. Уже одно это позволяет провести грань между классическими нормативистами (Кельзен) и теми, кто допускает самые разные оценки действующих норм. Оценки, в свою очередь, требуют критики определенной части норм, не отвечающих строгому критическому анализу. Сам факт указания Шершеневичем на закономерность отставания юридической формы от свободного развития общественных отношений свидетельствует о его родстве с социоло-

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 4. С. 805.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* История философии права. С. 39.

гическими взглядами на право. Но в особенности заметен социологизм и критический реализм Шершеневича в родстве его взглядов с марксистскими воззрениями того времени: «...Когда утверждается, что право развивается, складывается под условием склада экономических отношений, то против этого невозможно возражать с точки зрения исторической действительности»[1]. И еще более сильно, когда он пишет о происхождении государства и ставит на первое место такой факт, как «естественное разрастание, сопровождаемое классовым расслоением, которое создает власть в лице экономически сильнейших...»[2].

Критику сущего нормативного регулирования он связывает потом с формой правления и политическим режимом, отдавая при этом дань борьбе демократических сил против бюрократии. «Правоведение, — пишет он, — не может не испытывать само этих общественных колебаний и соответственно усиливать или ослаблять в себе критический момент к изучаемому праву. Но научное отношение к вопросу тем и отличается от общежитейского, что интересы науки, ее проблемы, ее методы должны, по возможности, получить независимость от преходящих общественных явлений, и разработка вопросов о праве, как оно должно быть, в отличие от права, как оно есть, составляет, предполагается, постоянную задачу правоведения»[3]. Миссия науки состоит в том, чтобы, не дожидаясь острых поворотов, подготовить преобразования в мирных условиях[4].

Энциклопедически реализм (от позднелат. realis — вещественный, действительный) — философское направление, признающее лежащую вне сознания реальность, которая истолковывается либо как бытие идеальных объектов (Платон, средневековая схоластика), либо как объект познания, независимый от субъекта, познавательного процесса и опыта (философский реализм XX в.). Мое поколение воспитывалось в условиях господства реализма первого вида — в парадигме соцреализма. Социалистический реализм предполагал идеализацию социалистических реалий, привнесение в них того, что должно бы быть с субъективных позиций определенной личности, класса, партии. Господство соцреализма официально и широко поддерживалось в литературе, в искусстве. Но, как представляется, этот феномен в пол-

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 2. М., 1911. С. 494.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 1. С. 260. Указание на родство взглядов Шершеневича с марксистскими мы провели еще в советское время, несмотря на цензурные сложности (см.: Факультет, на котором учился Ленин. Изд. Казанского ун-та, 1970. С. 94—97).

[3] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 4. С. 799.

[4] Там же. С. 800.



ной мере был свойствен и гуманитарным наукам. Юридическая наука советского времени представляла социалистическое государство как наиболее развитую демократию — ее высший тип, а право — как самое совершенное, беспробельное, лишенное недостатков. Пережитки такого рода юридического мышления можно наблюдать и в постсоциалистическом обществе[1]. В их преодолении свою роль должен сыграть критический реализм, к представителям которого можно отнести и Г. Ф. Шершеневича.

Критический реализм предполагает определенную последовательность действий (план). Доминирует над ними общая цель. Ее отсутствие делает критику обескровленной, беспредметной. Цель определяет постановку вопросов и выявление основных проблем. Это возможно одновременно с установлением фактической стороны дела и всей информации о ней, включая интерпретации и выводы противоборствующих субъектов. Так формируется собственное мнение, вырабатывается концептуальная позиция и развивается критическая теория. При этом заметим, что если кантовские «Критики» — исследование познавательной возможности разума, в отрыве от знаний, получаемых эмпирическим (опытным) путем, если в эмпириокритицизме это критика с позиций чистого опыта, то в критическом реализме критический метод находится в прямой связи с реальным объектом критики — в нашем случае с позитивным правом.

