

ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

В НАУКЕ, ОБРАЗОВАНИИ, ПРАКТИКЕ



МОСКВА
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ
2016



ИНСТИТУТ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
И СРАВНИТЕЛЬНОГО
ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ



МОСКОВСКИЙ
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
ЮРИДИЧЕСКИЙ
УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА
(МГЮА)

INSTITUTE OF LEGISLATION AND COMPARATIVE LAW
UNDER THE GOVERNMENT OF THE RUSSIAN FEDERATION
KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY (MSAL)

**THEORY
OF STATE
AND LAW**

**IN SCIENCE, EDUCATION,
AND PRACTICE**

MONOGRAPH

MOSCOW
Jurisprudence
2016

ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)

**ТЕОРИЯ
ГОСУДАРСТВА
И ПРАВА**

**В НАУКЕ, ОБРАЗОВАНИИ,
ПРАКТИКЕ**

МОНОГРАФИЯ

МОСКВА
Юриспруденция
2016

Editorial Board:

T.Y. Khabrieva – Academician of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Jurist of the Russian Federation, Honored Jurist of the Republic of Tatarstan, Director of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation (ILCL), Vice-President of RAS (Chairman of the Editorial Board);

V.V. Blazheyev – Candidate of Legal Sciences, Professor, Honored Jurist of the Russian Federation, Rector of MSAL;

V.N. Sinyukov – Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Scientist of the Russian Federation, Prorector of MSAL;

N.A. Vlasenko – Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Jurist of the Russian Federation;

A.V. Kornev – Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of Chair of Theory of State and Law (MSAL);

V.V. Lazarev – Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Scientist of the Russian Federation, Head of the Department of Implementation of Judgments by Courts of Justice into the Law of the Russian Federation (ILCL);

S.V. Lipen – Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Professor of the MSAL Chair of Theory of State and Law.

Reviewer:

Sokolov N.Ya. – Doctor of Law, professor (Kutafin Moscow State Law University (MSAL))

Theory of State and Law in Science, Education, and Practice: Monograph / Yu.G. Arzamasov, V.M. Baranov, N.V. Varlamova and others; Chairman of the Edit. Board T.Y. Khabrieva. M.: Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation; Kutafin Moscow State Law University (MSAL), 2016. – 480 p.

ISBN 978-5-9516-0776-8

Research and the analysis of modern development problems of the theory of state and law form the main content of the monograph. The paper is focused primarily on the subject matter of the theory of state and law. The research principle pervades all content of the book. The polemic approach is typical for the majority of the authors of this publication. The main discussion topic: do state and law constitute realia, and to what extent do they feature logical and psychological concepts, and to what – sociological ones. We did not pursue the aim to ensure unanimity in the authors' positions, and this circumstance can encourage using this book in teaching and learning activities.

The monograph was prepared following the results of the scientific conference 'Theory of State and Law: in Science, Education, and Practice', dedicated to the 75th anniversary of Professor V.V. Lazarev, which was organized by the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation and Kutafin Moscow State Law University (MSAL) and took place on October 27, 2015.

Aimed at scientific workers, professors, postgraduates and students studying Bachelor Degree and Master's Program.

УДК 340(075.8)
ББК 67.0
ТЗЗ

Издание одобрено секцией публичного права ученого совета
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

Редакционный совет:

Т.Я. Хабриева – академик РАН, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заслуженный юрист Республики Татарстан, директор Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (ИЗиСП), вице-президент РАН (председатель редакционного совета);

В.В. Блажеев – кандидат юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, ректор МГЮА;

В.Н. Синуков – доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, проректор МГЮА;

Н.А. Власенко – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ;

А.В. Корнев – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права МГЮА;

В.В. Лазарев – доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заведующий отделом имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации (ИЗиСП);

С.В. Липень – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории государства и права МГЮА.

Рецензент:

Соколов Н.Я. – доктор юридических наук, профессор (Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина)

ТЗЗ

Теория государства и права в науке, образовании, практике: монография / Ю.Г. Арзамасов, В.М. Баранов, Н.В. Варламова и др.; пред. ред. совета Т.Я. Хабриева. Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА). – М.: ИД Юриспруденция, 2016. – 480 с.

ISBN 978-5-9516-0776-8

Основное содержание монографии представляют исследования, в которых дан анализ современных проблем развития теории государства и права. Работа обращена прежде всего к предмету теории государства и права. Исследовательское начало пронизывает все содержание книги. Полемический подход свойственен большинству авторов данного издания. Главное в дискуссии: являются ли государство и право реалиями, в какой степени они представляют собой понятия логические, психологические, а в какой – социологические. Цель обеспечения единства в позициях авторов не преследовалась, и это обстоятельство может способствовать использованию книги в учебном процессе.

Монография подготовлена по итогам проведения научной конференции, посвященной 75-летию профессора В.В. Лазарева «Теория государства и права: в науке, образовании, практике», которая была организована Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации и Московским государственным юридическим университетом им. О.Е. Кутафина (МГЮА) и состоялась 27 октября 2015 г.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов, осваивающих программы бакалавриата и магистратуры.

ISBN 978-5-9516-0776-8



9 785951 607768 >

ISBN 978-5-9516-0776-8

УДК 340(075.8)
ББК 67.0

© Институт законодательства и сравнительного
правоведения при Правительстве
Российской Федерации, 2016

© Оформление. ИД «Юриспруденция», 2016

Авторский коллектив

Арзамасов Юрий Геннадьевич – заместитель заведующего кафедрой теории и истории права факультета права НИУ ВШЭ, профессор кафедры юриспруденции, судебной экспертизы и интеллектуальной собственности МГТУ имени Н.Э. Баумана, доктор юридических наук, профессор.

Баранов Владимир Михайлович – помощник начальника Нижегородской академии МВД России по инновационному развитию научной деятельности, заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Варламова Наталья Владимировна – старший научный сотрудник сектора сравнительного права Института государства и права Российской академии наук, кандидат юридических наук, доцент.

Веденеев Юрий Алексеевич – профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Головкин Роман Борисович – заместитель начальника Владимирского юридического института ФСИН России по научной работе, доктор юридических наук, профессор.

Головина Анна Александровна – научный сотрудник отдела теории законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук.

Гончаров Игорь Владимирович – заместитель начальника Академии управления МВД России, доктор юридических наук, профессор.

Графский Владимир Георгиевич – заведующий сектором истории государства, права и политических учений Института государства и права Российской академии наук, доктор юридических наук, профессор.

Гревцов Юрий Иванович – профессор кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, доктор юридических наук, профессор.

Гук Павел Александрович – профессор кафедры «Правосудие» Пензенского государственного университета, доктор юридических наук, доцент.

Давыдова Марина Леонидовна – заведующий кафедрой конституционного и муниципального права юридического факультета Волгоградского государственного университета, доктор юридических наук, доцент.

Дудко Игорь Геннадьевич – заведующий кафедрой государственного и административного права Мордовского государственного университета имени Н.П. Огарева, заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Захарцев Сергей Иванович – профессор кафедры теории и истории государства и права МГУТУ, доктор юридических наук.

Исаков Владимир Борисович – заведующий кафедрой теории и истории права факультета права НИУ ВШЭ, заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Кирдяшова Елена Владимировна – доцент кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент.

Колоколов Никита Александрович – профессор НИУ ВШЭ, доктор юридических наук, профессор.

Комаров Сергей Александрович – заведующий кафедрой теории государства и права им. Г.В. Мальцева Института права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Корнев Аркадий Владимирович – и.о. заведующего кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

Курза Наталья Викторовна – аспирант кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Лазарев Валерий Васильевич – заведующий отделом имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации Института законодательства и сравнительного право-

ведения при Правительстве Российской Федерации, профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, лауреат высшей юридической премии «Фемида», лауреат премии Правительства РФ в области образования, доктор юридических наук, профессор.

Лапаева Валентина Викторовна – советник Конституционного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Липень Сергей Васильевич – профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), лауреат премии Правительства РФ в области образования, доктор юридических наук, доцент.

Малиновский Алексей Александрович – заведующий кафедрой уголовного права, уголовного процесса и криминалистики, МГИМО (Университет) МИД России, доктор юридических наук, профессор.

Мартышин Орест Владимирович – профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

Мотин Сергей Витальевич – заместитель начальника кафедры истории и теории государства и права Уфимского юридического института МВД России, кандидат юридических наук, доцент.

Нигматулин Ришат Вахидович – заместитель начальника Уфимского юридического института МВД России по научной работе, доктор юридических наук, профессор.

Погодин Александр Витальевич – заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Казанского (Приволжского) федерального университета, доктор юридических наук, доцент.

Поляков Сергей Борисович – профессор кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Пермского государственного национального исследовательского университета, доктор юридических наук, доцент.

Саидов Акмаль Холматович – профессор, доктор юридических наук (Ташкент, Узбекистан).

Сальников Виктор Петрович – главный редактор журнала «Юридическая наука: история и современность», доктор юридических наук, профессор. академик РАЕН, Международной академии информатизации, Международной академии акмеологических наук, заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации.

Синюков Владимир Николаевич – проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) по научной работе, заслуженный деятель науки Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Синюкова Татьяна Витальевна – заведующий кафедрой теории государства и права Национального исследовательского Саратовского государственного университета имени Н.Г. Чернышевского, кандидат юридических наук, доцент.

Сорокин Виталий Викторович – заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Алтайского государственного университета, доктор юридических наук, профессор.

Султанов Айдар Рустэмович – начальник юридического управления ОАО «Нижнекамскнефтехим».

Сырых Владимир Михайлович – заведующий отделом теории и истории права и судебной власти Российского государственного университета правосудия, заслуженный деятель науки Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Таболин Владимир Викторович – заведующий кафедрой конституционного и международного права Института государственного управления и права Государственного университета управления, доктор юридических наук, профессор.

Тарханов Ильдар Абдулхакович – научный руководитель юридического факультета Казанского (Приволжского) федерального университета, доктор юридических наук, профессор.

Тихомиров Юрий Александрович – заместитель заведующего Центром публично-правовых исследований Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, член-корреспондент Международной академии сравнительного права, доктор юридических наук, профессор.

Хабриева Талия Ярулловна – вице-президент Российской академии наук, директор Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, академик Российской академии наук, член-корреспондент Международной академии сравнительного права, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный юрист Республики Татарстан, член Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии Совета Европы).

Червонок Владимир Иванович – профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя, доктор юридических наук, профессор.

Честнов Илья Львович – профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук.

Чиркин Вениамин Евгеньевич – главный научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Шафиров Владимир Моисеевич – заведующий кафедрой теории государства и права Юридического института Сибирского федерального университета, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Экимов Анисим Иванович – профессор Российского университета дружбы народов, заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Якушев Александр Николаевич – заведующий кафедрой теории, истории и государственного права Адыгейского филиала РАНХиГС при Президенте Российской Федерации, доктор исторических наук, кандидат юридических наук, кандидат педагогических наук, профессор.

Writing team

Arzamasov Yuriy Gennadyevich – Deputy Head of Chair of Theory and History of Law, NRU HSE, Professor of the Faculty of Jurisprudence, Forensic Examination and Intellectual Property, Bauman Moscow State Technical University, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Baranov Vladimir Mikhaylovich – Assistant Director on Innovation Development of Scientific Activity, Nizhniy Novgorod Academy of the MIA of Russia, Honored Scientist of the Russian Federation, Honored Worker of Higher Vocational Education of the Russian Federation, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Varlamova Natalya Vladimirovna – Senior Research Fellow, Sector of Comparative Law of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor.

Vedeneyev Yuriy Alekseyevich – Professor, Chair of Theory of State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honored Jurist of the Russian Federation, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Golovkin Roman Borisovich – Deputy Head on Scientific Work, Vladimir Law Institute under the Federal Service for Execution of Punishment, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Golovina Anna Aleksandrovna – Research Assistant, Department of Theory of Legislation, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Legal Sciences.

Goncharov Igor Vladimirovich – Deputy Head of Management Academy of MIA of Russia, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Grafskiy Vladimir Georgiyevich – Head of Sector of History of State, Law and Political Studies, Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Grevtsov Yuriy Ivanovich – Professor, Chair of Theory and History of State and Law of the Legal Faculty, Saint Petersburg University, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Guk Pavel Aleksandrovich – Professor of Chair ‘Justice’, Penza State University, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor.

Davydova Marina Leonidovna – Head of Chair of Constitutional and Municipal Law of Law faculty, Volgograd State University, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor.

Dudko Igor Gennadyevich – Head of Chair of State and Administrative Law, Ogarev Mordovia State University, Honored Jurist of the Russian Federation, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Zakhartsev Sergey Ivanovich – Professor of Chair of Theory and History of State, Moscow State University of Technologies and Management named after K.G. Razumovskiy, Doctor of Legal Sciences.

Isakov Vladimir Borisovich – Head of Chair of Theory and History of Law, Faculty of Law, NRU HSE, Honored Jurist of the Russian Federation, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Kirdyashova Yelena Vladimirovna – Associate Professor, Chair of Theory of State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Candidate of Legal Sciences, Associate Professor.

Kolokolov Nikita Aleksandrovich – Professor of NRU HSE, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Komarov Sergey Aleksandrovich – Head of Chair of Theory of State and Law named after G.V. Maltsev, Institute of Law and National Security, the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Kornev Arkadiy Vladimirovich – Acting Head of Chair of Theory of State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Doctor of Legal Sciences, Professor.

Kurza Natalya Viktorovna – Postgraduate of Chair of Theory of State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Lazarev Valeriy Vasilyevich – Head of Department of Implementation of Judgments by Courts of Justice into the Law of the Russian Federation, Professor of Chair of Theory of State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honored Scientist of the Russian Federation, Honored Worker of Higher Vocational Education of the Russian Federation, Laureate of the highest legal award ‘Themis’, Laureate of the Prize of the Government of the Russian Federation in the field of education, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Lapayeva Valentina Viktorovna – Adviser of the Constitutional Court of the Russian Federation, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Lipen Sergey Vasilyevich – Professor of Chair of Theory of State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Laureate of the

Prize of the Government of the Russian Federation in the field of education, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor.

Malinovskiy Aleksey Aleksandrovich – Head of Chair of Criminal Law, Criminal Proceeding and Criminalistics, MGIMO (University) of MFA of Russia, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Martyshin Orest Vladimirovich – Professor of Chair of Theory of State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Doctor of Legal Sciences, Professor.

Motin Sergey Vitalyevich – Deputy Head of Chair of History and Theory of State and Law, Ufa Institute of Law of MIA of Russia, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor.

Nigmatulin Rishat Vakhidovich – Deputy Director on Scientific Work, Ufa Institute of Law of MIA, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Pogodin Aleksandr Vitalyevich – Head of Chair of Theory and History of State and Law of Faculty of Law, Kazan Federal University, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor.

Polyakov Sergey Borisovich – Professor of Chair of Theory and History of State and Law of Faculty of Law, Perm State National Research University, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor.

Saidov Akmal Kholmatovich – Professor, Doctor of Legal Sciences (Tashkent, Uzbekistan).

Salnikov Viktor Petrovich – Editor-in-Chief, journal ‘Legal Science: History and the Present’, Doctor of Legal Sciences, Professor, Member of RANS, International Informatization Academy, the International Academy of Acmeological Sciences, Honored Scientist of the Russian Federation, Honored Worker of Higher Vocational Education of the Russian Federation.

Sinyukov Vladimir Nikolayevich – Vice-Rector for research, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honored Scientist of the Russian Federation, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Sinyukova Tatyana Vitalyevna – Head of Chair of Theory of State and Law, National Research Saratov State University named after N.G. Chernyshevskiy, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor.

Sorokin Vitaliy Viktorovich – Head of Chair of Theory and History of State and Law, Faculty of Law, Altai State University, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Sultanov Aidar Rustemovich – Manager of Law Department, PJSC «Nizhnekamskneftekhim».

Syrykh Vladimir Mikhaylovich – Head of Department of Theory and History of Law and Judicial Authority, All-Russian State University of Justice, Honored Scientist of the Russian Federation, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Tabolin Vladimir Viktorovich – Head of Chair of Constitutional and International Law, Institute of State Management and Law, State University of Management, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Tarkhanov Ildar Abdulkhakovich – Academic Adviser of Faculty of Law, Kazan Federal University, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Tikhomirov Yuriy Aleksandrovich – Deputy Head of Center of Public-Law Research, the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Honored Scientist of the Russian Federation, Associate Member of International Academy of Comparative Law, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Khabrieva Taliya Yarullova – Vice-President of the Russian Academy of Sciences, Director of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Academician of the Russian Academy of Sciences, Associate Member of the International Academy of Comparative Law, Doctor of Legal Sciences, Professor, Honored Jurist of the Russian Federation, Honored Jurist of the Republic of Tatarstan, Member of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission of the Council of Europe).

Chervonyuk Vladimir Ivanovich – Professor of Chair of Constitutional and Municipal Law, Moscow University of MIA of Russia named after V. Ya. Kikot, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Chestnov Ilya Lvovich – Professor of Chair of State-Legal Disciplines, Saint-Petersburg Institute of Law (Branch) of the Academy of General Procuracy of the Russian Federation, Honored Jurist of the Russian Federation, Doctor of Legal Sciences.

Chirkin Veniamin Yevgenyevich – Chief Research Associate, Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Chief Research Associate, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Honored Scientist of the Russian Federation, Honored Jurist of the Russian Federation, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Shafirov Vladimir Moiseyevich – Head of Chair of Theory of State and Law, Institute of Law, Siberian Federal University, Honorary Figure of Russian Higher Education, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Ekimov Anisim Ivanovich – Professor of the Peoples' Friendship University of Russia, Honored Jurist of the Russian Federation, Doctor of Legal Sciences, Professor.

Yakushev Aleksandr Nikolayevich – Head of Chair of Theory, History and State Law, Adygeya Branch of RANEPa, Doctor of Historical Sciences, Candidate of Legal Sciences, Candidate of Pedagogic Sciences, Professor.

Содержание

К читателю	20
Раздел 1. ОБЩИЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА	
В.В. Лазарев	
1.1. Полемические вопросы развития общей теории права и государства	25
Р.Б. Головкин	
1.2. Теория государства и права: юридическая наука, юридическое образование, юридическая практика	36
В.М. Баранов	
1.3. Энциклопедия юриспруденции – интегративное развитие общей теории права и государства	48
В.В. Сорокин	
1.4. О месте и роли общей теории права в контексте глобалистского юридического образования	72
Раздел 2. МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА	
В.Н. Синюков, Т.В. Синюкова	
2.1. Проблема обновления методологии юридической науки в России	86
О.В. Мартышин	
2.2. О соотношении общетеоретических юридических дисциплин	100
С.И. Захарцев, В.П. Сальников	
2.3. О теории и философии права	112
А.В. Корнев	
2.4. Проблема структурного построения теории государства и права	117
Ю.А. Веденеев	
2.5. Общая теория права и государства в поисках самой себя	128
В.В. Лапаева	
2.6. Постсоветская теория права: проблемы и перспективы	137
И.Л. Честнов	
2.7. Предмет теории права с позиций постклассической эпистемологии	148
А.И. Экимов	
2.8. Парадигмы и симулякры в теории права	163
В.М. Сырых	
2.9. Публичный интерес – основополагающая категория публичного права	170

Раздел 3. НЕКОТОРЫЕ СОДЕРЖАТЕЛЬНЫЕ И СУЩНОСТНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РАЗВИТИЯ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Ю.А. Тихомиров

- 3.1. Новым теориям – простор и поддержку. 180

В.М. Шафиров

- 3.2. Правопонимание: в науке, практике, образовании 183

М.Л. Давыдова

- 3.3. О сущности, содержании и форме права 201

А.В. Погodin

- 3.4. Дефект права как деструктивный элемент его содержания 215

Е.В. Кирдяшова

- 3.5. Поиск идеальных конструкций формирования
новой реальности. 224

С.Б. Поляков

- 3.6. О преемственности юридической науки 227

В.Г. Графский

- 3.7. Особенности правового положения личности
в современном обществе. 235

В.В. Таболин

- 3.8. Город как объект исследования закономерностей
возникновения и развития государства. 239

П.А. Гук

- 3.9. Судебное нормотворчество высших органов
судебной власти России. 248

Н.А. Колоколов

- 3.10. Судебная власть в современной российской науке:
теория государства и права. 257

И.А. Тарханов

- 3.11. Актуальные вопросы учения об ответственности
в общей теории права и их интерпретация
в отраслевых юридических исследованиях. 271

Раздел 4. ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА В ПРАКТИКЕ

Т.Я. Хабриева

- 4.1. Воплощение идей теории государства и права
в законотворческой практике 280

В.Б. Исаков

- 4.2. Регламентные и технико-юридические проблемы
законодательного процесса. 289

В.И. Червонюк

- 4.3. Прикладная юриспруденция, или Учение
о правовых технологиях: место в системе правоведения,
предметные области (инновационный подход
к развитию общей теории государства и права в XXI веке) 299

Н.В. Курза

- 4.4. О связи теории и практики применительно
к ведомственному нормотворчеству 311

Раздел 5. ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА В ОБРАЗОВАНИИ

Ю.И. Гревцов

- 5.1. О хронических «болезнях» теории государства и права. 318

А.А. Малиновский

- 5.2. Программа курса «История и методология юридической науки»:
дискуссионные вопросы 326

А.А. Головина

- 5.3. Проблемы взаимодействия теории государства и права
и отраслевых юридических наук 336

Ю.Г. Арзамасов

- 5.4. Дидактические проблемы преподавания курса нормографии 343

**Раздел 6. ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ
И ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ В ВУЗОВСКОЙ ПРАКТИКЕ**

С.А. Комаров, А.Н. Якушев

- 6.1. База данных развития научных достижений
теории государства и права в отечественных диссертациях:
пробелы и проблемы ее создания в России 354

В.В. Лазарев, С.В. Липень

- 6.2. Теория государства и права в вузах МВД России 359

С.В. Мотин

- 6.3. Учебная литература по теории государства и права (1810–2010 гг.):
аналитический обзор 383

**Раздел 7. ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
В РЕШЕНИИ ГЛОБАЛИЗАЦИОННЫХ ПРОБЛЕМ**

Н.В. Варламова

- 7.1. Право в условиях глобализации: отход от традиционных
теоретических дихотомий 405

В.Е. Чиркин

- 7.2. Современная теория права и наднациональное
(надгосударственное) право 417

А.Х. Саидов

- 7.3. Общая теория источников права: состояние,
проблемы и перспективы 424

А.Р. Султанов

- 7.4. Теория и практика разрешения коллизии норм
в свете теории соотношения норм международного
и национального права 441

И.Г. Дудко

- 7.5. Конституционные трансформации государств
Центральной и Восточной Европы 450

Р.В. Нигматуллин

- 7.6. Обеспечение региональной безопасности
в свете теории и практики борьбы с терроризмом 457

И.В. Гончаров

- 7.7. Право и политика в условиях формирования
«многополярного» миропорядка 467

- Заключение** 475

Contents

A word to the Reader.....	20
Section 1. GENERIC ISSUES OF THEORY OF STATE AND LAW	
V.V. Lazarev	
1.1. Polemical issues of development of general theory of law and state	25
R.B. Golovkin	
1.2. Theory of state and law: legal science, legal education, legal practice	36
V.M. Baranov	
1.3 Encyclopedia of jurisprudence – integrative development of general theory of law and state	48
V.V. Sorokin	
1.4. On place and role of general theory of law in the context of globalist legal education	72
Section 2. METHODOLOGICAL ISSUES OF THEORY OF STATE AND LAW	
V.N. Sinyukov, T.V. Sinyukova	
2.1. Problem of methodological renovation of legal science in Russia	86
O.V. Martyshin	
2.2. On the balance between general-theoretical branches of jurisprudence	100
S.I. Zakhartsev, V.P. Salnikov	
2.3. On theory and philosophy of law	112
A.V. Kornev	
2.4. Problem of structural development of theory of state and law	117
Yu.A. Vedeneyev	
2.5. General theory of law and state in quest of itself	128
V.V. Lapayeva	
2.6. Post-Soviet theory of law: problems and prospects	137
I.L. Chestnov	
2.7. Subject of theory of law from the standpoint of post-classical epistemology	148
A.I. Ekimov	
2.8. Paradigms and simulacra in theory of law	163
V.M. Syrykh	
2.9. Public interest – fundamental category of public law	170

Section 3. CERTAIN SUBSTANTIVE AND ONTOLOGICAL DEVELOPMENT PROBLEMS OF THEORY OF STATE AND LAW

Yu.A. Tikhomirov	
3.1. Freedom and support to new theories	180
V.M. Shafirov	
3.2. Legal consciousness: in science, practice, and education	183
M.L. Davydova	
3.3. On essence, content and form of law	201
A.V. Pogodin	
3.4. Defect of law as a destructive element of its content	215
Ye.V. Kirdyashova	
3.5. Searching for ideal constructions to form a new reality	224
S.B. Polyakov	
3.6. On continuity of legal science	227
V.G. Grafskiy	
3.7. Particularities of legal status of an individual in today's society	235
V.V. Tabolin	
3.8. City as target of research for patterns and laws of origin and development of state	239
P.A. Guk	
3.9. Judicial rule making by highest agencies of judicial power in Russia	248
N.A. Kolokolov	
3.10. Judicial power in modern Russian science: theories of law and state	257
I.A. Tarkhanov	
3.11. Topical issues of the doctrine on responsibility in general theory of law and their interpretation in sectoral legal studies	271

Section 4. THEORY OF STATE AND LAW IN PRACTICE

T.Y. Khabrieva	
4.1. Implementation of ideas of the general theory of state and law in law-making practice	280
V.B. Isakov	
4.2. Regulatory and technical legal problems in legislative process	289
V.I. Chervonyuk	
4.3. Applied jurisprudence, or Doctrine on legal technologies: position in the system of legal science, domain areas (innovation approach to the development of general theory of law and state in XXI century)	299

N.V. Kurza

- 4.4. On correlation between theory and practice
in respect to institutional rule-making 311

Section 5. THEORY OF STATE AND LAW IN EDUCATION

Yu.I. Grevtsov

- 5.1. On chronic 'diseases' of theory of state and law 318

A.A. Malinovskiy

- 5.2. Curriculum of 'History and Methodology of Legal Science':
debating points. 326

A.A. Golovina

- 5.3. Problem of interaction between theory of state and law
and branch legal sciences 336

Yu.G. Arzamasov

- 5.4. Didactic problems of teaching the course
in legal norms studies 343

**Section 6. IMPLEMENTATION OF SCIENTIFIC-RESEARCH
AND EDUCATIONAL POLICY IN ACADEMIC PRACTICE**

S.A. Komarov, A.N. Yakushev

- 6.1. Data base of scientific achievements development
in theory of state and law in domestic doctoral dissertations:
gaps and problems of its creation in Russia. 354

V.V. Lazarev, S.V. Lipen

- 6.2. Theory of state and law in higher educational institutions
of MIA of Russia. 359

S.V. Motin

- 6.3. Educational material on general theory
of law and state (1810–2010). 383

**Section 7. GENERAL THEORY OF STATE AND LAW
IN SOLVING GLOBALIZED PROBLEMS**

N.V. Varlamova

- 7.1. Law under the conditions of globalization:
breaking with traditional theoretical dichotomies. 405

V.Ye. Chirkin

- 7.2. Modern theory of state and supranational law. 417

A.Kh. Saidov

- 7.3. General theory of legal sources: status,
problems and perspectives 424

A.R. Sultanov

- 7.4. Theory and practice of resolving conflicts of laws
in the light of theory of correlation between the rules
of international and national law 441

I.G. Dudko

- 7.5. Constitutional transformations of Central
and Eastern European states 450

R.V. Nigmatullin

- 7.6. Maintenance of regional security in the light of theory
and practice of the fight against terrorism..... 457

I.V. Goncharov

- 7.7. Law and politics in the conditions of formation
of a 'multipolar' world order..... 467

- Conclusion** 475

В настоящее время принципиальное единство теоретиков проявляется в признании серьезной роли их науки в решении самых существенных социальных, политических и государственно-правовых вопросов общественной жизни. Однако наглядно выявить эту роль можно лишь при осознании того, чем является данная наука, каковы ее внутренние возможности и каково ее «окружение». Именно поэтому ряд авторов обращаются прежде всего к предмету теории государства и права. И главное в дискуссии: являются ли государство и право реалиями, в какой степени они представляют собой понятия логические, психологические, а в какой – *социологические*. Характерна во всех отношениях постановка вопроса Ю.А. Веденеевым: «Общая теория права и государства в поисках самой себя». Осознание наукой «в себе и для себя» тем более актуально, что предмет теории права с позиций классической методологии и постклассической эпистемологии далеко не одно и то же. Результаты, в свою очередь, сказываются как на образовательной, так и на практической деятельности юристов.

При всем многообразии оттенков в понимании предмета общей теории государства и права все-таки большинство сходится на том, что речь идет о государстве и праве. Государством в последние годы юристы-теоретики занимались мало, и это не могло не сказаться на содержании представляемого здесь материала. К тому же воспроизводилась высказанная в свое время В.К. Бабаевым позиция, согласно которой этот объект следует отдать политикам. Правоведам (юристам), якобы, здесь делать нечего. Было бы интересно услышать реакцию на это высказывание административистов и конституционалистов, а также популяризаторов идей правового государства. Богатый материал в этом отношении содержит раздел, подготовленный В.М. Барановым, для которого «теория государства и права – *продукт* советского времени» и «теория государства не может быть по своей природе *юридической* наукой и *правовой* учебной дисциплиной». Выход представляется ему в преобразовании теории в «*энциклопедию юриспруденции*».

Такому отношению к общей теории государства и права противостоит позиция профессора В.В. Сорокина. Нападки на нее

«в нарушение всякой логики развития юриспруденции и организации учебного процесса на юридических факультетах вузов – это не что иное, как социальный заказ деструктивных сил российского общества». Возможно, это преувеличение, но при дальнейшем анализе развития государственности и оценок соответствующих процессов разными авторами любое доктринальное мнение уместно.

Полемический подход вообще свойственен большинству авторов данного издания. Читатель, надеемся, испытает большое удовольствие от содержательного анализа позиций В.В. Лазарева профессором А.И. Экимовым, в том числе и по поводу так называемых симулякров. Уверены в продолжении полемики по фундаментальным методологическим вопросам, поставленным профессором В.Н. Сизюковым.

Полагаем, что необходима «переформулировка предмета науки в сторону междисциплинарности и сравнительного правоведения и наполнение новым содержанием основных категорий теории права» (И.Л. Честнов). Причем уже недостаточно классических сравнительно-правовых исследований (см. раздел, подготовленный А.Х. Саидовым). Общая теория государства и права должна представлять государственно-правовые реалии и представления о них в целостности глобалистского мира со всеми его новейшими проявлениями.

В этом отношении интерес представляют выводы Н.В. Варламовой о том, что «локализация глобального и глобализация национального *размывает оппозицию между национальным и интернациональным*», что «жесткое и мягкое, частное и публичное, национальное и международное право часто оказываются тесно переплетены», что «современные тенденции развития права делают весьма проблематичным противопоставление в рамках западной правовой традиции двух правовых семей – англосаксонской (общего права) и романо-германской (континентальной)» и «под влиянием практики наднациональных судебных органов в странах континентальной правовой семьи возрастает роль судов и изменяется их место в системе разделения властей». Автор констатирует тот факт, что граждане и юридические лица постоянно подчинены множеству взаимодействующих и пересекающихся правовых режимов, «причем права и обязанности, которыми они обладают в рамках каждого из данных режимов, могут существенным образом

разниться и противоречить друг другу, а ... рассуждения о приоритете или верховенстве какого-либо из конкурирующих правопорядков (международного, наднационального, национального) сегодня непродуктивны».

Что касается права, то с точки зрения В.В. Лапаевой все многообразие подходов к правопониманию в постсоветской теории права по-прежнему «укладывается в два основных направления, соответствующих системоцентристской и человекоцентристской парадигмам». «...Более содержательная попытка синтеза разных подходов к пониманию права предлагается сейчас *постклассической доктриной права*, охватывающей коммуникативную, психологическую, феноменологическую, герменевтическую, экзистенциальную и иные концепции права». Но в конечном счете автором предлагается «выбор между двумя типами правопонимания, основанными на либеральной версии юснатурализма и на либертарно-юридической теории».

Против «выбора» выступает профессор В.М. Шафиров, который фактически пропагандирует классическое правопонимание «на основе взаимодополнительности разных школ права», на основе интеграции, а не на противопоставлении различных концепций права, на их *синтезе*, позволяющем «собрать» воедино, объединить на общей основе все, представляющие ценность идеи, теоретические положения о праве».

В качестве «задач ближайшего будущего» для теории права И.Л. Честновым были сформулированы две: внутренний аспект трансформации предмета теории права – изменение правопонимания, и внешний, теснейшим образом связанный с внутренним, – переосмысление значения права в мире и юридической науке (представленной, прежде всего, теорией права) в системе наук. Их реализация связана с новой методологией, «с радикальной критикой наивного объективизма, представления о законосообразности, упорядоченности мира как объекта научного познания, возможности единственно верного, аподиктического его описания, объяснения и предсказания, свойственным классической науке». В итоге автор предлагает «следующую *постклассическую «картину» правовой реальности*: 1) любое правовое явление (процесс, норма, институт) существует в трех модусах бытия – в виде массового поведения, знаковой формы и ментального образа, включая индивидуальные,

групповые и коллективные (социальные, общественные) формы проявления, взаимодействующие друг с другом; 2) правовое явление – результат предшествующей практики, в том числе означивания, в определенном смысле результатов произвола (по отношению к предшествующим юридическим явлениям и практикам), который, впрочем, не может быть каким угодно, выступая в то же время относительно устойчивой структурой – массово повторяющимся поведением, зафиксированным знаком и общепринятым ментальным образом; 3) правовое явление (институт) не есть некая данность, объективная сущность, открываемая в “природе вещей”, а представляет собой социальный конструкт, обусловленный и ограниченный хабитуализацией (опривычиванием) предшествующих практик; 4) оно никогда не является окончательно завершенным, а находится в состоянии постоянного переосмысления, дискурсивной и поведенческой трансформации; 5) любое правовое явление контекстуально и релятивно: оно зависит от исторического и социокультурного контекста, т.е. его содержание определяется связью с другими социальными явлениями и обществом как целым». Мы акцентируем внимание на приведенных положениях, поскольку они являются методологическими, а методологическая функция общей теории права и государства является главенствующей.

В научном плане представляют интерес многие разделы издания, сориентированные в том числе и на частные проблемы общей теории государства и права. Так, например, В.И. Червонюк обратил внимание на *«уровень (эшелон) прикладного юридического знания»*, который подразделяется у него на два относительно самостоятельных, но взаимосвязанных между собой пласта юридического прикладного знания: *«а) уровень прикладного стратегического знания, направленный на оценку правовой реальности как объекта преобразования; б) уровень (эшелон) прикладного оперативного знания, или правовой инженерии, – это область применения знания для решения обусловленной потребностями практики задач»*. В решении практических и образовательных задач прикладные аспекты приобретают первостепенное значение.

В части иллюстрации позитивного значения общей теории государства и права в правотворческой работе следует отметить разделы академика РАН Т.Я. Хабриевой и профессора В.Б. Исакова. Первый посвящен роли общей теории государства и права

в организации законотворчества, во втором представлен опыт работы автора в законодательном органе. Напротив, ограниченные возможности общей теории государства и права в образовании хорошо подмечены профессором Ю.И. Гревцовым: «Образовательные технологии, на пути которых несокрушимым монументом возвышается “Образовательный стандарт”, о который способна разбиться и разбивается, в той или иной мере, любая образовательная технология... В соответствии с образовательным стандартом современный преподаватель должен донести до студента огромный массив заданной информации, которая уже не актуальна. Стремясь донести все, что требуется донести, преподаватель берется за выполнение заведомо безнадежного дела. Это печальным образом сказывается как на качестве преподавания, так и на работоспособности, его желании развиваться и двигаться к совершенству в своем деле. Да и студенты уже давно освоили нехитрые приемы выживания в условиях массированного потока не увлекающей, откровенно скучной информации».

Читатель несомненно обратит внимание на то, что волнует мэтров науки – Ю.А. Тихомирова, В.Е. Чиркина, В.Г. Графского, В.М. Сырых, О.В. Мартышина. Не пройдет он и мимо авторитетных соображений теоретиков, занимавших в прошлом значительные судебские должности (Н.А. Колоколов и П.А. Гук). Исследовательское начало пронизывает все содержание книги. Именно оно, вместе с построением материала по единой тематике, приближает исследование к монографическому. Цель обеспечения единства в позициях авторов не преследовалась, и это обстоятельство в большей степени будет способствовать использованию книги в учебном процессе.

Авторский коллектив

Раздел 1

ОБЩИЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

В.В. Лазарев

1.1. ПОЛЕМИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

1. Теория государства и права заявила о себе в России в начале XX в. и была уважаемой наукой, востребованной учебной дисциплиной.

В советское время теория государства и права виделась методологической, политической и идеологической основой всех юридических наук, всех исследований в области государства и права. В силу ряда объективных и субъективных причин она утратила это качество.

В общей теории государства и права центральное место отводится государству, его сущности, функциям, формам. Если советское, то есть марксистское, представление о сущности государства преодолено, если государство не есть выразитель экономически господствующего класса, если экономика и политика вообще не являются главенствующими факторами, если это совсем не подходит к российскому государству, то какова его природа, суть? Ни «диктатура пролетариата», ни «общенародное государство» не значатся в действующей Конституции. Открытая полемика здесь не ведется, и это не способствует развитию общей теории государства и права.

Сущность государства проявляется в его функциях. Функции государства стали подменять функциями отдельных органов. Между тем это разные понятия: функции государства, государственные функции, функции государственных органов. С практической точки зрения это очень значимо – обеспечением общественного порядка, если это функция государства, должны заниматься все госорганы, а не только МВД. Экономическая функция российского государства осуществляется всеми государственными структурами, а не только Министерством экономического развития. Точно так же дело обстоит и с любой другой функцией, если это функция государства. Теорети-

ческий вопрос напрямую связан с практикой наделения органов государства соответствующей компетенцией.

Что касается форм государства, например форм правления, политического режима, то в полемике часто ссылаются на У. Черчилля и говорят, что демократия лучшая из всех, но забывают, что и она имеет свои недостатки, и, как представляется, эти недостатки делают ее при определенных условиях наихудшей. Только два недостатка укажем вслед за А. Токвилем, который написал книгу «Демократия в Америке». 1) демократия плодит преступность; 2) демократия очень дорогая форма правления. По «Эхо Москвы» рекламируют ЛДПР. По России у них порядка 2400 отделений с офисами, машинами, охраной и пр. В парламент выбирают для законодательной работы. Посмотрите статистику проведенных ЛДПР через парламент законов. Не получится ли, что гора родила мышь? Можно поставить так вопрос и по поводу другой, за исключением правящей, партии. В 2006 году проводились общероссийские исследования о роли различных политических институтов¹, и подавляющее число опрошенных не признали большой роли политических партий в жизни страны, а влияние на развитие ситуации в целом по России фактически признавалось только за «Единой Россией». Но дело даже не в этом. Было предложено ответить на вопрос об участии во всероссийских выборах: что это в первую очередь 41% опрошенных ответили: «гражданский долг россиянина», 18% – «формальное мероприятие», 7% – «участие в политической борьбе», и только 6% – «участие в управлении страной». Демократия оказывается не только чрезмерно дорогой, но и совершенно не эффективной.

Все это касается практических выводов из теоретических размышлений. Разве не уместно требовать от партии, как это делается, например, в Канаде, до выборов представлять законопроект или хотя бы его концепцию, который направлен на совершенствование правового регулирования. Почему будущих законодателей надо избирать по риторическим заявлениям? Кстати, о Канаде: там нельзя вносить поправки в закон в течение ряда лет, но за одним исключением – если в предвыборной программе оппозиционной партии значилась отмена или поправки определенного закона и эта партия победила на выборах.

¹ URL: www.bashirova-partners.ru

Иногда кажется, что наши «партнеры» делают акцент на утверждении демократии в России по той причине, что она для России разрушительна. Как со «звездными войнами» – втянуть в нечто неподъемное.

Теоретики государства и права не дают того анализа, который только они и могли бы сделать компетентно. Государство и право «заговорили» в средствах массовой информации не всегда компетентные журналисты и люди других профессий, далекие от понимания сути вещей. Интернет наводнен массовидными мнениями. *Имеет место охлократия мысли.* Проявилась закономерность: при избытке информации теряется смысл. Однако так легче манипулировать сознанием, инсценировать то, чего нет, производить симуляции. И в этой фасцинации (завороженности созданным без истины и без смысла) находятся даже те, кто идет в науку и пишет диссертации. Поэтому они и не могут творить полноценный продукт. Происходит своего рода субституция – замещение знания поверхностными мнениями, точками зрения вместо анализа событий и вскрытия закономерностей.

2. Развитие общей теории государства и права осложняется тем, что государствоведение становится уделом политиков. Юристам оставляют только право (часто лишь формально-догматический аспект). Теоретики не просто смирились с этим, но и идут политикам навстречу. И в науке, и в образовании довольно часто разрывают право и государство, читаются отдельные курсы политологии и теории государства и права. Не сошли со сцены идеи начала 1990-х гг. о том, что право вне политики, это не политическое явление. Между тем и право, и государство неразрывно связаны и, будучи относительно самостоятельными, в лоне *общей* политики были и остаются. Речь идет об общей теории государства и права не только потому, что эта наука не должна замыкаться на одной российской государственности, но и потому, прежде всего, что эта наука имеет общий предмет. В идеале это правовое государство, в реальности – противоречивые государственно-правовые отношения.

Теоретики права, современная теория права в большой степени виновны в «долгострое» проведения административной и судебной реформ во многом по причине отрыва теории права от теории государства. *Практическое построение правового государства возможно только на базе исследований общей теории государства и права.*

Ни теория, ни практическое государствоведение не могут развиваться, если право отделять от государства или, тем более, проти-

вопоставлять государству. Очень распространены весьма спорные суждения о том, что государство надо ограничивать, держать в узде и т.д. К конкретному государству в конкретно-исторических условиях это может отнесено, но не к общей модели соотношения права и государства. Общая теория государства и права потому и общая, что нельзя отделять друг от друга государство и право. Г. Кельзен часто даже и не различал их – для него, впрочем как и для некоторых наших авторов, хотя и в другой плоскости, государство и право мыслимы только в единстве.

Несомненно одно: практические следствия для деятельности парламента, правительства и судов могут быть разными при разных теоретических подходах.

В теории разделения властей акцент часто односторонне и поверхностно делался на противопоставлении одной власти другой. Между тем это ветви власти одного государства, и момент их единства на основе Конституции и разделения функций самый значимый.

3. В характеристике общей теории государства и права и ее влиянии на жизненные реалии и дальнейшем развитии важно утвердить положение общей теории государства и права при четком осознании сути этой науки, ее социальной роли, оценки дескриптивных и прескриптивных инструментов, эпистемологических и репрезентативных возможностей. И здесь мы претендуем на некую субверсию устоявшихся взглядов, на некий модернизм или даже постмодернизм в российском варианте, что само по себе предполагает полемику.

Во всех отношениях полемичен предмет общей теории государства и права. Его по-разному видят сторонники естественного права, позитивисты, либертариисты и т.д.¹ Проявляется это в разном понимании права и государства. Но для представлений о предмете общей теории государства и права важнее выход на категорию «правовая

¹ Сторонника интегративных воззрений вполне может устроить позиция С.С. Алексеева исходным пунктом для признания ТГП в качестве науки является у него признание права в качестве реального факта и только при признании того, что предметом юридических знаний является «твердая объективная реальность (конечно особая! Во многом «незримая!») – такая, которая относится к социальной материи, к субъективной стороне жизни общества... – только при признании этого возможна действительная, истинная наука...». Отсюда для автора естественно обращение к позитивному праву как к «единственному социальному феномену... который является такого рода предмеченной твердой реальностью, объективированной данностью» (Алексеев С.С. Избранное. М., 2003. С. 171–172, 175). Но перспективы развития юридической догматики, аналитической юриспруденции, теории права (что у автора одно и то же) он видит в их оснащении высшими ценностями философского постижения мира, духовной культуры, морали, гуманизма, всеми достижениями гуманитарных наук.

реальность» в ее интегративном восприятии, когда она одновременно и правовой идеал, и явление, и нормативный факт, и концепт¹.

Считаю возможным обострить полемику следующим утверждением: *общая теория государства и права – наука, которая не имеет овеществленного предмета*. Общая теория права и государства, как всякая общетеоретическая наука, наука абстрактная. Абстракция, считает модернист Ж. Бодриар, это «порождение моделей реального без оригинала и реальности: гиперреального»².

На самом деле, кто-нибудь видел государство вообще? Государство не потрогать и в бинокль не разглядеть. Право в колбу не загнать и под микроскопом не увидеть, лабораторный эксперимент исключается³.

Правовая реальность своим существованием во многом обязана государству и праву. А государство и право, в свою очередь, – суть конструкции самой теории. «Сила абстракции» способна творить чудеса.

В.И. Ленин отмечал, что нет в науке вопросов более запутанных, чем вопросы о государстве (за исключением экономических наук). Исследования в этой области всегда находились в плену мифологии⁴. *Общая теория государства и права способствовала и способствует мифотворчеству, выполняя политический заказ*.

Современная наука проливает некоторый свет на причины (обстоятельства) такого положения дел, сосредоточив внимание на таком явлении, как симулякр. Симулякр (от лат. *simulo* – делать вид, притворяться – «копия», не имеющая оригинала в реальности. Ины-

¹ См.: Веденеев Ю.А. К вопросу о юридической теории. Юридическая наука и ее значение в современном обществе: сборник докладов на международной научно-практической конференции. М., 2015. 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).

² Бодриар Ж. Симулякры и симуляции / пер. с фр. А. Качалова. М., 2015. С. 5.

³ К. Маркс в предисловии к первому тому «Капитала» писал, что «при анализе экономических форм нельзя пользоваться ни микроскопом, ни химическими реактивами. То и другое должно заменить сила абстракции» (К. Маркс и Ф. Энгельс. Соч. Т.23. С. 6).

⁴ О современном мифотворчестве, о востребованности мифа, его способности манипулировать сознанием людей, направлять их поведение в нужном власти направлении подробнее см.: Лукашева Е.А. Мифологизация политической и правовой жизни: монография. – М., 2015. Современная мифология, как отмечает автор, не наука, но и не вымысел, не фантазия, а «особая форма отражения реальных явлений, где реалии незаметно подменяются идеями, необходимыми элите для осуществления своих целей...» (с. 43).

ми словами, семиотический знак, не имеющий означаемого объекта в реальности. Сама общая теория права и государства есть в значительной степени та копия, то зеркало, тот набор знаков, который призван отразить то, что нельзя ни взвесить, ни измерить, поскольку нет той инстанции, того мерила, которым безоговорочно можно было бы соизмерить представляемое теорией государство и право. Только сама теория претендует на эту роль, но, как мы понимаем, в теории нет определенности (разные теории и оценки), нет и истинности.

4. Симулякры государства касаются его сущности, функций, форм. Но особенно полемично, как уже было замечено, трансцендентное восхищение демократией. Современные «архимеды» политики свое: «Эврика» – сопрягают всегда именно с демократией. Если ее нет, нужно учредить, нужно заставить жить демократически. Можно было бы сослаться на известных отечественных политиков, настаивавших на «принуждении к демократии». Между тем демократия – правовое явление. И здесь обнажается *проблема пределов правового регулирования* этой тонкой материи. Закон может открыть путь для демократического развития, создать правовые предпосылки для развития демократии, но демократические процессы по сути своей предполагают широкое сознательное движение к участию в соответствующих институтах. Кстати, и препятствие развитию демократии властными методами имеет временные, пространственные и фактологические пределы.

Серьезные возражения в политологической среде вызвали идеи «суверенной демократии». Теоретики государства и права остались в стороне от дискуссии. Суверенитет, как мыслилось в классической науке, суть неотъемлемый признак государства. Современный постмодернизм, исходя из глобалистских ориентиров, утверждает принцип относительности в правовой материи вообще и в части самостоятельности государства в частности не без оснований, не без опоры на фактическую утрату власти государств перед лицом невидимых глобалистских структур, куда более могущественных, нежели отдельно взятое государство. Это могущество распространяется в том числе и на внутреннее устройство государственных дел в отдельно взятой конкретной стране отдельно взятого региона. Кого-то вдруг начинает не устраивать форма правления (например, джамахирия), кого-то политический и правовой режим (например, народная демократия). Посягательство на суверенитет государства нередко начинается

именно с посягательства на форму государства, которой отказывают в демократии по западным меркам. Кстати, никто не посягает на «монархическую демократию» известных стран, которая исторически утвердилась и имеет свои позитивные стороны. С точки зрения общей теории государства и права, как представляется, вполне можно отстаивать тезисы о многообразии форм демократии и, соответственно, об их независимом развитии.

Заканчивается посягательство на суверенитет государства предложениями отказаться от представления стран в Совете Безопасности ООН суверенными государствами.

5. Представляется, есть некое насилие над фактами, над логикой и, прежде всего, над историческими реалиями возникновения и развития права в том, что в основу положены права человека, а не его обязанности, или в иной конструкции – права государства, а не его обязанности. С.С. Алексеев попытался ответить на вопрос, почему право называется правом, но аргументация свидетельствует скорее о создании особого рода симулякра, в котором право представляется правами человека. С.С. Алексеев указывает, что стержень правовой материи образуют позитивные обязывания, запреты и дозволения и что, строго говоря, «характерная черта мира права – долженствование... напрямую относится к двум составляющим этой “троицы” – к позитивным обязываниям и запретам...»¹. На этом бы и поставить точку. Но долженствование у автора охватывает и ему противоположное – *дозволение*. И это, оказывается, выводит нас на одну из главных проблем правовой теории – «проблему тайны права». Тайны, «потому, что вопреки фактическим реалиям, очевидным фактам, свидетельствующим о превалировании в материи права юридических обязанностей, запретов, ответственности, правовая материя так “построена”, что само ее существование и функционирование связаны именно с субъективными правами участников общественной жизни – правами отдельных субъектов, мерой их “собственного”, свободного поведения»². Да, «строят» именно так, чтобы обеспечить политический интерес. «Кардинал» политика знает, что людям надо говорить об их равенстве, значимости, правах и пр., чтобы не возбуждать страстей к борьбе и противостоянию. Все «тайны» государства и права связаны именно с сокрытием их подлинной сущности

¹ Алексеев С.С. Избранное. М., 2003. С. 217.

² Там же. С. 219.

«вопреки фактическим реалиям, очевидным фактам». Но скрывать можно какое-то время и от какой-то части людей. Нельзя навсегда и от всех. Симулякры общественно опасны.

Историческим реалиям не соответствует и философская аргументация, в которой права человека характеризуются в качестве реального бытия разума¹. «Разум, – пишет С.С. Алексеев, во всех своих проявлениях – это не что иное, как свобода человека, его способность делать собственный выбор, решать жизненные проблемы *самому*. И значит – способность выйти за пределы жестких, императивных, непререкаемых природных порядков и зависимостей, руководствуясь идеальными представлениями, принципами, началами...»². Представляется очевидной гибель человека, если он поступал вопреки природным или социальным императивам на заре человечества, и очевидны в настоящее время беды отдельного человека и человеческих сообществ, если пренебрегают обязанностями, вытекающими из природных или социальных закономерностей.

Рассматривать право как единственный регулятор, настроенный на дозволение, на субъективные права – это романтическое восприятие права, не основанное ни на фактической, ни на трансцендентной реалии. *Право – суть разум в содержании категорического императива*. В такой постановке вопроса можно ставить право в центр жизни людей и надеяться, что оно будет действительным «умерителем» свободы человека, предотвращающим «негативы либерализма».

6. 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 и от социальных. Аксиоматично прозвучало в свое

¹ В философском обосновании позитивного права адресуются обыкновенно к естественному праву. Но ведь и там надо видеть первостепенное значение обязанностей. Непререкаемый среди отечественных мыслителей авторитет в области естественного права Е.Н. Трубецкой пишет: «Сущность всякого права выражается, с одной стороны, в предоставлении лицу известной сферы внешней свободы, а, с другой стороны, - в ограничении этой свободы. ...Естественное право требует, чтобы внешняя свобода была предоставлена лицу именно в тех границах, которые оправдываются и требуются целями добра. ...Как синоним нравственно должного в праве, ...оно олицетворяет собой особую специфическую задачу, особую совокупность конкретных обязанностей.» (Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1913, с.61, 67

² Алексеев С.С. Указ. соч. С. 232.

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 людей 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 классовый или частный властвующего субъекта. 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, но не только личность и не 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 – 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.

7. В современном развитии общей теории права и государства позитивную роль сыграла либертарная теория права. Самим фактом своего проявления она обязана признанному авторитету в области политико-правовой мысли академику В.С. Нерсисянцу. Основные по-

ложения данной теории явились предметом дискуссий в связи с оценкой разных подходов к пониманию права. Есть последовательные сторонники данной теории, и есть критики¹.

Как представляется, либертарная теория права видит сущность права не в его содержании, а в его форме и раскрывает ее через единство трех составляющих: всеобщая равная мера регуляции общественных отношений, свобода и справедливость. 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 свете исторических реалий, придется отдать первенство не правам, а обязанностям – обязанностям человека и государства, взаимным их обязанностям. До настоящего времени не утратила значимости редко упоминаемая статья В.М. Ччиквадзе о взаимной ответственности государства и личности. Ответственность же всегда связывается с выполнением обязанностей. Та и другая стороны имеют права, но свобода в их осуществлении очерчена обязанностями, свобода по большому счету лежит за пределами права.

Одностороннее увлечение либертарной позицией не позволяет трезво оценить значение догматического, легистского, аналитического подхода к праву, который дает исходную основу практических знаний о праве.

Перспективы развития общей теории права и государства следует связать с дальнейшим укреплением органической связи теории и философии права и государства. Отсюда определения:

право – суть система требований, обеспечивающих формальное равенство всех в выполнении категорической коммуникативно-социальной обязанности быть личностью;

государство – исторически преходящая, официально признаваемая в данном обществе, освященная (закрепленная) правом национально-территориальная система власти, обеспечивающая в преде-

¹ См., например: Мартышин О.В. О «либертарно-юридической теории права и государства» // Государство и право. 2002. № 10; Аверин А.В. Еще раз о правопонимании (к критике либертарной теории права) // Юридический журнал. 2006. № 1; Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 43–46.

лах компетенции ее законодательных, исполнительных и судебных органов взаимную позитивную и негативную ответственность граждан (подданных) в интересах их коммуникации, благополучия и права.

Развернутое изложение тезисов см. в работах автора:

К постановке вопроса о нравственных основах теории государства и права // Государство и право. 2005. № 8.

Понимание права в трудах ученых Казанского университета: материалы юбилейной Всероссийской научной конференции «Два века юридической науки и образования в Казанском университете». – Казань: Центр инновационных технологий, 2004.

Поиск права // Журнал российского права. 2004. №7 (или: Избранные труды: в 3 т. – М.: Новая юстиция, 2010. Т. 2. С. 432–450.

«Отъемлемые» и «неотъемлемые» права и свободы человека и гражданина. Конституционные права и свободы личности в контексте взаимодействия гражданского общества и правового государства: материалы международной научно-теоретической конференции. – М.: РАП, 2010. С. 59–67.

Прецедент: реалии и перспективы в российском праве // Российское правосудие. 2012. № 4. С. 6–15.

Поиск государства: научно-публицистическое эссе // Ленинградский юридический журнал. 2004. № 2 (или: Избранные труды: в 3 т. М.: Новая юстиция, 2010. Т. 3. С. 366–381).

Юридическая наука: современное состояние, вызовы и перспективы (размышления теоретика) // Lex Russica. 2013. № 2 (или: Юридическая наука и ее значение в современном обществе: сборник докладов Международной научно-практической конференции. – М.: Издательский центр Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2015. С. 9–32.

Культурные традиции права: рецензия на книгу Г.В. Мальцева «Культурные традиции права: монография». (М.: Норма, ИНФРА-М, 2013. 608с.) // Журнал российского права. 2014. № 3. С. 140–145.

Поиск науки о праве и государстве: научно-публицистическое эссе // Lex Russica. 2013. № 4.

Естественно-правовые пределы свободы выражения и самовыражения // Правоведение. 2014. № 4.

О юридической науке: продолжение полемики // Lex Russica. 2015. № 4.

Р.Б. Головкин

1.2. ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА: ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА, ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ, ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА

Традиционно считается, что теория государства и права – это фундамент всей юридической науки, система знаний, направленная на формирование мировоззрения юриста. Это наука и учебная дисциплина, обладающие высокой степенью абстракции, но нацеленные на практический результат – формирование правосознания, правильно отражающего государственно-правовую действительность.

Тем не менее в последние годы все чаще ведущие российские ученые проявляют озабоченность современным состоянием данной науки¹. Теория государства и права – «плоть от плоти» нашего общества. Следовательно, длящиеся уже более двух десятилетий социальные реформы и возникающие при этом проблемы отражаются и в теории государства и права. Обозначим некоторые проблемы, которые в последнее время обсуждаются в правовой науке.

Прежде всего обратимся к наиболее фундаментальному вопросу о предмете теории государства и права. Отечественный теоретик права и государства В.В. Лазарев утверждает, что общая теория государства и права не имеет своего предмета исследования, так как государство и право – это абстрактные конструкции самой теории государства и права².

Фактически близкую позицию занимает и В.М. Баранов, который отметил, что предмет теории государства и права сформирован искусственно и необходимо изучение государства и права разделить на политологию (государство) и энциклопедию права (право)³.

В целом соглашаясь с тем, что в реальности государства и права нет (это мыслимые иллюзорные конструкции самой теории государства и права), считаем данную позицию весьма дискуссионной.

¹ См., например: Лазарев В.В. Юридическая наука: современное состояние, вызовы и перспективы (размышления теоретика) // Lex Russica. 2013. № 2; Крусс В.И. О современном состоянии юридической науки // Юридическая наука и ее значение в современном обществе: сборник докладов на международной научно-практической конференции. М., 2015.

² См.: Лазарев В.В. О юридической науке: продолжение полемики // Lex Russica. 2015. № 11.

³ См. выступление В.М. Баранова на научной конференции «Теория права и государства: в науке, образовании практике», посвященной 75-летию профессора В.В. Лазарева. С. 21.

Прежде всего, следует отметить, что наличие исследователей (субъекта исследования) предполагает уже наличие и того, на что направлены познавательные усилия субъекта, то есть на объект и предмет.

Кроме того, полагаем, что мыслимая реальность может порождать мыслимые объекты и предметы исследования. Государство и право это предметы, существующие в виде понятийных конструкций самой теории государства и права, как обозначает их В.В. Лазарев, используя терминологию Ж. Бодриера, «симулякры»¹, но и большинство объектов окружающей действительности так же можно назвать симулякрами, так как они воспринимаются субъективно через человеческие органы восприятия. Кроме того, и результаты исследований мира с помощью приборов так же могут быть симулякрами, так как созданные человечеством приборы для изучения действительности разработаны в соответствии с возможностями человеческого восприятия. Иными словами, если признать предмет теории государства и права несуществующим, то с этим можно согласиться лишь с позиции принципиальной непознаваемости мира². К тому же некоторые ученые изначально рассматривают предмет теории государства и права лишь в понятийном выражении³.

Следовательно, при изучении объектов мыслимой или иллюзорной действительности предмет науки, в частности теории государства и права, конструируется самой наукой и является скорее не симулякром, а образом действительности о сущности, структуре и формах выражения которого исследователи как бы договариваются, формируя обобщенную конструкцию мыслимых объектов (в нашем случае – государства и права).

Обобщенные картины мыслимого и реального мира – это отражение личного и общественного опыта жизнедеятельности, выраженное в системе понятий, обеспечивающих личностные суждения, умозаключения и в конечном итоге поведение человека. Иллюзии и их формы – симулякры, это способ интеллектуального упорядочения взаимосвязи человек–мир, поэтому государство и право, хотя и относительно иллюзорны, однако служат для организации общественных

¹ Бодриер Ж. Указ. соч.

² У И. Канта это феномен и ноумен.

³ См.: Нерсисянц, В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства: для юридических вузов и факультетов / В.С. Нерсисянц. М., 2009.

отношений и в конечном счете для поддержания жизнедеятельности общества. Несмотря на определенную иллюзорность государства и права, в сознании индивидов они имеют и материальные воплощения – прежде всего, это государственный аппарат и законодательство. Тем не менее иллюзорность, абстрактность государства и права порождают симулякры и в представлениях о действии этих явлений.

Неслучайно В.В. Лазарев отмечает, что государство и право – явления сложные и во многом закрытые, всегда при соответствующей заинтересованности есть возможность представлять нечто в розовом или черном свете¹. Например, что касается действия права, а точнее – выражающего его законодательства. Современное состояние законодательства и его реализации позволяет говорить о симулякрах, или иллюзиях, правового регулирования.

Во-первых, симулякром можно считать сложившиеся в нашем обществе представления о том, что наличие определенного количества законов свидетельствует о правовом регулировании той или иной группы общественных отношений. На самом деле это иллюзия: изданный закон или другой нормативный правовой акт, чтобы реализоваться в поведении, должен получить отражение в правосознании индивида, то есть индивид как минимум должен знать норму закона, переживать по ее поводу и на этой основе моделировать свое поведение и требовать соответствующего поведения от других участников правоотношений.

К настоящему времени только на всероссийском уровне законодательства издано 200 тысяч нормативных правовых актов². Большинство этих актов неизвестны субъектам правоотношений, так как физически средний (нормальный) человек не может знать столько законов. Отсюда незнание законов исключает их адекватную реализацию.

Во-вторых, симулякром является и суждение о том, что право – это самый сильный регулятор общественных отношений, потому что за ним стоит государство. Это было бы так, если бы субъекты правоотношений его знали и чувствовали его необходимость и справедливость. К тому же сила любой социальной нормы заключается в укорене-

¹ См.: Лазарев В.В. Юридическая наука: современное состояние, вызовы и перспективы (размышления теоретика) // Lex Russica. 2013. № 2.

² По данным информационно-справочной системы «Консультант Плюс», юридическую силу имеют 177 790 федеральных нормативных правовых актов (дата обращения: 08.05.2015 г.).

ненности ее в сознании и в выработке на этой основе поведенческих стереотипов. У норм законодательства в силу его незнания участниками правоотношений достаточно часто поведенческие стереотипы не вырабатываются.

Думается, что именно этими и некоторыми другими обстоятельствами¹ обусловливается подмена, или интерполяция, позитивного права при осуществлении процедур правового регулирования общественных отношений. С учетом словарного значения термина «интерполяция», интерполяцию права целесообразно трактовать как *умышленное или неосторожное искажение, подмену изначальных смыслов изданных юридических норм, а также подмену самих правовых норм другими социальными и несоциальными регуляторами при осуществлении процедур правового регулирования в целом.*

Подмена, или интерполяция, права, как это ни странно, может произойти не только на этапе действия права, но и в процессе правотворчества. Эта ситуация может обуславливаться тем, что в правовую систему включаются напрямую другие социальные нормы. В результате происходит легальная интерполяция правовых норм другими социальными регуляторами. Анализ действующего законодательства позволяет установить достаточно частое использование в текстах законов (в ссылочной форме) таких социальных норм, как мораль (нравственность), обычаи, традиции, ритуалы и религиозные нормы.

Ссылки на морально-нравственные нормы получили наибольшее распространение. В той или иной форме на моральные нормы ссылаются более ста федеральных и региональных нормативных правовых актов.

Например, в п. 1 ч. 1 ст. 6 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (ред. от 06.04.2015) в качестве одного из приоритетов интересов пациента при оказании медицинской помощи закрепляется обязанность медицинского персонала соблюдать этические и моральные нормы².

В соответствии с ч. 1 ст. 6 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 205-ФЗ «Об особенностях прохождения федеральной государственной гражданской службы в системе Министерства иностранных дел Российской Федерации» (ред. от 02.07.2013) на сотрудника дипломатической службы в период работы в загранучреждении Министер-

¹ См. подробнее: Головкин Р.Б. Сущность юридической интерполяции // Вестник Владимирского юридического института ФСИН России. 2014. № 4(33). С. 155–162.

² СЗ РФ. 2015. № 14. Ст. 2018.

ства иностранных дел РФ возлагается обязанность соблюдать законы и обычаи государства пребывания, а также общепринятые нормы поведения и *морали*¹.

За нарушение норм нравственности даже предусматривается уголовная и административная ответственность².

Как видно из приведенных примеров, на нормы морали имеются лишь ссылки, но оформлены они фактически как бланкетные диспозиции правовых норм, и в силу этого упоминаемые моральные предписания обязательны для адресатов правовых предписаний. Следовательно, интегрируемое правовое предписание с моральной нормой интерполируется (замещается) моральной нормой.

Действующие федеральные и региональные правовые предписания ссылаются на обычаи более чем в 40 актах. Например, в ст. 5 Гражданского кодекса РФ закрепляется понятие обычая, под которым понимается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

Традиции упоминаются в более чем 30 актах. Например, в ч. 1 ст. 131 Конституции РФ утверждается, что местное самоуправление осуществляется в городских, сельских поселениях и на других территориях с учетом исторических и иных местных традиций.

Обычаи и традиции в силу их инерционности наиболее мощно влияют на сознание, а следовательно, на правотворческие процессы. При этом обычаи и традиции, закрепленные полностью в тексте правовой нормы, фактически оставаясь в сознании обычаем, формально становятся правом.

Ссылки на религиозные нормы менее выражены в законодательстве, но некоторые из них санкционируются правом. Например, празднование Рождества Христова и Светлой Пасхи³.

¹ СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4174.

² См.: Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях (ред. от 02.05.2015). Глава 6 «Административные правонарушения, посягающие на здоровье, санитарно-эпидемиологическое благополучие населения и общественную нравственность»; Уголовный кодекс Российской Федерации (ред. от 30.03.2015, с изм. от 07.04.2015). Глава 25 «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности».

³ 7 января – Рождество Христово в соответствии со ст. 112 Трудового кодекса РФ – нерабочий праздничный день. Православная Пасха – Светлое Христово Воскресение так же официально признается праздничным нерабочим днем (п. 10-1 Закона СПб от 13 мая 2009 г. № 210-44).

В целом использование различных социальных регуляторов в правотворчестве позитивно. Право – это элемент в системе социального регулирования, который не может избежать влияния других ее элементов, однако распространенный ссылочный метод взаимодействия права и иных социальных норм ведет к практически автоматической интерполяции права.

Интерполяция права на этапе правотворчества порождает самые тяжелые смысловые последствия для права и правового регулирования, тем не менее наиболее значительна и показательна интерполяция права на втором этапе правового регулирования – при реализации и действии правовых норм.

Интерполяция права на этапе правоприменения и вообще при реализации законодательства чаще всего связана: 1) с возможностями личностной юридической интерпретации, следующей из несовершенства самого права (производна от этапа правотворчества); 2) с широкими альтернативами возможных решений, предусмотренных самими нормами права; 3) со спецификой общественного, группового и индивидуального правосознания, а также со спецификой оборота юридической информации среди населения России.

Итак, рассмотрим примеры правовой интерполяции при процедуре правоприменения. Подмена и искажение смысла правовых норм при применении права происходят по многим причинам, и одна из них связана с несовершенством норм. Как следствие появляются произвольные трактовки смыслов правовых предписаний правоприменителями. Чаще всего такая ситуация возникает при интерпретации нормы в процессе ее применения, однако простая интерпретация это не всегда искажение или подмена – иногда изначальный смысл ее может быть сохранен (например, если позиция законодателя относительно смысла правовой нормы совпадает с позицией правоприменителя).

Искажение или подмена смыслов происходит почти всегда при априорном изложении смысла нормы, а также в результате пробелов в ее содержании. Рассмотрим этот вид интерполяции на примере юридических норм, закрепляющих в той или иной форме мысль о том, что правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом.

Несмотря на конституционное закрепление и тот факт, что термин «правосудие» упоминается текстах десятков нормативных правовых актов различного уровня и юридической силы, легальная дефиниция явления, обозначаемого термином «правосудие», фактически отсутствует.

Чаще всего в законах лишь отмечается, что правосудие осуществляется только судом. Например, в ст. 118 Конституции РФ утверждается, что правосудие в Российской Федерации осуществляется специализированным органом – судом. Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» (ред. от 05.02.2014) в ч. 1 ст. 4 также утверждает, что правосудие в Российской Федерации осуществляется только судами¹.

Одни из последних изменений в Федеральных конституционных законах «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» и «Об арбитражных судах в Российской Федерации» вроде определили понятие «правосудие» применительно к деятельности судов общей юрисдикции и арбитражных судов.

Так, «арбитражные суды в Российской Федерации осуществляют правосудие путем разрешения экономических споров и рассмотрения иных дел, отнесенных к их компетенции настоящим Федеральным конституционным законом, Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации и принимаемыми в соответствии с ними другими федеральными законами»². Понятие правосудия применительно к судам общей юрисдикции более детализировано: «Суды общей юрисдикции осуществляют правосудие, разрешая споры и рассматривая дела, отнесенные к их компетенции, посредством гражданского, административного и уголовного судопроизводства»³.

Иными словами, в объем понятия «правосудие» законодательство включает *только деятельность судов по рассмотрению и разрешению различных юридических дел, отнесенных законом к компетенции этих судов*.

Данное определение вызывает возражения. Во-первых, дела об административных правонарушениях уполномочены рассматривать и разрешать не только судьи, но и целый ряд других субъектов (ОВД, органы и учреждения уголовно-исполнительной системы, налоговые органы и т.д.⁴). Получается, что либо все виды рассмотрения и разрешения дел об административных правонарушениях являются

¹ СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1.

² Федеральный конституционный закон от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ (ред. от 23.06.2014) «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 06.08.2014).

³ Федеральный конституционный закон от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ (ред. от 12.03.2014) «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации».

⁴ Глава 23 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

правосудием (которое осуществляется не только судом), либо рассмотрение и разрешение дел об административных правонарушениях не правосудие вообще.

Во-вторых, согласно гл. 31 Уголовного кодекса РФ, помимо рассмотрения и разрешения уголовных дел судами к правосудию относятся и деятельность по дознанию, расследованию преступлений, а также исполнение наказаний за совершенные преступления, так как все эти деяния перечислены в качестве объектов уголовно-правовой охраны и обозначаются как преступления против правосудия. Получается, что правосудие расширяется уголовным законом и в этом случае, оно так же не осуществляется только судом.

Как видим, законодательно понятие правосудие четко не определено, что предоставляет большие возможности для интерпретации правосудия и, как правило, интерполяции смысла правосудия на практике.

Значительна интерполяция права при процедуре правоприменения, происходящая из предусмотренной правовыми нормами возможности правоприменительного усмотрения. В данном случае – при персонализации нормативного предписания, что в общем правильно, но применительно к конкретному лицу решение по данному правилу может играть противоположную задуманной законодателем роль. Так, известны случаи, когда бывшие осужденные вновь совершали преступления, чтобы оказаться в местах лишения свободы, где о них заботятся¹. Следовательно, в данном случае наказание преступника не достигает цели, а выступает своего рода поощрением.

Интерполяция права при процедуре правоприменения происходит официально, когда правоприменительный орган издает обязательное толкование для всех субъектов правоотношений. Тем самым фактически создается новая норма права в правоприменительном решении, подменяющая норму закона (например, некоторые решения Конституционного и Верховного Судов России).

В отдельных случаях возможность интерполяции отечественного позитивного права предусматривается законом. Например, ч. 4 ст. 15 Конституции РФ устанавливается: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем

¹ См., например: Осужденный условно сам попросился в тюрьму. URL: <http://anekdot-dnya.ru/smeshnye-novosti/1421-osuzhdennyj-uslovno-sam-poprosilsya-v-tyurmu>; Сбежавший зек попросился обратно в тюрьму; URL: <http://www.utro.ru/articles/2008/05/14/737794.shtml>

предусмотренные законом, то применяются правила международно-го договора».

В целом интерполяция позитивного права – это явление, пронизывающее всю правовую систему, доктрину и юридическую практику, и обуславливается оно иллюзией в форме симулякра об эффективности правового регулирования, однако практика формирования и реализации законодательства свидетельствует об обратном.

Отметим еще одну проблему теории государства и права – суждения о том, что теория государства и права потеряла фундаментальную роль в правоведении и юридической практике.

Чтобы обосновать или опровергнуть, являются ли данные суждения симулякрами, а также выявить специфику отношения к теории государства и права со стороны обучающихся и практиков в сентябре 2015 г. было проведено социологическое исследование. В исследовании принимали участие 108 выпускников 2015 г. Владимирского юридического института ФСИН России (1 группа) и 60 практических работников правоохранительных органов (суда, прокуратуры, адвокатуры, ФСИН), отработавших по специальности не менее 10 лет (разбивка по категориям правоохранительных органов не проводилась, учитывался только срок работы или службы) (2 группа). Опрос проводился в виде закрытого анкетирования без учета демографических факторов¹.

Гипотеза исследования предполагает, что выпускники и практические работники признают значимость теории государства и права при изучении юриспруденции, для практики с позиции респондентов теория государства и права не нужна.

Первая группа вопросов касалась *представлений участников о сущности теории государства и права*.

На вопрос о понятии теории государства и права большинство респондентов первой группы ответили, что теория государства и права – это наука о наиболее общих закономерностях возникновения, развития и функционирования государства и права, а также о связанных с ними формах сознания (78%). Большинство респондентов второй группы ответили, что теория государства и права – это наука о государстве и праве.

¹ Опрос проводился межвузовской рабочей группой (Р.Б. Головкиным и О.Д. Третьяковой) при участии преподавателей, адъюнктов и студентов ФКОУ ВПО «Владимирский юридический институт федеральной службы исполнения наказаний» и ФБОУ ВО «Владимирский государственный гуманитарный университет им. А.Г. и Н.Г. Столетовых».

На вопрос о том, можно ли считать, что теория государства и права является хорошим подспорьем в изучении юриспруденции, большинство респондентов ответили положительно – 82,3% (1 группа) и 74,6% (2 группа).

На вопрос о том, насколько теория государства и права помогла в изучении других юридических дисциплин, ответы были противоречивы. Так, большинство респондентов 1 группы отметили в своих ответах, что теория государства и права если и помогала в изучении других дисциплин, то не существенно (58,4%). 19,2%. Юристы-практики (2 группа) в большинстве ответили, что теория государства и права существенно помогла в изучении других юридических дисциплин (56,8%).

Интересен тот факт, что 3,2% выпускников теория государства и права мешала в изучении других юридических дисциплин.

На вопрос о том, что из теории государства и права чаще всего используется отраслевыми юридическими науками, ответы участников опроса обеих групп были схожи, и большинство из них ответили, что теория государства и права используется отраслевыми юридическими науками. Обычно это происходит в части понятийно-категориального аппарата, правовых символов, правил формирования нормативных правовых актов, учения об актах реализации законодательства, о юридической ответственности, о правоотношении и юридических фактах. Иными словами, большинство респондентов отметили в анкетах графу «Все перечисленное»: 74,1% (1 группа) и 82,4% (2 группа).

На вопрос о явлениях, изучаемых теорией государства и права, большинство участников анкетирования ответили, что теория государства и права изучает наиболее общие, закономерные явления, характеризующие бытие государства и права: 54,6% (1 группа) и 67,2% (2 группа). Меньшинство ответили, что теория государства и права изучает, как правило, закономерные и случайные явления, характеризующие бытие государства и права: 42,1% (1 группа) и 33,3% (2 группа).

В целом результаты анкетирования по данной группе вопросов свидетельствуют о верных представлениях выпускников и практиков о сущности теории государства и права.

Вторая группа вопросов была направлена на изучение оценок значения теории государства и права для практики

На вопрос, «насколько необходима теория государства и права для юридической практики, утвердительно ответили 72,4% юристов-практиков, а 68,6% выпускников считают, что теория государ-

ства и права нужна лишь для отдельных видов юридической практики (например, для правотворчества).

На вопрос о том, что первично – теория государства и права или юридическая практика, большинство респондентов 1 группы ответили, что первична практика, так как на основе практики формируются различные концепции, и в конечном счете, теория – 72,1%. Респонденты 2 группы в основном ответили, что в отдельных случаях первична практика, так как она обуславливает необходимость в теоретическом обобщении, но на основании этого обобщения теорией планируется будущая практика – 60,6%.

На вопрос о том, в чем проявляется значение теории государства и права для правоприменительных процессов, респонденты 1 группы преимущественно ответили, что во влиянии на правовое поведение участников правоотношений, в отражении теоретической информации в письменных юридических предписаниях и в систематичности воздействия теоретических сведений на поведение индивидов (56,6%). Ответ большинства 2 группы опрошенных – значение теории государства и права проявляется во влиянии на правовое поведение участников правоотношений (73,8%).

На вопрос о том, можно ли считать теорию правотворчества частью юридической практики в виде законотворчества, большинство в обеих группах ответили, что теория и практика законотворчества это взаимосвязанные, но самостоятельные явления, поэтому можно считать теорию частью практики правотворчества, но и наоборот – практика правотворчества это часть теории правотворчества: 72,1% – 1 группа, 69,2% – 2 группа.

В целом по данной группе ответов на вопросы можно заключить, что все респонденты достаточно высоко оценивают значение теории государства и права для юридической практики.

В рамках третьей группы вопросов изучалась регулятивная роль теории государства и права.

На вопрос о том, можно ли с помощью теоретической концепции регулировать правовые отношения, респонденты ответили неоднозначно. «Пальму первенства» поделили два ответа: 1) с помощью теоретической концепции можно регулировать правовые отношения в правовых системах, где правовая доктрина признается в качестве источника права – 44,2% респондентов (1 группа) и 38,5% (2 группа); 2) с помощью теоретической концепции можно регулировать правовые отношения, но не напрямую, а через правосознание – 36,8% (1 группа) и 43,0% (2 группа).

На вопрос о формировании теорией государства и права жизненных стратегий и целевых установок личности положительно ответили 83,6% выпускников и 88,1% практиков.

На вопрос о том, с каких теоретических позиций оценивается, свое поведение и поведение других лиц, большинство респондентов обеих групп ответили, что на основе теории прав человека, теории правоотношений, теории государства и теории юридической ответственности – 66,3% (1 группа) и 70,0% (2 группа).

Вопрос о том, насколько современная теория государства и права регулирует общественные отношения, положительно для себя решен 33,9% выпускников и 12,0% практиков. Отрицательно на этот вопрос ответили 54,7% выпускников и 88,1% практиков.

В целом анализируя ответы по вопросам данной группы, можно считать, что у теории государства и права имеются определенный регулятивный потенциал, что, в свою очередь, свидетельствует об еще одном направлении интерполяции позитивного права.

Резюмируя итоги исследования, можно заключить, что гипотеза опроса подтвердилась:

во-первых, с точки зрения респондентов – участников проведенного исследования, необходимость в теории государства и права для юриспруденции бесспорна. Это наука и учебная дисциплина, формирующая понятийную базу правосознания будущих юристов;

во-вторых, значение теории государства и права неочевидно для выпускников юридического вуза, но вполне осязаемо и понятно для юристов-практиков;

в-третьих, теория государства и права имеет некоторые регулятивные свойства, как правило, опосредованные через правосознание, что является дополнительным основанием интерполяции позитивного права и обстоятельства.

Регулятивность теории государства и права обусловлена ее влиянием на правосознание субъектов правоотношений. Кроме того, теория государства и права – это часть правовой доктрины как источника права.

Следовательно, теория государства и права для выпускников юридических вузов и практиков с многолетним стажем имеет существенное значение как для правовой науки в целом, так и для юридической практики в частности.

Таким образом, юридические иллюзии в форме симулякров государства и права достаточно прочно укрепились в общественном

сознании и не только играют негативную роль (в отдельных случаях интерполяции позитивного права), но и имеют позитивное значение для организации общественных отношений и поддержания стабильности жизнедеятельности общества.

В.М. Баранов

1.3. ЭНЦИКЛОПЕДИЯ ЮРИСПРУДЕНЦИИ – ИНТЕГРАТИВНОЕ РАЗВИТИЕ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

Не являясь сторонниками «квалификации» теории права и государства как науки и учебной дисциплины, находящейся в глубоком кризисе, приведем слова П.А. Плюто: «Часто употреблением мало что объясняющего термина “кризис” констатируется тот факт, что социально-экономическая и социально-политическая ситуация в случае серьезных вызовов и коллизий современного общества в очередной раз оказывается у грани, за которой нет ясности, “что будет дальше” и “куда двинется мир завтра”»¹.

Не было ни одного десятилетия, ни одного года, когда бы не появлялось определенное число (большое либо малое) новаторских общеправовых работ.

Одной из причин невостребованности данных этой науки юридической практикой, слабого использования в отраслевых правовых науках, неприятия в студенческой среде является ее **эkleктизм** в названии, содержании и форме. Подавляющее число дефектов и пороков общей теории права и государства обусловлено искусственным недопустимо волюнтаристским субъективным соединением в ней двух совершенно разных самостоятельных и, если угодно, несовместимых друг с другом феноменов – права и государства.

Точно так же можно смоделировать, поскольку в юридическом мире все так или иначе связано, следующие науки и учебные курсы: «теория права и гражданского общества», «теория права и культуры», «теория права и техники». До сих пор почему-то нет «Теории политической и правовой системы».

¹ Плюто П.А. Исследование реальности социокультурного виртуального: опыт анализа социокультурных иллюзий: монография. М., 2014. С. 9–10.

Иными словами, при таком механическом подходе к праву в рамках общей теории можно присоединить к нему все, что угодно, и подобрать для этого адекватную мотивировку, разумную аргументацию. Более того, это станет выглядеть инновационно, хотя существо проблемы ценностного статуса общеправовой науки от этого не изменится.

Консерватизм юридического мышления – нужное и ценное качество, но при условии добротного качества предмета консервации, временных рамок и периодов консервации, ее процесса и результата и даже «приправы», которая при необходимости при этом используется.

В дореволюционной России абсолютно подавляющее число научных и учебных курсов и лежащих в их основе наук называлось «теорией права» либо «энциклопедией права». Почему отечественная юридическая мысль не законсервировала этот этап развития общеправовой науки?

По Общему уставу 1835 г. вводится курс «Энциклопедия законоведения и российские государственные законы», который, по сути, отражает постепенно складывающуюся тенденцию к соединению правового материала с изложением норм о государственном строе. Согласно Уставу энциклопедия законоведения включала как самостоятельные части энциклопедию юридических и политических наук и историю философии права.

В соответствии с Общим уставом 1863 г. преподавание общетеоретического курса закрепляется за тремя кафедрами: энциклопедии права; энциклопедии юридических и политических наук; истории философии права.