С точки зрения Шершеневича, критический метод (или политика права) предполагает три момента: 1) сознание неудовлетворительности действующего правопорядка, в его целом и в частях; 2) постановку идеала как цели, в направлении которой должно быть произведено преобразование права; 3) изыскание соответствующих мер для перехода от существующего к желательному[2].

Мы и сегодня можем вслед за Шершеневичем ощущать неудовлетворенность правопорядком и различать критику «в бессознательной или в сознательной оценке». Простой гражданин или предприниматель ощущает стеснение от правовых установлений, не зная ни их причин, ни того, как их устранить, постоянно пытаясь обойти. Постоянная тревога за свои интересы выливается в немой протест против власти или толкает на активные акции, в основе которых нет науч-

[1] Явления правового идеализма хорошо описаны отдельными учеными (см., например: *Матузов Н. И.* Правовой идеализм как специфическая форма деформации общественного сознания // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2013. № 4. С. 19—27.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 4. С. 800.

но выверенных установок. Наука живет сознательными оценками. Но в классовых обществах оценки чаще всего не являются объективными, носят классовый характер. А власть, как правило, склоняет науку к обоснованию интереса господствующего класса и тем самым к собственной измене. Шершеневич с подлинно научных позиций предлагает сознательную критику вырабатывать на основе обращения к экономическим основам, положению рабочего класса, статистике и т. д. И как следствие, Шершеневич критически относится к выработке абсолютного идеала как мало пригодного с практической точки зрения. «Оставляя всякую мысль о нахождении абсолютного идеала, правоведение должно заниматься установлением относительного идеала, т. е. того желательного государственного и правового порядка, который выдвигается всею совокупностью исторических условий»[1]. Интенсивность критики ученый связывает с глубиной разлада между юридическими нормами и условиями общественной жизни, отмечая при этом периоды равновесия между ними и единения народа в оценке правовых актов (Кодекс Наполеона во Франции, Торговый кодекс в Германии, Судебные Уставы в России)[2]. Оценка права — нормальное и необходимое явление для демократических режимов, где народная масса привлечена к участию в государственных делах, в отличие от абсолютной монархии, «где нормирование жизни вручено бюрократии»[3]. На силу критики, пишет здесь же ученый, оказывает влияние и степень развития законности в стране. Она ослабевает, если изобретаются нелегальные способы обхода законов.

Правоведение не может не испытывать названные обстоятельства («общественные колебания»), но — и в этом сила критического реализма ученого — «интересы науки, ее проблемы, ее методы, должны по возможности получить независимость от преходящих общественных влияний, и разработка вопросов о праве, как оно должно быть, в отличие от права, как оно есть, составляет, предполагается, постоянную задачу правоведения»[4]. Сознательная критика, в отличие от инстинктивной, «основывается на изучении общественной жизни во всей ее целости, с юридическими формами, ее охватывающими, и обнаруживает происшедшее или имеющее произойти несоответствие между ними»[5]. Для выработки сознательной критики Шершеневич

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 4. С. 803—804.
[2] Там же. С. 799.
[3] Там же.
[4] Там же.
[5] Там же. С. 800.



предлагает социологические средства политической экономии и статистики, но технические пробелы и противоречия может вскрыть и догматическое знание[1].