По Общему уставу 1884 г. «в юридическом факультете полагается» объединенная кафедра энциклопедии права и истории философии права, а в практику преподавания повсеместно внедряется курс «Общая теория права».

Теория государства и права – **продукт** советского времени, когда политическое стало доминировать над всем, когда партийное стало превалировать не только над юридическим, но над общественным и личным.

В 1920-е годы общетеоретическая правовая дисциплина преподавалась в разнообразных курсах под различными названиями, в том числе как «Введение в изучение наук о праве и государстве», «Общее учение о праве, государстве и Советской Конституции».

Дальнейшая политизация советской юридической науки привела и к закреплению названия курса «Теория государства и права» с занятием «государством» ему подобающего первого места, что отражало реальное соотношений данных категорий в официальной идеологической

доктрине. Между тем теория государства не может быть по своей природе **юридической** наукой и **правовой** учебной дисциплиной.

Полагаем, что теория государства и права – нежизненный эмбрион, мертворожденное дитя. Не ради саморекламы, а для доказательства этого обстоятельства следует напомнить, что в 1993 г. в Нижнем Новгороде на базе узкоспециализированной академии МВД был опубликован под редакцией В.К. Бабаева курс лекций «Общая теория права». (То был период академической свободы, и через решение ученого совета мы отступили от Госстандарта и несколько лет преподавали эту дисциплину. Затем победил Госстандарт, и все вернулось на круги своя). В предисловии к этому изданию были даны доктринальные объяснения такого подхода. Приведем некоторые из них «Государство и право – явления, тесно связанные, но достаточно автономные и крайне разноплановые. Каждое из них имеет свое содержание, специфические закономерности функционирования и развития»¹ – вот первый важный тезис; не менее важна фиксация – «теория права разрабатывалась основательнее, нежели теория государства». И это понятно: базовые категории, юридические институты и процедуры сложились и были сформулированы еще древнеримской юриспруденцией.

Что касается тенденции советского государства, то она сводилась к комментированию решений партийных съездов. Полагаем, что и ныне оправданна оценка теории государства, которая прозвучала тогда: «наука о государстве располагает грудой разрозненного и противоречивого материала, не соединенного продуманной концепцией и размытого в предметных границах»².

Справедливости ради следует отметить, что не теория государства и права, а только общая теория права оказывалась порой предметом учебников и учебных пособий самых разных авторов и в советский период развития отечественной юридической мысли³. Иногда в учебниках по общей теории права специально фиксируется неотъемлемая связь государства и права, анализируется формирование

¹ См.: Общая теория права: / курс лекций / под ред. В.К. Бабаева. Н.Новгород, 1993. С. 4.

² Там же. С. 5.

³ См.: Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976; Лившиц Р.З. Современная теория права: краткий очерк. М., 1992; Общая теория права / под ред. А.С. Пиголкина. М., 1995; Дробязко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права: учебное пособие для вузов. Минск, 2005; Вопленко Н.Н. Очерки общей теории права. Волгоград, 2009; Лебедев А.Ф. Общая теория права. Минск, 2013. В этот ряд уместно поместить и зарубежную работу: Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. М., 2000.

концепта правового государства¹. Кстати, правовое государство – симулякр (согласно на позиции В.В. Лазарева), ибо не было, нет и вряд ли когда-либо появится государство, в большей или меньшей степени не «обрамленное» правом, существующее вне какого-либо правового пространства. Именно поэтому словосочетание «правовое государство» – доктринальная метафора, которая не может быть аргументом против размежевания теории государства и теории права.

Считаем тождественными, равнозначными понятия «правление права», «верховенство права», «господство права», «преобладание права». Солидарны с тезисом: «По внутренней композиции, по своим обозначениям, в семантической и синтаксической части, как и в части вероисповедальных основ, верховенство права и правовое государство, при всей из общности, не во всем совпадают и представляют собой связанные общим происхождением, но *существенно разные* (курсив мой. – В.Б.) политико-правовые явления»². Нюансы и оттенки различия между правлением права и правовым государством при желании и пристрастном усердии можно обнаружить. Но они, полагаем, не изменяют существа – первичности и фундаментальности юридического начала в устройстве, развитии и функционировании правового государства. Правление права в идеале относится не только и, может быть, не столько к государству, сколько к гражданскому обществу, ко всем иным субъектам и объектам, которые попадают в юридически значимую орбиту его действия. Миссия права – **управлять** теми сферами жизнедеятельности людей, которые относятся к его предмету и компетенции.

Если абстрагироваться от понятия «симулякр», которое так импонирует В.В. Лазареву, то все обозначенные такой познавательной «фигурой» правовые явления можно охарактеризовать в качестве **временно фиктивных**. «Правовое государство», «народовластие», «высшая ценность прав человека» – пока фиктивны (полностью или

¹ См.: Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: учебник. Изд. 2-е. М., 2016. С. 508–587. Теснейшая связь государства и права отличается и детально исследуется с давних времен. Хлебников Н.И. Право и государство в их обоюдных отношениях. Варшава, 1874; Жилин А.А. Право и государство в их взаимных отношениях. Киев, 1909.

² Арановский К.В., Князев С.Д. Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений. М., 2016. С. 124. Подробнее о правовом государстве как проблеме XXI века см.: Вестов Ф., Фаст О.Ф. Правовое государство: теоретическое проектирование и современная политическая практика. М., 2015.

частично), но вполне могут наступить времена, когда они обретут свое истинное содержание и станут реально действующими.

Свои регулятивные, распорядительные, контрольные и иные организационно-властные функции государство осуществляет, прежде всего, посредством права, и только в этом ракурсе оно может и должно присутствовать в энциклопедии. Право при этом не должно терять своей относительной самостоятельности и вполне может быть вычленено среди множества факторов, взаимодействующих по самым различным направлениям и параметрам с государством.

Теория государства в содержательном плане вполне вписывается в **политологию**, которую можно модифицировать к профилю юридической подготовки. Преподавать энциклопедию и политологию, реформированную под государствоведческую проблематику, предпочтительно параллельно.

Полагаем, что перспективный путь развития современной общей теории права и государства лежит в русле **постепенного** преобразования ее в **энциклопедию юриспруденции** (далее – энциклопедия) именно юриспруденции, а не права. Даже «общая теория права» ныне не может быть временным выходом из создавшейся доктринальной и дидактической ситуации. Любая отраслевая юридическая наука – теория. И нет такой лакмусовой бумажки, которая бы отделяла общее и частное, абстрактное и прикладное. Амбициозные споры на этом поприще неизбежны, бесконечны и, как правило, безрезультатны.

Парадигма общетеоретической, общеправовой подготовки юристов должна быть иной – более высокой по статусу, несравненно богаче по содержанию, гибче по форме.

Г.И. Муромцев, выступая противником идей мирового права и интегральной юриспруденции, предлагает один из методологически приемлемых путей: «выйти на более высокий уровень абстракции – от правовых систем к правовым культурам»¹. Утверждение о том, что культурно-исторический подход есть решение всех проблем создания и признания энциклопедии, но поиск более высокого (вопрос – насколько именно высокого) уровня абстрагирования в общетеоретических исследованиях, безусловно, назрел. И только на этом поприще мыслим реальный прирост знаний, который повысит их ценность и практический статус.

¹ Муромцев Г.И. Юридическая энциклопедия, интегративная юриспруденция или правовая культурология? // Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания: материалы Седьмых философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца / отв. ред. В.Г. Графский. М., 2013. С. 45.

Целостность, универсальность¹, последовательность (процессуальность), результативность – вот главные свойства, которых надо достичь, и следовательно, необходимо найти адекватный уровень абстракции, обеспечивающей действие этих свойств. Эти свойства и есть системообразующее начало энциклопедии. Нет смысла в поиске методологических различий между энциклопедией и интегрированным правоведением. По верному замечанию В.Г. Графского, «интегративная юриспруденция может выполнить синтезаторскую роль в виде нового издания энциклопедии права»².

Есть хорошая английская пословица: «Люди, живущие в стеклянных домах, не должны бросаться камнями». Рассуждая о сути, судьбе и направлениях развития общей теории права и государства надо иметь в виду то, что разрушить этот дом легко, а восстановить потом будет невозможно: требуется осторожный отбор всего содержательно-ценного из нынешней общеправовой науки, формирование и формулирование поистине **фундаментальных основ** юриспруденции, таких основ и столько основ, сколько требуется для подготовки высококлассного юриста.

Сразу и к какому-то сроку энциклопедию юриспруденции не создать. Промежуточный, но надежный выход видится в разработке новаторских авторских интегрированных учебных общетеоретических курсов, которые должны оцениваться юридической общественностью на предмет возможности вхождения в энциклопедию. Например, В.Б. Исаков плодотворно разрабатывает уникальный авторский курс правовой аналитики³, активно его популяризирует. Возникает непростой вопрос: кто и когда в состоянии оценить этот солидный, обстоятельный, многоплановый труд и решить, что это «момент истины», который может и должен войти в сокровищницу энциклопедии.

¹ Следует подчеркнуть, что далеко не всегда интегративность предполагает и означает универсальность.

² Графский В.Г. Актуальные направления критического изучения права и правоведения // Актуальные направления анализа права и правоведения: проблема междисциплинарного понимания и сотрудничества: материалы Девятых философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца / отв. ред. и сост. В.Г. Графский. М., 2015. С. 23. Однако исследователь допускает, что интегративная юриспруденция может синтезировать и иные варианты обобщения правовых знаний (философия права, введение в законоведение и обществознание).

³ См.: Исаков В.Б. Правовая аналитика: учебное пособие. М., 2015; Исаков В.Б. Говорите языком схем: краткий справочник. М., 2016.

Без многообразия самобытных современных авторских курсов, апробированных практикой, немислима гуманизация высшего юридического образования, невозможно право образовательного выбора. В конечном счете энциклопедия в своей **динамической части** станет выжимкой лучших авторских учебных курсов, в основе которых всегда лежит **научный результат, научное достижение**. В этом смысле энциклопедия может и должна стать синтезом науки, дидактики, воспитания.

Полагаю, что именно развернутые практически ориентированные авторские курсы **на завершающем этапе** высшего правового образования могут и должны составить основу **специализации** юриста. Здесь имеются в виду авторские курсы иного рода и другого уровня – это должны быть «выпускающие» курсы, по окончании которых присваивается конкретная профессиональная классификация и предоставляется должность. При таком подходе – через 5–7 лет выяснится, кто качественно готовит специалистов-правоведов, а кто является «урокодателем» от юриспруденции.

Предлагая версию развития теории государства и права в форме энциклопедии, отнюдь не настаиваем на том, что этот путь единственно правильный и лучший. Может быть, он окажется худшим, но его надо апробировать наряду с другими.

Энциклопедию целесообразно формировать на **условиях**, которые при желании можно сформулировать как принципы.

Прежде всего, из энциклопедии необходимо исключить материал теории государства. Речь идет не о том, что он устраняется, а о том, что он переносится, отделяется от главного и единственного предмета – права. Это серьезный вопрос, но решать его надо. «Государственное» должно присутствовать в энциклопедии, но лишь там и в такой мере, в какой она помогает раскрыть юридическое. Государство в энциклопедии может и должно быть фоном освещения правового, но не доминирующим субъектом.

Полагаем необходимым и принципиальным при характеристике общеправовых феноменов не применять консервативный шаблон, который давно уже является общим местом в наших публикациях – «*политико- юридическое*»¹. По всей видимости, надо все-таки

¹ В этом контексте сложно согласиться с В.В. Лазаревым, когда он утверждает, что «любая правовая позиция носит политический характер» Лазарев В.В. Законодатель как сторона в конституционном судопроизводстве: судебные речи. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2015. С. 92.

научиться различать «политическое» и «правовое», если последнее входит в категориально-понятийные ряды энциклопедии. Политическая воля государства не может быть доминирующим и тем более единственным **основанием** права в демократически организованном государстве и реально функционирующем гражданском обществе.

Государство – автономный феномен, субъект иной природы и роли, нежели право. Мы не видим закономерностей, **общих** для права и государства.

То, что ныне подается в научной и учебной литературе в качестве общих закономерностей права и государства, при элементарном анализе оказывается либо «натяжкой», либо гиперболизацией существующего правового состояния, либо дань традиции. У права – свои (кстати, еще до конца не выясненные) закономерности возникновения, развития и функционирования. Их и надо многопланово и специально исследовать.

Категории «государство» и «право» не могут находиться в **логических отношениях**, поскольку не имеют общих признаков и потому не являются **сравнимыми**.

И здесь об одном интересном нюансе: юриспруденция не может заикливаться на закономерностях – надо изучать и **случайное**. Из частностей нередко вырастают крупные научные направления. Случайное правовое обстоятельство может сломать юридическую стратегию. Может быть, существуют закономерности возникновения правовых случайностей? Или это юридический нонсенс?

Право – самостоятельная **метаструктура**, независимые **метаотношения**, реальное **метасостояние**. Это и есть цельный предмет энциклопедии. Мыслим и другой вариант научного обоснования предмета энциклопедии – считать таковым правовую реальность, взятую в предельно широком для общетеоретического пласта юридических знаний смысле. Рано или поздно, но дискуссии о природе и логико-гносеологических возможностях правовой реальности¹ завершатся, и именно тогда предмет энциклопедии приобретет относительно четкие контуры и устойчивую структуру. В правовой реальности есть феномены, которые внешне очень похожи на так называемые симу-

¹ См.: Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: монография. Харьков, 2002; Бачинин В.А., Сальников В.П. Правовая реальность в контексте цивилизации и культуры. Методология причинного анализа. СПб., 2005; Гаджиев Г.А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2013; Веденеев Ю.А. Правовая реальность: онтология и эпистемология // Lex Russica. 2015. № 5. С. 7–22.

лякры. Например, реалиями правового сознания являются не только действительные, рациональные, но и мнимые, иррациональные, ложные феномены. Все это – актуальный либо возможный самоорганизующийся мир правовой культуры, который тоже подлежит изучению энциклопедией.

Кстати, филологи и другие специалисты гуманитарного профиля «жестко», последовательно и многопланово разводят юридическую и политическую терминологию, правовой и политический язык. При подготовке специалистов по лингвистической экспертизе законопроектов рекомендуется четко отличать юридические термины от политических. Этот факт до сих пор учитывается правоведами не в полной мере, и потому консервативным и отнюдь не безвредным шаблоном юриспруденции является словосочетание «политико-юридический» феномен.

Актуализируется проблема языка морали¹, и не ясно, почему в энциклопедии не поставить и не решить, хотя бы в первом приближении, вопрос о чистоте и относительной автономности языка права.

Почему именно энциклопедия выступает, по нашему мнению, приемлемой, удобной, перспективной формой компоновки общетеоретического знания о праве? Можно высказать некоторые сомнения и сложности ее подготовки. Например, сильно охлаждает «пыл» глубокое высказывание одного из исследователей: «Энциклопедия – это арлекинская одежда, в которой есть несколько кусков хорошей материи, но слишком много лохмотьев»². Полагаем, задача для гуманитарной науки, практики, учебного процесса ясна – надо учиться искать и скреплять куски хорошей правовой материи и безжалостно отсекавать «юридические лохмотья». Кто-то всерьез или шутивно может заявить, что нескромно величать себя энциклопедистами.

Исследователи и преподаватели энциклопедии вряд ли станут сравнивать себя с мыслителями XVIII в.³, понимая, что в нынешний век информации быть энциклопедистом (в узком смысле слова) просто-напросто невозможно.

¹ Разин А.В. Язык морали и перспективы развития дискурсивной этики // Проблемы языка в глобальном мире: монография / под ред. Е.В. Ганиной, А.Н. Чумакова. М., 2016. С. 147–157.

² Цит. по: Энциклопедия ума, или Словарь избранных мыслей авторов всех народов и всех веков / сост. по французским источникам и пер. Н. Макаров. СПб., 1878. С. 381.

³ Энциклопедисты – французские просветители, участвовавшие во главе с Д. Дидро в создании «Энциклопедии, или Толкового словаря наук, искусства и ремесел».

Сложность подготовки энциклопедии и в том, что в науковедении до сих пор с надлежащей точностью не определен **жанр систематизации знания** этого уровня. Издано множество энциклопедий весьма экзотичного свойства, которые подрывают высокоценный статус такого класса работ. Например, опубликована «Полная энциклопедия узлов», где описываются и предлагаются рисунки более 200 способов вязания узлов¹. Встречаются издания популярного толка². Следует отметить, что такого рода источники издавались в дореволюционной России в рамках распространения в народе грамотности, в том числе в области юриспруденции³. Есть даже своего рода «именные» энциклопедии⁴.

Вместе с тем встречаются публикации явно энциклопедического уровня, но называющиеся по-иному. К их числу можно отнести «Этимологический словарь русского языка» М. Фасмера в четырех томах (СПб.: Азбука, 1996).

Жанр энциклопедии теснейшим образом связан с предметом (объектом), научные и вненаучные знания о котором систематизируются. Например, «русская цивилизация» и «Россия» по вполне понятным

¹ См.: Джеффри Будворт. Узлы. Полная энциклопедия. М., 2014.

² См.: Энциклопедический словарь юного филолога. М., 1984; Русская охота: энциклопедия. М., 1999; Популярная художественная энциклопедия: архитектура, живопись, скульптура, графика, декоративное искусство / гл. ред. В.М. Полевой. М.: в 2 кн. М., 1999; Большая энциклопедия литературных героев: в 4 т. / под ред. М. Глобачева. М., 2001; Мировая энциклопедия биографии: в 12 т. / под ред. В.Г. Рапогов, И.Б. Шустова. М., 2002; Энциклопедический словарь. Детям – обо всем на свете. М., 2005; Большая историческая энциклопедия / Новиков С.В. и др. М., 2005; Современная школьная энциклопедия / Под ред. А.А. Кузнецова и М.В. Ражакова. М., 2009; Дьяконов М., Невский А.А. Энциклопедия фитнеса и физической культуры. М., 2011; Новиков И.П. Большая энциклопедия домашнего мастера. М., 2011; Красота большая энциклопедия / сост. О. Ситникова. М., 2012; Легкая атлетика: энциклопедия: в 2 т. Автор идеи и руководитель проекта В.П. Штейнбах. М., 2012; Современная энциклопедия. Мода и стиль. М., 2012; Футбол: энциклопедия: в 3 т. Автор идеи и руководитель проекта В.П. Штейнбах. М., 2013; Донская энциклопедия: в 2 т. / сост. М.П. Остапенко. Таганрог, 2015; Фомина О.Н. Порошковая металлургия: энциклопедия международных стандартов. М., 2015; Энциклопедия внешнеэкономической деятельности / С.К. Мизанбекова, Л.Т. Печёная, Л.Н. Иванова-Швец и др. М., 2015.

³ См.: например: Народная энциклопедия научных и прикладных знаний. Т. XI. Общественно-юридический. 2-й полутом. (М.: Типография Товарищества И.Д. Сытина, 1912) содержит на 404 страницах «круг знаний» по следующим предметам: общее учение о праве; уголовное право и уголовное судопроизводство; государственное право; административное право (общественное благоустройство); гражданское и торговое право и гражданское судопроизводство; международное право; социология (общий очерк).

⁴ См.: Шварценеггер Арнольд. Классическая энциклопедия бодибилдинга. М., 2014; Мясников А.Л. Энциклопедия доктора Мясникова о самом главном. М., 2015.

(и не только по патриотическим) причинам заслуживают статуса энциклопедии¹.

Право в целом и российское право в частности, полагаем, находится в этом ряду и потому может и должно быть предметом энциклопедии. Кстати, если прибегать к аналогии, то философия как отрасль науки уже «обзавелась» не просто энциклопедией, а **всемирной энциклопедией**².

Как видим, разновидностей энциклопедии как способа аккумуляции знаний много – научно-справочные издания, словари, сборники, которые могут быть универсальными, отраслевыми, национальными, региональными, алфавитными или проблемно систематизированными, большими, малыми и краткими. Энциклопедическое дело развивается по самым различным направлениям, и, по всей видимости, можно взять обозначение жанра, смоделировать отдельные принципы и структуру, необходимые для той или иной науки с учетом ее предмета и практических преломлений. Те, кто выступает за внедрение энциклопедии в качестве вводного, ознакомительного, подготовительного учебного курса, вероятно, привержены энциклопедии как жанру популярной, упрощенной литературы. Этот путь вряд ли рационален. Так называемый словарь категорий и понятий теории государства и права вполне можно переместить во введение в юридическую специальность. Многие обучающиеся (особенно на заочных факультетах) сводят освоение учебного курса теории государства и права только к зазубриванию основных категорий и зачастую не в состоянии раскрыть их самым простейшим образом. При этом они искренне недоумевают, почему преподаватель требует от них каких-то пояснений и иллюстраций. Теория государства и права представляется им набором терминов, которые надо выучить и после экзамена забыть по той простой причине, что они не видят за ними реальной юридической жизни. Хочется надеяться, что энциклопедия может помочь в преодолении и этого дефекта современной общеправовой подготовки.

Энциклопедия юриспруденции может быть принципиально новым по структуре и составу сводом сугубо юридических знаний. Энцикло-

¹ См.: Энциклопедический словарь русской цивилизации / сост. О.А. Платонов. М., 2000; Большая российская энциклопедия. Том «Россия». М., 2004.

² См.: Всемирная энциклопедия: философия XX век / главн. науч. ред. и сост. А.А. Грицанов. М., 2002.

педия должна содержать систематизированный свод разнородных научных знаний, относящихся непосредственно или косвенно к одному четко обрисованному предмету – праву во всех его проявлениях и связях. В энциклопедию желательно поместить не описание этих знаний, а краткие аналитические выкладки с применением самых современных методов научного исследования.

Энциклопедия – приемлемая форма компоновки научного и дидактического материала, потому что это будет логическим развитием дореволюционных российских курсов энциклопедии права¹. Дореволюционные энциклопедии по праву были разноплановы, но каждая по своему была оригинальна. Например, юридическая энциклопедия профессора Капустина долгое время была рукописной (год написания не известен) и состояла из трех частей. Часть I («Философия права») начиналась разделом «Энциклопедия законоведения». В этой части содержались параграфы «Очерк истории и литературы юридической энциклопедии», «Разделения юридической энциклопедии», «Источники происхождения права», «Анализ определения права», «Исторический и народный принцип права», «Объективный элемент права», «Субъекты права», «Объект права». Часть II и III посвящены истории права и юриспруденции.

Пожалуй, самой основательной (и по содержанию, и по объему) была двухтомная «Энциклопедия законоведения» доктора прав и ординарного профессора энциклопедии законоведения и учреждения Российской империи в Университете Св. Владимира Константина Неволлина (первый том издан в 1839 г. в Киеве, второй – в 1840 г.). Его энциклопедия подразделена на общую и особенную части.

Хотя совершенно очевидно, что энциклопедия по содержанию (да и по структуре) мало будет иметь общего с вышеобозначенными трудами, поскольку они стояли в начале пути, у истоков формирования общеправового знания.

¹ См.: Аренс Г. Юридическая энциклопедия: философия права, философский обзор, история права и история положительного права у народов Востока, греков, римлян, германцев и других европейских народов / пер. с нем. М.: тип. Карла Андерса, 1862; Ренненкампф Н. Очерки юридической энциклопедии. Киев, 1868 (по свидетельству Н. Ренненкампфа, на с. 5 первым энциклопедией права назвал свое сочинение, вышедшее в 1675 г., Гуний); Очерки юридической энциклопедии. Киев, 1880; Палиенко Н.И. Предмет и задачи энциклопедии права и идеи права: вступительная лекция. Ярославль, 1900; Радбрух Г. Введение в науку права / пер. с нем. М., 1915; Спекторский Е. Задача энциклопедии права. Киев, 1915; Тарановский В.Ф. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917.

Энциклопедия представляется сводом разноплановой информации о юридической действительности во всех ее формах и проявлениях – в теории, практике, технике возникновения, совершенствования, функционирования правовых феноменов (явлений). Иными словами, энциклопедия – цельная система знаний о праве и правовом. **Уровень абстрагирования материалов** в энциклопедии должен быть значительно выше, нежели существующий ныне в общей теории права и государства. При первом приближении можно констатировать, что энциклопедия должна состоять из логически структурированных **теорий разного уровня**. Если юридическое явление «не доросло» до **теории**, то это пока не предмет энциклопедии. Энциклопедия призвана быть **системой** последовательно вытекающих друг из друга иерархически выстроенных теорий. При этом энциклопедия не может быть системой **однородных** научных знаний, сводом только архитектуретических суждений. Она может «отобрать» некоторое число **теорий среднего уровня**. Этим видом систематизации научных знаний являются теории с ограниченным средним диапазоном применения, которые занимают промежуточное положение между конкретными эмпирическими закономерностями и высокоабстрактными интеллектуальными схемами¹. Юриспруденции предстоит установить общеправовой смысл теории среднего уровня, основателем которой с 1947 г. является классик социологии Р.К. Мертон.

Недостаточно при формировании структуры энциклопедии иметь в виду только ее иерархию, уровень – нельзя упускать из виду качество среднего радиуса действия, области функционирования, зоны охвата.

Теории среднего уровня в юриспруденции – такая содержательная систематизация знаний, которая обеспечивает гибкую посредническую связь между правовой эмпирической и глубокими теоретическими концепциями.

Проблемы классификации теории среднего уровня энциклопедии, соотношение отраслевых и специальных теорий, взаимопроникнове-

¹ См. подробнее: Городяненко В. Теории среднего уровня: место в структуре социологического знания и тенденции развития: историографический анализ на материале стран СНГ // Социология: теория, методы, маркетинг. 2001. № 4. С. 187–202; Девятко И.Ф. Р. Мертон и его теория среднего уровня // История теоретической социологии: в 4 т. / под ред. Ю.Н. Давыдова. М., 1997. Т. 3. С. 250–270; Покровский Н.Е. Одиннадцать заповедей функционализма Р. Мертона // Социс. 1992. № 2. С. 114–117; Тарасенко В.Г. Постулаты права. М., 2009. С. 9, 59, 107; Баранова М.В. Право и реклама (общетеоретический аспект). Н. Новгород, 2010. С. 34.

ние теоретического и эмпирического правоведения – одно из магистральных направлений развития общей теории права и государства.

Мне неясен один науковедческий вопрос применительно к формированию энциклопедии. Как определить статус **научного направления** и надо ли его анализировать в энциклопедии, если еще не сложилась концепция, отсутствуют эмпирические результаты, нет четкого понимания предмета и методов научного поиска?

В энциклопедии непременно останется место для концепций, гипотез, категорий – кентавров, метафор, прикладных рекомендаций.

Постоянное расширение предмета общеправовых знаний, систематическое возникновение новых юридически значимых объектов – очевидная закономерность, и это еще один аргумент, ибо динамическая часть энциклопедии будет в состоянии своевременно «отобразить» их. Так или иначе, но включению в энциклопедию подлежат лишь те научно-практические знания, которые работают на профессию юриста, требуются для компетентного выполнения правовой функции.

Энциклопедия позволит многодисциплинарно учесть и международно-правовые аспекты. Трудно не согласиться с В.Е. Чиркиным, когда он, анализируя природу наднационального права и государственного суверенитета¹, подчеркивает необходимость уточнения понятий «государствоведение» и «право».

Что касается **статистики** энциклопедии, обязательных, неперенных ее структурных элементов, то они могут быть раскрыты следующим образом.

Философия права – анализ тех предельных философских категорий, понятий, терминов, которые **применимы** к праву. До сих пор многие философско-методологические инструменты правововедами не освоены, не все категории «преломлены» к юридической сфере. Хотя в последнее время налицо обогащение этой области – мера в праве, риск в законотворчестве и реализации юридических норм, правовое состояние, время в праве и др.

Особое внимание в этом разделе стоит уделить обновленной трактовке **гносеологии права** с упором на специфику юридического мышления. И здесь уместно возразить В.В. Лазареву и многим другим убежденным противникам возможности и необходимости оценивать

¹ См.: Чиркин В.Е. Наднациональное право и государственный суверенитет (некоторые проблемы теории). М., 2015. С. 14.

юридические нормы как истинные или ложные¹. Полагаем, что есть логико-гносеологические и аксиологические проблемы, решение которых в настоящее время невозможно. Убедительные доказательства теоретической и практической необходимости истинностной оценки юридических норм непременно будут найдены в ближайшей перспективе.

Истина – саморегулирующаяся система знания, аккумулирующая в себе многообразный практический опыт. Противники истинностной характеристики юридических норм обычно имеют в виду какой-то один вариант философского осмысления истины, какую-то одну концепцию (корреспондентскую, когерентную, прагматическую, онтологическую, экзистенциальную) истины. Они упускают из виду или сознательно отбрасывают многомерность, многозначность истины. «Сводить истину к характеристике знания, – отмечается в философской литературе, – значит видеть лишь одно ее измерение. Истина присутствует в познании множеством форм, проявляя тем самым многомерность как сущностную характеристику»².

Еще в 1840 г. в работе «Система современного римского права» Ф.К. Савиньи писал: «Юридическое правило возникает из общего правосознания или из непосредственного убеждения в его истине и в присущей ему (помимо внешней санкции) обязательной силе»³. Как видим, идея истинности нормы права не появилась в последние годы, «не витала» она в последние десятилетия. Это многовековая идея, и с этим нельзя не считаться любой критически настроенной к действующему законодательству инстанции или структуре. Юридическое значение и социальный авторитет правовой нормы вытекают именно из общего сильного убеждения в его (пусть временной) истинности.

Филологи пишут о «ядерности»⁴ языка закона, имея в виду, что он задает образцы нормативности. Истинность юридических норм по аналогии может быть охарактеризована *ядерным вариантом* государственной правотворческой коммуникации. Такое ее положение

¹ Лазарев В.В. Юридическая наука: продолжение полемики // Lex Russica. 2015. № 11 (Т. CVIII). С. 16.

² Цит. по: Лукманова Р.Х. Гармоническая многомерность истины: автореф. дис. ... д-ра филол. наук. Уфа, 2009. С. 25.

³ Цит. по: Немецкая историческая школа права. Челябинск, 2010. С. 98.

⁴ Голев Н.Д. Официальное функционирование языка в сфере государственной коммуникации / Н.Д. Голев, О.П. Сологуб // Юрислингвистика-9: истина в языке и праве: межвузовский сборник научных трудов / под ред. Н.Д. Голева. Кемерово; Барнаул, 2008. С. 77.

вытекает из ее значимости, социальной силы, организационных возможностей, поддерживаемых легитимными властными структурами.

Важно подчеркнуть, что наличие у нормы права истинностной характеристики, истинностного свойства не означает наличия эффективного и достоверного способа проверки (верификации) этого свойства. Иными словами, юридическая норма может быть истинной, и при этом способ проверки этого свойства будет отсутствовать. Потенциальная непроверяемость юридической нормы на истинность не может выступать основанием для отказа ему в принципиальной возможности быть истинным или ложным.

Юридические знания продолжают накапливаться: в теории права делаются многочисленные аналитические попытки переформулирования ряда проблем, аксиом, принципов, гипотез. В частности, с учетом новых, ранее не известных научному юридическому сообществу фактов из разных отраслей гуманитарного и технического знания вновь в ином ракурсе освещается идея *регулятивной функции истины*.

«В философию (теорию) права, государства, в социальную практику необходимо вернуть идею регулятивной функции истины и идею регулятивной функции справедливости, которые позволяют обосновать и защитить смысловые (рациональные или иррациональные) теории жизни человека, социума, – пишет, например, В.Г. Тарасенко. Истина как философская и правовая категория должна быть возвращена в философию права, правовую теорию; она может быть нормативным требованием и требованием правоприменения в совокупности с требованиями справедливости»⁵.

Техника проверки на истинность конкретной юридической нормы выглядит следующим образом: гипотеза, диспозиция, санкция нормы права максимально точно расщепляются на сущностные элементы. Затем каждый из этих элементов всеми доступными способами и средствами, включая математический анализ, соотносится с реально существующей деятельностью, подвергнутой юридической регламентации. При этом деятельность, выступая единственным и единым предметом отражения правовых норм, представляет собой систему из двух взаимосвязанных рядов – объективного и субъективного. Объективный структурный ряд деятельности состоит из субъекта, содержания, объекта, средств осуществления и результатов. Субъ-

⁵ Тарасенко В.Г. Постулаты права. М., 2009. С. 85.

ективный структурный ряд деятельности образуют ее потребности, интересы, мотивы, цели, воля. Каждый из названных элементов этих двух структурных рядов деятельности в той или иной степени выступает «молекулой» предмета отражения правовой нормы¹.

Допустим, что в гипотезе проверяемой на истинность нормы права обозначены не все субъекты², участвующие в правоотношении, или, наоборот, указаны лишние индивиды либо юридические лица. В такой ситуации уже можно и нужно вести речь о полной или частичной ложности гипотезы.

Если диспозиция нормы права предоставляет чрезмерно много субъективных прав и недостаточно юридических обязанностей для их реализации, то налицо неистинность этого элемента правовой нормы.

Санкция призвана отобразить разумную, адекватную меру юридической ответственности за совершенное правонарушение. И если эта мера нормодателем не обнаружена, то вести речь об истинности санкции не приходится.

Обрисованная проверка требует организационно-правовых, логико-гносеологических, морально-психологических усилий, но другого пути для достоверного доказательства нет. Именно поэтому и требуется вести правотворческий процесс неспешно с постоянным целенаправленным мониторингом соответствия (либо несоответствия) принимаемой (либо принятой) нормы права реально существующим в каждый данный отрезок времени общественным отношениям.

Есть «повороты», которые в философии обсуждаются, а в юриспруденции в силу разных причин замалчиваются. Например, проблема правовой демагогии давно ждет своего исследователя. Правовой цинизм и дилетантизм тоже крайне слабо изучены. Антропология и аксиология права – цивилизационно-ценностные аспекты философии права, и они должны быть представлены в энциклопедии как своеобразные «методологические ключи» к юридической профессии.

Полагаем, что тезисы В.В. Лазарева о том, что государство, право, народовластие – симулякры, копии, не имеющие оригиналов в реаль-

¹ См. подробнее: Баранов В.М. Истинность норм советского права (проблемы теории и практики). Саратов, 1989. С. 124–190.

² В качестве примера можно привести решение Дисциплинарной коллегии Верховного Суда РФ от 27 апреля 2015 г. № ДК15-22 «Представление о привлечении судьи к дисциплинарной ответственности внесено в квалификационную коллегию судей председателем районного суда, не наделенного законом такими полномочиями» (БВС РФ. 2015. № 12. С. 29).

ности, смелы, интересны, но все-таки философски не подкреплены всей системой имеющихся гуманитарных знаний. Многое в рассуждениях В.В. Лазарева неоспоримо, но требуется включение всего методологического арсенала для окончательной и более доказательной научной экспертизы его выводов. Прав В.В. Лазарев в том, что трудно обнаружить «народовластие». Профессор С.А. Авакьян неоднократно и публично сомневался в его фактическом существовании.

Мне эта познавательная ситуация представляется следующим образом: да, нет реального народовластия в настоящее время, но как правовой идеал эта форма государственного устройства не исчезает, и надо выявлять все ее изъяны на нынешнем этапе. Доктрина народовластия – **не симулякр** (какие-то фрагменты его мы наблюдаем), **а недостижимая в ближайшей перспективе идея**. Для чего от нее отказываться? Почему юридическая наука и практика должна освобождать себя от такой, пока неблагодарной, ноши? Что это принесет в систему властвования? Итальянский историк и филолог Л. Канфора квалифицировал как настоящее прозрение в юридическом ключе «взгляд на неизменно подрывную роль всеобщего голосования, которое постоянно подвергает сомнению “действующую” власть государства и заявляет о себе как о единственно правомочном источнике власти»¹. Значит ли это, что и от референдума как юридического института надо отказаться?

Не соглашаясь с В.И. Пржиленским в том, что «философия права – это *критика любой теории права (курсив мой. – В.Б.)*», вполне приемлемым для Энциклопедии выступает его констатация: «Философия права – совокупность знаний и умений, позволяющих их обладателю самому оценивать и выбирать среди альтернативных теорий, конструкций и дискурсов о праве»². Прав В.И. Пржиленский и тогда, когда утверждает, что теория государства и права и теория права совершенно не одно и то же, но критиковать в философии права и в любой другой дисциплине, в каждом методе познания надо не любую, а лишь необоснованную, дефектную теорию.

Идеализация – научный метод, который нужен, ценен, и надо лишь разумно его применять.

¹ Канфора Л. Демократия. История одной идеологии / пер. с итал. и прим. А. Миролубовой. СПб., 2012. С. 141.

² Пржиленский В.И. Реальность и истина в конструктивистской парадигме философии права // Lex Russica. 2015. № 5. С. 32.

Т.Я. Хабриевой отмечено: «Право, с одной стороны, является продуктом научного прогресса, а с другой, выступает одним из факторов его развития. Подключая свойственные ему регулятивные механизмы, оно создает **нормативно очерченную модель научного прогресса**»¹.

Правовые модели научного прогресса в значительной степени есть идеализация существующего положения дел, и эта идеализация во благо. Правовые идеалы весьма практичны. Их обязательно надо анализировать в энциклопедии, соблюдая меру как в сроках выдвижения, так и в обрисовке возможностей реализации. Юридическое мышление об идеале – специфическое отражение методологии преобразования, модификации правовой реальности.

Социология права, которая в энциклопедии должна «подаваться» с упором на социологию видов нейтрального, правомерного и противоправного поведения. Предлагается (В.В. Лапаевой) наука – «социальная обусловленность законодательства», но все это и многое другое и есть предмет социологии права. Социологический подход, метод применим почти ко всем правовым феноменам. Социология нужна не только для измерения эффективности законодательства, но и для определения результативности толкования и всех форм реализации юридических норм. Так или иначе, но социология права осуществляет обратную связь юридической практики с теорией и техникой законотворчества. Следует признать, что до сих пор не получило надлежащего освещения право как социологическая категория².

Психология права – наименее исследованный в общетеоретическом ракурсе научно-практический объект. Исключением здесь является труд В.В. Лазарева о социально-психологических аспектах применения норм права³. Но не менее значимы проблемы психологии правотворчества (а если еще шире – психологии нормосозидания), психологии толкования норм права, психологии их соблюдения, исполнения, использования. Ждет своего исследователя проблематика психологии юридического влияния и воздействия. В.В. Лазарев правильно привлекает внимание к важности прогнозирования результатов игры социальных сил на правовом поле как цели юриспруденции.

¹ Хабриева Т.Я. Правовое измерение научного прогресса // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2009. № 2. С. 13.

² См.: Вейнгольд Ю.Ю. Право как социологическая категория. Фрунзе, 1962.

³ См.: Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права. Казань, 1982.

С психологической точки зрения точнее вести речь не об игре (это несколько упрощает и даже принижает суть проблемы), а о **борьбе** социальных сил в юридическом пространстве. При таком подходе в энциклопедии более четко можно определить место юридической конфликтологии, коллизионности права, девиантного поведения и т.д.

Догма права охватит собой большинство традиционных тем современной теории права, но под иным углом зрения и с включением новых вопросов, ориентированных на юридическую практику. Догма права как аналитическая юриспруденция забыта и подвергнута неосновательной (в основном идеологической и эмоционально-ценностной) критике. Это относительно обособленная и при этом сложно структурируемая (дифференцируемая) часть правоведения¹. Поддерживать интерес студентов к энциклопедии можно лишь грамотной и убедительной привязкой догматики права к реальным практическим процессам жизни. Например, изложение вопросов о субъективном праве как элементе содержания правоотношения можно оживить рассуждениями и иллюстрациями по проблеме самозащиты прав с выходом на остро дискуссионное право, на сопротивление незаконным действиям власти.

Юридическая техника – своеобразное ядро догмы права, и этот раздел должен быть гораздо крупнее, чем нынешняя самая общая обрисовка ее проблем.

Конкретные приемы юридической техники детально не изучаются – примечания, перечни, оговорки, преюдиции, презумпции предлагаются в упрощенной форме. Правовые фикции десятилетиями в десятках учебников по теории иллюстрируются институтами безвестного отсутствия и признания лица умершим. Недостаточность информации о приемах юридической техники приводит к тому, что студенты считают их малополезными и редко применяемыми.

Частно-публичная и международно-правовая парадигмы – вот две оси, через которые надо проводить все темы догмы права. В настоящее время происходит содержательное дублирование и порой неосновательное дробление в курсах юридической антропологии и обычного права.

Юридическая практика – завершающий обязательный раздел энциклопедии. Целесообразно показать юридическую практику как

¹ См. подробнее: Муромцев С.А. Что такое догма права? М., 1885.

адекватное либо **искаженное** отражение философии, социологии, психологии, догмы права.

Единство всех этих элементов вполне **реальное**, а не **условное**, как полагают некоторые исследователи¹. Но не только в этом дело – реальное единство должно быть значительно более высокого уровня абстракции.

Нельзя учиться и учить только на позитивном материале, на достижениях и успехах. «Отрицательный пласт» юридической действительности **должен быть также изучен** (дефекты демократии, юридические ошибки, правовые коллизии, пробелы и т.п.).

Можно бесконечно спорить о том, имеет ли Энциклопедия самостоятельный предмет или выступает своеобразным введением в правоведение. Очевидно одно – это не простое заимствование фактов и тезисов из разных юридических наук, а **глубинная переработка всей юриспруденции и объединение его наиболее общих достижений в единую систему**.

Только энциклопедия призвана беспристрастно оценить его состояние, отметить успехи, прорывы одних юридических наук и практических инноваций и обнаружить инертность, заторможенность других. Только энциклопедия в состоянии проявить **связи** (реальные или мнимые) между различными элементами правоведения. В этом смысле ее ценность и значение состоят в том, что она может показать перспективные направления развития правовых наук и ложную тенденцию юридических исследований, а также закономерности развития правовой практики и дидактики.

Миссия энциклопедии – в «свернутом», может быть, даже афористичном, виде отобразить процесс и результат дифференциации, объединения и «отпочкования» отраслевых юридических наук. Это фрагмент правовой реальности не только наиболее крупный по объему – он максимально приближен к юридической практике, к нуждам человека, то есть здесь возможна модификация антропоцентристских начал права, обогащение его «человекоразмерности».

Энциклопедия призвана обнаружить **корни права** и объединить бесконечное множество юридических частных.

¹ См.: Сырых В.М. Теория государства и права. М., 2007. С. 645; Поляков А.В. Энциклопедия права или интегральная юриспруденция? // Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания. М., 2013. С. 32.

Все содержание энциклопедии нельзя изложить одинаково подробно и дать ее материал с равномерной глубиной. Это можно сделать только в систематическом **курсе энциклопедии**, который, наверное, составит несколько крупных томов и вряд ли под силу одному автору. Одни вопросы можно изложить фрагментарно, схематично, другие, ставшие особо актуальными в теоретическом либо практическом отношении, могут получить объемную обработку.

Энциклопедия – единая, цельная и одновременно **многоструктурная, разноэлементная** наука и учебная дисциплина. Однако выделять в ней общую и особенную часть, как это делалось в царской России, вряд ли целесообразно. При таком подходе объективно нарушается **уровень обобщения**, то есть возникает опасность утратить «общетеоретический угол зрения». Энциклопедия как теоретическая дисциплина может считаться подлинной наукой только в том смысле, если ее принципы, категории и выводы найдут универсальное применение.

Для этого энциклопедия должна опираться не на какое-то одно (даже очень мощное) основание, а быть **результатом синтеза многих оснований** (историко-антропологических, логико-гносеологических, этико-философских, культурологических, психологических, технико-юридических и др.). При этом она не должна быть **эклектическим сборником** юридических знаний и информации, примыкающей к праву.

На изучение энциклопедии должно быть отведено не менее четырех семестров с максимальной недельной учебной нагрузкой. На выпускных курсах нет необходимости преподавать **проблемы** теории права и государства по ряду причин. Будем честны, благое намерение, что обучающиеся, изучив отрасли права на новом, более высоком уровне, освоят теорию государства и права, – несостоятельно, иллюзорно. Многолетний прием итоговых государственных экзаменов по теории государства и права в разных вузах показывает, что никаких углубленных знаний у большинства выпускников нет. Как правило, идет нетвердое «преломление» материала первого курса. К тому же «проблемы теории государства и права» во многих вузах, особенно негосударственных, включают самые разные, порой экзотические, блоки знаний. Иными словами, задумка логического развития общетеоретической подготовки юристов фактически не срабатывает.

Энциклопедия со временем может «достраиваться» в форме своеобразных специально-прикладных энциклопедий. В.Б. Исаков, например, отстаивает идею подготовки на базе «Словаря терминов, исполь-

зуемых в законодательстве Российской Федерации» (М.: Издание Государственной Думы, 2014. 240 с.) энциклопедии законодательной терминологии, в которой отразится история появления законодательного термина, первоначальный и последующий объем, причины исчезновения и т.п. Может быть, рациональнее и практичнее сформировать энциклопедию законодательных дефиниций, но в настоящее время важно зафиксировать технико-юридический нюанс совершенствования энциклопедии. Нет логико-гносеологических, дидактических, организационно-управленческих препятствий для создания энциклопедии правореализационных технологий, энциклопедии приемов толкования норм права.

Почему бы В.В. Лазареву не взяться (с учетом нынешнего профиля работы) за подготовку Энциклопедии национальных механизмов имплементации норм и принципов международного права, где детально рассмотреть их сущность, иерархию, эффективность. В сентябре 2015 г. ООН приняла прогностический документ своеобразного жанра – Повестку дня устойчивого развития на период до 2030 года.

Специалисты характеризуют Повестку как **стратегический вектор** движения в направлении низкоуглеродной, энергоэффективной экономики при полном учете социальных прав населения планеты и радикальном снижении антропогенной нагрузки на окружающую среду¹. Повестка призвана изменить парадигму современного развития, направить его по инновационному пути.

Именно в такого рода энциклопедии можно дать анализ национальных механизмов имплементации международно-правовых стандартов с учетом требований Повестки, предложить их корректировку, наметить пути создания новых инструментов.

Следует отметить, что петербургская школа правоведов возглавила отстаиваемый вариант развития теории государства и права. Имеются в виду работа В.А. Бачинина² и учебное пособие Ю.И. Гревцова и И.Ю. Козлихина³. Первое издание не носит аналитического характера (от этого его познавательная и дидактическая ценность не уменьшается) и построено типичным «энциклопедическим способом»: по алфавиту дан обзор философских идей и социологических понятий,

¹ См.: Чуркин В. ООН перешагнула седьмой десяток. Что дальше? // Российская газета. 2015. 23 октября.

² См.: Бачинин В.А. Энциклопедия философии и социологии права. СПб., 2006.

³ См.: Гревцов Ю.И., Козлихин И.Ю. Энциклопедия права: учебное пособие. СПб., 2002.

характеризующих правовую реальность, то есть по сути это справочно-информационное издание. Что касается второй энциклопедии права, скромно названной учебным пособием, то она развивает отечественную традицию, и именно этот труд целесообразно взять за основу при реализации замысла подготовки энциклопедии. Однако усилия авторов оказались явно недооцененными – после выхода исследования откликов оказалось мало. Следует заметить, что 12 ноября 2010 г. при обсуждении на юридическом факультете Санкт-Петербургского университета доклада профессора В.Н. Карташова, который предлагал (и до сих пор стоит на этой позиции) заменить теорию государства и права теорией правовой системы¹, было высказано и иное мнение – о целесообразности подготовки энциклопедии права из тех же трех частей, но с дополнением раздела о юридической практике.

В сложившейся логико-гносеологической, организационно-управленческой и дидактической ситуации представление материалов всех трех частей, но особенно теории (догмы) права, по уровню абстракции почти не отличается от традиционных учебных курсов, но явно проигрывает, например, двухтомному курсу лекций С.С. Алексеева «Проблемы теории права», опубликованному в 1972–1973 гг.² Имеется в виду не структура курса, а логика и форма изложения материала: включение в него проблемных вопросов и разнвариантные ответы на них.

Нуждается в обсуждении, более тщательном и убедительном обосновании методологическая предпосылка авторов «представить обширный массив знания о праве в виде, способствующем последовательному усвоению студентами материала, – двигаясь от сравнительно простого к более сложному (догма права – социология права – философия права)»³. Думается, что логичнее построить материал энциклопедии иначе – во главу угла поставить философию права как общетеоретическую (теоретико-методологическую) базу, а затем посредством содержательной конкретизации социологии права объяснить нормативную форму существования права.

Доктринальная позиция авторов при ответе на поставленный ими вопрос: можно ли говорить о том, что у теории (догмы) права, социоло-

¹ См.: Правовая система общества: проблемы теории и практики. Труды международной научно-практической конференции / сост. С.В. Волкова, Н.И. Малышева. СПб., 2001.

² См.: Алексеев С.С. Собрание сочинений: в 10 т. Т. 3: Проблемы теории права: курс лекций. М., 2010.

³ Гревцов Ю.И., Козлихин И.Ю. Указ. соч. С. 12.

гии права, философии права один и тот же предмет – право, довольно неопределенная: «В самом общем плане можно думать, что предмет у этих наук один – право. Однако это крайне поверхностное представление. При более строгом научном подходе непременно выяснится, что предметы этих дисциплин различаются и в качестве таковых выступают **различные формы существования права**»¹.

Но разве формы существования права не есть оно само и мыслимо ли существование явления без него самого? Может быть, в ответе Ю.И. Гревцова и И.Ю. Козлихина таится какой-то глубинный смысл? Если так, то он должен быть прояснен хотя бы в самой общей доступной форме.

Именные указатели в двух частях учебного пособия («Теория (догма) права» и «Социология права») выглядят инородным сугубо вспомогательным элементом, к которому вряд ли обратятся студенты и аспиранты.

Разрывает материал, нарушает его целостность глоссарий в этих же двух частях. Почему он отсутствует в третьей части «Философия права», не ясно, поскольку она наиболее сложна для освоения.

Все вышеперечисленное имеет право на жизнь, но только в качестве красочно оформленных приложений для академического издания, рассчитанного на узких специалистов. Может быть, есть резон внедрить как **дополнение** к энциклопедии ее дидактическую часть, в которую в качестве относительно автономных элементов могли бы войти самые разные дидактические достижения (схемы, таблицы, диаграммы, «мозговые штурмы», деловые игры и т.п.).

Жанр энциклопедии таков, что у нее никогда не будет завершения.

В.В. Сорокин

1.4. О МЕСТЕ И РОЛИ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА В КОНТЕКСТЕ ГЛОБАЛИСТСКОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ

Сохраняя статус базовой, фундаментальной юридической науки, теория права и государства начиная с середины 1990-х гг. оказалась под прицелом целенаправленной обструкции. Возникло организованное негативное отношение к теории государства и права, недооцен-

¹ Там же. С. 7.

ка ее роли не только как составляющей учебного процесса, но и как фундаментальной юридической науки. Делаются попытки включить в теоретические курсы актуальные, но узкоспециальные проблемы отраслевых наук. Открыто начали высказываться мнения о ненужности теории права и государства как учебной дисциплины¹. Подобные предложения можно было бы и дальше игнорировать, если бы они не готовили соответствующее общественное мнение в юридическом сообществе.

Нетрудно заметить, что оживление недоброжелателей теории права и государства как науки и учебной дисциплины обусловлено попытками укрепления российской государственности. Кто-то очень не хочет, чтобы Россия возрождалась с ясной и концептуально выверенной национальной правовой доктриной, которую возможно разработать только в рамках теории права и государства. Нападки на теорию права в нарушение всякой логики развития юриспруденции и организации учебного процесса на юридических факультетах вузов – это не что иное, как социальный заказ деструктивных сил российского общества.

Будто не очевидна аксиома о том, что невежество в теории права приводит к просчетам в юридической практике, недостаток правовой культуры и развитого правосознания – к моральным изъясам и сделкам с совестью. Знание общих закономерностей функционирования и развития права и государства отечественными юристами может помешать силам разрушения довести свой план расчленения и уничтожения России. Силам разрушения более угоден корпус юристов с беспринципной позицией, продажной психологией и чужеродной, антинациональной идеологией. Немногие авторы пытаются рассматривать крупные задачи и проблемы современного правоведения. По мнению Д.А. Керимова, юриспруденция за десятилетия рыночных реформ ничем сколько-нибудь значимым не обогатилась. Наоборот, появились различные спекулятивные произведения, которые посвящены лишь описанию и комментированию «плохого законодательства»², а также восхвалению практики. Идеологией глобализма ставка делается на юристов с «гибкой» позицией, которая колеблет-

¹ Так, профессор И.Ю. Козлихин заявил, что «теория государства и права себя изжила» (Козлихин И.Ю. О нетрадиционных подходах к праву // Правоведение. 2006. № 1).

² Керимов Д.А. Выступление на круглом столе «Юридическое образование в России в современных условиях: новые подходы и модели» // Государство и право. 1993. № 3. С. 54.

ся вместе с очередными изменениями законодательства. Догматы и принципы права отбрасываются в сторону как препятствия, мешающие беспределу криминализованного рынка.

Теория права и государства начиная с XIX в. является фундаментом отечественной юриспруденции. Что произойдет, если его разрушить? Как минимум – сегментация правовых знаний, дезориентация правосознания и торжество антисистемности в правовой сфере.

Тенденция негативного отношения к теории права и государства объясняется кризисом духовных и методологических оснований системы высшего юридического образования. В условиях радикальных рыночных реформ на месте системы национального юридического образования сложилась эклектика квазюридического просвещения, что не отвечает потребностям общества. Перепроизводство недоучек с дипломом специалиста, бакалавра, магистра в конечном счете дискредитирует профессию юриста. В системе юридического образования наблюдается прагматическая, утилитарная направленность юридических знаний, их все большая включенность в оборот потребительского общества. Отсюда известное пренебрежение к фундаментальной науке в целом и общетеоретической правовой проблематике в частности. По поводу предмета теории государства и права рыночники-прагматики высказываются как об увлечении кабинетных ученых, оторванных от юридической практики. Дошло до того, что правоведы в качестве достижения признают отсутствие исчерпывающих и общепризнанных определений главных понятий науки теории государства и права – понятий государства и права.

Уместно заметить, что реформа вузовской системы в странах Запада была проведена не академическими деятелями, а внешними для профессионального образования силами: идеологами либерализма, представителями бизнеса, государственными администраторами – сторонниками нового менеджмента, требующего точных количественных показателей эффективности вложений в образование.

Неслучайно поэтому студентов на Западе готовят к работе на уже технологически оформленных рабочих местах через освоение упрощенных технологических задач. Школы права в США рассматриваются в первую очередь как рентабельные предприятия выращивания юристов-«технологов», а затем уже как образовательные учреждения. В «Стандартах аккредитации» университетов США не названы ни один предмет, курс или учебная дисциплина. Речь ведется лишь о том, что юридический факультет вуза должен предоставить студен-

там возможность приобрести «опыт составления юридических документов», «профессиональные способности квалификации дела». При такой установке российским вузам грозит превращение в технические школы, в которых даже на юридических факультетах заинтересованы в казуистах-технологах, чей талант ограничен способностью быстрого поиска нужной нормы. Высшее юридическое образование усиленно стараются превратить в ремесло. Ремесленник шьет сапоги и задумываться о смыслах и судьбах – не его забота. Так и современный юрист с дипломом высшего учебного заведения, в программе которого не желают оставлять места для теории права и государства, дающей юридико-мировоззренческую подготовку и возможность сориентироваться и занять принципиальную позицию в сложном и меняющемся мире, рискует превратиться в равнодушного ремесленника. «Специалист сегодня знает все больше и больше о все меньшем и меньшем и в конечном счете знает все ни о чем» – так прокомментировал сложившуюся ситуацию К. Лоренц¹.

При существующем юридическом образовании преимущество отдается изучению главным образом действующего нормативно-правового массива. Несмотря на разговоры о правовом государстве и о различении права и закона, на юридических факультетах продолжают готовить «законников», формалистов, беспринципных начетчиков. Преобладает информационный, комментаторский способ обучения, который удовлетворяет не преподавателей-ученых, а преподавателей-комментаторов. Студенты же в таких условиях принуждены заучивать определенные нормативные положения без глубокого их осмысления. Как только комментируемое законодательство устаревает либо по иным каким-то причинам утрачивает юридическую силу, студенты и сами преподаватели переживают «шок» в ожидании новых готовых правовых рецептов. Поэтому и юристы-практики, в совершенстве овладевшие «буквоедским» стилем работы, теряются в ситуации пробела в праве, оказываются неспособными разрешить правовой спор на основе правового мировоззрения, принципов права, духа права.

Недооценка роли общей теории права в юридическом образовании препятствует подготовке юристов-универсалов, готовых защищать пострадавших даже в ситуациях «безнормия». Излишний прагматизм образования приводит к недостаточности теоретической под-

¹ Афоризмы мировой философии. М., 2004. С. 236.

готовки студентов, что в случае появления нештатных ситуаций, не вписывающихся в привычную схему, ставит подготовленного юриста в тупик.

Западная модель юридического образования имеет свои традиции, которые неадаптируемы в отечественных условиях. Это в античном Риме широкое хождение получил термин «юриспруденс» (*jurisprudens*), которым обозначали знатока норм, причем его синонимом было слово «юрисконсульт» (*jurisconsultus*). Римская традиция была ориентирована на изучение юридических казусов, а не понятий, терминов, принципов. Поэтому отыскание нормы было делом *prudenta* – технологического, исключительно рационалистического решения. В России же изначально закладывалась иная традиция – собственно правовая. Право как национальное достояние русской духовной культуры сочетало в себе в неразрывном единстве религиозные (православные), нравственные и юридические компоненты. Установление права в России предполагало главным образом совестный акт, апеллирующий к духовности человека и заветам Бога. Внедрение начал западной юриспруденции в российскую систему образования означает изгнание из нее начал Права и смену образа жизни наших соотечественников.

Тестирование на юридическом факультете оправданно в минимальной мере (в качестве формы приема пересдач экзаменов и зачетов, игрового элемента на некоторых практических занятиях). Очевидно, что эксперименты с ЕГЭ и всеми видами тестирования воспитывают у студентов и школьников установку на развитие исключительно механической памяти, отрывочного, а не целостного восприятия действительности. Ставка на тест при поступлении на юридический факультет и при обучении студентов-юристов просто губительна. Выпускник в этом случае не получает навыка элементарного общения с людьми, а в его будущей профессиональной деятельности необходимо уметь убеждать, доказывать, мотивировать, обосновывать. Без устных собеседований на семинарах и устных экзаменах студент юридического факультета деградирует в профессиональном смысле. Мы ежегодно будем получать миллионы недоучек, умеющих только разгадывать тесты по принципу игры «Кто хочет стать миллионером?». Начиная с 1970-х гг. в вузах Западной Европы и США на «контактную педагогику» приходится лишь 15–20% всего учебного объема. Это значит, что преподаватель и студент общаются друг с другом нерегулярно и недостаточно. Западные вузы для сокра-

щения своих накладных расходов идут на внедрение электронной, дистанционной форм обучения и сокращение штатов преподавательских кадров.

Подготовка на тестах плодит грубых начетчиков, все таланты которых заключаются в умении угадать нужный вариант из заранее заготовленных. Но разве на практике юристу кто-нибудь готовит варианты нужного решения? В итоге дипломированный юрист просто теряется в обилии законодательства и не может оказать правовую помощь в ситуации пробела в праве, ведь рассуждать юридически, выводить справедливое решение его при такой системе образования не научили.

В вузах Запады студенты-юристы уже давно принуждены проходить многочисленные case-study, в которых осваивают кейсы (упражнения, созданные на основе эмпирического опыта). При этом упор делается на собиpании студентами готовых схем для действия в строго определенных обстоятельствах. Такого явного юридического позитивизма отечественное юридическое образование никогда не использовало. Жизнь богаче схемы, и отечественного юриста учили следовать разумной и одухотворенной логике жизни, избегая схематического, формального подхода к судьбе пострадавшего человека. Тестовая система передачи знаний не позволяет подготовить человека к ситуации, не описанной в условиях теста. А таких ситуаций в практической деятельности современного юриста становится все больше и больше. Законодатели всех уровней постоянно сталкиваются с тем, что не могут заранее описать и предсказать все казусы, которые потребуют справедливых правовых решений.

На тестовых и им подобных инновациях формируется новая генерация юристов – «юрист-машина». Его функция сугубо прикладная, как у робота – производить знания на узком социальном пространстве в соответствии с буквой определенного нормативного акта. От такого специалиста не стоит ждать справедливости и милосердия, он не понимает, что значат эти слова. Личностный духовный статус такого юриста не развит, примитивен и может оказаться социально вредным для окружающих. Знания юриста за пределами его узкой профессиональной деятельности показывают его весьма заурядным и невежественным человеком. Но это никак не умаляет его высокого мнения о себе. В этом плане вспоминается личностная характеристика Шерлока Холмса:

1) знания в области литературы – никаких;

- 2) знания в области философии – никаких;
- 3) знания в области политики – слабые;
- 4) знания в области уголовной хроники – огромные: знает, кажется, все подробности преступлений, совершенных в XIX в.;
- 5) основательные практические знания английских уголовных законов.

По примеру этого литературного персонажа представители многотысячной армии юристов, как «зомби», следуют букве закона, согласившись с ролью статистов в чужой доходной игре. За высокие гонорары они готовы проводить в своих офисах, судебных и административных учреждениях большую часть суток и ни разу на протяжении профессиональной карьеры не испытать совестного акта.

На высшее юридическое образование уже смотрят не как на важнейшую социальную и духовно-культурную миссию, а всего лишь как на сферу платных услуг. Коммерциализация вузов обуславливает слабую теоретическую, а следовательно – низкую духовно-нравственную подготовку специалистов. Вузы, как завзятые коммерческие предприятия, для сохранения своей рентабельности на рынке зорко следят за рыночной конъюнктурой своего региона: что продается, на какие рынки, что лежит в основе конкурентных позиций. Если выгодно готовить менеджеров и маркетологов, экономический факультет получает соответствующие преференции; если спрос регионального рынка на математиков и биологов отсутствует, соответствующие факультеты ликвидируют. Такая же модель проецируется на юридические факультеты, которые в странах развитой рыночной экономики готовят довольно узких специалистов востребованного рынком профиля. И поскольку субъекты рынка не заинтересованы в государственном контроле, подготовка прокурорско-следственных работников на юридических факультетах оказывается менее значимой и престижной. Девиз, которым руководствуется современный вуз, гласит: «Подготовка специалистов под конкретные потребности либеральной экономики – ориентация на так называемый рыночный заказ».

Рыночный подход в подготовке юристов вынуждает безудержно дифференцировать и дробить юридическую специализацию по весьма узким проблемам правового регулирования (вводятся надуманные курсы вроде «антропологии права», «психологии прав человека» и др.). Чтобы соответствовать формату глобализации, образовательные программы юридических вузов ориентируют на узкую специа-

лизацию, а не на развитие широкого диапазона правовой культуры студентов-юристов. Студент нацелен на решение проблем и споров в сфере трудового либо семейного права, налогообложения либо потребительского рынка. В своей зашоренности юрист-практик не видит общеправовых связей и системных начал права. Сегментация образовательного процесса по специальности «юриспруденция» грозит разрушением системы единой правовой терминологии, отчего представители отдельных отраслей права не смогут полноценно общаться с другом, понимать позицию друг друга. Узкопрофильные юристы-прикладники, да еще говорящие на «разных» языках в рамках отраслевых псевдоправовых субкультур, – просто находка для антисистемных сил. Эклектика учебных курсов по специальности «юриспруденция» реально приводит к тому, что проблема выбора, требующая для ее правильного решения специальных, часто профессиональных познаний и опыта, встает перед людьми, не обладающими ими. В учебной программе должен выдерживаться элементарный принцип обучения «от простого к сложному»¹.

На протяжении жизни одного человека происходят такие изменения, для которых раньше требовались столетия. Поэтому любое знание, данное студенту в готовом виде жесткой схемы, устаревает до того, как появляется возможность его использовать в юридической практике. Учебные программы по юриспруденции должны быть направлены на формирование у студента-юриста целостного образа мира. С первого курса он должен иметь возможность постигать взаимосвязь, взаимообусловленность и духовно-нравственные основания всех элементов правовой системы общества. Этот целостный, одухотворенный образ включает в себя фактор изменчивости и тем самым позволяет юристу быстро находить нужное решение в условиях постоянно меняющейся, нестабильной жизни. Тестами этого не достичь. Юрист в настоящее время – это исследователь, теоретик, в известной мере ученый, активно пользующийся достижениями науки. Ограничивать юриста рамками безжизненной схемы недальновидно и пагубно для общества.

Вместо строгой системы знаний и ценностей современным студентам юридических факультетов пытаются навязать поверхностную пестроту сведений, обрывки информации. Такой методикой недо-

¹ Петрухин И.Л. Проблемы юридического образования в России // Государство и право. 1996. № 1. С. 76.

статочны развитые умы побуждаются к невежеству самоуверенных оценок, капризной субъективности – еще до и вне знания систематических основ предмета. Соответственно и при проверке знаний не требуется связного, цельного их изложения, выявления процесса мысли, достаточно лишь поставить галочку у одного из предлагаемых вариантных ответов. В результате выпускник знаком с правовыми явлениями и процессами на уровне «осведомленного безразличия». Нужно отдавать себе отчет в том, что споры о содержании учебных программ скрывают противостояние культур, идеологий и таят в себе угрозы национальной безопасности страны.

России грубо и бесцеремонно навязывается западный, европейский и американский, стандарт образования. Холопская психология заимствования американско-европейских стандартов без учета специфики нашей страны, забвения национальных традиций и лучших образцов из опыта российской высшей школы – примета глобализма. Умалая роль теории права и государства в учебном процессе, мы разрушаем фундаментальные начала юридического образования, подменяя логику обучения структурными экспериментами с рокировкой учебных курсов на основе апологии англо-американской юридической доктрины.

В рамках «Болонского процесса» происходит не взаимобмен достижений Западной Европы и России в сфере образовательных технологий, а подгонка российской классической системы под чужеродный образец. Самым серьезным аргументом против преподавания теории права и государства ее критики называют отсутствие прямых аналогов общей теории права на Западе. Но это в очередной раз подчеркивает тот факт, что именно российской культуре присущ и свойственен напряженный духовный поиск, жажда справедливости, апелляция к Праву, а не закону. В западной юриспруденции сложно найти эквивалент отечественной теории права и государства, потому что духовный опыт стран Запада был иной. Общая теория права зародилась в XIX в. в России благодаря многовековому уникальному духовно-нравственному опыту, благодаря которому научились разграничивать «благодать» (право) и «закон». В трудах С.Н. Трубецкого, Б.А. Кистяковского, Л.И. Петражицкого, А.С. Хомякова, И.А. Ильина, Б.П. Вышеславцева, А.С. Яценко содержится глубокий материал не о букве, а о духе права, о праве высшего, первого порядка.

Можно заметить, что процесс обучения в современной европеизированной системе образования замкнут на юридическую техни-

ку и юридическую казуистику. Согласимся с Ж.-Л. Бержелем, который считает, что «ошибка правоведов часто заключается в том, что они довольствуются только юридической технологией, низводя право до уровня специальной регламентации»¹. Современных юристов знакомят лишь с формой права, буквой закона, игнорируя его дух, многовековые духовно-нравственные правовые принципы. Складывается впечатление, что кадры российских юристов готовят для иностранной правовой системы.

Юристы по своему профессиональному призванию не могут ограничиваться текстами нормативных правовых актов. Они должны владеть логикой юридического мышления, понимать не только букву, но и дух законов, чтобы заранее предвидеть перспективы дела. Навыки освоения взаимосвязи правовых норм, относящихся к разным отраслям права, умение находить в самых неординарных жизненных ситуациях юридически значимые аспекты и обстоятельства сродни теоретическим обобщениям. Поэтому сомнительна самодостаточность знаний текста законов и формально-догматического их толкования. Юрист-практик вынужден владеть навыками абстрактного, теоретического мышления, что без серьезной подготовки в рамках теории права и государства невозможно. Специалист, хорошо знающий теорию, в практических вопросах, будет разбираться лучше, чем узкий практик. Юрист, получивший университетское образование (и капитальную общетеоретическую подготовку в том числе), обладающий широким кругозором в правовой сфере, будет полезнее для практики, чем, например, специалист по трудовым спорам, ничего не знающий, кроме своей категории дел.

Платное образование – данность нашего времени, обусловленная рамками либеральной рыночной экономики. Однако коммерциализация высшего юридического образования должна иметь разумные границы. Не следует, в частности, отменять вступительные испытания в вуз и обучать студентов, единственная «заслуга» которых – платежеспособность. Для массы студентов так называемого дополнительного набора, зачисляемых на юридические факультеты в 1990-х – начале 2000-х гг., характерным были чрезвычайно низкий культурный уровень и даже безграмотность. Многие студенты-«платники» даже не стремятся как-то восполнить пробелы в своих знаниях, воспитании

¹ Бержель Ж.-Л. Идея права. М., 1994. С. 321.

и культуре. Это пагубно отразилось на академической атмосфере вузов, профессионализме выпускников и состоянии законности и правопорядка в стране. *Образование никогда не рассматривалось в России в качестве сферы услуг, но выступало как величайшая социальная миссия и важнейшая социальная функция государства.* А в начале 2000-х гг. Китай тратил на развитие образования до 12% от ВВП, в то время как Россия – чуть более 3%. А ведь в русском слове «образование» наши предки отразили стремление воспитывать и культивировать в человеке Образ Божий, по подобию которого человек и был сотворен, согласно христианскому Преданию.

Современная юридическая наука сложилась как автономная сфера общества в результате реализации установок эпохи Просвещения о науке как инструменте приращения и распространения знания. Заметим, что образование из процесса духовного совершенствования людей, выращивания подлинной элиты общества и сдерживания серости превратилось в производство и перепроизводство новых «истин» и транслятор производимого. Стремление извлечь процесс познания от «религиозных предрассудков и сословных ограничений», умножить число полезных открытий и научить человечество извлекать эту пользу превратило поиски истины и передачу знаний в научное предприятие. С одной стороны, сформировался корпус стандартизованных процедур сбора и обработки данных – технологий обращения с материалом: экспериментальными установками, препаратами, подопытными животными и людьми. Наука из интуитивных поисков, внезапных открытий и гениальных озарений превратилась в регулярное научное производство. С другой стороны, сформировалась система статусов, регулирующая отношения между научными работниками. В эпоху постмодерна университет и исследовательская лаборатория – это универсальные ролевые системы «преподаватель-студент» и «научный руководитель – научный работник». Наука из занятия одиночек превратилась в функционирование «научного сообщества». Научные институты сформировались как комплекс норм, которые формально обеспечивают решение проблем открытия истины и повышения квалификации. По этой причине научные и образовательные учреждения утратили изначальный авторитет, академизм, ориентируются на утилитарные задачи и примеривают на себя статус коммерческих, рентабельных предприятий, в которых главное – это прибыль, зарабатываемая для собственника-хозяина. Студентами движет стрем-

ление не к истинному, а к выгодному знанию. Происходит отделение научности от истинности.

В процессе обучения ключевой фигурой должен быть не студент, как считают многочисленные либеральные чиновники-реформаторы, а преподаватель. Это от личности преподавателя зависит интерес студентов к изучаемому предмету и глубина читаемого учебного курса. Преподаватель, обладающий духовно-нравственными принципами, обширными научными познаниями, ученой степенью, творческой активностью и тем, что теперь принято называть харизмой, – главное действующее лицо учебного процесса. Именно он знает и тонко чувствует меру в использовании традиций и новаций, умеет проявлять внимание и милосердие к студентам на основе индивидуально-го подхода. Когда же содержание и интенсивность учебного процесса начинают устанавливать студенты и их родственники из попечительских советов вузов, возникает ситуация абсурда. Пироги тачает сапожник...

Теория права и государства занята выработкой общих понятий и категорий, выражающих устойчивые признаки права. Основными категориями здесь являются источники и формы права, механизм правового регулирования, правоотношение, нормы и принципы права, правонарушение, юридическая ответственность и др. Теория права и государства связана с решением конкретных дел постольку, поскольку воплощает собой господствующую правовую доктрину, уходящую корнями в глубины отечественного национального правосознания и самобытной правовой культуры. Знания общей теории права помогают практикующему юристу в подготовке и принятии справедливого, правомерного и обоснованного решения, определяющего права и обязанности участников данного правоотношения и способ исполнения самого решения.

Общая теория права призвана синтезировать области практической и теоретической юриспруденции и одновременно снабдить философским обоснованием такие важные сферы правосознания и правореализации, которые связаны с духовно-культурным и воспитательным воздействием права, с его важнейшими социальными функциями и результатами. Теория права и государства питает отраслевые юридические науки не только общей терминологией, методологией, правовыми аксиомами и презумпциями, но и духовно-нравственным мировоззрением, доктриной духа Права. Именно общая теория права готовит будущих и практикующих юристов не

к законничеству и формализму, но к осмысленному поиску духовных и нравственных констант права.

Увы, Федеральный закон «Об образовании» запечатлел пренебрежение законодателя к духовному наследию России – в нем избыточно закрепляются организационно-управленческие вопросы, но игнорируются исходные педагогические, методические, нравственные и гуманистические принципы формирования интеллектуального потенциала России. Для возрождения отечественной системы юридического образования необходимо вернуться от новации к традиции. Высшей школе пора перестать быть площадкой для сомнительных экспериментов, проводимых под присмотром западных консультантов. Россия всегда гордилась своими юристами, отличавшимися не только универсальными знаниями в юридической области, но и высокой духовной культурой, безупречным владением русским языком, ораторским искусством, широким кругозором. Согласно отечественной традиции в высшей школе не только обучают, но и осуществляют воспитательное воздействие, а не развлекают вкус конкурсами красоты и другими порочными акциями. Нужно остановить процесс укоренения псевдоценностей потребительского и уголовного мира в кадровом корпусе российских юристов. Подготовку юристов следует рассматривать как часть развития общенационального сознания. С позиции теории права и государства отмена государственного распределения в правоохранительные органы есть экономический, политический и нравственный просчет, несущий непоправимый вред государству и обществу. Правовая культура обучающихся юристов не может быть сведена к сиюминутным потребностям экономического расчета. Юридическое образование и базовый курс теории права и государства не должны подстраиваться под конъюнктурные политические и экономические лозунги. *Базисом общества на самом деле является не экономика и даже не политический строй, а духовно-нравственные основания, к которым принадлежит Право.*

Если юристы по-прежнему будут подменять духовные доминанты правового развития цивилизационными, экономическими либо формально-юридическими, то вместо единой правовой системы перед нами предстанет мозаика разнородных и разнокачественных юридизованных фрагментов, осложняющих задачи правового регулирования.

В центре университетского юридического образования как синтетической системы должна стоять общая теория права и государства, фундаментальное назначение которой – фиксировать момен-

ты отступления государственно-правовой практики от абсолютного правового идеала, при этом ее служебное назначение – устанавливать скрытые связи между специализированными сферами правового регулирования и отраслями правовых знаний.

Необходимо вернуться к традиции целостного видения правовой системности во всем ее многообразии, что достижимо при сохранении приоритетных места и роли теории права и государства в системе юридических наук. Для решения фундаментальных проблем современного общества не обойтись без развития высокой теории, без возвышения теории права и государства. Умаление ее роли в правовой науке и образовательном процессе мешает подготовке юристов, способных к самостоятельному мышлению, творческому действию и поиску закономерностей. В этой ситуации отечественное правоведение и система национального юридического образования могут сохранить себя путем укрепления своей фундаментальной основы – теории права и государства, которая воспрепятствует дальнейшему дроблению и профанации правоведения и послужит фактором укрепления российской государственности и подлинного господства права.

Раздел 2

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

В.Н. Синюков, Т.В. Синюкова

2.1. ПРОБЛЕМА ОБНОВЛЕНИЯ МЕТОДОЛОГИИ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ В РОССИИ

Человечество переживает эпоху значительных изменений на глобальном и региональном уровнях. В начале столетия мир находится в состоянии сложного динамичного развития: многое, что устоялось в жизни целых поколений, пришло в движение – экономика, политические и духовные отношения, государство и право.

Если попытаться соединить эти изменения в какой-то общей тенденции, которая проявлялась бы в самых разных областях человеческой практики, то можно, вероятно, говорить о противоречивом движении к гармонизации индустриальных и инновационных элементов в структуре экономики, к разнообразию в социальных отношениях, новаторству в правовом регулировании через стремление к раскрепощению основополагающих, коренных оснований человеческого существования – в культуре, религии, этике, которые становятся ориентирами в преодолении последствий постиндустриального модернизма, деформаций современного информационного общества, прогресс которого построен на абсолютизации антропологического фактора.

Консерватизм и авангардизм в политике, рыночный фундаментализм и рост государственного вмешательства в экономике, постмодернизм и неоклассицизм в искусстве, религиозный традиционализм и глобальная секуляризация сознания задают новые противоречивые параметры мирового общественного устройства, в котором России предстоит найти свое место.

В последнее десятилетие российское общество претерпело значительные изменения, которые следует рассматривать в контексте отмеченных общемировых тенденций. Страна находится в новой политической, социально-экономической и духовно-нравственной ситуации, основополагающими признаками которой являются посте-

пенная социально-экономическая переоценка векторов предыдущего этапа развития, движение к политической консолидации, попытки идеологической, геополитической и правовой идентификации, восстановления во многом утраченного национального суверенитета на основе международной и внутренней россицентричности.

На рубеже веков после распада СССР Россия искала выход из кризисной ситуации посредством встраивания в мировую экономику, формирования либерально-демократической политической системы и критики советской идентичности. Этот вектор позволил создать новые институты власти и правового регулирования на основе принципов политического плюрализма и рыночной экономики, но в целом оказался не пригодным для решения задачи принципиальной важности – формирования современного народно-хозяйственного комплекса и эффективной государственности. Старые проблемы замедления темпов экономического развития, структурных дисбалансов в хозяйственной сфере, неэффективности государственного управления и местного самоуправления, создания новых смыслов в духовном развитии не были решены. Более того, они углубились и приобретают долгосрочно неразрешимый характер.

В дезориентированном состоянии оказалась и правовая система. Ее модернизация опиралась на массированную рецепцию институтов и инструментов римского, новоевропейского и англо-американского происхождения, которые были механически включены в российское законодательство и стали основой для разрушения ее экономического регулирования, деградации социально-трудовых отношений, кризиса правосознания широких слоев населения.

Перемены во внутренней и внешней политике России становятся насущной необходимостью, и составной ее частью не может не быть правовая сфера, государство и право.

В целом изменения, происходящие в мире, обусловлены впечатляющими прорывами не только в науке и технологиях, но и в сфере права и управления. В эпоху действия сквозных макроэкономических и правовых регуляторов национальные государства и правовые системы повсюду сталкиваются с колоссальными трудностями, граничащими с кризисными явлениями традиционных моделей государственности и правопорядков.

На фоне экономического благосостояния и относительной устойчивости небольшого числа развитых стран в мире сохраняются и даже множатся отнюдь не вписывающиеся в экономический и юридический

прогресс явления: экономический спад и стагнация, социальная незащищенность, рост преступности и всевозможной социальной патологии; нарушение прав человека; отчуждение личности от власти и государства. Разрастание этих явлений идет одновременно с увеличением бюрократического аппарата, числа правоохранительных органов, затратности государственной машины. Признаки этих явлений имеются и в развитых странах.

Что происходит в сфере права? В обозримой ретроспективе второй половины XX в. усиливается тенденция бюрократизации правовой культуры, роста числа регуляторов и одновременно социальной и правовой патологии. В сфере правового сознания констатируется политизация правовых отношений, правовой доктрины, крайняя профессионализация юридической практики. Постепенно мы идем к американской правовой эмпиричности и утилитарности в строительстве правовых институтов общества: там право адвокатов практически вытеснило право как элемент человеческих отношений. Такое правосознание в России не может быть воспринято населением. При громадном росте числа дипломированных юристов рост правосознания в стране во многом номинальный, а увеличение числа исков и обращений в суды, включая ЕСПЧ, не переходит в качество правовой культуры граждан.

Право все более вырождается в наукообразное законодательство – замкнутое и непонятное обществу. При всей усложненности оно поверхностно и эклектично. К началу XXI в. мы не имеем ни одного оригинального и реально определяющего социальное поведение людей правового памятника эпохи перемен: считать таковым действующую Конституцию или Гражданский кодекс 1994 г. можно лишь с оговорками.

Важнейший вывод, который из этого следует: право в настоящее время не есть форма общественного сознания в России. Главным противоречием существующего правопорядка является то, что в целом грамотно пишем законы и законодательствуем вполне по-европейски, но думаем и поступаем иначе. Правовыми категориями у нас не размышляют, в лучшем случае «применяют» законы, в худшем – прикрывают ими теневую экономическую и политическую деятельность.

Где выход из сложившейся ситуации? Большинство связанных с ответом на поставленный вопрос теоретических высказываний касается оценок тех или иных конкретных правовых режимов, законов, институтов власти. Между тем речь идет о методологическом отве-

те юридической науки на вызовы, имеющие для правовых систем цивилизованных стран сквозной характер. Эти вызовы и тенденции, их представляющие, делают несущественными и обманчивыми различия, достоинства и недостатки государственно-правовых режимов и законодательных форм. Очень важно, что профессор В.В. Лазарев поднял вопросы о роли общей теории государства и права в контексте глобальных изменений правопорядка в России и мире¹. Публикации классика отечественной юриспруденции получают все более широкий отклик в профессиональном сообществе, выводя продолжающиеся дискуссии на новый этап осмысления ситуации.

Однако методология правоведения отражает во многом уровень общественного развития, характеризующийся историей классического капитализма и усовершенствованного либерализма. Самый популярный призыв – в духе позитивизма XIX века – дайте нам «хорошие» законы. Не так давно даже звучали требования вообще ввести «диктатуру закона».

Однако никакой диктатурой с самыми благими целями нельзя создать стабильный и устойчивый правопорядок. Методология правовой модернизации *свидетельствует о кризисе пореформенной правовой идеологии*, неспособности современного законодателя обходиться без механизмов «продавливания» закона в жизнь. В известной мере, зеркальным отражением бедности правовых инструментов является концептуальная несамостоятельность отечественной правовой доктрины. Существующие в общетеоретической литературе идеологические установки в области права показывают недостаточную адекватность действительной ситуации в правовом строе России, являются во многом проявлением общего неудовлетворения ситуацией и желанием что-то исправить на основе разума и здравого смысла. Похожая и не менее острая ситуация – в теориях отраслевых юридических наук, где вал диссертаций и публикаций не в состоянии скрыть факт острого дефицита новых концептуальных подходов и часто отсутствия вообще всякой научной методологии.

Какую позицию занимает фундаментальное правоведение по концептуальным вопросам развития государства и права? Имеется ли у общей теории государства и права, отраслевых юридических наук до-

¹ См.: Лазарев В.В. Юридическая наука: современное состояние, вызовы и перспективы (размышления теоретика) // Lex Russica. 2013. № 2; Его же. Поиск науки о праве и государстве: научно-публицистическое эссе // Lex Russica. 2013. № 4; Его же. Юридическая наука: продолжение полемики // Lex Russica. 2015. № 11. С. 10–21.

статочный методологический ресурс для постановки и продуктивного обсуждения ключевых для российского права вопросов? Случайно ли, что мнением теоретиков государства и права по концептуальным проблемам развития отечественной государственности и правопорядка общество фактически перестало интересоваться? Случайно ли, что законопроекты по ключевым нормативным актам, в том числе по кодификациям, готовятся в режиме «научного» монополизма, устаревших идеализаций и бюрократического администрирования? Какой должна быть правовая стратегия России, на какой методологии она может быть основана, чтобы избежать очередных общественных разочарований и системных катастроф правопорядка страны? Не связаны ли в целом скромные результаты нашей правовой реформы – конституции, гражданского, процессуального права, судебной власти (судоустройства) – с избранным методом правового развития, нацеленной на производство формального права, с ущербной технологией поверхностных «оценок регулирующего воздействия»?

Эти и подобные вопросы важны с позиции развития национальной доктрины российского государства и права. Задача продолжения в новых условиях теоретических изысканий, которые бы обогатили российскую науку новыми идеями о праве и послужили бы решению задачи осмысления на новом уровне правовых вызовов России и миру, – эпицентр для реального приложения творческих усилий теоретиков права, включая специалистов отраслевых юридических наук.

Познавательный статус современной теории права – как общей, так и отраслевой – обусловлен адекватностью ее методологической основы.

Методология науки – это способы изучения, выражающие общие (исходные) и частные (специальные) позиции и подходы к конкретным явлениям. В основе метода науки – философские системы, на которых базируется мировоззренческое кредо исследователя. Поэтому результаты науки в известном смысле заданы ее философскими предпосылками и соответствующими методами исследования. Кроме философской основы методология правоведения включает фундаментальные общетеоретические концепции права, а также общие и частнонаучные методы исследования.

Ядром юридической методологии является теория правопознания – изучение феномена права как целостного социального института.

Правопознание – это особое направление науки, анализирующее природу, принципы и методы постижения права. Данные принципы и методы основываются на онтологических аксиомах о специфике со-

циальной реальности, поэтому в зависимости от мировоззренческих установок исследователя в рамках методологии правопознания различают несколько *типов правопознания*, соответствующих основным направлениям философской мысли.

Типы правопознания – это философско-юридические концепции, содержащие исходные мировоззренческие принципы объяснения права как целостного социального явления. Фундаментальные мировоззренческие концепции в силу своей всеобщности и основополагающего для исследователя характера являются философскими. *Методология правопознания* теснейшим образом связана с основными проблемами философии и в известной мере обусловлена характером философской и религиозной традиции, к которой принадлежит исследователь.

Прямо или опосредованно философские концепции (идеализм, материализм, их многочисленные течения, современные философские школы) связаны с коренными вопросами объяснения жизни, в частности соотношения бытия и сознания. Объяснение права как социального явления, поиск его сущности требуют выхода за пределы непосредственной правообразовательной силы: государства, юридических норм, их источников – законов, указов, решений, постановлений, судебных актов и т.д. Без человеческих действий и поступков не существует ни государства, ни права, ибо человек по своей социальной природе – явление правовое. Осмысление феномена человека – также важнейший вопрос специфики национальной и цивилизационной познавательной практики.

Объяснение права вне представления о фундаментальных вопросах природы человека, устройства общества, о закономерностях, «управляющих» человеческим сознанием и поведением, о соотношении последних с экономикой, культурой, религией – невозможно. Правопознание как изучение сущности права не может не опираться на национальную традицию философствования, историософии, социальных наук в целом. Таким образом, концепции сущности права во многом заранее заданы исходными мировоззренческими представлениями исследователя о природе и устройстве мира, сознания и его связи с поведением.

В основных типах правопознания и их современных модификациях находят выражение различные методологические установки исследователей по проблеме сущности права. Между данными точками зрения о понятии и сущности права, несмотря на различия исходных, цивилизационных гносеологических предпосылок, нет жестких гра-

ниц. Например, в вопросе природы прав человека естественно-правовая школа во многом предвосхитила марксизм, который признает дозаконодательное происхождение прав личности, но в отличие от естественного права толкует права человека не идеалистически, а конкретно-исторически и материалистически – как продукты общественных отношений, в которых действует личность. Обе доктрины отрицают октроированность (дарованность) прав человека государством. Много точек соприкосновения у естественно-правовой школы и позитивизма; позитивизма и марксизма и т.д. Все это свидетельствует о цельности и преемственности процесса правового познания.

Естественно-правовая доктрина, юридический позитивизм, историческая школа, марксистский взгляд на государство и право, другие концепции права XIX–XXI вв., будучи фундаментальными направлениями правопознания, сохраняют и сохранят в будущем свой методологический статус в науке. Именно с этими доктринами связано накопление значительных правокультурных ценностей России – развитие ее правовой мысли, творчество крупных теоретиков государства и права дореволюционного и советского периодов, создание многих политико-государственных и законодательных форм.

Однако в современных исследованиях эти теории, как правило, нуждаются в познавательной реконструкции, своеобразном новом прочтении с учетом цивилизационного опыта отечественной философской и правовой культуры.

В правовой сфере нарастает ощущение ограниченности и недостаточности господствующих правовых теорий, их неспособности объяснить новые социальные реалии, ответить на вызовы меняющегося мира, предложить решения в новой социально-экономической, духовно-нравственной и геополитической ситуации. Это характерно для многих стран мира, весьма различных с точки зрения правового уклада, степени государственно-правового прогресса, социального благополучия.

В настоящее время остро ощущается дефицит юридических идей и особенно веры в действующее право. Несмотря на значительный рост числа юристов, почти массовость юридических знаний, относительную доступность в целом юридической помощи, глобальные размеры приобретает проблема правового нигилизма населения, властных структур и даже самих правоведов¹.

¹ См., например: Матузов Н.И. Правовой идеализм и правовой нигилизм как две стороны «одной медали» // Правоведение. 1994. № 2.

Уже сделанные акценты в фактически принятой концепции строительства правового государства, повторяющие известные постулаты либеральной демократии и правопорядка, при всей своей исторической ценности и теоретической разумности не только уводят от реальных общественных отношений, складывающихся в российской экономике, политике, духовной сфере, но и все более расходятся с опытом мировой правовой культуры, накопленным в XX в.

Причины кризиса современной юридической науки кроются в отсутствии новых методологических концепций, адекватных вызовам времени. «Старые» теории не в силах предложить адекватные меры разрешения противоречий современного государства и права, кроме традиционного усиления (ослабления) вмешательства государства, коллективизма (индивидуализма) как методологии правового статуса личности.

По мнению немецких юристов К. Цвайгерта и Х. Кётца, правовая наука в целом в настоящее время является «больной наукой». Источником этой «болезни» является традиционный нерerefлектирующий и самоуверенный догматизм, в целом позитивистская школа юриспруденции¹. В широком смысле к позитивизму примыкают как либеральная, так и марксистская юридические теории.

Следствием позитивистских методов строительства правопорядка стала широкая непродуктивная практика рецепции правовых средств: «По мере развития зрелых правовых систем они или полностью воспринимались, или становились предметом довольно полного подражания, и пока имитирующая система (так называемое дочернее право) сохраняет, по крайней мере, стиль оригинала, ее решение юридических проблем представляет собой лишь бледную копию решений материнского правопорядка, не достигая самобытности и взвешенности решений своего “знаменитого” предшественника»².

Для России необходимость обновления теории правопознания обусловливается следующими основными факторами: 1) геополитической ситуацией, в которой находится Россия после распада СССР, диктующей необходимость создания, по сути дела, сверхновой правовой системы; 2) невозможностью прямого системного заимствования правовых институтов иных правовых систем без значительного

¹ См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Основы / пер. с нем. М., 1998. Т. 1. С. 39, 49.

² Там же. С. 63.

ущерба для национальной правовой культуры и эффективности правопорядка; 3) очевидной потребностью в правовой методологии, адекватной решению проблем экономического, политического и социального развития.

Российское государство находится в ситуации, требующей нового этапа в осмыслении политико-правовых явлений с целью выработки правовой доктрины, отвечающей реалиям правового развития в мире.

Взгляды на право как на «естественное» явление (человеческое или божественное), как на позитивное изобретение законодателя либо как на явление социальной жизни, сложившегося порядка общественных отношений, продукт судебной деятельности, психологических переживаний, коммуникации субъектов и так далее в современной методологии права интегрируются в широких представлениях о его синтетической природе, что позволяет учесть многочисленные факторы правового регулирования, реально продвинуться в понимании современных механизмов правового воздействия¹.

В России изучение права в качестве объекта общетеоретического анализа имеет характерную черту – глубокую обусловленность господствующими методологическими подходами, сложившимися в Европе и Америке в XIX–XX вв. Как соотносятся эти подходы с отечественной философской и правовой традицией, не устарели ли выводы XX в. о ее характере, соотношении с западным правовым мировоззрением? Насколько, решая методологические вопросы права, можно в отечественной правовой культуре мыслить оригинально? Все ныне господствующие доктрины правопознания – от естественно-правовой, позитивистской и марксистской до самых современных постмодернистских трактовок права – продукты национального правового духа, который становился достоянием мировой правовой цивилизации. Но от этого универсальные доктрины права не переставали быть оригинальными проявлениями национальной правовой ментальности в ее высших рефлектирующих проявлениях, не утратили специфики особого – европейского, английского, французского, немецкого, американского – феномена правовой культуры. Эти феномены определили характер и структуру правопорядка в этих странах. Именно по ним учат западных юристов, и на основе собственной правовой идеологии действуют национальные юридические институты и корпорации.

¹ См.: Лазарев В.В., Липень С.В. История и методология юридической науки: университетский курс для магистрантов юридических вузов / под ред. А.В. Корнева. М., 2016. С. 294–302.

Иное дело – Россия. В новой России, в ее юридической науке, принято рассматривать правовое регулирование с планетарных позиций – методом умозрительного или рационального выбора и селекции различных доктринальных концептов. Предметом дискуссий теоретиков выступает, как и везде, общее понятие права, но в России этот объект – отчужденная от отечественной правовой традиции «правовая реальность», которая рассматривается в виде или произвольного продукта власти, или априорных принципов справедливости, социального общения (коммуникации), или еще в каком-либо общетеоретическом контексте, за исключением одного – правокультурной ментальности общества, норм и традиций, выработанных отечественной правовой традицией.

Последний подход не считается специфически *общетеоретическим* и имеющим статус исследования общего понятия права. Это глубокое заблуждение. Да, рассматривая общее определение права, мы не называем это национальным поиском, но любое общее определение (доктрина) права имплицитно содержит генетические корни той или иной культуры, исторического времени, даже господствующей формы правления, в рамках которой создается теоретический концепт. Насколько наша теория готова именно к такой миссии? Не обусловлена ли бедность теоретической основы российских реформ и их фатальная неэффективность отчуждением от духа и содержания огромного наследия отечественной правовой культуры, отсутствием капитальных работ по рефлексии отечественного гражданского, уголовного, государственного, хозяйственного, земельного права? Именно к собственному оригинальному мышлению отечественная юриспруденция шла на протяжении всего XX в., успешно пережив этап западного ученичества и просветительства второй половины XIX в. Мы же ведем себя так, будто через сто лет, в XXI в., у нас нет оригинальной правовой культуры и кто-то или что-то мешает нам мыслить самостоятельно и свободно.

Мы жалуемся и говорим о кризисе науки, но сами же ограничили свою методологию права горизонтом дефиниций, почерпнутых в господствующих, или устаревших морально, или даже чуждых нашей ментальности правовых доктринах.

Отечественной теории права не хватает подлинно оригинальных обобщений, по-настоящему высоких абстракций, созданных на основе культурно-национального, интернационального, глобального правового мышления. Теория права впала в эмпирическое описание права поли-

тологического характера. Поэтому и ценность теоретического знания в новой России снизилась, это почувствовали все – и студенты, и законодатели. Никто из них не знает, что происходит с нашей государственностью и нашим правом, но теоретики заняты другим делом. У них нет доктрин, проливающих свет на современное государство и право. Такие доктрины рождаются только на основе глубокого вхождения в смысл этапного национального и мирового правокультурного опыта.

Продуктами общей теории права должны быть именно глубочайшие отвлечения от конкретных предметов. Но это отвлечение – общие доктрины права не могут возникнуть лишь на основе чтения зарубежных авторов. Поиск новых объясняющих идей должен питаться оригинальной и самобытной национальной правовой традицией, ее осмыслением, ее исследованием. Наверное, мы должны пересмотреть всю систему фундаментального правового образования в России, создав особые траектории для развивающего юридического мышления.

Сущность права не в натуралистически понятых «естественных», экономических, формально-законодательных либо психологических процессах, оно получает целостные, интегративные и поэтому наиболее полные определения в качестве феномена культуры. Право «живет» в режиме изменений мировой и национальной культуры: именно в этой области находятся современные приоритеты его изучения.

Поэтому обновление методологии правовой науки предполагает прежде всего необходимость реконструкции исходных методологических подходов к понятию права. Эта реконструкция имеет шансы на новизну и актуальность только в контексте новой для западного мира российской правовой традиции. Последнюю надо увидеть, открыть, обосновать. Пока мы участвуем в иных дискуссиях, что само по себе тоже познавательно.

Последнее крупное обсуждение понятия права, было у нас в 1970-е и 1980-е гг. Тогда родилось понятие социалистической правовой системы, и успешное обоснование ее самостоятельного места на правовой карте мира стало важным стратегическим достижением отечественной правовой доктрины. Спор между сторонниками «узкого» (нормативного) и «широкого» подходов в условиях развития современных трактовок права, в том числе интегративных, был завершен. Современная дискуссия о правопонимании все более выявляет принципиальную парадигмальную идентичность нормативной, естественно-правовой и интегративной школ как различных трактовок «рационального права», детерминированного либо господствующим

правопорядком, либо системой социальных идеалов, либо фактическими отношениями субъектов коммуникации. Эта дискуссия продвигает отечественную доктрину права, ибо не отчуждена от нее философско-методологически.

В настоящее время важно констатировать, что утверждения «что право – это законы, веления государства», с одной стороны, и что «существуют естественные права человека, которые государство обязано признавать и соблюдать», с другой, отнюдь не противоположны, а дополняют друг друга. Расходясь на уровне трактовки источника права (государство, Бог, природа человека и мира, совокупность общественных отношений), эти теории противоречат друг другу в онтологическом плане, в методологическом же как детерминистские метасистемы, претендующие на всеобъемлющее объяснение права, они принципиально тождественны, демонстрируя лишь плюрализм подходов в рамках мировоззрения западного мира Нового времени, начавшегося с Просвещения.

Между тем смысл современной познавательной ситуации в поиске новизны самой методологии, а не в выборе и синтезе между известными интерпретациями права; такой методологии, которая позволит создать адекватный понятийный аппарат в условиях глобального кризиса правопорядка и подходов западной юриспруденции.

В современной отечественной теории дискуссии о праве идут все же в основном в рамках сформированной в XVIII в. парадигмы правопознания, основанной на оценочно-причинной легитимации правопорядка.

Примером может служить «либертарно-юридическая» теория о различении права и закона, где от естественной доктрины воспринимается идея вечной и неизменной (абстрактной) сущности права, общей для всех времен и народов, а позитивная правовая форма становится сосредоточением трех компонентов принципа формального равенства – равной меры, свободы и справедливости. Последние «носят чисто и последовательно формальный характер». Правом, следовательно, может считаться только такой закон, который удовлетворяет определенным критериям – равенства, свободы и справедливости, но последние сведены к формальным признакам, и из них удалены все социальные аспекты: «В праве (и соответственно в государстве) нет ничего, кроме принципа формального равенства (и конретизации этого принципа)»¹.

¹ Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. М., 1999. С. 30.

Отдавая должное стремлению синтезировать и «развить дальше» известные учения, следует отметить, что попытки интегрировать классические доктрины не иссякнут никогда, и это ценное направление науки. Однако само по себе различие (отождествление) права и закона, права и морали, права и правоотношений не может выступать ведущим методологическим принципом изучения права в XXI в. Эти подходы объективно ограничивают методологический горизонт правоведения научной традицией эпохи Просвещения, и все ее варианты ведут к отставанию от понимания современной ситуации в сфере права и государства.

В условиях глобализующегося правопорядка методологический заказ состоит не в создании новых по сути описательных определений права, а в отказе от универсальной модели юрицизма; не в акценте на различении формального и фактического в праве, а в ином понимании сущности юридической формы, предполагающем анализ содержательно-индивидуальных элементов права, их юридического смысла; не в изоляции права от «неправа», других социальных институтов по схеме классического детерминизма или социологизма, а в поиске права там, где классическая юриспруденция XX в., прошедшего под знаком позитивизма, не находила своего предмета.

XXI век и связанный с ним научно-технический прогресс, глобальные вызовы человеку ставят вопрос о смене эпох юридического мышления. Как формалистическая, так и социологическая юриспруденция нуждается в дополнении направлениями, отвечающими на кризис регулятивных систем традиционных правопорядков.

Неслучайно в условиях социального заказа на новое правопонимание бывшие острыми дискуссии становятся неактуальными. Отечественная правовая доктрина в XXI в. не должна буксовать. Вопрос о праве имеет колоссальные перспективы в плане обновления методологии науки, но для этого надо уйти от дихотомий, заданных альтернативами права и закона, малопродуктивных для понимания правовых проблем будущего.

Источником нового видения накопившихся в теории права вопросов в основном выступает *философия постмодерна*, которая имеет многочисленные интерпретации в сфере правовой методологии. «Философия уже давно догадывается о том, — отмечает Э.Ю. Соловьев, — что, переступая через порог тысячелетий, человечество должно будет расстаться не только с ментальными навыками ближайшего прошлого, но и с куда более долгосрочными парадигмами, формиро-

вавшимися по крайней мере со времен Просвещения. В литературе последних десятилетий эта проблема обозначена понятиями «модерна» (господствующей интеллектуальной культуры Нового времени) и «постмодерна» (духовных событий, предвещающих крупную Реформу нашей ментальности уже в предвидимом будущем)¹.

Однако при несомненных достижениях на этом пути придать праву соразмерный вызовам времени методологический статус невозможно без выхода за рамки постмодернистской дискуссии о праве. Этот резерв продуктивности изучения права уже во многом исчерпан. Исследовательское поле постмодерна в праве удивительно богато, фрагментировано и заполнено чрезвычайно разнообразными смыслами права как концепта социальной нормативности и человеческой деятельности. Не вызывает сомнений то, что исследовательская роль таких трактовок права очень важна для современного развития целых отраслей и массивов права, включая новое осмысление международного права.

Однако каковы перспективы общетеоретических исследований национального права? Они видятся в двух направлениях.

Прежде всего, это возврат к догме и «чистоте» правовых определений, где сохраняется множество не выявленных предметов, которые появляются внутри возникающих и немислимых ранее правовых пространств. Эти пространства не всегда связаны с сознанием и волей человека и не всегда образуют классические социальные коммуникации. Это своеобразные новые правовые явления, меняющие представления о поиске операторов для классических правовых дефиниций и разделений: от правовых понятий скорости, символа, экспрессии, массового смысла, искусственности до юридизма категорий совести, преобразования, воли и переживания в направлении, раскрывающем индивидуальные, типологические характеристики правовой культуры – с заведомым отказом от придания такому измерению права статуса метатеории либо, наоборот, с попыткой выходов в общеправовой контекст.

Второе направление связано с первым и состоит в необходимости наполнить доктрину правопознания элементами, способствующими раскрытию закономерностей на уровне индивидуальности российского права, специфики правового языка, способов формирования

¹ Соловьев Э.Ю. Вступительная статья к кн.: Козловски П. Культура постмодерна. Общество-культурные последствия технического развития / пер. с нем. М., 1997. С. 5.

«юридизма» правовой системы. Пока же теория оперирует образом права, все же не доведенного до должной степени абстрагирования, так как строится фактически на определенном, западном правовом мышлении, что открывает дорогу господству и произволу законодателя. Имея высокоразвитую рациональную научную рефлексия законодательства, мы просмотрели за стереотипами отечественное правовое сознание, отчего в XX в. российская правовая культура не смогла получить устойчивой перспективы, отождествившись с политической практикой.

Право как явление духовной жизни не поддается исключительно естественным, причинным методам познания и не исчерпывается условиями среды. История знает множество фактов, когда прогресс права имел место в структурах реакционных государств, когда право «переживало» свои экономические базисы (римское право), когда оно существовало и развивалось вопреки рациональным политическим целям. Поэтому *российская правовая теория находится перед методологическим выбором*: либо остаться в традициях детерминизма и индетерминизма (экономического, политического, национального и т.д.) и выводить из них природу права, либо пытаться понять российскую правовую традицию как целостный самостоятельный феномен.

Именно такой путь может способствовать развитию общей теории государства и права в России.

О.В. Мартышин

2.2. О СООТНОШЕНИИ ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКИХ ЮРИДИЧЕСКИХ ДИСЦИПЛИН

Юридические науки и учебные дисциплины делятся на отраслевые, прикладные, историко-правовые и общетеоретические. К последним относится и философия права, введенная в качестве обязательного предмета в учебную программу магистратуры юридических вузов и факультетов.

Общетеоретические юридические дисциплины в отличие от отраслевых рассматривают государство и право как целостное, комплексное явление. При этом исследуется два круга проблем. Прежде всего определяется место государства и права в более широкой системе, в которую они входят в качестве части. Такой системой явля-

ется общество, жизнь общества во всем ее многообразии. Как географ, приступая к описанию той или иной местности, сначала определяет ее координаты – широту и долготу, так исследователь государства и права пытается найти место этих явлений в жизни общества, понять их взаимосвязь с природными условиями, населением, экономикой, политикой, культурой и на этой основе установить их назначение и роль. Названные факторы (их перечень далеко не полон) можно было бы уподобить внешнему миру, в котором функционируют государство и право. Решение этой задачи предполагает выход за рамки сугубо юридических проблем. Общетеоретические юридические дисциплины пограничны. Они связывают общественные науки в широком смысле слова со специальными юридическими науками.

Когда место во внешнем мире определено, когда государство и право оказываются выделенными в какой-то мере искусственно из «среды своего обитания», происходит как бы замыкание в государственно-правовой сфере. Она, в свою очередь, рассматривается как целое, изучаются ее общая структура, составные части, институты, категории, нормы и принципы, общие для всех отраслей права.

С конца 1930-х гг. (важнейший рубеж – Совещание по вопросам науки советского государства и права 16–19 июля 1938 г.) в нашей стране утвердилась единственная общетеоретическая юридическая дисциплина – теория государства и права. В последние годы советской власти в ее название вносились иногда несущественные изменения – вводилось слово «общая», на первое место ставилось слово «право», а не «государство». Но в 1980-е–1990-е гг. вновь был поставлен вопрос о необходимости разработки наряду с теорией государства и права философии права и социологии права. Стали выходить учебники и монографии под такими названиями, что вполне соответствовало традиции, сложившейся в западной и дореволюционной русской литературе. Поскольку теорию государства и права никто не отменял, возникла проблема соотношения трех дисциплин.

Обратимся для ее уяснения к истории формирования представлений о государстве и праве. С глубокой древности они составляли часть общественного сознания, развивались вместе с ним и в его рамках. Первой формой общественного сознания была религия (и тесно связанная с нею мифология). Религия служила единственным и универсальным источником знания, а также руководством к действию, безапелляционно решая все жизненные проблемы. Неудивительно, что первые сведения об общественном устройстве, власти, долге человека

содержатся в священных писаниях и мифах разных народов. Усложнение общественной жизни ведет к дифференциации общественного сознания. На основе священных писаний постепенно складываются источники, регулирующие отношения, близкие к правовым. В Древней Индии, например, лишь спустя тысячелетие после возникновения арийской цивилизации с ее священным знанием, изложенным в Ведах, появляются дхармасутры – правила поведения для четырех варн индийского общества. В дхармасутрах впервые закрепляются нормы, которые можно признать правовыми, но содержание этих источников гораздо шире, ибо дхарма – это круг всех обязанностей человека: не только юридических, но и религиозных, и бытовых¹.

Параллельно со специализацией протекает и другой процесс – выделение элементов и областей знания, опирающихся не только на авторитет сакрального. Практический опыт и его осмысление превращались в источник знания и сокращали влияние религии. Не бросая ей вызов, они существовали сами по себе. Рядом с религиозным сознанием возникало рациональное. Философия, являясь продуктом человеческого, а не божественного творчества, утверждалась в качестве новой формы сознания. Она, как правило, была на заре своего существования религиозной, но предлагала принципиально иные способы установления истины – не воля высших сил, исключаяющая сомнение и вопрошание, а обоснованность, убедительность, разум и опыт. Религия сверхъестественна, а философия рациональна. Когда они сходятся, возникают странные симбиозы, примером чего служит христианская схоластика, которую метко называют попыткой рационального доказательства иррациональных истин.

Зародившись рядом с религией, философия также претендовала на универсальный характер, на абсолютное и всеобъемлющее знание мира. Философии чужда специализация. До XIX века, когда колоссальное увеличение объема знаний привело к признанию необходимости постепенно возникающей дифференциации наук, философы были универсалами. Представления о государстве и праве включались во всеохватывающую систему философии, как прежде в религию. Примечательно творчество Т. Гоббса. Главный труд его жизни «Основы философии» состоит из трех частей: «О теле» (о пространстве и времени, законах движения, природе, материи), «О человеке» (как существе биологическом) и «О гражданине» (о человеке как существе обще-

¹ История политических и правовых учений. Древний мир. М., 1985. С. 110.

ственном или политическом). К последней части трилогии относятся рассуждения о государстве и праве. Они и представляют собой философию права Гоббса, хотя он, как и большинство великих философов, не пользовался этим названием. Особая наука «философия права» не известна ни древним грекам, ни римлянам, хотя они заложили классические основы разработки многих государственно-правовых проблем. Вершины античной философии права – «Государство» Платона и «Политика» Аристотеля. Но для них, как и для последующей философии, характерен не узкоюридический, а широкий философский подход. Государство и право рассматриваются в контексте общественных отношений. У Аристотеля политика неотделима от этики и экономики. Такая традиция сохранялась до XVIII–XIX в. Содержание «Философии права» Г.В.Ф. Гегеля едва ли уже, чем «Политики» Аристотеля.

Книга Гегеля – самое знаменитое произведение под этим названием. Она прочно ввела его в обиход и способствовала пониманию философии права как особого предмета исследования.

Известны и другие наименования того же предмета. У И. Канта это «Метафизические начала учения о праве» (очень точное определение особенностей философского подхода к праву). А. Смит включил экономику и право в курс моральной философии, читавшийся им в университете Глазго. Но гегелевский вариант оказался наиболее распространенным. Впрочем, Гегель не был первым, кто воспользовался термином «философия права». Его предшественник, один из основоположников и крупнейших представителей немецкой исторической школы права Г. Гуго, опубликовал «Учебник естественного права как философии положительного права». Он следовал традиции XVII–XVIII вв., когда философско-правовые вопросы рассматривались, как правило, в рамках теорий естественного права. Гегель, как до него Кант, порвал с этой традицией, не стал отождествлять философский подход к праву с представлениями о естественном праве. За гегелевской «Философией права» последовали книги под тем же названием. Их пишут не только философы, но и юристы. Но, по замечанию Д. Уолкера, автора энциклопедического по охвату и изложению материала «Оксфордского словаря права», сам термин «философия права» выдвигался главным образом учеными, которые в первую очередь были философами, а юристами, если они вообще были ими, – лишь вторую¹.

¹ См.: Walker D. Oxford Companion to Law. Oxford, 1980. P. 956.

В плане определения сути или профиля философии права Гегель сделал две вещи. Во-первых, он четко заявил, что наука о праве – часть философии, продолжая тем самым традицию, идущую от античности, а во-вторых, выделил философию права как особую область философского знания наряду с философией природы, истории, религии и т.д. И это был шаг к дифференциации (или специализации) представлений о праве.

Специализация привела в XIX в. к выделению из всеобъемлющей философии особой теории права. У нее было два источника: с одной стороны, опыт философского осмысления, а с другой – юридическая практика. Теория права отвечала потребностям развития правовых систем и юридического образования. Из философии были позаимствованы понимание права, его нравственные основы и его место в жизни общества, но к этому была добавлена юридическая догматика, которой философия не уделяла особого внимания. «Выйдя» из философии, теория права свела ее роль к определению некоторых мировоззренческих и методологических основ, и началась разработка общих технических форм функционирования права, в большинстве своем не представляющих интереса для философии. Философия рассматривала право в контексте общества или даже мироздания. Теория права ограничилась сферой юридических отношений. Она изучала правовые категории и их взаимосвязь. По объему юридическая догматика заняла в ней доминирующее положение. Характерно в этом отношении название вышедшей в 1869 г. книги М.Н. Капустина «Теория права. Общая догматика».

Как и в случае с философией права, использовались разные наименования обособившейся от нее новой дисциплины. При этом иногда брались на вооружение старые образцы, имевшие первоначально иной смысл и назначение. Так случилось с энциклопедией права. Первые издания появившееся в Германии в XVII в., как отмечал Н.М. Коркунов, вполне соответствовали жанру энциклопедии, то есть своду знаний¹. В XIX веке их характер меняется в связи с развитием философии права и разграничением философских и догматических аспектов права. Энциклопедия права строилась на сочетании фактических сведений с их обобщением и осмыслением, механическое соединение сведений о праве уже считалось недостаточным. Энциклопедия К. Пюттера, одна из лучших в Германии в XIX в., называлась

¹ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 27.

«Сущность (а может быть, и совокупность – Inbegriff. – О.М.) правовой науки, или юридическая энциклопедия и методология»¹.

В Московском университете в XVIII в. энциклопедию права читали немецкие профессора. В XIX в. этот курс появляется и в других университетах под названием «энциклопедия права» или «энциклопедия законоведения». В 1831 году вышла книга П.И. Дегай «Пособие и правила изучения российских законов, или Материалы к энциклопедии, методологии и истории российского права». По университетскому уставу 1835 г. этот предмет был включен в число обязательных дисциплин². Наиболее известное и тщательно разработанное издание этого рода в России – вышедшая в 1839–1840 гг. двухтомная «Энциклопедия законоведения» К.А. Невolina, служившего в Университете св. Владимира в Киеве, а с 1843 г. – в Санкт-Петербургском университете. К.А. Невolin определил задачу своего труда как обзор наук законоведения в общей их связи как со всем человеческим ведением, так и между собой. Центр тяжести в энциклопедиях права смещался с собрания всех сведений, касающихся права, к теоретическим проблемам. «Очерки юридической энциклопедии» П.К. Ренненкампа (второе издание 1880 г.), как отмечает Н.М. Коркунов, «дают только общее учение о праве»³.

Со второй половины XIX в. и особенно в XX в. энциклопедия права вытесняется теорией права, или общей теорией права, иногда – теорией права и государства (Л.И. Петражицкий), или теорией права в связи с теорией государства (П.А. Сорокин). Теория права восприняла от энциклопедии функции обобщения и методологии правовых знаний, отказавшись от задачи сведения воедино всего многообразия сведений о праве, относящихся к разным отраслям. Философия права при этом не исчезает в отличие от энциклопедии права. Ряд известных правоведов и философов (например, И.А. Ильин) писали книги как по теории, так и по философии права. Как отмечалось выше, в СССР к концу 1930-х гг. утверждается единое название предмета – теория государства и права.

Широкое распространение теории государства и права в нашей стране привело бельгийского профессора М. Ван Хука к заключению, что сама эта наука зародилась в России (среди ее зачинателей он на-

¹ Там же. С. 31.

² Там же. С. 34–35.

³ Там же. С. 35.

зывает Н.М. Коркунова, Л.И. Петражицкого, Г.Ф. Шершеневича)¹. Это явное недоразумение. Наука, о которой идет речь, давно существовала и на Западе, но она называлась иначе. Как писал англо-американский правовед Р. Дворкин, «в юридических учебных заведениях обычно преподают курсы под названием “юриспруденция”, или “теория права”, или что-нибудь в этом духе»². «Юриспруденция» – наиболее распространенное в странах общего права название теории права. Ее появление связано с распространением философии позитивизма и преобладанием юридического позитивизма (нормативизма) в праве. Юриспруденция рассматривалась как позитивная наука права, изучающая действующие нормы, в отличие от идеальных конструкций естественного права и умозрительной философии права. Образцом английской теории права служит работа Дж. Остина (1790–1859) «Определение сферы юриспруденции» и ее расширенное посмертное издание «Лекции о юриспруденции» (1863). Остин вошел в историю правовой мысли как основоположник аналитической юриспруденции, под которой понимается разработка содержания основных понятий, общих для всех разделов права – таких, например, как вина, владение, собственность, небрежность, право³. Спустя 100 лет крупнейший представитель гарвардской школы права Р. Паунд опубликовал четырехтомное обобщение всей своей научной деятельности под тем же названием «Юриспруденция».

В середине XIX в. возникла новая наука – социология, то есть наука об обществе. Она также отпочковалась от философии и может рассматриваться как ее часть – наука об обществе, в отличие от философии природы. Но творцы социологии О. Конт и Г. Спенсер рассматривали ее появление как качественный скачок, разрыв с умозрительной философией, внедрение в обществоведение методов исследования, свойственных естественным и точным наукам. Вместо «работы чистого разума» предлагалось тщательное изучение действительности, дающее не абстракции, не фантазии, а подлежащие эмпирической проверке положительные (позитивные) выводы. Социология – детище философии позитивизма. Последнюю называют нефилософской философией, потому что она сознательно выводит из круга своих ин-

¹ См.: Van Hoescke M. *Théorie générale du droit* // Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit. Sous la direction de Andre-Jean Arnaud. Bruxelles, 1988. P. 417.

² Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. L., 1994. P. 1.

³ Ibidem. P. 2.

тересов первоначальные основы бытия и сознания, объявляя их непознаваемыми. Отказавшись от метафизики, творцы социологии претендовали на решение реальных проблем. Им не удалось сохранить верность научности, о чем свидетельствует, в частности, созданная О. Контом в последние годы жизни картина идеального общества (социократия). Но идея обновления методологических средств изучения общественной жизни сыграла положительную роль.

Социология исходит из органического единства общества. Оно рассматривается как целостный объект исследования, в котором все взаимообусловлено. Право – часть этого объекта, его суть и значение могут быть постигнуты лишь в контексте других сторон жизни общества, экономики, политики, культуры и т.п. Не следует думать, что до Конта и Спенсера никто этого не понимал. Все классики философии были в немалой мере социологами. Но утверждение принципа единства знаний об обществе в эпоху диверсификации наук, как и призыв рассматривать все явления не только в статике, но и в динамике, то есть в неизбежном развитии (второй основополагающий принцип социологии – и тоже отнюдь не новый), способствовали обогащению взглядов на общество.

Возникнув как единая наука, социология в силу одной только обширности своей сферы не могла избежать деления на части, как некогда философия. Единство общества и знаний о нем сохраняется как важнейший методологический принцип. Появляются социология производства, культуры, образования, религии и т.п., в их числе и социология права. Но при неизбежной дифференциации разных областей социологии теоретики этой науки исходят из методологической важности объединения всего того, что разные ветви социологии и других общественных наук произвольно разделяют: «Социологи настаивают на невозможности отделения правовой действительности от цельной социальной действительности, понимаемой как неразрушимое единство»¹.

Споры о том, относить ли социологию права к юридическим или социологическим наукам, не представляют интереса. Речь идет о пограничной области. В какой-то степени все общественные науки относятся к социологии. Один из первых и крупнейших представителей социологического подхода к праву С.А. Муромцев считал, что и теория права – часть социологии в широком смысле слова, одна из

¹ Гурвич Г.Д. Философия и социология права. Избранные произведения. СПб., 2004. С. 567.

частных социологических наук. Предмет социологии права бесспорно юридический, а методология роднит ее с общей социологией. Особенность социологии права в том, что она не сводится к анализу текстов правовых норм, а обращается к жизни тех, кому они адресованы, к их реальному поведению и выявляет соотношение норм и реальной жизни. По определению Д. Уолкера, социология права изучает действие права в реальных обстоятельствах. Правовые институты, нормы, практика, процедуры рассматриваются ею в контексте жизни общества, при этом исследуются их функции и реальное воздействие¹. Известный итальянский юрист Р. Тревес относит социологию права к «антиформалистским юридическим наукам, изучающим право, как оно проявляется в фактах, а не в словах»².

Г.Д. Гурвич определяет задачу социологии права как «изучение функциональных взаимоотношений между социальной действительностью и видами права»³. Того же мнения придерживается цитируемый им Р. Паунд: «Возможно, наиболее существенный прогресс в современной науке права – это переход от аналитической к функциональной точке зрения. Функциональная позиция требует, чтобы суды, юристы и правоведа постоянно имели в виду соотношение права с живой социальной действительностью, то есть право в действии»⁴.

В социологии права сформировалось два направления – теоретическое и прикладное. Теоретическая социология – это рассуждения о месте права в жизни общества, о его обусловленности политической, экономикой, культурой и его воздействии на эти явления. К ней же можно отнести и разработку методов социологического анализа. Прикладная социология – применение этих методов в эмпирической сфере, это так называемые конкретно-социологические исследования – не умозаключения, а выяснение фактов с целью последующего анализа. Прикладная социология создает эмпирическую базу для теоретического осмысления. По замечанию французского исследователя Ж. Карбонье, социология права рассматривает с внешней стороны тот объект, который догматическая юриспруденция изучает изнутри, «догма права изучает нормы права как таковые, а юридическая соци-

¹ См.: Walker D. Op. cit. P. 1153.

² Treves R. Sociologie du droit // Dictionnaire encyclopédique. ... P. 383.

³ Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 703.

⁴ Там же. С. 568.

ология стремится открыть как социальные причины, порождающие эти нормы, так и социальный эффект этих норм»¹.

Эмпирические, конкретно-социологические исследования получили широкое распространение с середины XX в. сначала в США, а потом и в других странах. Они проводились по широкому кругу правовых проблем с использованием анкетирования, опросов, непосредственного наблюдения, математической обработки данных и других методов, ранее опробованных социологами. Эти исследования получили название юридической социологии.

С тех пор в рамках социологии права сосуществуют как теоретические размышления, так и эмпирические исследования. Однако основоположники этого направления, в первую очередь австрийский юрист Е. Эрлих, понимали социологию права как общее учение, как теоретическую науку о праве, а не как собрание и анализ фактов, связанных с действием тех или иных элементов конкретной системы права. Но, по убеждению Эрлиха (и это важнейший методологический принцип социологии права), общее учение плохо выполнит свою функцию, если ограничится текстом правовых норм и не выявит действительную жизнь тех, кому они адресованы, реальные правила их поведения, обусловленность правовой жизни социальным и экономическим устройством общества. Ту же мысль подчеркивал Г.Д. Гурвич, хотя и упрекал Эрлиха в непоследовательности: «укажем на опасность распространенного в наше время ошибочного мнения, смешивающего данную дисциплину (социологию права. – О.М.) с “социологической теорией права”... Так называемая “социологическая теория права” является лишь позитивистской интерпретацией философии права»².

Поскольку такая точка зрения, будучи вполне справедливой, все-таки не является общепринятой, приходится констатировать, что под социологией права в широком смысле слова скрываются два тесно связанных, но неоднотипных явления. Известны сторонники исключения эмпирических исследований из социологии права, например немецкий юрист Н.Л. Луман³, и наоборот – сторонники сведения ее к «конкретно-эмпирическому знанию, которому недоступно

¹ Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 35–36.

² Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 612–613.

³ См.: Treves R. Op. cit. 383.

постижение всеобщих связей и отношений»¹ (русский юрист, один из идеологов евразийства Н.Н. Алексеев). Однако следует признать, что в связи с тем, что рассуждения о сущности права и государства относятся к философии и теории права, конкретно-социологические исследования приобретают особое значение. Отсюда их притязания на самостоятельность и овладение всей территорией социологии права.

К социологии права примыкает сравнительно новое направление, получившее название «антропология права» (юридическая антропология). Пионером в этой области выступил французский ученый Н. Рулан, изучавший правовые обычаи примитивных африканских племен и пытавшийся на этой основе делать выводы о сходстве и различии их жизни с жизнью европейских народов, ставя во главу угла природу человека, а не общества². А.И. Ковлер, автор первой отечественной монографии на эту тему, полагает, что юридическая антропология как научная и учебная дисциплина «исследует процессы юридикации человеческого общества, свойственные каждому типу общества, и стремится выяснить закономерность и логику, которые положены в основу правового бытия человека данной эпохи и данного типа общества»³. Из перечня основных направлений юридической антропологии (теоретические основания, традиционное право, правовая культура как феномен цивилизации, современное право, «включая опыт “неформальной юстиции” разных стран, мутации современной семьи, наднациональные механизмы защиты прав человека»⁴) видно, что в нее включены вопросы, рассматриваемые общетеоретическими, историческими и отраслевыми юридическими дисциплинами. Их объединение под флагом антропологии искусственно.

Скептическая оценка этого явления, данная Ж. Карбонье, представляется убедительной. Отметив, что специфику антропологии, в том числе и юридической, видят в понятиях «естественная природа» и «естественный человек», противопоставляемых культуре, он утверждает: «В этом плане можно сказать, что антропология изучает природу человека, а социология (как и этнология) – культуру общества. При этом свойства природы человека универсальны, а свойства

¹ Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1999. С. 28.

² См.: Рулан Н. Юридическая антропология. М., 1997.

³ Ковлер А.И. Антропологическая юриспруденция // Юридическая энциклопедия. М., 2001. С. 46.

⁴ Там же. С. 46–47.

культуры партикулярны»¹. «Естественная природа человека такова, что он живет в обществе, – рассуждает Ж. Карбонье, – но то, что человек живет в данном обществе, а не в каком-либо ином, от его естественной природы не зависит»². Отсюда вывод: «Соблазнителен поиск в этих глубоких пластах, на границе с животным миром, юридических явлений, которые были бы чисто антропологическими, независимыми от социологического. Но это весьма шаткая гипотеза»³.

Сопоставление трех общетеоретических юридических дисциплин приводит к выводу, что они обладают как общим предметом ведения, совместной компетенцией, так и особыми, исключительными сферами исследования. Так, монополией социологии права, как и всякой социологии, являются конкретно-социологические исследования, а юридической догматикой занимается только теория государства и права. Что же касается связей права с другими сторонами жизни общества, они рассматриваются всеми этими науками – каждой со своей точки зрения. Самым широким диапазоном обладает теория государства и права. Даже в варианте аналитической юриспруденции она редко сводится всецело к юридической догматике и, как правило, не обходится без экскурсов в область философии и социологии. Р. Дворкин полагал, что общая теория права должна постоянно обращаться к дискуссионным проблемам философии, которые не являются строго юридическими, и в связи с этим критиковал господствующую в британских и американских учебных заведениях «бентамистскую теорию»⁴, имея в виду традицию, заложенную Дж. Остином. Внимание к философским проблемам особенно характерно для российской теории права. Мировоззренческим, социально-политическим аспектам теории государства и права придавалось первостепенное значение при советской власти. Эта традиция сохранилась и в постсоветской России, несмотря на изменение идейных основ.

Принципиальная общность трех наук по предмету исследования представляется очевидной. А вот установить четкие границы между ними едва ли возможно. Условность и подвижность этих границ объясняется не недоработкой, а органической связью трех направлений. Г.Д. Гурвич иронизировал по поводу людей, видящих в последова-

¹ Карбонье Ж. Указ. соч. С. 59.

² Там же.

³ Там же. С. 61.

⁴ Dworkin R. Op. cit. P. IX.

тельном разграничении догмы, социологии и философии права последнее слово методологической мудрости, и полагал, что такое разграничение невозможно и ведет к беспомощности этих трех научных дисциплин¹. «Можно сказать, – писал он, – что социология права, с одной стороны, и философия права, с другой, есть две теоретические дисциплины, которые должны составлять основание юриспруденции, понимаемой как искусство или, иначе, как юридическая техника»².

В органической связи трех дисциплин легко убедиться. В решении большинства проблем права она присутствует как три подхода к одному и тому же предмету. Так, норма правления – один из примеров догматической юриспруденции. Но если исследователь не ограничивается перечнем формальных признаков, а дает их оценку, исходя из представлений о должном, его подход становится философским. Если он рассуждает об обусловленности формы правления особыми условиями, историческими традициями, это будет философско-социологический подход. А изучение отношения населения к формам правления представляется чистой социологией права.

С.И. Захарцев, В.П. Сальников

2.3. О ТЕОРИИ И ФИЛОСОФИИ ПРАВА

Философия – это особый способ постижения и освоения мира. Как мировоззрение, система знаний, она формирует целостное и ценностное представление о мире и о месте в нем человека. Принято считать, и это справедливо, что философия выходит за рамки конкретных наук. Более того, именно из недр философии «родились» технические и гуманитарные науки, в том числе правоведение. Философия дала толчок формированию правовых наук и определила их направление. Основой для такого развития стали размышления философов о праве. Начиная с античности все без исключения философы в своих работах касались права – либо рассматривали его непосредственно, либо подразумевали как важную составляющую построения мира и общества. Так зарождалось самостоятельное направление в философии – философия права.

¹ См.: Гурвич Г.Д. Указ. соч.. С. 219.

² Там же. С. 574.

Это направление, надо признать, никогда не было основным – философией традиционно рассматривались глобальные проблемы бытия, познания, мира. А право незримо (или зримо) присутствовало среди таких проблем как способ регулирования общественных отношений. Объективно: философия породила правовые науки, и никак не наоборот. И закономерно, что именно философы сформировали и обосновали к XIX в. философию права как направление в философии, а в дальнейшем – научную дисциплину, предназначенную для формирования мировоззрения о праве, философского осмысления права, уяснения методологии права.

В.С. Степин фундаментально исследовал этот вопрос и отметил, что с середины XIX в. в философии начинают формироваться новые подходы. Возникает критическое отношение к классическому идеалу последней и абсолютно истинной философской системы. Философия осознает себя как развивающаяся система знаний, которая подобно науке не заканчивается ни на одном этапе своего развития достижением окончательной и всеобъемлющей картины мироздания. Одновременно философия в этот период все больше обращается к специфике познания и знания не только в науке, но и в других областях культуры – в искусстве, морали, политическом и правовом сознании, обыденном мышлении, религиозном опыте и т.п. Проверяя свои построения путем их постоянного соотнесения с реальным развитием различных сфер культуры, отдельные области философского знания начинают обретать относительную самостоятельность. Они конституируются в качестве специальных философских дисциплин (онтология, теория познания, этика, эстетика, философия права, философия науки и т.п.)¹.

Таким образом, по нашему мнению, философия права является связующей научной дисциплиной между философией и юридическими науками. Однако философия права не относится к юридическим наукам.

Философия права не входит в общую теория права, а обозначает направления познания права, методологию права и формулирует подходы и фундаментальные проблемы права, ищет пути их решения. Получается, что в предмет философии права входят основополагающие вопросы правового бытия, сущности права, методологии познания права, ценностей права, осознания права, логики права, места человека в правовых отношениях, правовой культуры.

¹ См.: Степин В.С. Философия науки. Общие проблемы. М., 2008. С. 13–14.

Здесь появляется осязаемое разграничение предмета философии права с теорией государства и права, поскольку в ведение философии права входит осмысление глобальных фундаментальных проблем права и указание методологических установок, ориентиров для теории государства и права. В части методологии: философия является общеметодологической базой для всех наук, философия права – методологическим базисом для теории государства и права, а теория государства и права – для других юридических наук.

Собственно, предназначение отдельных философских направлений как раз в том, чтобы стать своеобразными «мостиками», ориентирами для теоретических наук всех отраслей знаний (от экономической и математической теории до теории права). Философия права выступает связующим звеном между «чистой» философией и теорией государства и права как основой для всей юридической отрасли знаний.

Поэтому в целом можно согласиться с исследователями в том, что философия права отличается от общей теории права не только более высокой степенью абстрактности философских понятий и категорий, но и выходом за пределы юридической проблематики¹.

Это вовсе не означает, что философия права должна стать уделом исключительно философов. Так, Г.А. Гаджиев верно заметил: «Не стоит думать, что философские размышления – монополия профессиональных философов и что занятие философией юристов, экономистов, литераторов – недопустимое интеллектуальное браконьерство»². Однако на практике мы чаще видим обратное: юристы неохотно привлекают философов для постижения философских проблем права, декларируя при этом, что философия права – это юридическая дисциплина и «вотчина» юристов, а не философов.

Однако в научной дисциплине, одной из составляющей которой является философия, она по определению должна доминировать, играть главную роль. В противном случае эта дисциплина перестанет быть философией.

Все подобные дисциплины (философия экономики, философия истории, философия медицины, философия права и др.) создаются на философской базе. Порядок их формирования таков: философия выступает общим по отношению к конкретной науке (частному); вначале

¹ См.: Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2011. С. 264.

² Гаджиев Г.А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2013. С. 6.

внутри философии выделяется направление, относящееся к конкретной науке; одновременно в науке формируются вопросы, выходящие за ее предмет и требующие философского осмысления и разрешения; дальнейшая интеграция этого философского направления и науки приводит к образованию новой научной дисциплины. Но в такой конструкции частное (знание из конкретной науки) не может довести над общим (философией). Рассматривать философию с позиции, например, экономики или права нелогично и неверно. Должно быть наоборот.

Всегда ли происходит подобная интеграция? Опыт показывает, что не всегда (в немалом числе естественных и гуманитарных наук). Одной из причин является то, что не все, например естественные, науки нуждаются в подобных интеграциях. Философских проблем (или проблем, требующих философского уровня осмысления) в подобных науках относительно немного. Потребности формирования самостоятельных направлений в философии не возникает.

Отсюда следует, что для образования таких научных дисциплин, как философия экономики, философия медицины, философия права и других, у соответственно экономики, права должна быть потребность в них, должно быть стремление подняться до философских знаний. Такие науки стремятся к философии, чтобы с ее помощью разрешить свои научные проблемы, но не для того, чтобы оценить саму философию с позиции экономики, медицины или права. Поэтому ключевое слово в названных дисциплинах несомненно за философией.

Таким образом, философия права является междисциплинарной наукой. Подобные научные дисциплины мы предлагали называть философско специализированными¹. Подчеркнем, что наш термин вошел в научный оборот и был поддержан многими философами и юристами.

Таким образом, философия права занимает место между философией и юридическими науками.

При таких обстоятельствах, на базе философии, предметом изучения философии права должны быть соответственно основополагающие проблемы онтологии права, гносеологии права, аксиологии права, антропологии права, логики права, этики права, праксиологии права, правосознания, правовой культуры².

¹ См.: Захарцев С.И. Некоторые проблемы теории и философии права / под ред. В.П. Сальникова. М., 2014; Захарцев С.И., Сальников В.П. Философия. Философия права. Юридическая наука. М., 2015.

² Там же.

О необходимости объединения усилий философов и юристов именно под философским «крылом» верно говорит В.Д. Зорькин: реалии времени подталкивают к тому, «чтобы философы говорили о праве, а юристы слушали философов и понимали, что право состоит не просто из собрания законов, – иначе достаточно одной законодательной реформы, а огромные библиотеки, если даже здесь доверху стеллажи поставить, отправляются в макулатуру. Не нужно замыкаться в узких рамках, необходим широкий взгляд на юриспруденцию, завещанный выдающимися российскими мыслителями нам – тем, кто занимается интеллектуальным трудом, будь то практическая работа юриста, или преподавание, или академическая деятельность. И главный импульс, мне кажется, все же должны задать философы»¹.

Сила и мощь философии права заключается в ее двугранности, междисциплинарности. Сфера ее познания находится на стыке двух отраслей знаний философии и права. Такие научные пересечения в XIX и XX вв. открыли широкий пласт для познания бытия. В частности, основываясь на философии права, мы разработали и обосновали компрехендный подход к познанию права². Этот подход, равно как и наше видение философии права, тоже не остались без внимания специалистов и получили поддержку, в том числе основоположника советско-российской философии права Д.А. Керимова³.

Однако не все юристы принимают предложенный нами подход к предмету философии права. Особенно им не нравится «размещение» философии права не внутри юридических наук, а над ними. В качестве

¹ Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики / под ред. В.В. Миронова и Ю.Н. Солонина. М., 2010. С. 43–44.

² Захарцев С.И. Некоторые проблемы теории и философии права / под ред. В.П. Сальникова. М., 2014; Захарцев С.И., Сальников В.П. Философия. Философия права. Юридическая наука. М., 2015; Они же. Компрехендная теория познания права // Юридическая наука: история и современность. 2015. № 8. С. 11–26; Они же. Как познать право? Мы предлагаем компрехендный подход // Правовое поле современной экономики. 2015. № 9. С. 17–30.

³ См.: Керимов Д.А. В развитие дискуссии о философии и праве: рецензия на монографию С.И. Захарцева и В.П. Сальникова «Философия. Философия права. Юридическая наука // Правовое поле современной экономики. 2015. № 1. С. 78–85; Покровский И.Ф., Гук А.И. Когда философия и право снова вместе: рецензия на монографию С.И. Захарцева «Некоторые проблемы теории и философии права» // Мир политики и социологии. 2015. № 2. 184–190; Покровский И.Ф., Исмагилов Р.Ф., Гук А.И. Действительно, философия и право снова вместе в исследовании современных научных мыслителей: некоторые идеи по поводу рецензии Д.А. Керимова и монографии С.И. Захарцева и В.П. Сальникова «Философия. Философия права. Юридическая наука» // Юридическая наука: история и современность. 2015. № 9. С. 196–200; Хабибуллин А.Г., Мурсалимов К.Р. Рецензия на книгу С.И. Захарцева «Некоторые проблемы теории и философии права» // Мир политики и социологии. 2015. № 9. 203–209.

критического замечания обычно называется уже не раз затрагиваемый вопрос о том, что такой подход может повлечь отдаление философии права от права. С данным замечанием мы не согласны. Философия права уже состоялась как междисциплинарная наука. Она уже содержит в себе багаж как чисто философских, так и юридических знаний, необходимых для осуществления своей научной миссии. Поэтому на современном этапе уже нельзя говорить о том, что при установлении философии права «над» юриспруденцией в философии права будут рассматриваться проблемы, не соответствующие правовым реалиям, равно как неверно спекулировать высказываниями о том, что философия права при таком подходе не будет опускаться до рассмотрения конкретных правовых норм и вопросов. Напротив, предложенный нами подход позволяет в рамках философии права не только «рассуждать о высоком», но и разбирать конкретные правовые нормы в связи с решением стоящих перед философией права задач. При анализе философских вопросов, связанных, скажем, с правом и справедливостью, правом и истиной, рассмотрение конкретных норм по установлению истины в процессуальном праве необходимо. Да и в целом в праве достаточно вопросов, подлежащих философскому осмыслению. Достаточно вспомнить, например, дискуссии о разрешении/запрещении абортов, пересадки мозга, биомедицинских экспериментов.

В завершение повторим, что философия права – философско-специализированная наука, предметом изучения которой являются основополагающие проблемы онтологии права, гносеологии права, аксиологии права, антропологии права, логики права, этики права, праксиологии права, правосознания, правовой культуры.

А.В. Корнев

2.4. ПРОБЛЕМА СТРУКТУРНОГО ПОСТРОЕНИЯ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Рассматривать проблему структурного построения теории государства и права целесообразнее всего в контексте ее исторического формирования, учитывая, что в системе юридического образования ей принадлежит особое место.

Юридическое образование имеет давние традиции, которые восходят еще к античности. В этом смысле с юриспруденцией может кон-

курировать разве что медицина. В любой системе образования есть некоторые дисциплины, которые можно назвать основой, фундаментом. Такой базовой дисциплиной в системе юридического образования является теория государства и права. Н.С. Бондарь утверждает, что юридическое образование это в том числе и важная нравственно-этическая ценностная основа правовой и политической культуры общества и государства. В данном контексте весьма опасными выглядят тенденции по превращению юридического образования в России в узкоспециализированное обучение юридическим технологиям на основе прагматизма, исключительно рыночных потребностей. Новации в сфере юридического образования, по мнению Н.С. Бондаря, могут привести *«к утрате традиционной для отечественного образования фундаментальной подготовки юридических кадров»*¹.

Нет оснований сомневаться в том, что фундаментальную подготовку юриста должны обеспечить история государства и права (отечественная и зарубежная), теория государства и права, а также философия права и социология права как ее составные части. В то же время в учебных планах появляются все новые отрасли права при сокращении периода обучения до четырех лет (бакалавриат). В настоящее время на теорию государства и права может быть возложена примерно та же функция, что и на римское право, то есть формирование понятийного аппарата и «юридизация» различных социальных ситуаций, входящих в сферу нормативного регулирования.

Особая роль теории государства и права в системе юридического образования очевидна в историческом контексте. Определить точное время, с которого началось формирование теории государства и права в России, достаточно сложно. Представление о праве и государстве возникают практически одновременно с самим феноменом государственности. В этом смысле правовая мысль России имеет довольно богатую историю. Однако собственно теория как наивысшая форма понимания и отражения правовой реальности возникает гораздо позже. Любая теория как система понятий, суждений, концепций обретает статус науки только тогда, когда поднимается до осознания сущности явлений и закономерностей их бытия. Учреждение в XVIII в. Российской академии наук, университетов, где были созданы юридические факультеты, стажировки в лучших европейских университетах наи-

¹ Бондарь Н.С. Российское юридическое образование как конституционная ценность: национальные традиции и космополитические иллюзии. М., 2013. С. 27.

более способных студентов и молодых ученых послужили мощным импульсом развития правовой науки. Оценивая путь, пройденный российской юридической наукой, можно согласиться с оценкой, данной ей Н.М. Коркуновым: «Мы можем пожаловаться разве только на малое количество людей, посвятивших себя научному изучению права, но ни на их качество»¹.

Теория государства и права в этот период еще не существовала как самостоятельная научная дисциплина и на протяжении целого столетия, вплоть до конца XIX – начала XX в. развивалась в рамках философии права. Сама же философия права первоначально своим предметом имела естественное право как нечто идеальное и образцовое, а затем стала заниматься теоретическими проблемами позитивного права (Куницын А.П. Право естественное. 1820; Редкин П.Г. Из лекций по истории философии права в связи с историей философии вообще. Т. 1–7. СПб., 1889–1891).

Роль своеобразного мостика между философией права и сформировавшейся впоследствии теорией права сыграла энциклопедия права, которая параллельно с первой выполняла по сути роль второй, пытаясь соединить без всяких попыток теоретических обобщений существующие правовые знания в единую систему. Энциклопедия права выполнила важнейшую задачу, сформировав словарь юридических понятий, который затем стал органичной частью общей теории права.

Определенной вехой в формировании общей теории права стало опубликование в 1869 г. видным ученым-правоведом М.Н. Капустиным основательного труда под названием «Теория права. Общая догматика Ч. 1». Отдавая должное энциклопедии права, он выразил сомнение относительно ее способности двигаться дальше в понимании права во всем его многообразии: Каждая юридическая наука рассматривает право в приложении к известной системе отношений со всех сторон – догматической, исторической и политической. Но необходима также такая наука, которая установила бы общую догму права и общества, указала бы на юридическую область в целом ее объеме и на связь отдельных юридических отношений, наконец, определила бы общую систему юридических наук. Такой наукой, по его мнению, должна стать *теория права и общества*.

Многие юристы в дореволюционной России были уверены в том, что до постижения сущности права будущий юрист должен хорошо

¹ Коркунов Н.М. История философии права. СПб., 1908. С. 232.

изучить человека и общество. Так были предвосхищены юридическая антропология и социология права.

Самостоятельный статус философии права и позитивной юриспруденции не вызывает сомнений. Сложнее обстоит дело с соотношением предметов философии права и теории права. По мнению одних современных ученых, философия права представляет собой один из разделов общей теории права. Другие настаивают на том, что философия права является самостоятельной научной дисциплиной. Как бы там ни было, связь между философией права и общей теорией права разорвать очень трудно. Философия права всегда стремилась познать идею права, его сущность. Эта задача была сформулирована Г.В.Ф. Гегелем в его знаменитой «Философии права» (1820). Не может обойти этого вопроса и общая теория права, для которой он, может быть, является самым главным. Эта связь настолько очевидна, что один из выдающихся дореволюционных русских юристов Г.Ф. Шершеневич свою 2-томную фундаментальную работу назвал «Общая теория права» (М., 1911, 1912 гг.). В тексте же он дал пояснение, что содержание современной научной философии права образуют три ее части: общая теория права, история философии права и политика права.

Выход теории права за рамки философии права был вполне закономерным. Рождение теории права в качестве базовой методологической науки было предопределено самой жизнью, а точнее – бурным развитием во второй половине XIX в. товарно-денежных отношений. Стремительный подъем экономики, формирование общеевропейского рынка с разнообразными отношениями производства и обмена потребовали соответствующего правового регулирования. В рамках цивилистики, а затем на уровне различных отраслей права постепенно начинает формироваться теория права, основной задачей которой становится формирование общих понятий и категорий юридической науки и практики.

Конец XIX – начало XX в. были очень плодотворным для развития юридической науки периодом. Сформировавшись под большим влиянием европейской науки, дореволюционная российская юридическая мысль за короткий период времени завоевала авторитет. Сущность права, генезис, социальная ценность и его всемирное предназначение, связь государства и права – разработка этих и других вопросов общей теории права стали достоянием мировой юриспруденции.

Рассматривая зарождение и развитие общей теории права и государства, следует отметить, что прилагательное «общая» в названии

науки и в ряде случаев – учебной дисциплины (на примере отдельных вузов) появилось отнюдь не случайно. По своей природе теория не может замыкаться на частностях, какой-либо казуистике или исключениях из правил. С момента своего рождения она была нацелена на выявление общих закономерностей существования права и государства, которые невозможно открыть в рамках отдельных отраслей права или на опыте отдельной национальной государственно-правовой реальности. *Российскую теорию права и государства, как правило, создавали те ученые, которые пришли в нее из базовых отраслей права, чаще всего из цивилистики, что позволяло им под широким углом зрения смотреть на цели, задачи и функции новой науки.*

Мощное развитие общей теории права и государства отчасти можно объяснить и широким использованием сравнительного метода. Теория получала эмпирический материал из отраслевых наук, которые не просто изучали российское право, а сравнивали его с правом других (как правило, европейских) государств.

Требуется пояснения и тот факт, почему наука и учебная дисциплина со временем получила название «Теория права и государства» или в другой интерпретации «Теория государства и права». Первоначально многие склонялись к названию «Теория права и общества». Аргументы восходили к известному изречению древних: *Ubi societas, ibi jus* («Где общество, там право» – лат.). По образному выражению Б.Н. Чичерина, «как факт право есть явление общественной жизни». Сходные позиции обнаруживает и Е.Н. Трубецкой, который полагал, что право содержит в себе элемент личный и общественный. Таким образом, поскольку право есть порождение социума и одно из условий его существования, необходимо изучать общество. К тому же общество и право возникают раньше государства, полагали большинство дореволюционных русских юристов. Тем не менее некоторые выдающиеся ученые в название своих фундаментальных работ стали включать теорию государства, как это сделал Л.И. Петражицкий, опубликовав «Теорию права и государства в связи с теорией нравственности» (СПб., 1906), которого трудно заподозрить в симпатиях к этатизму. Этому примеру последовал и П.А. Сорокин (Элементарный учебник общей теории права в связи с теорией государства. Ярославль, 1919). Другие же ученые, например Г.Ф. Шершеневич (Общая теория права. М., 1911–1912), А.А. Рождественский (Основы общей теории права. М., 1912), В.М. Хвостов (Общая теория права. Элементарный очерк. М., 1905), П.Г. Виноградов (Очерки по теории права. М., 1915), в своих

работах обращались к проблеме государства, но не просто так, а в его связи с правом.

Это неслучайно. Среди представителей юридических профессий было много людей с либеральными взглядами, поэтому вольно или невольно их политические убеждения влияли на видение права и государства. И все-таки соображения чистой науки перевесили. Ни признание исторического первенства общества и права перед государством, ни стремление подчинить государство праву *не уводили дореволюционных ученых от реальности в область бесплодных фантазий*. Жесткая, причинно-функциональная взаимосвязь государства и права или права и государства была настолько очевидна, что практически никто не решался рассматривать эти категории абсолютно изолированно друг от друга. В итоге было сформулировано устоявшееся к настоящему времени название, и хотя слабо аргументированные, политически ангажированные попытки разорвать теорию права и теорию государства предпринимались в постсоветское время, широкой поддержки в научном сообществе они не получили.

Согласно российскому законодательству, регулирующему общественные отношения в сфере высшего образования, в магистратуру могут поступать лица, не имеющие юридического образования. Вопрос же о том, как они должны усваивать высокие материи типа философии, социологии права, истории и методологии юридической науки, гражданского права, если не знают что такое право вообще, остается без ответа.

Есть и еще одно обстоятельство: учебные планы юридических вузов перегружены новыми курсами. Каких только отраслей права в них нет! Зачастую при переходе из одного вуза в другой студентам приходится сдавать до 30 (!) предметов из-за разницы в учебных планах. Вместе с тем количество учебного времени ограничено. Выход из этого положения находят в перекраивании часов в пользу вновь вводимых дисциплин. В советские времена изучалось 10–12 отраслей права, а в настоящее время их количество приближается к 50. Впрочем, сколько их на самом деле, никто не знает. В итоге юридические вузы выпускают специалистов, у которых отсутствуют фундаментальные знания, аналитические способности, навыки работы с источниками.

Тренд современного юридического образования состоит в том, чтобы перевести его в «практико-ориентированное русло». Если кто-то

думает, что при этом изобретается нечто новое, то это совсем не так. Все это уже было, и даже известно, к чему привело. На рубеже XIX–XX вв. широко применяемыми методами преподавания на юридических факультетах были традиционный разбор казусов и толкование нормативных актов, что считалось *приближением науки к практике*. Это вызвало критику со стороны ряда ведущих правоведов страны, предлагавших изменить систему университетского юридического образования. Уровнем подготовки студентов-юристов было обеспокоено и Министерство народного просвещения. В августе 1902 г. оно провело опрос видных судебных деятелей, которые оценили общетеоретическую подготовку молодых юристов как очень низкую. Министр юстиции граф Н.В. Муравьев писал по этому поводу: *«Исключительной задачей высшего юридического образования должна считаться общая теоретическая подготовка... широта и разносторонность теоретического образования»*¹. По мнению *«видных судебных деятелей»*, студентам-юристам надо *«в обязательном порядке писать и защищать рефераты по истории, теории права»*² (курсив мой – А.К.).

Так, известный российский ученый Л. Петражицкий писал: *«...о пополнении разных вопиющих пробелов общего образования в сфере юридической, в тесном смысле, общественных и государственных наук мы не думаем, а измышляем разные возможные и невозможные специальные практические занятия, чтобы чем-то заполнить время и занять студентов-юристов»*³. Из более 100 опрошенных преподавателей высших юридических учебных заведений две трети высказались за то, чтобы не сокращалось количество учебных часов, отведенных на лекционные занятия. Профессор П.И. Новгородцев считал, что *«никакой способ проведения занятий не может заменить преимущества живого слова»*⁴. В.М. Гессен в статье *«О постановке преподавания на юридических факультетах»* отмечал, что *«лекционная система... характеризует университетское преподавание как таковое – в отличие от преподавания в средней школе»*⁵.

¹ Новое Время. 1902. 5 сентября.

² Там же.

³ Петражицкий Л.И. Университет и наука. Т. 1. СПб., 1907. С. 49, 52.

⁴ Цит. по: Янжул И.И. Отчет о практических занятиях на юридических факультетах восьми русских университетов. СПб., 1903. С. 79.

⁵ Право. 1901. № 8. С. 10.

Увы, все наши российские университеты, академии, высшие школы, как их ни назови, по факту становятся средними. В магистратуре (!) на историю и методологию юридической науки отводится 2 лекционных часа, на философию права – 2, на социологию права – 2, на историю политических и правовых учений – 2. Так, может быть, оставить амбиции и назвать вещи своими именами? Однако это будет похоже на капитуляцию.

Выход, видимо, состоит в том, чтобы снова, как это было в императорских университетах, делать ставку на базовые юридические дисциплины: теория государства и права, социология права, философия права, история государства и права, сравнительное правоведение. Во всяком случае, так поступили в странах Европейского Союза. Законодательство там все более и более унифицируется, поэтому задача состоит в том, чтобы будущий юрист владел понятийно-категориальным аппаратом, умел ориентироваться в различных источниках права, включая иностранные, находить в них нужные нормы и правильно их интерпретировать. Другое дело, на какие дисциплины они при этом опираются. Может быть, стоит подумать и том, чтобы возродить практику дореволюционных российских университетов, когда не просто изучали конкретную отрасль российского права, а сравнивали ее с аналогичной отраслью немецкого, английского, французского и другого иностранного права, делая акцент *на общей части конкретной отрасли права*. И здесь снова встает вопрос о том, как наиболее рационально использовать учебные часы.

Теория государства и права, как и все теоретические и исторические дисциплины, в последнее время подвергается серьезным нападкам. Ее обвиняют в излишней идеологичности, политизированности (как будто писать о государстве можно по-другому), слишком широком объекте и предмете исследования, в том, что она якобы вторгается в другие дисциплины, и т.д.

Отдельные авторы взамен классической теории государства и права предлагают такие курсы, как теория юриспруденции, теория правовой системы, теория права и проч. Но ведь внутреннее содержание их «новоделов» практически совпадает с устоявшейся программой науки и учебной дисциплины. Так ради чего ломать копья?

Многим не нравится методологический статус общей теории права и государства, то, что она претендует на открытие общих закономерностей формирования и функционирования государственно-правовых институтов. Отдельные смельчаки и вовсе считают, что у нее

нет даже собственного предмета. Хорошо, пусть эти функции будет выполнять какая-то другая учебная дисциплина. Хотя, впрочем, некоторые авторы прямо говорят, что никаких закономерностей в государственно-правовой сфере вообще нет. В связи с этим вспоминается философское изречение «Если бы камень обладал сознанием, он бы думал, что падает свободно». А в нашем случае – не камни, а *люди, общество, государство*. Речь идет о функционировании сложнейших макросистем в их взаимосвязи и взаимодействии.

Если назначение философии – устанавливать скрытые связи между специализированными областями общественной жизни и специализированными отраслями знания, то назначение общей теории права и государства – устанавливать связи и закономерности, которые пронизывают все юридические науки и цементируют их как нечто иное по отношению к другим отраслям знания. В силу этих причин общая теория права и государства должна преподаваться не только бакалаврам, но и магистрам. Магистр не только носитель каких-то практических знаний, но и исследователь, а исследование без методологии невозможно. Важно только правильно расставить акценты.

Есть и еще одна проблема: юристы практически перестали интересоваться проблемами государствоведения. Диссертации по праву явно преобладают над работами, посвященными различным аспектам государства. Почему же это произошло? Дать исчерпывающий ответ на этот вопрос весьма непросто. Падение интереса к государствоведческой проблематике очевидно. Никто с этим и не спорит. Сказать, что юридическую науку вовсе не интересует государство, все-таки, на мой взгляд, нельзя. Признанным специалистом в этой сфере являлся Л.С. Мамут. Очень плодотворно работает в этом направлении профессор В.Е. Чиркин: государствоведческие проблемы он пытается рассматривать в соответствующих учебных курсах. Но, особым успехом у студентов они не пользуются.

В Московском государственном юридическом университете создана научная школа «Современная российская государственность: проблемы теории и методологии исследований», которую возглавляет доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации Т.Н. Радько. Издаются учебники, монографии, статьи, защищаются диссертационные исследования. Тем не менее право пользуется большей научной привлекательностью, чем государство. Причины здесь собственно научные, политико-идеологические и практические (в данном случае – коммерческие).

Первое. Создается впечатление, что имеет место некоторая боязнь самой проблематики. Государство само по себе колоссальный объект и предмет исследования. В силу этого предметное поле государственоведения имеет слишком масштабный характер. Писать о Левиафане – значит делать значительный замах, который нужно как-то потом оправдывать полученным научным продуктом. Менее проблематично, как представляется, размышлять о лизинге, рабочем времени, договоре перевозки, юридических нормах и проч. Нет необходимости реанимировать некоторые термины из прошлой жизни, но «мелкотемье» не предполагает серьезных науковедческих рисков при всей некорректности этого слова. В данном контексте многие предпочитают просто не «связываться» с государством.

Второе. Государство перестало быть политически привлекательной темой. За последние 30 лет государство, по Гегелю, «шествование Бога на земле и его лучшее творение», стало не просто объектом остракизма и дискредитации, включая их научные, теоретические формы. Государство еще совсем недавно чуть ли не официально было объявлено злом. В самом начале «реформ» кто только ни высказывался в критической форме по отношению к государству. Эта тенденция еще явно не преодолена. В оценках государство по-прежнему подается в критическом плане. В лучшем случае его характеризуют в качестве неэффективного института, причем не только в экономическом аспекте. Так, весьма известное учебное заведение отказалось выступить в качестве ведущей организации (на уровне руководства, а не кафедры) по докторской диссертации только потому, что это не соответствует их научно-образовательной миссии (или на новоязе – тренду). Причем к содержанию особых претензий не было. Смущала сама тема, посвященная функциям государства.

Третье. Можно провести параллель между театром и юридической наукой. Там не очень популярны современные пьесы, в юридической науке – исследования о государстве. Что их объединяет? Ставить то, что представляет собой современная действительность, то есть показывать жизнь такой, какой она есть, – значит провоцировать «обком», которого вроде бы нет, но функции-то остались. Театр же без государственных дотаций жить не может. В нашем случае писать о государстве, о власти тоже политически рискованно. В современных учебных и научных изданиях авторы критикуют советский период. О современных проблемах многие предпочитают умалчивать на вся-

кий случай: за критику прошлого никто ругать не будет, скорее, наоборот, а здесь еще неизвестно, чем все может обернуться.

Четвертое. Интересоваться проблемами государства в настоящее время – значит в какой-то степени обнажать свои идеологические пристрастия. Вообще обращаться к проблемам государства сегодня не очень модно, хотя такая оценка в научном мире по идее не должна существовать. Вольно или невольно тот, кто пишет о государстве в положительном ключе, производит впечатление консерватора, охранителя и пр. Мы имеем дело с элементарным научным конформизмом, если угодно – с самоцензурой. Уж либералам-то точно известно, что представляет собой «либерализм».

Пятое. Государство в целом в общественном сознании не воспринимается позитивно. Произошло отчуждение общества от государства, а государства от общества. (Этой проблемой когда-то занимался В.Е. Гулиев.) Представляется, что это обстоятельство также негативно сказывается на научных приоритетах юридического общества.

Шестое. Высказывается мнение, что государство как таковое должно отойти к политическим наукам, то есть попрощаться с юриспруденцией. Аргументы при этом приводятся не очень убедительные, но такая тенденция прослеживается. Если в некоторых западных странах государство представляет собой объект для политической науки, то и в России надо идти таким путем. Право, по мнению отдельных российских авторов, должно остаться в гордом одиночестве, не быть связанным с государством, поскольку оно, государство, его только дискредитирует.

Однако положение дел в современном мире таково, что государство является ключевым субъектом, причем везде. В структурном плане теория права и теория государства являют собой диалектическое единство. Разорвать их можно, но как при этом рассматривать *правовое государство, социальное государство* (наиболее очевидная связь государства и права); *правотворчество* (государство в конечном счете завершает процесс образования права); *правоприменение* (применяют право преимущественно органы государства, должностные лица); *юридическую ответственность* (государство обладает монополией на легитимное принуждение); *нормы права* (государство признает их в качестве таковых); *систематизацию права* (все виды официальной систематизации являются таковыми в связи с государством); *источники права* (не признает государство в качестве тако-

вого, и говорить не о чем); *система законодательства* (кто его формирует)?

Реформаторам от юридической науки следует копить интеллектуальные силы для настоящих аргументов. Довольно уже словоблудия. Пора оставить деконструктивный подход, одобренный провокативным стилем мышления для людей творческих профессий. Там хотя бы новатором-модернистом быть уместно, даже модно, поскольку до классики все равно не дотянуть. А нам надобно учить юношество.

Полагаю, что современная общая теория права и государства в структурном плане включает в себя философию права (идея, сущность права), социологию права (социальные основания права, его эффективность), теорию позитивного права (юридическая догматика, то есть реализация идеи права через правотворчество, правоприменение и т.д.) и политику права, осуществляемую главным образом посредством государства. Все иные варианты структурирования общей теории права и государства можно отнести к разряду «юридических фантазмов» (Г.Ф. Шершеневич). Как говорится, «польза сомнительна, а вред очевиден».

«Теория государства и права» должна оставаться в классическом виде. Философию права и социологию права можно изучать отдельно, помня, что их обособленность от теории государства очень условна.

Ю.А. Веденеев

2.5. ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА В ПОИСКАХ САМОЙ СЕБЯ

1. Постановка вопроса. Развернутый анализ положения дел теоретической юриспруденции может быть проведен только в контексте ее собственной концептуальной эволюции. Проблема определения теоретико-методологического статуса теории государства и права в общем корпусе юридической науки далеко не нова. Она всегда занимала особое место в рамках марксистско-ленинской версии понимания права и санкционированной ею одноименной научной и учебной дисциплины. Здесь вполне достаточной была апелляция к идеологической ценности проблематики исследования и государства, и права.

В настоящее время эпистемологическая ситуация существенно иная. Теории государства и права, прежде чем указывать, что есть

право и государство, а что не есть право и государство, приходится трудиться над проблемой своего собственного самоопределения, то есть предметного и методологического обоснования своего места в общей системе современной социальной и гуманитарной науки в целом.

Внушает доверие *концепт* «Общая теория права и государства». Однако сложно согласиться с точкой зрения, согласно которой у общей теории права и государства нет своего предмета. Предмет безусловно есть. Это сама научная дисциплина – общая теория права и государства, а именно разработка теории ее внутренней структуры, системы междисциплинарных связей с другими социальными политическими науками, состава общих категорий и понятий, определяющих границы совмещения теории права и теории государства в рамках единого дисциплинарного комплекса.

Существуют различные версии построения общей теории государства и права от классической формы *Энциклопедии государства и права* до новой *Постклассической юриспруденции* – юриспруденции без права и без государства. В научной литературе активно обсуждается другой формат общей теории – *Интегральная юриспруденция*, хотя очевидно, что, прежде чем нечто интегрировать, необходимо нечто дифференцировать. Процесс внутридисциплинарной дифференциации бесконечен, что делает содержательно и логически невозможной обратную операцию – объединение.

Принимая во внимание постоянно расширяющееся предметное и методологическое поле юридической науки, представляется, что корректно обсуждать промежуточный или переходный формат к общей теории, а именно формат *междисциплинарного научного комплекса*. Это всего лишь одно из возможных суждений.

Вместе тем следует иметь в виду, что сама эпистемологическая конструкция «Общая теория права и государства» *обязывает*. Она предполагает развернутую аргументацию, выстроенную в логике предмета, который еще нужно определить. Что это? Это теория общего права и общего государства. Например, в духе М. Рейснера «*Право. Наше право. Чужое право. Общее право*». Или это теория общих понятий и определений теории права и государства. Что предполагает разработку соответственно теории общего *предмета*, теории общего *метода*, теории общего аналитического *инструментария* дисциплины. Или это поиск новой исследовательской конструкции – *нового синтеза* теории права и государства – в парадигмальной логике К. Ясперса с его концептом «*осевого времени*» как эпохи фундамен-

тальных цивилизационных вызовов и эпистемологических сдвигов в системах социально-гуманитарного знания.

Этот концептуальный вызов ждет концептуального ответа.

Полагаем, решение вопроса зависит от понимания того, что все социальные, политические и юридические практики в конечном счете связаны и определяются смыслом человеческого существования – индивидуального и коллективного, культурного и интеллектуального. А это уже предмет исторической социологии права и юридической антропологии или культурно-исторической юриспруденции. Именно на пересечении этих дисциплинарных кластеров и может быть выстроен научный фундамент общей теории и права и государства.

2. Эпистемологические основания дисциплины. В системе категорий юриспруденции центральное место занимает «отношение». Относительно концептуального ядра категории «отношение» воспроизводится весь ансамбль определений и понятий как теоретического государствоведения, так и теоретического правоведения. В основании социологии и антропологии права также лежит категория «отношение» в ее определенной культурно-исторической модальности «отношение к отношениям», то есть отношение к наличному (практикующему) государству как к политическому институту и отношение к наличному (практикующему) праву как к юридическому институту.

Таким образом, *эпистемология* «отношение» и *эпистемология* «отношения к отношениям» могут быть положены в основание конструкции теоретической юриспруденции, объединяющей в общий дисциплинарный комплекс и теорию государства, и теорию права.

Понятие «отношение» имеет таксономическое или нормативное значение, то есть является обозначением статуса той или иной социальной категории в общей системе социальных категорий. В широком диапазоне оценочных квалификаций наличной реальности оно включает в себя множество форм нормативно-должного в процессах юридической организации институтов власти собственности и управления: от архаических форм нормативности – «чистое и нечистое», «высокое и низкое», «сакральное и профанное» – до современных определений – «действительное и недействительное», «правомерное и неправомерное», «конституционное и неконституционное».

Понятие «отношение к отношениям» выявляет не декларативную, а действительную природу ценностей и юридических конструкций, лежащих в основании наличных правовых систем и государственных правопорядков. *Эпистемология* «отношения к отношениям»

связана с феноменом «*признание или непризнание*» формального и действующего правопорядка и, как следствие, с феноменом «*доверия или недоверия*» к существующим государственно-правовым институтам. Феномен «доверие или недоверие» наличному правопорядку (законопорядку) существует в границах отклонений действующего правопорядка от установленного правопорядка, установленного правопорядка от социального порядка с его социальными потребностями, социокультурными ожиданиями и нормативными требованиями.

Для построения общей теории права и государства дисциплинарный контакт социологии и антропологии права имеет существенное значение, поскольку разработка проблематики теории юридической организации социальных отношений через категории «признание или непризнание», «доверие или недоверие» наличному или декларируемому правопорядку составляет концептуальное ядро современной юриспруденции.

Социология права и антропология права – составные части юридической науки. Каждая из дисциплин характеризуется своим предметом, своим категориально-понятийным аппаратом и своей проблематикой, что не исключает, а напротив, предполагает наличие и разработку общего предмета исследования¹.