Полагаю, что именно этого не хватает в критике российских властей по первому из отмеченных Шершеневичем пунктов. Да, стоит открыть страницу печатного издания, стоит посетить интернет-сайт — во всем, касающемся законодательства, видим сплошную критику: регулирование множественно, противоречиво, не отвечает принципу определенности, поспешное и пр., и пр. Больше того, издания пестрят предлагаемыми «новациями», правками и поправками. Теперь даже студенту в курсовой работе надо их вносить. Иначе не усмотрят новизны. Однако что-то мешает мне увидеть во всем этом «сознание неудовлетворенности», если понимать под этим глубокое понимание того, что есть, и того, что должно быть. Скорее издержки всеохватывающего пустого демократизма. Конечно, правоведение не биология и не физика, но если это наука, то критика, критический анализ должен исходить от специалистов. И законодательствовать должны специалисты. Здесь уместно вновь обратиться к критике позиции Гегеля, отвергавшего монополию юристов в суждениях о законодательстве. Не нужно, дескать, быть сапожником, чтобы знать, «хорошо ли приходятся сапоги». «Конечно, — пишет Шершеневич, — всякий может чувствовать, что сапог жмет, но всякий ли способен указать, как нужно сделать сапоги, чтобы они не жали ногу?»[2]

Полезность и своего рода благородство критического метода хорошо поддерживать в отвлеченном виде, в теоретическом плане. По жизни он встречает самое жесткое противостояние со стороны государства и большей части властвующей элиты. Всегда. Власть привычно опирается в своем положении на некогда принятые в ее интересах нормы, всегда опасается нововведений и готова при самых незначительных посягательствах на ее прерогативы объявить их революционными со всеми вытекающими отсюда последствиями. Из давнего времени вспоминается ссылка Сперанского, предложившего либеральные реформы законодательства; из нового времени можно сослаться на попытки проведения реформ А. Н. Косыгиным. В советское время критика допускалась только в адрес буржуазной системы права. Да и сегодня еще нет официального канала для оппозиционных оценок предлагаемых законопроектов. Полагаю, именно в этой связи мы замечаем

[1] Этим руководствовался автор настоящей статьи при выборе темы кандидатской диссертации «Установление пробелов в праве» в 1965 г.
[2] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 1. С. 18.

отсутствие развернутого обоснования критического метода правоведения в современных учебниках.

По поводу второго пункта критического реализма Шершеневича — выработки идеала перестройки государственного и правового порядка, отмечаем, во-первых, недоверие к старому естественному праву с неизменностью его постулатов и, во-вторых, благоразумие отойти от абсолютного идеала как мало пригодному для практической жизни. Правоведение должно заниматься установлением относительного идеала, т. е. желательного государственного и правового порядка, который «выдвигается всей совокупностью исторических условий». «Задача политического мыслителя состоит в том, чтобы понять основную тенденцию, политически и юридически осязательную форму идеала. Так, наше время явно выставляет социальную проблему, т. е. запрос доставить каждому материальную обеспеченность и независимость...»[1]. Это, как не без оснований считал Шершеневич, исторический идеал XIX и XX столетий. Это субъективный идеал, но он становится объективным, как только проникает в массы и приобретает общественную силу. Казалось бы, и возразить нечего против того, чтобы именно таким идеалом руководствовалась наука. Однако история дает примеры проникновения в широкие массы губительных для этих же масс, для народа, для общества и государства идей и стремлений. Отсюда, как представляется, наука должна противостоять такого рода идеалам, и успех такого противостояния видится в обращении в том числе к абсолютным ценностям естественного права. Сегодня, например, в массы широко внедряются ценности общества потребления. Не являются ли они губительными при определенных обстоятельствах? Следует ли делать их стержнем законодательной политики в России? В XXI в. накатывают мощные волны сокрушения традиционных семейных ценностей. Право должно их поддерживать или ставить преграды?

Провозглашать идеалы и цели в России всегда умели. Последнюю из официально программируемых целей мы не только не достигли, но и все достигнутое враз обрушили. Вопросы коммунизма и капитализма, разумеется, не столь просты, чтобы их делать предметом попутных публицистических суждений. Но вопрос действительно научный и методологический. Надо знать, откуда мы вышли, куда идем и какими шагами должны идти. Если считать, что мы не можем вступать в постиндустриальное общество, а должны завершить индустриальное развитие[1], то и потребительское законодательство следует поумерить?! Нельзя жить все время в переходных периодах.

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 4. С. 803.



Относительно «изыскания соответствующих мер для перехода от существующего к желательному» по отношению к критическому реализму можно сказать с полной уверенностью одно: он не предполагает насильственных методов. Более того, это тот путь, который отрицает разрушение существующего «до основанья». Здесь главенствует закон отрицания отрицания, существо которого в том, что всякое последующее отрицание требует сохранения всего ценного содержания отрицаемого. Речь идет о системе мер, направленных к изменению существующего порядка «законодательным путем». В соответствии с идеальными представлениями, что и составляет существо политики права.

Здесь просматривается возможность полемики с Г. Ф. Шершеневичем в той части, в какой политика права у него «может быть только деятельностью государства»[2]. Если узко к ней подходить, если все право связывать только с изданием норм права государством — да. Но ведь есть и иные источники права. В правовой деятельности участвуют самые разные субъекты, помимо государства. Какой-то компромисс можно обеспечить, не отождествляя политику права с правовой политикой, но здесь необходимы дополнительные исследования. Если не хотим сводить все к терминологическим разногласиям. И с правовой политикой в международных отношениях нужны оговорки и уточнения. Шершеневич видит там, похоже, исключительно силу государств, что не вяжется у него с понятием политики права.

Применительно к портрету Г. Ф. Шершеневича уместно специально напомнить, что его философия права в части политики права, его критический метод не остались пустым умствованием. Об этом свидетельствуют факты его государственной деятельности на высоком посту депутата Государственной думы. Так, например, 26 мая 1906 г. в качестве товарища секретаря Государственной думы Г. Ф. Шершеневич предлагает образовать Парламентскую комиссию по расследованию преступлений должностных лиц. При этом констатируются «беспримерные акты административного произвола и надругательства над личностью граждан, виновных только в стремлении использовать уже провозглашенную свободу, вопиющие по своим беззакониям аресты и ссылки без суда, варварские экзекуции и другие неслыханные ме-

[1] См.: *Иноземцев В. Л.* Современное постиндустриальное общество: природа, противоречия, перспективы: учеб. пособие для студентов вузов. М., 2000.

[2] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 4. С. 804.

ры усмирения крестьян, ищущих земли и воли; организованные позорные избиения ненавистных реакции борцов за свободу; возбуждение отдельных частей населения друг против друга; систематическое устроение кровавых погромов, направленных против жизни и имущества евреев, с преступным подавлением всех мер их законной самообороны и самозащиты...». Установленные факты дают основания для общего вывода: «Вопиющее противоречие наблюдается в современной жизни России. С одной стороны, в ней действует новая общественно-политическая сила — Государственная дума, с другой — продолжает свою разрушительную работу прежняя самовластная бюрократия. С одной стороны — искреннее желание установить в стране право и справедливость, с другой — дикое нарушение элементарных прав человека и гражданина». И далее практический выход его политики права: «Мы по-прежнему ежедневно получаем известия об актах самого грубого насилия над гражданами и самого беззастенчивого превышения власти должностными лицами. Государственная дума не исполнила бы своего долга перед страной, если бы не направила всех своих усилий к прекращению беспрерывно продолжающихся насилий и беззаконий»[1]. О способности воплотить основополагающие позиции политики права в подготовку документа высокой юридической техники свидетельствует предложенный Г. Ф. Шершеневичем от имени 104 членов Государственной думы проект основных положений земельного закона.

Подведем некоторые итоги.

1. Правоведение охватывает собой как теоретическую, так и практическую сторону. Ни одна из них не может успешно развиваться вне опосредования философией права, которая, по справедливому замечанию Г. Ф. Шершеневича, является мостиком между общей философией и той практической деятельностью, которая свойственна профессии юриста.

2. Есть большие резоны не выводить из состава философии права ни теорию государства и права, ни политику права, а смотреть на нее интегративно (Шершеневич пишет о «слиянии») и именно в этом качестве соотносить с иными, в том числе со специальными юридическими, науками.