Собственный предмет социологии права – социальные основания права или влияние социальных процессов на развитие правовых систем. Право в контексте социологически ориентированной юриспруденции рассматривается в качестве социального института. Собственный предмет антропологии права – социокультурные основания права. Или влияние социокультурных процессов на развитие правовых систем. Право в контексте антропологически ориентированной юриспруденции рассматривается в качестве социокультурного института. Обе формы действительных оснований права выражают отдельные аспекты нормативно-должного отношения как такового – онтологически заданного фундаментального свойства человеческой (коллективной) реальности.

Государство и право это одновременно социальные, социокультурные и политико-правовые институты. Роль социальной и культурной составляющих процессов правообразования и государствообразования очевидна. Именно процессы смены культурно-исторических типов человека (*родовой человек – культурный герой – человек религи-*

¹ См.: Дескола Ф. По ту сторону природы и культуры. М., 2012.

озный – индивид – персона *sui juris*), смены культурно-исторических типов социальных общностей (экологическая общность – религиозная общность – политическая общность – гражданская общность) и смены культурно-исторических типов нормативно-должного (коллективное право – октроированное право – трансцендентальное право – индивидуальное право или права человека и гражданина) лежат в основании интегральной онтологии права и государства. Ее базовая категория – отношение – логично вписывает в общий предметный и концептуальный контекст широкую совокупность юридических дисциплин.

3. Признание как культурно-историческая категория. Социальный процесс – сложная, многосоставная и многоуровневая категория. Это одновременно и политический процесс, связанный с производством и воспроизводством институтов публичной власти, и юридический процесс, определяющий нормативные условия, гарантии и ограничения организации и осуществления социальных действий и процедур.

Вместе с тем это и социокультурный процесс, в котором получают свое выражение разнообразные предпочтения, социальные ориентации и оценки существующих институтов власти, собственности и управления. Их взаимодействием определяются в конечном счете и конкретные параметры, и перспективы развития как самой социальной системы, так и обслуживающих ее социокультурной, институциональной и нормативной подсистем.

Изучение вопроса нуждается в широком дисциплинарном контексте системного концептуального и практического осмысления. В полном объеме своего исследовательского потенциала – историко-генетическом, социокультурном и сравнительно-правовом – новый инструментарий и новое содержание разнообразных исторических практик социального общения могут быть получены и представлены именно в рамках антропологии и социологии права, активно развивающих свой предмет и категориально-понятийный аппарат. Их базовая проблематика – человеческое измерение социальных, политических и социокультурных процессов и отношений. Их базовые концепты определяются смыслом человеческого существования, его двойственной природой – одновременно биологической и социокультурной, профанной и сакральной, коллективной и индивидуальной.

Исследование форм и методов социального поведения применительно к различным цивилизационным, то есть культурно-антропологическим, аспектам жизнедеятельности социальных институтов,

может составить общее введение в теорию социальных систем. Различия в культурных традициях общения самым непосредственным образом отражаются в структуре и динамике развития традиционных и современных обществ.

Именно различия нормативных систем социального общения прошлого и настоящего составляют собственный предмет культурно-исторической юриспруденции как составной части юридической науки и сравнительного правоведения. В основании ее предмета лежит фундаментальное различие онтологических и аксиологических оснований права – источников права и правовых репрезентаций – права как социального института и права как представления о нормативно-должном порядке отношений. Базовая функция социального процесса – признание или непризнание существующих практик политико-правовой коммуникации.

Разнообразие их исторических форм подтверждает представленный тезис. Здесь *ритуалы*, сопровождающие значимые аспекты социальной жизни; *инициации* или практики обретения новых социальных статусов; *культовые практики и обряды почитания* своих предков и своих богов; *коронации*, обеспечивающие восхождение на высшие уровни социальной иерархии. В этом измерении категория признания образует универсальный социокультурный концепт и институт, то есть процесс, сопровождающий практически все аспекты организации и функционирования социально-политических систем как традиционных, так и современных обществ.

Именно культурно-исторически ориентированная юриспруденция позволяет под новым углом зрения увидеть глубокие цивилизационные различия нормативных и институциональных практик организации систем социальной, политической и правовой коммуникации, в том числе их важнейшей составляющей – социокультурной легитимации или нормативного признания. Оно связано с пониманием нормативных границ использования отдельных правовых систем в исторически различных культурах социального общения.

Культурно-исторический подход в изучении социальных систем и процессов позволяет уйти от классических позитивистских (объективистских) моделей описания и объяснения механизмов их воспроизводства. В основании культурно-исторического концепта действительности лежат субъективные гуманитарные (аксиологические, социокультурные, историко-антропологические) факторы и условия развития и функционирования социальных систем.

Суть культурно-исторического измерения социальной реальности может быть выявлена в формуле «отношение к отношениям», то есть описания и объяснения культурно-исторических практик воспроизводства систем социальных отношений в рамках бинарной оппозиции признания или непризнания их действительного смысла и назначения.

Все составляющие процесса институционализации реальной действительности – *социогенез, нормогенез и политогенез* – в конечном счете, определяются антропологически ориентированными культурно-историческими факторами и условиями человеческого развития. Категория признания выражает и репрезентирует все грани правовой реальности, ее становления и развития как правового института и концепта. Правовая реальность – прежде всего, по определению человеческая реальность. Она пронизана человеческими ожиданиями и настроениями, переживаниями смысла существования – ценностными определениями сущего.

В этом аспекте понимания места и роли категории признания в общем механизме нормативной регуляции социальных отношений именно признание образует соционормативное (социокультурное) ядро всех возможных реальных и потенциальных, нормативных и институциональных практик, границ и траекторий возможных изменений и трансформаций систем нормативной регуляции.

Категория «признание» является несущей конструкцией юридической общегражданской санкции на осуществление тех или иных политик или практик. Признание дает необходимый импульс движению к новым формам социального общения и как следствие вызывает дополнительный синергетический эффект изменений в наличных правовых системах и институтах.

Категория «признания» – интегральная часть юридического отношения к действительности. Она соединяет онтологические и феноменологические основания действительности, социальное как таковое и социальное в его отражении в восприятии и переживании субъектов социальных действий и предпочтений. Юридическое качество концепта признания заключено в его социальной нормативности. Признание лежит в основании определения аксиологического статуса (практической ценности) существующих, актуальных и потенциальных юридических форм, методов, способов нормативной организации социальных отношений в их общей системе. В этом плане социальный кризис есть кризис нормативности практик признания или непризнания наличного порядка отношений как правопорядка.

Генеалогия социального признания (электорального, политического, социокультурного) заключена в культурно-исторической реальности, определяющей глубинные основания права как такового, как социокультурной по своей сути наряду с языком и религией формы существования и самоопределения исторического человека. Действительное право живет в форме представления о праве «нагруженного» собственными предметными, ценностными и нормативными смыслами и значениями.

Различные культуры характеризуются различными представлениями о праве – его источниках и языке, содержании и границах юридической организации отношений. Культурно-историческое измерение права позволяет совместить в своих определениях как постоянные, инвариантные признаки данного феномена, так и меняющиеся культурно-исторические, то есть и его юридическую антропологию, и его юридическую социологию.

Эволюция правовых систем привязана к эволюции систем представлений о должном или недолжном порядке социальных отношений, к пониманию того, что есть право и что не есть право в той или иной культуре нормативного общения. Определения антропологии права имеют фундаментальное значение в понимании действительной исторической логики развития различных систем соционормативной регуляции (догосударственных, переходных, государственно-правовых обществ) их нормативного языка, семантики и структуры. Именно этим и объясняется теоретическое и практическое значение языка антропологически и ценностно ориентированной перспективы в развитии юриспруденции.

Правовая реальность, основанная на признании должного и недолжного порядка отношений, на различении своего и чужого, чистого и нечистого права, это одновременно концептуальная и фактическая, языковая и институциональная реальность. Язык культурно-исторической «нагруженной» юриспруденции позволяет не только и даже не столько описать и объяснить отдельные аспекты реальности права, а, прежде всего, обеспечить воспроизводство правовой реальности как человеческой реальности.

Дисциплинарный статус культурно-исторической юриспруденции позволяет выйти за узкие рамки позитивистской версии понимания права. Ее язык способствует воспитанию толерантного отношения к различным социокультурным традициям и практикам, к пониманию сложной архитектуры различных ментальных картин мира, определяющих юридическое лицо современного социального порядка.

Культурно-историческая юриспруденция как научная и учебная дисциплина имеет прямую связь с общетеоретическими и отраслевыми курсами по теории и методологии государства и права, сравнительного правоведения, истории государственно-правовых институтов.

Культурно-историческая юриспруденция, углубляя представление об основных категориях, понятиях и методах данной дисциплины, претендует на статус общей теории и методологии права. Ее целевая, теоретико-методологическая функция состоит в разработке системы представлений об исходных онтологических основаниях прав человека и гражданина, являющихся фундаментальной темой и проблемой философии права и теоретического правоведения.

И в этом смысле культурно-историческая юриспруденция является теорией понимания *юридического* как сферы существования и осуществления человеческой *субъектности* в историческом времени и историческом пространстве. Культурно-историческая юриспруденция и ее базовый концепт – правовой плюрализм практик нормативного регулирования социальных отношений – играют существенную роль в понимании пределов возможной унификации национальных правовых систем в условиях глобализации.

Культурно-историческая перспектива в праве составляет одновременно и новое синтетическое направление научных исследований в составе теоретического правоведения, и новый интегральный подход в изучении государственно-правовых явлений. Представляется возможным в качестве *введения в предмет* культурно-исторической юриспруденции или антропологии правопорядков предложить следующую тематику исследования в формате общей теории права и государства:

1. Тема «Историческая эволюция систем социального общения: *родовой субъект, культурный герой, индивид (личность)*».

2. Тема «Различение правопорядков отдельных социальных категорий:

лиц своего права, лиц чужого права».

3. Тема «Эволюция систем публичного политического властвования:

традиционная власть (социализация властеотношений), *харизматическая власть* (персонализация властеотношений), *бюрократическая власть* (рационализация властеотношений)».

4. Тема «Эволюция систем нормативного регулирования: *мононорматика* (правовой синкретизм), *дуалистические системы* (сакральное – профанное), *монистические системы* (позитивное право)».

5. Тема «Эволюция систем юридических дискурсов: *мифоритуальная* (мифопоэтическая) картина мира, *дуалистическая модель* (земное и небесное, естественное и позитивное право), *логоцентризм* (рациональное право)».

6. Тема «Эволюция юридических языков социального общения: *юриспруденция жеста*, *юриспруденция текста* (устного и письменного)».

В.В. Лапаева

2.6. ПОСТСОВЕТСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА: ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Если попытаться коротко охарактеризовать общее состояние постсоветской теории права, то можно выделить два основных момента: 1) чрезмерное увлечение формулировками новых определений права при отсутствии даже тенденции к формированию доктринального консенсуса; 2) явно недостаточное внимание к вопросам догмы права, уровень разработанности которой не отвечает потребностям правотворческой и правоприменительной практики. И то и другое – приметы незавершенности переходного периода в развитии российской правовой системы. Вектор этого перехода, заданный трансформацией от традиционного для страны системоцентристского типа политико-правовой культуры к очерченной в Конституции РФ человекоцентристской парадигме, определяет основную линию раскола в вопросах правопонимания, глубина которой не позволяет нашей теории права сформировать тот теоретический консенсус, который мог бы стать основой базовых доктринальных положений о позитивном праве, составляющих в совокупности догму права. В этих условиях практика по-прежнему ориентируется на привычную для нее легистскую догматику, сложившуюся в рамках юридического позитивизма советского образца.

Между тем в ситуации очень непростого, внутренне противоречивого, но все-таки правового в общей направленности развития стра-

ны¹ главный социальный запрос, обращенный к юридической науке, связан с разработкой теоретически последовательных и эмпирических верифицируемых критериев различения права от властного произвола с использованием механизмов государственного принуждения. Продвижение права, как отмечал Р. Иеринг, возможно лишь как результат борьбы за право, и его лозунг: «В борьбе обретишь ты право свое!» – в современной России звучит весьма актуально. А борьба за право – это борьба против произвола, которая приобретает осмысленный характер, а с ним и шансы на успех только при наличии четких критериев разграничения права от произвола, и прежде всего – от властного произвола, осуществляемого в форме закона. Подобные критерии должны быть не только обоснованы на философско-правовом уровне, но и конкретизированы таким образом, чтобы их можно было использовать на практике. А это требует разработки соответствующей юридической догматики, являющейся связующим звеном между правовой теорией и практикой.

С учетом вышеизложенного главные задачи российской теории права видятся в следующем: 1) сформировать общедоктринальный тип правопонимания, который будет соответствовать человекоцентристской правовой идеологии, положенной в основу Конституции РФ; 2) выстроить на этой основе последовательную, внутренне непротиворечивую догму права, способную дать подлинно правовые ориентиры правотворческой и правоприменительной практике. Под этим углом зрения ниже будут рассматриваться проблемы правопонимания и юридической догматики.

Дискуссии о правопонимании: перспективы формирования общедоктринального подхода. Со времени становления отечественной теории права как самостоятельной юридической дисциплины главная линия идейного и теоретического напряжения в ней была задана противостоянием между либеральным направлением юснатурализма, стремящимся подчинить закон тому или иному представлению о естественных, прирожденных и неотчуждаемых права человека, и официальной доктриной юридического позитивизма, основанного на отождествлении права и закона как произвольного (не связанного

¹ Говоря о правовом векторе развития постсоциалистической России, нельзя вместе с тем не учитывать, что движение в этом направлении затрудняется «сопротивлением среды», обусловленным целым комплексом объективных и субъективных факторов. См. подробнее: Лапаева В.В. Перспективы постсоциалистического развития России: правовой анализ // Правоведение. 2014. № 3. С. 62–81.

объективными критериями) властного веления. Усилия ряда авторов (В.С. Соловьева, А.С. Яценко, Г.Д. Гурвича и др.) по разработке интегральной (интегративной, синтетической) теории права можно рассматривать как попытки снять это напряжение за счет построения понятия права, соединяющего в себе индивидуалистическое личностное начало, в котором проявляется стремление человека к свободе, с социальным началом, в основе которого лежат идеи социальной интеграции и социальной справедливости. Подобные попытки не привели к теоретическому компромиссу¹, поэтому проблема не утратила остроты. Более того, она существенно актуализировалась. С одной стороны, осмысление опыта советского бесправия позволило усилить аргументы тех, кто стремится теоретически разграничить право от законодательного произвола, а с другой – известные издержки процессов постсоциалистической трансформации (прежде всего, неправовой характер преобразования отношений собственности и обусловленные этим деформации политико-правового развития²) способствовали возрождению и укреплению антилиберальных настроений в юридическом сообществе. В настоящее время есть все основания говорить о том, что все многообразие подходов к правопониманию в постсоветской теории права по-прежнему укладывается в два основных направления, соответствующих системоцентристской и человекоцентристской парадигмам.

Недооценка фундаментального значения этого принципиального противостояния порождает попытки сконструировать разного рода так называемые *интегративные теории права*. При этом зачастую речь идет о псевдотеоретических конструкциях. При выработке синтетической точки зрения на право, нельзя идти по пути «внешнего эклектизма, т.е. механического соединения различных принципов и элементов; необходимо для настоящего жизненного синтеза органическое соединение всех односторонних определений на основании синтезирующей силы всеобъемлющего начала, являющегося живой душой всего соединения»³. Между тем в рамках «интегративного»

¹ См. подробнее: Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С. 175–190 / URL: <http://www.igpran.ru...articles/Lapaeva.Monografiya2012.pdf>

² См.: Нерсисянц В.С. Национальная идея России во всемирно-историческом прогрессе равенства, свободы и справедливости. Манифест о цивилизме. М., 2001. URL: <http://studmed.ru/nersesyanc-vs-nacionalnaya-ideya-rossii-vo-vsemirno-istoricheskom-progresse-ravenstva-svobody-i-spravedlivosti-manifest-o-civilizme> 3227081d4d.html

³ Яценко А.С. Теория федерализма // Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. СПб., 1999. С. 58.

правопонимания, распространенного в современной российской теории права, доминирует эклектичный подход, пренебрегающий логикой построения теоретического понятия.

Другая, более содержательная, попытка синтеза разных подходов к пониманию права предлагается *постклассической доктриной права*, охватывающей коммуникативную, психологическую, феноменологическую, герменевтическую, экзистенциальную и иные концепции права¹, которые получили в последние годы распространение на Западе. Главной особенностью постклассической теории является ее ориентация преимущественно на чувственно-описательный, а не на рационально-объяснительный подход к восприятию права. Между тем в российской правовой реальности, явно нуждающейся в модернизации и рационализации, постмодернистские рассуждения о том, что эпоха модерна с ее классической рациональностью ушла в прошлое, «формальная логика как один из показателей рациональности не действует в отношении права»² и т.п., представляются весьма небезобидными.

В настоящее время наиболее разработанной версией постклассического правопонимания в российской теории является коммуникативная концепция, суть которой может быть сведена к тезису: «Право есть там, где люди убеждены в том, что оно есть»³. Главным признаком права здесь считается его социальное признание (легитимация), а основным источником такого признания – соответствие права «неким социальным стандартам, заложенным в обществе и отражаемым в самой структуре правового предписания как социального института»⁴. При этом основания легитимации могут быть самыми разными – от идеала личной свободы, основанной на принципе формального равенства, до ценностей «целесообразности, порядка... отечества, суверенного государства и т.д.»⁵. Но подобный подход, для которого правовой характер нормы определяется ее социальной легитимаци-

¹ О критическом анализе этих подходов см.: Козлихин И.Ю. Нетрадиционные подходы к правопониманию // Современные методы исследования в правоведении. Саратов, 2007. С. 49–62.

² Сапельников А. Б., Честнов И. Л. Теория государства и права: учебник для вузов. СПб., 2006. С. 166.

³ Поляков А.В. Общая теория права: учебник для вузов. СПб., 2004. С. 116–119.

⁴ Поляков А.В. Признание права и принцип формального равенства в коммуникативной теории права // Признание права и принцип формального равенства. Воронеж, 2015. С. 18.

⁵ Там же. С. 19.

ей, вполне укладывается в рамки вполне традиционного социологического правопонимания, развивающегося в русле системоцентристской парадигмы (его отличие от легизма заключается лишь в том, что доминирующей над индивидом системой считается не государство, а общество).

Если же в поисках доктринального правопонимания российская теория права все-таки обратится к заложенной в Конституции человекоцентристской правовой идеологии, то она встанет перед выбором между двумя типами правопонимания, основанными на либеральной версии юснатурализма и либертарно-юридической теории. Между этими подходами много общего: и идейное родство (каждый из них трактует право как систему норм, базирующуюся на правах человека), и методологическое единство (оба подхода исходят из ограниченности позитивистской методологии), и общие теоретические установки на различие права и закона, и соответствие Конституции страны, основные положения которой поддаются интерпретации с позиций обоих подходов. Однако на главный вопрос – «Что есть право?» – сторонники этих типов правопонимания отвечают по-разному.

С точки зрения *юснатурализма* право – это непосредственно действующее естественное право (нормативное отражение в человеческих отношениях божественного разума, разумных законов природы и общества, общепризнанных принципов и норм, выражающих разумные начала человеческого общежития, и т.п.). В настоящее время доминирует либеральная версия естественно-правовой доктрины, трактующая право как систему прав человека, основанных на конвенционально установленных и общепризнанных международным сообществом ценностях, принципах и нормах. Такой подход к правопониманию наиболее востребован в рамках международного права в области прав человека, во многом определяющего характер и направления наднационального правового регулирования. Для правового пространства Совета Европы (а соответственно, и для России) эти ценности, принципы и нормы предстают в интерпретации Европейского Суда по правам человека и в значительной мере являются результатом европейского консенсуса¹ в вопросах о том, что есть пра-

¹ См. подробнее: Нуссбергер А. Консенсус как элемент аргументации Европейского Суда по правам человека // Международное правосудие. 2013. № 1. О теоретических проблемах доктрины европейского консенсуса и трудностях ее практической реализации см.: Зорькин В.Д. Россия и Страсбург. Проблемы реализации Конвенции о правах человека // Российская газета. 2015. 21 октября.

во человека в современном мире. Однако в российской юридической науке в последние годы все заметнее стремление вернуть философско-правовую мысль в традиционное для России русло этико-религиозной версии юснатурализма, в соответствии с которой под правом понимается некая стоящая над отдельным человеком и подчиняющая его форма духовного единения людей на базе правды-справедливости, божественной благодати, христианской этики¹ и т.п. Это течение правовой мысли, идущее вразрез с современной тенденцией к рационализации правопонимания и не отвечающее актуальным задачам разграничения права и произвола², существенно ослабляет позиции юснатурализма в российской теории права, претендующего на статус общедоктринального типа правопонимания.

Гораздо более последовательное разграничение права и произвола обеспечивается на базе разработанной В.С. Нерсисянцем *либертарно-юридической теории*, для которой разумные основания права коренятся в социальной жизни, организуемой людьми на началах идеи формального равенства. Сущностный принцип формального равенства, трактуемый автором как триединство равной меры, свободы и справедливости³, носит универсальный для права характер, охватывающий как сферу его осуществления, так и процессы правоустановления⁴. Все многогранные проявления равенства в процессе осуществления права – равенство перед законом и судом, соразмерность вины и ответственности, надлежащая координация прав одних лиц и соответствующих им обязанностей других, соразмерность прав и обязанностей лиц одного правового статуса и т.д. – возможны лишь потому, что субъекты права выступают как лица, воля которых

¹ См., например: Мальцев Г.В. Нравственные основания права. М., 2008.

² Для этого подхода, отождествляющего право с нравственно-религиозными ценностями и нормами, в целом характерно восприятие духовной свободы при недооценке, а то и вовсе при прямом отрицании, ценности свободы людей в их общественной жизни. В связи с этим уместно напомнить, что еще Б.Н. Чичерин в своей яркой полемике с В.С. Соловьевым наглядно продемонстрировал имманентную связь подобного подхода с оправданием государственного произвола, показав, что тот расплывчатый минимум в рамках безграничного пространства добра, который В.С. Соловьев называет правом и предлагает наделить принудительной силой государства, неизбежно будет произвольно определять государством в ущерб человеку.

³ См.: Нерсисянц В.С. Философия права: учебник для вузов. М., 2006. С. 30–47.

⁴ См.: Варламова Н.В. Принцип формального равенства как основание диалектического снятия противоположности метафизических и позитивистских интерпретаций права // Право и общество в эпоху перемен: материалы Вторых философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца. М., 2008. С. 38.

в равной мере была учтена в процессе правообразования. «Свобода, – писал В.С. Нерсисянц, – возможна лишь там, где люди не только ее адресаты, но и ее творцы и защитники»¹. Предлагаемое им понимание права как *правового* закона, являющегося результатом правотворческой деятельности *правового* государства, исходит из имманентного единства права и государства как нормативной и институциональной форм свободы. При этом само понятие свободы исторически изменчиво и в современной коннотации включает в себя не только свободу от внешнего произвола, но и определенную (исторически обусловленную) степень свободы человека от несправедливостей судьбы².

В практической плоскости эти, казалось бы, сугубо теоретические расхождения между либеральной версией юснатурализма и либертарно-юридической теорией означают две разные стратегии правового развития страны: если юснатурализм ориентирован в первую очередь на подтягивание российской системы права до уровня заданных ей извне общепризнанных международных стандартов прав и свобод человека, в формировании которых Россия пока что не принимает сколько-нибудь заметного участия, то юридикто-либертарный подход исходит из необходимости обеспечения прежде всего институциональных форм свободы (соответствующих институтам правового государства), на базе которых должна сформироваться адекватная российским реалиям система права, отвечающая требованиям формального равенства.

Другое значимое для правовой практики различие между этими двумя подходами связано с уровнем разработки проблем юридической догматики, которые заслуживают специального анализа в рамках настоящей работы.

Догма права как связующее звено между правовой теорией и практикой. Способность того или иного типа правопонимания предложить теоретико-методологическую основу для разработки догмы права, адекватной актуальным потребностям правовой практики, является важнейшим показателем его научной конкурентоспособности. Что касается *юридикто-позитивистской доктрины*, для которой традиционно характерен интерес к разработке юридической догматики, то при всей внешней «облагороженности» этого подхода

¹ Нерсисянц В.С. Философия права Гегеля. М., 1998. С. 164.

² Этот момент либертарно-юридической теории вызывает наибольшие споры среди ее сторонников. См. подробнее: Лапаева В.В. Указ. соч. С. 376–441.

позитивацией в Конституции РФ естественных прав человека она не выходит за рамки легизма советского образца. Можно продекларировать в Конституции приоритет неотчуждаемых прав человека, закрепить современный каталог основных прав и т.д., но если критерии (основания и пределы) ограничения этих прав интерпретируются законодателем и правоприменителем с позиций системоцентристского подхода, то реально действующим оказывается легистское правопонимание. Поэтому, если оставаться в русле человекоцентристского развития, заданного Конституцией (а иное означало бы девальвацию всех усилий последних десятилетий), то догму права следует выстраивать на основе естественно-правового или либертарно-юридического типа правопонимания.

Для сторонников *юснатурализма* проблемы юридической догматики всегда находились на периферии их внимания. Вклад приверженцев данной доктрины в обновление догмы российского права в настоящее время сводится главным образом к обоснованию необходимости включения судебного прецедента в систему источников российского права, а также к разработке проблематики соотношения национального законодательства с нормами, действующими в рамках наднационального и международного правопорядков.

В основе рассуждений о целесообразности трансформации российской правовой системы в направлении к прецедентному праву лежит характерное для юснатурализма представление о том, что моральные начала права, составляющие содержание основных прав человека, наиболее полно могут быть выражены не представительным органом, а судьей¹. Для стран с давно сложившейся системой прецедентного права такой подход оправдан устойчивыми традициями независимости судебной власти и ее высокого статуса в системе разделения властей. В России же подобные традиции не были сформированы. А кроме того, как отмечает В.Д. Зорькин, «нигде в мире доказательств преимуществ англосаксонской системы не выявлено, а неизбежный при таких прививках “переходный период” обязательно хотя бы отчасти хаотизирует и ослабит и без того пока далекую от совершенства российскую систему правоустановления и правоприменения»². Что касается разработки на базе юснатурализма проблем соотношения национального, надна-

¹ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 125 и сл.

² Зорькин В.Д. Цивилизация права и развитие России. М., 2014. С. 26.

ционального и международного права, то в силу известной космополитичности этой доктрины, согласно которой естественное право «предполагает и естественное государство»¹, последовательная юснатуралистская трактовка данной проблематики ведет к отказу от идеи государственного суверенитета и к признанию безоговорочного приоритета наднациональных и международных норм над конституцией страны².

С позиций же либертарно-юридического подхода вопрос о соотношении Конституции РФ с общепризнанными принципами и нормами, а также с ратифицированными международными договорами (и прежде всего – с Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод) решается исходя из принципа приоритета прав человека, по смыслу которого верховенством должны обладать те правовые положения, которые гарантируют более высокий уровень обеспечения этих прав. У государства всегда есть соблазн посчитать, что Конституция РФ в интерпретации Конституционного Суда РФ справляется с такой задачей лучше, однако оно должно не просто продекларировать суверенную независимость в подобных вопросах, но и реально обеспечить более высокий уровень защиты права, утверждая таким образом перед лицом международного сообщества свой суверенитет в деле защиты прав человека и гражданина. И здесь многое зависит, с одной стороны, от политической воли, а с другой – от качества юридической догматики, способной (или не способной) обеспечить последовательные, внутренне непротиворечивые юридические гарантии прав человека и гражданина.

В связи с этим представляет интерес работа по формированию *либертарно-юридической догматики*, в рамках которой главный акцент делается на защиту прав человека. В настоящее время можно выделить следующие *основные направления формирования догмы права с позиций либертарно-юридического правопонимания*: построение системы принципов права, осмысление природы правовой нормативности и определение критериев ограничения прав человека и гражданина.

Особенность либертарно-юридического подхода к разработке *принципов права* (основных идей и руководящих положений, опре-

¹ Нерсесянц В.С. Философия права. С. 152.

² См., например: Явич Л.С. О философии права на XXI век // Государство и право. 2000. № 4. С. 12–13.

деляющих содержание и направления правового регулирования¹) заключается в том, что система таких принципов выстраивается путем конкретизации сущностного принципа формального равенства. Данное обстоятельство придает системе правовых принципов иерархизированный и аксиоматичный характер². Именно в этом и заключается главное отличие либертарно-юридического подхода как от естественно-правовой доктрины, ориентированной на партикулярные по своей природе нравственные принципы, так и от постклассических теорий права, сторонники которых считают, что «между принципами права и законодательством... нет логически выводимой связи» и что «из одного и того же принципа права или конституционного положения можно сделать логически непротиворечивым способом значительно отличающиеся выводы»³.

Большие перспективы для развития либертарно-юридической догматики связаны с осмыслением *природы правовой нормативности* и, прежде всего, возможностей упорядочения всего позитивного права на основе той единой регулятивной модели, какой является норма права⁴. Если правовая доктрина трактует позитивное право «как определенное системно-регулятивное целое, как право, представляющее собой систему норм права»⁵, то это по существу означает, что «прежде всего само право в целом (право как системное нор-

¹ См.: Сидоркин А.С. Принципы права: понятие и реализация в российском законодательстве и судебной практике: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 2.

² Аксиоматичность обуславливается тем, что все правовые принципы логически выводятся из всеобщего принципа формального равенства, который для этой теории является исходным положением, принимаемым в качестве бесспорного, а иерархизированность – тем, что в рамках данной системы принципов есть критерий построения иерархии, в качестве которого выступает мера конкретизации исходного принципа формального равенства. См.: Варламова Н.В. Философия права и юридическая догматика (проблема внутренней непротиворечивости правовой теории) // Юриспруденция XXI века: горизонты развития: очерки. СПб., 2006. С. 269–300.

³ Честнов И.Л. Правовая коммуникация в контексте постклассической эпистемологии // Правоведение. 2014. № 5. С. 35.

⁴ Об анализе иных аспектов данной проблематики, связанных с либертарно-юридической трактовкой соотношения сущего и должного в понятии нормативности и с обоснованием на этой основе *действительности права* как: 1) *юридической действительности* образующих его норм, определяемой формальными (создание в надлежащем, установленном вышестоящими нормами порядке) и материальными (соответствием основному принципу формального равенства в свободе) и 2) *действенности*, то есть фактической реализуемости правовых норм, обеспечиваемой санкциями и обусловленной легитимностью правопорядка в целом, см.: Варламова Н.В. Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды ИГП РАН. 2013. № 4. С. 76–115.

⁵ Там же.

мативно-регулятивное целое) мыслится как единая норма права и именно как позитивно-правовая норма (с соответствующими структурными компонентами – диспозицией, гипотезой и санкцией)¹. Данное положение, отражающее *понимание права как правового закона* и относящееся и к отдельной правовой норме, и к правовому институту, и к отрасли права, и ко всей нормативно-правовой системе, имеет значение прежде всего для юридико-догматической интерпретации Конституции РФ².

Другое важное направление догмы права, в котором достаточно полно раскрылся потенциал либертарно-юридического подхода, связано с разработкой *критериев ограничения конституционных прав человека федеральным законом*. В настоящее время уже очевидно, что сформулированная Конституционным Судом правовая позиция по вопросу о критериях ограничения прав человека³ нуждается в теоретическом осмыслении и развитии. На базе либертарно-юридического правопонимания разработаны подходы к конкретизации таких ключевых понятий этой правовой позиции, как «соразмерность между ограничением прав человека и защищаемыми ценностями общего блага» и «существо права, в которое законодатель не может вторгаться»⁴, а также предложены уточнения данной правовой позиции, связанные с разграничением таких конституционно-правовых понятий, как «ограничение права» и «лишение права»⁵.

¹ Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. С. 388.

² См. подробнее: Лапаева В.В. Формирование современной юридической догматики – актуальная задача российской теории права // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции. Т. 2 Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права. СПб., 2014. С. 210–219.

³ Абзац четвертый п. 3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 г. №15-П 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. Бутмана, К.А. Катаняна и К.С. Рожкова // СЗ РФ. 2003. № 44. Ст. 4358.

⁴ Лапаева В.В. Критерии ограничения прав человека с позиций либертарной концепции правопонимания // Журнал российского права. 2006. № 4. С. 103–115; Её же. Типы правопонимания: правовая теория и практика. С. 470–511.

⁵ Лапаева В.В. Право граждан Российской Федерации на объединение в политическую партию: основания и пределы ограничения // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 1. С.1–8; Её же. «Дело Гудкова»: правовой анализ // 2012. № 4. URL: e-notabene.ru/lr/article_231.html; Её же. Возможные способы выполнения решения ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России» путем толкования ч. 3 ст. 32 Конституции РФ.

И.Л. Честнов

2.7. ПРЕДМЕТ ТЕОРИИ ПРАВА С ПОЗИЦИЙ ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ ЭПИСТЕМОЛОГИИ

В настоящем исследовании развиваются идеи, сформулированные в моих предыдущих статьях «Теория права: постклассическое измерение» и «Переосмысление предмета теории права с позиций постклассической эпистемологии». Конспективно намечались пути возможного и перспективного движения теории права в связи с приходом постклассической картины мира. Однако актуально еще раз осмыслить позиции по этим сложным вопросам.

Постклассическая картина мира и соответствующая методология, формирующаяся во второй половине XX в.¹ неклассической физикой, постпозитивизмом в науковедении, синергетикой, лингвистическим поворотом, – это фундаментальный вызов основоположениям классической науки, который связан с радикальной критикой наивного объективизма, представления о законосообразности, упорядоченности мира как объекта научного познания, возможности единственно верного, аподиктического его описания, объяснения и предсказания, свойственной классической науке. Эталоном и критерием научности последней была наивная вера в объективность научного знания. Она достигается элиминированием всего человеческого (субъективного) из процесса производства знания². В результате социальные (и правовые) явления и процессы приобретают видимость объективно (независимо от человека, от его воли и желания) существующих сущностей или субстанций. Во многом это связано с мифологичностью, антропоморфностью обыденного мышления: наделять взаимодействие людей мистической силой, приписывать им порождающую и преобразующую способность. В результате понятия, образы, в которых воспринимается элементарное человеческое взаимодействие, реифицируются, натурализируются, начинают выдаваться за продукт «естественного хода вещей» и наделяются «объективным бытием» и способностью самостоятельно изменять мир. Отсюда такие юридические выражения научного, законодательного и обыденного

¹ Не все разделяют эту точку зрения. Так, А.В. Поляков и Е.В. Тимошина обнаруживают следы Постклассики в конце XIX – начале XX в.

² Именно знания, а не мнения.

лексикона, как «право регулирует общественные отношения», «закон охраняет права человека», «государство управляет экономикой» и т.п.

Научная объективность или натурализм вытесняется (точнее – дополняется) неклассической и постклассической интеракционистской парадигмой с середины XX в. Принципы неопределенности, а значит, неисчерпаемости объектов микромира и дополнительности в квантовой физике приобрели универсальное для науковедения значение и породили убеждение в неполноте и релятивизме научного познания. Наше познание всегда приблизительно, неполно воспроизводит «внешнюю» реальность, оно относительно, а потому предполагает существование множества способов ее описания¹. Более того, согласно квантовой революции в науковедении познание зависит от точки зрения наблюдателя и от используемых им познавательных приемов, а также от теоретических предпочтений. Поэтому с позиций одной точки зрения (одной концептуальной схемы, например типа правопонимания) описываемая реальность (право) предстает в одном виде, а с позиций другой – значительно отличается от первой. Неисчерпаемость права, его полиреферентность² не позволяет ни одной из теоретических позиций представлять его во всей полноте. Вышеизложенное одновременно свидетельствует о том, что об объективности можно говорить только исходя из ее включения в интерсубъективный контекст: объективно то, что принимается, признается как объективное³. Это не обуславливает отказ от идеи объективности, а свидетельствует о необходимости переосмысления фундаментальной категории классической науки.

Особую роль в процессе трансформации классической картины мира в постклассическую сыграли лингвистический, прагматический и антропологический «повороты», в результате которых в современном (постсовременном или постклассическом) науковедении прочно утвердились идеи неисчерпаемости, релятивизма, несоизмеримости, контекстуальности социальной (и правовой) реальности.

¹ При этом ни один из них не может претендовать на абсолютную истину, привилегированную точку зрения.

² См.: Лазарев В.В. О юридической науке: продолжение полемики // Lex Russica. 2015. № 11.

³ В связи с этим чрезвычайно интересным является вопрос о том, кто, как и с помощью чего обеспечивает представление об объективности. Исходя из идей П. Бурдьё и его продолжателей, можно утверждать, что это правящая элита вместе с референтной группой с помощью власти номинации, используя механизмы репрезентации и представительства, навязывает населению именно такое легитимное видение мира.

Социальный (а значит, и правовой) мир, перефразируя Л. Витгенштейна периода «Логико-философского трактата»¹, – это не мир вещей, а мир представлений о вещах и, о людях и их действиях. Другими словами, социальная (и правовая) реальность – это значения, которыми люди наделяют вещи, самих себя и свои действия². Поэтому если действие или событие не приобрело социального значения, оно не стало известно широким слоям населения и власти, то его как бы и не было, хотя оно реально имело место. Например, если преступление не выявлено, то в юридической реальности его и не было: оно не зафиксировано в системе регистрации, по его поводу не проводились следственные действия, оно не получило надлежащей квалификации. Еще хуже, когда это делается искусственно, например, выносятся постановления об отказе в возбуждении уголовного дела чтобы не портить статистику как состояния преступности, так и в первую очередь, раскрываемости.

Социальный мир (и право) дан в знаковой форме, прежде всего – в языке³. Именно эта посылка связана с так называемым лингвистическим поворотом. Язык – не просто средство восприятия окружающего мира и человека, его репрезентирующего, но инструмент его организации, конструирования с помощью номинации, категоризации, означивания и других когнитивных процедур (аналогии, моделирования и т.п.)⁴. Одновременно теория (или гипотеза) лингвистической относительности привлекает внимание к культуре, определяющей систему значений, которыми человек опосредует свои социально (и юридически) значимые действия. Именно система значений позволяет показать, почему в разных культурах (языковых играх, по Л. Витгенштейну) один и тот же правовой институт функционирует по-разному.

¹ Витгенштейн Л. Логико-философский трактат. М., 2010.

² В настоящее время «наделить значением» означает, прежде всего, представить соответствующее событие в электронных СМИ. Однако это может быть и другой вариант распространения информации и ее соответствующей оценки представителями государственной власти и референтной группы. О наделении юридическим значением социальных явлений и процессов как сущности юриспруденции писали Г. Кельзен, разрабатывавший теорию вменения, и Г. Харт в своей концепции аскрипции.

³ Социальное (и правовое) явление не ограничивается знаковым аспектом, но вне и без него – без номинации и означивания – социальное (и правовое) не обладает модусом бытия.

⁴ Лингвистический поворот, по убеждению В. Декомба, «дал начало новой философии разума, свободной от некоторых предрассудков современной традиции» (Декомб В. Дополнение к субъекту: исследование феномена действия от собственного лица. М., 2011. С. 9). Французский философ формулирует метод прояснения субъекта как «грамматический» – исследование значения слова «субъект» в контексте и объяснение его через замену этого слова на другие (Там же. С. 11).

Прагматический поворот акцентирует внимание на практическом, перформативном использовании знаковых средств человеком в его повседневной практике, на конструируемости всех социальных (и правовых) явлений, процессов, норм и институтов. Интериоризация господствующих схем репрезентации в индивидуальное правосознание и личностное, неявное знание лежит в основе механизма правового (правомерного или противоправного) поведения.

Антропологический поворот, дополняющий лингвистический и прагматический, предполагает человеческое измерение социальной (правовой) реальности. Именно человек – творец всех социальных (и правовых) институтов, которые существуют только потому, что люди своими действиями реализуют их в практической жизнедеятельности.

Таким образом, постклассическая методология является дополнительной по отношению к классическому науковедению¹, трансформируя или переосмысливая ее основоположения: объективность, закономерность, рациональность, возможность полной познаваемости в интересубъективность, вероятность и неустойчивую стохастичность², коммуникативную рациональность, прагматику истины.

Как все вышесказанное относится к переформулировке предмета теории права? Во-первых, определение предмета любой науки очерчивает пределы научных исследований, за которые недопустимо выходить (но и не изучать то, что входит в содержание предмета, тоже недопустимо). Во-вторых, предмет науки зависит от характеристики ее содержания, определяемой, в свою очередь, господствующими в данной культуре представлениями о мире и человеке в нем. Если

¹ Так, «возникновение каждого нового типа рациональности не приводит к исчезновению предшествующих типов, а лишь ограничивает сферу их действия. При решении ряда задач неклассический и постнеклассический подходы могут быть избыточными и можно ограничиться классическими нормативами исследования. Научная рациональность на современной стадии развития науки представляет собой гетерогенный комплекс со сложными взаимодействиями между разными историческими типами рациональности» (Степин В.С. Научная рациональность в техногенной культуре: типы и историческая эволюция // Рациональность и ее границы: материалы международной научной конференции «Рациональность и ее границы» в рамках заседания Международного института философии / отв. ред. А.А. Гусейнов, В.А. Лекторский. М., 2011. С. 18.

² Так, «уже биологические, а тем более социальные системы и протекающие в них процессы столь сложны, вероятностны, нелинейны, стохастичны, что выделить "причину – следствие" оказывается принципиально невозможно. ...Вообще случайность в современной науке играет неизмеримо большую объяснительную роль, нежели причинность, жесткая детерминированность» (Гилинский Я.И. Криминология. Теория, история, эмпирическая база, социальный контроль: курс лекций. СПб., 2002. С. 155, 156).

признать правомерными те эпистемологические изменения, которые произошли в науковедении в связи с лингвистическим, прагматическим и антропологическим «поворотами», то приходится констатировать, что предмет теории права определяется человекоцентристским правопониманием. Кроме того, предмет теории права, как и любой другой науки, это не объективная данность, а социальный конструкт, хотя и не произвольный, который задает границы не только теории права, но и всей юриспруденции.

Таким образом, предмет теории права, как и любой науки, если исходить из постклассической эпистемологии, характеризуется диалогичностью объективного и субъективного аспектов при его конструировании. Он зависит от того, что изучается, то есть от права. Но одновременно эта зависимость предполагает картину изучаемого, которая складывается в правосознании субъекта познания, – конструирования предмета. Эта картина (или правопонимание), в свою очередь, обусловлена уровнем накопленных знаний о праве, потребностями общества в изучении той или иной стороны права, господствующими интеллектуальными представлениями о мире и человеке в мире, а также тем, к какой научной традиции (школе в расширительном смысле) принадлежит субъект¹. В то же время эти «внешние» воздействия (а сюда следует отнести также всю культуру социума, интериоризирующую экономические, политические и другие факторы в общественное сознание) селекционируются человеком – субъектом познания – исходя из его личной биографии и «идиосинкразии». Другими словами, конструирование предмета теории права наглядно демонстрирует диалогичность объективного и субъективного, структуры и личности. В самом деле проблема предмета теории права обуславливает проблематичность определения субъекта его конструирования. Можно ли субъектом познания считать отдельного человека? По утверждению структуралистов и постструктуралистов, провозгласивших «смерть субъекта»², творческая индивидуальность

¹ См. подробнее: Честнов И.Л. Объект и предмет юриспруденции // История и методология юридической науки: учебник для вузов / под ред. Ю.А. Денисова, И.Л. Честнова. СПб., 2014. С. 177–197.

² В. Декомб по этому поводу пишет: «...у профессиональных философов родилась критика разработанного метафизиками понятия субъекта или, если угодно, субъекта *Cogito*, состоящая в утверждении, например, что нет больше авторов, которым можно присваивать написанные или созданные ими сочинения. Или, выражаясь более тонко, что их никогда не было, а если и были, то они были только “интерпретаторами” и “конструкторами” некоторого уровня, который отвечал за различные письменные материализации, занесение каких-то марке-

полностью поглощена структурой¹. В этом смысл утверждения: не человек говорит языком, но язык говорит человеком (или через человека)². Человек, по мысли Л.И. Спиридонова, не может «познать больше того, что ему дано постичь обществом»³.

Однако полному поглощению человека структурой, в том числе, социальным (и правовым) статусом, превращающим индивида в субъект (в том числе в субъект права), противостоит его стремление к трансценденции – выходу за рамки структуры. В любом случае индивидуальная биография всегда персонально интериоризирует символический универсум культуры и эпохи⁴. Поэтому субъектом познания всегда является человек с его уникальными и неповторимыми когнитивными способностями, обусловленными культурой данного социума.

ров на какие-то носители. На самом деле они словно сделали нас свидетелями пишущихся книг, сочиняющейся музыки, принимающихся решений, без того чтобы эти события можно было соотнести с кем бы то ни было. Журналисты рассказали нам о том, что некоторые философы объявили о «смерти человека». Эти репортеры не поняли, что речь не идет о предсказании будущего события (как, например, об исчезновении некоего животного вида), но об утверждении некоторого метафизического факта: на этой земле никогда не было индивида, способного идентифицироваться в качестве агенса человеческого действия» (Декомб В. Дополнение к субъекту: исследование феномена действия от собственного лица. М., 2011. С. 214).

¹ В то же время для постструктуралистов структура это не некая данность, а социальное представление, осуществляющее символическое системное принуждение. – См. подробнее: Жижек С. О насилии. М., 2010.

² Г.П. Щедровицкий утверждал: «...мы оказываемся перед... парадоксальной ситуацией: оказывается, что для того, чтобы понять характер деятельности современного индивида, нужно брать всю историю человечества или, во всяком случае, приходится выдумывать какой-то трюк, чтобы объяснить эту историю. В этом случае, естественно, возникает вопрос: кто является носителем этой деятельности, если она размазана по всей истории человечества? Ответ на первый взгляд парадоксален. Этот ответ дал Гегель, но более резко он был сформулирован Гумбольдтом. Принято считать, говорил он, что человек овладевает языком, но, может быть, правильнее сказать: язык овладевает человеком, язык захватывает человека и заставляет «двигаться» по своим законам. Затем эта мысль была распространена на мышление: не человек осуществляет мышление, а мышление использует человека как агента. Мышление как бы вбирается в человека, а потом в том же виде или с некоторыми изменениями передается дальше. В общей форме этот результат может быть сформулирован следующим образом. Когда мы говорим о деятельности, то вряд ли имеет смысл апеллировать к ее отдельным носителям. Бессмысленно искать законы этой деятельности, скажем, в физиологическом устройстве отдельного индивида. Сама деятельность является как бы особой субстанцией, которая разворачивается по своим внутренним имманентным законам» (Щедровицкий Г.П. Теория деятельности и ее проблемы // Щедровицкий Г.П. Философия. Наука. Методология. М., 1997. С. 255–256).

³ Денисов Ю.А., Спиридонов Л.И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л., 1987. С. 8.

⁴ Каждая конкретная фиксация значения знака условна, поэтому дискурс никогда не бывает зафиксированным настолько, чтобы не изменяться из-за разнообразия значений из области дискурсивности. См.: Laclau E., Mouffe C. Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics. London, 1985. P. 110.

В то же время конструирование предмета любой науки и теории права в частности связано с борьбой идеологий, которая всегда сопровождает любое социальное (а по большому счету и естественно-научное, то есть любое научное) научное исследование. В науке интровертные (внутренние, когнитивные) и экстравертные (внешние, социальные) факторы взаимодополняют друг друга. Любое научное открытие, чтобы оно стало таковым, во-первых, должно быть признано научным сообществом; во-вторых, всегда является ставкой в идеологической борьбе за право официальной номинации чего-то, по терминологии П. Бурдьё. Символический капитал конкретной научной дисциплины в поле науки формируется в процессе столкновения различных подходов к структурированию этого поля через определение дисциплинарных границ. Такая борьба различных социальных групп проявляется в убедительности аргументов об актуальности, социальной (практической) значимости результатов научной деятельности в этой дисциплине или даже в этой конкретной научно-исследовательской программе. Результаты такой борьбы – это не только политическое и общественное влияние или социальный статус дисциплины – представителей научного сообщества, их близость к власти, влияние на конкретные политические решения, но и прагматическое финансирование, расширение преподавания, открытие новых специальностей, защита диссертаций и другие социальные блага. Так, можно проследить, как и почему в 1970-е гг. в СССР резко возрос и укрепился статус криминалистики и криминологии, как их когнитивный потенциал дополнялся социальным, или как и почему значение теории права в настоящее время во всем мире резко упало.

Конструирование предмета теории права предполагает экспликацию типа правопонимания, сочетающего индивидуальное представление данного представителя научного сообщества с господствующими в этом социуме теоретическими образами права. Для **постклассического антропоцентристского правопонимания, выступающего основанием формирования предмета постклассической теории права, характерен ряд онтологических положений.**

Во-первых, право в такой перспективе является контекстуально обусловленным социальным явлением. Будучи именно социальным явлением, право существует только вместе с другими социальными явлениями и процессами – экономическими, политическими, демографическими и т.д., выступая формой наиболее функциональ-

но значимых из них. Поэтому нет «чистых» правовых институтов, норм, отношений, которые не были бы одновременно культурными, психическими, экономическими и тому подобными явлениями, не содержали бы в себе этот внеправовой аспект. Любое социальное взаимодействие, которое можно эмпирически зафиксировать, многоаспектно, включает в себя разные стороны, «пласты». Некоторые из них являются правовыми, но всегда содержащими, например, знаковую форму; практически все частноправовые явления выступают формой экономических отношений, а публично-правовые – политических.

Контекстуальность права означает также его специфику, определяемую историческим социокультурным контекстом данного конкретного общества при наличии абстрактно-универсального свойства – обеспечивать целостность общества с помощью нормирования наиболее важных общественных отношений. Тем самым формулируется диалогическая взаимообусловленность универсального и контекстуального в праве.

Во-вторых, право существует во множестве разных модусов бытия, но всегда в правосознании и поведении широких слоев населения (в этом проявляется нормативность права). С точки зрения посткласической юриспруденции правовой институт или норма права существует, а значит, действует, только если воспроизводится массовыми действиями и представлениями о них людьми, более того, представляющими значительную часть общества. Именно эта интериоризация структуры права действиями и ментальными образами отдельных индивидов выражает один из важнейших аспектов диалогичности права.

В-третьих, право суть социальный конструкт, хотя и ограниченный «сопротивлением структуры»¹. По мнению К. Джерджена, соци-

¹ Социальный порядок, по мнению П. Бергера и Т. Лукмана, это «человеческий продукт или, точнее, непрерывное человеческое производство. Он создается человеком в процессе постоянной экстернализации» (Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995. С. 88). При этом необходимо заметить, что социальный порядок «создается» не по произволу отдельного, даже самого незаурядного индивида, а предполагает легитимацию такого «произвола» (по терминологии П. Бурдьё) широкими слоями общества. Об ограничениях активности человека при конструировании социальной реальности пишут такие сторонники конструктивистской методологии, как Б. Латур и Р. Хатте. Latour B. When things strike back: a possible contributions of "science studies" to the social science // British Journal of Sociology. 2000. Vol. 51. № 1.; Latour B. The Promises of Constructivism // Chasing Technoscience. Martix for Materiality / Ed. by Ihge D., Selinger E. Indianapolis, 2003; Harre R. Social Being. 2-nd end. Oxford, 1993.

альный конструктивизм (или конструкционизм) выражается в следующих посылах: 1) понятия, которыми люди объясняют внешний мир и самих себя, не задаются предметом объяснения, а представляют собой социальные артефакты – продукты взаимодействия между членами социальных сообществ; 2) понятия приобретают свое значение исключительно в контексте текущих социальных взаимодействий, поэтому все научные понятия являются конвенциями соответствующих значений, включающими в том числе способ оперирования ими; 3) степень устойчивости образа мира не зависит от объективной ценности предлагаемых объяснений, а определяется превратностями социальных процессов. Отсюда вытекает, в частности, то, что ценность метода научного познания обусловлена исключительно степенью его распространенности в локальном научном анклав; 4) семантика производна от социальной прагматики. Это означает, что понятия обретают цельность и целостность внутри конкретного типа социальных отношений, а не являются «зеркалом природы» (термин Р. Рорти); 5) оценка существующих понятий – это одновременно оценка принятых образцов жизнедеятельности (потенциал расширения существующего набора форм жизнедеятельности); 6) социальный конструктивизм расширяет сферу диалога оппозиционных точек зрения, исключая тем самым право на доминирование какой-либо из точек зрения¹.

Адаптируя эвристически ценные идеи социального конструктивизма, а также близких ему теоретических направлений дискурс-анализа и теории социальных представлений применительно к праву, можно предложить следующую *постклассическую «картину» правовой реальности*: 1) любое правовое явление (процесс, норма, институт) существует в трех модусах бытия – в виде массового поведения, знаковой формы и ментального образа, включая индивидуальные, групповые и коллективные (социальные, общественные) формы проявления, взаимодействующие друг с другом; 2) правовое явление – результат предшествующей практики, в том числе означивания, в определенном смысле – результат произвола (по отношению к предшествующим юридическим явлениям и практикам), который, впрочем, не может быть каким угодно, выступая в то же время относительно устойчивой структурой – массово повторяющимся по-

¹ См.: Gergen K. Realities and relationships: soundings in social construction. Cambridge (Mass.); London., 1994. P. 184.

ведением, зафиксированным знаком и общепринятым ментальным образом; 3) правовое явление (институт) не есть некая данность, объективная сущность, открываемая в «природе вещей», а социальный конструкт, обусловленный и ограниченный хабиитуализацией (опривычиванием) предшествующих практик; 4) правовое явление никогда не бывает окончательно завершенным, а находится в состоянии постоянного переосмысления – дискурсивной и поведенческой трансформации¹; 5) любое правовое явление контекстуально и релятивно: оно зависит от исторического и социокультурного контекста, то есть его содержание определяется связью с другими социальными явлениями и обществом как целым.

Будучи формой наиболее функционально значимых общественных отношений, а также действиями и ментальными представлениями людей, их воспроизводящими, право выполняет принципиально важную социальную функцию – оно обеспечивает целостность общества, его нормальное функционирование. Эту же функцию осуществляют и другие социальные подсистемы: экономика, политика и т.п., но разными способами. Право нормирует (закрепляет в правовых нормах) наиболее важные социальные связи, относящиеся ко всем сферам социума; экономика обеспечивает воспроизводство материальных благ; политика – управление. Поэтому без надлежащего правового регулирования ни одно общество не существует. Эту «генеральную» (термин Л.И. Спиридонова) функцию или назначение права можно назвать его сущностью.

Усложнение современного общества способствует возрастанию роли права, как и других нормативных регуляторов. Главная проблема, которая возникает в связи с этим – изменение форм права и «нахождение» именно тех норм, которые способны удержать современный социум от аномии. Новые «мягкие», символические формы власти обуславливают изменение объема и способов правового регулирования общественных отношений. Относительно объема наблюдается «инфляция законодательства»: «Никогда еще изречение “никто не может ссылаться на незнание закона” не было столь обманчивым, как сегодня. Никому точно не известно, сколько существует действу-

¹ Об онтологии дискурс-анализа и теории социальных представлений см.: Fairclough N. *Critical Discourse Analysis*. London, 1995; Laclau E. *Discourse* // *The Blackwell Companion to Contemporary Culture* / Ed. By R. Goodin, P. Pettit. Oxford, 1993; Laclau E, Mouffe C. *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*. - London, 1985; Moscovici S, Farr R. (eds.) *Social Representations*. Cambridge, 1984.

ющих законов: может быть, сто тысяч... Но какая часть их применяется? Избыток законов ведет к неэффективности права даже в эпоху компьютеров»¹. Современным обществам, по мнению французского антрополога права, присущ безудержный рост правовых норм: «1995 год был рядовым годом в этом отношении: на свет появились 1350 законов и 1407 декретов, которые влились в законодательный и нормативный поток предыдущих лет, поскольку в силе остается все то, что не было отменено. Некоторые области оказались затронутыми в большей степени, чем другие: трудовое, городское муниципальное и налоговое право. Кроме того, жесткие рамки кодификации не суживают право. Считается, что более 4000 признанных преступными деяний, не упоминающихся в новом Уголовном кодексе, находятся в некодифицированных текстах. Неопределенность права возрастает, когда некоторые законы предусматривают потенциальную возможность прекращения срока своего действия или, по меньшей мере, скорый пересмотр. <...> Сегодня никто не знает все содержание права, за исключением компьютеров, этих новых анонимных “Дигест”»². В нашей стране по данным Т.В. Кашаниной, издано и действует около 2 тысяч законов, федеральных нормативных актов (законов, указов, постановлений, инструкций) насчитывается около 121 тысячи. Если сложить вместе федеральные нормативные правовые акты и акты субъектов Федерации, получится более 500 тысяч³.

Проблема «инфляции законодательства» (а не права с диалого-социологической точки зрения, излагаемой в настоящей статье) усугубляется тем, что оценить действующие нормативные правовые акты и найти среди них именно правовые (такие, которые обладают функциональной значимостью) чрезвычайно проблематично. Это связано с тем, что объективных критериев оценки социальных явлений в ситуации постклассики не существует: оценка зависит от позиции наблюдателя и учета такого количества факторов, которое не поддается человеческому разуму. Релятивность права (точнее – законодательства) не дает возможности сформулировать универсальные содержательные критерии, например, уголовно-правовых запретов. Я.И. Гилинский в связи с этим справедливо замечает: «В реальной действительности нет объекта, который был бы “преступностью”»

¹ Рулан Н. Историческое введение в право: учебное пособие для вузов. М., 2005. С. 15.

² Там же. С. 194.

³ См.: Кашанина Т.В. Юридическая техника: учебник. М., 2007. С. 137.

(или “преступлением”) по своим внутренним, имманентным свойствам, *sui generis, per se*. Преступление и преступность – понятия релятивные (относительные), конвенциональные (“договорные”: как “договарятся” законодатели), они суть социальные конструкторы, лишь отчасти отражающие отдельные социальные реалии: некоторые люди убивают других, некоторые завладевают вещами других, некоторые обманывают других и т.п. Но ведь *те же самые по содержанию* действия могут не признаваться преступлениями: убийство врага на войне, убийство по приговору (смертная казнь), завладение вещами другого по решению суда, обман государством своих граждан и т.п.»¹. В криминологии достаточно широко обсуждается феномен «преступного закона»². По мнению автора данного термина (в отечественной криминологии) Д.А. Шестакова, «преступный закон – закон, который содержит положение (положения), попирающее уголовное право, а именно нарушающее установленный под страхом наказания международными уголовно-правовыми нормами либо внутренним национальным законодательством запрет или представляющее для человека и общества значительное зло, безотносительно к признанию такого деяния в качестве преступления законом»³. В качестве видов преступных законов известный криминолог приводит следующие: 1) международная агрессия (подготовка, развязывание, ведение агрессивной войны); 2) разрушение суверенитета, территориальной неприкосновенности и целостности собственного государства; 3) противодействие социальной экономике; 4) противоправное лишение свободы, пытки, жестокое обращение с заключенными; 5) причинение вреда предполагаемым особо опасным для государства преступникам вплоть до их уничтожения – вне права на необходимую оборону и условий задержания преступника; 6) уничтожение в ситуации «вынужденного положения» людей, не причастных к созданию этой ситуации, посредством сбивания воздушного и потопления водного судов; 7) незаконная трансплантация человеческих органов; 8) смертная казнь⁴.

¹ Гишинский Я.И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. Изд. 2-е, перераб. и доп. СПб., 2009. С. 37.

² См.: Шестаков Д.А. Введение в криминологию закона. СПб., 2011.

³ Там же. С. 20, 62.

⁴ Там же. С. 24–42.

Но в то же время очевидно, что без уголовного запрета, например, убийства ни одно общество не в состоянии существовать, поэтому в любом социуме есть нормы, которые обеспечивают его воспроизводство. Проблема их выявления – одна из насущных для теории права. Невозможно сформулировать универсальные содержательные критерии их экспликации. Но это не означает, что их нет. Для их обнаружения требуется социолого-правовое исследование данного конкретного социума, призванное зафиксировать, в том числе «качественными методами», широко распространенные, многократно используемые и положительно оцениваемые нормы (правила) и практики их использования в повседневной жизнедеятельности как правоприменителями, так и обывателями.

Переосмысление предмета теории права предполагает также уточнение места юриспруденции и теории права в системе наук¹. Если право это социальное явление, то наука, изучающая право, не может не быть социальной наукой. Так как право теснейшим образом связано (взаимодействует) с социальными явлениями и процессами, то отсюда следует, что изучать его необходимо во взаимосвязи с теми науками, которые исследуют культуру, психику, экономику, политику и т.д. Другими словами, культура, психика, экономика, политика, выраженные в знании о них, входят в предмет юридической науки, однако не в полном объеме и не сами по себе, а в том объеме и аспекте, в каком они влияют, по мнению того, кто конструирует предмет юридической науки, на право. Включение в предмет юриспруденции «внеюридических» знаний не «растворяет» ее предмет и содержание, но, напротив, выступает средством против превращения ее в догматизированную схоластику оторванных от жизни юридических понятий-химер или фикций.

Изложенный подход к праву, его месту в социуме и взаимосвязи юридической науки с другими социальными дисциплинами позволяет утверждать, что в современных условиях многократно возрастает роль теории права. Именно она призвана осмыслить социальные и эпистемологические изменения, связанные с приходом постсовременного (постиндустриального, информационного) общества и постклассической науки применительно к юриспруденции.

¹ Именно теория права, включающая «философский уровень», призвана определять место юридической науки в системе наук.

В завершение рассуждений о предмете теории права выскажем наше мнение о том, является ли он – предмет – симулякром, о чем полемически рассуждает В.В. Лазарев: **«ОТПП – наука, которая не имеет предмета. <...> ОТПП, как всякая общетеоретическая наука, наука абстрактная. Я мог бы проговорить классическое видение абстракции, но за экономией времени опускаю и сразу сошлюсь на профессора модерниста, на Жана Бодриера, которого намереваюсь цитировать широко. Абстракция, пишет он, “порождение моделей реального без оригинала и реальности: гиперреального”. <...> Государство и право суть конструкции самой теории. Признаки того и другого сформулированы самой теорией. Совокупность (набор) этих признаков образует некую целостность, которая именуется государством и правом. Но есть ли они в реальности вещественно? Почему позволительно называть разные признаки, предлагать разный набор их, давать разные понятия? <...> ОТПП, призванная презентовать нечто предметно реальное, скорее презентует саму себя, созданные ею понятия и признаки... ОТПП – теория, скрывающая отсутствие истины в отношении государства и права. ОТПП – симулякр»¹.**

То, что право (как и государство, и другие социальные явления, включаемые в предмет теории права) существует в знаковой форме, дополняемой поведенческой активностью людей², после лингвистиче-

¹ Лазарев В.В. Указ. соч.

² Право (правовая реальность) не сводится к знаковой форме его внешнего выражения (к нормам права в догматико-позитивистской трактовке), а включает также фактические правоотношения (совокупность которых с социолого-правовой точки зрения образует правопорядок), в которых неустраним социально-психологический аспект, как и антрополого-культурологический. В связи с этим представляется совершенно правильной мысль Г.А. Гаджиева: «в правовом концептуальном пространстве обитают образы и символы реальных вещей и субъектов... – объекты-гибриды, в которых соединяется природное, социальное и идеальное бытие» (Гаджиев Г. А. Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности. М., 2013. С. 14, 16). Гибридность, или «кентавричность», права наиболее наглядно проявляется в понятии юридического факта, соединяющего фактическую конкретную жизненную ситуацию и ее юридическое значение быть основанием возникновения, изменения или прекращения правоотношений. Психический аспект права, например, закрепляется в таких юридических конструкциях, как субъективная сторона состава правонарушения, индивидуализация назначения наказания, bona fides в гражданском праве и др. «Психологическая составляющая, – справедливо подчеркивает А.В. Поляков, – является неотъемлемым моментом права, создавая то особое коммуникативное пространство, которое не принадлежит односторонне ни субъективному, ни объективному в праве, а является субъективно-объективным феноменом» (Поляков А.В. Коммуникативный подход к праву как вариант постклассического правопонимания // Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе. Сборник науч. тр. / редкол.: А.Л. Савенков (отв. ред.) и др. Минск, 2012. С. 27).

ского поворота, о котором упоминалось выше, считается аксиомой¹, как и то, что знак не имеет прямой отсылки к референту. Очевидно и то, что объект теории права – право как таковое – не имеет единственного и единого модуса бытия, как и эмпирического проявления. Но что считать эмпирической данностью права? Ясно, что это не могут быть только нормы права, выраженные в соответствующих формах. Полагаем, такой элементарной «единицей» эмпирического бытия права является действие (в широком смысле слова – активность), включающее как поведенческую, так и ментальную составляющие. Именно деятельность людей конструирует систему права (структуру как социальное представление, реальное по своим юридическим последствиям, перефразируя «теорему» Томаса), на основе которой затем приписываются юридические значения некоторым видам социальной активности. Такая знаковая симуляция – «оторванность» от референта, создающая социальные (и юридические) последствия, – свойство любой юридической науки, теория права здесь не исключение. Так, «не вполне понятно, как уголовное право служит обществу. Отсутствует должная ясность относительно природы, тенденций и соответственно места уголовного права в быстро меняющемся современном обществе. <...> В российском обществе, в значительной части по вине профессиональных юристов, нет четкого представления как о позитивных и негативных следствиях функционирования действующего уголовного права, так и о способах использования его возможностей», «в уголовно-правовой науке и не только российской, не решен ее основной вопрос: какова действительно роль уголовного закона. И в особенности каково действительное воздействие уголовного права на поведение людей»². В то же время сомневаться в том, что уголовное право оказывает воздействие на поведение людей, не приходится. Другое дело, что сами по себе нормы уголовного права (а тем более конструкции науки уголовное право) не действуют: в нашем «лучшем из миров» фактически действуют только люди – в соответствии или вопреки информации, сформулированной в уголовно-правовых нормах. Они – уголовно-правовые нормы – конкретизируются в уго-

¹ Еще в 1932 г. американский социолог У. Томас сформулировал один из афоризмов, названный Р. Мертоном «теоремой» Томаса, с точки зрения которой ситуация *реальна* настолько, насколько она *воспринимается как реальная*. См.: Thomas W. Das Kind in Amerika // Person und Sozialverhalten / Hrsg. von E. Volkart. Neuwied, 1965. S. 114.

² Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 2009. С. 7, 8, 106.

ловно-процессуальные нормы. Те, в свою очередь, – в криминалистические рекомендации. Последние – в практики, складывающиеся при совершении юридически значимого действия. Все это интериоризируется в правосознании конкретного человека – носителя статуса субъекта права – и только потом воплощается в эмпирическую данность – юридически значимое действие. Редукция нормы права к эмпирически фиксируемым юридически значимым действиям свидетельствует о взаимодополняемости предметов теории права и отраслевых юридических дисциплин и о сложности их конструирования.

А.И. Экимов

2.8. ПАРАДИГМЫ И СИМУЛЯКРЫ В ТЕОРИИ ПРАВА

Теория права, как и всякая иная наука, включает в свой состав множество парадигм. Термин «парадигма» в качестве специфического понятия был введен в науку американским историком Т. Куном¹. Но затем Кун посчитал более предпочтительным использовать понятие «дисциплинарная матрица». Принадлежность ученого к той или иной дисциплинарной матрице определяется системой образцов, усвоение которых является одновременно овладением «способом видения», присущим конкретной матрице².

С конца 1960-х гг. понятие парадигмы как дисциплинарной матрицы широко используется в социальных науках. В правоведении статус понятия парадигма приобрела во многом благодаря трудам американского правоведа Г. Бермана³.

В настоящее время в отечественной юридической науке парадигма рассматривается как совокупность методов, подходов, навыков, ценностей и средств, разделяемых научным сообществом в тот или иной период времени, как общепринятая модель теоретического истолкования соответствующей группы государственно-правовых явлений. Неизбежные в ходе научного познания затруднения разрешаются в рамках принятых парадигм. В прежние исторические эпохи юристы стремились интерпретировать новые эмпирические данные науки в

¹ См.: Кун Т. Структура научных революций. М., 1964.

² См. об этом подробнее: Войниканис Е.А. Парадигмальный сдвиг в современном праве // Философия политики и права: сборник научных работ. М., 2010. С. 138–161.

³ См.: Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998.

рамках естественно-правового или позитивистского мировоззрения. В советский период позволялось делать это исключительно с позиции марксизма-ленинизма.

Для юридической науки характерно существование нескольких типов парадигм. Это, прежде всего, общеправовые парадигмы, характеризующие мировоззрение юридической науки в целом. Они используются, например, при описании процессов возникновения, становления и развития государства и права на системном уровне. Так, говорят о феодальном праве в Московии, о моделях и формах жизни права, внедренных в эпоху Петра I и определивших особенности развития права в императорской России. В Конституцию России образца 1993 г. заложены, в частности, парадигмы гражданского общества и правового государства. Применительно к конкретным правовым дисциплинам могут выделяться частные парадигмы, определяющие состояние данной науки. Таковой, например, является парадигма правонарушения. В соответствии с ней не может быть признано преступлением то, что не представляет общественной опасности и не запрещено законом. Наконец, могут формироваться и личные парадигмы ученых-юристов, включающие характерные для них установки, убеждения, приемы и методы исследования.

Работа ученого-юриста всегда проходит в рамках парадигм. Она состоит в дополнении, уточнении, углублении сформулированных парадигм, в распространении их на новые предметные области или в отказе от некоторых из них. В последнее время все большее значение придается парадигмам «право в условиях глобализации» и «право в условиях устойчивого развития», а также парадигме так называемого сетевого права (в условиях развития самоуправленческих начал в нашем обществе). Смена парадигм – не просто чередование выдвигаемых теорий и концепций. Главное здесь – пересмотр отношения к исследуемому объекту, изменение целей и методов исследования, а иногда и смена самого предмета исследования. После смены парадигм в праве обычно складывается ситуация так называемого парадигматического дуализма: завоевали признание новые парадигмы, но продолжают пользоваться некоторой поддержкой и старые. Наблюдающийся консерватизм при смене парадигм – далеко не отрицательное явление. Он представляет своего рода экзамен, испытательный полигон для новых парадигм, которые должны быть либо усовершенствованы, либо забыты наукой. На наших глазах формировались новые парадигматические структуры, которые не принесли однозначно

позитивных результатов. Достаточно упомянуть «новое понимание» объективной истины, когда произошло неоправданное смешение понятий «объективная истина» и «абсолютная истина». Поскольку абсолютной истины почти всегда невозможно достичь, то стали говорить, что и относительная истина недостижима. Судебная практика, построенная на такой парадигме, явно приобрела бы ущербный характер. Как правило, новые парадигмы права находят свое воплощение в научных разработках правоведов и в учебной литературе для студентов-юристов.

Парадигмы государства и права профессор В.В. Лазарев называет парадигмами постижения государства и права. Автор справедливо обращает внимание на новизну такой постановки вопроса, ибо, по его мнению, во вводимом им понятии «постижение» есть такие смыслы, «как понимание, усвоение, проникновение, прозрение и др., когда не только умом, не только головой, но и сердцем, душой приходят к созданию нового образа предмета, явления, процесса»¹. А обоснование ученым необходимости введения в юридическую науку категории «симулякры» создает эффектную и эффективную теоретическую основу для критической оценки разного рода апологетических установок, которые проникают в правоведение под влиянием разного рода отнюдь не бескорыстных, сугубо личных интересов исследователей. Как справедливо отмечает профессор В.И. Крусс, «не нужно кривить душой: юридический профессионализм всегда был в том числе товаром, способным обеспечить безбедное существование тем, кто выбирал соответствующую жизненную стратегию»².

Расшифровывая понятие симулякра, автор обращает внимание на то, что симулякр (от лат. *simulo* – делать вид, притворяться) – это «копия», не имеющая оригинала в реальности, иными словами, семiotически, знак, не имеющий означаемого объекта в реальности»³.

В.В. Лазарев выделяет по крайней мере две группы причин, под влиянием которых формируются симулякры. Во-первых, обстоятельства социально-политического плана, когда симулякры вводятся для того, чтобы ввести в заблуждение те или иные слои населения. Такие симулякры требуют «сознательного увода от действительности,

¹ Лазарев В.В. Юридическая наука: продолжение полемики // Lex Russica. 2015. № 11. С. 16.

² Крусс В.И. О современном состоянии юридической науки // Юридическая наука и ее значение в современном обществе. С. 33.

³ Лазарев В.В. Цит. соч. С. 14.

сознательного ее искажения путем начертания того, чего на самом деле нет»¹. Во-вторых, появление симулякров связано с сомнениями 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. Считая исключительно значимой для юридической науки идею существования в ней симулякров, в то же время нельзя безоговорочно согласиться с их трактовкой В.В. Лазаревым.

Как считает В.В.Лазарев, предназначение симулякров – скрывать правду. В одних случаях это действительно так, а в других – совсем иначе. Они возникают в силу недостаточности знания типичных ситуаций. Симулякры – это своего рода цели, целевые установки. Человек ничего не может делать сознательно, не ставя соответствующих целей. Но могут быть изначально ошибочные цели или цели, поставленные слишком поспешно, когда они не могут быть в настоящее время реализованы «по недостатку средств». Но в этом случае, мы, согласно В.В. Лазареву, имеем дело с теми достигнутыми высотами, откуда «открывается свое поле видения предмета»². Неудивительно, что когда необходимые средства появляются, то и соответствующие симулякры становятся вполне полноценными парадигмами. Если же соответствующие средства отсутствуют, то они могут действовать как программа действий и не более того. Когда же им придается статус факта, то вред от них действительно может быть громадным. Например, рассуждать о социальном государстве и не видеть того, насколько оно далеко от нас.

Посмотрим, какие же симулякры В.В. Лазарев выявил в теории права. К их числу, по его мнению, относятся «общая теория государства права», «народовластие», «право как справедливость», «правовое государство», «общенародное государство», «государство всеобщего благоденствия», «свободный человек», «равенство возможностей», «равенство предпосылок для осуществления равенства»³.

В.В. Лазарев считает, что общая теория права и государства это «теория, скрывающая отсутствие истины в отношении государства и права. ОТГП – симулякр»⁴. Верно, что идеологи власть имущих всег-

¹ Там же. С. 15.

² Там же. С. 17.

³ Там же. 14–26.

⁴ Там же. С. 14.

да скрывали ту реалию, что именно их интересы представляет государство. Верно и то, что до сих пор не снята и может быть продолжена полемика относительно того, чья это власть государственная, кому она принадлежит: всему народу, олигархам (богачам), беднейшим слоям (потому что их много), чиновникам, воровскому (мафиозному) слою и т.д. Все это так, поскольку наша теоретико-правовая наука уклонилась даже от вопроса, что такое народ и чем народ отличается от населения. Люди, которые не могут оказывать влияние на принятие государственных решений, – это тоже народ или только население?! Вместе с тем подчеркнем, что в ОТГП имеются такие разделы, которые к симулякрам не отнесешь, например в части законности, правопорядка, правовой культуры. Таким образом, ОТГП – сложная структура, включающая в себя и симулякры. Но полностью объявить ее симулякром – значит отойти от истины.

Ученый говорит о том, что народовластия до сих пор не было ни в одной стране. Действительно народовластия в полном смысле этого слова в современных обществах никогда не было. Как отмечает бывший член Политбюро КПСС, выдающийся опровергатель советского строя и антикоммунист, «любая власть лицемерна»¹, «любая власть властолюбива»². Однако В.В. Лазарев не замечает того, что народовластия в стране может быть больше или меньше. И кто может сказать, что завтра технологии осуществления власти не изменятся настолько, что каждый наш соотечественник сможет участвовать в принятии решений. Если выборы во многих странах – это объекты манипуляций³, то не можем ли мы допустить, что когда-то в светлом будущем они станут подлинным волеизъявлением народа? Неужели и тогда мы будем говорить, что они не выполняют отведенную им функцию в становлении народовластия? Можем ли мы утверждать, что такой симулякр не утратит своей отвратительной роли – быть средством обмана населения, и прежде всего той ее части, которая обманываться рада.

Коснемся симулякра «правовое государство». Где же такое государство существует? Некоторые либералы, ссылающиеся на США, поражают либо незнанием существа дела, либо безграничным ци-

¹ Яковлев А.Н. Сумерки. М., 2003. С. 207.

² Там же. С. 76.

³ В нашей стране «выборы превратились в клоунadu, кто больше набрешет, кто круче тряхнет мощной, тот и в начальниках оказывается» (Яковлев А.Н. Там же. С. 647).

низмом в желании путем лжи и обмана защищать свои интересы. Но значит ли это, что это плохой лозунг для действий? Народовластие невозможно без правового государства, равно как и правовое государство не может существовать при отсутствии народовластия. Возможно, что и на практике имеет место своего рода мозаичная картина, составленная из элементов правового государства и народовластия. Но лишать общество перспективы построения такого государства – дело неблагодарное. Если правовое государство – симулякр в настоящее время, то будем надеяться, что в будущем, возможно и в очень далеком, оно станет реальностью. В принципе в таком же ключе можно проанализировать и другие симулякры, названные В.В. Лазаревым.

Избыточно категоричным является его утверждение о том, что «право как справедливость – это симулякр, стирающий грань между истиной и ложью, между реальным и воображаемым»¹. Действительно, закон и при его установлении, и при реализации не всегда выступает как справедливость из-за неопределенности этого понятия в конкретных ситуациях. Но иное дело право – по крайней мере в той интерпретации, которая дана В.В. Лазаревым. В основе всего правового, считает он, лежит категорический императив, который в том или ином виде формулируется следующим образом: будь лично-стью, 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. И далее ученый дает следующую формулировку права: «Право есть система требований, обеспечивающих формальное равенство всех в выполнении категорической коммуникативно-социальной обязанности быть лично-стью»². Разумеется, здесь речь не идет о праве в том смысле, что это инструмент регулирования социальных отношений, инструмент сотрудничества между людьми, наделяемый в случае необходимости принудительной силой. За таким понятием «право» скрывается нечто другое, скорее всего – некий нравственный принцип, реализация которого обеспечила бы гармонию, «божий дух» в человечестве. Но реальность человеческого мира другая. Уже первый человек, родившийся от своих библейских предков, созданных божественной волей,

¹ Там же. С. 16

² Там же. С. 17.

стал преступником, убившим своего брата Авеля. Бог сохранил этому преступнику жизнь, отметил его особым знаком, чтобы встречные не смели его убить. Предположим, что то, что автор называет правом, на самом деле принято считать справедливостью или более широко – нравственными ценностями. Отрывать право от его реальной юридической сущности – значит именовать правом вовсе не то, что в сознании людей считается таковым. Да и сам В.В. Лазарев в принципе недалеко ушел от такого же мнения, когда стал рассуждать следующим образом: «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»¹. Обратим внимание, что практический критерий права (а без такого критерия право – лишь фантом) требует все-таки связки его со специализированной государственной силой. А если этой связки нет, то о каком праве может идти речь?! По В.В. Лазареву, получается, что исключительно о праве, имеющем теоретический критерий, но не имеющем практического критерия. Даже оставаясь в сетке заданных автором координат, скажем, что при такой интерпретации правовых смыслов полноценного, то есть реально действующего, права не получается.

Не может быть оставлено без внимания и авторское утверждение о том, что *«базовой ценностью для права и для его понимания (его философии), вопреки либертаристам, является несвобода»*² (выделено В.В. Лазаревым. – авт.). Люди, продолжает ученый, с самого начала были несвободными от природных явлений, а по мере становления общества – от социальных: «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

¹ Там же. С. 19–20.

² Там же. С. 19

процессам (отношениям)»¹. Полагаем, что юридической науке нет необходимости пересматривать «базовую ценность права», заменив свободу несвободой. Устанавливая ограничения для индивида и государства, тем самым право не только ограничивало их свободу (что, разумеется, имело место), но и определяло сферу свободы индивида, пусть даже жестко ограниченной. Именно по этой причине немецкий правовед Р. Иеринг, и отечественные ученые-юристы размышляли о необходимости борьбы за право. Право – это не произвол, а лишь установленные государством ограничения свободы, за пределами которых человек свободен. Не в таком ли контексте, в конце концов, рассуждает и сам автор, когда говорит «о правовой свободе человека»²?

Предостерегая от проникновения в общественную жизнь надуманных симулякров, В.В. Лазарев выступает против тех, «кто симулировал буржуазные ценности в качестве общечеловеческих, кто под воздействием хорошо продуманных симулякров поет дифирамбы индивидуализму, свободе и демократии. Их, считает автор, можно понять: акцент на общесоциальные интересы, реализацию обязанностей, решительные (силовые в конечном счете) действия государства никогда не удовлетворял тех, чьи материальные и политические преимущества получены неправовым путем³. Что же касается законов, исходящих от государства, то они в любую минуту могут быть объявлены неправовыми, как неправовой в начале 1990-х гг. была объявлена Конституция России. Нельзя не поддержать этот вывод В.В. Лазарева. Юридическая наука не нужна обществу, если она не способствует формированию и реализации права, основанного на принципах правды и справедливости.

В.М. Сырых

2.9. ПУБЛИЧНЫЙ ИНТЕРЕС – ОСНОВОПОЛАГАЮЩАЯ КАТЕГОРИЯ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

В российской юридической литературе отсутствует единство во взглядах относительно существенных аспектов понятия «публичный интерес», в том числе: 1) *его ближайшего рода*; 2) *видовых признаков*,

¹ Там же.

² Там же. С. 20.

³ Там же. С. 21.

отличающих его от других сходных явлений; 3) соотношения объективной и субъективной сторон публичного интереса.

Создается впечатление, что авторы дефиниции «публичный интерес» не имеют представлений о логических требованиях к подобной процедуре либо не желают им следовать, уповая на конституционную свободу научной мысли и слова. Ближайшим родом этого понятия, по мнению А.В. Костина, выступает «форма сознательного побуждения»¹, по мнению А.А. Павлушиной – «то или иное действие»², по мнению Н.М. Вагиной – «социальные потребности»³, по мнению К.Ю. Тотьева – «жизненно необходимое состояние больших социальных групп (включая общество в целом)»⁴, по мнению В.В. Болговой – «позиция и линия поведения социального субъекта в конкретной системе общественных отношений»⁵. Далее всех в этом направлении пошел А.Ю. Ломаев, который в качестве ближайшего рода понятия «публичный интерес» выделяет три качественно различных явления: взаимообусловленный интерес общества и государства, социально-нравственные установки, а также политико-правовые правила разумной и справедливой организации общества⁶.

Таким образом, изложенные воззрения, представляют парадоксальную картину. Явление, охватываемое понятием «публичный интерес», в действительности не интерес, а нечто иное. С точки зрения логики и здравого смысла подмена одного явления другим представляет собой логическую ошибку. Если предмет, охватываемый понятием «публичный интерес», в действительности таковым не является, а представляет собой потребности, социально-нравственные установки, иные социальные явления, то его ближайший род следует обозначать соответствующим родовым понятием: «потребности», «социально-нравственные установки» и т.д. Иначе получается путаница: родовое понятие обозначает одно явление, а видовое – совершенное иное.