[1] Заседание тринадцатое, 26 мая 1906 г. Уместно подчеркнуть, что приведенные критические замечания в адрес российской действительности публично прозвучали еще в марте 1897 г. в знаменитой публичной лекции, прочитанной в Казани (см.: *Шершеневич Г. Ф.* О чувстве законности. Казань, 1897).



Выступления юристов-отраслевиков против теории государства и права во многом оправданы именно потому, что ее часто представляли как чистую, самостоятельную, не предполагающую выводимые за скобки философский и практический аспекты.

3. «Основные юридические понятия выходят за границы специальных юридических наук»[1] и потому обречены на провал попытки отдельных отраслевиков, ограниченных горизонтом собственной специальности, формулировать общезначимые постулаты[2]. Разумеется, история знает хорошие примеры того, как одаренные теоретическим умом талантливые ученые как бы «порывали» со своей специальностью и выходили на самый высокий уровень философии права, и Г. Ф. Шершеневич как раз один из них.

4. Общее правоведение (General Jurisprudence) и в особенности правоведение той или другой страны в определенное время своего развития предполагает в качестве естественного и неотъемлемого критический метод. Без него нет движения мысли, нет правовой политики. И ценность его не только в сокрушении метафизики застоя, но и в разоблачении симуляции движений, в обнажении произведенных симулякров. Однако необходима оговорка об опасности критического метода, его относительной ценности, что подтверждает оценка Шершеневичем критической роли естественного права, в котором он видит скрытую возможность социального вреда при всем его историческом значении в прошлом.

5. Может показаться, что философия права Шершеневича и его методология утрачивают свое значение в связи с прогрессирующим утверждением метареальности, в которой действуют искусственно созданные субъекты, вступающие в отношения на основе специально созданных алгоритмов. Мы можем наблюдать параллельную нашей жизнь, параллельную реальность с аналогами наших законов и подобием наших правоотношений. Более того, имеет место вторже-

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 1. С. 47.

[2] В качестве примера приведем позицию уголовных процессуалистов, согласно которым «все гуманитарные истины — субъективны, ибо их мерилом является человек». И выводится она из ситуации правосудия, характеризуемого в качестве игры, где истина «является гадательной, вероятным знанием». Для них «концепция объективной истины — зло. Явление порожденное инквизиционной (а значит, тоталитарной) юридической традицией» (см.: Постклассическая онтология права / под общ. ред. *И. Л. Честнова*. С. 572—573). Зашоренность, обусловленная политическим отвержением определенных событий отечественной истории, приводит к безапелляционному выводу (отнюдь не оригинальному), что знание надо рассматривать не как правильное или неправильное, а как полезное или вредное. Представляется, что именно этот постулат мог с успехом реализовываться в годы инквизиции и террора.

ние той, другой метасистемы права в официальную, переплетение и конкуренция норм.

Да, все это имеет место и нуждается в тщательном анализе как в аспекте теории, так и с позиций политики права. Но по большому философскому счету меняется немногое. «Параллельные» реалии жизни во всех ее проявлениях имели место во все времена. В мифах, в литературе, в произведениях искусства. В русских сказках Иван-дурак на печи в свет выезжал и мог конструировать как частные, так и публичные отношения, в том числе с царскими особами. И раньше, и теперь источником позитивного права являлись разные реалии. Они всегда нуждались в диалектической критике, прежде чем получить поддержку властвующего субъекта (государства)[1]. Все изменения в истории касаются объема информации, средств ее обработки и доставки к широкому потребителю.