¹ Костин А.В. Интерес публично-территориальных образований в гражданском праве // Законодательство. 2002. № 3–4. С. 15.

² Павлушина А.А. Защита публичного интереса как универсальная процессуальная форма // Журнал российского права. 2003. № 6. С. 33.

³ Вагина Н.М. Принципы публичного права. Самара, 2005. С. 150.

⁴ Тотьев Ю.К. Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве // Государство и право. 2002. № 9. С. 25.

⁵ Болгова В.В. Основы публичного права. Самара, 2009. С. 172.

⁶ См.: Ломаев А.Ю. Публичный интерес как правовая категория: автореф. ...дис. канд. юрид. наук. Казань, 2012. С. 7.

Публичный интерес это разновидность интереса вообще, и его ближайшим родом может выступать только родовое понятие «интерес». Благодаря отмеченной логической связи понятие «публичный интерес» включает в себя все признаки, присущие его родовому понятию. Юристам нет необходимости специально выявлять общие родовые признаки «публичного интереса» – достаточно обратиться к психологии, где содержится научно обоснованная и компетентная трактовка понятия «интерес». Другое дело, что у психологов нет единства в трактовке данного понятия, и юристам предстоит нелегкий выбор воззрения, наиболее точно и полно раскрывающего природу интереса.

По нашему мнению, подобными качествами обладает характеристика интереса как направленности сознания, воли, эмоций субъекта на объект возможных в будущем действий по удовлетворению потребности, а сущность интереса характеризуют три признака: 1) направленность на определенный предмет; 2) наличие достоверных знаний о предмете потребности, его способности удовлетворить имеющуюся потребность; 3) ограничение интереса лишь знаниями, представлениями о предмете потребности, но не владение им¹.

Публичный интерес, следовательно, надлежит рассматривать не как предметную деятельность, выраженную в конкретных действиях и поступках, направленных на преобразование существующего мира, поскольку подобная деятельность представляет собой иное явление – общественно-предметную практику – и обозначается соответствующим понятием, а как явление *психической, мыслительной деятельности* общества, государства и личности. Интерес предстает прежде всего как результат осознания *материальных и духовных благ* как жизненно необходимых, во имя достижения которых действующий субъект (общество, государство или личность) должен осуществить определенную социально значимую деятельность.

Характерным примером содержательного и структурного бытия публичного интереса может служить Программа КПСС, утвержденная XXII съездом КПСС в 1961 г., которой были определены показатели и пути развития советского общества и государства на вторую половину XX в. Согласно Программе суть и смысл развития советского общества и государства на вторую половину XX в. состоит в преоб-

¹ См.: Гендин А.М. Потребность, интерес, цель как факторы детерминации человеческой деятельности // Проблемы философии и научного коммунизма. Красноярск, 1971. С. 94.

разовании социалистических общественных отношений в коммунистические, построении бесклассового общественного строя с единой общенародной собственностью на средства производства при полном социальном равенстве всех членов общества. При этом выражалась уверенность в том, что поставленная подобным образом задача соответствует закономерному ходу социального прогресса, а у общества имеются все необходимые средства для ее решения. Далее в Программе были закреплены конкретные показатели развития экономики, в области подъема материального благосостояния, государственного строительства, идеологии, образования и в иных сферах советского общества, а также определены пути и средства их достижения.

Программа КПСС 1961 г. показательна и как образец коллективного, но субъективного осознания публичного интереса. Деятельность партии, государства и общества по ее претворению в жизнь привела к прямо противоположным результатам – вместо обещанного коммунизма советское общество по объективным и субъективным причинам оказалось в капиталистическом. Следовательно, необходимо четко отличать *объективный публичный интерес от субъективной формы его* восприятия познающим субъектом, способным заблуждаться относительно его смысла, содержания или путей воплощения в реальную жизнь.

Объективную основу интереса составляют закономерности развития явления, выступающего в качестве объекта интереса. Интерес, состоящий в том, чтоб явление в своем развитии достигало оптимальных результатов сообразно присущим ему закономерностям и конкретно-историческим условиям его бытия, признается объективным интересом. Объективный публичный интерес в реальной жизни, непосредственном бытии существует по преимуществу теоретически – в виде некоего идеала, к которому должен стремиться его носитель, ориентированный на оптимальные результаты своей деятельности.

Характерная особенность публичного интереса выражается в том, что его субъектом выступает общество в целом. Интерес потому и называется публичным, что представляет интерес общества в целом, а не его органа управления – государства – или отдельной социальной общности, класса. Объективный публичный интерес современного общества состоит в том, чтобы, *действуя сообразно социальным закономерностям, обеспечить производство материальных и духовных благ в размере, позволяющем максимально полно удовлетворять потребности в них всех и каждого и обеспечить условия для*

беспрепятственной реализации личностью своих творческих способностей.

Минимальный стандарт материальных и духовных благ, которые должны быть реально предоставлены любому жителю планеты, закреплённый Всеобщей декларацией прав человека, пактами о правах человека и другими источниками международного права, пока действительно по преимуществу является минимальным. Он обеспечивает сохранение индивида как биологического существа без надежды обрести статус активной действующей личности. Тем не менее это шаг на пути придания идее коммунистического общества реально действующего принципа, который отвергается в целом, но исподволь проводится в жизнь в виде ее отдельных, хотя и заметно ухудшенных мероприятий по прогрессивному преобразованию общества и улучшению благосостояния населения. В то же время значительная часть государств, и в первую очередь промышленно развитых, не довольствуется международными правовыми стандартами, а идет дальше, устанавливая для своих граждан более высокую планку удовлетворения их материальных и духовных интересов.

Если во Всеобщей декларации прав человека государства обязываются гарантировать всем и каждому право на бесплатное образование на уровне начального общего образования, то Франция гарантирует всем желающим получение высшего профессионального образования на бесплатной основе. Объективный публичный интерес каждого отдельно взятого общества, государства, определяемый его конкретно-историческими условиями бытия, имеет оригинальное, отличное от публичных интересов других государств содержание.

Из 200 с лишним современных стран нет ни одной, полностью идентичной другой. Наиболее ярко своеобразие каждой страны выражается в экономическом строе, уровне производительных сил общества, развиваемых отраслях общественного производства, национальном составе населения, его быте и культуре, а также географической среде обитания. Уникальным предстает и политический строй общества, и в первую очередь, как уже говорилось, его основной компонент – государство и действующая правовая система.

Поскольку каждое отдельное общество всегда действуют в особых, только ему присущих условиях, то его публичный интерес всегда будет иметь определенную специфику. Уникальная совокупность экономических, этнических, политических, культурных и иных конкретно-исторических условий бытия каждого отдельного общества

является объективной предпосылкой самых различных путей, вариантов его дальнейшего развития, самодвижения к новым, более высоким результатам. При этом, как уже говорилось, среди многих вариантов непременно имеется один, оптимальный, который предполагает концентрацию наличных материальных и духовных ресурсов общества и государства на каком-либо наиболее узком, проблемном участке их бытия, благодаря чему обеспечивается успешное решение в достаточно короткие сроки экономических, политических, культурных, иных проблем общества. Этот оптимальный вариант развития общества и охватывается понятием «объективный публичный интерес».

Объективный публичный интерес – это интерес общества, ориентированный, во-первых, на оптимальные результаты своего развития посредством концентрации его производительных сил, наличных, имеющихся материальных и духовных средств и, во-вторых, на распределение произведенных материальных и духовных благ на справедливых началах. В современных условиях справедливое распределение понимается как пользование общими благами в мере, соразмерной вкладу, вносимому каждым субъектом в их формирование.

В частности, представители имущих слоев общества не вправе претендовать на сверхприбыли, получаемые от предпринимательской деятельности, основанной на эксплуатации наемных работников. Доход предпринимателей не может превышать той доли общественного совокупного продукта, которая причитается им за их непосредственное участие в общественном производстве. Повышенный налог на сверхприбыли состоятельных слоев общества, практикуемый в современный период отдельными странами, с этих позиций выглядит разумной и необходимой мерой.

Объективный публичный интерес, охватывающий все сферы общества и государства, носит достаточно сложную и развитую структуру. Ему присущи как минимум шесть структурных компонентов: 1) знание общих условий, функционирования общества, гарантирующих успешную реализацию публичного интереса, в числе которых чаще всего называют экономическое благополучие, демократию, устойчивый правопорядок, законность, справедливость; 2) количественные и качественные показатели в сфере экономики, политики, иных социальных областях, которых надлежит достичь обществу и государству в ближайшей или отдаленной перспективе; 3) перечень соци-

альных факторов, которые надлежит устранить или снизить уровень их негативного влияния на прогрессивное развитие общества; 4) совокупность мер, средств, путей, способных обеспечить планируемые результаты; 5) правовые принципы и нормы внутринационального права, которыми следует руководствоваться при проведении мер по реализации публичного интереса; 6) принципы и нормы международного права, регламентирующие деятельность общества и государства по реализации своего публичного интереса на международной арене, с участием других государств и международных сообществ.

Особо следует обратить внимание на то, что объективный публичный интерес содержит не только оптимальные меры в сфере экономики, культуры, политики, которые государство и общество должны проводить в целях гармоничного и прогрессивного развития общества. Его содержание в числе основных компонентов предусматривает наличие общих принципов объективного права: равенства, свободы воли, взаимозависимости, эквивалентности и ответственности, воплощенных в нормах позитивного права. Публичный интерес обязывает государства и общества неукоснительно соблюдать нормы международного права, запрещает развивать внутринациональную экономику, культуру посредством ведения войн и ограбления других стран и народов.

Чтобы действовать осознанно, сообразно своему интересу и не подменять его интересом отдельных социальных слоев или государства, общество должно выявить, познать свой объективный интерес в ходе теоретических исследований и реализовать в своей предметно-практической деятельности. Так, «фаза сознания и своего рода структурирования публичного интереса более сложная, нежели в сфере частного права. Приходится “отбирать” и оценивать множество социальных интересов»¹.

Множественность интересов различных социальных слоев, групп общества затрудняет познание публичного интереса. И все же наибольшая сложность состоит не в том, чтобы выявить публичный интерес, а в том, чтобы верно определить пути его реализации в предметно-практической деятельности, трезво рассчитать материальные и иные ресурсы общества. Важно также предусмотреть применение правовых средств, не посягающих на права и свободы всех членов общества, равно как и интересы других государств.

¹ Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., 2005. С. 268.

Знание и реальное проведение в жизнь объективного публичного интереса составляет альфу и омегу всей предметно-практической деятельности общества и государства, политических партий и иных властных институтов, играющих заметную роль в определении курса и деятельности страны. Познание публичного интереса ведется в формах: *научного знания, идеологии и обыденного сознания*.

По сравнению с идеологией и обыденным сознанием социальная наука располагает наибольшими возможностями в познании и объяснении объективного публичного интереса. Тем не менее современные исследователи пока не только не способны построить действенную модель функционирования общества с рыночной экономикой и дать надежные долгосрочные прогнозы его оптимального развития, но даже верно оценить существующие доктрины. Ярким примером этому может служить факт присуждения Ф.А. Хайеку Нобелевской премии за достижения в области экономики (1974 г.), которые в действительности защищали либеральные ценности и традиционные устои буржуазного общества и развивали общественный прогресс не больше, чем католическая церковь. Наиболее острая, длительная и бескомпромиссная полемика относительно сути современного общества и его публичного интереса ведется между представителями либеральной и социалистической доктрин.

В настоящее время основные надежды в научном решении проблем функционирования и развития общества связываются с либеральными учениями, ведущими научный поиск, абстрагируясь от существующих социальных закономерностей. В результате «научный прогресс» в социологии ограничивается, как правило, апологией существующих рыночных отношений и уверениями в том, что действующие порядки, основанные на принципах правового государства, обеспечивают социальную справедливость, классовую гармонию и в дальнейшей коренной ломке не нуждаются. Примечательны в этом отношении оценки, данные экономистом-либералом Ф. Хайеком современной социологии и основным путям ее развития в представлении консерваторов и либералов. В качестве ведущей доминанты научной деятельности консерваторов он выделяет их патологическую боязнь всякого нового и неприязнь к некоторым последствиям культурного прогресса, отрицание теории эволюции и механистическое объяснение витальным феноменам. Другое дело, полагает Ф. Хайек, либералы, которые не боятся перемен и эволюций и видят в научном прогрессе средство постепенного решения многих социальных проблем.

Однако либералы в познании социальных явлений и процессов недалеко ушли от консерваторов, поскольку всю эволюцию общества ограничивают рамками существующих рыночных отношений: «Я уверен, что социализм представляет собой угрозу для настоящего и будущего человечества, ибо только рыночный порядок может поддерживать существование нынешнего населения мира... Эксплуатация пролетариата капиталистом-нанимателем – выдумка социалистов»¹. Соответственно, «нам не остается ничего иного как оберегать капитализм, лучше других способный использовать рассеянное знание»².

С изложенными методологическими установками консерваторов и либералов познать диалектику развития общества не представляется возможным, поскольку самое важное и главное в этом развитии (его источник – закономерности общественного развития) отрицается, а общественный прогресс вопреки существующим реалиям ограничивается рыночными отношениями и консервацией буржуазного политического строя. Стремление преодолеть неполноту и односторонность либеральных доктрин приводит к формированию учений, доктрин, излагающих собственное оригинальное видение публичного интереса и общественного прогресса.

Как показывает современная история, общество и государство в общем и целом, вопреки клеветническим уверениям либералов, все же развиваются по законам, раскрытым материалистической теорией К. Маркса. В основе теории лежит диалектический метод научного познания общества как единого целостного организма, функционирующего по особым, присущим ему объективным законам, раскрытие которых представляет первоочередную и наиважнейшую задачу представителей социальных наук, в том числе и правоведения. Эта задача сохраняет актуальность в настоящее время. Российским ученым-правоведам, искренне желающим оправдывать свой социальный статус, пора от огульной, абстрактной критики марксизма перейти к углубленному освоению его теории и метода и творческому их применению в познании социально-правовых проблем современности. Более чем двадцатилетний разгул научного анархизма без методологических и теоретических «руля и ветрил» убедительно показал, что такой путь развития правовой науки мало что дает в теоретическом

¹ Хайек Ф. Конкуренция, труд, правовой порядок свободных людей. СПб., 2009. С. 117, 119.

² Там же. С. 125.

плане, но неизбежно порождает такие негативные явления, как эмпиризм, компиляция, и даже плагиат.

Проводимые с различных методологических и теоретических позиций исследования закономерностей и путей прогрессивного развития общества, а также публичного интереса носят *многовариантный* и дискуссионный характер. В любой сфере научного знания – социологии, экономике, правоведении, политике – найдется немало работ, посвященных проблемам публичного интереса общества и государства, содержащих самые различные, прямо противоположные выводы. Публичный интерес, обоснованный в рамках одной доктрины, подвергается сокрушающей критике в другой. Ни одно государство, общество пока не может похвастаться научным знанием своего публичного интереса. Равным образом сторонники ни одной социологической теории не могут взять на себя смелость утверждать, что они полно и всесторонне выявили публичный интерес какого-либо отдельного общества и государства и готовы приступить к его воплощению в реальную жизнь.

Осознаваемый обществом и государством публичный интерес пока носит преимущественно субъективный характер, а попытки его реализации чаще всего идут зигзагообразным путем, посредством нерациональной траты материальных ресурсов и производительных сил. Тем не менее, государство, равно как и общество, в своем целеполагании неизменно формируют и выражают публичный интерес как субъективно-объективное понимание своих ответных действий на стоящие перед ними вызовы времени. Соответственно наука публичного права вынуждена признавать категорию «публичный интерес» в качестве основополагающей категории, а также принимать действенные меры по раскрытию ее содержания и путей воплощения действительного публичного интереса в практику деятельности общества и государства.

Раздел 3

Некоторые содержательные и сущностные проблемы развития теории государства и права

Ю.А. Тихомиров

3.1. НОВЫМ ТЕОРИЯМ – ПРОСТОР И ПОДДЕРЖКУ

В сфере теории права и государства много проблем. Одна из них – отрыв теории права, с одной стороны, от отраслей права и отраслевых наук от теории права, с другой. Когда теоретики ИЗИСП разработали некоторые сравнительно новые инструменты, такие как правовые модели, правовой мониторинг, прогнозы и риски, эти разработки шли в практику и науку с большим трудом¹.

Теоретики права не всегда видят теоретические вопросы, которые есть в отраслях права, в отраслях законодательства. В.В. Лазарев не допускает в своем творчестве такого разрыва. На конференции Совета Европы и Конституционного Суда РФ в Санкт-Петербурге (октябрь 2015 г.) он показал взаимосвязь судебного права, теории права и международного права, сочетание некоторых вопросов теории права с проблемой судебной власти и материальные и процессуальные аспекты отраслей. Такой творческий подход побуждает нас к сохранению целостности связи между отраслевыми науками и теорией права.

В ИЗИСП к юбилею вышли три книги – «Научные концепции развития российского законодательства», «Страницы истории и очерки о научных школах», «Эффективность законодательства». Однако остается вопрос: почему теория права и теория государства часто именуются общей теорией права и государства. Если в советские годы из 100 книг по теории 98 были по теории государства, остальные по теории права, то в последние 25 лет пропорции обратные.

¹ См.: Правовые модели и реальность / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Е.Е. Рафалюк, Н.И. Хлуденева. М., 2014; Тихомиров Ю.А. Право: прогнозы и риски, М., 2015.

Между тем возникает еще один очень серьезный вопрос: объединение государства и права под «одной крышей» или по-прежнему хорошо, или устарело. Тогда, может быть, резонно сделать вывод о том, что юристам под силу взять на себя не так много вопросов. Пусть это будет тематика верховенства права и правового государства. Некоторые ученые не совсем определились с этими базовыми понятиями, плохо исследуют динамику реальных явлений в государственно-правовой сфере.

Ф. Фукуяма, автор книги «Сильное государство»¹, один из немногих западных профессоров, который дал характеристику деятельности государства. Но неожиданными были доклады «Римского клуба» 1970-х гг. и последних лет о том, что государство растворяется, уходит, государственных границ не будет. Осталась такая картина первых работ «Римского клуба» – будет Придунайское государство. «Римский клуб» не очень поменял свою позицию, но надо учитывать, что немецкий профессор Ю. Хабермас и другие ученые считают, что государство растворяется в сетевых явлениях. Всемирный банк последние 25–30 лет выдвигает несколько концепций, одна из них – Good Governance. Это не просто хорошее управление в административном смысле слова, а нечто большее.

Надо изучать и взгляды, и позиции, и реальные процессы². Экономическая и социологическая науки, политология позволяют раскрыть разные грани государства. А юристы должны рассматривать государство как универсальную политико-управленческую систему со своими функциями и действующую по «мандату» общества и на основе права. Вместо описания государственных институтов нужен анализ их реальных действий, связей с институтами гражданского общества, сложных «переплетений» с другими государствами и функционирования в рамках союзов, содружеств и межгосударственных объединений. Это позволит выявлять критерии устойчивости и подвижности государственных режимов и оценивать меру ответственности государства. Теория государства может динамично развиваться, но ей следует добавлять комплексные аспекты.

Рассмотрим проблемы развития права. Последние 25 лет «текстовое» право берет верх: основное внимание уделяется текстам и нормам. Вместе с тем в юридических университетах нужно учить прежде всего юридическому мышлению, при этом теория государства и тео-

¹ См.: Фукуяма Ф. Сильное государство: управление и мировой порядок в XXI веке. М., 2006.

² См.: Тихомиров Ю.А. Государство. М., 2013.

рия права должны создавать не застывшую догматическую, а меняющуюся «площадку».

В повестке дня и теории, и образования, и практики должны быть вопросы поведенческого механизма действия права и государства, и надо преодолевать недооценку поведенческого механизма власти и управления. Много интересного в связи с этим могут дать социология права, психология права и юридическая этика.

Научные школы правотворчества и правоприменения, публичного и частного права должны развиваться вместе с практикой. Это девиз законодательства и сравнительного правоведения. И здесь в деятельности ИЗиСП можно выделить изучение личности правонарушителя, правовое воспитание, «полевые» социологические исследования. Однако социологические аспекты права исследуются слабо и фрагментарно, и необходимо серьезно разрабатывать вопросы социального механизма действия права и повышения социально-правовой активности граждан¹, сделав акцент на формирование правомерного поведения.

Нельзя не заметить влияния новых информационных технологий на правовое общение людей. Электронный документ и устные решения получают широкое распространение. Меняются и процедуры подготовки и принятия правовых актов и их характер, когда расширяется круг участников возможных правоотношений. Государственное управление использует и горизонтальные нормы правотворчества².

Требуется исследование на стыке национального и международного права. Эта тематика приобретает, с одной стороны, большой удельный вес в общем объеме научной деятельности, а с другой – значение стержневой и в отраслевых исследованиях. В поле зрения ученых вопросы имплементации международно-правовых актов, использование международных стандартов и реализации международных договоров, юридические коллизии и «споры юрисдикций». И это направление исследований следует активно развивать.

Каковы перспективы? Во-первых, нужно продолжать разработку механизмов эффективного правового регулирования и повышения качества законов. Во-вторых, требует решения проблема формиро-

¹ См., например: По ту сторону права. Законодатели, суды и полиция в России. М., 2014.

² См.: Талапина Э.В. Государственное управление в информационном обществе (правовой аспект). М., 2015.

вания правосознания и повышения правовой культуры, расширения зоны правомерного поведения. В-третьих, следует добиваться последовательного правоприменения и устранения конфликтов и нарушений законности. В-четвертых, необходимо активизировать изучение проблем развития государственности в правовом русле, на основе принципа верховенства права. В-пятых, целесообразно углублять исследования, посвященные анализу и оценке роли российской правовой системы в мировом развитии и способам укрепления мирового правопорядка.

Думается, пришло время обновлять понятийный аппарат научных теорий. Сохраняя такие базовые понятия теории права, как «правовая норма», «правоотношение», «правонарушение» и др., следует добавить к ним понятия «правовая модель», «юридическая прогностика», «риск в правовой сфере», «правовое пространство», «юридическая коллизия и конфликт». В исследованиях проблем теории государства будут полезны такие понятия, как «правовой суверенитет», «функционирование государства», «государственные режимы», «межгосударственная интеграция», «принцип субсидиарности». Все это, по нашему мнению, позволит глубже изучать государственно-правовые процессы в национальном и международном масштабах.

В.М. Шафиров

3.2. ПРАВОПОНИМАНИЕ: В НАУКЕ, ПРАКТИКЕ, ОБРАЗОВАНИИ

Понимание права – ключевой вопрос в теории права и государства. От его освещения напрямую зависит развитие доктринальных представлений не только о самом праве, но и обо всех других правогосударственных явлениях, эффективность функционирования юридической практики, качество и уровень профессионального правового образования. В конечном счете все это влияет на то, какой образ права складывается в обществе, как оценивается его место и роль в обществе.

Правопонимание в науке. Долгое время в отечественной теории права и государства формулирование общего понятия права было монополией юридического позитивизма, его важнейшего направления – нормативной школы в ее наиболее жестком варианте (государ-

ство-центристский подход). В результате сложился строгий чисто внешний, формальный, обязательно-принудительный образ права. Это исказило природу, сущность и миссию права, затенило положительные стороны самой нормативной теории.

Право есть явление многоаспектное. Ни одна из теорий в отдельности не дает, да и объективно не может дать, полное и всестороннее представление о праве. Современные теории понимания права это подтверждают. Так, юридический позитивизм XXI века ищет пути активного сближения позитивного и естественного права. «...Представляются не только необоснованными, но и неуместными любые попытки противопоставления в настоящих условиях естественного права позитивному, так как естественное право практически неосуществимо без позитивного, а духовная основа, нравственная сила позитивного права коренятся в праве естественном»¹.

Сторонник теории «умеренного» (мягкого) позитивизма М.Н. Марченко считает, что «важнейшими составными частями “умеренного” позитивизма, соотносящегося с правовой системой правового государства, являются, с одной стороны, естественно-правовые компоненты, возникающие в силу углубления взаимосвязи и взаимодействия позитивного права с естественным правом, а с другой – волевые компоненты, ассоциирующиеся с расширением в условиях глобализации и регионализации регулятивного воздействия на общественные отношения...»².

Построена на использовании компонентов естественной и позитивной школ либертарная теория права В.С. Нерсесянца. В этом несложно убедиться, проанализировав данное автором определение права, «Право – это соответствующая принципу формального равенства система норм, установленных или санкционированных государством и обеспеченных возможностью применения мер государственного принуждения»³.

Следовательно, разные концепции права во многих аспектах совместимы, поскольку совместимы отображаемые ими различные стороны права. В этой взаимодополнительности разных школ права

¹ . Байтин М.И. Вопросы общей теории государства и права. Саратов, 2006. С.137.

² Марченко М.Н. «Умеренный» позитивизм и верховенство права в условиях правового государства // Государство и право. 2012. № 4. С. 7.

³ Нерсесянц В.С. Философия права: Либертарно-юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3. С. 6.

и должно происходить формирование общего учения о праве. Данное обстоятельство позволяет также утверждать, что ни у одной школы права, включая юридический позитивизм, нет монополии на выработку единственно верного учения правопонимания, нет оснований замыкать на себе или подчинять себе все другие теории права. Поэтому предпочтительнее говорить об интеграции знаний о праве, об интегративном понимании права¹. В.В. Лазарев, основываясь на интегративном подходе, дает следующее рабочее определение права: «...Это совокупность признанных в данном обществе и обеспеченных официальной защитой нормативов равенства и справедливости, регулирующих борьбу и согласование свободных волей в их взаимоотношениях друг с другом»². Предложенное определение права имеет научные основания, дает хороший теоретический импульс для дальнейшего осмысления такого сложнейшего феномена, каким является право.

Интегративное видение права зиждется не на противопоставлении различных концепций права, а на их *синтезе*, позволяющем собрать воедино, объединить на общей основе все представляющие ценность идеи, теоретические положения о праве.

Главный вопрос в связи с этим: как избежать искусственного механического соединения разных концепций о праве. Ответ на него предполагает установление системообразующего критерия для интеграции различных концепций видения права. Представляется, что таким общим объединяющим критерием выступает человеческое измерение. Именно через человеческое измерение притяжение направлений изучения права друг к другу становится необходимым и единственно возможным. Данный критерий закреплён в конституционной модели понимания права: «Отличительной чертой российской

¹ См.: об интегративном правопонимании Поляков А.В. В поисках интегрального типа правопонимания. Круглый стол: проблемы современного правопонимания // История государства и права. 2003. № 6. С. 2–16; Лазарев В.В. Поиск права // Журнал российского права. 2004. № 7. С. 13; Ромашов Р.А. Юридический позитивизм и социологический тип правопонимания: проблема совместимости! Теоретико-правовая наука и юридическая практика: проблемы соотношения и взаимодействия: Сб. статей. СПб., 2004. С. 19–26. Леушин В.И. Природа человека как основа правопонимания. В сб.: Теоретические и практические проблемы правопонимания // под. ред. В.М. Сырых и др. М., 2009. С. 207–211; Ершов В.В. Российское право с позиций легизма и интегративного понимания // Российское правосудие. 2011. №10 и др.

² Лазарев В.В. Избранные труды: в 3 т. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение / В.В. Лазарев; Федеральная палата адвокатов Российской Федерации, М., 2010. С. 448.

Конституции, является то обстоятельство, что в ней достаточно четко сформулированы ее концептуальные основы, базирующиеся на естественно-правовом подходе к пониманию»¹. В Конституции РФ закреплено: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью» (ст. 2), «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими, они определяют смысл, содержание... законов...» (ст. 18).

Единство и взаимодействие всех положительных сторон разных теорий (и особенно естественно-правовой и юридического позитивизма) на основе человеческого измерения позволяют обосновывать новое качественное явление – понятие «естественно-позитивное право»². Причем понятие «естественно-позитивное право» в одинаковой мере имеет как научное, общемировоззренческое, так и непосредственно практическое, операциональное значение.

В современных условиях, думается, право не может быть естественным или позитивным. Обладая бинарной природой (природой личности и политической природой), право может быть только естественно-позитивным. Эта особенность права также отражена в Конституции РФ: «Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения» (ст. 18); «признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства» (ст. 2).

В данной связи представляет интерес высказывание М.Н. Марченко: «Говоря о естественно-правовой составляющей в правовой системе правового государства, не следует, как представляется, преувеличивать роль естественного права и его “альянса” с позитивным правом, выразившуюся в концепции “естественно-позитивного права”».

И далее: «...Как свидетельствует политико-правовая практика многих современных государств, независимо от того, декларируются ли они как правовые образования или же не представляются таковыми, роль и значение естественного права, равно как и “естественно-позитивного права”, в их регулятивном механизме по мере развития общества не только не понижаются, а наоборот, постоянно возрастают»³.

¹ Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М., 2011. С. 53.

² Шафиров В.М. Естественно-позитивное право. Введение в теорию: монография / В.М. Шафиров. Красноярск, 2004.

³ Марченко М.Н. Указ. соч. С. 7, 8.

Полностью поддерживая мысль М.Н. Марченко о постоянном возрастании роли и значения естественно-позитивного права в регулятивном механизме по мере развития общества, заметим, что данный процесс носит закономерный характер, а сама усиливающаяся интеграция естественного и позитивного права является его следствием. Это и обусловлено бинарной (личной и политической) природой права, особенностями его эволюции. История права, следуя логике человеческого измерения, прошла в своем формировании и эволюции три ступени: *естественное право* или естественные и неотчуждаемые права человека; *позитивное право*; *естественно-позитивное право*. *Первая ступень* – *естественное право* или естественные и неотчуждаемые права человека. Последние не получили официального закрепления, четкого размежевания с обязанностями, надежного обеспечения. Делалась лишь попытка вычленить из должного, необходимого отдельные возможности в сфере быта, труда, распределения. Естественное право возникло в догосударственную эпоху, имело нравственные, религиозные, а не юридические корни. *Вторая ступень* – *позитивное право*. В процессе рождения позитивного права произошло не отделение естественного от волеустановленного права, а их противоречивое взаимопроникновение. Появление в государственно-организованном обществе института «гражданство» позволило признать личность свободной, официально зафиксировать исходный комплекс прав (их объем, перечень), средства их защиты. Вместе с тем позитивный фактор затмил собой истинный источник права – природу человека, выдвинув на первый план внешнее, властно-волевое, обязательно-принудительное начало. Это объяснялось наличием полной или частичной несвободы людей, привилегий, наделением правами в зависимости от имущественного, социального положения и т.д. Но это был исторически закономерный этап в развитии права. *Третья ступень* – *естественно-позитивное право*. Ее начало следует связывать со снятием классовых, сословных привилегий, преимуществ, утверждением юридического равенства всех людей перед законом, выдвижением человека, его прав и свобод на центральные позиции в юридической системе. Позитивная составляющая превращается в средство обеспечения прав и свобод. В полном объеме естественно-позитивное право раскрывает свой потенциал на современной стадии развития цивилизации.

Данную особенность генезиса и эволюции права не учитывал А.К. Черненко, пытаясь обосновать методологическую несостоятельность концепции естественно-позитивного права: «Существенный

момент системно-содержательного понимания права – представление о том, что каждый из составляющих его элементов при всей их относительной самостоятельности есть единство многообразных проявлений права, их конкретно-исторический синтез. Скажем, система правовых норм представляет собой не просто совокупность норм, институтов и отраслей права, а содержит в себе их конкретно-историческую характеристику, естественно-правовые ценности, уровень и степень осуществления правовой политики, правосознания и т.д.

Такой подход дает возможность провести методологический анализ существующей в отечественном правоведении концепции “естественно-позитивного права”, в которой сущность права определяют как возведенную в закон волю большинства людей, провозглашающую человека, его права и свободы высшей ценностью. Методологическая несостоятельность такого определения права, по нашему мнению, состоит в том, что здесь естественное и позитивное право выступает в виде единства внешних противоположностей, а следовательно, *разных* сущностей. Это либо воля, возведенная в закон (позитивно-правовое начало), либо права и свободы человека (естественно-правовое начало)¹. Естественное и позитивное начала есть не внешние противоположности, а две взятые в органическом единстве внутренние стороны одного явления – права (как, образно выражаясь, две стороны одной медали), характеризующие в своем взаимодействии его бинарную природу (сущность).

Вот почему тема человека, его прав и свобод в различных своих проявлениях проходит красной нитью в теории естественно-позитивного права. Она же выступает в правовом государстве необходимым объединяющим началом различных направлений изучения права. Общим для них является ориентир на признание в правовом государстве человека правовой личностью, развитие и обеспечение высокого уровня правосознания, правовой культуры и социально-правовой активности. «Нет правового человека, – верно подмечает Н.А. Власенко, – и нет права, а следовательно, и нет цивилизованного развития»².

¹ Черненко А.К. Правопонимание: диалектический анализ / В кн.: Теоретические и практические проблемы правопонимания: материалы III Международной научной конференции, состоявшейся 22–24 апреля 2008 г. в Российской академии правосудия / под ред. В.М. Сырых и М.А. Заниной. М., 2010. С. 219.

² Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Российской Федерации. ИФРА-М, 2014. С. 150.

Следовательно, идея «государство для человека, а не человек для государства» находит свое воплощение именно в правовом государстве.

Концепция интегративного правопонимания на основе человеческого измерения делает возможной смену приоритетов в раскрытии содержания права. В правоведении, под влиянием юридического позитивизма, распространено мнение, согласно которому содержание права складывается из правовых норм. Но для личности имеют значение не нормы сами по себе, а те ценности, которые посредством их закрепляются, реализуются, отражаются. Такими жизненно важными, судьбоносными ценностями являются правовая свобода и правовая справедливость. Право одновременно есть сама свобода и справедливость, их официальная форма, мера, гарантия. Выражением правовой свободы в праве служат права и свободы. Выражением правовой справедливости служат обязанности, баланс прав и обязанностей. Речь идет не о формальных, а о реальных, гарантированных обществом и государством свободе и справедливости¹. Именно эти ценности защищает Конституционный Суд РФ, рассматривая жалобы по нарушениям конституционных прав и свобод граждан и признавая положения норм закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле, не соответствующими статьям Конституции РФ.

Итак, права, свободы и обязанности, а не нормы права являются элементами содержания права.

Норма права – первичный элемент внутренней формы права. Это признают и представители юридического позитивизма. Любая концепция права несостоятельна, если она игнорирует роль нормы – самостоятельного, значимого, наиболее распространенного регулятора. Не менее ущербно видеть в норме права единственный регулятор поведения. Право как нормативная регуляция не сводится к нормам или к их системе. Юридическая норма есть одно из ее проявлений, один из носителей важнейшего свойства права. Поэтому если речь заходит о непосредственной нормативной регуляции, то с ней должен ассоциироваться весь комплекс нормативных регулятивных средств (норм, принципов, целей, задач, дефиниций и т.п.), выступающих внутренней формой выражения права. Официальное признание наличия наряду с нормами других регуляторов поведения можно найти в самых известных источниках права. Так, в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ

¹ См.: Шафиров В.М. Указ. соч. С. 95–148.

говорится о двух самостоятельных правилах: общепризнанных принципах и нормах международного права. В части 4 ст. 1 ГПК РФ установлено, что в случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникшие в ходе гражданского судопроизводства, суд действует исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации. Руководство всеми нормативными регулятивными средствами дает возможность получить системное, концептуальное восприятие права в качестве общей меры свободы (прав и свобод) и справедливости (обязанностей, баланса прав и обязанностей), мега-регулятора поведения.

Правопонимание в законотворчестве. Каждый закон – концептуальный акт. Его теоретическая основа должна базироваться на конституционной модели правопонимания. Данное обстоятельство должно побуждать законодателей на всех стадиях законодательного процесса глубоко прорабатывать проект закона, прежде всего с содержательной, а не только с формальной юридической стороны. Только тогда будут созданы условия для принятия правового закона. В правовом законе должны быть органично соединены естественное и позитивное право, то есть содержание, исходящее из природы человека, и содержание, устанавливаемое государством. Принимая правовой закон, нельзя ограничиваться лишь закреплением формальных оснований (время, пространство, круг лиц) для придания закону юридической силы, введения его в действие. Например, введение в действие федерального закона обязательно должно подкрепляться введением в действие одновременно с законом полного пакета сопровождающих его подзаконных нормативных актов, наличием материальных и финансовых ресурсов, обеспечивающих его эффективную работу, проведением подготовительных организационных мероприятий, достаточной правовой подготовленностью органов власти, должностных лиц по претворению закона в жизнь, правовой информированностью граждан и т.д. Невыполнение любого из перечисленных выше условий приводит к тому, что вступивший в юридическую силу документ либо работает плохо, либо фактически не работает.

Таким образом, думается, правовым может быть признан закон, который: соответствует Конституции РФ, а значит, права, свободы человека и гражданина определяют его смысл, содержание; устанавливает важнейшие ценности – свободу, справедливость, равенство; не отменяет и не умаляет права и свободы; не налагает необоснованные обязанности; не противоречит нравственным ценностям; закре-

пляет механизм обеспечения (гарантий) прав и свобод; содержит достаточный комплекс условий и средств, необходимых для введения его в действие и эффективной работы (регулирования).

Правовой закон с полным основанием можно рассматривать как разновидность общественного закона, а не просто как нормативный акт, обладающий высшей юридической силой. Такой закон отражает и закрепляет объективно существующие необходимые, повторяющиеся и устойчивые связи (отношения) в обществе и внутри самого права. На предопределенность правового закона объективными факторами, особо обращал внимание К. Маркс: законодательная власть не создает закон, она лишь открывает и формулирует его¹.

В связи с этим следует критически отнестись к выработанным в юридическом позитивизме аксиомам: закон суров, но это закон; даже законы, содержащие величайшую глупость, надо соблюдать; лучше плохой закон, чем никакой². Закон должен быть не суров, а справедлив; законы, содержащие величайшую глупость, нужно просто не принимать, тогда их не нужно будет соблюдать; плохой закон ничем не лучше, чем его отсутствие, так как из-за наличия неопределенности, противоречивости, устаревших норм и других недостатков он способен принести немало вреда.

Однако взгляд на юридический закон как на вид общественного закона, имеющий объективный, необходимый характер, не получил должного осмысления и признания. Субъективный, формально-юридический подход в ходе подготовки и принятия правовых принципов, норм пока еще значителен. Основные концептуальные конституционные новеллы нередко просто воспроизводятся, повторяются в тексте законов. Так, ч. 4 ст. 11 ГПК РФ в основном воспроизводит содержание ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, тогда как необходимо было уточнить, детализировать, что меняется с появлением нового источника права, какие субординационные и координационные отношения возникают, как решаются коллизии и т.д.

Схожая ситуация с принципом равенства перед законом и судом. Он также без уточнений, раскрытия содержания переносится в статьи законов. И как следствие – много случаев нарушения правового равенства, выявленных Конституционным Судом РФ. Так, Федеральный закон «О государственной гражданской службе» не за-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 162.

² См.: Замахина Т. Лучше плохой закон, чем никакой // Российская газета. 2014. 29 апреля.

креплял гарантий от увольнения по сокращению штата для одиноких мам, воспитывающих детей до 14 лет, хотя такие гарантии имеются у одиноких женщин-военнослужащих, сотрудниц органов внутренних дел и прокуратуры, не говоря уже о женщинах, занятых на производстве; в неравное положение были поставлены законодателем близкие родственники солдат и офицеров, пропавших без вести во время боевых действий, по сравнению с близкими родственниками солдат и офицеров, погибших во время боевых действий (первые не получали компенсации) и др.

Не получило должной конкретизации в федеральном законодательстве важнейшее правило: «Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими». О том, насколько оно востребовано, свидетельствуют многочисленные попытки физических и юридических лиц самостоятельно воспользоваться предоставленной конституционной возможностью. Но чаще всего попытка начинается с конфликта, столкновения интересов граждан, организаций и органов публичной власти. Поэтому нужен законодательно закрепленный правовой механизм непосредственного действия прав и свобод с четким фиксированием его блоков, элементов, пределов работы и т.д.

Нет должной определенности с реализацией новеллы «права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание... законов». Ее универсальный, всеобщий характер законодатель почему-то связал с аналогией права (с сомнительной, редко применяемой конструкцией). Однако это значительно сужает содержание данного конституционного положения. Оно требует исходить из смысла права (прав и свобод), законодательства во всех случаях – как урегулированных конкретными нормами, так и неурегулированных ими. В законодательстве должна быть установлена специальная статья, предписывающая обязанность во всех случаях выявлять не только букву закона, но смысл правового регулирования общественных отношений. В ней должен быть перечислен весь комплекс нормативных регулятивных средств (принципов, целей, задач, норм права и т.д.), которыми нужно руководствоваться при решении конкретных дел.

Разбираемое конституционное положение «права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание... законов» направляет внимание субъектов правотворческой деятельности на более детальную разработку механизма воздействия на субъективную

сторону правомерного поведения. Пока законодателя больше интересует субъективная сторона правонарушения. Только защита, например, гражданских прав ставится в зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно. Но в любых ситуациях свободного выбора и действия независимо от отрасли права эффективное влияние права как общей меры свободы и справедливости напрямую зависит от внутреннего состояния человека, его отношения к юридическим принципам, нормам. При дозволительном правовом регулировании (предоставление прав и свобод) внешнее воздействие, основанное на властной принуждающей силе, не просто не работает, оно недопустимо. Отличительная особенность такого воздействия в том, что оно является не принуждающим, а позитивно побуждающим, что и склоняет индивида принять осознанное, добровольное и выгодное решение. Поэтому важно конструировать содержание нормативных регулятивных средств так, чтобы человек, которому адресованы права и свободы, обратил на них внимание, осмыслил их, увидел в них именно то самое недостающее, открывающее и гарантирующее путь к желанной цели, проявил готовность воспользоваться ими. Одно внешнее, формальное осуществление прав и свобод без развитого правового внутреннего настроя не даст необходимого результата ни личности, ни обществу¹.

Недостаточно только внешнего влияния, основанного на властной принуждающей силе, и при регулировании должного поведения. Поэтому законодателю важно усовершенствовать механизм воздействия на субъективную сторону правомерного поведения обязанного лица. Это предписывает презумпция добропорядочности, правомерности обязанного субъекта. Доверие к людям, учет их потребностей и интересов, соединенные с требовательностью, и лежат в основе добровольного осуществления обязанности.

Таким образом, субъективная сторона правомерного поведения (управомоченных и обязанных лиц) должна быть в поле зрения законодателя. Законодатель не сможет рассчитывать на результативное осуществление управомочивающих, обязывающих и запрещающих юридических правил, если при их создании проявлено безразличие к потребностям, интересам людей, проигнорированы их мотивы, ценностные ориентации. А значит, будут поставлены юридические пре-

¹ См.: Шафиров В.М. Содержательность и формальность права // Вопросы правоведения. 2015. № 1. С. 63–64.

пятствия на пути ускоренного качественного решения проблем в сфере малого и среднего бизнеса, повышения производительности труда, конкурентоспособности отечественного производства, материнства, семьи, демографии и т.д., то есть везде, где не обойтись без социальной-правовой активности граждан.

Поэтому, представляется, следует скорректировать в законодательстве вопрос об обеспечении права. Широкое распространение получили негативные санкции. Однако правовое принуждение недопустимо в отношении поведения по реализации прав, неприменимо оно и в отношении правомерно ведущих себя обязанных лиц. Поэтому необходимо ввести в проектно-нормативную практику закрепление позитивной санкции¹. Она должна устанавливаться не просто за правомерное поведение, а лишь за добросовестное и активное поведение или заслуженное правомерное поведение по использованию прав и исполнению обязанностей. Да, принудить человека вести себя сознательно, добросовестно и разумно законодатель не может, а вот побудить к этому, поощрять за это просто необходимо. Позитивными санкциями следует стимулировать устойчивое, активное правомерное поведение добросовестных приобретателей, владельцев, работников, покупателей, налогоплательщиков, супругов и т.д.

Конституция, устанавливая высшую ценность человека, его прав и свобод, одновременно обязывает не нарушать права и свободы других лиц. Тем самым не допускается слияние, совпадение прав и обязанностей. Отраслевое законодательство часто «не замечает» это требование. В качестве примера можно привести ст. 63 СК РФ, которая называется «Права и обязанности родителей по воспитанию и образованию детей». Думается, что такое совместное (без детализации, размежевания) изложение прав и обязанностей родителей не способствует уяснению содержания, пределов действия ни их прав, ни обязанностей, а создает условия для возникновения юридических ошибок при определении прав и обязанностей конкретных родителей. В важнейшем отраслевом кодифицированном законе, каким является Семейный кодекс РФ, должны быть специальные статьи, посвященные отдельно правам родителей по воспитанию и образо-

¹ См.: Шафиров В.М. Поощрительные санкции как средство обеспечения права. В кн.: Поощрительные санкции в праве: общетеоретический и отраслевой аспекты: монография // под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2016. С.149–150.

ванию детей и отдельно обязанностям родителей по воспитанию и образованию детей. Тогда несложно будет установить, может или должен родитель совершить те или иные действия по воспитанию и образованию детей.

Правопонимание в применении права. В процессе применения происходит перевод основополагающих конституционных положений, общих правил законодательных актов в плоскость реальных юридически значимых общественных отношений. В такой сложной работе особое значение имеет усвоенное практиками правопонимание. Преобладание в профессиональном правосознании узконормативного представления о праве, иных правовых явлениях в определенной мере способствует распространению упрощенного, формального подхода к рассмотрению дела¹.

Так, при установлении фактических обстоятельств правоприменительные органы, их должностные лица нередко ограничиваются лишь выявлением очевидных, лежащих на поверхности фактов, имеющих юридическое значение. Обнаружение всех фактов, необходимых для подтверждения, восстановления, охраны, защиты или ограничения, лишения прав и свобод граждан с максимальной полнотой, достоверностью, в качестве главной цели не ставится.

Такой же упрощенный, формальный подход имеет место на стадии *установления юридической основы дела*. Она связывается с проведением правовой квалификации, то есть с выяснением вопроса о том, какая норма права наиболее всего подходит к рассматриваемому случаю и подпадает ли этот случай под ее действие. Юридическая квалификация считается правильной, если удалось выбрать (найти) норму, прямо рассчитанную на эти факты. Правовая квалификация и связанные с ней правовые операции, процедуры их проведения необходимы. Но вряд ли можно считать нормальными, получившие

¹ Речь идет о негативной формальности (формализме), которую не следует смешивать с позитивной формальностью, требующей соблюдения процедуры при решении юридических вопросов, например о лишении прав. В частности, Верховный Суд посчитал, что основания для назначения наказания в виде лишения водительских прав были, но при этом были нарушены права водителя. Ни мировой судья, ни областной суд не заметили оправдывающих доводов, то есть того, что человек просто не получил уведомление о том, что его дело рассматривается, и соответственно не имел возможности защищать себя должным образом. Нарушение порядка доставления почтовых отправлений с судебной пометкой – основание для признания такого извещения не надлежащим. А значит, и повод для оспаривания решения суда по формальному признаку (См.: Барщев В. Послали не по адресу // Российская газета. 2015. 17 ноября).

распространение на практике ситуации установления формального соответствия или, образно выражаясь, «подвода» фактов под гипотезу избранной нормы или даже совокупности норм. Получается, что принятие справедливого и разумного решения дела – (содержательный подход) не основное и не является приоритетом юридического процесса.

Приведем конкретный пример. Местная администрация обратилась в районный суд с иском к гражданке П., которая, по мнению истца, незаконно построила жилой дом. Основанием для такого вывода стало отсутствие у гражданки П. предусмотренного ГСК разрешения на строительство дома. Суд решил, что администрация права – строение незаконное и его надо снести за счет самой ответчицы. Вышестоящая инстанция с позицией районного суда согласилась. По кассационной жалобе гражданки П. дело дошло до Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ. Судебная коллегия подтвердила, что «... жилой дом... является самовольной постройкой, поскольку ответчиком не было получено разрешение на его строительство».

Между тем суд не учел, что самовольная постройка может быть сохранена, при этом закон связывает возможность признания судом права собственности на самовольную постройку с такими обстоятельствами, как принадлежность земельного участка, на котором строение возведено, наличие угрозы жизни и здоровью граждан, возможность нарушение прав и законных интересов других граждан возведенной постройкой.

Отсутствие разрешения на строительство само по себе не может служить основанием для отказа в иске о признании права собственности на самовольную постройку. В то же время суду необходимо установить, предпринимало ли лицо, создавшее самовольную постройку, надлежащие меры к ее легализации, в частности к получению разрешения на строительство и/или акта ввода объекта в эксплуатацию, а также правомерно ли отказал уполномоченный орган в выдаче такого разрешения или акта ввода объекта в эксплуатацию.

Если иное не установлено законом, иск о признании права собственности на самовольную постройку подлежит удовлетворению при установлении судом того, что единственными признаками самовольной постройки являются отсутствие разрешения на строительство и/или отсутствие акта ввода объекта в эксплуатацию, к получению которых лицо, создавшее самовольную постройку, предпринимало меры. В этом случае суд должен также установить, не на-

рушает ли сохранение самовольной постройки права и охраняемые законом интересы других лиц и не создает ли угрозу жизни и здоровью граждан.

Таким образом, законом возможность сноса самовольной постройки связывается не с *формальным соблюдением требований о получении разрешения ее строительства* (выделено мной. – В.Ш.), а с установлением обстоятельств, которые могли бы препятствовать использовать такую постройку ввиду ее несоответствия требованиям безопасности и возможности нарушения прав третьих лиц.

При этом суду также надлежит установить, имелись ли у лица, осуществившего самовольное строительство, препятствия к получению разрешения на возведение такого строения. В случае если такие препятствия отсутствовали, решение о сносе постройки будет основываться *лишь на формальном подходе суда к разрешению спора* (выделено мной – В.Ш.), не основанном на полном и всестороннем исследовании обстоятельств, имеющих значение для дела...»¹. Судебная коллегия признала, что судебные постановления о признании жилого дома самовольной постройкой и о сносе самовольной постройки приняты с нарушением норм действующего законодательства.

У значительной части практиков складывается устойчивая психологическая установка на то, что достижение формального соответствия действий и решений юридической норме (даже в ущерб его существу) и есть та цель, тот результат, к которому надо стремиться. Другие цель и результат в сфере правовой действительности считаются абстрактными, почти или вообще недостижимыми. Такой психологический настрой формирует и соответствующее поведение, ведет к снижению уровня профессиональной правовой культуры, к правовому нигилизму. Генеральный прокурор РФ Ю.Я. Чайка, комментируя ситуацию с реализацией положений закона о так называемой сделке с правосудием, заявил: «...Данная форма правосудия, применяемая в среднем по 60 процентам всех рассмотренных судом дел, на сегодня вызвала озабоченность со стороны как законодателей, так и правоприменителей... При таком значительном количестве рассмотренных в упрощенном порядке уголовных дел число допускаемых нарушений законодательства, в том числе конституционных

¹ Определение судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 8 июля 2014 г. № 19-КГ14-6 // СПС «Консультант плюс»

прав граждан, не только не снижается, но и растет. Это неслучайно. Привычка идти по более простому пути пагубно сказывается на профессиональных навыках и качестве следствия. Снижается квалификация следователей, прокуроров, да и судей тоже. В то же время я не сторонник многочисленных специализированных законодательных инициатив. Полагаю, что в большинстве случаев нужно не подстраивать закон под конкретную ситуацию, а совершенствовать практику его применения»¹.

Интегративное правопонимание ориентирует, прежде всего, на содержательное рассмотрение и разрешение юридических вопросов. Данное требование вытекает из ст. 18 Конституции РФ: права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание применения законов.

Содержательный подход к рассмотрению дел должен утвердиться в процессе применения права – на всех его стадиях. На первой стадии он позволит установить те доказательства юридических фактов, которые при формальном рассмотрении могут показаться не имеющими правового значения. А вот с содержательной стороны они способны сыграть решающую роль для подтверждения, восстановления, охраны, защиты прав и свобод граждан. При установлении юридической основы дела, думается, надо проводить не просто правовую квалификацию, а правовую диагностику. Для этого потребуются обращение ко всему комплексу нормативных регулятивных средств (норм, принципов, целей, задач, дефиниций и т.п.), с помощью которых не только устанавливается буква закона, но, что особенно важно, выявляется смысл правового регулирования тех или иных общественных отношений. Правовая диагностика должна проводиться правоприменителями во всех случаях – независимо от наличия либо отсутствия правовых норм, поскольку для человека, обратившегося в органы публичной власти, важна не сама по себе строго выполненная юридическая процедура, а справедливость и разумность решения, вынесенного в ходе следования ей.

Правопонимание в образовании. Юридическое профессиональное образование – важнейший компонент правовой системы. От состояния профессионального правового образования напрямую зависит развитость, эффективность правотворческой и правоприменительной деятельности, взаимодействие юридической практики с другими

¹ Егоров И. Прокурор просит год // Российская газета. 2015. 12 января.

профессиональными неюридическими практиками. Однако обучать и воспитывать юристов в наши дни непросто. В учебном процессе довольно устойчивые позиции занимает позитивное (часто узконормативное) видение права. Это имеет место в преподавании как общей теории права и государства, так и отраслевых дисциплин. Под воздействием такого правопонимания в отдельных юридических вузах, на юридических факультетах стала развиваться узкая специализация (в советское время вузы готовили универсального юриста, как в настоящее время, например, в Германии), приоритет отдается обучению навыкам, деятельности, а не преподаванию фундаментальных знаний. Это неизбежно ведет к формализации процесса обучения, к снижению в нем доли содержательного анализа различных социально-правовых проблем. Ослабляется мотивация к учебе как напряженной работе, правовое воспитание. И как следствие отменены обязательный государственный экзамен по теории государства и права для бакалавров, обязательный ранее курс «Актуальные проблемы юридической науки и практики» для магистров. Данное обстоятельство уже сказывается на качестве подготовки студентов, выпускников.

Практическая составляющая в образовании укрепляться и развиваться, должна, но только на базе фундаментальных знаний. Фундаментальная подготовка, ориентированная на решение прикладных задач, всегда было традицией и преимуществом отечественной школы высшего юридического образования. Значение такой подготовки еще более возрастает. Мало знать лишь свою профессиональную (юридическую) область, надо обладать широкими компетенциями, чтобы грамотно организовывать не только свою работу, но взаимодействие с другими специалистами, не имеющими юридического образования (инженеры, врачи, предприниматели и т.д.). Поскольку праву принадлежит фундаментальная роль в обществе. Без правового регулирования не может обойтись никакая сфера профессиональной деятельности.

Важно, чтобы выпускник мог адаптироваться в новых условиях, быстро овладевать современными юридическими технологиями, юридической техникой. Студент должен понимать, что знания устаревают быстро. Невозможно заранее подготовить выпускника ко всем деталям конкретной юридической деятельности, как просят работодатели. А вот дать будущему юристу фундаментальные знания и научить его их непрерывно добывать и обновлять, а также применять – это

главная задача вуза. Вузы должны убеждать в данной своей миссии работодателей, с их участием побуждать студентов к качественной учебе.

В противном случае понижение роли знаний в пользу формирования навыков, умений (обучение лишь деятельности) сведет профессиональное образование к подготовке в основном «ремесленников», способных не особенно задумываясь выполнять требуемый набор действий. Этому способствует слепое копирование не всегда удачных образцов зарубежного образовательного опыта. Для юридической профессии здесь таится и другая опасность: преподавание юриспруденции при ослабленном методологическом и теоретическом обучении, отсутствии должного правового воспитания превращает будущего юриста в поверхностного бездушного исполнителя, «буквоеда». Его не будет смущать то, что, действуя формально правильно, он принимает несправедливое, неразумное решение по юридическому делу, причиняет физический, нравственный, имущественный вред людям, укрепляет позиции правового нигилизма в обществе. Снижение качества обучения студентов не может не сказаться на уровне квалификации преподавательского корпуса.

Модернизация правовой системы требует подготовки нестандартно, глубоко, разносторонне мыслящего выпускника, разбирающегося как в узкоотраслевых вопросах, так и в вопросах, находящихся на стыках различных отраслей права, права и морали, права в целом. Именно такие выпускники будут способны решать самые сложные социально-правовые задачи в интересах личности, общества и государства, выводить Россию на самые передовые позиции в мире. Студенту, который пришел в вуз за настоящими знаниями, компетенциями, а не просто за дипломом, необходим занимающийся наукой, глубоко понимающий проблемы практики преподаватель. Лейтмотивом образовательного процесса и для преподавателя, и для студента должно быть современное правопонимание. Поэтому в вопросе о том, какое понимание права будет лежать в основе преподавания, обучения и воспитания, нужна четкая определенность. Ясно одно – оно не должно расходиться с конституционной моделью правопонимания. Это будет способствовать укреплению позиций образа права, в котором оно предстает как гуманное, выражающее свободу и справедливость, разумное, ориентированное на внутреннее и внешнее поведение, определенное, обеспеченное государством и обществом социальное явление.

3.3. О СУЩНОСТИ, СОДЕРЖАНИИ И ФОРМЕ ПРАВА

Проблема соотношения и взаимосвязи формы и содержания права активно разрабатывалась еще в 1970-е гг. XX в советской юридической литературе¹. Далеко не все современные теоретики признают целесообразность такой постановки вопроса. Так, В.Н. Карташов, критикуя раздельное исследование формы и содержания права, отрицает, в частности, необходимость изучения права через категории «система права» и «система законодательства»². Аргументы автора о неразрывной связи между формальной и содержательной сторонами явления имеют логические основания. Нам, однако, представляется, что без указанного деления системно и последовательно изучить право крайне сложно. Действительно, единство формы и содержания не предполагает смешения таких разнопорядковых категорий, как «правовая норма», «нормативно-правовое предписание», «отрасль права», «нормативный акт» и т.д.³ Каждая из них занимает четко определенное место в общей конструкции научных представлений о праве, и построить соответствующие теоретические схемы, игнорируя категории «форма» и «содержание», невозможно.

Термин «форма права» традиционно рассматривается в литературе в связи с понятием «источник права». Дискуссия об их соотношении имеет давнюю историю, которая подробно описана во множестве научных работ⁴. Не останавливаясь на характеристике противоположных позиций, сформулируем лишь собственное видение данной проблемы (которое, разумеется, не может претендовать на новизну хотя бы потому, что все новые идеи по вопросу о соотношении формы и источника права уже высказаны по крайней мере лет сто назад).

¹ См.: Даниелян И.М. Содержание и форма социалистического права: / автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тбилиси, 1973; Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972. С. 196–214; Ушаков А.А. Содержание и форма в праве и советском правотворчестве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1970; Явич Л.С. Право и общественные отношения (основные аспекты содержания и формы советского права). М., 1971.

² См.: Карташов В.Н. Теория правовой системы общества в 2 т. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 168–170. Автор, в частности, критикует традиционный подход к исследованию права через категории «система права» и «система законодательства».

³ Отрицая необходимость выделения системы законодательства, В.Н. Карташов все эти категории включает в систему права. См.: Карташов В.Н. Указ. соч. С. 172, 175.

⁴ См., например: Бошно С.В. Формы российского права: монография. М., 2004. С. 17–29; Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 43–58 и др.

Итак, если в значении категории «источник» преобладает генетический, динамический момент (откуда берется, как формируется право), то термин «форма» тяготеет к описательной, статической стороне (как выглядит, в чем материализуется право).

Применительно к «видам позитивного права»¹ использование обоих терминов вполне правомерно, однако ни для одного из них данное значение не является единственным и исчерпывающим.

Источник права охватывает все возможные факторы правообразования, сферы общественной жизни, условия, повлиявшие на содержание (и безусловно на форму) правовых велений. Конкретный набор обстоятельств, перечисляемых в этой группе, зависит от научных взглядов исследователя, от того, какой он видит сущность права. Неслучайно А.И. Экимов называет эти источники сущностными². В самом общем виде это могут быть естественные (природные, географические, климатические) факторы³, социальные (на макросоциальном и микросоциальном уровнях⁴), экономические, национальные, культурные, религиозные, нравственные, политические, идеологические, научные, философские и др.

Использование термина «источник права» в значении «официальный источник правовых норм» в целом правомерно⁵, хотя признается далеко не всеми исследователями⁶. Некоторыми учеными оно рассматривается как второстепенное по своей значимости и употребляемое скорее в силу традиции. На это указывают и наименования, даваемые различными авторами данным видам источников: первичные и вторичные⁷, сущностные и содержательные⁸ и т.п. Каждое из них имеет

¹ Этот термин, предложенный Л.И. Петражицким, как справедливо отмечается в юридической литературе, оптимально подходит для обозначения внешних форм объективации права (Василенко О.Н. Проблемы онтологии и эволюции правосудия и форм права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. С. 16.).

² См., например: Экимов А.И. К методологии анализа источников права // Источники права: проблемы теории и практики (Материалы конференции). М., 2008. С. 34.

³ См., например: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 46.

⁴ См., например: Придворов Н.А., Трофимов В.В. Правообразование и правообразующие факторы в праве: монография. М., 2012. С. 320.

⁵ В этом случае понятие «источник» отвечает не на вопрос, *откуда берется право*, а на вопрос, *откуда мы берем право*.

⁶ См.: Ершов В.В., Ершов В.В. Система форм права в Российской Федерации // Российское правосудие. М., 2009. № 1 (33). С. 7–15.

⁷ Марченко М.Н. С. 47–58.

⁸ Экимов А.И. Указ. соч.

право на существование, потому что затрагивает один из множества важных аспектов соотношения рассматриваемых понятий.

Многие явления, охватываемые понятием «источник права», представляют собой совершенно разнопорядковые категории, несопоставимые друг с другом по степени влияния на конечный результат процесса правообразования. Часть из них должна, вероятно, рассматриваться в качестве *непосредственных причин* (воля субъекта правотворчества), *предпосылок* (например, экономические отношения), а часть как внешние *условия*, повлиявшие на создание правовой нормы (природные, климатические факторы и т.п.). В результате можно выстроить определенную иерархию источников права, характеризующую этапы процесса его формирования¹.

Подобная иерархия, однако, никогда не будет универсальной, общепризнанной, так как отражает субъективное видение конкретного исследователя. К примеру, если в качестве основного результата правообразования рассматривать нормативный правовой акт, то обязательным этапом, предвещающим его появление, должен быть доктринальный или этап формирования и теоретического осмысления тех идей², которые станут непосредственным источником содержания данного акта. Говоря же о появлении «незаконодательных»³ правовых форм, например правового обычая, мы рассматриваем совершенно иные стадии, этапы и факторы правообразования.

Многообразие *форм права* также зависит от позиции исследователя. По существу дискуссия о правопонимании есть спор о том, в каких формах проявляет себя и существует право. И если в жесткой эстетско-позитивистской трактовке круг возможных форм ограничи-

¹ Попытка подобной систематизации предпринята, например, Н.Н. Вопленко и А.П. Рожновым, подразделившими все источники на *социальные* (эта группа объединяет экономику, политику, социальную структуру общества, идеологию, психологию, нравственность, то есть все внешние факторы, влияющие на содержание права) и *легальные*, под которыми авторы понимают *субъектов правотворчества* (народ, органы государства, должностные лица, общественные объединения), выступающих непосредственными создателями *юридических* источников или форм права (См.: Вопленко Н.Н. Источники и формы права. Волгоград, 2004. С. 17; Вопленко Н.Н., Рожнов А.П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции: монография. Волгоград, 2004. С. 9–21.)

² «...Те или иные факторы не являются непосредственными источниками права. Чтобы оказать воздействие на формирование права, они должны сначала получить выражение в виде конкретной правовой идеи, из которой и вырастает та или иная правовая норма. Не появится такая идея – не будет и правовой нормы» (Экимов А.И. К методологии анализа источников права // Источники права: проблемы теории и практики. С. 32).

³ Придворов Н.А., Трофимов В.В. Указ. соч. С. 316, 323 и др.

вается исключительно официальными источниками общеобязательных велений, исходящими от правотворческих органов государства, то другие типы правопонимания позволяют сначала расширить круг официальных признаваемых форм, включив в него правовой обычай, судебный прецедент, акты негосударственных организаций, а затем и увидеть право в форме правовых идеалов, принципов, коренящихся в общественном правосознании, правоотношений, договорной и иной юридической практики.

Само понятие права при этом не размывается, не теряется в многообразии своих форм, а предстает во всей глубине и сложности – из плоского становится многоуровневым. Познавательная ценность дискуссии о понятии права (не столько каждой теории в отдельности, сколько всех их, вместе взятых) состоит в том числе в возможности увидеть разные стороны феномена права, разные формы его существования. *Проблема источников и форм права* – это, таким образом, конкретизированная, переведенная с философского на теоретико-правовой язык *проблема правопонимания*.

Считается, что круг явлений, охватываемых понятием «источник права», пересекается с понятием «форма права» лишь в одном значении – формально-юридических источников¹. В остальном данные понятия часто рассматриваются как друг с другом не связанные. Нам представляется, что проблема их соотношения и взаимосвязи гораздо сложнее.

Чем уже круг явлений, причисляемых исследователем к формам права, тем вероятнее включение остальных в число его источников. Например, если формами права считаются только акты государственного правотворчества, то правовые идеи, юридическая практика и тому подобное должно рассматриваться в качестве факторов, влияющих на содержание права, то есть его источников. Если же эти и другие *правовые* явления включаются в понятие права, признаются его формами, то к числу источников правильнее относить лишь внешние, неправовые факторы (естественно-географические, материальные, социальные).

Следует помнить также, что *любые формы действующего и прошлого права являются одновременно источниками права будущего*. Например, создание нового закона всегда предполагает изучение ранее действовавших нормативных актов, воспроизведение значитель-

¹ См.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 57.

ного числа апробированных правовых норм. Аналогичным образом законодатель изучает правовую доктрину, состояние общественного правосознания, сложившуюся юридическую практику. Можно при этом говорить, что он изучает материал, из которого будет создавать право, или – *существующие формы права*, переносит те или иные правила на более высокий уровень правовой системы, придавая им новую форму (новый уровень нормативности¹).

Источники права, таким образом, дают начало различным его формам, которые, в свою очередь, сами в дальнейшем выступают в роли его источников². В результате правообразование может быть представлено как циклический самовоспроизводящийся процесс, а право – как органическая, саморазвивающаяся система.

Следует обратить внимание еще на один аспект понятия «форма права». Традиционно под формами права понимаются в первую очередь его официальные источники, формы внешнего выражения правовых норм. Обусловленный позитивистским правопониманием, при данном подходе рассматривается исключительно нормативный срез правовой системы. Однако, если категорию «форма права» трактовать шире – не как форму выражения правовых норм, а как *форму существования* права, то помимо официальных способов выражения государственной воли к числу таких форм можно было бы отнести правоотношения, юридическую практику, правосознание, научные представления о праве или другие явления, в которых материализуется, объективируется право. Именно в этом смысле используется понятие «форма» В.В. Лазаревым и другими сторонниками интегративного правопонимания, указывающими, что право выступает: 1) в *форме* идей, представлений; 2) юридических предписаний (велений или установлений), исходящих от государства; 3) действий или отношений, в которых реализуются идеи, принципы и предписания права³.

¹ См.: Сапун В.А. Уровни нормативности источников российского права // Источники права: проблемы теории и практики. М., 2008. С. 104–106.

² В рамках естественно-правовой парадигмы «не только закон является источником права, но и право является источником закона» (Крусс В.И. Источники конституционного права // Источники российского права: вопросы теории и истории. М., 2005. С. 59).

³ Общая теория права и государства / под ред. В.В. Лазарева. М., 2001. С. 130. Подобные взгляды высказывают и отраслевые, часто более склонные к позитивистскому видению права: «Понятие источника права в теории традиционно связывается с позитивным правом. Если исходить из широкой трактовки права, то правильнее говорить не об источниках, а о формах существования права и рассматривать все формы, включая, например, правоотношение и правосознание» (Трудовое право / под ред. Ю.П. Орловского, А.Ф. Нуртдиновой. М., 2004. С. 88).

Говорить о более или менее определенном перечне форм права можно только опираясь на представление о том, что составляет его *сущность и содержание*.

В советской юридической литературе категории «сущность» уделялось значительное внимание. При этом положения о классовой сущности государства механически переносились на право, трактовавшееся как возведенная в закон воля господствующего класса¹. Отойдя от крайнего этатического позитивизма, отечественная правовая теория столкнулась со множеством возможных взглядов на право, диктуемых различными типами правопонимания. Каждый из них дает собственную картину права, источников и способов его формирования, форм выражения и механизмов действия. Сказанное не свидетельствует, однако, о полной автономии существующих подходов. Основные наиболее значимые признаки права неоспоримы с точки зрения большинства из них. Проблема эта заслуживает отдельного исследования. Предположим лишь, что в качестве *сущностной* черты права должно рассматриваться такое его свойство, которое согласуется если не со всеми, то с большинством существующих концепций.

Сущность – это наиболее устойчивое, глубинное, постоянно присущее явлению качество; без этого качества явление перестает быть самим собой. Существенное в явлении остается всегда, при любых изменениях содержания и формы.

Спорным, в связи с этим, является традиционное связывание сущности права с его классовым характером. Сомнения вызывает не сам по себе классовый характер права (это предмет отдельной дискуссии), а то, относится ли проблема принадлежности правообразующей воли к *сущности* права или к его *содержанию*. Последнее представляется более обоснованным, так как соотношение классовых сил и тем более степень учета общесоциальных, религиозных, национальных интересов (как правило, дополняющих классовый характер права в его современной трактовке) не являются величинами постоянными и неизменными для всех стран. Сущность же это наиболее устойчивая, постоянная характеристика явления.

¹ См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Социалистическое право. М., 1973. С. 237; Теория государства и права / под ред. А.М. Васильева. М., 1983. С. 356; Теория государства и права / под ред. А.И.Денисова. М., 1980. С. 310 и др.

На то, что классовый характер выражает не сущность, а содержание права, обращал внимание еще Е.Б. Пашуканис¹. В современной литературе эта идея достаточно убедительно обоснована О.Э. Лейстом².

Не соответствующими современным взглядам на соотношение права и государства представляются и позиции тех ученых, которые привязывают сущность права к государству, рассматривая в качестве нее государственную волю³ или даже государственную власть⁴. Думается, спор о том, имеет ли право собственную ценность или его сущность полностью сводится к сущности государства, – это пройденный для отечественной науки этап.

Противоположной по идейному содержанию, но близкой с точки зрения интерпретации самого понятия «сущность» выглядит позиция В.М. Шафирова, утверждающего, что «естественно-позитивное право по своей сущности есть возведенная в закон (иные официальные источники) воля большинства людей, провозглашающая свободу (права и свободы) человека и гражданина»⁵. Вероятно, в таком контексте можно вести речь лишь об *идеальной сущности* права, выступающей ориентиром правового развития, однако далеко не всегда подходящей для описания фактической правовой реальности.

О.Э. Лейст предложил рассматривать в качестве сущности права нормативную форму упорядочения, стабилизации и воспроизводства общественных отношений, поддерживаемую (охраняемую) средствами юридического процесса и государственным принуждением⁶. Фактически речь идет об отождествлении права с *правопорядком*. Автор справедливо указывает, что право всегда противоположно произволу, социальному хаосу и беспорядку; целью права является порядок и социальная стабильность⁷.

¹ Цит. по кн.: Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 24.

² См.: Лейст О.Э. Указ. соч. С. 20–36.

³ См.: Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001. С. 59–64.

⁴ См.: Васильев А.В. Источники и формы права как научные категории // Право и государство: теория и практика. 2007. № 11. С. 4–10. В данной трактовке сущность права вообще трудно-отличима от сущности государства.

⁵ Шафиров В.М. Естественное-позитивное право: введение в теорию. Красноярск, 2004. С. 94.

⁶ См.: Лейст О.Э. Указ. соч. С. 39.

⁷ Там же. Указ. соч. С. 38–43.

Соглашаясь в целом с высказанными аргументами, следует заметить, что правопорядок (так же, как и свобода) в конкретно-исторической ситуации достижим далеко не всегда, а, следовательно, должен рассматриваться как *идеальная сущность* права, как его высшее социальное предназначение, как цель и итог правового регулирования. В динамическом аспекте «формой упорядочения, стабилизации и воспроизводства общественных отношений», средством установления и обеспечения правопорядка является, вероятно, само правовое *регулирование*.

По нашему мнению, именно *регулирование* общественных отношений выступает такой определяющей чертой права, которая характерна для любых правовых систем, всех исторических эпох, не зависит от активности государственного участия и защищаемых интересов, то есть составляет *сущность права*.

Сущность в такой трактовке не отвечает на вопросы *откуда, зачем, в чьих интересах*, так как ответы на эти вопросы могут быть совершенно различными для разных стран и эпох и, значит, характеризуют многообразное *содержание* права. Сущностный вопрос: *что есть право?* И ответ на него: *право – это регулятор*. Все дальнейшие возможные характеристики: нормативный, всеобщий, властный, обязательный, авторитетный и т.п. – дополняют, конкретизируют основную сущностную черту права и образуют систему его признаков.

Неслучайно М.И. Байтин регулятивную функцию права рассматривает как главную, определяющую смысл существования права как особой нормативной системы, пронизывающую все направления его действия¹. На эту мысль наводит и сопоставление регулятивной функции права со вторым важнейшим направлением правового воздействия – охранительным.

Охрану, пусть даже в правовой форме, осуществляет государство. Право устанавливает, как, в каком порядке и в каких пределах осуществляется эта охрана, но без государственного авторитета она была бы нереализуема или малоэффективна². В регулировании роль государства тоже, как правило, значительна, но далеко не абсолютна.

¹ В соответствии с этим автор выделяет *регулятивно-статическую*, *регулятивно-динамическую* и *регулятивно-охранительную* функции права. См.: Байтин М.И. С. 139–140.

² Это вовсе не отменяет той роли, которую играет собственный авторитет права (см.: Лейст О.Э. Указ. соч. С. 91–101.), но его одного было бы явно недостаточно для обеспечения работы всей правовой системы.

Многие правила складываются независимо от воли государства и становятся правовыми с его молчаливого согласия, выраженного в готовности обеспечить их защиту. В различных правовых системах доля участия государства в правотворчестве неодинакова. Если гипотетически предположить существование правовой системы, где государство вообще не устанавливает правовых норм, а только обеспечивает их соблюдение, то и в этом случае мы могли бы говорить о наличии права, регулирующего жизнь общества. Таким образом, *регулирование (в отличие от охраны) – это собственная, внутренняя, не сводимая к государству черта права.*

Рассматривая вопрос о *содержании* права, необходимо еще раз четко разграничить понятия *содержание* и *сущность*. Если сущность – это устойчивое, остающееся в вещи, то содержание текуче, неустойчиво, постоянно изменяется, обновляется. Сущность представляет собой общее в вещи, предмете; содержание – всегда индивидуально, включает в себя как общее, так и единичное¹. Содержание – это основа, главная сторона предмета, выражающая его сущность и проявляющаяся во всех его элементах. Оно представляет собой единство внутренних качественных сторон, из которых состоит этот предмет или явление, отражает проявление сущности во всех многообразных связях и в определенной исторической обстановке.

Те идеи, которые высказываются в науке по поводу содержания права, можно в самом общем виде объединить в две группы или в два подхода. С очень большой долей условности назовем их оценочным и описательным.

Оценочный подход предполагает дифференциацию правового содержания. Так С.С. Алексеев выделяет в нем *интеллектуальную* и *волевою* составляющие. Первая выражает принадлежность права общественному сознанию, а вторая характеризует активно-государственное, повелительное начало. Кроме этого содержание права предлагается делить на *специально-юридическое* и *социально-политическое*, отражающее влияние классового, политического фактора. Специально-юридическое содержание, в свою очередь, включает, с одной стороны, субъективные права, обязанности, ответственность участников общественных отношений (собственно специально-юридическое содержание), с другой стороны, юридические конструкции

¹ См.: Шептулин А.П. Система категорий диалектики. М., 1967. С. 165.

и иные специфические инструменты, формирующие «каркас» права (технико-юридическое содержание)¹.

По мнению А.Б. Венгерова, содержание права делится на *конкретно-историческое*, преимущественно изучаемое историей права, и *логическое*, являющееся предметом теории права. Это логическое содержание всегда состоит в применении равного масштаба к неравным людям. При этом содержание права может быть *объективным* (детерминированным социальными потребностями) и *субъективным* (необоснованным, опровергаемым социальной практикой)².

О.Э. Лейст делит содержание права на *юридическое* (регулирование политически-нейтральных отношений и институтов) и *социальное* (закрепление социальной структуры конкретного общества, установление базовых принципов его существования)³.

Все названные и аналогичные им взгляды объединяет попытка объяснить преобладание в праве, охватить меняющуюся и неизменную части правового содержания, описать механизм и факторы его развития. Хорошее и плохое, полезное и вредное, идущее от природы самого права и чуждое ему, принятое и признанное обществом и навязанное государством, сиюминутное и вечное – в праве, как и в любом социальном явлении, сталкиваются и взаимодополняют друг друга противоречивые тенденции.

Именно к этому блоку проблем наиболее близка дискуссия об источниках права, о том, откуда оно берется и как формируется. Суть оценочного подхода к содержанию права, таким образом, состоит в поиске ответов на вопросы *какое и почему*. При этом вопрос о том, *что составляет содержание права*, остается без внимания.

Данный пробел компенсирует *описательный* подход к содержанию права. Его сторонники стараются обнаружить те компоненты, из которых оно состоит.

Чаще всего в качестве подобного содержательного компонента права называют *правовую норму*⁴. Действительно, норма права, устанавливая правило поведения, конкретизирует, наполняет живой,

¹ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 2008. С. 72–75.

² См.: Венгеров А.Б. Теория государства и права. М., 1999. С. 320–323.

³ См.: Лейст О.Э. Указ. соч. С. 20.

⁴ См.: Байтин М.И. Указ. соч. С. 64. Здесь же автор приводит подробную библиографию, свидетельствующую о значительной популярности названной позиции в отечественной юридической литературе.

многообразной информацией регулятивную сущность права. Нормы различаются по отраслевой принадлежности, времени действия, кругу адресатов, политической направленности, они отменяются и изменяются под влиянием множества факторов, но в каждой отдельной норме и во всех них вместе взятых неизменным остается одно – направленность на регулирование общественных отношений. Все сказанное соответствует общефилософским положениям о взаимосвязи сущности и содержания.

Причина, по которой многие современные исследователи стремятся усовершенствовать эту традиционную трактовку, заключается в том, что понятием «правовая норма» охватывается далеко не весь спектр существующих правовых велений. Без внимания, в частности, остаются те из них, которые не устанавливают правил поведения, но участвуют в правовом регулировании опосредованно (правовые дефиниции, декларации и т.п.). Более широким понятием, включающим как нормы права, так и иные нормативные положения, является *нормативно-правовое предписание*.

Под нормативно-правовым предписанием понимается элементарное, цельное, логически завершенное правовое веление общего характера, непосредственно выраженное в тексте нормативного акта¹. Как нам представляется, данная категория имеет достаточно серьезные исследовательские перспективы, так как позволяет детально проанализировать нормативный текст, выявить все частицы правового содержания, которые нашли в нем свое отражение, выступая, таким образом, как *минимальная частица позитивного права*. Однако и эта категория не раскрывает содержания права во всей его полноте. Без внимания остаются, в частности, те правила поведения, которые не находят выражения в текстах официальных нормативных источников.

В связи с этим заслуживает внимания идея о включении в понятие права наряду с нормативными правовыми средствами частного договора, который рассматривается не как результат реализации правовой нормы, а как средство автономного регулирования².

¹ Об истории разработки и научном значении понятия нормативно-правового предписания см.: Давыдова М.Л. Нормативно-правовое предписание. Природа, типология, технико-юридическое оформление. СПб., 2009.

² См.: Пугинский Б.И. Частный договор в научной картине права // Теоретико-методологические проблемы права. М., 2007. Вып. 2. С. 267–282. См. также: Ракова Е.Г. Договор как форма и процедурный институт позитивного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 11–12.

Речь при этом идет не об отрицании позитивистской трактовки права, а о расширении картины позитивного права, так как договор, являясь разновидностью *правового акта*, регулирует общественные отношения, устанавливает правила поведения – только не общего, а индивидуального характера. В итоге право предлагается понимать как систему норм и ненормативных правовых средств, обеспечивающих юридическую регламентацию общественных отношений¹.

Здесь же в ряду ненормативных правовых средств должны, вероятно, упоминаться прецеденты, акты, применяющие право по аналогии и другие, изданные в ситуации, когда норма, подлежащая применению, отсутствует. И если в условиях романо-германской правовой системы число подобных актов невелико (хотя они встречаются и здесь), то общее понятие права обязательно должно охватывать и ситуации, когда право создается судом при разрешении конкретного дела.

Таким образом, *помимо нормативных в содержание права необходимо включить индивидуальные предписания, которые не обязательно прямо вытекают из нормативных, но, как правило, не должны им противоречить.*

Что касается *форм* выражения этих предписаний, то в абсолютном большинстве случаев речь идет о письменных официальных документах – правовых актах. Между тем возможны ситуации, когда правовое содержание существует вне письменного текста.

Так, обычай, складываясь на практике, существует не в форме практических (повторяющихся) действий или письменного документа², а именно в форме идеи, *знания* об исторически сложившемся, традиционном правиле. Неслучайно обязательным признаком обычая является его общеизвестность. Не имея иной постоянной формы внешнего выражения, обычай характеризуется наличием единственного стабильного носителя – общественного (группового) правосознания. И хотя юридическую силу обычай приобретает благодаря упоминанию в официальном документе (нормативном или индивидуальном), наличие такого документа не отменяет факта существования самого обычая *в идеальной форме.*

¹ Там же. С. 121.

² Хотя *представление об обычае* складывается из множества актов, в том числе фактического поведения, устных и письменных сделок, электронных документов и т.п. См.: Порошков А.И. Обычай в гражданском праве. СПб., 2004. С. 241.

Такие формы права, как правовая доктрина, принципы права, складываются и в значительной мере существуют как часть профессионального и научного правосознания.

Уместно в связи с этим привести позицию Г.И. Муромцева, который привязывает каждую из существующих форм права к определенному уровню правовой системы:

- на доктринальном уровне формируются правовая доктрина и принципы права;

- на нормативном – нормативный правовой акт;

- на социологическом (в сфере правореализации) – правовой прецедент, судебная практика, нормативный договор и обычай¹.

Критикуя данную классификацию, В.В. Иванов предлагает включить в число источников, формирующихся на нормативном уровне, нормативный договор и обычай, а также выделить уровень поднормативного регулирования – индивидуальный договор². При этом автор, вероятно, руководствуется стремлением включить все официально признанные формы права в нормативный уровень, считая его единственно значимым. Вряд ли это обоснованно.

Представление о многоуровневом характере самого права и системы форм его выражения кажется нам более ценным в научном плане. По нашему мнению, такие сложные правовые явления, как нормативное предписание, правоотношение, правосознание, представляют собой не форму права и не его содержание, а различные *уровни* его существования. Каждый из этих компонентов характеризуется наличием специфических форм, объективирующих содержание права (на том или ином уровне).

Общая картина выглядит следующим образом:

сущность права – всеобщий регулятор поведения;

содержание права на всех уровнях его существования – обязательные нормативные и не противоречащие им индивидуальные предписания, установки поведения людей. Они воплощаются в *форме* правовых актов – нормативных и индивидуальных, а также (в определенных случаях) в форме идеальных представлений или фактических действий.

¹ Проблемы общей теории права / под общ. ред. В.С.Нерсисянца. М., 1999. С. 206–207.

² См.: Иванов В.В. Общая теория договора. М., 2006. С. 18–19.

Содержание и форма права по-разному проявляют себя на различных его уровнях¹:

1) *нормативно-правовое предписание (нормативный уровень)*. Содержание здесь составляют правила поведения (нормы) и другие неперсонифицированные властные установления. Формами права являются нормативные правовые акты, договоры с нормативным содержанием и другие правовые акты общего характера (например, акты официального нормативного толкования, которые даже если не содержат новых нормативных предписаний, служат необходимым дополнением к уже существующим);

2) *правоотношение (социологический уровень)*. Содержанием выступают «индивидуальные правила» – субъективные права и юридические обязанности конкретных участников правоотношения. Формы представлены различными документами, устанавливающими эти права и обязанности, – договорами, правоприменительными актами, актами невластной реализации права. Специфической формой бытия права является юридическая процедура, которая далеко не всегда сводится к способу реализации процессуальных предписаний и выступает если не самостоятельным основанием, то необходимым условием, а иногда и непреодолимым препятствием для возникновения прав и обязанностей;

3) *правосознание (идеологический уровень)*. Речь не идет о тех исторических фактах, когда правосознание упоминалось в качестве источника права в действующих нормативных актах². Содержание права на этом уровне составляют те элементы правосознания, которые играют регулятивную роль: правовые установки, идеи, теоретические конструкции, представления об общепринятом, обычном поведении. В качестве форм права могут, вероятно, рассматриваться, прежде всего, *правовая доктрина (наука) и профессиональная правовая культура*.

¹ Перечисленные уровни существования права соответствуют выделяемым в науке уровням правовой системы. Это, однако, не свидетельствует об отождествлении названных категорий. Право на всех уровнях своего существования объединяет явления, содержащие регулятивные элементы, способные выступать регуляторами общественных отношений. Правовая система наряду с этими регуляторами, составляющими ее ядро, включает все явления, имеющие отношение к праву, так или иначе связанные с его функционированием (менталитет, духовные ценности, организация и деятельность правоохранительных и других органов, негативные, теневые стороны права и т.п.). Правовая система, таким образом, сохраняет статус наиболее широкой правовой категории.

² См.: Бошно С.В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. 2003. № 12. С. 70.

Не вызывает сомнений тот факт, что нормативный уровень существования права является основным, определяющим, что от него во многом зависят остальные аспекты бытия права. В то же время свести право любой правовой семьи исключительно к официальным нормативным формам его выражения невозможно. Право как сложнейший социальный феномен находит свое выражение в различных формах. Среди них можно выделить:

- 1) документальные:
 - а) нормативные (нормативно-правовые акты, нормативные договоры и т.п.);
 - б) индивидуальные (акты применения права, договоры и др.);
- 2) бездокументарные («внетекстуальные»¹):
 - а) процессуальные (процедурные обыкновения);
 - б) идеальные (принципы права, устоявшиеся научные позиции и т.п.).

А.В. Погодин

3.4. ДЕФЕКТ ПРАВА КАК ДЕСТРУКТИВНЫЙ ЭЛЕМЕНТ ЕГО СОДЕРЖАНИЯ

Определение проблемы. Содержание объективного права как исходное нормативное основание правореализации есть высокоинтеллектуальный нормативный продукт, это нормативно значимое многоплановое и многомерное формализованное знание об объекте регулирования и о средствах, которые использует субъект-нормотворец. С точки зрения инструментальной содержание права есть тот регулятивный ресурс, что заложен в первичных формах права, из каких нормативных конструкций оно состоит и что они дают человеку, социальной группе, обществу и государству в конкретной правореализационной ситуации и в правореализации в целом.

Общепринято в качестве элементов (профессиональных инструментов юристов) выделять различные материальные и процессуальные нормы, реже – комплексы правовых норм (ситуационный праворегулирующий комплекс)². В этих нормативных конструкциях

¹ См.: Поляков А.В. Общая теория права. СПб., 2003. С. 626–627.

² О характеристике ситуационного праворегулирующего комплекса см.: Погодин А.В. Элементы теории правореализации: дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2014.

установлены цели, идеалы-ориентиры, идеологемы, задачи, проекты развития практики, дозволения, обяывания, запреты, ограничения, стимулы, поощрения, наказания, режимы, статусы, ценности и соответствующие им интересы, технические и административные регламенты, принципы, пространственно-временные параметры, условия, документарные формы, средства, процедуры той или иной деятельности, организационные институты, объекты и субъекты, а также модели отношений, или, точнее, границы поля свободы регулируемых общественных отношений, в пределе которых поведение субъектов легально и легитимно.

В содержании объективного права выделяются, во-первых, знания (информация) об объекте регулирования, потому что регулировать социальную практику можно только на основе и с помощью знания о ней. Будучи нормативированными и облеченными в правовую форму (следовательно, обеспеченными ресурсами и силой государства и общества), эти знания приобретают качество высокозначимого социального нормативного регулятора. Через правосознание конкретного праводеспособного субъекта нормотворчества индивидуально-определенных норм, через создаваемое им ситуационное право и последующее правомерное поведение субъектов-правореализаторов нормативированные знания «возвращаются» в практику в виде конкретных правовых отношений и структур правомерного поведения вне правоотношений. Таким образом она (регулируемая практика) упорядочивается и развивается в заданном направлении. Во-вторых, нормотворцы используют разнообразные средства (материально-правовые, авторитарно-правовые, демократическо-правовые и т.д.), и это также относится к содержанию права. В-третьих, в праве дается характеристика психофизиологических особенностей субъектов права.

Таким образом, структура содержания объективного права на макроуровне состоит из следующих взаимосвязанных подсистем:

социально-предметное содержание, обусловленное во многом социальной предметно-практической спецификой той или иной регулируемой общественно значимой практики, что свойственно в большей степени материальному праву;

средства, используемые субъектом регулирования;

психологическое содержание;

специально-юридическое содержание, а также содержание, закреплённое в международных формах права.

Дополнительно можно выделить нравственное содержание. Кроме того, деструктивным элементом содержания выступают дефекты в праве.

Рассматривая содержание права, нельзя забывать о его внешней форме. Более того, применительно к праву известная философская аксиома о том, что: форма наполнена содержанием, содержание всегда оформлено, при этом ведущая роль отводится содержанию, требует уточнения¹. На уровне объективного права форма и содержание нерасторжимо слиты, как две стороны одной медали, и это четко закреплено в признаке права (формально-содержательная определенность). Хрестоматийный пример – от местоположения запятой (элемент формы) зависит содержание-смысл: «казнить нельзя помиловать», а если запятую вообще не поставить, то это весьма показательный образец коррупциогенной нормы.

Из этого правила есть исключение. Содержание может доминировать над формой в случае дефекта объективного права. Здесь та или иная нормативная правовая конструкция с точки зрения формы, как правило, относительно нормальна, поскольку является частью действующего нормативного правового акта, но по содержанию – противоречит социально целесообразной практике, нормативности Конституции РФ, общепризнанным принципам и нормам международного права, принципам российского права, общечеловеческим ценностям нравственности, а также как дополнительный критерий – правовой доктрине, да и просто здравому смыслу. Такое некачественное по сути и фактически неправовое нормативное правовое предписание или установление тем не менее обязательно для правореализатора, но его можно обжаловать и заблокировать через суд либо, апеллируя к нормотворцу, добиться изменения, дополнения или отмены деструктивного элемента права.

Выделение формы и содержания объективного права (точно так же, как формы и содержания ситуационного права) имеет смысл и функционально обусловлено по крайней мере двумя факторами. Во-первых, именно форма придает праву определенность, структурирует его и позволяет идентифицировать право в системе социального регулирования. Это чрезвычайно важно для социально-правовой квалификации действий – бездействия частных и публичных субъектов правореализации. Во-вторых, содержание права, закрепленное

¹ См.: Спиркин А.Г. Философия: учебник. 2-е изд. М., 2002. С. 277.

в той или иной легальной форме, может с учетом особенностей социальной ситуации интерпретироваться правореализатором ограничительно, расширительно или аутентично. Это придает праву свойства гибкого и социально эффективного до известных пределов социального регулятора, потенциально способного не отставать от динамики развития общества и государства. Дефекты содержания права снижают его регулятивный потенциал.

Для более глубокого понимания соотношения формы и содержания объективного права, наличия в нем дефектов и их деструктивной функции значение имеет идея деления (различения) нормативных правовых актов на правовые и неправовые¹. Отмечая ее гносеологическую ценность и методологическую значимость, нельзя не заметить: по критерию содержания правовыми – неправовыми могут быть и в действительности являются отдельные нормативные правовые конструкции, отдельная норма или в крайнем случае несколько норм, а не нормативный правовой акт в целом как сложно структурированный комплекс норм. Хотя возможны, особенно в период нестабильности, полностью или преимущественно неправовые законы, подзаконные акты, но это все-таки исключение из практики, например, Указ первого Президента РФ середины 1990-х гг. о создании объединенной правоохранительной структуры (суперструктуры). Такой вывод о неправовом содержании нормы, а не всего нормативного правового акта, в частности закона, основан на анализе правореализационной практики и деятельности Конституционного Суда РФ, который и призван констатировать качество обжалуемой нормы, то есть по сути установить, правовая она или нет, есть дефект в законе или нет, наполнена форма адекватным содержанием или нет.

Понятие дефекта права. Право в науке характеризуется как высокоэффективный, социально полезный регулятор, как некая ценность². Это вполне оправданно. Ученый должен раскрыть потенциальные возможности и истинное предназначение изучаемого феномена, спроектировать его идеал, к которому можно и нужно стремиться. Однако в процессе исследования дефектов содержания объективного права нельзя смешивать идеал и реальность, выдавать желаемое – теоретическую модель права – за действительность. Надо видеть

¹ См., например: Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 91.

² См.: Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: учебник для вузов. Изд. 3-е, испр. и доп. М., 2004. С. 199.

разницу между «книжным» и «живым», реально действующим правом. Последнее – и это присуще праву любой страны, что позволяет расценивать дефектность как некую универсальную закономерность, как принцип – имеет дефекты (деструктивные элементы) на уровне не только формы, но и содержания. Они провоцируют социально-правовые конфликты, создают помехи для правореализации, в конечном счете понижают регулятивный потенциал права, делают его не всегда эффективным, а порой и ситуационно социально вредным.

Наличие дефектов (плохое воспринимается обостренно) в сочетании с низким уровнем правового сознания и правовой культуры отдельных юристов и чиновников – одна из причин негативной оценки права, деятельности представителей правоохранительных органов и суда у людей с неразвитым правосознанием. Вместе с тем, как это ни парадоксально, дефекты побуждают юридическое сообщество и конкретного юриста к инновациям, развивают креативное правовое мышление, в частности заставляют искать способы противодействия деструктивным элементам в праве, например разрабатывать и предлагать законодателю проект изменений, уточнений и дополнений объективного права.

Несмотря на теоретическую и практическую значимость, данная проблематика слабо разработана. Проанализированы некоторые виды дефектов, например пробелы, коллизии, а в последнее время – коррупциогенные (коррупционные) нормы. Можно предположить, что в ближайшей перспективе в юридической науке откроется новое направление – правовая дефектология. Это направление активно развивается на уровне как теории государства и права, так и отраслевой науки¹.

В связи с этим следует заметить, что сегодня практикующие юристы аппарата Государственной Думы, Правительства РФ и ученые в соответствии с Федеральным Законом от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» создают правила и методики проверки нормативных правовых актов на коррупциогенность, но задача масштабнее и серьезнее. Нужны правила – методики и методология выявления и противодействия дефектам в праве. Ведь кор-

¹ См., например: Цыбуляк С.И. Дефекты конституционно-правового регулирования избирательных отношений в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2010.

рупциогенность всего лишь один из видов, пусть и наиболее разрушительный, деструктивных элементов в праве.

В предельно общем подходе дефект объективного права – это несоответствие социальной нормативности, регулятивный просчет и недостаток в виде негативных нормативных структур (норм, их отдельных частей) или отсутствие объективно необходимых структур. Это изнутри разрушает нормативную систему, понижает ее регулятивный потенциал и социальную ценность действующего права. Он в большей или меньшей степени и всегда негативно действует на правореализацию¹.

Наряду с дефектами содержания есть дефекты формы объективного права, например использование в нормативном правовом регулировании вместо закона подзаконного акта, излишнее применение отсылочных и бланкетных норм. Кроме того, следует отличать и не смешивать деструктивные элементы объективного и ситуационного права, к которым относятся правореализационная, в том числе правоприменительная ошибка, неправильная интерпретация норм в тексте частного договора, решения суда и т.д. Они зачастую генетически и функционально связаны, но все-таки образуют относительно самостоятельные явления правовой системы. Конкретные дефекты объективного и ситуационного права выявляют и описывают практикующие юристы-исследователи и ученые – представители отраслевой науки. Для повышения эффективности такой работы, идеологически обеспечивающей поступательное развитие и модернизацию нормативной системы, необходимо концептуально цельное и формально определенное теоретико-методологическое знание, поскольку современная отечественная теория государства и права не содержит убедительных ориентиров, идей, принципов, теоретических обоснований осуществления практически-прикладных исследований дефектов права, и это проблема теории².

¹ Одним из первых в отечественной юридической науке, кто не только поставил проблему дефектов объективного права на примере пробела в праве, но и обстоятельно проанализировал эту разновидность дефектов, является В.В. Лазарев. См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве (Вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права). Казань, 1969.

² Справедливости ради необходимо уточнить: отдельные элементы этого теоретико-методологического знания разработаны советскими учеными в процессе исследования социальной ценности и эффективности правовой нормы. См., например: Фаткуллин Ф.Н., Чулюкин Л.Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. Казань, 1977. С. 118.

Дефектами содержания права могут считаться только реальные и действительно существующие, а не ложные, мнимые, воображаемые просчеты и недостатки. Псевдодефекты возможны тогда, когда государственные и негосударственные организационные институты и их представители не занимаются правовым просвещением (идеологической работой), системно не разъясняют содержание вводимых в действие нормативных правовых предписаний и установлений или когда проводится организованная акция с использованием массмедиа, Интернета, слухов по дискредитации инноваций нормотворца. В этой ситуации новые вполне качественные нормы позиционируются как дефекты права, и по отношению к ним формируется негативное общественное мнение.

Деструктивные элементы можно обнаружить в том или ином объеме в любом формальном источнике материального и процессуального права и даже в Конституции РФ, в меньшей степени в прецедентах – толкованиях высших судебных инстанций. Эти негативные конструкции или нормативные правовые предписания и установления, являясь формально правовыми, но содержательно неправовыми, обладают юридической силой той первичной формы права, в которой закреплены, и, следовательно, обязательны для субъекта правореализации.

В идеале нормотворец должен проводить мониторинг не только правоприменения (в юриспруденции этот термин используется для обозначения властной управленческой деятельности, то есть реализации правомочий, запретов и ограничений должностными лицами), но и правореализации в целом (именно здесь дефекты проявляются особенно ярко и отчетливо) и своевременно вносить изменения и дополнения в содержание права. Но и у практикующего юриста, и у любого правореализатора есть институциональные, материальные и процессуальные возможности противодействия дефектам права. В современном социально-правовом государстве, в отличие от доправового, и правовом гражданском обществе функционируют государственные организационные институты, прежде всего Конституционные и Верховные суды, а также социально-правовые критерии и процессуальные нормы, определяющие основание и порядок обжалования и блокирования (отмены) праворазрушающего действия дефектов.

Виды дефектов права. Чтобы глубоко понять природу всего многообразия разновидностей деструктивных элементов (и на этой основе в формате отдельной темы разработать для нормотворца и праворе-

ализатора методологию противодействия), проанализируем источники – первопричины их возникновения. Исходя из научной аналогии можно предположить, что здесь тут те же источники, из которых нормотворец «извлекает» объективное право, ведь дефекты – неотъемлемая его часть. Однако в данном случае основной и непосредственной причиной выступает правосознание нормотворца: регулятивные просчеты и недостатки – результат либо ошибки, либо незнания, либо (по крайней мере, это можно допустить из анализа некоторых видов дефектов, например отдельных коррупционных норм) продуманная, заранее спланированная и обусловленная, по всей вероятности, корыстными интересами некачественная работа нормотворца. Насколько это верно? Среди источников нормообразования (и дефектообразования) выделяются:

- *материальные* – разнообразные общественно значимые практики: экономические, политические, социальные, духовно-нравственные, юридические (следствие, судопроизводство и т.п.) и смешанные комплексные;

- *идеологические* – результаты научного, публицистического, партийного, корпоративного исследования конкретной практики и всей системы практик;

- *психологические* – правосознание субъекта нормотворца, прежде всего доминирующего нормотворца, и консультантов – специалистов-экспертов (юристов, экономистов и т.п.).

Рассмотрим в порядке постановки проблемы типичные ситуации: как работают и взаимодействуют эти процессы, и какие виды дефектов возникают:

1. В той или иной общественно значимой практике, особенно в стадии формирования, есть собственные, внутренне присущие ей как некие неизбежные издержки, материальные дефекты, объекты-антиценности, то есть такие отрицательные феномены, которые дестабилизируют практику, прежде всего ее функциональные (системообразующие) отношения, не соответствуют ее социально-предметной специфике и требованиям социума. Например, в сдаче ЕГЭ это использование школьником мобильной интернет-связи во время тестирования, в промышленной практике – эксплуатация экологически «грязных» технологий и производств. Это является материальной предпосылкой для правовых дефектов. Действительно субъект нормотворчества абстрактно-общих норм (и это его инновация, во многом зависящая от уровня развития правосознания) должен найти с помо-

щью консультантов и экспертов, сформулировать и ввести в действие соразмерные нормативные конструкции (запреты, ограничения, составы правонарушений и меры юридической ответственности, штрафные пошлины, налоги и т.д.) для устранения или минимизации материальных дефектов практики. Если это не удастся осуществить, то возможны самые различные правовые дефекты.

2. Следующая ситуация и соответствующий вид дефектов связаны с инновационным (опережающим) общим нормативно-правовым регулированием. Здесь субъект нормотворчества стремится не просто урегулировать конкретную практику, усилить ее позитивный для социума потенциал и заблокировать дефекты практики, но даже радикально ее видоизменить или вообще создать новую практику.

Это особенно характерно для периода кризиса и при необходимости модернизации. На основе изучения опыта передовых стран (интернациональная преемственность)¹, а иногда на базе научных работ и рекомендаций, не имеющих аналога ни в национальной, ни в международной практике, конструируются инновационные нормы, своеобразные нормативно-правовые изобретения специалистов-экспертов и нормотворцев, и не всегда эти «изобретения» адекватны и соразмерны вызовам и запросам времени.

3. Наиболее распространенным видом правовых дефектов являются те, которые возникают в процессе регулирования статичности и динамики практики:

во-первых, дефекты идеологической природы. Если в законе закрепляется только часть идеологии конкретной практики – цели, задачи, принципы, определения терминов, то этого недостаточно. В регулировании локальной идеологии, что входит, кстати сказать, в прерогативу законодателя, не надо руководствоваться сомнительным приемом технико-юридической экономии, в соответствии с которым нормативный текст должен быть кратким и лаконичным. Необходимо также сформулировать идеи, идеалы-ориентиры, на которых основана практика, смоделировать, как бы ни было трудно, проект ее развития на ближайшую перспективу. Кроме того, периодически полезно проводить инвентаризацию идеологических средств-инструментов нормативного правового регулирования, а также и всех регулятивных средств. Например, если в XIX в. нормативное закрепление из-

¹ Об анализе преемственности см.: Губайдуллин А.Р. Преемственность в структуре правовой динамики. Казань, 2008.

влечения прибыли, как цели коммерческой организации было еще допустимо, то в настоящее время такая односторонняя формулировка данной нормы цели дефектна – она требует уточнения и дополнения с учетом, как минимум, необходимости обеспечения экологической безопасности и социальной стабильности на предприятии и в обществе;

во-вторых, дефекты ролевого (ситуационного) правового статуса субъектов конкретной практики, например статуса потерпевшего и обвиняемого в уголовном процессе, по крайней мере должны быть сопоставимыми;

в-третьих, дефекты ресурсного обеспечения практики. Они могут быть самыми разнообразными, например отсутствие (пробел) нормативной основы для выделения материальных средств или наличие сложной процедуры их получения субъектами практики;

в-четвертых, институциональные дефекты, то есть недостатки и просчеты регулирования организационных институтов и организационной инфраструктуры практики. В качестве примера можно привести практику ЕГЭ: центры тестирования (и это необходимо детально урегулировать) должны быть технически оборудованы и организационно обеспечены так, чтобы максимально исключить искажение результатов;

в-пятых, дефекты, обусловленные регулированием объектов-ценностей практики. Это могут быть устаревшие технические регламенты, сложные и дорогостоящие процедуры регистрации и т.п.;

в-шестых, самые распространенные и сложные дефекты регулирования публичных и частных отношений, например неадекватные тяжести преступления вид и мера уголовной ответственности, избыточное количество процедур для сложного материального правоотношения и т.д.

Е.В. Кирдяшова

3.5. ПОИСК ИДЕАЛЬНЫХ КОНСТРУКЦИЙ ФОРМИРОВАНИЯ НОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Юристам свойственно искать идеальные конструкции новых правоотношений через формулирование правовых норм. Однако этим нельзя ограничиваться.

1. Отказавшись от официальной идеологии и предоставив свободу интеллектуальной деятельности, российское государство поставило отечественную юридическую науку в достаточно нетипичное (по сравнению с советским периодом) положение. Ситуацию усугубило и тотальное покаяние относительно предшествовавшего исторического этапа – своеобразная «мода» отрицательного отношения не только к имевшим место реалиям, но и к сформировавшимся на их основе идеям.

2. Результатом стала, с одной стороны, культивация плюрализма мнений (что само по себе может быть оценено только положительно), а с другой – девальвация научной деятельности и дезориентация науки. Юридическую науку, волею судьбы тесно связанную с государством, этот процесс затронул наиболее серьезно. Ломка предшествовавшей системы ценностей и неопределенность будущей особенно сильно отразились на гуманитарных науках. Общественное мнение, поддавшись требованиям осовременивания, продемонстрировало неготовность подтверждения и сохранения сформировавшегося в советский период статуса теории государства и права. Следует отметить, что и некоторые представители самой науки подлили масла в огонь, отрекаясь от ее положений и каясь вместе со всеми.

3. Думается, что по прошествии более чем двух десятилетий блужданий можно сделать некоторые выводы, оценить полученные результаты и определить дальнейшие перспективы.

Выводы эти, скорее всего, окажутся промежуточными, поскольку переходный период, в который вступило наше государство, до конца не преодолен. Следовательно, возможны варианты.

4. С точки зрения поиска истины отечественная юридическая наука оказалась в достаточно благоприятных, как это ни парадоксально звучит, условиях, поскольку государство не докучает своим вниманием (ни материальным, ни идеологическим). Политический заказ, оформленный в виде предоставляемых грантов или непосредственного бюджетного финансирования, явно не покрывает все возможные направления исследования, коих с внедрением плюрализма мнений появилось великое множество. Рынок с трудом проникает в область государственно-правовых изысканий, хотя коммерциализация по его сценарию может оказаться разрушительнее государственной поддержки (например, на товарооборот в сфере научных публикаций).

Сколковский вариант развития для юридических наук пока еще не предусмотрен.

5. Ученые предоставлены преимущественно сами себе и могут заниматься «чистой» наукой (вопрос об источниках их существования оставим за скобками).

6. При отсутствии марксизма-ленинизма как единственного критерия для оценки полученных знаний на истинность качество проводимых исследовательских работ и их результатов остается исключительно на совести самих ученых. Во многом именно от них зависит престиж соответствующей системы научных знаний.

7. Представляется, что качество проводимых исследований объективно взаимосвязано с методологией соответствующей науки. Принципы, способы и приемы познания должны удовлетворять требованиям не только отраслевых специалистов (правоведов, в частности), но и уровню развития науки в целом (включая как общественное, так и естественное направления). В этом залог признания результатов полученных исследований обществом и научным сообществом. По этой причине теоретико-правовой науке необходимо активно налаживать междисциплинарные связи, изучать достижения других наук, рассматривать их на предмет возможности использования в государственно-правовой сфере, при необходимости корректировать используемую методологию, что позволит ей быть на должном научном уровне. Следует помнить, что значительная часть методологического арсенала отечественной юридической науки так или иначе предопределялась исследованиями в области естественных наук. Однако эти науки уже давно преодолели рамки классического периода, давшего в Новое и Новейшее время толчок развитию наук общественных.

8. Совершенствование методологии позволит на научной основе провести ревизию идей как советского, так и постсоветского периода, обозначить новые вопросы и найти новые ответы, провести своеобразное самоочищение. Поскольку познавательная деятельность осуществляется человеком преимущественно с целью преобразования окружающей действительности, результатом этой деятельности неизбежно станут новые идеальные конструкции, к которым будет стремиться общество, способное формировать на их основе новую реальность.

3.6. О ПРЕЕМСТВЕННОСТИ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

Для российской юридической науки в настоящее время актуальны две взаимосвязанные задачи:

1) доведение до объективно выраженных результатов правовых идей;

2) создание того, что в технике называется защитой от дурака.

Значительное число работ по теории государства и права – это мечты о новой словесной конструкции понятия государства или права. Авторы очередного нового понятия государства или права или какой-нибудь сущности государственно-правовой действительности обычно этим и удовлетворяются и даже не задумываются над тем, во что это должно воплотиться, кто и когда под это понятие выстроит систему законодательства, правоприменительную практику и т.д. Снисходительно оставляют эти «фундаментальные открытия» в лучшем случае представителям отраслевых наук, но те их не замечают. Если даже автор не знает, для чего нужно его новшество, то другие и подавно. Н.А. Власенко наглядно показал практическую бесплодность умозрительных откровений на истории учебников по теории государства и права. Оригинальные определения права или государства не находят продолжения в последующих главах, практически переписываемых с предшествующих учебников, содержавших презрительно отвергаемые «устаревшие» понятия государства и права. Поэтому «творения», в которых не встречаются в качестве своего основания факты юридической практики, но, как правило, изобилующие философскими, социологическими, психологическими и даже из иных отраслей науки терминами, изначально не могут дать объективно выраженных результатов.

Такие откровения рождаются часто на основе критики малой результативности в реализации известных положений теории государства и права, созданных предшественниками в науке. Однако нельзя не замечать, что воплощение в жизнь научных достижений – общая для всех наук проблема. Реализация здравых и последовательных идей юридической науки имеет свою сложность: у правоведов и власть имущих один объект деятельности – общественные отношения. Но для правителя общая цель с ученым – поиск оптимальных средств решения общественных конфликтов – подчинена его пер-

сональной цели: удержать власть. Реализовать юридические идеи в законодательстве и правоприменительной практике можно только через власть. В борьбе с невежеством и своекорыстием власти за каждый закон, за каждое юридическое дело власть имеет последнее слово.

С физиками и математиками власти делить нечего. Командовать, как модернизировать гаджет, властителю нет нужды, потому что планшеты и смартфоны создаются не в парламенте и не в суде. Поэтому продукты точных наук сопровождаются механизмами защиты от дурака-пользователя, а защита от дурака-создателя изначально не нужна. Законы и судебные акты создаются в органах государственной власти, поэтому противоречие юридической науки и власти вечно, несмотря на изобретение «правового государства», которое ученые и властители понимают по-разному.

Никогда не удастся достичь идеала – совпадения качества законов и судебных решений с положениями юридической науки. Но в связи с этим не надо в панике отказываться от положений юридической науки, потому что все сверхновые идеи, даже если они при новом понимании создадут систему законодательства, совсем не обязательны для власти. Каждый отдельный успех науки влияет на тенденцию правового развития, и в этом ее заслуги.

Разве у нас наука для законотворческой техники ничего не создала? Медленно, пока практически на уровне рекомендаций, но постепенно (а иначе и быть не может) нормативно внедряются экспертизы проектов нормативных правовых актов, предложенные учеными (Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» с последующими изменениями и дополнениями и постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96 об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов; Методические рекомендации по проведению правовой экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации, утвержденные приказом Министерства юстиции России от 31 мая 2012 г. № 87 с изменениями, внесенными приказом Министерства юстиции России от 4 июля 2014 г. № 155, и др.). В идеале такие экспертизы должны стать обязательными, как и процедуры устранения дефектов юридической техники, чтобы депутаты работали над устранением неопределенности, исследованием социально-экономических, экологических и прочих послед-

ствий своих проектов. Тогда уменьшилось бы количество неразумных (социально неадекватных) законов при столь скоропалительном правотворчестве.

Модно стало говорить о герменевтике. У нас что, чудеса в судах происходят от того, что судьям стало тесно в рамках толкования права, и они озаботились герменевтикой? Анализ постановлений судов первой и второй инстанций, в которых указано на «неверное толкование права» сторонами, показывает, что в большинстве случаев этот тезис не сопровождается указанием способов толкования права, подлежащих или не подлежащих использованию в деле, и почему отвергаются способы «неверного» толкования права, в чем именно заключается его ошибка.

Не редкость применение закона с точностью до наоборот. А инстанции процессуального контроля не выполняют свои функции, но не по причине выбора между толкованием и герменевтикой.

Постановлением Дзержинского районного суда г. Перми от 6 июля 2015 г. отказано в принятии апелляционной жалобы К. на постановление того же суда от 24 июня 2015 г. о назначении судебного заседания по итогам предварительных слушаний, в п. 8 резолютивной части которого было указано на возможность его обжалования в соответствии с ч. 7 ст. 236 УПК РФ: «Судебное решение, принятое по результатам предварительного слушания, может быть обжаловано, за исключением судебного решения о назначении судебного заседания в части разрешения вопросов, указанных в пунктах 1, 3–5 части второй статьи 231 настоящего Кодекса». Из этого определенно следуют четыре изъятия из общего дозволения обжаловать указанное судебное решение. Такие четыре решения, запрещенные для обжалования, не оспаривались. Но отказ в принятии апелляционной жалобы на постановление от 24 июня 2015 г. был обоснован выводом судьи: в ч. 7 ст. 236 УПК РФ установлено не общее дозволение, а общий запрет на обжалование решения, принятого по результатам предварительного слушания, с четырьмя дозволениями. В постановлении указано, что допускается обжалование постановления о прекращении уголовного дела, о его приостановлении, в части меры пресечения, о возвращении уголовного дела прокурору. Откуда суд взял эти четыре изъятия (какие решения можно обжаловать), в постановлении не указано. Но обо всем этом не говорится ни в п. 1, 3–5 ч. 2 ст. 231, ни в ч. 7 ст. 236 УПК РФ.

Апелляционным постановлением от 13.08.2015 г. постановление Дзержинского районного суда г. Перми от 6 июля 2015 г. оставлено без

изменения, а апелляционная жалоба защиты К. – без удовлетворения. Суд апелляционной инстанции не стал повторять некомпетентные выводы суда первой инстанции и обосновывать правильность применения судом первой инстанции ч. 7 ст. 236 УПК РФ, а отказал в удовлетворении апелляционной жалобы на постановление от 6 июля 2015 г. по иным основаниям. Прежде всего потому, что все эти доводы лишь прикрытие решения, проистекающего из судебной политики, выраженной в апелляционном постановлении того же судьи по другому делу.

Постановлением Дзержинского районного суда г. Перми от 16 января 2013 г. удовлетворена жалоба К. и В. на незаконность изъятия полицией их трудовых книжек при обыске в организации, на следователя возложена обязанность возвратить трудовые книжки, не имеющие отношения к делу. Однако этот следователь 14 апреля 2013 г. вынесла постановление о приобщении трудовых книжек К. и В. к делу в качестве вещественных доказательств. Через два года К. и В. обжаловали в суд в порядке ст. 125 УПК РФ неисполнение следователем судебного акта. Но тот же суд постановлением от 13 февраля 2015 г. отказал в принятии к производству жалобы. Оставляя это постановление в силе, а апелляционную жалобу без удовлетворения, судья в апелляционном постановлении от 7 апреля 2015 г. написал: «Исходя из того, что полномочия следователя, прямо вытекающие из закона, находятся в противоречии с решением, принятым судьей Дзержинского районного суда г. Перми 16 января 2013 г., вопрос о бездействии следователя на имя К. и В. не может быть рассмотрен в порядке ст. 125 УПК РФ, так как в противном случае и следователь, и суд сами бы стали сторонами процессуального конфликта, что является недопустимым». Это герменевтика судебной защиты прав граждан в уголовном процессе и обязанности судебных актов? Или выражение естественного права? Этими теориями не изменить факт судебной политики, выражающейся в цифрах. При постоянном увеличении количества рассмотренных в порядке ст. 125 УПК РФ жалоб постоянно снижается количество удовлетворенных: в 2011 г. – 10,9 %, в 2012 – 8,6 %, в 2013 – 6,8 %¹. Но такую судебную политику можно

¹ Обзоры Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации деятельности федеральных судов общей юрисдикции за 2011–2014 гг. URL: <http://www.cdep.ru> (дата обращения: 06.09.2015). Причем в обзоре за 2014 г. нет сведений о делах, рассмотренных в порядке ст. 125 УПК РФ. Если, например, в обзоре за 2013 г. говорится о 2,8 млн рассмотренных районными судами представлений, ходатайств и жалоб и на одной странице пока-

анализировать для борьбы с нею, если усвоить, что «в многофакторном воздействии на правоприменяющего субъекта важно различить то, что оказывает влияние вместе и в унисон с правом, а что помимо и даже вопреки праву»¹. И далее исследовать факторы воздействия на правоприменителя, а не создавать иллюзорный мир «через юридические очки»²: город солнца, правовое государство – все хорошее, кроме реальной жизни.

Стремление непременно создать фундаментальное открытие, а не заниматься инженерными решениями рождает задачу создать «нетленное» в науке и только потом возникает вопрос, по какому поводу. Такое стремление понуждает во что бы то ни стало опровергнуть устоявшиеся истины. Это камень в научных предшественников. Но невежливость – это не главное, хуже – заведомая безрезультатность «открытий». Знали бы мы о космонавтике, если бы вместо изобретения ракет, космических кораблей, способов работы в них людей, последователи К.Э. Циолковского занимались вместо инженерных решений высокой теорией – куда лететь человеку: в космос, во Вселенную, в Галактику или куда-то еще?

Реальными проблемами правоприменения, которому большую часть своей научной деятельности посвятил В.В. Лазарев, являются, во-первых, не ограниченность научных и законодательных конструкций, а неувоенность их правоприменителями, во-вторых, неэффективность форм процессуального контроля за некачественным правоприменением. Для решения этих проблем не нужна революция теории правоприменения. Проблемы обучения этой теории – общие для всей системы образования. Поскольку перспективы их решения не радужные, уповать только на обучение недостаточно. Дополнительно правоприменителям нужен инструмент для построения правильного решения, благодаря которому они определяли бы обстоятельства, подлежащие установлению по делу, в соответствии с фактическими составами, предусмотренными нормами права, о применении которых заявляют участники юридического дела, и не принимали бы во внимание неюридические факты, толковали бы за-

зана статистика по видам соответствующих дел, в том числе рассмотренных в порядке ст. 125 УПК РФ (С. 11–12), откуда приведены сведения, то в обзоре за 2014 г. указано только: «За 2014 год в районных судах было рассмотрено 2 млн 54 тыс. представлений, ходатайств и жалоб (по числу лиц) (в скобках данные за 2013 год – 2 млн 8 тыс.)».

¹ Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права. Казань, 1982. С. 8.

² Там же. С. 43.

кон, преодолевали коллизии и пробелы в праве по научным канонам. Таким инструментом представляется компьютерная программа, должная стать объективно выраженным результатом, аккумулирующим все накопленное теорией правоприменения в алгоритмы правоприменительного решения.

Решение юридического дела является творческим делом. Распространено мнение, согласно которому творчество невозможно по лекалам. А вот это опровергается хотя бы достижениями создателей шахматных программ. Если компьютерные шахматные программы за полвека от уровня начинающих доросли до класса лучших шахматистов мира, лишь единицы которых способны играть матчи с ними вничью, то компьютерные программы возможны и для правоприменителей.

Для программы в части построения алгоритмов преодоления пробелов в праве (определения наличия пробела или смежного с ним явления, аргументации того или иного вывода и при наличии пробела – выбор и аргументация соответствующего способа преодоления) фундаментом являются работы В.В. Лазарева.

Подобная же программа должна стать подспорьем в решении дел в апелляционной и кассационной инстанциях. Но проблемы процессуального контроля не могут быть решены, если не видеть в правоприменительной деятельности цели деятельности правоприменительных органов, определенные ими исходя из корпоративных интересов, а также задачи, планируемые и контрольные мероприятия по их реализации в деятельности их должностных лиц, не соответствующие целям закона. Методы выявления такой политики, диагностирования правосознания правоприменителей по определенным показателям правоприменительных актов, отвечающие требованиям объективности, достоверности и проверяемости и потому безоговорочно показывающие, что правоприменительные решения приняты и оставлены в силе не по критериям закона, а по иным соображениям, как «зеркало» правоприменения, будут созданы на основе работ В.В. Лазарева о социально-психологических аспектах применения права.

Другое дело, какова будет реакция власти. Но пока нет инструмента для правоприменителей в виде эффективной программы.

И еще одна актуальная проблема как правоприменения, так и правотворчества – это судебное правотворчество в России. Это проблема, создающая правовую неопределенность в России, и потому особенно болезненная.

Подход к ней В.В. Лазарев определяет на основе интегративного правопонимания, которое встречает немало возражений. Однако, если не возводить такое правопонимание в очередную абсолютную научную самооценку для победы над всеми другими определениями права (а такой цели в работах В.В. Лазарева не видно), то такой подход расширяет кругозор для поиска практических решений.

Вообще стремление к «философскому камню», к универсальным определениям предметов и явлений для всех случаев и на все времена, к единственно верным методам ограничивает познание и возможности достижения практических результатов. «Генетика – продажная девка империализма» – это результат такой бескомпромиссности в науке. Например, в шахматах теоретики, стремившиеся создать безоговорочные критерии правильных и неправильных ходов (З. Тарраш: «Конь на краю доски стоит плохо»), никогда не могли стать чемпионами мира. Их побеждали незашоренные противники, находившие путь к выигрышу «неправильными» ходами, ничуть не смущаясь этим.

С точки зрения нормативизма судебные акты, принятые с вольным толкованием закона, просто незаконны, а не правотворчество. Решение проблемы заканчивается не начавшись: «этого не должно быть». Но анализ правовой действительности заставляет признать, что не только в нормативно-правовых, но и в судебных актах устанавливаются правила поведения для неопределенного круга лиц для неоднократного применения, обеспеченные силой государства, то есть нормы права. Субъекты права вынуждены ориентироваться не только и даже не столько на то, что они сами читают в законах, а на то, как суды истолковывают закон, зачастую в противоположном собственному уяснению его значении. И поскольку над судами никого нет, правило, которому следуют, создается в конечном счете в суде. Опасаться быть обвиненным в отступлении от нормативизма, признавать практически существующие правила и отрицать то, что субъекты права определяют содержание правовых норм по судебным решениям, можно только, по точному образу профессора В.В. Лазарева, в позиции страуса¹.

С точки зрения социологического правопонимания судебное правотворчество – исключительно ценность. Но при этом не обращается

¹ См.: Лазарев В.В. Прецеденты Конституционного Суда // Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства. Вып. VII. Казань, 2012. С. 329.

внимание на законотворчество и на то, что субъекты правоотношений оказываются в довольно сложном положении. Практически не замечается и проблема нестабильности правовых позиций судов. Никакой ясности, последовательности и предсказуемости правового регулирования и тем более глубокого изучения социальных последствий такого нормотворчества ждать при таком подходе не приходится. «Но работа законодателя, исполняемая судьей, всегда поспешна, односторонняя и произвольна. Конкретный случай слишком действует на чувство, и в то же время обыкновенно представляет очень скудный материал для безличных обобщений, на который, однако, опирается работа составителя закона»¹.

Естественно-правовой подход вообще не дает ясных критериев соотношения законотворчества и судебного правотворчества, но при этом всегда готово оправдание любого судебного решения как правового против неправового закона. Однако он побуждает обращать внимание на принципы права в решении дел, через которые законотворчество, установившее их, и судебная деятельность достигают гармонии в правовом регулировании.

Судебное правотворчество должно быть урегулировано так же подробно, как создание нормативных правовых актов². Принципы создания, доведения до адресатов, обжалования норм права должны быть едины для всех форм права. Только тогда судебные акты будут формой права, а не произвола. Но сложно найти практические решения, связав себя изначально догмами, поэтому следует довериться научной интуиции профессора В.В. Лазарева, прогнозы которого регулярно подтверждаются жизнью.

Задача ученых – решать реальные проблемы на основе идей своих учителей, доказавших свою продуктивность, конкретизировать их и на этом пути, двигаясь в русле мысли предшественников, преодолевать новые препятствия, а не начинать каждый раз сначала. Именно

¹ Кони А.Ф. Собрание сочинений: в 8 т. М., 1967. Т. 4. С. 44.

² Конституция РФ (ст. 15, 71–73, 76, 104–108); Федеральный закон от 14 июня 1994 г. № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания»; Указ Президента РФ от 23 мая 1996 г. № 763 «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти»; Правила подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации, утвержденные постановлением Правительства РФ от 13 августа 1997 г. № 1009, и др.

результативность в решении проблем юридической практики, невозможная без трудов учителей, создает фундамент для научно организованной жизни общества.

В.Г. Графский

3.7. ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО ПОЛОЖЕНИЯ ЛИЧНОСТИ В СОВРЕМЕННОМ ОБЩЕСТВЕ¹

В постперестроечный период было издано множество работ, обсуждающих достоинства и несовершенства правопонимания, среди которых привлекает внимание интегральный подход. Некоторые из его достоинств подчеркнуты в работах В.В. Лазарева. Поддерживая эту позицию, хотелось бы привлечь внимание к такой редко употребляемой и до сих слабо проясненной в некоем целостном варианте конструкции, как права личности.

Узколегистский подход обнаруживает весьма относительную адекватность с того момента, когда мы задумаемся над мотивацией преступления против личности. Она может быть довольно неожиданной и с трудом обозриваемой, политической – корыстной, насильственно-эгоистической, анархическо-индивидуалистической, легкомысленно-безответственной и т.д. Другое затруднение для законного и одновременно адекватного восприятия конфликта жертвы с лицом, осуществившим преступное посягательство, может быть связано с мало осознаваемой, спонтанно возникающей позицией того или иного участника судебного разбирательства. К примеру, при поддержании обвинения прокурор руководствуется требованиями закона и своим внутренним убеждением, основанным на рассмотрении всех обстоятельств дела в судебном разбирательстве, а не только материалов расследования.

Новым аспектом общественного и правового статуса личности, помимо гражданского общечеловеческого, может стать социальный статус личности².

¹ Статья подготовлена при поддержке гранта РГНФ № 15-03-00228.

² См. об этом, например: Грановская М.В. Социальный субъект в контексте рационализации прогностических проблем социума // *Философия права*. Ростов н/Д, 2012. № 4; Ковтунова Д.В. Особенности социального субъекта в контексте теории самоорганизации общественных систем: дис. ... канд. филос. наук. Ставрополь, 2013.

С учетом изложенного можно уточнить формулы о преступлении против личности, когда речь идет не о посягательстве на личность в ее категориальном и почти космическом измерении, а о такой ее составляющей, как достоинство личности, носителем которого является конкретный человек в его индивидуально-личностном восприятии. Такой взгляд на эту проблему поддерживается не только здравым смыслом, но и многовековой традицией философского ее обсуждения¹.

В Преамбуле к Всеобщей декларации прав человека 1948 г., наряду с равными и неотъемлемыми правами человека говорится об еще одном важном свойстве «всех членов человеческой семьи», а именно о признании *также их достоинства*. Если это присущее всем людям свойство – достоинство – *связать с правом* на его признание, то получится, что конструкция прав личности тем самым означает и необходимость уважительного отношения к человеческому достоинству.

Приведем два отрывка из Преамбулы:

1) «принимая во внимание, что *признание достоинства*, присущего всем членам человеческой семьи, и *равных неотъемлемых прав их является основой* свободы, справедливости и мира»;

2) «принимая во внимание, что народы Объединенных наций подтвердили в уставе свою веру в основные права человека, в *достоинство и ценность человеческой личности* и в равноправие мужчин и женщин и решили содействовать социальному прогрессу и улучшению условий жизни при большей свободе...».

Оба высказывания в какой-то мере отражены в положениях самой первой статьи Всеобщей декларации прав человека: «Все люди рождаются свободными и равными в *своем достоинстве и правах* (подчеркнем здесь слово «достоинстве» – В.Г.)».

В исторической литературе может встретиться, к примеру, и такое выражение, как «симфоническая личность», под которой подразумевался коллективный субъект права – о такой личности размышляли в прошлом веке отечественные евразийцы. Сложность конструкции личности с точки зрения права и правоведения прослеживается и в других вариантах размышлений о правовом статусе или о правовых устремленностях личности. Одно дело права человека, права гражданина, либо права сироты и детского права, и совсем другое – права личности. Своеобразие прав личности состоит в том, что личность

¹ См., например: Казановская Ю.А. Достоинство личности: традиционная ценность человечества и естественное право человека // Гуманитарные и юридические исследования. 2013. № 3.

есть существо становящееся (личностью не рождаются в отличие от человека и гражданина). Она суть постоянно меняющееся человеческое существо, а перемены эти в ее традиционно позитивном варианте происходят в лучшем случае в сторону развития, то есть в направлении совершенствования и с надеждой на достойную жизнь.

Поэтому наиболее подходящий набор правил и требований, необходимых для самооценки и поддержания настроя на самосовершенствование так или иначе должен соответствовать наличествующим или подразумеваемым особенностям становления личности в ее уникальном («штучном») оформлении и дальнейших переменах, с ее всевозможными личностными характерными запросами социокультурного порядка. В этом легко убедиться при изучении таких периодов взросления (а вместе с ним и социально-психологического оформления личности), как детство, подростковый и юношеский возраст, затем зрелость, плавно переходящая в старость и глубокую старость с ограниченной подвижностью, болезненностью или явной физической беспомощностью.

Термин «права личности» употребляется примерно с рубежа XIX–XX вв. В русской литературе он использовался в этот период наряду с термином «права человека» без особых сопоставлений. В настоящее время интерес к судьбе термина обусловлен новым истолкованием всего комплекса прав человека и гражданина¹.

Другим важным стимулом становится потребность во всестороннем осмыслении своеобразия переживаемой исторической эпохи, когда проблемы мира и демократии тесно переплелись с проблемой обеспечения права человека на достойное существование. Актуальна тема личной самоидентификации наряду с идентификацией групповой.

Одна из новейших постановок этой темы обусловлена процессами глобализации, которые не имеют четких конечных результатов и сопровождаются драматическими для личной самоидентификации процессами. Все это вынуждает по-новому воспринимать библейскую тему о том, кто мы, откуда мы и куда мы идем.

Эти новые подходы обнаруживают несовершенство или неполноту существующих конструкций элементарных прав, целесообразно обсуждать их с новой точки зрения, с помощью новой объяснительной конструкции.

¹ См.: Фарбер И.Е. Права человека, гражданина и лица в советском обществе // Правоведение. 1967. № 1; Матузов Н.И. Личность, права, демократия. Саратов, 1972; Нерсисянц В.С. Личность и государство в политико-правовой мысли: из истории идей. М., 1980; Рудинский Ф.М. Социалистическая демократия и личные права. М., 1984; Лукашева Е.А. Право. Мораль. Личность. М., 1986; Аграновская Е.В. Правовая культура и обеспечение прав личности. М., 1988.

Права человека и права личности взаимосвязаны. Постановка данного вопроса имеет давнее происхождение. Одна из первых формулировок содержится в работе Е. Тарновского «Четыре свободы» (1907), недавно переизданной в серии «Памятник здравой мысли». Обсуждая состояние личной свободы в современном государстве, он утверждал как некий общепризнанный факт следующее: «Определенное и точное установление прав личности по отношению к государству и ограничение прав государства над личностью ... составляет наиболее выдающуюся и отличительную черту выработанного европейской цивилизацией правового государства по сравнению с государством античного мира или же абсолютным, полицейским государством XVII–XVIII веков.

Внутренний смысл всех политических движений в цивилизованном мире за последние два или три столетия сводится к постепенному освобождению личности от гнета Церкви и Государства, к расширению и укреплению прав личности и признанию и оформлению их со стороны государства. Личность человеческая со времен Реформации и еще больше со времени французской революции возросла и окрепла, а государство принуждено было отступить перед нею и видоизмениться, приспособиться к властным требованиям личного разума и личной совести ранее безгласных и бесправных подданных»¹.

При этом констатировалось, что в античном мире, несмотря на высокое культурное развитие и сравнительное совершенство политических форм, не признавались или, скорее, игнорировались права личности, помимо права участия всех полноправных граждан в общей государственной жизни. Но личность этих участников оказывалась поглощенной государством с его требовательными запросами к повышенному чувству патриотизма или национализма². И только в конце XVIII в. французские революционеры заявили, что «целью всякого общественного учреждения является личная свобода» (Э.-Ж. Сиейес). В более умеренной формулировке А. Эсмена эта идея выглядит так: «Источник всякого права находится в личности, так как только личность есть существо реальное, свободное и ответственное»³.

¹ Тарновский Е. Четыре свободы. СПб., 1995. С. 8–9.

² Там же. С. 9–11.

³ Там же. С. 22. Более подробно об этом см.: Права личности: необходимо новое прочтение и толкование известной философско-правовой формулы // Права человека и современное государственно-правовое развитие. М., 2007. С. 74–87.

Таким образом, можно утверждать, что концепция прав личности (как некой единой социальной, природной и политической субъектной индивидуальности), в отличие от концепции прав человека и гражданина, подразумевает уяснение всего комплекса правомочий, которые принадлежат человеку как существу социальному и признаются таковыми на основе доктрины естественного и позитивного права. На практике имеется возможность их правовой защиты в качестве субъективных прав, пребывающих в стадии становления юридической дееспособности и ее разнообразного оформления под воздействием интеллектуальных, моральных, возрастных и других обстоятельств. Пример – преступные посягательства на честь и достоинство личности (а не человека и не гражданина).

Область прав личности, рассмотренная исторически, демонстрирует известную повторяемость и преемственность не только в виде субъектного правомочия (в виде переменчивого личного правового статуса), но и как предметная область философско-правового обсуждения и регулирования, которая испытывает на себе воздействие меняющихся политических (партийно-групповых, законодательных, политико-властных) и социо-культурных тенденций и обстоятельств. Пример – защита чести, достоинства и прав личности в делах, связанных с умышленным преступлением, совершенным детьми или подростками, и с последующей карой – с какого возраста изолировать их от привычной общественной среды и насколько это действенно.

В.В. Таболин

3.8. ГОРОД КАК ОБЪЕКТ ИССЛЕДОВАНИЯ ЗАКОНОМЕРНОСТЕЙ ВОЗНИКНОВЕНИЯ И РАЗВИТИЯ ГОСУДАРСТВА

Как писал О. Шпенглер: «Всемирная история – это история городского человека. Народы, государства, политика и религия, все искусства, все науки покоятся на единственном прафеномене человеческого существования, на городе»¹.

¹ Шпенглер О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. Т. 2. Всемирно-исторические перспективы / пер. с нем. и примеч. И.И. Маханькова. М., 1998. С. 92.

Все ученые-государствоведы признают значимость города на этапе перехода от первобытно-общинного строя к государству¹ путем формирования городов-государств. Однако столь важная роль города на других этапах формирования и развития государства перестает быть актуальной. Более того, образование государства считается объективным процессом развития человечества как некой самодостаточной и более совершенной формой его самоорганизации. Полагаем, город был, есть и будет ключевым звеном в формировании новых государств, в развитии человечества вообще и научно-технического прогресса в частности; он становится важнейшим элементом системы расселения и жизнедеятельности человека.

Рассмотрим устоявшиеся в юридической науке взгляды на закономерности возникновения государства² через призму города:

1. Государство сменяет родоплеменной строй. Как показывают исторические и археологические исследования последних лет, сначала возникает город как единственно возможная территориальная форма, позволяющая создать государство. «Сельская» форма жизни родоплеменного строя, являясь в отличие от города естественной и гармоничной с природой, не создает необходимых условий для создания государства и даже в государстве продолжает сохранять характеристики родовых и общинных отношений.

Города возникают в ходе исторического процесса общественного разделения труда и социальной дифференциации населения. Как показывают археологические раскопки, уже в VII–IV тыс. до н.э. образовались сравнительно крупные поселения оседлых земледельцев, ремесленников и торговцев с компактно расположенными жилищами из глины или сырцового кирпича (Чатал-Хюк в Малой Азии, Иерихон в Палестине, Анау, Намазга-Тепе в Средней Азии и др.), некоторые из них в дальнейшем развиваются в города.

Обобщая исторические аспекты возникновения и развития городской цивилизации³, можно предложить ряд этапов возникновения городов-государств и городского права.

¹ См.: Радько Т.Н., Лазарев В.В., Морозова Л.А. Теория государства и права: учебник / Т.Н. Радько, В.В. Лазарев, Л.А. Морозова. М., 2012; Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник для юридических вузов. М., 2004 и др.

² Там же. С. 35–36.

³ См.: Таболин В.В. Правовая теория современного российского города: монография / В.В. Таболин. М., 2012. С. 24–33.

I этап. По указанным причинам люди концентрируются на достаточно малой территории и плотно застраивают ее. Формируется город, где сельское хозяйство постепенно теряет главенствующую роль. Все более четко происходит разделение труда на ремесленный и сельскохозяйственный: «Поселок (селение), в котором живут свободные общинники-земледельцы, представляет теперь не родовую (семейную), а соседскую общину. Он выделяется из некоторой группы селений и постепенно перерастает в административно-хозяйственный центр-город»¹.

II этап. В силу вышеозначенной причины населению города необходимо производимые в городе товары несельскохозяйственного (ремесленного) производства обменивать на продукцию сельских (пригородных) районов. Так возникают устойчивые сначала меновые, а затем товарно-денежные отношения. Они обусловлены объективными социальными потребностями, углублением специализации труда и ростом его производительности. Система обычного права не способна урегулировать новые общественные отношения, что порождает необходимость формирования новых регулирующих инструментов – городского права. Бывшие родоплеменные правители все более втягиваются в процесс регулирования жизнедеятельности путем установления общих правил поведения для всех горожан и прибывающих в город людей.

III этап. Рост и усложнение торгово-ремесленных и социально-культурных отношений приводят к возникновению (или более широкому применению) письменности как фактора фиксации нового порядка организации городской жизни.

Для закрепления этих устойчивых отношений администрация и горожане используют письменные источники (например, глиняные клинописные таблички), которые по сути формализуют процесс правоотношений, создавая элементы государственного аппарата для обеспечения реализации и охраны этих новых норм и принуждения к их исполнению. Ярким примером этого является Кодекс Хаммурапи. Полагаем, письменность – одно из основных условий возникновения, формирования и развития государства.

IV этап. Окончательно складывается расслоение общества не только по социально-экономическим причинам, но и по правовым, то есть появляются люди, которые создают, фиксируют и обеспечива-

¹ Радько Т.Н., Лазарев В.В., Морозова Л.А. Указ. соч. С. 32.

ют способы реализации норм городского права. Обычно это формальные лидеры общества – бывшие вожди, старейшины, жрецы, писари, воины и т.д. Развивая свои регулирующие (правоустанавливающие) функции, укрепляя их усилением карательного аппарата (войско, чиновники), общественные лидеры становятся государственными правителями – возникает город-государство. Само понятие «гражданин» в старославянском языке появилось как словообразовательная калька греческого *politēs* (от *polis* – город), буквально – «житель города»¹.

Город закладывает основы неравенства, и соответственно государство его укрепляет и расширяет, превращая в социально-имущественное расслоение путем подчинения «столичному городу» все большего количества людей; городское право превращается в государственное.

Данная периодизация весьма условна, так как никаких жестких рамок начала и окончания того или иного этапа не существовало и в разных городах-государствах эти процессы проходили по-разному.

2. Подавление государством сопротивления эксплуатируемых масс, поддержание власти имущих, охрана собственности собственников. А.Б. Венгеров утверждает, что это было связано с переходом «...от присваивающего производства к производящему хозяйству, т.е. от охоты, рыболовства и собирательства к земледелию, скотоводству, металлургии и металлообработке, керамическому производству. <...> Неолитическая революция <...> приводит первобытное общество объективно в силу своего внутреннего развития к финальному рубежу – социальному расслоению общества, появлению классов, зарождению государства. <...> Первоначально они возникают как города-государства»². Автор подчеркивает значимость города в образовании четкой социальной дифференциации, имущественном расслоении, выделении знати и аппарата управления. Организуется три центра управления, административного и идеологического лидерства: городская община, дворец и храм. Город начинает выполнять разнообразные функции государственного управления по отношению к прилегающим поселениям³.

¹ Шанский Н.М. Школьный этимологический словарь русского языка. Происхождение слов / Н.М. Шанский, Т.А. Боброва. Изд. 7-е, стереотип. М., 2004.

² Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник для юридических вузов. М., 2004. С. 26, 31–32.

³ Там же.

Классовое расслоение городского общества происходит практически сразу с его возникновением. Административные и религиозные лидеры устанавливают сборы и подати со всех видов деятельности в свою пользу и для «общественных нужд», присваивают себе наиболее выгодные виды деятельности (торговля) и устанавливают карательные меры для недовольных. Бывшие воины становятся охраной властителя и исполнителями его судебных решений. Эти отношения формируют систему государственного принуждения.

3. Необходимость защиты своих территорий от внешних врагов.

Города как нельзя лучше были приспособлены к подобной защите, так как это изначально было одной из главных их функций. Так, по мнению В.Б. Колчина, среди трех групп укрепленных поселений середины XII–XIII в. на Руси имеются города, сторожевые крепости, административно-военные центры волостей и погостов, феодальные усадьбы-замки.

В результате сравнительного анализа археологических материалов социально-историческая типология древнерусских укрепленных поселений конца IX – середины XIII в. представляется в следующем виде: IX – начало XI в. – укрепленные поселения сельских общин, племенные центры, дружинные лагеря-станы, первые административно-военные центры волостей, ранние города, сторожевые крепости (со второй половины X в.); XI – начало XII в. – феодальные усадьбы-замки, административно-военные центры волостей и погостов, сторожевые крепости, города; середина XII – середина XIII в. – феодальные усадьбы-замки, административно-военные центры волостей и погостов, сторожевые крепости, старшие и младшие (пригороды) города¹.

4. Необходимость поддержания общественного порядка, стабильности в существующих и развивающихся отношениях в обществе. Утрата родственных связей в городе и их замена на общинные (разноплеменные) требовала новых правил поведения в городе для удовлетворения потребностей жителей и власть имущих, которые обеспечивались аппаратом принуждения. В источниках по раннему периоду истории Руси есть важные свидетельства об уже тогда разнообразных функциях, выполняемых городами.

¹ См.: Колчин Б.А. Древняя Русь. Город, замок, село. М., 1985.

Во-первых, города всегда выступают в роли центров управления обширными областями. В них сидят князья¹ или княжеские наместники, олицетворяющие государственную власть. Вообще организация власти неразрывно связывается с основанием новых городов.

Во-вторых, города – военный оплот государства. В них сосредоточены вооруженные силы, они формируют ополчения земель. Так, защита Руси от печенегов потребовала массового строительства городов.

В-третьих, города – религиозные и культурные центры. Утверждая христианство, князь Владимир строит в городах церкви, ставит священников и организует школы для детей «нарочитой чади».

В-четвертых, в городах концентрируется феодализирующая знать. Вновь построенные крепости по приказу князя Владимира населяют «нарочитыми мужами» из всех городов словен, кривичей, чуди и вятичей.

Отвечая на вопрос, как же проходил процесс образования и развития городов домонгольской Руси, историк В.П. Даркевич пишет: «Индивидуальность городского центра определяется многими факторами, в том числе преобладающей ролью тех или иных его функций, разнообразием их сочетаний.

Среди них выделяются следующие: политико-административно-правовые (города являются средоточием властных структур); военные (особенно важно значение городов-крепостей, их стратегическая роль в южном лесостепном пограничье, где появлялись «скорые на кровопролитье» кочевники); культурные, с включением как религиозных, так и светских начал; ремесленные; торговые; коммуникационные (расположенные на главных путях сообщения, города поддерживают международные связи, что ведет к взаимообогащению культур, осуществляют контакты между отдельными территориями Киевской Руси, а позднее – землями-княжениями).

Каждое городское поселение обладало специфическими чертами, имело свое неповторимое лицо: «старшие» города, столицы зе-

¹ По мнению Фроянова И.Я. и Дворниченко А.Ю., князь в древней Руси – это не монарх, а представитель высшей общинной власти, подотчетный вече, верховному органу волости или города-государства. Источником же власти и могущества этих князей были вечевые волостные общины. Отношения с ними князья строили отнюдь на принципах не господства и подчинения, а взаимного согласия и сотрудничества. (См.: Возникновение и развитие городов-государств в северо-восточной Руси XI – начала XIII в. Историко-археологическое изучение Древней Руси: Итоги и основные проблемы. Славяно-русские древности. Вып. I / под ред. И.В. Дубова. Л., 1988. С. 150–179.)

мель-княжений, по масштабам отличались от удельных. Города различались системами фортификации, количеством и плотностью населения, преобладанием тех или иных сословий в социальной стратификации. Однако все перечисленные черты, представленные в разных комбинациях, в отличие от сельских поселений свойственны именно городам»¹.

5. Необходимость организации проведения больших общественных работ, требующих руководства большими массами людей. Древнейший город становится «зародышем» раннеземледельческих и раннеклассовых протогосударств, не только единственно возможной формой организации жизнедеятельности человека, позволяющей сформировать и развивать государство, но и местом зарождения и приложения главного цивилизационного фактора – научно-технического прогресса.

Именно город открывает неограниченные перспективы в развитии инженерно-строительной науки и практики: строительство административных и жилых зданий, инженерных коммуникаций (водопровод, канализация и т.п.), военных укреплений, дорог и пр. Древние города – это выдающиеся памятники высокого архитектурно-строительного и инженерного искусства, технологии постройки некоторых из них до сих пор остаются загадками для современных ученых.

Более того, историки считают, что именно города предохраняли Русь от губительного изоляционизма. Они играли ведущую роль в развитии политических, экономических и культурных связей с Византией и дунайской Болгарией, мусульманскими странами Передней Азии, тюркскими кочевниками причерноморских степей и волжскими булгарами, с католическими государствами Западной Европы. В урбанистической среде, особенно в крупнейших центрах, усваивались, сплавливались, по-своему перерабатывались и осмысливались разнородные культурные элементы, что в сочетании с местными особенностями придавало древнерусской цивилизации неповторимое своеобразие.

6. Ведение захватнических войн для расширения территории, увеличения коллектива рабов, захвата богатств. Война – это захват или уничтожение другого государства путем установления «нового порядка» в столице и крупных городах либо их уничтожение для ги-

¹ Даркевич В.П. Происхождение и развитие городов древней Руси (X–XIII вв.) // Вопросы истории. 1994. № 10. С. 43–60.

бели оккупированного государства и аннексии его территории, захват столицы как средство прекращения функционирования центральных государственных органов и реализации государственных функций с целью создания социального конфликта между населением и его государством.

А.Б. Венгеров, подчеркивая сущность отношений между городами-государствами, пишет: «...политическими становятся отношения между городами-государствами, союзы и войны между ними. Известные из истории завоевания одних городов-государств другими ведут к расширению территории государств, превращая их в многочисленные и значительные по своим территориям империи»¹.

Полагаем, приведенные выше доводы убедительно доказывают, что все закономерности возникновения государства неразрывно связаны с городом, играющим в этом процессе важнейшую роль.

Необходимо также отметить, что ни одна из основных теорий государства не исключает город как место реализации тех идей, которые легли в основу данных теорий. Рассмотрим некоторые из них².

Теория элит состоит в том, что народные массы не способны управлять государством и управление осуществляется элитой общества – людьми, обладающими особыми качествами (происхождением, образованием, опытом, способностями и пр.). Комплекс перечисленных качеств элиты показывает, что только в городе подобные люди могут получить необходимые знания и опыт управления государственными делами и сформироваться как высокоразвитая личность. В еще большей степени это относится к идеям *технократической теории*.

Главным элементом влияния на государственные органы с целью формирования государственной политики в *теории плюралистической демократии* являются различные политические и общественные организации, которые создаются на основе социальных объединений (страт) в условиях неклассового общества.

Местом создания (юридического оформления) данных политических и общественных организаций и приложения их усилий по влиянию на органы государственной власти может быть только город, где находятся эти органы и функционируют руководящие структуры этих организаций.

¹ Венгеров А.Б. Указ соч. С. 39.

² Теория государства и права: учебник / под ред. В.Я. Кикотя, В.В. Лазарева. Изд. 3-е, перераб. и доп. М., 2008. С. 152–156.

Обратившись к современности, мы увидим, что основные идеи *теории «государства всеобщего благоденствия» (социального государства)* о том, что оно стало внеклассовым, выражает интересы всех слоев населения и обеспечивает благоденствие всех, далеки от реальности. Возможно, только жители больших городов (да и то далеко не все) могут сказать, что их жизнь благополучна. При этом наблюдается контраст качества сельской и городской жизни. Более того, поскольку в настоящее время в России большинство (75%) граждан проживают в городах (как и в среднем по Европе), государство, стремясь отвечать на запросы большинства населения, вольно или невольно ориентировано на города.

Теорию правового государства в данном контексте можно не рассматривать, поскольку она теория является конституционной нормой-целью в Российской Федерации и пути ее реализации остаются большой научной задачей конституционного права.

Поскольку колыбелью научно-технического прогресса был и остается город, то *теория технократического государства* может быть реализована (и уже в какой-то мере реализуется) только в условиях высокотехнологичных научных исследований и производств с использованием высококвалифицированных кадров, что возможно лишь в условиях города или высокоурбанизированного региона – агломерации¹.

Подобный анализ можно было бы провести и по целому ряду других теорий возникновения и развития государства, но это не имеет смысла, так как и эти рассуждения позволяют сделать вывод о том, что город не только не утратил своего значения в жизни государства, а в условиях интенсивной урбанизации начинает играть все более значимую роль в его развитии.

В геOURбанистике есть понятие «опорный каркас» развития территории, который состоит из двух главных элементов: крупных городов как «центров роста» и транспортной инфраструктуры, обеспечивающей многоплановые связи в регионе. Это означает, что развитие нашего государства прямо зависит от состояния российских городов. Отсутствие четкой теоретической политико-правовой концепции развития городов в России полагаем является причиной отсутствия

¹ ООН дает определение агломерации как урбанизированного района, включающего в себя крупный город в центре и комплекс населенных пунктов вокруг него (World Urbanization Prospects: The 2007 Revision. Highlights. New York: United Nations, 2008. URL: http://www.un.org/esa/population/publications/wup2007/2007WUP_Highlights_web.pdf)

стратегических целей и задач развития государства. Для преодоления такого положения целесообразно сформировать в науке теории государства комплексный институт «правовой теории города» как инструмент создания прикладных структурно-правовых моделей возрождения и развития российской городской цивилизации, на основе которых могла бы быть создана концепция развития государства в целом.

Мы вступаем в информационный мир, который существенно изменит частную, общественную и государственную деятельность. Привычная государственная деятельность постепенно будет заменяться информационными технологиями. Но при этом очень важной будет оставаться роль городской высокоурбанизированной территории как источника и хранителя научно-технического прогресса, образования и культуры. Кроме того, предполагаем, что одной из основных форм государственных образований со временем станут самоуправляемые республики-агломерации со статусом субъектов Российской Федерации.

П.А. Гук

3.9. СУДЕБНОЕ НОРМОТВОРЧЕСТВО ВЫСШИХ ОРГАНОВ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ РОССИИ

Судебное нормотворчество как правовое явление имеет закономерности развития. В правовой системе России становление судебной практики как продукта судебного нормотворчества неотделимо от эволюции судебной власти. Существование судебной власти в государстве – объективная закономерность, которая обеспечивается устойчивой системой судов для осуществления функций правосудия по разрешению правовых споров, установлению юридических фактов, а также для нормоконтроля и нормотворчества.

Каждое государство имеет свою систему органов судебной власти, необходимую для регулирования спорных общественных отношений на основе принципов законности, правовой определенности, единства судебной практики и др.

Проблема применения действующего законодательства и связанная с этим нормотворческая деятельность высших судебных органов приобретают первостепенное значение. Судебная власть как

одна из ветвей государственной власти осуществляет в настоящее время не только функцию правосудия, но и функцию своеобразного судебного нормотворчества в форме судебного прецедента и судебной практики¹.

В российской правовой системе, а до этого в советской судебная практика не признавалась источником права, хотя судебные решения (прецеденты) высшего суда играли определенную роль при разрешении правовых споров.

Научная дискуссия о правовой природе решений высших судебных органов не утратила актуальности. Вопрос всегда ставился так: есть ли судебный прецедент в социалистическом праве и является ли судебная практика источником права в СССР?

Так, ряд ученых 1960–1980-х гг. (А.Б. Венгеров, С.Н. Братусь и др.) пытались объяснить и доказать, что решения высших судебных органов имеют нормативно-правовое значение и «их влияние на практику применения закона судами основывается не на авторитете силы, а на силе авторитета»².

Но марксистско-ленинское учение о праве не рассматривало судебную практику как источник социалистического права, поскольку судебная практика может быть источником только в буржуазном праве, а поэтому ей не место в социалистических правоотношениях: «признание судебного прецедента и судебной практики источником права означает по существу, что судебным органам передаются нормотворческие функции. Подобное положение, широко распространенное в эксплуататорских государствах, недопустимо в социалистическом обществе»³. При этом также отвергалась теория разделения власти.

Фактически такое положение принижало органы судебной власти, на практике же роль судебных органов заключалась не только в применении нормативного акта и рекомендаций высших судебных инстанций, но и в выработке правоположений⁴. За видимостью закона можно было распознать признаки правотворческой деятельности

¹ См.: Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России. М., 2004; Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М., 2007; Гук П.А. Судебное нормотворчество: теория и практика. Пенза, 2009 и др.

² Судебная практика в советской правовой системе / отв. ред. С.Н. Братусь. М., 1975. С. 11–12.

³ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. М., 1970. С. 588.

⁴ См.: Лазарев В.В. Правоположения: понятие, происхождение и роль в механизме юридического воздействия // Правоведение. 1976. № 6.

высшего судебного органа, вызванные жизненной необходимостью в ходе применения закона. Поэтому одни признавали творческую функцию высших судебных органов по созданию правовых положений, а другие отвергали.

В юридической литературе приводятся примеры, когда в порядке применения нового законодательства возникает необходимость в истолковании его с целью единообразного применения. Применяя в тех областях права, где это допускается, аналогию, а также другие научные методы толкования, Верховный Суд СССР в издаваемых им руководящих указаниях предлагает судам обязательные для них правила, разъясняющие, конкретизирующие, детализирующие существующий закон. В этих пределах, по мнению ряда авторов, рассматриваемые указания носят нормативный характер¹.

Следует согласиться с утверждением Е. Мартынчика и Э. Колоколовой о том, что «в бывшем Советском государстве прочно утвердились два вида судебного правотворчества: руководящие разъяснения пленумов (Верховного Суда СССР и Верховных судов союзных республик) и решения других высших судебных инстанций по конкретным делам. Такова была реальность относительно судебного прецедента и прецедентного права в социалистическом государстве, где теоретически их отметили, а на практике вуалировали»².

Обсуждая теоретический вопрос о юридической природе руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР, отдельные ученые-криминалисты (М.М. Исаев, М.Д. Шаргородский) еще в 1940–1950-е гг. высказывались за признание таких руководящих разъяснений источником уголовного права. Однако, отмечает А.В. Наумов, в дальнейшем такие взгляды были признаны ошибочными. Но так обстояло дело в официальной уголовно-правовой доктрине. В жизни же, то есть в самой судебной практике, оно выглядело иначе. Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР фактически были источником уголовного права³.

Отсутствие законодательного признания судебной практики источником права не снижало ее роль и значение в практической де-

¹ См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Основные институты и понятия. М., 1970. С. 616–617.

² Мартынчик Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. № 12. С. 20–22.

³ См.: Наумов, А.В. Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. 1994. № 1. С. 8.

тельности судебных органов. Судебная практика высших судебных инстанций, в частности Пленума Верховного Суда СССР, имела обязательную силу для нижестоящих судебных инстанций при разрешении конкретных дел.

Непризнание социалистическим правом судебной практики (судебного прецедента) источником права объяснялось марксистской теорией, необходимостью построения коммунистического общества, где не будет ни государства, ни права. В этот переходный период признается и доминирует только одна форма права – нормативный правовой акт, закон, а судебная практика считается побочным продуктом судебной деятельности.

В правоприменительной деятельности невозможно обойтись без выработанной судебной практики в применении закона к спорным казусам, поскольку судебная практика формирует единообразное применение нормативных актов (законов), дает толкование, разъяснение законов, вырабатывает правовоположения, обязательные для нижестоящих судебных инстанций. Результаты судебной практики как богатейший судебно-правовой материал используются в законодательстве.

С распадом СССР и созданием независимых государств начинается новый этап развития социально-экономических отношений, регулятором которых становится не только нормативный акт, но и судебная практика высших судебных инстанций в виде правовых позиций, правовоположений, сформулированных высшими судебными органами при рассмотрении дел в определенном виде судопроизводства. Постановления Конституционного Суда РФ, содержащие правовые позиции, учитываются в юридической практике и становятся общеобязательными для применения. На основе этого закладывается новая практика применения судебными органами правовых позиций в сочетании с нормативными актами в судебной деятельности.

24 октября 1991 г. Верховным Советом РСФСР одобрена Концепция судебной реформы в РСФСР, предусматривающая создание правового государства, реальное разделение властей. Ядром судебной реформы выступает преобразование суда и процесса, под знаком и во имя которых коренным образом обновляются институты права¹.

В дальнейшем Правительством РФ принимаются программы развития судебной системы Российской Федерации на 2000–2006 гг.,

¹ Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1991. № 44. Ст. 1435.

а затем на 2007–2012 гг. и на 2013–2020 гг. Судебная реформа направлена на реализацию принципов независимости, самостоятельности судебной власти, создание наиболее эффективных институтов правосудия для осуществления судебной деятельности в условиях формирования новой экономической, политической, правовой и социальной системы российского государства.

Впервые в истории России принимается Закон РФ «О статусе судей в Российской Федерации» (26 июня 1992 г.), который устанавливает, что «судебная власть самостоятельна и действует независимо от законодательной и исполнительной властей». Предусмотрены новые требования к кандидатам на должность судьи, одним из обязательных условий становится наличие высшего юридического образования (ст. 4), определен новый порядок назначения судей (ст. 6), установлена гарантия независимости судей (ст. 9)¹.

12 декабря 1993 г. всенародным голосованием принимается Конституция РФ. В статье 10 законодательно определено, что государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства, правосудие – только судами. В Российской Федерации действуют Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ.

Изменения, внесенные в феврале 2014 г. в Конституцию РФ, федеральные конституционные законы, сформировали единый Верховный Суд РФ путем слияния Высшего Арбитражного Суда и Верховного Суда, который начал свою деятельность в новом составе с 6 августа 2014 г.

Суды становятся основными органами по разрешению споров, установлению юридических фактов и применению нормативных правовых актов в процессе своей деятельности.

Поэтому не исключено, по мнению В. Н. Синюкова, что в ближайшей перспективе должна наметиться тенденция к структурной эволюции системы российского права в направлении усвоения ею элементов общего (судебного, прежде всего) права, которое сначала фактически, а затем все более и формально-юридически будет получать самостоятельное значение в системе источников российского

¹ Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1792.

законодательства¹. В настоящее время это и происходит: решения Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ фактически выступают регуляторами общественных отношений, сформулированные ими правовые позиции, правовоположения включаются в механизм регулирования спорных отношений.

В связи с возникновением новых общественно-экономических отношений законодатель пытался урегулировать весь спектр этих отношений. Но жизнь настолько многогранна, что невозможно предусмотреть все, а тем более законодательно закрепить, учесть все тонкости и нюансы реальной жизни.

Это позволило по-новому взглянуть на роль суда по выработке нормативных положений в судебной практике и прецедента как источников права в российской правовой системе, где формируются новые общественные отношения. Предложение С.С. Алексеева о новой функции высших органов судебной власти в современных условиях является, на наш взгляд, актуальным и своевременным ориентиром по выработке новых механизмов ее деятельности: «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, опираясь на Конституцию, на закон, на общепризнанные права человека, тоже творит право. Поэтому придание решениям высших судебных инстанций страны функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным»².

Вопрос о нормотворческой деятельности высших судебных органов по выработке правовоположений судебной практики нашел свою поддержку и развитие в научных трудах ученых и практических работников судебной системы³.

Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» сохранил

¹ См.: Синюков В.Н. Российская правовая система. Саратов, 1994. С. 349.

² Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 219.

³ См.: Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994; Лазарев В.В. Общая теория права и государства. М., 1999; Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М., 1997; Демидов В.В. О роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда РФ // БВС РФ. 1998. № 3; Нешатаева Т.Н. К вопросу об источнике права – судебном прецеденте и доктрине // Судебная практика как источник права. М., 2000 и др.

и закрепил единство судебной системы, в которой действуют федеральные суды, конституционные (уставные) суды и мировые судьи (ст. 4). Конституционный Суд РФ является судебным органом конституционного контроля, самостоятельно и независимо осуществляет судебную власть посредством конституционного судопроизводства. Верховный Суд РФ в целях единообразия применения законодательства дает судам разъяснения по вопросам судебной практики.

Деятельность органов судебной власти в настоящее время регулируется нормативными актами, что позволило сохранить федеральную судебную систему, ввести обязательность юридического образования и стажа по юридической специальности для назначения на должность судьи, осуществлять публикации судебных решений в специальных сборниках («Вестник Конституционного Суда Российской Федерации», «Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации», «Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации»), справочно-правовых системах и на сайтах.

Официальность публикаций прецедентов, судебной практики является одним из условий их признания и общеобязательности. Этой позиции придерживается и А.В. Цихоцкий. Существование прецедентного права требует, чтобы судебные прецеденты публиковались в специальных изданиях. Как правило, если правовая система государства признает судебные прецеденты в качестве источников права, то последние подлежат официальному опубликованию¹.

Это в полной мере относится и к судебной практике высших судебных инстанций, которая получает свою общеизвестность и доступность в публикациях официальных изданий, электронно-правовых системах и способствует единообразному применению как законов, так и самих правоположений, правовых позиций, выработанных высшими судебными органами.

Совокупность этих условий, а также формирование новых общественно-экономических отношений позволяют сделать вывод о том, что в российской правовой системе на основе закономерного развития судебной власти объективно сформировались необходимые предпосылки и условия для судебного нормотворчества в форме судебного прецедента и судебной практики. Судебные органы применяют не только норму права при рассмотрении дел, но и учитывают судебную

¹ См.: Цихоцкий А.В. Прецедентное право как объективная реальность // Эдилет: научные труды. 2000. № 1 (7). С. 84.

практику, правовые позиции высших судебных органов, а в случае отсутствия нормы права, дефекта нормы права высшие судебные инстанции формулируют норму судейского права.

Рассматривая вопрос о нормотворческой деятельности судебного органа, Р.З. Лившиц утверждает, что уже на первых этапах движения к правовому государству можно признать, что суды создают нормы права, или, другими словами, судебная практика является источником права. Суды выполняют только им присущие полномочия, которые не могут быть осуществлены другими органами. Возрастание роли суда в жизни общества с необходимостью приводит к выполнению судебной практикой нормотворческой функции. Это и происходит в российской действительности¹.

По мнению В.И. Анишиной и Г.А. Гаджиева, в российской правовой системе постановления пленумов высших судебных органов должны быть признаны источниками права и занять место среди нормативных актов, а не в системе судебного прецедентного права².

Каждая точка зрения заслуживает внимания, имеет свои плюсы и минусы, но следует отметить единство мнений ученых и практиков в том, что высшие судебные органы в результате своей деятельности создают решения прецедентного характера (правовые позиции, правовоположения), которые служат регуляторами общественных отношений, обладая определенной степенью нормативности.

Следует согласиться с тем, отмечает В.В. Лазарев, что достоинства прецедентов значительно превышают их недостатки, что судебная система в России движется в сторону прецедентного права и что лучше «прямо пускать прецедент в дверь. Закону в его компании будет комфортнее»³.

Постановления Конституционного Суда РФ и судебная практика Верховного Суда РФ, создаваемая судебными решениями прецедентного характера по конкретным делам и постановлениями Пленума, являются формами судебного нормотворчества и выполняют функцию дополнительных регуляторов общественных отношений в сочетании с нормами права.

¹ См.: Лившиц Р.З. Теория права. М., 2001. С. 110; Его же. Судебная практика как источник права // Журнал российского права. 1997. № 6. С. 49–57.

² См.: Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / под ред. В.В. Ершова. М., 2006. С. 260.

³ Лазарев В.В. Прецедент: реалии и перспективы в российском праве // Российское правосудие. 2012. № 4. С. 13.

В этом и заключается судейское правотворчество, считает В.И. Анишина: не писать абстрактные нормы и правила, а разрешать дела, защищать права и в отсутствие необходимых норм и правил, создавая эти правила в конкретных делах. Эти правила и есть по сути источники права, поскольку вводят новое регулирование для неопределенного круга лиц во всех аналогичных случаях¹.

Законодательное признание судебного нормотворчества за высшими судебными органами как необходимого условия формирования правового государства поддерживается многими учеными и практиками. В частности, М.В. Кучин утверждает, что: «сложившаяся ситуация в сфере нормотворческой деятельности российских судов настоятельно требует необходимой законодательной регламентации. Отсутствие таковой в настоящий момент не отвечает потребностям развития общества и препятствует становлению правового государства»².