6. Сложное взаимодействие параллельных миров правовых и метаправовых реальностей порождает сумятицу в головах теоретиков и практиков, растерянность законодателей. Данность социального мира подвергается сомнению, приравнивается к наивному социальному реализму, социальность сводится к описанию явления и вне знака ее существование объявляется невозможной, право принадлежит к миру значений, многие правовые явления относятся к фикциям (т. е. не принадлежат к фактическим реалиям) и т. д., и т. п. Как следует относиться к подобного рода положениям? Представляется, что их нельзя отвергать, характеризовать в качестве неистинных. С учетом относительности всякой истинности следует отнести их к суждениям, отражающим (выражающим) внутреннюю, ментальную, психическую сторону носителей данных идей, игнорирующих социальное бытие в качестве его материальной (собственно поведенческой) стороны[2]. Отсюда для установления их истинности, ограниченной психической сферой формирования и функционирования («региональной»), востребованы средства постмодернистской методологии.

[1] Представляется, что как в плане науки, так и в плане преподавания сохраняют свое значение кафедры нравственно-политического отделения Казанского университета, созданные при его основании: умозрительная и практическая философия, естественное, политическое и народное право.

[2] Профессор И. Л. Честнов поименовал свою главу в одной из коллективных монографий «Постклассическая интерпретация ускользающего бытия права...» (см.: Постклассическая онтология права / под общ. ред. *И. Л. Честнова*. С. 10). Наименование примечательно тем, что «бытие права» не отвергается: оно лишь «ускользает» из поля зрения какой-то части людей, в особенности тех, кто сосредоточен на виртуальной картине мира.



7. При всей оппозиции правящему режиму Г. Ф. Шершеневич сторонился левых позиций и его критический метод вполне укладывается в рамки здорового консерватизма, что, по сути, характеризует ученого-правоведа. В современных условиях становится особенно актуально с научных позиций определиться, во-первых, с объектами критики, во-вторых, с приемами и формами критики и, в-третьих, с пределами критики.

Все перечисленное нуждается в специальном исследовании. Оговорюсь только в отношении двух опасностей: первая, политическая — впасть в экстремизм и получить обвинительный приговор; вторая — эпистемологическая. Критике не могут быть подвергнуты явления, которые возникают закономерно. Критика возможна лишь в отношении конкретных актов человеческой деятельности[1].

[1] Никому в голову не придет критиковать глобальное потепление: по этому поводу можно только радоваться или печалиться, но по поводу деятельности человека и разного рода человеческих общностей в этой сфере критика могла бы быть более жесткой. Здесь возникает общий вопрос о пределах человеческой активности, об удержании его в неких человеческих границах, оставляя «Богу Богово». Многие серьезные умы предупреждали об опасностях, обусловленных развитием наук (кстати, не только естественных). Но утвердилось непререкаемое мнение: науку и прогресс не остановить. «Сильные мира сего» и не заинтересованы устанавливать какие-либо сдержки, если это упирается в прибыли. Для правоведа по-прежнему остается актуальным определить возможности права в предупреждении социально опасного поведения.

*Лазарев* Валерий Васильевич

**Избранное последнего десятилетия**

Издание не подлежит маркировке
в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 1 ФЗ № 436-ФЗ

**ООО «Юридическое издательство Норма»**
**109316, Москва, Волгоградский пр., 2**
**Тел./факс: (495) 621-62-95. E-mail: norma@norma-verlag.com**
**Internet: www.norma-verlag.com**

Корректоры *Е. В. Плеханова, О. Ч. Кохановская*
Художник *С. С. Водчиц*
Верстка: *В. М. Родин*

Подписано в печать 00.00.20
Формат 60×90/16. Бумага офсетная
Гарнитура «Таймс». Печать цифровая
Усл. печ. л. 47,50. Уч.-изд. л. 47,00
Тираж 000 экз. Заказ №

**По вопросам приобретения книг обращайтесь:**

**Отдел продаж «ИНФРА-М» (оптовая продажа)**
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в, стр. 1
Тел.: (495) 280-15-96. Факс: (495) 280-36-29
E-mail: books@infra-m.ru

**Отдел «Книга — почтой»**
Тел.: (495) 280-15-96 (доб. 246)