Признание в российской правовой системе судебного нормотворчества за высшими судебными органами (Конституционным Судом РФ и Верховным Судом РФ), по нашему мнению, позволит более оперативно преодолевать и восполнять пробелы нормативных правовых актов, официально толковать нормы права, что, в свою очередь, будет способствовать единообразному применению норм права, укреплению судебной защиты прав, свобод граждан и юридических лиц, совершенствованию законодательной деятельности и формированию правовой государственности в Российской Федерации.

Современная реальность позволяет отметить особую роль суда в правовой системе России, поскольку своеобразный элемент прецедентного права послужит фактором непрерывного совершенствования суда³. Объединение двух высших судебных инстанций в единый Верховный Суд России создаст возможность формирования единой судебной практики для всех судебных инстанций, поддерживая принцип правовой определенности и последовательности судебной практики в разрешении споров о праве.

¹ Анишина В.И. Правовая природа актов судебного правотворчества // Журнал российского права. 2006. № 10. С. 124–133.

² Кучин М.В. Нормотворческая деятельность судебных органов Российской Федерации и судебный прецедент // Право и политика. 2000. № 5.

³ См.: Путин В.В. Демократия и качество государства // Коммерсантъ. 2012. № 20. 6 февраля.

В заключение следует отметить, что судебная практика и прецедент идут по такому пути уже на протяжении многих столетий, закономерно развиваясь и совершенствуясь на каждом историческом этапе существования российского государства; каждый ее период специфичен, поэтому то, что мы имеем в судебной деятельности, можно назвать временем судебного нормотворчества.

Н.А. Колоколов

3.10. СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИЙСКОЙ НАУКЕ: ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Огейн Эрлих, рассуждая о социологии права, подчеркнул, что центр тяжести его развития во все времена лежал не в законодательстве, не в правоприменении, а в самом обществе¹. Именно культура народа – визитная карточка любого общества. Применительно к избранной нами теме речь пойдет о культуре судопроизводства, ее основе – судебной власти.

Правосудие – уникальный социально-правовой феномен. Уяснение его сути невозможно без одновременного анализа таких сложнейших категорий, как «право», «правосознание» (правовая идеология и правовая психология), «власть и государство», со свойственной ему в конкретный исторический период организацией власти, юридической техникой, как правотворчества, так и правоприменения. При этом следует отметить, что все вышеперечисленные категории существуют лишь в динамике, параметры которой непрерывно задаются множеством факторов. Важнейший из них – место государства и права конкретной нации в глобальном мире.

Если история российского государства и права насчитывает более тысячи лет, то возраст аналогичных цивилизационных проявлений человечества приближается уже к пяти тысячам лет. К тому моменту, когда на карте Восточной Европы появилась Древняя Русь, по соседству успело возникнуть и умереть не одно некогда могучее государство. Каждому из этих государств была свойственна определенная модель правосудия. Однако в природе ничто не исчезает бесследно – памятники права, созданные нашими бывшими ближними

¹ См.: Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 64.

и дальними соседями, став бесценным достоянием земной цивилизации, обязательно переходят по наследству ко многим, пусть далеко не всегда благодарным, потомкам.

Российская государственность зародилась в VI–VII вв. на путях «из варяг в греки» и «из варяг в персы». Именно тогда славянские народы впервые постигли азы европейской правовой культуры, опирающейся на Римское право. Более тысячи лет минуло с момента Крещения Руси. Распространение ортодоксального христианства на ее народы в значительной мере предопределило ход дальнейшего развития государственности, ее институтов.

Наряду с православием Древняя Русь, затем государство Московское, ныне Российское инкорпорировали в свои правовые системы многие нормы уникального права Византии, в первую очередь права публичного.

Однако ход поступательного развития в лоне европейской правовой культуры (пусть и на ее окраинах) на три столетия был прерван татаро-монгольским нашествием. Фактическая утрата Русью независимости (XIII–XV вв.), способствовала не только консервации устаревших правовых идей, но и в определенной мере – трансформации режима государственного правления по образцу эффективных в военном отношении восточных деспотий, препятствовала восприятию обществом новейших достижений в области правового строительства, получивших самое широкое распространение в Европе.

О последствиях имплементации россиянами восточных управленческих и правовых конструкций в свое время очень точно высказался М.М. Сперанский: законы у нас могут быть греческими и английскими, а вот управление останется турецким. Замечание это для некоторых до того горькое, что отечественные историки стараются о его существовании не вспоминать.

Только к концу XVI в. наметился возврат нашего общества в лон европейской, в том числе и правовой, культуры. Данный процесс в силу множества причин происходил крайне медленно, а порой и болезненно. Война, бесперспективная по цели, между западниками и славянофилами продолжается до сих пор. Более того, из этого процесса фактически была исключена большая часть населения государства, поскольку до 1861 г. в России сохранялось крепостное право. Наличие данного средневекового института предельно минимизировало число граждан, нуждающихся в справедливом, несловном суде.

Если конкретнее, то демократические судебные отношения на Руси, в Российской империи были практически никому не нужны. Крестьян (подчеркнем, свою частную собственность) вплоть до Великих реформ судили сами помещики. Отношение между собой дворяне выясняли на дуэли. При таких обстоятельствах в обществе практически не было места даже и для сословного суда.

К середине XIX в. в большинстве стран Европы, государственное устройство которых мы усердно копируем, уже сложились вполне современные государственно-правовые системы. Таким образом, сама история в середине позапрошлого столетия поставила перед Россией цель – как можно скорее воспринять все лучшее, что к этому моменту было создано человечеством в сфере государственно-правового строительства.

Полагаем, что многие задачи, стоявшие тогда перед нашим народом, удалось решить в рамках Великой судебно-правовой реформы 1864 г. Россия получила действительно передовую по тем временам судебную систему, а также соответствующее лучшим мировым образцам процессуальное законодательство. Начал свой отчет «золотой век» российской адвокатуры.

Искусственная консервация самодержавия в его практически абсолютистском варианте не позволила завершить многое из намеченного. Россия, в частности, вошла в XX в. без отвечающего требованиям времени гражданского права. Главное не в законах: не удалось к этому времени сформировать и сколько-нибудь значимую социальную прослойку – класс, группу классов, которые были ли бы заинтересованы в эволюционном поступательном развитии общества.

В 1917 году возобладали привнесенные извне революционные идеи квазикоммунизма. На 70 лет Россия в очередной раз была вырвана из общеевропейского цивилизационного процесса. Коммунистическая идеология расценивала государство и право как орудия угнетения трудящихся классов, дни которых были сочтены. Суд в классическом его варианте правящей элитой отвергался.

Однако жизнь «за железным занавесом» не могла продолжаться вечно – новые информационные технологии XX в. быстро «смахнули в корзину истории» концепцию утопического коммунизма и Россия в очередной раз вернулась в лоно европейской цивилизации.

В конце века XX в. на повестку дня опять стал вопрос о проведении тотальной государственно-правовой реформы. Поскольку развитие права само по себе немислимо, речь уже шла о реформировании

экономики, а также всего государства, в первую очередь его судебной системы, поскольку именно судьи в состоянии наполнить формальные правовые конструкции необходимым содержанием.

Пока чуда не произошло, европейский уровень культуры в судопроизводстве, в том числе и его юридико-техническая составляющая, не достигнута. Как и в конце позапрошлого века, слышнее становятся голоса тех, кто считает, что европейская культура россиянам ни к чему. В наши дни теории от права и государства в очередной раз заговорили о кризисе в общественных науках. А когда кризиса не было – в 1917 г. или в 1953-м? Думается, говорить нужно не о кризисе, а несовершенстве нашей методологии, которая не позволяет нам видеть не то что вперед, а даже правильно разобраться в современных реалиях. Чего не хватает современному исследователю, так и это смелости и честности. Российская правовая наука развивается не сама по себе, а под конкретный заказ. На утверждение о том, что наши действия имеют научную основу, Н. Кристи сказал только одну фразу: «Фашизм тоже был научно обоснован». От себя добавим, что с этим в Германии никто и не спорил, как и с коммунизмом в России.

Все мы родом из СССР, а все современные отечественные теории государства и права начинали с работы В.И. Ленина «Государство и революция» (август 1917 г.). Когда этот труд создавался, революция в России уже шла полным ходом, несмотря на то, что единой идеологии у общества относительно объема предстоящих преобразований не было. Партии Ленина нужна была инструкция, в которой был бы прописан алгоритм действий на самое ближайшее время. И такую инструкцию он создал. Разместив государство исключительно в надстройке, Ленин призвал пролетариат России – старый государственный аппарат *zerbrochen*. Это явилось ведущим идеологическим мотивом в поведении определенной части населения России в 1917–1920 гг. Создавая инструкцию «текущего момента», вождь мирового пролетариата не успел отяготить себя ни конкретикой относительно будущего, ни мыслью о том, что обязательным элементом правосознания является правовая психология, «я» категория материальная, силой одной только мысли не изменяемая.

В советский период государство трактовалось как аппарат классового насилия, суд – один из инструментов единой командно-административной системы, причем далеко не самый важный. Отвержение по идеологическим соображениям концепции разделения властей

полностью лишило отечественных ученых возможности правильно определить природу суда, его значимость в общественном развитии.

В эпоху перемен, закономерно грянувших на рубеже второго и третьего тысячелетий, российская правовая наука вошла без необходимой суммы теоретических знаний о власти вообще и о государственной и судебной власти в частности. Судья соотечественниками воспринимается не как самостоятельный и независимый арбитр в споре равных, а как заурядный чиновник, которого «слабый» униженно просит защитить от «сильного».

Причин далекого от идеала состояния российской судебной власти много, но в их иерархии особое место занимает дефицит фундаментальных общеправовых научных знаний о судебной власти. Скажем больше: наши теоретики все еще не нашли в себе сил «переступить» через ошибочный тезис: государственная власть, в том числе и судебная, исходит от правителя – государя императора, генерального секретаря ЦК КПССС, Президента РФ, то есть субъекта, расположенного вне общества.

Судебно-властные отношения российскими авторами воспринимаются формально, преимущественно в институциональном плане, в рамках, закрепленных законодательством, в результате чего такое сложное явление, как судебная власть, получает чисто нормативное, а порой и схоластическое толкование.

Неудивительно, что при таких обстоятельствах судебная власть – объект юридической науки. Определившись с объектом исследования, следует уточнить его методологическую основу. Сложность объекта предполагает наличие весьма разнообразного арсенала способов познания. Здесь мы перечислим лишь основные методы: исторический, сравнительно-правовой. Особую важность при этом имеют социологический и психологический подходы в познании судебной власти. Метод диалектического познания позволяет рассматривать предмет исследования в его развитии. Важную роль играют методы абстрагирования, анализа и синтеза, индукции и дедукции, статистические методы. Попутно заметим, что ученые-юристы в сфере социологии права (или, как принято в России, теории права и государства) преуспели, да и то относительно, лишь в познании истории права. Использование иных методов познания объективной реальности учеными-юристами скорее декларация, чем реальность.

Результаты проведенного нами исследования таковы: власть – это объективное, не выдуманное людьми явление, о существовании кото-

рого все мы знаем с рождения; отношения власти и подчинения пронизывают всю нашу жизнь, а чего в них больше – элементарной биологии, психологии и социологии, наука пока не определилась. Что же такое «власть» вообще? Без более или менее четкого ответа на данный вопрос мы никогда не сможем приблизиться к осознанию производного от «власти» как целого анализируемого нами частного понятия – «судебная власть». Поставленная нами задача является сложной. Чтобы упростить решение проблемы, обусловленной наличием серьезных трудностей в познании содержания власти, обычно предлагают отнести ее к разряду так называемых сущностно оспариваемых категорий. В этом перечне такие политико-правовые концепты, как «справедливость», «равенство» и «свобода». Хватает и тех, кто готов понятие «власть» вообще изъять из научного дискурса.

Что конкретизировать свою позицию в рассуждениях, отметим следующее: власть и лидер – не одно и то же. Лидер действует только так, как это позволяет система власти. Власть не представляет собой института, стоящего над обществом, она внедрена и функционирует внутри каждого элемента, в этом случае реальный закон – техническая инструкция.

В настоящее время власть квалифицирована большинством ученых как феномен, то есть явление пусть и бесспорно существующее, но тем не менее знания о котором приблизительны, во многом фрагментарны. Углубление в анализ природы власти уведет от заявленной темы, ниже мы предпримем попытку изложить свои воззрения на государственную власть и такую ее разновидность, как власть судебная.

Государственная власть – присущее социальной природе человека необходимое условие функционирования политического общества, а равно средство всеобщей связи (коммуникации) между людьми в их целедостижении, «символический посредник», обеспечивающий выполнение взаимных обязательств. Государственная власть – ресурс, который необходим народу, нации, политическому обществу для осуществления их определенных целенаправленных действий. Как и власть вообще, государственная власть включает директивный, технологический и коммуникативный аспекты.

Судебная власть – это разновидность государственной власти, особые общественные отношения, возникновение и существование которых обусловлено способностью социума при необходимости генерировать механизм разрешения конфликтов на основе норм права, обеспечиваемый мощью государства. Выделение судебной власти в

самостоятельную ветвь власти возможно только лишь в том случае, если в обществе уже сложились и успешно функционируют законодательная и исполнительная ветви государственной власти.

Главным назначением судебной власти является разрешение политических, социальных, экономических и прочих видов конфликтов. Кроме того, судебная власть обладает рядом сущностных характеристик: она реальна, обладает всеми видовыми, родовыми признаками и чертами, свойственными любой иной власти; как любое иное социальное явление, существует только в динамике; в пределах своей компетенции сильнее любой организации или индивида, обладающих той же компетенцией на территории конкретного государства; одновременно носит частноправовой и публично-правовой характер; проявляется в правоприменительной, правотолковательной и правотворческой сфере; не существует вне нормативного регулирования; опосредуется в правосудии (процессах), его результатах (судебных актах); является животворящим источником права. Для нее, в частности, характерны особые способы формирования процедурных норм (судебный прецедент) и их трансформации (судебная практика). Правотворческая потенция судебной власти противоречива: ей под силу как оживлять «нормы спящие», так и умерщвлять реально действующие предписания.

Основой функционирования судебной власти, судебной системы является взаимодействие ее компонентов, которое проявляется в судебно-властных отношениях. Судебно-властные отношения – это общественные отношения, возникающие в процессе реализации судами в установленных законом случаях и форме государственной власти при разрешении конфликтов, возникающих в процессе взаимодействия между субъектами права.

Судебно-властные отношения возникают в процессе реализации органами судебной власти (судами, судьями) своих функций, имеют в качестве обязательного субъекта ее носителей – органов судебной власти – суд, суды, судью, судей. Судебные отношения всегда публичны, поскольку осуществляются только от имени государства. Это отношения власти и подчинения, так как они характеризуются юридическим неравенством суда и лиц, участвующих в деле. Цель инициации судебно-властных отношений – разрешение конфликтов путем применения судами, судьями норм права. Судебно-властные отношения обладают особой процессуальной формой, им свойственен специфический правовой режим обеспечения законности.

Генезис судебной власти в каждом отдельно взятом государстве, как правило, проходит эволюцию от выделения из совокупности прав и обязанностей главы государства (монарха) особого права и особой обязанности, особой публичной функции – разрешения социальных конфликтов до создания наднациональных судебных структур, которые являются гарантом следования национальных правовых систем общепризнанным мировым стандартам в сфере правосудия.

Общая тенденция в развитии судебно-властных отношений такова: от простого (единоличного разрешения) главой государства рядовых споров к сложному (относительно самостоятельной и независимой от других властных структур государства судебной системе, непосредственному участию народа в отправлении правосудия). Затем происходит организационное отделение судебной власти от законодательной и исполнительной, с этого момента их национальное единство обеспечивается исключительно посредством права. Коммуникативное свойство власти приобретает правовой характер. Инкорпорация интернациональных норм и правил в национальные правовые системы в значительной степени – результат информационной революции и глобализации.

Для успешного выполнения судами своих задач необходимы следующие условия: в каждой отдельно взятой стране должно быть ясное, четкое и единообразное понимание природы суда, его роли в механизме государства; за судом должны быть закреплены полномочия на творческое применение права, в том числе и международного; у населения страны должно существовать доверие к судейскому корпусу; для организации эффективного судопроизводства одних только профессиональных судей недостаточно – навыки участия в судоговорении должны иметь представители сторон; органы судебной власти должны иметь соответствующее не только кадровое, но и материальное обеспечение; судебная система должна быть доступной для тех, кто в ней нуждается; деятельность судов должна отличаться ясностью и прозрачностью; процессуальное законодательство должно содержать совершенный механизм исправления судебных ошибок.

В настоящее время существует ряд моделей судебных систем в федеративных государствах: 1) федеральная структура носит номинальный характер, федерация обладает исключительной компетенцией в реализации судебно-властных отношений; 2) субъекты федерации обладают значительной компетенцией в сфере организации правосудия, федерация не вправе вмешиваться в решение ряда

вопросов; 3) компетенция в сфере правосудия определена априори и для федерации, и для ее субъектов; 4) компетенция судебных систем центра и регионов совпадает, что вызывает их конкуренцию; 5) в конституции государства определяется только федеральная и совместная компетенция в сфере правосудия.

За время своего существования современная российская судебная система приобрела ряд новых положительных качеств: 1) создан механизм обжалования в суд теоретически всех решений и действий (бездействия) органов государственной власти гражданами; 2) она стала гораздо более независимой и самостоятельной, чем в СССР; 3) постепенно начинает работать механизм ее саморегуляции, несмотря на то, что большинство российских судей по своему правовому мировоззрению позитивисты, нормативисты; в недрах судейского корпуса постепенно вызревает признание за судьями права на собственное усмотрение при наличии пробелов в законе, его внеправовом характере.

Реальные судебно-властные правоотношения, как и иные властные отношения, следует отличать от их имитации. Классику организации властного механизма пусть и образно, но очень точно и кратко отразил А.С. Пушкин: «но человека человек послал к анчару властным взглядом, и тот послушно в путь потек...» («Анчар»); «вдруг слабым мановением руки на русских двинул он полки...» («Полтава»).

В первом случае участников правоотношения двое: царь и раб. Отношения между субъектами ясны и конкретны, их организация не требует от царя никаких усилий, для инициации действия достаточно взгляда. Его властный характер царь сформировал ранее.

Во втором случае король Карл XII вправе отдавать любые, пусть и влекущие гибель войска, распоряжения. Карл XII с 15 лет на троне, он уверенно руководит королевством, легко побеждает искушенных в государственных делах монархов-противников. С учетом того, что войны Карл XII вел в течение 18 лет, в его праве руководить государством не сомневались, по крайней мере, большинство шведов.

Если в первом случае в организации власти существенную роль могла играть созданная царем система принуждения, то во втором уповать только на мощь системы принуждения не приходится, поскольку очевидно, что шведская элита задействовала иные механизмы государственно-властных отношений.

В.И. Ленину часто приписывают фразу: «Не нужно бояться человека с ружьем». Многие каналы российского телевидения показа-

ли, как некий бизнесмен не только проигнорировал требования вооруженного автоматом полицейского, но и чуть не задавил его своим «Мерседесом». Казалось бы, за полицейским вся мощь государства, которое при желании легко сотрет М. в «лагерную пыль». Только вот телевидение констатирует: властные отношения в примитивнейшей схеме «полицейский – правонарушитель» возникают не всегда. Нелучайно полицейский боится «власть употребить», не говоря уже о применении оружия. Он понимает, что бизнесмен откупится, а он в лучшем случае потеряет работу. Такова нынешняя российская реальность, такова структура власти («Все куплю – сказала злата; «все возьму», – сказал булат.»).

Согласно СМИ приказ о задержании М. дал лично Председатель СК РФ генерал-полковник А.И. Бастрыкин. Тот факт, что функции сержанта полиции выполняет «трехзвездный» генерал от следствия – прямое свидетельство того, что государственно-властный механизм не работает. Примеры, подобные приведенному выше, далеко не единичны. Следовательно, вывод может быть только один: надлежащий режим государственно-властных отношений установить в современной России пока не удалось. Приходится констатировать, что в системе государственной власти обозначились лишь некоторые авторитеты, которые способны запустить работу только отдельных государственных структур. Во многих случаях наличие государственно-властных отношений только имитируется. Руководители ограничиваются тем, что отдают распоряжения, а исполнители не спешат их исполнять, причем не только потому, что последует команда: «Отставить!»

Современной европейской цивилизации известны три идеологии, послужившие базой для организации власти в государстве: либерально-демократическая, коммунистическая (социалистическая) и фашистская. В настоящее время побеждает первая, коммунистическая идеология и соответствующая ей форма государства практически уже прошла три стадии своего развития (генезис, расцвет и смерть), фашистская идеология опорочила себя еще на этапе зарождения.

Существование независимого суда приветствует только либерально-демократическая концепция организации власти в обществе формально равных людей. Таковая в свое время была выращена в недрах реформаторского крыла католической церкви. Очевидно, что независимого суда ни при социализме (при коммунизме суд отмирает вместе с государством), ни при фашизме быть не может, поскольку

в основе организации общества лежит неравенство: в первом случае бесправные изгои – лица, названные эксплуататорами, уничтожали их целыми классами; во втором – изгои – целые нации, представители которых также уничтожались миллионами.

Православная (ортодоксальная) церковь тоже не знает независимого суда. Да и вообще судебные отношения для России не характерны, так как для россиянина основа власти – ее вертикаль. Судья – мелкий чиновник, в советские годы даже председатель суда в районе был менее авторитетен, чем, например, прокурор, не говоря уже о начальнике милиции. Председатель суда на работу ходил пешком, а прокурора и начальника милиции возили на машине. Скажем больше: у начальника милиции был еще и многочисленный аппарат, который мог к правонарушителю и силу применить. Перечисленных символов власти судья всегда был лишен.

История первая. В мемуарах авиаконструктора А.С. Яковлева «Цель жизни» есть такой эпизод: в годы войны он занимал еще и должность заместителя наркома авиастроения. Однажды в кабинете И.В. Сталина он случайно встретился с заместителем наркома НКВД и тихо попросил последнего по возможности пересмотреть дело в отношении одного из инженеров его КБ. Сталин, у которого, как известно, был очень острый слух, бросил только одно слово: «Посмотрите...» Вскоре инженер вышел на работу.

История вторая. Составители книги «Верховный Суд России» неслучайно привели текст стенограммы заседания Президиума ЦК КПСС от 17 июня 1961 г., на котором Н.С. Хрущев в отсутствие нормы уголовного закона требовал расстрела валютчиков, угрожая в противном случае Председателю Верховного Суда СССР А.Ф. Горкину увольнением. Как известно, презумпция «обратной силы» волевым решением была легко преодолена, а валютчики расстреляны. Это был один из «черных дней» российского правосудия.

Наши дни. Органами предварительного расследования И. Фарбер обвинялся в том, что в июле–августе 2011 г. получил от подрядчика, выполнявшего ремонт ДК, взятку – 300 тыс. руб. (за возможность продолжения работ), в сентябре того же года уже под контролем спецслужб Фарбер еще одну – 132 тыс. руб. (за подписание акта выполненных работ). Обвиняя Фарбера по ст. 285 УК РФ, следствие утверждало, что ремонтные работы не были выполнены и ущерб бюджету составил 941 тыс. руб. Позиция Фарбера – деньги в стройку вкладывал свои, подрядчик лишь вернул их ему, ДК он реконструи-

ровал в рамках своих представлений о прекрасном. С учетом данных о личности Фарбера общество склонно было верить ему, а не обвинению. Дело рассматривал Тверской областной суд с участием присяжных. Защита преждевременно поверила в безоговорочное оправдание Фарбера, однако прокурор убедил присяжных в доказанности его вины по всем пунктам.

10 августа 2012 г. Тверской областной суд признал Фарбера виновным по п. «а» ч. 5 ст. 290, ч. 3 ст. 290 и ч. 1 ст. 285 УК РФ. С применением ст. 62 и 64 УК РФ, но все равно больше, чем рядовому убийце, судья назначил ему срок – 8 лет лишения свободы со штрафом 3,2 млн руб. Кассационным определением Верховного Суда РФ от 28 ноября 2012 г. приговор отменен, с учетом изменения подсудности дело попало в Осташковский городской суд. 1 августа 2014 г. Фарбер был осужден, ему назначено наказание – 7 лет и 1 месяц лишения свободы. Президент РФ В.В. Путин в интервью «Первому каналу» назвал наказание, назначенное Фарберу, «вопиющим», посчитав это «ошибкой». Данных слов оказалось достаточно, чтобы прокуратура уже за пределами сроков на апелляционное обжалование внесла представление, в котором просила сократить наказание до пяти лет лишения свободы. Апелляционная инстанция Тверского областного суда благоразумно пошла еще дальше, сократив Фарберу наказание до трех лет лишения свободы, то есть до фактически уже отбытого им срока. По части 1 ст. 285 УК РФ прокуратура вообще отказалась от обвинения, приговор в этой части отменен, за Фарбером по этому эпизоду признано право на реабилитацию. Осужденный вышел на свободу. Общество восприняло это благосклонно.

Формально законодательный базис для запуска механизма независимого правосудия в основном создан, однако он не работает, поскольку непонятен тип общества, в котором мы живем. Ученые в его названии используют приставку «пост», то есть после «социализма» (был ли он?), после «советов» (что это было такое, историки еще должны определить). Почему не работает механизм независимого правосудия, декларированный в законах? Очевидно, что ментально мы все еще в СССР. Как тут не вспомнить слова Г. Гегеля о том, что человеку нельзя дать государственное устройство, находящееся за рамками его создания.

Как только появится в судебной системе нечто автономное, например, «особое братство» – Высший Арбитражный Суд РФ, ее тут же

оптимизируют, включив автономную ветвь в «общую юрисдикцию». Заодно пройдут чистку все судьи Верховного Суда РФ. Можно исходить из того, что развитым правопорядком автономная юстиция по делам бизнеса миру неведома (Л.В. Головкин), или задуматься о словах бывшего председателя Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванова: в России честный бизнес невозможен. Если честного бизнеса нет в принципе, то что может сделать даже честный суд? Да и нужен ли он нечестному бизнесу?

Суд – инстанция последняя как и в правоприменении, так и в рождении нового смысла закона. Право это не то, что задумал автор закона, и не то, что записал в норму законодатель. Право это то, что прочитал конкретный судья! Автору этих строк лично знакомы некоторые судьи, подготовившие решения по делу Фарбера. Известны и особенности их профессионального правосознания, цели и задачи, поставленные в каждом конкретном деле. Как они справились со своей задачей, судить читателю. Народ в лице присяжных признал его вину, народ же в ней и усомнился, Президент РФ намекнул судьям – «не размахивайтесь». Судьи прислушались и в своем решении о наказании ограничились «отбытым».

Как видим, очень многое из того, что относится к правосудию, то есть к сфере функционирования судебной власти, находится за рамками юриспруденции. Скажем честно, ученые-юристы весьма плохо знают, что такое судебная власть. Данное словосочетание для большинства из них, скорее заклинание, чем осознанная категория. В связи с этим ученые-юристы пока сошлись во мнении, что судебная власть не существует вне нормативного регулирования, она опосредуется в правосудии (процессах), его результатах (судебных актах).

Существует еще мнение, согласно которому судебная власть – животворящий источник права, так как для нее характерны особые способы формирования процедурных норм (судебный прецедент) и их трансформации (судебная практика). Впрочем правотворческая потенция судебной власти противоречива: ей под силу как оживлять «мертворожденные нормы», так и умертвлять реально действующие предписания. Поскольку мы живем в государстве, в котором фактически признан только один метод формирования права – законодатель, то суду в правотворчестве практически полностью отказано.

Мы считаем, что главным назначением судебной власти является разрешение политических, социальных, экономических и прочих видов конфликтов.

Основные научно-практические выводы:

1. О. Эрлих заметил, что наука о праве и государстве дальше описания своей истории не продвинулась. То же можно сказать и об описании феномена судебной власти. В современной российской науке – теории права и государства – все основные предметы исследования – непознанные феномены. Максимум, на что мы можем опереться, так это на историческое знание.

2. Прежде чем говорить о судебной власти, праве и правосудии, юридической технике судебного решения, следует глубоко задуматься о культуре какого общества идет речь.

3. Выделение юридической техники судебного решения в особый вид правовой культуры целесообразно только в том случае, если в обществе уже сложились четкие правила разрешения споров.

4. Юридическая техника судебного решения призвана в рамках конкретной правовой культуры обеспечить разрешение политических, социальных, экономических и прочих видов конфликтов.

5. Юридическая культура судебного решения обладает рядом сущностных характеристик: она должна быть понятной большинству населения; она реальна, обладает всеми видовыми, родовыми признаками и чертами, свойственными любой иной правовой культуре; как любое иное социальное явление, культура судебного решения существует только в динамике.

6. Для успешного функционирования норм закона, регламентирующих требования, предъявляемые к судебным решениям, необходимы следующие условия: в каждой отдельно взятой стране должно быть ясное, четкое и единообразное понимание природы судебного решения, роли суда в приведении правовых норм в действие; за судом должны быть закреплены полномочия на творческое применение права, в том числе и международного; население страны должно доверять судейскому корпусу; деятельность судов должна отличаться ясностью и прозрачностью.

7. Суд в споре – инстанция последняя как в правоприменении, так и в формировании нового смысла закона. Право это не то, что задумал автор закона, и не то, что записал в закон законодатель. Право это то, что прочитал конкретный судья!

И.А. Тарханов

3.11. АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ УЧЕНИЯ ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА И ИХ ИНТЕРПРЕТАЦИЯ В ОТРАСЛЕВЫХ ЮРИДИЧЕСКИХ ИССЛЕДОВАНИЯХ

Исследование феномена ответственности в общей теории права и отраслевых юридических науках всегда занимало особое место и проводилось достаточно интенсивно. В последнее время предпринимаются попытки критически оценить устоявшиеся представления о сущности, содержании и формах реализации юридической ответственности, выявить иные методологические подходы к их анализу. Правоведы нередко сосредотачиваются на социальных аспектах понимания юридической ответственности, выявлении ее позитивной составляющей с опорой на многоуровневый, системный подходы¹.

В философской литературе, посвященной проблемам ответственности, правоведы уже давно подвергаются критике за то, что изучают ее главным образом как юридическое последствие совершения лицом правонарушения, в частности негативные аспекты уголовной ответственности, которая, по мнению некоторых оппонентов, является «самой ретроспективной из ответственностей»². Считается, что это не позволяет рассматривать проблемы юридической ответственности в более широком контексте, под различными углами зрения, включая ее перспективный, позитивный аспект. Следует признать, что подобные суждения довольно часто признаются в юридической литературе обоснованными и заслуживающими поддержки. Думается, что не все изложенное критически может быть воспринято безоговорочно.

В каждом научном исследовании его автор сосредоточивает внимание на тех аспектах и проявлениях юридической ответственности, которые соответствуют избранной им специальности и в той мере, которая определяет ее не только теоретическую, но и практическую значимость. Применительно к сфере уголовно-правового регулирования и правоприменения это в особенности сопряжено с тем, что уголовной ответственности в различных ее проявлениях и формах

¹ См., например: Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности: монография. СПб., 2007; Липинский Д.А., Мусаткина Л.А. Юридическая ответственность, санкции и меры защиты: монография. М., 2013.

² Косолапов Р.И., Марков В.С. Свобода и ответственность. М., 1969. С. 68.

подвергается конкретное лицо, совершившее преступление. Поэтому акцент делается на правовые и социальные последствия ее реализации и претерпевания неблагоприятных последствий. Между тем следует отметить, что ученый-криминалист В.Г. Смирнов одним из первых в юридической науке обозначил и иной вектор творческого освоения философского наследия: «Проблема правовой ответственности не сводится к проблеме ответственности за причиненный вред, за нарушение каких-либо охраняемых законом интересов: правовая ответственность только наиболее рельефно проявляется в нарушении, но она реально существует и при дозволенном, а тем более прямо вытекающих из закона деяний»¹. Эти идеи получили развитие², подвергаются критическому анализу и поддерживаются в современных научных изданиях.

Вместе с тем методологические основы познания ответственности, ее философское и общесоциальное восприятие применительно к сфере права нельзя признать вполне утвердившимися и концептуально оформленными. Их освоение представляется необходимым, потому что исследование ответственности в праве должно происходить в контексте содержания категорий более общего порядка, но на основе презумпции об их сопоставимости с юридическими понятиями, предполагать возможность соответствующей интерпретации философского знания к сфере правовых изысканий. Последние, отражая общенаучные подходы, должны выступать их логическим продолжением.

Юридическая ответственность обычно рассматривается в общей теории права как разновидность (вид, проявление) социальной ответственности. Такой подход представляется плодотворным, однако при этом необходимо учитывать, что представление о самой социальной ответственности излагается в литературе неоднозначно. В известном смысле это может быть связано в том, что термин и понятие «ответ-

¹ Смирнов В.Г. Функции уголовного права. Л., 1965. С. 78.

² См.: например: Астемиров А.С. Уголовная ответственность и наказание несовершеннолетних. М., 1970; Волков Б.С. Детерминистическая природа преступного поведения. Казань, 1975; Прохоров В.С., Кропачев Н.М., Тарбагаев А.Н. Механизм уголовно-правового регулирования. Красноярск, 1989; Козаченко И.Я. Санкции за преступления против жизни и здоровья: обусловленность, структура, функции, виды. Томск, 1987; Сидоров Б.В. Уголовно-правовые гарантии правомерного, социально полезного поведения. Казань, 1992; Звечаровский И.Э. Уголовная ответственность: понятие, виды, формы реализации. Иркутск, 1992; Голик Ю.В. Уголовно-правовое стимулирование позитивного поведения: вопросы теории. Новосибирск, 1992.

ственность» в русском языке имеют несколько значений («необходимость, обязанность отвечать за свои действия, поступки», «нести ответственность перед кем-нибудь»). «Ответственным» считается «человек, облеченный правами и обязанностями в осуществлении какой-либо деятельности» либо «человек с высоко развитым чувством долга, ревниво относящийся к своим обязанностям»¹.

Следует признать, что такая разнохарактерность подходов, критериев и оценок определенным образом отразилась и в юридической науке: «В общей теории права, дают о себе знать терминологическая перенасыщенность и отсутствие терминологической четкости»². Действительно, каждое из значений слова «ответственность» включает в себе определенный смысл, хотя оно может быть использовано одновременно при характеристике различных по социальной природе явлений. Это должно учитываться. Однако при этом следует согласиться с О.Э. Лейстом в том, что при исследовании проблем ответственности в юридической сфере следует сосредоточиться на изучении права, а не только на размышлениях о разных значениях слова «ответственность». Вместе с тем вряд ли можно признать оправданной его довольно резкую критическую оценку «семантических изысканий»³. В некоторых случаях они действительно необходимы.

Различие в подходах к определению социальной и юридической ответственности может быть обусловлено стремлением обозначить различные аспекты ответственности, отражая в нем как позитивную (перспективную), так и ретроспективную (негативную) их стороны (составляющие). Однако значительная часть подвергнутых анализу определений не предоставляются удачными решениями, хотя почти в каждом из них можно обнаружить нечто общее, которое обычно отражает опору на такие категории, как «свобода», «долг», «обязанность», «требование», «норма». Такой подход содержит рациональное зерно, пригодное для его «взрачивания» на почве, именуемой «юридическая ответственность».

Действительно, общество и государство вначале выдвигают определенные *требования* к поведению индивидов (или их совокупностей). Они ограничивают его внешнюю свободу в силу социальной

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1988. С. 377.

² Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Указ. соч. С. 37.

³ Лейст О.Э. Методологические проблемы юридической ответственности: Проблемы теории государства и права. М., 1999. С. 474.

природы самого права, представление о которой нередко аккумулируется в тезисе «право – мера свободы». Однако требования, изложенные в правовых нормах, предполагают наличие внутренней свободы, где главное – свобода воли¹. В.В. Лазарев определяет право как «совокупность признаваемых в данном обществе и обеспеченных официальной защитой *нормативов* (курсив наш. – И.Т.) равенства и справедливости, регулирующих борьбу и согласование свободных волей в их взаимоотношении друг с другом»², следует отметить его обыкновение признавать допустимость «и такого подхода». Поэтому определение социальной ответственности как «отношение ограничения вольности каждого индивида с позиции интересов общества, как наложение воли общества на свободную волю индивида, направление его активности в определенные рамки»³, не будучи полным и универсальным, позволяет, как представляется, выявить ее внешний фактор, определить критерий на основе и с учетом которого поведение личности можно подразделить на ответственное и безответственное, правомерное и неправомерное. В этом смысле юридическая ответственность может быть охарактеризована как внешний регулятор человеческого поведения, отношение взаимозависимости общества, государства и личности.

На данном уровне анализа в юридической литературе иногда выделяют *статутную* ответственность, определяемую как «объективно обусловленную, установленную законом и охраняющую государством необходимость (обязанность) осознанного и добровольного выполнения правовых предписаний участниками правоотношений. Она выполняет конструктивно-регулятивную функцию, является образцом (конструкцией, моделью) действительно ответственного и должного поведения»⁴. Поддерживая такую оценку, Р.Л. Хачатуров и Д.А. Липинский именуют такую ответственность статутной (единым, целостным правовым явлением) «на том основании, что она устанавливается законодательством»⁵.

¹ См.: Краткий философский словарь. Изд. 2-е, перераб. и допол. / отв. ред. А.П. Алексеев. М., 2015. С. 341.

² Лазарев В.В. Поиск права // Журнал российского права. 2004. № 7. С. 3–14.

³ Черемнина А.П. Проблема ответственности в этике: автореф. дис. ... канд. филос. наук. Л., 1965. С. 12.

⁴ Черных Е.В. О нормативном характере юридической ответственности // Вопросы теории государства и права. Вып. 1 (10). Саратов, 1988. С. 80–81.

⁵ Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Указ. соч. С. 42.

Следует согласиться с тем, что в правовой системе действительно имеются нормы, *регламентирующие* юридическую ответственность. В уголовно-правовой литературе их подразделяют, например, на нормы, устанавливающие ответственность, и нормы, регулирующие применение уголовной ответственности¹. Они являются предпосылкой наступления юридической ответственности, поскольку отражают позицию законодателя относительно ее основания, форм, объема и пределов реализации. Подчеркнем, что установление таких требований, равно как оснований и условий освобождения от несения юридической ответственности, составляет *обязанность государства* перед обществом и конкретными людьми в силу его особого по сравнению с ними статуса. Эти требования формулируются в виде правовых запретов, обязывания, дозволений действовать в пределах правомочий либо возможности проявлять социально правовую активность в рамках свободы, не скованной правовыми нормами (поощряемое поведение). Несоблюдение установленных требований («совокупности нормативов») связывается государством с наступлением персональной (групповой) юридической ответственности в строгом ее значении. При этом государство гарантирует ее реализацию в полном соответствии с предписаниями соответствующих норм права, обеспечивающих соблюдение законных прав и интересов граждан (или их совокупности в виде юридических лиц). В этом смысле государство ответственно перед ними, однако это мало связано с характеристикой «статутной ответственности», которую нередко предлагается рассматривать как элемент юридической ответственности, наряду с перспективной (позитивной) и ретроспективной (негативной) ее разновидностями.

Таким образом, правовой базой для реализации юридической ответственности являются соответствующие *нормы права*, заключающие в своем содержании указания на определенные обязанности и права, адресованные не только гражданам, но и уполномоченным (компетентным) государственным органом и должностным лицам. Отнесение «статутной ответственности» к юридической ее разновидности (или аспекту реализации) только на том основании, что в законодательстве «формализуются правила ответственного поведения и последствия нарушения этих правил»², не представляется убеди-

¹ См. подробнее: Филимонов В.Д. Нормы уголовного права. СПб., 2004.

² Елеонский В.А. Уголовная ответственность и воспитание позитивной ответственности личности. Рязань, 1979. С. 26.

тельным. В нормах права излагается юридическое *представление* об ответственности, характеризуются ее основания, возможные формы реализации, объем и пределы ответственности. В этом смысле она не может быть позитивной или негативной.

Применительно к изначально установленным нормативным требованиям индивиды находятся в «состоянии ответственности» в равной мере. Однако *отношение* к нормативам поведения может оказаться позитивным или негативным, ответственным или безответственным. В значительной степени это связано с осознанием субъектом предъявленных к его поведению требований, пониманием их социальной значимости. Общество и государство должны быть крайне заинтересованы в позитивном отношении граждан к требованиям правовых норм. Эта проблема представляется актуальной для юридической науки и практики. Требуемое отношение формируется главным образом посредством метода убеждения, поскольку само по себе негативное отношение к норме не может быть основанием для соответствующей государственной (внешней) реакции в виде возложения мер ответственности.

В общей теории права излагается концепция, в соответствии с которой ретроспективная (негативная) ответственность занимает по отношению к позитивной подчиненное положение, является специфическим методом обеспечения ответственности позитивной (ретроспективной)¹. В ее рамках утверждается, что последняя возникает, когда на субъекта возлагается обязанность, которая осознается в виде долга перед государством и обществом². Следовательно, основанием возникновения юридической (в том числе уголовной) ответственности в ее позитивном облике является, по мнению сторонников такой концепции, наличие юридической обязанности субъекта следовать предписаниям правовой нормы, закрепленной в нормативном акте³, или «прохождение» требований закона через сознание субъекта, а «не с момента его издания»⁴. При таком понимании негативная (ретроспективная) ответственность может следовать за позитивной (в случае правонарушения) либо проявлять себя только в виде санк-

¹ См.: Кудрявцев В.Н. Закон, поступок, ответственность. М., 1986. С. 299.

² См.: Кудрявцев В.Н. Субъективные элементы ответственности // Вопросы борьбы с преступностью. М., 1981. Вып. 34. С. 4.

³ См.: Липинский Д.А., Мусаткина А.А. Указ. соч. С. 6.

⁴ Тарбагаев А.Н. К вопросу о сущности уголовной ответственности // Актуальные вопросы государства и права в современный период. Томск, 1981. С. 169.

ции (при позитивном отношении субъекта к своим юридическим обязанностям, изложенным в законе).

Представленная в этом образе позитивная ответственность хотя в некотором смысле и опирается на юридическую обязанность, но не имеет процессуальной формы своего осуществления, несмотря на то, что ее наличие рассматривается сторонниками обособления этого вида (формы реализации) ответственности в качестве «специфического признака» юридической ответственности¹. Молчаливое одобрение со стороны государства позитивного («ответственного») отношения лица к исполнению своей обязанности очевидно не может рассматриваться как некая юридическая форма, в которой объективизируются его воля и реакция.

Юридическая ответственность представляется в литературе как единое, целостное явление, поэтому предпринимаются попытки аккумулировать в ее определении обе стороны – позитивную и негативную, а также подчеркнуть их существенные признаки. С их учетом она определяется как «юридическая *обязанность* по исполнению и соблюдению требований норм права, *реализующаяся* в правомерном поведении субъектов, одобряемом или поощряемом государством, а в случае ее нарушения – *обязанность* правонарушителя претерпеть осуждение, ограничение прав имущественного или личного неимущественного характера и ее *реализация* (курсив наши. – И.Т.)².

Стремление авторов выработать универсальное, претендующее на всеобщность определение рассматриваемого понятия заслуживает поддержки. Однако предлагаемое решение проблемы вряд ли может быть признано достаточно убедительным и успешным по ряду соображений.

В правовых нормах устанавливаются не только виды и параметры (модели) *должного* поведения, которое опирается на юридическую обязанность субъекта. По этой причине само представление об ответственном, позитивном поведении не может ограничиваться категорией «должное» и основываться только на обязанности. В нормах права внимание лица привлекается также к образцам (моделям) поведения иного плана, а иногда (в поощрительных нормах) – более высокого порядка, чем *должное*. Подобные типы позитивного поведения именуются дозволенным, социально активным, стимулируемым, поощряемым.

¹ См.: Хачатуров Р.Л., Липинский А.А. Указ. соч. С. 33.

² Там же. С. 50.

Для них характерны гармоничное сочетание общественного и личного интересов, позитивное отношение к правовым требованиям, а также правомерность, непосредственно не связанная с реализацией юридической обязанности. Поэтому даже в рамках избранной авторами концепции юридической ответственности нельзя ее позитивную разновидность связывать только с обязанностью или ее реализацией. Вместе с тем трудно согласиться с Р.А. Сабитовым, который, поддерживая это замечание, характеризует позитивную ответственность как ответственность перед обществом и государством (перед вышестоящей инстанцией) за свою деятельность¹. При таком подходе грани между излагаемой концепцией позитивной ответственности и ответственностью ретроспективной становятся неочевидными, трудноуловимыми.

Авторы анализируемого определения далее полагают, что поощрительная норма «предусматривает меру юридической ответственности, но ответственности добровольной», которую они фактически отождествляют с позитивной юридической ответственностью и связывают с поощрением². Утверждается, что поощрительная санкция «закрепляет объем и меру позитивного аспекта реализации юридической ответственности», хотя субъект может «действовать ответственно не только под влиянием государственного поощрения, но и под влиянием абстрактного государственного принуждения, которое закреплено отнюдь не в поощрительной норме»³. Анализ данных суждений позволяет выявить их противоречивый характер и неточность в установлении правовой природы поощрения.

Во-первых, при реализации поощрительных норм добровольным является только само поведение лица. В нем отражается его позитивное, социально активное отношение к соответствующим их предписаниям. Однако это, по нашему мнению, не означает, что уже с этого момента реализуется его ответственность. Поведение поощряемого субъекта ответственно, но по другой причине. Думается, что ответственность не может быть поощрительной по определению, хотя такая оценка позитивной ответственности имеет место⁴.

¹ См.: Сабитов Р.А. Уголовно-правовое регулирование посткриминального поведения. Челябинск, 2011. С. 196–197.

² См.: Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Указ. соч. С. 173, 212.

³ Липинский Д.А., Мусаткина А.А. Указ. соч. С. 11, 12.

⁴ См.: Разгильдиев Б.Т. Задачи уголовного права Российской Федерации и их реализация. Саратов, 1993. С. 152.

Во-вторых, выбор субъектом модели поощряемого правом поведения в значительной степени определяется его стремлением удовлетворить собственные потребности, личный интерес, который в данном случае гармонизирован с общественным. Таким образом поощряемое лицо реализует свою свободу, не ограниченную какой-либо нормой права, а не ее дозволение¹. Поэтому утверждение, что такое поведение может быть реализовано под влиянием абстрактного государственного принуждения, – результат заблуждения.

И наконец, следует признать ошибочным положение, согласно которому «применение мер поощрения является реализацией добровольной формы юридической ответственности». Поэтому отнесение этой деятельности к позитивному аспекту реализации юридической ответственности предоставляется ошибочным. Применение мер правового поощрения отнесено к компетенции соответствующих государственных органов или должностных лиц, которая реализуется путем правоприменения. Это государственно-властная деятельность, характер и признаки которой были раскрыты в трудах В.В. Лазарева. Он подчеркивал, в частности, что правоприменительный процесс завершается изданием правоприменительного *акта*, в котором «не только отражается, но и выражается право», а организующий характер правоприменения проявляется «в его социальной направленности на оказание содействия в реализации прав и обязанностей другими субъектами права»². В связи с этим реализация поощрительных санкций не может расцениваться как добровольная форма реализации юридической ответственности.

¹ См.: Липинский Д.А. и Мусаткина А.А. Указ. соч. С. 75.

² Лазарев В.В. Правоприменительные акты и их эффективность: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1977. С. 7.

Раздел 4

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА В ПРАКТИКЕ

Т.Я. Хабриева

4.1. ВОПЛОЩЕНИЕ ИДЕЙ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА В ЗАКОНОТВОРЧЕСКОЙ ПРАКТИКЕ

Привычно говорить о методологической роли теории государства и права в развитии юридических наук, часто ставится вопрос о месте теории государства и права среди других учебных дисциплин, и почти не встречается прямой постановки проблемы выявления ее значения в решении практических задач. Исследования Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации позволяют обратить внимание на некоторые аспекты теоретического сопровождения организации законодательных работ.

Российское законодательство продолжает модернизироваться. Необходимость в укреплении его научных основ не ослабевает. Институт законодательства и сравнительного правоведения (далее – Институт) не прерывает своих изысканий и в очередной раз представил новое издание концепций развития российского законодательства¹. Оно во многом определяет характер, уровень и разнообразие доктринальных поисков научного коллектива и, прежде всего, отражает аналитическую и прогностическую функции общей теории права и государства.

Институт, известный научными школами частного и публичного права, приступил к разработке первых концепций в начале 1990-х гг., в первые годы становления нового российского государства. В тот период концепции были ориентированы на анализ наиболее общих проблем становления системы законодательства Российской Феде-

¹ См.: Научные концепции развития российского законодательства: монография. Изд. 7-е доп. и перераб. / С.Е. Нарышкин, Т.Я. Хабриева, А.И. Абрамова и др.; отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М., 2015.

рации, его базовых отраслей и правовых комплексов¹. В дальнейшем, по мере формирования и развития российской правовой системы, акцент смещался в сторону более масштабного и одновременно более детального изучения основных тенденций в отдельных отраслях законодательства. Разрабатывались доктринальные проблемы законодательства как действующей и изменяющейся нормативно-правовой системы, опирающейся на прогнозные оценки и перспективные программы социально-экономического развития страны. Большое внимание уделялось обоснованию системных основ и принципов построения, действия и развития законодательства с учетом продуманного соотношения видов законов, законов и подзаконных актов, законов и международных правовых актов, а также внутренних связей между подразделениями системы законодательства; разработке механизма обеспечения действия закона, его мониторинга и т.д.²

Отличительной чертой этого по сути нового жанра научного исследования была и остается не только опора на фундаментальную доктрину, но и ориентированность на решение практических проблем. Поэтому, например, издание 2004 г. наряду с разделом «Проблемы теории законодательства» включало в себя разделы «Отрасли законодательства, отнесенные к ведению Российской Федерации» и «Отрасли законодательства, отнесенные к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации». Такое построение монографии объяснялось остротой вопросов федеративного среза законодательства³.

¹ См.: Концепции развития российского законодательства / под ред. Л.А. Окунькова, Ю.А. Тихомирова, Ю.П. Орловского. М., 1994; Правовая реформа: Концепции развития российского законодательства / под ред. Л.А. Окунькова, Ю.А. Тихомирова, Ю.П. Орловского; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1995; Концепции развития российского законодательства / под ред. Л.А. Окунькова, Ю.А. Тихомирова, Ю.П. Орловского; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. Изд. 3-е, перераб. и доп. М., 1998.

² См.: Концепции развития российского законодательства / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова, Ю.П. Орловского; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М., 2004.

³ См., например: Субъект Российской Федерации. Правовое положение и полномочия: научно-практическое пособие / Л.В. Андриченко, Е.В. Белоусова, Б.С. Крылов, Н.А. Михалева, и др.; отв. ред. Б.С. Крылов. М., 1998; Соотношение законодательства Российской Федерации и законодательства субъектов Российской Федерации: монография / А.И. Абрамова, Э.П. Андрияшина, С.А. Боголюбов и др.; отв. ред. Т.Я. Хабриева. М., 2003; Андриченко Л.В. Регулирование и защита прав национальных меньшинств и коренных малочисленных народов в Российской Федерации. М., 2005; Хабриева Т.Я. Национально-культурная автономия в Российской Федерации: монография. М., 2003; Ее же. Современные проблемы самоопределения этносов: сравнительно-правовое исследование. М., 2010.

И уже здесь представляется необходимым подчеркнуть одно обстоятельство, которое оказалось в центре дискуссии теоретиков. Одни ученые видят теоретическую юридическую науку общей – объединяющей теорию государства и теорию права, а другие считают предметы той и другой разными; одни теоретики хотели бы освободить теорию права от политики и делают акцент на юридическую технику в широком ее понимании, другие во всех правовых явлениях и представлениях о них видят политику; кто-то исходит из того, что есть в реальной жизни, а кто-то из того, что должно быть.

Для Института подобная разногласия не являлась актуальной. Отечественная законодательная практика развивалась в русле социально-политического развития страны, в неразрывной связи с переменами во всей политической системе, и коллектив Института интенсивно разрабатывал коренные и насущные проблемы развития законодательства в непосредственной связи с теми задачами, которые обозначились в ходе развития новой государственности. Соответственно издавались новые общетеоретические научные труды и крупные работы по проблемам отраслей законодательства с учетом политических преобразований и совершенствования собственно государственного механизма.

В продолжение характерных для Института разработок с использованием средств социолого-правовой методологии проводились эмпирические научные исследования в федеральных органах исполнительной власти и в регионах России⁴. Таким образом, можно дать ответ и по поводу соотношения теории права и социологии права. С нашей точки зрения, в общей теории государства и права в том виде, в каком она развивалась в России с середины прошлого века, органически соединялись и теория, и философия, и социология. Другой вопрос, что в силу ряда обстоятельств философский и социологический аспекты не получили достаточного развития.

В подготовке пятого издания «Концепций развития российского законодательства» акцент был сделан на более органичное сочетание

⁴ См.: Муниципальная реформа в Российской Федерации: правовое и экономическое исследование / под общ. ред. Т.Я. Хабриевой. М., 2010; Административная реформа в субъектах Российской Федерации / под ред. С.Е. Нарышкина, Т.Я. Хабриевой. М., 2008; Путило Н.В. Законодательство субъектов Российской Федерации о здравоохранении // Журнал российского права. 2002. № 2; Социально-правовые исследования в регионах: монография / отв. ред. Ю.А. Тихомиров и др.; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М., 2011 и др.

законотворчества и правоприменения с присущими им инструментами в общем цикле правового развития. Была предпринята попытка обосновать такое построение системы законодательства, когда выделяются отрасли законодательства преимущественно по критерию основного метода правового регулирования (конституционное, административное, финансовое, гражданское, уголовное и др.), комплексные отрасли по критерию сочетания методов публичного и частного права и более детальных методов регулирования (об образовании, о науке, о культуре, жилищное, экологическое, земельное и др.), отрасли процессуального законодательства, обеспечивающие действие отраслей первой и второй групп¹. Аналогичный подход был избран и в очередном издании концепций. Кроме того, в отдельном разделе представлены формирующиеся законодательные комплексы, которые находятся в процессе своего становления как самостоятельные отрасли законодательства. И в данном случае нельзя не обратить внимание на органическую зависимость правотворчества и правоприменения, на субъектов той и другой деятельности и ее результаты, выражающиеся в принятых правовых актах. Нет необходимости показывать важность традиционной постановки вопросов о предмете и методе как об основных критериях выделения отраслей права, но в то же время осложнилось решение соответствующих вопросов в связи с появлением отношений, фактически не известных предшествующему этапу развития законодательства.

Общая теория государства и права отдает должное историческому методу и ставит его в преимущественное положение даже по отношению к логическому. Создаваемые на этой основе концепции развития российского законодательства учитывают еще и прогнозы развития российской государственности, поэтому они по большому счету формируют высокий стандарт законотворчества, позволяющий определить прогнозируемые уровень и качество законопроектной работы в соответствии с современными потребностями социально-экономического развития страны. Соответственно в последующем выработанные концептуальные позиции осмысливаются и получают отражение при подготовке ежегодных докладов о

¹ См.: Концепции развития российского законодательства / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова. М., 2010.

состоянии российского законодательства¹, в которых также использовались разработки Института.

Практические предложения, основанные на общей теории права и государства, нашли отражение в седьмом издании «Концепций развития российского законодательства». Авторский коллектив ставил перед собой амбициозную цель: сформировать расширенный доктринальный взгляд на сложившуюся систему российского законодательства и дальнейшее ее совершенствование в контексте реализации принципов «консервативной модернизации» и перехода от экспортно-сырьевой экономики к экономике, базирующейся на знаниях, к инновационному, социально ориентированному типу развития, одновременно придав концепциям ярко выраженную прогностическую направленность.

В концепциях сохраняется программно-целевой подход, ориентирующий законодателя по всему комплексу стратегических задач², и в них отчетливо формулируется задача по составлению прогнозного плана развития модернизированного законодательства, способного проявлять свой регулятивный потенциал не только в период стабильности, но и в условиях кризиса.

На современном этапе развитие российского законодательства идет по модернизационному пути, который не предполагает его коренного преобразования, но вместе с тем не ограничивается текущим внесением в него изменений. Модернизацию отличают масштаб и способ решения задач, что требует принятия не только новых законов, но и пересмотра существующих, а также применения новых методов и средств правового воздействия³. Путем модернизации российского законодательства осуществляется заметное смещение вектора правового развития в направлении социально-гуманитарных вопросов, стремление обеспечить равновесие частных, социально-групповых и

¹ См., например: Доклад Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 2009 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации» / под общ. ред. С.М. Миронова, Г.Э. Бурбулиса. М., 2010; Доклад Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 2010 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации». М., 2011; Российское законодательство: 20 лет развития в русле новой Конституции Российской Федерации / отв. ред. А.А. Клишас, В.Н. Плигин. М., 2013. URL: <http://www.gosduma.net/analytics/publication-of-legal-department/Otchet.pdf>

² См.: Хабриева Т.Я. Стратегия развития России и модернизация законодательства. В кн.: Концепции развития российского законодательства. М., 2010. С. 19–34.

³ См.: Организация законопроектной работы в системе федеральных органов исполнительной власти / Е.Л. Забарчук, А.А. Муравьев, А.Н. Пилипенко, Т.Н. Рахманина и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой. М., 2006. С. 19–22.

общегосударственных интересов. Продолжается гармонизация предметов законодательного регулирования Федерации и ее субъектов. В последние годы ощутима тенденция к достижению равновесия федерального и регионального законодательства на основе принципов субсидиарности в правовом регулировании¹. Сохраняется необходимость поиска оптимального сочетания методов правового воздействия. Появляются новые композиции императивных и диспозитивных режимов регулирования. В публичные сферы, в которых традиционно отсутствует равенство сторон, все чаще проникают элементы частного права, связанные с использованием договорных и согласительных процедур, тогда как элементы публичного права все шире присутствуют и находят применение в сфере действия частного права.

Наблюдается тенденция к более активному синтезу частноправовых и публично-правовых средств, что становится мощным фактором повышения регулятивных возможностей законодательства. Наконец, намечается переход от экстенсивного развития законодательства, связанного со стремительным увеличением числа законов, к целенаправленной законодательной политике с целью обеспечения полноценной реализации конституционных принципов и норм. Речь идет о поиске наиболее адекватных форм систематизации российского законодательства, в том числе о принятии федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации»².

Эффективность правового регулирования зависит и от надлежащего ресурсного обеспечения (экономического, социального, кадрового и др.) правовых преобразований, а также от действия механизма реализации правовых норм. Последовательное движение Российской Федерации к инновационному и социально ориентированному типу развития обусловило не только обновление корпуса социального законодательства, но и постепенную социализацию всего российского законодательства³. Реформирование правовой системы, вызванное провозглашением в качестве приоритетного направления «разви-

¹ См.: Институты конституционного права / под ред. Л.В. Андриченко, А.Е. Постникова. М., 2011.

² См.: Концепция законопроекта «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» // Журнал российского права. 2012. № 8; Проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации (инициативный законопроект). М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2013.

³ См. подробнее: Хабриева Т.Я. Основные векторы и проблемы развития социального законодательства // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 5–15.

тие человеческого потенциала», подразумевающего создание благоприятных условий для реализации способностей каждого человека, улучшение условий жизни российских граждан и качества социальной среды, а также повышение конкурентоспособности человеческого капитала и обеспечивающих его социальных секторов экономики, будет продолжаться.

Развитие общей теории государства и права во многом связано с процессами глобализации, сотрудничеством государств многополярного мира и переплетением внутренних и внешних функций права и государства. Для законодательства Российской Федерации приобретают исключительно важное значение процессы обеспечения прав и свобод человека и гражданина в рамках европейского пространства и, что не менее важно, сотрудничество в самых разных сферах на евразийской территории.

Взаимодействие евразийских государств в рамках созданного в 2015 г. Евразийского экономического союза (далее – ЕАЭС) способно стать одним из полюсов развития современного мира, «мостом» между Европой и Азиатско-Тихоокеанским регионом. Масштабные задачи, поставленные перед ЕАЭС, и созданные для их реализации правовые механизмы приведут в будущем к сближению правовых систем государств-членов.

Активизация мировых интеграционных процессов влечет необходимость выработки единых международно-правовых стандартов в различных сферах, в частности в вопросах обеспечения прав человека и основных свобод. Вместе с тем в условиях усиления международной конкуренции, появления новых угроз международной безопасности и мирному демократическому развитию человечества повышается внимание к сохранению и укреплению суверенитета России и ее территориальной целостности. Расширение гуманитарного сотрудничества государств, в том числе в Европе, требует оптимизации механизмов взаимодействия международного и внутригосударственного права при обеспечении прав человека. В связи с этим становится актуальным вопрос о совершенствовании процедур исполнения решений Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) на основе верховенства Конституции РФ¹. А в общей теории государства и права актуализируется традиционная проблема суверенитета.

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 г. № 21 -П/2015 по делу «О проверке конституционности положений статьи 1 Федерально-

Ориентированность на создание среды, стимулирующей предпринимательскую активность и привлечение капитала в экономику, потребовала существенной перестройки системы государственного управления экономической деятельностью¹. В целях обеспечения перехода к новой модели пространственного развития российской экономики, предполагающей формирование новых центров социально-экономического сотрудничества, опирающихся на энергетическую и транспортную инфраструктуры, и образование сети территориально-производственных кластеров, реализующих конкурентный потенциал территорий, также был принят ряд законодательных актов². На основе внедрения территориального принципа организации управления были созданы новые федеральные органы исполнительной власти³, основной задачей которых стала координация деятельности по реализации на соответствующей территории государственных и федеральных целевых программ.

го закона "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней", пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона "О международных договорах Российской Федерации", 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 и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы». URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3244>; см. также гл. 5 разд. II и раздел IV настоящего издания.

¹ См.: Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 78-ФЗ «Об уполномоченных по защите прав предпринимателей в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 19. Ст. 2305; Федеральный закон от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» // СЗ РФ. 2011. № 19. Ст. 2716; Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 41-ФЗ «О Счетной палате Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1649; Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 77-ФЗ «О парламентском контроле» // СЗ РФ. 2013. № 19. Ст. 2304; Федеральный закон от 21 июля 2014 г. № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 30 (ч. I). Ст. 4213 и др.

² Федеральный закон от 29 декабря 2014 г. № 473-ФЗ «О территориях опережающего социально-экономического развития в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 1 (ч. I). Ст. 26; Федеральный закон от 3 декабря 2011 г. № 392-ФЗ «О зонах территориального развития в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 49 (ч. 5). Ст. 7070; Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 212-ФЗ «О свободном порте Владивосток» // Российская газета. 2015. 15 июля; Федеральный закон от 29 ноября 2014 г. № 377-ФЗ «О развитии Крымского федерального округа и свободной экономической зоне на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя» // СЗ РФ. 2014. № 48. Ст. 6658.

³ Министерство по делам Дальнего Востока, Министерство по делам Северного Кавказа, Министерство по делам Крыма, созданное Указом Президента РФ от 31 марта 2014 г. № 190 и упраздненное Указом Президента РФ от 15 июля 2015 г. № 368.

В фокусе исследования продолжает оставаться поиск оптимального баланса централизации и децентрализации, концентрации и децентрализации публичного управления, объем, форма и содержание каждого из которых меняется¹.

Основные тенденции развития российского законодательства, наиболее острые вопросы его реформирования, а также общественно-политические реалии, в которых происходит модернизация законодательства, служат отправной точкой для дальнейших научных исследований и фундаментом для подготовки предложений практического порядка. Нуждаются в анализе и в общетеоретическом осмыслении процессы систематизации и кодификации законодательства², научные основы законодательного процесса³, юридической техники⁴, взаимодействия и соотношения международного и национального права⁵, использование сравнительно-правовой методологии⁶ и методов смежных наук в праве⁷ и др. Следует только констатировать, что

¹ См.: Постников А.Е., Андриченко Л.В. Конституционные основы разграничения полномочий между органами публичной власти. М., 2015; Тихомиров Ю.А. Централизация и децентрализация: динамика соотношения // Журнал российского права. 2007. № 2.

² См.: Систематизация законодательства в Российской Федерации / А.И. Абрамова, А.В. Мицкевич, А.С. Пиголкин, А.Н. Пилипенко и др.; под ред. А.С. Пиголкина. СПб., 2003.

³ См.: Законотворчество в Российской Федерации: научно-практическое и учебное пособие / А.И. Абрамова, Т.В. Губарева, А.В. Мицкевич, А.С. Пиголкин и др.; под ред. А.С. Пиголкина. М., 2000; Абрамова А.И., Пиголкин А.С., Рахманина Т.Н., Студеникина М.С. Современные тенденции законодательного творчества // Концепции развития российского законодательства. М., 2004. С. 54–76; Пиголкин А.С., Рахманина Т.Н. Вопросы методики подготовки законопроектов // Проблемы законотворчества Российской Федерации. Труды. М., 1993, № 53. С. 83–102; Парламентское право / под ред. Т.Я. Хабриевой. М., 2013 и др.

⁴ См.: Юридическая техника: учебное пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти / под ред. Т.Я. Хабриевой, Н.А. Власенко. М., 2009; Доктринальные основы юридической техники / отв. ред. Н.А. Власенко. М., 2010; Нормотворческая юридическая техника / отв. ред. Н.А. Власенко. М., 2011 и др.

⁵ См.: Международное право и национальное законодательство / В.И. Лафитский, О.И. Тиунов, Ю.А. Тихомиров и др.; отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2009; Тихомиров Ю.А. Международно-правовые аспекты реализации интересов Российской Федерации в связи с формированием Единого экономического пространства. М., 2012; Хабриева Т.Я. Осминин Б.И., Бальхаева С.Б., Сакаева О.И. и др. Правовые механизмы имплементации антикоррупционных конвенций: монография / отв. ред. О.И. Тиунов. М., 2012.

⁶ См.: Рахманина Т.Н., Тихомиров Ю.А. Национальное законодательство государств – участников СНГ: общее и особенное. Методика сравнительного анализа // Сравнительный обзор законодательства государств – участников СНГ. М., 1995, ч. 1. С. 3–18; Сравнительное правоведение в условиях интеграции государств / отв. ред. В.И. Лафитский, Ю.А. Тихомиров. М., 2013; Методология сравнительного правоведения / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2012.

⁷ Реформа науки и образования: сравнительно-правовой и экономико-правовой анализ: монография / Н.Г. Доронина, Н.М. Казанцев, Н.Г. Семилютина; под ред. Т.Я. Хабриевой. СПб., 2014.

потенциал общей теории государства и права в развитии отечественного законодательства в контексте ценностей правотворческой стратегии и потребностей реальной практики далеко не исчерпан.

В.Б. Исаков

4.2. РЕГЛАМЕНТНЫЕ И ТЕХНИКО-ЮРИДИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА

Поправка в объеме новой редакции закона. В период, когда Государственная Дума только начинала свою работу, существовало две крупных технико-юридических проблемы. Одна из них – принятие новых федеральных законов в форме изменений и дополнений в действующие законы. Другими словами, принимался федеральный закон об изменениях и дополнениях, в котором говорилось примерно следующее: «внести изменения в федеральный закон (наименование), приняв его в следующей редакции...».

Приведем конкретный пример: Статья 1 Федерального закона от 3 февраля 1996 г. № 17-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР»¹ устанавливает: «Внести в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР» (Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 9, ст. 391; № 34, ст. 1966) изменения и дополнения, изложив его в следующей редакции...» Далее следует текст вновь принятого федерального закона в полном объеме.

Откуда взялась эта техника? Кто ее разработал? Никто этого не знает, автор неизвестен. Однако причины ее применения достаточно очевидны: потребность замаскировать тот факт, что Государственная Дума принимает в форме поправки фактически новую редакцию закона. Это позволяло: 1) скрыть от внимания общественности несколько критически важных поправок, к которым не хотелось привлекать внимание; 2) избежать обвинений в принятии плохой проработанности законов, которые спустя короткое время требуют пересмотра и принятия в новой редакции; 3) скрыть от ученых и общественности явную нестабильность действующего законодательства.

¹ СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

Депутатов в данном случае удалось убедить в том, что подобная практика неприемлема, поскольку оба закона (и базовый, и закон о внесении изменений) остаются действующими, и гражданам не понятно, к которому из них обращаться; практические работники не знают, который из двух законов применять; ученые не могут определить, в который из двух законов разрабатывать дальнейшие изменения и дополнения и т.д. Практика принятия поправок в объеме новой редакции закона была прекращена.

Внесение изменений в изменения. Однако, что касается второй проблемы – практики внесения *изменений в изменения*, то эта практика не только не прекратилась, наоборот – «расцвела пышным цветом».

О чем идет речь? Правило юридической техники законотворчества гласит: все изменения и дополнения должны вноситься в основной, базовый нормативный правовой акт (далее – НПА). Но на практике мы видим иное: принимается нормативный правовой акт об изменениях и дополнениях в базовый НПА, при этом следующие изменения и дополнения вносятся не в него, а в закон о его изменениях и дополнениях и т.д.

В качестве примера можно привести Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 269-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О прокуратуре Российской Федерации” и статью 1 Федерального закона “О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам военной службы в органах военной прокуратуры и военных следственных органах Следственного комитета Российской Федерации”»¹. В нем отражены достаточно типичные случаи, когда изменения вносятся не в базовые законы, а в законы об изменениях.

Более того, удалось обнаружить несколько случаев, когда изменения вносились не в базовый НПА, и даже не в закон о его изменениях, а в закон о внесении изменений в изменения, то есть возникала многоуровневая правоизменяющая конструкция: базовый закон (1 уровень) → закон о внесении изменения в базовый закон (2 уровень) → закон о внесении изменений в изменения (3 уровень) → закон о внесении изменений в изменения в изменения (4 уровень)...

Так, ст. 4 Федерального закона от 3 ноября 2015 г. № 301-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Россий-

¹ СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4395.

ской Федерации в связи с Федеральным законом «О федеральном бюджете на 2016 год»¹ вносит изменения в ч. 17 ст. 30 Федерального закона от 8 мая 2010 г. № 83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений», которая, в свою очередь, была изменена до этого Федеральным законом от 18 июля 2011 г. № 239-ФЗ.

Данную юридико-техническую конструкцию можно образно представить себе так: законодатель построил красивое и пропорциональное высотное здание – базовый нормативный правовой акт; спустя какое-то время к нему пристраивается «флигель» – закон об изменениях и дополнениях, поскольку на практике возникла такая необходимость. Однако следующий «флигель» пристраивается уже не к основному зданию, а к флигелю. Следующая пристройка – флигель к флигелю флигеля и т.д. В результате красивое поначалу здание нормативного правового акта превращается в уродливое нагромождение флигелей и подфлигелей.

Чем это обусловлена подобная практика? На наш взгляд, причины те же самые, о которых было сказано выше: стремление принять изменения и дополнения в законодательство как можно менее заметно, не привлекая к ним внимания. Одно дело, если Дума принимает изменение в Гражданский кодекс РФ: оно неизбежно привлечет внимание общественности, СМИ, окажется предметом активного обсуждения. И совсем другое, если изменение вносится в закон об изменениях и дополнениях среди двух десятков других положений. Его просто не заметят.

Отмена изменений изменениями. Выше говорилось о внесении изменений правоизменяющими НПА. Но существует и «зеркальная» проблема: отмена изменений другими правоизменяющими правовыми актами. В российском законодательстве сложилась спорная, на наш взгляд, практика, когда те или иные статьи правоизменяющего НПА отменяются как бы мимоходом, другим правоизменяющим нормативным правовым актом.

В качестве примера можно привести Федеральный закон от 2 мая 2015 г. № 127-ФЗ «О признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации». Пять пунктов этого правоизменяющего федерального закона (за исключением

¹ Российская газета. 2015. № 251.

п. 1) отменяют различные статьи ранее принятых правоизменяющих нормативных правовых актов¹.

Подобная практика влечет целый ряд негативных последствий. Речь идет не только о стройности действующего законодательства, сохранении его обозримости, хотя и это, наверное, не последнее дело. Она неявным образом опирается на предположение, что у вас под рукой имеется современная электронная база данных, в которой помещены все редакции нормативных правовых актов – со всеми изменениями и дополнениями за весь период их действия. Компьютер выбирает из числа имеющихся нужную вам редакцию закона с учетом всех действующих на тот момент изменений и дополнений.

Это существенно облегчает труд юристов, – замечательное достижение компьютерной техники, результат огромного труда специалистов, ведущих правовые базы данных. Однако спросим себя, в состоянии ли выполнить подобную работу отдельный гражданин, не имеющий доступа к базе данных? Сколько времени ему потребуется, чтобы вручную «перерыть» все официальные источники за весь период действия интересующего его нормативного акта и собрать из них все разбросанные в пространстве и времени изменения и дополнения? Это практически невыполнимая задача, и никто ей не будет заниматься. Поэтому, на наш взгляд, практика скрытых изменений НПА противоречит *принципу демократизма* законодательства, поскольку отрезает от действующего законодательства те слои населения, которые не имеют доступа к правовым базам данных и не владеют современными технологиями поиска правовой информации.

Заголовок (наименование) закона. Один из важных элементов законодательного текста – заголовок, наименование федерального закона. Благодаря заголовку мы отличаем один закон от другого, лучше понимаем его цель, смысл и содержание. Среди видов толкования теории выделяют «историко-политическое», которое опирается на понимание цели и смысла данного закона. А цель и смысл закона, в свою очередь, наиболее полно выражаются именно в его заголовке.

Как складывается современная практика присвоения наименований федеральным законам? С использованием официального интернет-портала правовой информации pravo.gov.ru нами была проанализирована практика присвоения наименований федеральным законам в Государственной Думе действующего (шестого) созыва. Согласно

¹ СЗ РФ. 2015. № 18. Ст. 2630.

этой базе данных, Государственная Дума шестого созыва приняла с 4 декабря 2011 г. по 1 октября 2015 г. 1619 федеральных законов. Из них 252 федеральных закона имели одинаковый заголовок: «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Каковы основания для присвоения такому количеству НПА одинаковых заголовков?

Причин тому видится несколько. Первая среди них – элементарная лень. Поиск короткой и четкой формулировки заголовка НПА требует определенных интеллектуальных усилий, но современному законодателю некогда этим заниматься. Проще присвоить закону безликий стандартный заголовок «О внесении изменения в ряд законодательных актов». Возражений не последует.

Вторая причина связана с тем, о чем выше уже говорилось: это способ замаскировать содержание НПА, скрыть под безликим наименованием проблему, которая может привлечь к себе внимание и вызвать дискуссию в обществе.

Третья причина обусловлена с периодически возникающей потребностью провести в законодательство положение, которое понадобилось для решения текущих задач управления, причем как можно скорее. В первые годы российского законотворчества такие положения просто технически «подклеивали» к ближайшему законопроекту, находящемуся на стадии принятия. Но появление в тексте законов норм, не относящихся к предмету регулирования данного закона, бросалось в глаза и создавало ряд практических неудобств, например трудности при кодификации подобного нормативного правового акта и при поиске заложенных в него посторонних «вставок». Тогда нашлось другое решение – стали формироваться комплексные по содержанию, «сборные» законы, (которые кто-то остроумно назвал «братскими могилами») так называемые «братские могилы», например Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 233-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации” и отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»¹. Данный нормативный правовой акт содер-

¹ СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4359.

жит 35 статей, и практически все они посвящены разным, никак не связанным между собой вопросам.

На практике у такого типа законов выявилась любопытная особенность: они оказались инструментом для лоббирования, поскольку в них бессмысленно копаться, пытаясь выяснить, кто туда попал и на каком основании – никакой общей концепции, логики и единого предмета регулирования в таком законе нет по определению.

Принятие законов со стандартными, безликими наименованиями опять же опирается на использование электронных баз данных с развитыми системами поиска. А если пользователь не имеет доступа к базе данных или не владеет технологией поиска правовой информации? Тогда перед ним 252 федеральных закона с одинаковыми наименованиями, среди которых крайне затруднительно найти нужный.

Многопредметность НПА. Еще одна очевидная тенденция современного законотворчества – многопредметность, объединение в одном НПА нескольких разных предметов правового регулирования.

В качестве конкретного примера приведем Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹. По существу это три искусственно объединенных разных закона.

Каков смысл в принятии подобных законов? Полагаем, что основным источником для подобной практики является законодательный популизм, желание принять (на американский манер) закон с броским названием, который производил бы впечатление серьезного, комплексного решения крупной государственной проблемы.

Но популизм и научная обоснованность плохо совместимы. Каждый законодательный акт продолжает действовать изолированно. Их объединение приводит к загромождению законодательства сложными по содержанию, многопредметными актами. Многопредметность, в свою очередь, затрудняет кодификацию и систематизацию законодательства: НПА продолжает действовать, даже если он на 99% устарел, но оставшийся 1% держит его «на плаву», не позволяет признать утратившим силу. Многопредметность вредна и с точки зрения построения правовых баз данных, поскольку вместе с полезной ин-

¹ СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6071.

формацией пользователю выдается огромное количество ненужных сведений. На наш взгляд, в законотворческой практике следует придерживаться простого и понятного юридико-технического принципа: «Один предмет – один правовой акт».

Оптимальный объем статьи НПА. Текст федерального закона подразделяется на статьи, имеющие некоторый привычный, устоявшийся объем: как правило, это не свыше страницы, в крайнем случае 1,5. Такой объем статьи НПА основывается на возможностях оперативной памяти человека: он оптимален для того, чтобы несколько взаимосвязанных положений могли бы обрабатываться человеческим мышлением как некоторое единое целое.

В текущей законотворческой практике встречаются не всегда оправданные отступления от данного объема. Так, например, ст. 62 «Предвыборная агитация» Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»¹ занимает 5 страниц текста, ст. 85 «Порядок подсчета голосов» состоит из 32 частей и растянулась на 11 страниц и т.д. Удерживать в памяти такое количество информации и эффективно работать человеку сложно. Очевидно, законодателю следует более глубоко продумывать структуру нормативных правовых актов, с тем чтобы не создавать статей, равных по объему отдельному нормативному правовому акту.

Соотношение нормативности и инструктивности закона. Завышенный объем статей НПА связан с другим недостатком законотворчества, который можно назвать «нарушением баланса нормативности и инструктивности закона».

Если взять двухтомник «Законы СССР» и сравнить союзные законодательные акты с нынешними, российскими, то бросается в глаза примечательная особенность: союзные нормативные акты выглядят как весьма компактные документы; союзный законодатель оставляет поле деятельности для законодательства союзных республик, подзаконных актов и правоприменительной практики. Российский законодатель пошел по другому пути: он пытается максимально детализировать законодательное регулирование и зачастую превращает законы в подробные описательные инструкции. Избыточная инструктивность законов просматривается в избирательном законо-

¹ СЗ РФ. 2014. № 8. Ст. 740.

дательстве, а также в ряде актов налогового, финансового, экологического, социального, пенсионного законодательства.

Правильно ли это? Может быть, изменились эпоха, общественные отношения и подход законодателя к их регулированию? На первый взгляд некоторое расширение инструктивности российских законов соответствует общедемократическому требованию осуществлять регулирование на уровне законов и сокращать регулирование подзаконное.

Безусловно выявление оптимума нормативности и инструктивности в законодательстве требует серьезного научного анализа. Вместе с тем очевидно, что избыточная инструктивность федеральных законов (тенденция к превращению их в подробные детализированные инструкции) влечет целый ряд негативных последствий: 1) из законотворчества вытесняются субъекты Российской Федерации – для них просто не остается места; 2) федеральные законы превращаются в объемные документы, в которых трудно разобраться даже специалистам; 3) теряется различие между главным и второстепенным, материальным и процедурно-процессуальным регулированием – в рамках одного нормативного акта они «перемешиваются»; 4) искусственно ослабляется подзаконное регулирование, которое побуждает исполнительную власть перекладывать ответственность за свое бездействие и за неправильные решения на законодателя, который «не принял необходимых законодательных норм»; 5) существенно увеличивается угроза возникновения пробелов, а следовательно, появляется необходимость постоянных изменений и дополнений законодательства.

Данная проблема затрагивает основы законодательной практики и не имеет простого и однозначного решения. На наш взгляд, Министерство юстиции с участием профильных ведомств и научно-практической общественности должно разработать *генеральные схемы развития* отраслей российского законодательства, в которых необходимо четко обрисовать обязанности и пределы компетенции всех участников законодательного процесса. При таком подходе должно стать понятным, кто должен сформулировать концепцию и принципы правового регулирования, кто – принять рамочный нормативный правовой акт, а на ком лежит обязанность превратить рамочный правовой акт в подробную детализированную инструкцию.

Соотношение нормативно-правового и технико-юридического регулирования. Одна из проблем, нуждающихся в осмыслении, – ме-

няющееся соотношение нормативно-правового и технико-юридического регулирования. Проиллюстрируем ее на конкретном примере.

В учебном корпусе НИУ ВШЭ, в котором размещается факультет права, был смонтирован лифт – однако небольшой по вместимости, так как размеры лестничных пролетов исключали иное инженерное решение. С момента пуска в лифтовых холлах стали собираться большие группы студентов, которые загружали и перегружали лифт, что приводило к его поломкам, а преподаватели, в том числе пожилые, были вынуждены либо пробиваться к лифтам через толпу, либо пользоваться лестницей.

Вероятно, можно было бы решить данную проблемы традиционным способом: организовать разъяснительную и воспитательную работу среди студентов, принять локальный нормативный акт – положение о пользовании лифтом, установить, кто имеет право пользоваться лифтом в приоритетном порядке, назначить дежурных, начать формировать «дисциплинарную практику» в отношении нарушителей порядка пользования лифтом и т.д. Но администрация пошла другим путем: преподавателям, сотрудникам, а также ряду студентов по показателям здоровья были выданы электронные пропуска для пользования лифтом. Площадки лифтовых холлов опустели...

Данный пример можно посчитать мелким, бытовым, но он выявляет крупную проблему: в ряде случаев техническое регулирование может заменять и даже вытеснять нормативно-правовое, оказываясь более простым, экономичным и эффективным. Учитывая, что современный человек живет в окружении мира техники, все чаще удовлетворяет свои потребности с использованием разнообразных технических средств, данная тенденция, скорее всего, будет развиваться и нарастать.

Учитывается ли данное обстоятельство в законодательной практике? На наш взгляд, далеко не в полной мере. Одним из результатов реформы технического регулирования которой стало принятие Федерального закона от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании»¹, которым было установлено, что технические регламенты могут приниматься альтернативно в форме федерального закона либо постановления правительства.

На наш взгляд, уже сам факт возможности «альтернативного» регулирования – теоретический и практический нонсенс. Предметы

¹ СЗ РФ. 2002. № 52 (ч. I). Ст. 5140.

регулирования законов и подзаконных правовых актов четко различаются: принятие федерального закона по предмету деятельности правительства противоречит конституционному принципу разделения властей.

Не менее важно и то, что законы по своей природе – акты политического характера, которые принимаются в ходе законодательного процесса, имеющего политико-правовой характер. Акты технического регулирования имеют совершенно иную природу. Они основываются на достижениях науки и техники и являются результатом консенсуса относительно узкого круга профессионалов, работающих в данной сфере. Оживленные дискуссии в пленарном заседании Государственной Думы, например вокруг правил разработки, принятия, применения и исполнения требований к продукции, зданиям и сооружениям, процессам проектирования, производства, строительства, монтажа, наладки, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, внесение депутатами поправок, изменений и дополнений в указанные технические нормы вызвали бы недоумение ученых и практиков, иронию средств массовой информации и дискредитацию российского парламентаризма.

Реальные итоги указанного «законодательного эксперимента» выглядят следующим образом: с 2002 г. в форме федеральных законов было принято семь технических регламентов, из них действуют полностью или частично четыре. отменены три.

Д.А. Медведев на заседании Госсовета в Ульяновске 24 ноября 2009 г. ход реформы технического регулирования прокомментировал следующим образом:

«И в отношении технического регулирования... Здесь беда какая-то просто, я просто не знаю, что делать с этим. Не знаю, может, распустить эти органы наши по техническому регулированию?»

Когда я работал в Правительстве, мы как-то эту тему закрутили. Было принято определенное количество технических регламентов, и сейчас они принимаются, но это все равно слезы по количеству. (...) Надо новые правила эти создавать. Вопрос в том как. (...) Может быть, отказаться от этого закона? Он не работает.

Когда я был в Правительстве, с Сергеем Борисовичем [Ивановым] мы вместе этим занимались, он тоже помнит. Наша попытка создать стройную систему технического регулирования ничем не закончилась. Мы не можем принять эти решения в том порядке, в котором это вытекает из закона. (...)

[Мы]... создали стройный на первый взгляд законопроект, посвященный этому, где были общие регламенты, вводимые в действие через Федеральное Собрание; более специальные регламенты, которые вводятся, по-моему, Президентом, еще часть регламентов вводится Правительством. В результате все между пальцами ушло.

Я не знаю, мне кажется, лучше уж тогда это отдать какому-нибудь ведомству одному, и пусть оно все это сделает, и у нас будут на столе эти регламенты. Возьмут правила Евросоюза, надлежащим образом их обработают, скомпилируют и выпустят наконец, потому что, мне кажется, это будет бесконечно продолжаться. Государственная Дума с этим не справится»¹. Отметим, что в настоящее время компетенция по принятию единых актов технического регулирования передана в соответствующие структуры Таможенного союза.

Можно было бы и забыть об этом неудавшемся эксперименте, если бы не чувствительный урон, который он нанес авторитету российского законодателя и развитию экономики страны.

В.И. Червонюк

4.3. ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ, ИЛИ УЧЕНИЕ О ПРАВОВЫХ ТЕХНОЛОГИЯХ: МЕСТО В СИСТЕМЕ ПРАВОВЕДЕНИЯ, ПРЕДМЕТНЫЕ ОБЛАСТИ (ИННОВАЦИОННЫЙ ПОДХОД К РАЗВИТИЮ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА В ХХІ ВЕКЕ)

Утверждение о том, что наука только тогда имеет шансы быть полезной обществу, служить прогрессу, если у нее есть реальные выходы в общественную практику, когда ее выводы и положения воплощаются в современных технологиях и применительно к правовой сфере, может восприниматься аксиоматично. Обособление технологии как науки позволяет выстроить систему знания, направленную на изучение ранее известных и разработку новых средств, приемов, правил, используемых в ходе теоретической и практической деятельности. Совместимость технологий с практикой, перевод технологического знания в практическую плоскость придает осуществляемой деятельности (поведению, действиям, поступкам) рациональный, програм-

¹ URL: <http://www.kremlin.ru/transcripts/6094>

мируемый характер, позволяя достигать необходимого результата с минимальной затратой людских и материальных ресурсов, высвобождая тем самым время и силы для решения новых задач. В сфере права, где действия и поступки людей всегда должны быть ориентированы на закон и в этом смысле быть предсказуемыми, применение технологий приобретает не только оптимально ожидаемый, но и социально ценностный характер.

Симптоматично поэтому, что в Послании Президента Федеральному Собранию РФ 3 декабря 2015 г. особое внимание было уделено проблеме использования технологий в самых разных областях жизни: проектам «запуска технологической инициативы», «нейротехнологий», «беспилотных технологий». Методологическая установка Послания сформулирована следующим образом: «На решение приоритетных задач, прежде всего связанных с технологической модернизацией, надо нацелить институты развития»¹.

Очевидно, что все сказанное имеет прямое отношение и к технологиям в правовой сфере. В отличие не только от представителей естествознания, но и от различных ветвей гуманитарного знания², юристы намного отстали в освоении техники и технологии, хотя в последние годы внимание правоведов к проблемам юридической техники все же значительно активизировалось. Что касается проблемы правовых технологий, то интерес исследователей, за редким исключением, ограничивается в основном понятийным дискурсом – разбором точек зрения относительно данного понятия. Проблема формирования технолого-юридического знания если и затрагивается, то лишь попутно, чаще всего в контексте технико-юридического обучения, не приобретая самостоятельного значения³. Часто в работах, в том числе по отраслевой проблематике,

¹ См.: Путин В.В. Мы не имеем права быть уязвимыми: Послание Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 2015. 3 декабря. С. 3.

² Это, к примеру, исследования по политологии, в также работы, выполненные на стыке политических наук и юриспруденции, касающиеся разработок политико-правовых (государственно-правовых) технологий «политического манипулирования» (Е.А. Колесников), «насилованной смены государственной власти» (Ю.А. Палий), «гуманизации государственности» (А.В. Цеев), «обеспечения корпоративных интересов» (А.Б. Шумилина), «противодействия злоупотребления публичной властью (И.А. Гдалевич и др.; это также множество исследований по проблеме избирательных технологий.

³ О специально ориентированном подходе к проблеме см.: Эффективность законодательства и современные юридические технологии // Журнал российского права. 2008. № 7. С. 146–148.

обнаруживается явная недооценка проблемы (если не квалифицировать это более точно)¹.

Между тем проблема правовой технологии – одна из фундаментальных в современной юриспруденции. Решение этой принципиально новой для отечественной науки проблемы позволяет выявить и обосновать конструктивную методологическую функцию общей теории государства и права – систему методов, способов и процедур построения рациональной и эффективной правовой системы общества и составляющих ее элементов². Воздействуя на юридическую и государствоведческую практику, преобразуя ее в прогрессивном направлении, юридические технологии тем самым придают праву значимую инструментальную ценность. С этой точки зрения методология правоведения не только выступает инструментом познания права и овладения предметом правовой науки, но и интегрирует в себе знания относительно современных средств, оптимизации действия права. В этом философско-юридическом контексте правовые технологии можно рассматривать как способ преобразования правовой действительности и внедрения права в социальную практику.

Юридические технологии³ (от греч. *technē* – искусство, мастерство, умение и *logos* – учение), или «правовая инженерия», есть применение апробированных практикой, научно обоснованных рациональных юридических средств, процедур и способов (методов) внедрения (экспансии) права в сознание (психику), поведение и деятельность отдельного индивида и социальных общностей⁴. Иными словами, правовая технология – это объем знаний, которые можно использовать в различных юридических производствах, в организации правового поведения участников регулируемых правом отношений. В этом значении юридические технологии представляют собой рациональ-

¹ Так, в частности, при анализе правомерности введения в научный оборот понятия «правовые технологии» утверждается, что «новизна данного подхода скорее терминологическая, нежели сущностная», что «внедрение в науку неологизмов малопродуктивно», «тратовка же технологии мало чем отличается от понятия правотворчества в его структурном аспекте» (Иванчин А.В. Законодательная техника в механизме уголовного правотворчества: учебное пособие. Ярославль, 2009. С. 63). В том смысле, как понимает данную проблему указанный автор, ее исследование действительно малопродуктивно.

² См.: Черненко А.К. Теоретико-методологические проблемы формирования правовой системы общества. Новосибирск, 2004. С. 175.

³ См. об этом: Червонюк В.И. Теория государства и права: учебник. М., 2006. С. 48–49.

⁴ См.: Червонюк В.И., Гойман-Калинский И.В. Согласование интересов как вид современных законодательных технологий // Государство и право. 2004. № 8. С. 30–38.

ное применение субъектами государственно-правовой деятельности юридических процедур, технико-юридических приемов, средств (инструментария юридической техники) для формирования эффективных социальных институтов, а равно конструирования эффективных социально-правовых структур (законодательства, института судебной власти), учреждения действенного механизма реализации и применения права, разрешения юридических конфликтов и споров, оптимального и целесообразного использования государственно-правового принуждения и др. В указанном смысле правовые технологии – это способ преобразования правового «вещества», или «энергии» права, правовой информации в процессе осуществления юридически значимой деятельности органами государства и их должностными лицами (иными властными субъектами права). Юридические технологии с этой точки зрения обслуживают юридическую практику, обеспечивают ее действенность, а через это достигаются социально полезные результаты в профессионально-юридической деятельности.

Если социальные технологии есть «элемент механизма управления» и «средство... достижения поставленных целей»¹, то правовые технологии в самом общем виде представляют собой такой компонент механизма действия права, который существенно рационализирует перевод установлений права в фактическую правомерную деятельность участников регулируемых отношений.

Назначение правовых технологий в том, что они позволяют перевести право из знаковой системы в фактическое поведение, деятельность, то есть в реальную жизнь, обеспечивая тем самым выполнение правом своей общесоциальной миссии – служить инструментом цивилизованного и результативного достижения социальными субъектами их жизненных целей. В указанном смысле право действительно может быть признано социальной технологией. Вместе с тем философичное замечание С.С. Алексеева о том, что признание права «социальной технологией» оправдано в том случае, если сохраняется высокосмысловой статус правоведения², следует принять к сведению. Отсюда, какое бы значение мы ни придавали технологизации правовой сферы, это, пусть и значимый, современный, однако лишь один

¹ Афанасьев В.Г. Человек в управлении обществом. М., 1977. С. 235; Иванов В.А. Социальные технологии в современном мире. М.; Н. Новгород, 1996. С. 27 и след.; Технологии социальной работы. М., 2001. С. 19–26.

² См.: Алексеев С.С. Собрание сочинений: в 10 т. [+ справоч. том]. Т. 4: Линия права. Концепция: Сочинения 1990–2009 годов. М., 2010. С. 32.

из аспектов усиления действия права. Абсолютизация технологичной составляющей права может повлечь за собой утрату правоведением «высокозначимого статуса» – выполнения им той социальной роли, при которой право действительно признается общесоциальной (общей для всех) ценностью.

Юридические технологии (как всякое наблюдаемое в современном мире явление) отличаются мультифункциональностью, и в этом смысле их следует рассматривать как составную часть научной теории (учения) и одновременно как искусство рационального использования правового инструментария в интересах всего общества или определенных социальных сил. Иными словами, правовая технология – это одновременно и научная дисциплина, разрабатывающая и совершенствующая способы и инструменты юридического производства, и совокупность параллельно или последовательно выполняемых операций и процедур, применяемых в процессе реализации права, организации правового поведения и деятельности компетентных органов и должностных лиц с использованием различного инструментария, в особенности правовых средств и методов. В этом смысле юридические технологии охватываются содержанием юридической политики государства в ее концептуально-теоретическом и практическом выражении¹. Точнее говоря, юридическая технология как проявление прагматической (практической) функции теории права является своего рода симбиозом науки о праве и политики права – это система знаний об оптимальных способах преобразования и регулирования социальных отношений и процессов, а также сама практика алгоритмического применения оптимальных способов преобразования и регулирования действия и поведения людей в правовой сфере.

Юридические технологии поэтому могут быть представлены как способы применения теоретических выводов юридической науки для достижения целей и задач правовой политики. Это выраженный в проектной форме синтез правовых знаний, а также практического опыта, позволяющего оптимизировать юридический процесс с экономией затрат труда, энергии, нормативных, индивидуально-правовых

¹ Поскольку «сферу профессиональной юридической деятельности составляют технологии разрешения социальных конфликтов в области законодательства, управления и судопроизводства, а также и частной жизни» (Бергманн Р. Роль юриста в обществе // Российская юстиция. 1999. № 7. С. 35), постольку обучение такого рода технологиям выступает важнейшей задачей всей системы профессионально-юридического обучения.

(в особенности охранительно-принудительного свойства), иных ресурсов и социального времени.

С теоретико-методологической точки зрения в юридических технологиях целесообразно выделять две составляющие (формы): а) программы, содержащие набор средств, способов, процедур и операций (как способы и средства правовой деятельности), – это социотехнический инструментарий технологий; б) саму правовую деятельность, построенную в соответствии с такими программами. Это разносоставные компоненты, которые хотя и взаимозависимы, тем не менее значительно отличаются по содержанию. При этом каждый из них также отличается определенной композицией. Не вдаваясь в подробный анализ, можно сказать, что инструментарий юридической техники в указанном смысле включается в содержание первого блока компонентов¹.

Выясняя сущностные характеристики правовых технологий, сферы их возможного приложения в сфере действия права, не следует упускать из виду главное: правовые технологии действительно призваны оптимизировать поведение в сфере действия права, но этим их значение не исчерпывается, не сводится к набору операций по применению средств (ресурсов). В юридической литературе именно этот аспект правовых технологий представляется доминирующим. В частности, юридическую технологию определяют как: порядок применения и использования методов и приемов по подготовке и принятию юридического решения (акта) как итога юридической деятельности (Н.А. Власенко)²; совокупность приемов и способов использования средств юридической техники и знаний об этих приемах и способах (К.Н. Княгинин); основанный на определенных принципах, планах и прогнозах процесс подготовки, оформления и обнародования разнообразных правовых решений (актов); как науку, систему знаний о средствах, способах и методах наиболее эффективной и планомерной юридической практики (во втором смысле) (В.Н. Карташов, С.В. Бахвалов).

¹ См.: Червонюк В.И. Юридические технологии («правовая инженерия»), или прикладная юриспруденция: методологическое значение, природа, соотношение с юридической техникой, статус в системе правоведения: в 4 вып. Вып. 2: Юридические технологии и юридическая техника // Вестник Московского университета МВД России. 2010. № 6. С. 195–198.

² Следует иметь виду, что такой взгляд на проблему способствовал утверждению технологического подхода к конструированию права (См.: Власенко Н.А. Избранное / Н.А. Власенко. М., 2015. С. 207–255).

Авторы, в круг интересов которых ранее входили проблемы юридической деятельности и практики, предпочитают трактовать правовую технологию как «особую разновидность деятельности компетентных органов, должностных и физических лиц, направленную на издание (толкование, реализацию, систематизацию и т.п.) юридических предписаний, взятую в единстве с накопленным и внешне выраженным юридическим опытом, то есть социально-правовой памятью»¹. Отсюда то, что составляет содержание практики (деятельности), и есть собственно составляющая юридической технологии. Между тем не всякая такая деятельность является технологичной, и, что особо значимо, технологии – это не сама «деятельность человека»², а особый механизм ее рационализации. Отсюда «элементы юридической технологии» не должны повторять конструктивные элементы юридической деятельности. В связи с этим придание профессиональной юридической деятельности высокотехнологичного характера, обоснование инновационных технологий правоприменения в современных условиях выступает одной из важнейших задач юридической политики государства.

По своему составу предмет правовой технологии не сводим к средствам и процедурам, а обладает сложной структурой, включая: а) методы познания конкретной правовой реальности; б) систему методов, способов и процедур конструирования правовых систем и институтов; в) систему мер создания эффективных и рациональных правовых структур³. В этом широком философско-юридическом смысле правовые технологии предстают способом преобразования правовой действительности, механизмом «насыщения» правом социального пространства. Применительно к науке права, которая признает объектом своего анализа правовые технологии, можно сказать, что она реализует конструктивно-прагматическую функцию. В этом смысле и сама теория (наука) права, будучи обращенной к практике, действительно выступает не только методом ее познания, но и активной преобразующей силой в социально желательном направлении.

¹ Карташов В.Н. О необходимости замены учебного курса «Юридическая техника» учебной дисциплиной «Юридическая технология» // Юридическая техника. Спец. выпуск. 2009. № 3. С. 30–36.

² Колесник И.В. Теоретическая модель правоприменительной технологии: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2014. С. 31–32.

³ См.: Черненко А.К. Указ. соч. С. 175.

Прикладная юриспруденция (современная «правовая инженерия») в системе правоправления. Проблема приобщения к технологическому знанию в обусловлена или, точнее говоря, предопределена местом правовой технологии в структуре юриспруденции. Правовые технологии не охватываются догмой права, которая полностью поглощает своим содержанием юридическую технику¹. Юридическая догма (аналитическая юриспруденция, или юридический позитивизм) – это технико-юридическая дисциплина, предметом которой являются нормы, законы, прецеденты, правовые обычаи, формы права². Правовые же технологии как область юридического знания тяготеют к той части юриспруденции, которая связана с оценкой организационно-технологической работы механизма действия права, – внедрению обоснованных теоретической мыслью и прошедших экспериментальную апробацию предложений по реализации права в различные сферы социально-правовой жизни. Понятно, что применительно к догме права (аналитической юриспруденции) и с учетом ранее сделанных выводов в ее составе не находится места технологическому знанию – ее (правовой технологии) место на иных структурных уровнях юриспруденции. С учетом этого трудно согласиться с позицией В.М. Сырых относительно квалификации юридической (законодательной) техники в качестве прикладной науки права³. Вопрос о том, что представляет собой эта часть юриспруденции, имеет ли она вообще «право на жизнь», остается открытым. Его

¹ В представлении В.С. Нерсисянца, догма права есть часть правоправления, представленная в «совокупности непреложных основных положений (устоявшихся авторитетных мнений, позиций, подходов) о способах, правилах и приемах его изучения, толкования, классификации, систематизации, комментирования; соответственно «разработка вопросов юридической техники именуется юридической догматикой (догмой права) и относится к особой сфере профессиональной компетентности, мастерства и "ремесла" юриста, представляет собой важную составную часть познания права и знания о действующем праве» (Нерсисянец В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998. С. 12).

² См.: Алексеев С.С. Указ. соч. С. 5. С отмеченных позиций представляется весьма спорным утверждение о том, что «юридическая техника – не только и не столько часть догмы права. Она даже не относительно самостоятельный элемент общей теории права и государства. <...> Юридическая техника ныне складывается в относительно самостоятельную учебную и научную дисциплину межотраслевого характера общетеоретического статуса» (Баранов В.М. О качестве изложения проблем юридической техники в вузовской учебно-методической литературе по теории государства и права постсоветского периода // Юридическая техника. Ежегодник. 2009. № 3. Спец. вып. С. 22, 25).

³ См.: Сырых В.М. Предмет и система законодательной техники как прикладной науки и учебной дисциплины // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: сборник статей: в 2 т. / под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород. С. 9–23.

решение, как представляется, требует радикального уточнения «состава» методологии права.

Обнаружение и обоснование ответа на этот вопрос сопряжено с определенными обременениями. В понимании ученых первой проблемой в современной методологии юриспруденции является «...все возрастающий дефицит методологии правоведения...»¹, который, в свою очередь, стал источником появления и развития методологического нигилизма в юриспруденции, согласно которому результаты и конструктивность исследования не зависят от его методов и способов, от тех или иных методологических подходов. Такая позиция характеризуется как методологический анархизм в юриспруденции². В результате теория права и юридическая практика оказались отделенными друг от друга.

Очевидно, по этой причине даже в специальных работах, посвященных рассмотрению методологической составляющей технико-юридических аспектов права, делается вывод о том, что «юридическая технология пока еще не сформировалась в относительно самостоятельную юридическую науку и должна изучаться в рамках такой фундаментальной (не больше и не меньше! – В.Ч.) дисциплины, как “Теория правовой системы общества”... Последняя должна включать разделы, посвященные юридической практике и технологии в правовой системе»³.

Подобная ситуация имеет методологическое обоснование. В отечественной юридической литературе проблема соотношения фундаментального и прикладного знания и связанного с этим вопроса о соотношении фундаментальных и прикладных дисциплин исследованы недостаточно, главным образом в контексте соотношения теоретической и практической деятельности. Специально данная проблема рассматривалась Д.А. Керимовым в одном из последних изданий «Методологии права»⁴.

В юридической науке под методологией, как правило, подразумевается методология теоретико-правового познания. Традиционно

¹ Черненко А.К. Теоретико-методологические проблемы формирования правовой системы общества. С. 19.

² См.: Демидов А.И. О методологической ситуации в правоведении // Правоведение. 2000. № 3. С. 14–22.

³ Давыдова Ю.Т. Юридическая техника: проблемы теории и методологии. Волгоград, 2009. С. 35.

⁴ См.: Керимов Д.А. Методология права. М., 2008. С. 303–333.

в ее структуре выделяют философский, собственно теоретический и юридико-догматический подходы в познании правовых реалий. Очевидно, что предложенная структура не отражает практической, по справедливому замечанию А.К. Черненко, «конструктивно-прагматической» функции юриспруденции. При таком подходе не признаваемая объектом юридического анализа правовая технология не попадает в поле зрения исследователя.

При этом нельзя не обратить внимания на то обстоятельство, что значительную, а может быть, большую часть своих усилий юристы направляют на исследования и разработки, которые лишь условно можно отнести к собственно теоретическим. Даже применительно к общетеоретическим дисциплинам доля такого рода исследований оказывается значительной. Между тем именно этот обширный пласт знания до недавнего времени крайне редко попадал в поле зрения исследователей методологии права. Если не прорыв, то все же отход от данной платформы в последние годы наблюдается. Связь юридической теории и практики все более воспринимается как проблемное звено в системе юридического знания. Этим в немалой степени можно объяснить возросший в последние годы интерес к проблеме юридической техники. Тема, которой ранее занимались лишь отдельные исследователи, стала необычайно популярной у представителей как общетеоретической ветви правоведения, так и отраслевых юридических дисциплин. Количество защищенных по данной проблеме диссертаций тому подтверждение.

Симптоматично поэтому, что ученые-правоведы стали уделять более пристальное внимание тем формам знания, которые заполняют «эпистемиологическое пространство» между «чистой» теорией права и собственно юридической практикой, то есть практикой принятия правовых решений (правотворческих, правоприменительных, юрисдикционных), логику которых эта теория призвана выявлять, а в какой-то мере, вероятно, и направлять. Кажущееся на первый взгляд расширение объекта юридического анализа на самом деле принципиально меняет всю сферу юридического познания и, что очень важно, формы этого познания. С этой точки зрения становится все более очевидным различие между юридической наукой и юридической теорией: отношение науки к объекту познания дополняется ее отношением к области применения.

Прагматизация юридических исследований получает предметное воплощение в той части юриспруденции, которую с полным основа-

нием можно квалифицировать в статусе *прикладной юриспруденции* – части юридической науки, в которой сведены воедино юридическая теория, юридический анализ, а также деятельность, связанная с интерпретацией аналитики в целях объяснения юридических явлений и содействия правовой политике¹. Можно сказать, что прикладная юриспруденция аналогична медицине как области знания, связанной с поиском ответов на практические вопросы на научной основе: именно медицина дает пример исследовательского алгоритма «диагноз – прогноз – рецепт», который может служить аналогией для юристов.

Отстаиваемый подход к структуризации юриспруденции отвечает «строению» теоретико-правового знания, логике юридической науки, специфике юридического исследования². С указанной точки зрения юридическое знание может быть разделено не только по отраслям права (гражданское, уголовное, административное право и др.). У юридического знания есть другая размерность, эшелонирующая его по уровням абстрактности, причем на каждом из таких уровней по мере возрастания его конкретности и приближения к сфере практического использования это знание вступает во все более широкий круг социальных взаимодействий, без учета которых оно утрачивает смысл.

С точки зрения механизмов функционирования юридического знания важно различать несколько его уровней (эшелонов): *первый эшелон абстрактной, или (высокой), теории*, отличающийся философско-юридическим осмыслением правовых явлений и процессов и вследствие этого фиксирующий универсальные взаимосвязи и закономерности в юридических явлениях; *второй эшелон теории «среднего» уровня*, фиксирующего действие правовых институтов

¹ См.: Червонюк В.И. Правовые технологии («правовая инженерия»), или прикладная юриспруденция: методологические и дидактико-методические проблемы внедрения в систему вузовской подготовки правоведов // Юридическая техника. Ежегодник. Спец. вып. Н. Новгород, 2009. № 3. С. 368–382.

² В определенном смысле правы те авторы, которые утверждают, что «если перевести интеллектуальное пространство юридического познания в систему представлений классической науки, то возникает картина синкретического соединения в юридическом исследовании нескольких деятельностей: теоретической (работа с понятиями), экспериментальной (интерпретация теоретических суждений в представлениях и терминах социальной практики), инженерно-проектировочной (разработка предложений по совершенствованию законодательства), профессиональной практики и организационно-технической работы (обеспечение реализации, внедрение таких предложений) (см.: Тарасов Н.Н. Юридическая техника в структуре юриспруденции (методологические проблемы исследования) // Юридическая техника. 2007. № 1. С. 8).

применительно к отдельным сферам правового пространства, преимущественно выраженный аналитической юриспруденцией, или догмой права; между ними располагается пласт юридического знания, в котором имеет место конкретизация базовых закономерностей первого эшелона применительно к отдельным сферам приложения юридического знания; *третий прикладного юридического знания* подразделяется на два относительно самостоятельных, но взаимосвязанных между собой пласта юридического прикладного знания: а) *уровень прикладного стратегического знания*, направленный на оценку правовой реальности как объекта преобразования; б) *уровень прикладного оперативного знания, или правовой инженерии*, это область применения знания для решения обусловленной потребностями практики задач.

Каждому из этих уровней соответствует своя форма выражения юридического знания. Прикладной юриспруденции соответствует «свой», третий этаж знания, наиболее близко или непосредственно соприкасающийся с юридической практикой. Разноуровневый характер юридического знания в то же время не исключает его (знания) взаимопроникновения. Соответственно правовая технология – предмет прикладной юриспруденции – может быть объектом философского, теоретико-правового и специально-юридического (юридико-догматического) анализа.

Включение прикладного аспекта юриспруденции в содержание «положительной юриспруденции» (юридического позитивизма) представляется неоправданным расширением предмета последней (идентифицируемой, как уже отмечалось, с юридической догмой) до тех пределов, когда он утрачивает свою самостоятельность. Прикладной аспект юриспруденции при таком подходе ограничивается «главным образом “техническими” разработками действующего (позитивного) права – это и разработки построения и оформления юридических текстов, систематизации законодательства, юридического документооборота, организационных схем и процедур профессиональной юридической практики, и др.»¹. Однако при этом правовая технология не утрачивает своей структурной обособленности, занимая отдельную нишу в той части юриспруденции, которая квалифицируется как прикладная. Поэтому, точнее говоря, прикладной

¹ Тарасов Н.Н. Юридическая техника в структуре юриспруденции (методологические проблемы исследования) // Юридическая техника. 2007. № 1. С. 10.

юриспруденции соответствует так называемый *переходный уровень (эшелон) знания* – переходный от познавательной-теоретической к практически преобразовательной деятельности, открывающей общие пути и формы внедрения результатов научных исследований в практику¹. С учетом отмеченного отнесение правовых технологий исключительно к сфере практической деятельности, юридической практике представляется методологически ошибочным.

Вышесказанное позволяет сделать вывод о том, что прикладной аспект юриспруденции не плод воображения теоретиков права. Юридическая наука с момента своего возникновения была теснейшим образом связана с практикой и в этом смысле была в значительной мере прикладной даже тогда, когда этот эффект оставался за рамками обсуждения в научном сообществе.

Н.В. Курза

4.4. О СВЯЗИ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ ПРИМЕНИТЕЛЬНО К ВЕДОМСТВЕННОМУ НОРМОТВОРЧЕСТВУ

В многообразии источников права ведомственные нормативные акты играют особую роль, конкретизируя положения законов – актов, наделенных высшей юридической силой. Вследствие этого создаются условия для их реализации, и ведомственные нормативные акты приобретают значение гарантий осуществления закрепленных в них прав и свобод.

Коллизионность и пробельность в праве связана не только с нестабильностью правового регулирования². Активизация ведомственного нормотворчества, вопреки распространенному утверждению, обусловлена не только неспособностью законодателя предусмотреть всю совокупность требующих регулирования общественных отношений³. Зачастую законодатель намеренно оставляет отдельные вопро-

¹ В этом смысле предлагаемая категоризация юридического знания, хотя и весьма специфична, уже имеет свои аналоги (см.: Керимов Д.А. Указ. соч. С. 86).

² См.: Нормография: теория и методология нормотворчества / под общ. ред. Ю.Г. Арзамасова. М., 2007. С. 5–6.

³ См.: Глебова Н.А. Ведомственное нормотворчество // Вестник ВолГУ им. В.Н. Татищева. 2009. № 71. С. 97–103.

сы правового регулирования на усмотрение других органов власти¹. И это представляется совершенно справедливым, поскольку закон в системе нормативных правовых актов занимает ведущие позиции, что обуславливает приоритетность установления основ правового регулирования общественных отношений с передачей вопросов механизма их реализации в сферу ведомственного нормотворчества.

При разработке и принятии ведомственных нормативных актов должны быть в равной степени учтены теоретические достижения в соответствующей сфере правового регулирования, а равно правоприменительные аспекты, формирующиеся в отношении реализации положений законов или актов органов исполнительной власти, уже принятых и использующихся на практике.

Научное обоснование необходимо при разработке проекта ведомственного нормативного акта. Так, практическая потребность в принятии такого акта может быть выявлена благодаря теоретическому анализу положений актов федерального законодательства, нуждающихся – в целях практической реализации – в дополнительном правовом обеспечении. Иное означало бы «нормотворчество ради нормотворчества» и не учитывало бы социальной востребованности правового регулирования общественных отношений.

Следует отметить, что значительная часть федеральных законов содержит положения, характеризующие необходимость принятия ведомственных нормативных актов по вопросам, относящимся к предмету правового регулирования. В зависимости от юридической техники, использованной в тексте закона, можно отметить два основных приема:

во-первых, установление непосредственно в статье закона уполномоченного органа исполнительной власти, на который будут возложены специфические полномочия по его реализации. Например, ст. 28 Федерального закона от 31 мая 2012 г. № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации»² к числу полномочных органов, ведающих делами о гражданстве, относит федеральный орган, уполномоченный на осуществление функций по контролю и надзору в сфере миграции, а также федеральный орган исполнительной власти, ведающий вопросами иностранных дел. Конкретный перечень их полномочий был

¹ См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 8.

² Российская газета. 2002. 5 июня.

установлен в нормативных правовых актах, утвержденных Президентом¹ или Правительством России²;

во-вторых, *определение этого органа Правительством России, которое должно принять по этому вопросу отдельное постановление.* Например, ч. 6 ст. 4 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»³ уполномочивает Правительство РФ определить один или несколько федеральных органов исполнительной власти, ответственных за ведение единой информационной системы в сфере закупок для государственных нужд, а ч. 3 ст. 5 устанавливает ряд полномочий федерального органа исполнительной власти по регулированию контрактной системы в сфере закупок, также определенного Правительством России⁴.

Постановлением Правительства РФ еще в 1997 г. регламентирован порядок подготовки таких видов ведомственных нормативных актов, как постановления, приказы, распоряжения, правила, инструкции, положения⁵. Одновременно было указано на недопустимость издания нормативных актов в виде писем и телеграмм. Основания издания ведомственного нормативного акта следующие: 1) принятие федерального закона (федерального конституционного закона); 2) издание указа Президента или постановления Правительства РФ; 3) собственная инициатива нормотворческого органа.

В отсутствие специального закона о нормативных правовых актах необходимость их теоретического обоснования не получила специального регулирования. Между тем, если обратиться к опыту некоторых стран, образовавшихся на постсоветском пространстве, можно

¹ См.: Вопросы Министерства иностранных дел Российской Федерации: Указ Президента РФ от 11 июля 2004 г. № 865 (по состоянию на 12 марта 2015 г.) // СЗ РФ. 2004. № 28. Ст. 2880.

² О вопросах Федеральной миграционной службы: постановление Правительства РФ от 13 июля 2012 г. № 711 (по состоянию на 31 октября 2015 г.) // Российская газета. 2012. 20 июля.

³ Российская газета. 2013. 12 апреля

⁴ См.: Об определении полномочий федеральных органов исполнительной власти в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд и о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации: постановление Правительства РФ от 26 августа 2013 г. № 728 (по состоянию на 25 декабря 2014 г.) // СЗ РФ. 2013. № 35. Ст. 4514.

⁵ См.: Правила подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации: утв. постановлением Правительства РФ от 13 августа 1997 г. № 1009 (в редакции от 11 декабря 2014 г.) // Российская газета. 1997. 21 августа.

отметить положительные примеры такого регулирования. Так, в силу ст. 47 Закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»¹ подготовкой проекта нормативного акта любого уровня может заниматься Национальный центр законодательства и правовых исследований, что придает нормотворческой деятельности научную основу. В аналогичном законе Республики Казахстан выделена специальная глава, посвященная научной экспертизе проектов нормативных актов². Отсутствие таких требований в российской нормотворческой деятельности влияет на качество нормативных актов различного уровня.

Следует отметить, что в России оказался востребованным опыт проведения мониторинга правоприменения, осуществляемого с привлечением научной общественности³. Однако процедуры мониторинга внедряются относительно недавно и в большей степени основываются на анализе практической, а не теоретической необходимости корректировки нормативной базы. Складывающаяся практика применения законов или нормативных актов органов исполнительной власти способствует выявлению пробелов и определению основных направлений их устранения.

Применение права получило научное осмысление как особая форма его реализации⁴. Отличие применения от иных форм реализации права проводится учеными по объему действий, совершаемых субъектами⁵, перечню субъектов⁶ и содержанию их правоприменительных полномочий⁷. Исследователи обращают внимание на властно-организующую форму деятельности, основанной на конкретизации правовых норм и строгом соблюдении законности⁸, а также на то, что индивидуальное властное решение еще не образует применения права, поскольку для него необходимо исполнение постановленного реше-

¹ Звезда. 2000. 2 августа

² См.: О нормативных правовых актах: Закон РК от 24 марта 1998 г. № 213-І (по состоянию на 16 ноября 2015 г.) // Казахстанская правда. 1998. 28 марта.

³ Российская газета. 2011. 25 мая.

⁴ См.: Яковлева Т.В. Применение как особая форма реализации субъективных прав // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2010. № 2. С. 22–24.

⁵ См.: Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. М., 1962. С. 138.

⁶ См.: Лазарев В.В. Применение советского права. Казань, 1972. С. 31.

⁷ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 2008. С. 526.

⁸ См.: Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник. М., 2007. С. 337.

ния¹. С учетом изложенного применение ведомственных нормативных актов как форма их реализации представляет собой последовательность юридически значимых действий, совершаемых должностными лицами органов исполнительной власти в целях осуществления предписаний нормативного акта и установления правового режима общественных отношений, урегулированных федеральным законом, послужившим основой для разработки и принятия ведомственного нормативного акта. Применение ведомственных нормативных актов может создавать условия для возложения ответственности как на должностных лиц (приказом, распоряжением, постановлением), так и на граждан и организации (положением, инструкцией, правилами). В данном случае основание наступления ответственности проистекает из других форм реализации права, вследствие чего применение отражает только непосредственно процедуры привлечения к ней.

Особенности применения ведомственных нормативных актов определяются и тем обстоятельством, что соответствующий результат не является окончательным. Во-первых, в судебном или внесудебном порядках может быть оспорено решение, вынесенное при реализации положений ведомственного нормативного акта. Во-вторых, может быть оспорена действительность и самого нормативного акта. Согласно правовой позиции Пленума Верховного Суда РФ, судам подведомственны дела об оспаривании нормативных актов по основанию их противоречия иному, кроме Конституции РФ, нормативному акту, имеющему более высокую юридическую силу². В судебном порядке могут быть оспорены любые нормативные акты, кроме тех, в отношении которых ч. 2 ст. 125 Конституции РФ устанавливаются конституционно-контрольные полномочия Конституционного Суда Российской Федерации. Эволюция его правовых позиций в отношении проверки конституционности ведомственных нормативных актов построена на том основании, что в целом они не могут быть предметом конституционного контроля (Определение от 22 мая 1996 г. № 56-О). Однако при осуществлении проверки конституционности федеральных законов орган конституционного контроля обращается и к нормативным актам, принятым в развитие их положений. И это может

¹ См.: Емельянов Б.М. Теория государства и права. М., 2009. С. 604.

² См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части» (по состоянию на 9 февраля 2012 г.) // Российская газета. 2007. 8 декабря.

дать определенное направление применению ведомственных нормативных актов. Так, КС РФ подчеркнута необходимость соответствия принципов действия во времени, установленных в федеральном законе и нормативных актах органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации. При этом отдельно указано на то, что иное толкование соответствующих положений закона в правоприменительной практике исключается (Постановление № 17-П от 2 июля 2013 г.). Иными словами, особенностью применения ведомственного нормативного акта как формы его реализации выступает возможность определения направления применения судебными органами либо вышестоящими должностными лицами.

Из этого следует, что применение как форма реализации ведомственных нормативных актов находится в сфере судебного нормоконтроля. Наличие судебно-контрольных полномочий выступает существенной гарантией защиты прав и законных интересов граждан и организаций. Так, установив, что ведомственный нормативный акт (инструкция) предписывает при определении ограниченной годности к службе в органах внутренних дел учитывать не столько информацию о состоянии здоровья, сколько мнение начальника ОВД, Верховный Суд РФ признал соответствующий пункт инструкции недействительным (решение № ГКПИ01-1592, 2002 г.).

Одновременно это позволяет выявлять случаи, когда оспаривание нормативного акта не обоснованно. Так, отказывая в приеме жалобы, КС РФ указал, что, формально оспаривая конституционность законоположений, заявитель настаивает на внесении изменений в нормативные правовые акты, содержащие требования в сфере охраны труда (Определение № 444 от 16 апреля 2009 г.).

Грамотное сочетание в судебном нормоконтроле выявления нормативных актов как подлежащих, так и не подлежащих изменению, может способствовать повышению эффективности ведомственного нормотворчества.

Таким образом, ведомственное нормотворчество в большей степени ориентировано на установление практической потребности в правовом регулировании. При этом в России его перспективы закладываются в актах федерального законодательства или актах главы государства и высших органов исполнительной власти. При таких обстоятельствах научное обоснование практической потребности в правовом регулировании не получает нормативного признания. Это может отрицательным образом влиять на качество ведомственных

нормативных актов и их «уклон» в сторону складывающейся практики применения законов. При этом действенным инструментом, направляющим механизм разработки и корректировки нормативных правовых актов (в том числе ведомственных) служит судебный нормоконтроль. Однако и он в целом ориентирован не столько на теоретическое обоснование, сколько на оценку судом соответствия положений ведомственных нормативных актов актам более высокой юридической силы, поэтому необходимо усиление использования в ведомственном нормотворчестве теоретических достижений, для чего проект ведомственного нормативного акта должен получать не только финансово-экономическое, но и научное обоснование. Механизм научного обоснования может включать проведение научной экспертизы научными учреждениями соответствующего профиля. Вопросы, подлежащие экспертному исследованию, должны затрагивать установление необходимости в правовом регулировании, оценке качества проекта нормативного акта и степени его соответствия актам более высокой юридической силы. Особого рассмотрения требует вопрос о том, в какой степени ведомственный нормативный акт способствует защите прав и законных интересов граждан и организаций.

Раздел 5

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА В ОБРАЗОВАНИИ

Ю.И. Гревцов

5.1. О ХРОНИЧЕСКИХ «БОЛЕЗНЯХ» ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Одна из особенностей научного мышлений в нашем правоведении – это стремление отнести труд и его автора к тому или иному научному направлению, школе. Данную работу, скорее всего, причислят к социологическому направлению в правоведении, а подход автора – к социологическому. Однако трудно согласиться с тем, что в нашем правоведении познание и объяснение социальных аспектов права хотя и признается, но считается вторичным в деле познания и объяснения права и его явлений. Главным же был и остается юридический метод – юридическое познание. Вольно или невольно таким представлением продвигается тезис о том, что юридический метод – это нечто, существующее несколько обособленно от других областей гуманитарного познания, что «юридическое» – это вполне самостоятельная и самодостаточная область научного знания. И при этом все, в том числе отстаивающие автономию «юридического», согласны с тем, что право, правовые явления социальные, выступают видом (формой) социального! Налицо, по крайней мере в отдельных случаях, методологическая непоследовательность. Рассмотрим возможные варианты ее преодоления.

Теория государства и права. У теории государства и права как у научной и образовательной дисциплины разные цели и назначение. Они взаимосвязаны, но у каждой из них своя специфика.

Основная цель теории права – поиск истины. С этим связано и основное ее назначение: помимо того, что результаты поиска служат важным материалом для теории государства и права как учебной дисциплины, предполагается, что результаты научных изысканий используются практикой. Так, О.В. Холмс считает, что «Теория права играет важнейшую роль в праве подобно тому, как архитектор

является самым главным лицом для всех, кто принимает участие в строительстве дома». П. Фрейнд отмечает, что: «самый полезный курс по теории права: именно из него я почерпнул целый ряд принципиальных правовых положений, имеющих широкое применение», а Д.М. Кейс подчеркивает: «Теории экономистов и политических философов – и когда они верны, и когда нет – более могущественны, чем это представляется большинству людей. На самом деле миром управляет не что иное, как идеи. Прагматики, облеченные властью, заражаются безумием от каких-нибудь академических писак, живших несколькими годами раньше»¹.

Как учебная дисциплина теория государства и права призвана служить делу образования и воспитания, по возможности в ясной, доступной форме предоставлять результаты научных изысканий, способствовать выработке умения интерпретировать, сопоставлять, делать выводы. Именно поэтому можно говорить не только об особенностях рассматриваемых научной и образовательной дисциплин, но и об их тесной связи, о взаимодействии. Кроме того, преподаватели пишут не только учебники и курсы лекций, но и монографии. Написать хорошую статью, монографию, не читая лекций, редко кому удастся. Чтение лекций – не только своеобразный испытательный полигон качества лекции, но и процесс, в ходе которого могут появиться новые идеи. Как правило, научные работники, сотрудники научных учреждений занимаются чтением лекций в учебных заведениях, а преподаватели – научной работой (в подавляющем большинстве случаев – в рамках своей педагогической деятельности).

Предмет науки – это и сама реальность (тот или иной ее фрагмент), и система накопленных знаний (представлений, оценок, концепций). На определенных этапах научного познания исследователю приходится иметь дело больше со знанием о предмете, нежели с самим предметом.

Есть мнение, что если данная область научного знания претендует на статус самостоятельной науки, то у нее должен быть не только свой предмет, но и свои методы познания и объяснения предмета. Здесь важно избежать стремления уберечь предмет науки якобы в интересах сохранения ее чистоты от проникновения в нее инородных представлений, оценок, выводов. Подобные намерения напрасно за-

¹ Цит. по: Саммерс Роберт С. Господствующая правовая теория в США // Советское государство и право. 1989. № 7. С. 109.

траченные усилия, особенно с точки зрения развития самого предмета, его изменений, трансформаций во взаимодействии с теми или иными внешними (соседними) факторами. Предмет науки не может иметь раз и навсегда заданных и жестких границ, поскольку неизбежно происходит его развитие. Вместе с тем границы предмета могут меняться в зависимости от усилий и успехов, а иногда и от удачи исследователей.

Действительное существование и статус науки можно обосновывать не только наличием предмета и метода, но и по таким показателям, как наличие корпуса ученых, представляющих данную область научного знания, научных школ и учеников, публикаций, научно-исследовательских институтов.

Другое дело – уровень развития науки. Здесь к названным выше характеристикам необходимо присоединить профессионализм ученых, оригинальность методологии и методик, степень овладения предметом, неординарность полученных результатов. Поэтому ученый должен стремиться к познанию природы юридических явлений, их действительных свойств, прежде чем приписывать им какую-либо причину и делать выводы. Ориентация на это методологическое правило приводит в конечном счете к пониманию того, что именно поведение, деятельность участников социальных взаимодействий сохраняет или изменяет общество и его институты. Задача состоит в том, чтобы описать, как определенный порядок складывается из того, что делают люди. Е.Н. Трубецкой утверждал, что одна из наиболее заметных заслуг Р. Иеринга состоит в том, что он доказал несостоятельность учения Ф. Савиньи и Г. Пухты в части вывода о произвольном и безболезненном развитии права. Учение это, по Р. Иерингу, представляет собой фантастическое построение – нелепо полагать, что субъективные права (и понятия о них) достались людям готовыми, без всякого с их стороны труда. На самом деле человек является борцом за права. Обращаясь к истории, мы видим, что каждое новое юридическое понятие было для него плодом ожесточенной борьбы и напряженных усилий¹.

Существует научное направление, приверженцы которого не видят в праве явления, обособленного от жизни. Наоборот, право рассматривается как средство достижения цели, состоящей не только в самоусовершенствовании и в самоутверждении личности, но и в удов-

¹ См.: Иеринг Р. Борьба за право // Иеринг Р. Избранные труды: СПб., 2006. В 2 т. Т. 1.

летворении жизненных потребностей человека; не идеалы должного создают право как форму человеческих отношений, а борьба за условия и средства существования (в самом широком смысле), за удовлетворение потребностей, от исхода которой зависит распределение последних и соотношение общественных слоев и классов. Поэтому понятие права представляет собой не столько понятие логическое, психологическое, сколько *социологическое*.

Право, правовые явления есть явления социальные – точно так же, как и мораль, религия, политика. Чтобы разобраться в этом *разнообразии в едином*, важно признать, что названные виды социального (и право в том числе) помимо общих признаков (как явлений социальных) обладают и своей *differentia specifica* (дифференциация характеристик).

Последнее наводит на мысль о том, что все виды социального существуют обособленно. Главное, *главное же заключается в том, что социальное может существовать и существует в действительности только в своих разновидностях!*

И еще один важный момент в понимании обособленности того или иного вида социального. Нам не приходилось встречать в нашем правоведении XX в. ясно сформулированную мысль о том, что право (так же, как и мораль) не может быть явлением, полностью обособленным от социального, напротив, право *пронизывает, проникает, погружается во все области, общественной жизнедеятельности*. Право вездесуще, хотя зачастую его присутствие незаметно. «Угнаться» за правом, используя только методы нормативизма (основной формы юридического позитивизма), не в состоянии никакой исследователь. В.А. Туманов подчеркивал, что для юридической науки, обращенной прежде всего к нормативной форме отражения социального бытия, иными словами, к праву как совокупности юридических норм, использование социологических методов особенно важно, так как помогают установить, в какой степени эти нормы реализуются в жизни¹.

Следующий шаг в решении этой сложной проблемы состоит в уточнении положения о том, что право – это форма общественных отношений. Что же может означать это формула? Во-первых, *право есть форма определенного содержания*. Во-вторых, содержание, формой которого выступает право, *есть всегда содержание социальное*. Действительно, когда мы говорим о юридической норме (норма-

¹ См.: Туманов В.А. Предисловие к книге Ж. Карбонье «Юридическая социология». М., 1986.

тивном правовом акте), то ее содержанием выступает *общее правило поведения*. Правовое отношение понимается как форма, содержанием которой является общественное отношение (социальное взаимодействие). Придавая тому или иному социальному явлению (правилу поведения) правовую (юридическую) форму посредством закона, законодатель тем самым устанавливает *официальную внешнюю форму*.

Юридическое может глубоко проникать в социальную действительность, и в таких случаях трудно вычленить роль права в названных процессах. В частности, тогда, когда оно опосредует моральные убеждения, которые укрепляют связи между людьми и содействуют установлению социальной гармонии.

Теория права развивается как научная дисциплина в основном путем размышлений, «кабинетным» методом. Конкретных социально-правовых исследований, где ученый опытным путем, то есть вступая в контакт с предметом исследования, измеряет, сравнивает, выделяет основные признаки, у нас почти не проводится. Наверное поэтому в российском правоведении дискуссии и своеобразное творчество вот уже длительное время концентрируются главным образом вокруг правовых понятий. Начинают с понятия и заканчивают понятием (в существующем понятии что-то поменяют местами, что-то добавляют или уберут, а то и просто воспользуются результатом чужого труда, убрав кавычки).

Мы уже давно в плену правовой формы. Более того, даже и в ней в полной мере не разобрались. Причин тому достаточно, но одну из них В.В. Лазарев определил как «симулякры». Засилье последних в правоведении переходит все мыслимые границы.

Исследования правовой формы необходимы и важны, без них трудно представить формирование некоторых понятий. Но ведь определить понятие – значит в концентрированном виде обозначить содержательные признаки явления. Это обязывает не ограничиваться формой явления, хотя бы для того, чтобы понимать, насколько адекватно она отражает и закрепляет содержание. К примеру, нормативный правовой акт есть внешняя форма выражения правила поведения общего характера – нормы права. Значит, для понимания закона необходимо уяснить не только его формальные, но и содержательные признаки – кто, почему и как его формирует, то есть само правило поведения. Широко распространенное и крайне формализованное понятие закона как правового акта, установленного исключительно за-

конодательным органом, никак не ориентирует человека в понимании того, что же на самом деле является законом.

Субъект права – правовая форма человека живого, мыслящего, действующего. Однако, придерживаясь правовой формы и только ее, мы продолжает характеризовать субъекта права главным образом понятиями правоспособности и дееспособности. Но они выражают только *способность* иметь права, нести юридические обязанности, использовать *их* или защищать и характеризуют субъекта права в состоянии полного покоя, а не действующего, так или иначе использующего свое правосознание и правовую культуру, реализующего свободу, ответственность. С точки зрения правовой формы все субъекты и права одинаковы (все правоспособны и дееспособны), но как действующие субъекты права – отличаются друг от друга. М.К. Треушников заметил, что процессуальный кодекс – это как ноты, по которым один судья сыграет так, что заслушаешься, а другой так, что уши заткнешь¹.

Один из основных постулатов нормативизма требует от ученого концентрировать все свое внимание только и исключительно на законодательстве, решительно отсекают какие бы то ни было связи законодательства, закона с внешними явлениями – моралью, политикой и др. Согласно этому учению не следует принимать в расчет внешние по отношению к праву факторы, так или иначе влияющие на подготовку и принятие законодательных актов, на процессы их применения и др. Между тем законодатель, лица, уполномоченные применять право, погружены в эту самую внешнюю якобы для права среду, испытывают воздействие, в том числе провоцирующее, тех самых внешних факторов, к игнорированию которых призывает упомянутый выше методологический принцип нормативизма. Безоглядное следование ему в нашем правоведении приводит к борьбе за чистоту юридической науки, а в результате – к поверхностным суждениям и в конечном счете к примитивизму и ремесленничеству. Уже не у одного поколения юристов утвердился тип «истинного» юридического мышления: если вы способны размышлять о чем-то, что связано с чем-то другим, не размышляя об этом другом, то у вас юридический склад ума.

Однако с правовой формой все не так просто: как и всякая иная форма, это какое-то *содержание*. И это содержание всегда *социально*.

¹ См.: Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике / Е.В. Новикова, А.В. Наумов, А.Г. Федотов и др. М., 2009. С. 292.

Закон есть правовая форма общего правила поведения, юридическая ответственность есть форма ответственности социальной. Субъект права – правовая форма живого человека – умного или не очень, доброго или злого, щедрого или алчного, агрессивного или доброжелательного и т.д.

Философы утверждают, что содержание проявляется в форме, при радикальном взгляде форма видится в качестве закона существования (динамики) содержания. Если это так, то можно говорить об активной роли правовой формы (по отношению к содержанию). Придание правовой формы *есть именно придание формы существующему явлению, процессу, а не создание нового явления, процесса*, хотя можно допустить и создание процессуальных отношений.

Придание правовой формы означает, во-первых, обозначение (вербально или письменно) явления, например правила поведения в качестве социально ценного, общественно значимого; во-вторых, *гарантию существования и осуществления явления*; в-третьих, *организованную защиту*.

Но есть еще один очень важный для понимания активности правовой формы момент: *правовая форма избирательна*, поскольку именно посредством правовой формы обозначается круг лиц, на которых (и для которых) распространяется действие нормы права, оказывается возможным самостоятельное поведение, то или иное поведение предписывается или запрещается. В ней же могут обозначаться время вступления в действие, вносимые изменения и время прекращения действия нормы (защиты), потому-то не может быть сомнения относительно взаимодействия правовой формы с содержанием правового явления и ее активности.

Становится все более очевидным, что в нашем правоведении проблемы методологии юридического познания требуют безотлагательного решения. К примеру, в правоведении вот уже длительное время прочно обосновалось понимание юридической ответственности как наказания. В статьях, учебниках не только отождествляют ретроспективную юридическую ответственность с наказанием, но и считают, что юридическая ответственность и может быть только ретроспективной. Так считают не все, но все же немало тех, кто продолжает в этом духе публиковать статьи и учебную литературу. Их несколько не смущает тот факт, что при объяснении юридической ответственности уже давно не соблюдаются элементарные правила логики, в частности когда при определении юридической ответственно-

сти это делается через другое явление. То есть одно самостоятельное явление – через другое самостоятельное явление (юридическая ответственность есть наказание). В результате не только юридическая ответственность (общее понятие), но и ее вид (ретроспективная) так и остаются не определенными.

Кроме того, при этом общим (родовым) понятием ответственности обозначаются два вида ответственности – ответственность за совершаемое (предстоящее) поведение (позитивная ответственность) и ответственность за уже совершенное асоциальное (ретроспективная ответственность). Так, в «Словаре современного русского языка» (М., 1959) представлены основные значения понятия ответственности: 1) брать, принимать на себя ответственность; 2) ответственность лежит на ком-либо, падает на кого-либо; 3) нести ответственность за кого-либо, что-либо; 4) слагать, снимать с себя, кого-либо ответственность; 5) привлекать к ответственности. В более поздних изданиях в основном воспроизводятся эти значения.

Поскольку род определяет вид, а не наоборот, видовое понятие ответственности должно содержать основные признаки ответственности социальной, соответствовать, а не противоречить родовому понятию ответственности. Но рассматриваемая позиция, ограничивая ответственность только одним значением (ретроспективной), это методологическое правило игнорирует. Можно упрекнуть сторонников такого взгляда на юридическую ответственность и в том, что они жестко ограничивают ее. Получается, что за обозначенными пределами юридической ответственности нет и быть не может.

Следует отметить, что судебная практика являет все больше примеров того, что суды, обосновывая и вынося решения, используют такие неюридические понятия, как «добросовестность», «заботливость», «осмысленность», «осмотрительность» и др. Судьи имеют дело с людьми, состоявшимися событиями, поступками. Все больше выносятся судебных решений, в которых назначается наказание за недобросовестные решения или действия (не за заботливость, осмотрительность, недобросовестность), то есть безответственное поведение. Тем самым в юридическое поле вводится позитивная ответственность в праве. Судебная практика в этом направлении оказывается на шаг впереди правоведов.

В общей теории права как учебной дисциплине, похоже, центральной проблемой становится преподавание и так называемых образовательных технологий, на пути которых практически непреодолимым

препятствием встает образовательный стандарт. В соответствии с образовательным стандартом преподаватель должен донести до студента огромный массив заданной неактуальной информации – заведомо безнадежное дело. Это сказывается как на качестве преподавания, так и на работоспособности преподавателя, на его желании развиваться и совершенствоваться в своем деле. Да и студенты уже давно освоили нехитрые приемы выживания в условиях массированного потока не увлекающей, откровенно скучной информации. И это далеко не все проблемы.

В настоящее время намечается выход из создавшегося положения. Это авторские спецкурсы и курсы лекций. Они не должны повторять материал учебников, за небольшим исключением. Начальный этап совершенствования и развития учебной (и вместе с тем научной) дисциплины теории права проходит в рамках основных тем – пока не до инноваций. Базой для разработки таких спецкурсов может служить качественная литература, в том числе зарубежных авторов, и судебная практика.

А.А. Малиновский

5.2. ПРОГРАММА КУРСА «ИСТОРИЯ И МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ»: ДИСКУССИОННЫЕ ВОПРОСЫ

«Нет ничего более практичного, чем хорошая теория» – эти слова напрямую относятся и к юридической теории, которая всегда имеет выход на практику. Юриспруденция – это одна из тех областей деятельности, где и теоретики, и практики используют одни и те же методы познания правовой действительности.

Практичность юридической теории – это и требование к квалификационным работам, за соблюдением которого строго следит ВАК, поэтому на заседаниях диссертационных советов достаточно часто обсуждается вопрос о практической значимости кандидатской или докторской диссертации.

Однако есть и другой аспект проблемы, который заключается в следующих вопросах: как научить студента необходимым практическим навыкам научного познания; как подготовить его к использованию правовой теории в рамках юридической практики; какими компетенциями он должен овладеть, чтобы быть не только акаде-

мическим знатоком методологии юридической науки, но и профессиональным юристом-исследователем; как подготовить студента к написанию приемлемой с точки зрения требований юридической науки магистерской диссертации; как объяснить ему необходимость изучения, самой «заумной» дисциплины. Попытаемся ответить на эти вопросы.

Курс «История и методология юридической науки» преподается в качестве обязательного предмета для студентов первого курса магистратуры юридических факультетов. Важно отметить, что данный курс не должен подменять или дублировать другие курсы, в частности «Историю политических и правовых учений», «Проблемы теории государства и права» и «Философию права». Такой подход следует отразить в программе курса, которую необходимо составить таким образом, чтобы подготовить студента к работе в научно-исследовательских учреждениях, поступлению в аспирантуру, преподаванию юридических дисциплин, а также к работе по специальности в качестве эксперта в органах правотворчества и в других областях, где необходимы специальные научные познания.

Этим и определяются задачи курса:

- ознакомить студентов с зарубежной и отечественной историей развития юридической науки;
- дать представление о современной методологии исследования правовой действительности;
- способствовать формированию навыков (компетенций) изучения права и государства посредством общенаучных и специальных методов познания;
- подготовить к практическому использованию полученных знаний;
- сформировать академические компетенции, прежде всего направленные на написание и защиту магистерской диссертации, а также на научную и педагогическую работу.

Представляется необходимым, чтобы преподаватель, читающий данный курс, в качестве своей сверхзадачи попытался заинтересовать будущих магистров права юридической наукой, пробудить у них интерес к научно-исследовательской деятельности в сфере правоведения. Думается, что именно в рамках данного курса студент должен почувствовать «вкус к науке», ощутить радость от научного открытия или от своей первой научной публикации.

Должна быть у преподавателя и «задача сегодняшнего дня», состоящая в обучении студентов методике написания и защиты маги-

стерской диссертации. Не будем забывать, что в дореволюционной России данная работа являлась полноценным научным произведением. Вспомним хотя бы знаменитую магистерскую диссертацию П.И. Новгородцева «Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба» (М., 1896), которая до сих пор считается одним из его лучших произведений. Однако большинство современных магистерских диссертаций не всегда соответствуют критериям научности.

Кроме того, представляется правильным предметно обучать магистрантов написанию научных статей, научных комментариев к законодательству, выступлению на научно-практических конференциях с докладом и публикацией тезисов.

Ознакомление с программами курса «История и методология юридической науки» различных юридических вузов позволяет выявить, на наш взгляд, ряд ошибочных подходов. Так, в одних программах делается основной упор на историю юридической науки, что по сути дела дублирует курс «История политических и правовых учений». В других программах акцентируются на философско-правовые аспекты, что не способствует формированию у студентов практических навыков по применению юридической методологии. Составители некоторых программ так перегружают курс синергетикой и постмодернизмом, что создается впечатление, будто задача юридической магистратуры состоит исключительно в том, чтобы подготовить философов права, максимально оторванных от правовой действительности. Авторы третьих программ предлагают студентам исключительно практический курс, который можно было бы назвать «Как написать магистерскую диссертацию». В таком курсе важные вопросы юридической метатеории вообще не освещаются. В связи с этим, полагаем, что следует избегать любой крайности в преподавании анализируемого курса, поскольку это отрицательно скажется на компетенциях выпускника, не будет способствовать формированию у него профессионального научного правосознания.

Представляется, что структура курса, учитывая его задачи, должна включать не только классические разделы, касающиеся, например, методологии исторической школы права и нормативизма, детального изложения нынче модных антропологического подхода к праву и постмодернизма, но и разделы, ориентированные на юридическую практику. Суть их заключается в том, чтобы подготовить студента-юриста решению практических задач посредством активного применения научных методов. Речь идет о таких сферах, как исполь-

зование юридической методологии в правотворчестве и правоприменении. В сфере правотворчества, например, необходимо доскональное владение методикой сравнительно-правового исследования, которая позволит грамотно осуществить рецепцию зарубежного права или провести унификацию национального законодательства в соответствии с нормами международного права. В сфере правоприменения не обойтись без формально-юридического анализа, который дает возможность выявить технико-юридические недостатки действующего законодательства, преодолеть его пробелы и противоречия.

Для придания практической ориентации изучаемому курсу важно сформировать у студентов профессиональные навыки по следующим направлениям:

1. Общенаучная методология (владение методиками классификации и типологии правовых явлений, системным и структурно-функциональным методами).

2. Историко-правовое исследование (умение анализировать генезис и эволюцию правовых явлений, разбираться в вопросах периодизации правовых процессов).

3. Формально-юридический метод (анализ правовых предписаний с точки зрения формальной логики; умение формулировать научные и законодательные дефиниции, всесторонне изучать юридические категории и конструкции).

4. Сравнительно-правовой метод (владение методиками микро-, и макросравнения, классификации правовых систем, функционального и проблемного сравнения, а также навыками юридического перевода).

5. Социолого-правовой метод (умение использовать социологические познания и статистические данные в правовом исследовании).

6. Иные методы (владение методикой правового моделирования, использование методов юридической психологии для исследования правосознания и др.).

7. Научно-исследовательская работа (умение составлять план исследования, выдвигать рабочие гипотезы, владеть методикой написания научных текстов и др.).

8. Презентационная работа (умение делать презентации по научным проблемам, выступать на конференциях с докладами, вести научный диспут и т.д.).

Именно этими целевыми установками и определяется методика преподавания данного курса. В программе курса следует предусмотреть как лекционные, так и семинарские занятия. Лекции могут

читаться как в традиционной академической форме, так и интерактивно – с применением «метода Сократа». Это позволит настроить студентов на нужную «научную волну», оживит сложный для усвоения материал, покажет дискуссионность многих научных проблем. Кроме того, диалогичный метод даст возможность преподавателю выявить и общий уровень подготовки студентов. Как правило, многие из них не знают значение термина «парадигма», не могут четко сформулировать академическую или научно-практическую проблему, а некоторые не понимают, почему римские юристы предупреждали о том, что *omnis definitio in iure civili periculosa est*.

Семинарские занятия должны включать в себя несколько аспектов. Во-первых, необходим опрос студентов по пройденному материалу. Как показывает практика преподавания данного курса, многие студенты знают, но не понимают излагаемый материал или не могут привести примеры применения конкретного метода. В частности, рассматривая диалектику как метод познания правовой действительности, большинство студентов не могут проиллюстрировать то, каким образом внутренние и внешние противоречия выступают импульсом для дальнейшего развития правовых явлений и процессов. Хотя здесь нет ничего сложного. Например, противоречия между нормами одного закона (внутренние противоречия) или отставание норм закона от изменившихся общественных отношений (внешнее противоречие) как раз и приводят к диалектическому развитию (в нашем случае – к дальнейшему совершенствованию) действующего законодательства путем преодоления этих противоречий. Представляется, что в идеале каждое теоретическое положение студент должен уметь проиллюстрировать примером (и желательно не одним).

Во-вторых, отличный результат дают следующие интерактивные формы:

- мозговой штурм, когда группа студентов предлагает различные способы решения академической или научно-практической проблемы;
- презентация с использованием компьютерных технологий по теме семинара с последующим выявлением самими студентами и преподавателем плюсов и минусов сообщения;
- выступление с научным докладом (включающим в себя основательное изложение теоретического вопроса, постановку и решение научной проблемы) с последующей критикой заранее назначенными оппонентами его основных положений и с ответами докладчика на критические замечания;

– проведение научной мини-конференции (панельной дискуссии) с заданием докладчикам изложить свое выступление за 5–10 минут, а слушателям – задать каверзный вопрос с целью поставить докладчика в тупик. Однако, следует отметить, что задавать «вопросы, достойные богов» студенты разучились.

В-третьих, необходимо проведение следующих письменных работ:

– написание тезисов доклада для студенческой конференции для тренировки умения кратко и емко излагать основные научные положения;

– написание короткой аналитической справки с использованием конкретного метода познания правовой действительности (например, функциональное сравнение института брачного договора в России и США) для развития практического умения применять научные методы познания;

– написание введения к своей магистерской диссертации (с обязательным указанием актуальности, объекта и предмета исследования, методологии исследования, положений, выносимых на защиту, научной и практической значимости) с последующим доскональным обсуждением сделанных ошибок.

Представляется, что вышеуказанные подходы позволят не только оживить, наверное, самый академический из всех читаемых курсов, но и сформировать у студентов профессиональные компетенции именно магистра юриспруденции.

Программа курса

«История и методология юридической науки»

Тема 1. Понятие юридической науки и методологии права

Юриспруденция как наука о праве. Юриспруденция в системе общественных наук. Характерные черты юридической науки и ее функции

Юридическая наука и ее составные части. Понятие юридической теории. Общие и частные учения о праве. Понятие юридической научной школы. Юридическая доктрина и ее виды. Взаимодействие общетеоретических и отраслевых наук о праве

Понятие методологии права. Правовая действительность как объект познания. Правовые процессы и явления как предметы научного познания. Проблема валидности методов исследования права

Юридическая наука и юридическое образование. Вопросы использования научных достижений в преподавании права

Тема 2. История юридической науки

Становление и основные этапы развития юридической науки. Отделение юридической науки от практической юриспруденции

Юридическая наука в Древней Греции. Методологические особенности подходов к изучению права сущего и права должного

Римская юриспруденция. Основные школы римской юридической науки. Специфика методологии исследования права. Совершенствование методов формального анализа права. Юридические максимы и их значение для последующего развития правоведения

Средневековая юриспруденция. Особенности догматического и схоластического методов познания права. Средневековая юриспруденция и религиозная идеология

Юриспруденция Нового времени. Изменение концепции правопонимания и ее влияние на методологию права. Значение метафизики И. Канта и Г. Гегеля для последующего развития юридической науки

Современное состояние зарубежной юридической науки. Специфические черты американской, немецкой, французской и мусульманской юридической науки. Основные правовые школы современности (юридический позитивизм, аналитическая юриспруденция, социологический позитивизм, школа возрожденного естественного права, психологическая школа права)

Современное состояние отечественной юридической науки. Методологический кризис научного познания права, его последствия и пути преодоления. Основные направления развития российского правоведения

Основные научно-исследовательские учреждения России и мира в сфере правоведения. Аспирантура и докторантура

Тема 3. Общенаучные методы познания права

Дедукция и индукция как способы познания закономерностей права. Анализ и синтез как способы изучения многообразия правового бытия. Диалектика как метод познания права

Применение философских категорий «сущность» и «явление», «форма» и «содержание», «общее» и «отдельное», «целое» и «часть», «действительное» и «возможное», «причина» и «следствие» в познании права и образовании юридических конструкций

Логические методы познания и возможности их использования для формулирования научных концепций в правоведении. Выдви-

жение научных гипотез и теорий и их проверка. Построение парадигм для решения проблем правоведения. Системно-структурный метод познания и его значение для накопления обобщенных знаний о праве

Тема 4. Догматический метод познания права

Понятие догматического метода. Значение догматического метода для совершенствования «юриспруденции понятий». Проблемы содержательно-структурного и целостно-системного познания права

Позитивное познание права догматическим методом. Вопросы образования и использования правовых понятий, терминов, конструкций и категорий. Структурные и функциональные понятийные ряды правовых категорий. Парные правовые категории

Тема 5. Сравнительный метод познания права

Понятие методологии сравнительно-правового исследования

Методы и методики сравнительного изучения права. Синхронное и асинхронное исследование права. Нормативное и функциональное сравнение. Достоинства и недостатки сравнительного законоведения. Специфика функционального сравнения с точки зрения пределов научного познания. Проблема «расширения» границ сравнительно-правового познания и научная истина

Методика внутреннего и внешнего сравнения. Специфика внутреннего сравнения в правовых системах унитарных и федеративных государств. Американская партикулярная компаративистика. Внешнее сравнение: его границы и временные пределы

Методика микро- и макросравнения. Проблема объективности микросравнения. Проблемы классификаций при макросравнении. Общее и особенное, типичное и уникальное в правовой действительности. Проблема сравнения несравнимого

Проблемы классификаций правовых систем. Учение о правовых семьях (Р. Давид). Учение о правовом стиле (К. Цвайгерт и Х. Кетц). Особенности современных подходов к классификации (К. Осаке)

Тема 6. Исторический метод познания права

Понятие и сущность историко-правового метода. Цель, задачи и функции историко-правового метода. Специфика сравнительно-исторического метода познания права. Научно-историческая характеристика процессов возникновения, развития и функционирования права

Пределы историко-правового познания. Значение знания истории права для современного развития правоведения

Тема 7. Социологические методы познания права

Понятие и функции социологического метода. Особенности социологического подхода к изучению права

Понятие и виды социально-правовых исследований. Разработка программ социально-правового исследования. Методы сбора, обобщения и анализа первичной социологической информации о праве

Социально-правовое прогнозирование и правовой эксперимент и их значение для юридической теории и практики

Тема 8. Психологические методы изучения правосознания

Понятие психологического метода и сфера его применения.

Использование психологических методов (эксперимент, наблюдение, тесты, биографический метод, психоанализ) для изучения правосознания. Проблемы исследования формирования и деформации правосознания. Особенности исследования индивидуального, группового и массового правосознания. Теоретическая и практическая значимость изучения профессионального правосознания юристов

Значение психологического метода для изучения целей, мотивов и установок правового поведения. Специфика исследования психологических аспектов правового воспитания

Тема 9. Методология специальных юридических наук

Особенности методологии специальных юридических наук. Необходимость использования специальных научных методов изучения правовой действительности. Взаимодействие и взаимодополняемость общих и специальных методов в юриспруденции

Методология криминологии. Особенности UCR-, NCVS- и SR- исследований. Достоинства и недостатки методологических подходов к изучению преступника и преступности основных криминологических школ

Методология криминалистики. Специфика объектов и предметов криминалистического исследования. Значение методологии для криминалистической идентификации

Методология судебной психологии и психиатрии. Особенности методологии бихевиоризма, дифференциальной ассоциации, когнитивной психологии, трансактного анализа для изучения юридически значимых обстоятельств человеческого поведения

Тема 10. Использование юридической методологии в правотворчестве

Методологические аспекты изучения процесса правообразования. Применение методологии экономических и политических наук как требование всестороннего изучения правовой действительности

Научная экспертиза законопроектов, ее основные цели, задачи и этапы. Виды законопроектных экспертиз и особенности их проведения. Экспертиза подзаконных нормативных правовых актов и ее особенности

Тема 11. Использование юридической методологии в правоприменении

Методология права и проблемы юридической квалификации. Методология отраслевых юридических наук и ее значение для правильного установления фактических и юридических обстоятельств дела. Юридическая теория и ее использование для правильного доктринального толкования права

Методология права и юридические экспертизы. Виды юридических экспертиз и их использование для познания отдельных сфер правовой действительности. Специфика методологии проведения юридической экспертизы

Тема 12. Методика написания теоретических исследований в области права

Понятие теоретического исследования, его цели и задачи. Структура теоретического исследования, план исследования и содержание письменной работы. Трудности и ошибки исследователя при выборе темы исследования. Проблемы актуальности, новизны и практической значимости работы

Формы письменной научной работы: диссертация, монография, научная статья, научно-практический комментарий к законодательству, экспертное заключение на законопроект, тезисы доклада на конференции

Объект и предмет конкретного научного исследования. Выбор методологии. Расширение и ограничение сферы научного познания в процессе исследования

Особенности проведения междисциплинарных юридических исследований и сравнительно-правовых исследований

Проблема теоретического переосмысления существующих теорий. Критика оппонентов

Понятие научной этики. Правила цитирования источников и заимствования идей. Плагиат и ответственность за него. Вопросы этики при проведении юридических исследований

А.А. Головина

5.3. ПРОБЛЕМЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА И ОТРАСЛЕВЫХ ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК

В современном информационном обществе лавинообразно возрастает количество научной информации. Еще в 2008 г. исследователи констатировали, что «ежегодно появляется примерно 100 тысяч журналов на 60 языках, 5 миллионов научных книг и статей, 250 тысяч диссертаций и отчетов, всемирный книжный фонд насчитывает 1,5 миллиарда названий, количество публикаций удваивается каждые 10–15 лет, число баз данных вырастает за 10 лет в 10 раз, всемирный фонд описаний изобретений насчитывает примерно 500 миллионов страниц текста и ежегодно увеличивается примерно на 1 миллион документов»¹. И эта тенденция только усиливается.

В таких условиях ученый оказывается перед дилеммой: либо осваивать выборочно имеющуюся информацию по широкому спектру знаний², либо сужать область научного исследования с тем, чтобы изучить предмет более полно и глубоко. Поскольку, как правило, выбор делается в пользу второго варианта, наука сталкивается с небывалой прежде дифференциацией научного знания, раздроблением научной картины мира. Еще в XX в. В.И. Вернадский утверждал, что «в наше время рамки отдельной науки, на которые распадается научное знание, не могут точно определять область научной мысли исследователя, точно характеризовать его научную работу. Пробле-

¹ Пронина Л.А. Информация, информационное общество и человек // Аналитика культурологии. 2008. № 11.

² В настоящее время активно разрабатываются методики работы с большими массивами информации (big data). Например, на состоявшейся 3–4 июня 2015 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации юбилейной X Международной школе-практикуме молодых ученых-юристов «Правотворчество и юридическая наука: современные проблемы» Министр юстиции РФ А.В. Коновалов акцентировал внимание молодых представителей юридической науки на том, что практиковать им предстоит в совершенно новых реалиях (информационно-коммуникативные технологии, научная концепция big data, атомизация общества и т.д.). URL: <http://www.izak.ru/news.html?id=122>

мы, которые его занимают, все чаще не укладываются в рамки отдельной, определенной сложившейся науки, мы специализируемся не по наукам, а по проблемам».¹ И в XXI веке этот тезис так же актуален.

Уместно вспомнить и слова Л.Н. Гумилева: «в XVIII–XIX вв. благодаря дифференциации наук было накоплено огромное количество сведений, к началу XX в. ставшее необозримым. Образно говоря, могучая река Науки была пущена в ирригационные арыки. Животворная влага оросила широкую территорию, но озеро, ранее ею питаемое, т.е. целостное мирозерцание, высохло. И вот осенний ветер вздымает донные отложения и засеивает соленой пылью разрыхленную землю полей (...) так и в науке: узкая специализация полезна лишь как средство накопления знаний: дифференциация дисциплин была этапом, необходимым и неизбежным, который станет губительным, если затянется надолго»².

Учитывая отмеченные тенденции, современной науки, в том числе и юридической, для того чтобы обеспечить успешное дальнейшее развитие, требуется совместить две противоположности: а) узкую специализацию, все же необходимую для получения глубоких знаний по предмету исследования; и б) реинтеграцию научного знания, в том числе путем проведения междисциплинарных исследований и развития интегрирующих наук.

Для юридических наук такую интегрирующую роль выполняет теория государства и права, которая, таким образом, в современных условиях должна обратить особое внимание на синтез научного знания. А значит, актуализируются проблемы взаимодействия теории государства и права с отраслевыми юридическими науками.

Отечественными учеными традиционно подчеркивается тесная связь теории государства и права и отраслевых юридических наук. Например, В.В. Лазарев пишет, что «теория государства и права дает теоретическую картину государственно-правовых реалий не умозрительно, не вместо отраслевых наук, а вместе с ними, на основе обобщения конкретно-научных знаний и, что самое главное, в тесной связи с характером регулируемых правом отношений, в тесной связи со всем комплексом социальных норм, которые так или

¹ Вернадский В.И. Размышления натуралиста. Кн. 2. Научная мысль как планетарное явление. М., 1977. С. 89.

² Гумилев Л.Н. Этногенез и биосфера Земли. М., 2008. С. 34.

иначе воздействуют на общественные отношения»¹, а также отмечает общее, фундаментальное, направляющее, методологическое значение теории государства и права для различных юридических наук и то, что «вместе с тем теория государства и права опирается и на достижения отраслевых и исторических юридических наук, обобщает, синтезирует и систематизирует их выводы»². По мнению Т.Н. Радько, «отраслевые юридические науки обогащают теорию государства и права фактическим материалом, их выводы, взятые в совокупности, делают теорию государства и права более жизненной, более сильной»³.

Связь теории государства и права и отраслевых юридических наук объективна и исторически обусловлена. Отраслевые науки внесли значимый вклад в исследование ряда общетеоретических проблем.

Например, учение о методе правового регулирования как о критерии деления системы права на самостоятельные отрасли в рамках советских дискуссий о системе права развивалось не в последнюю очередь, представителями науки гражданского права и науки административного права. В частности, среди участников первой советской дискуссии о системе права (1938–1940) сторонниками метода правового регулирования как критерия были, в основном, представители науки гражданского права. Например, М. Агарков отмечал, что «в той дискуссии, которая развернулась за последнее время по вопросу о системе советского права, предмету гражданского права было уделено не меньше внимания, чем принципам построения системы советского права в целом. <...> (т.т. Вышинский, Аржанов, Генкин, Миколенко, Братусь, Липецкер, Годес, Ландкоф, Студеникин)»⁴. В связи с этим проблема критериев деления права на отрасли рассматривалась в рамках первых советских дискуссий в основном в рамках более частной проблемы отграничения гражданского права от смежных отраслей (прежде всего, от административного права). Именно поэтому во многом в качестве методов правового регулирования в отечественной правовой науке и закрепились императивный (гетерономный) и дис-

¹ Лазарев В.В. Место теории государства и права в системе гуманитарного знания // Ленинградский юридический журнал. 2008. № 1. С. 8.

² Там же. С. 16.

³ Радько Т.Н. Проблемы теории государства и права. М., 2015. С. 13.

⁴ Агарков М. Предмет и система советского гражданского права // Советское государство и право. 1940. № 8–9. С. 52.

позитивный (автономный), поскольку их различия позволяли отграничить гражданское право от других отраслей.

Еще один характерный пример – формирование общей теории правоотношения изначально на основе представлений о понятии и структуре гражданских правоотношений. В связи с этим под правоотношениями понимались только конкретные правоотношения, возникающие между конкретно определенными лицами («продавец–покупатель», «заказчик–подрядчик»), со строгой определенностью взаимного поведения его участников. Эта позиция отражена, например, в трудах Р.О. Халфиной, А.Б. Венгерова, Ю.И. Гревцова, В.А. Кучинского. В частности, Р.О. Халфина даже высказала мнение о том, что концепция общих правоотношений может привести к тому, что понятие правоотношений потеряет свое научное значение и практическую ценность¹. И лишь позднее концепция общих правоотношений (таких, как отношения гражданства между государством и гражданином) стала утверждаться в теории государства и права, опять-таки под влиянием отраслевых юридических наук (прежде всего, конституционного права). Разграничивать общие и конкретные правоотношения предлагали С.С. Алексеев, Н.В. Витрук, О.Е. Кутафин, Н.И. Матузов, О.О. Миронов, Ю.П. Еременко, В.А. Ржевский и др. ученые².

Участие отраслевых юридических наук в разработке важнейших теоретических категорий продолжается. Например, по замечанию В.В. Лазарева, «развитие теории государства и права показывает, что ряд фундаментальных юридических проблем успешно разрабатывается в рамках отраслевых юридических наук. Целый ряд исследований в конституционном, гражданском, уголовном праве и иных дисциплинах по уровню теоретических выводов выходит за пределы исключительно отраслевой проблематики (например, анализ в гражданском и уголовном праве таких конструкций, как вина, юридическая ответственность). Этот материал органично вписывается в исследования специалистов по теории государства и права, а иногда является основой для дальнейшего движения научной мысли. Так, в 90-е гг. XX века осмысление современных проблем формы государства – заслуга практически исключительно конституционалистов»³.

¹ Цит. по: Радько Т.Н. Указ. соч. С. 438.

² См. более подробно о дискуссии: Радько Т.Н. Указ. соч. С. 436–451.

³ Лазарев В.В. Место теории государства и права в системе гуманитарного знания // Ленинградский юридический журнал. 2008. № 1. С. 16.

В качестве примера достаточно рассмотреть содержание книги «Конституция Российской Федерации: от образа будущего к реальности», изданной Институтом законодательства и сравнительного правоведения Российской Федерации при Правительстве Российской Федерации к 20-летию Конституции¹, в которой имеются такие параграфы, как: «Конституция и федеративное устройство», «Республиканская форма правления российского государства», «Фундаментальные основы организации государственной власти», «Президент Российской Федерации в системе разделения властей», «Парламент России и российский парламентаризм», «Правительство Российской Федерации и исполнительная власть» и др. Каждый из них содержит ценный научный материал по таким проблемам теории государства и права, как форма правления, политический режим, форма государственного устройства, разделение властей и т.д.

Таким образом, в настоящее время сохраняется значительный потенциал взаимодействия теории государства и права и отраслевых юридических наук, который реализован, как видится, не в полной мере.

Для того чтобы интенсифицировать такое взаимодействие, могут быть предложены конкретные меры.

На наш взгляд, на крупных научных конференциях, таких как ежегодные «Кутафинские чтения» в Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина, целесообразно более активно использовать не только разделение на секции по юридическим наукам, но и проведение междисциплинарных круглых столов, организацию иных междисциплинарных площадок для дискуссий. Представители теории государства и права и отраслевых юридических наук в ходе таких научных мероприятий могут обмениваться мнениями, перед учеными-теоретиками должно ставиться конкретные практические вопросы, требующие решения на доктринальном уровне, и т.д.

Также целесообразно расширять практику написания коллективных монографий, авторами которых могут выступать представители и науки теории государства и права, и отраслевых юридических наук. В таком формате продуктивны как исследование сугубо теоретиче-

¹ См.: Конституция Российской Федерации: от образа будущего к реальности (к 20-летию Основного Закона России): монография / Л.В. Андриченко, С.А. Боголюбов, В.И. Васильев и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, ИД «Юриспруденция», 2013.

ских проблем, так и разработка теоретических основ конституционного права, гражданского права и т.д.

Еще одним направлением сотрудничества представителей теории государства и права и отраслевых юридических наук, на наш взгляд, могло бы стать совместное преподавание некоторых дисциплин различными кафедрами в образовательных организациях.

Следует отметить, что Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»¹ предоставляет возможность сетевой формы реализации образовательных программ. Согласно ч. 1 ст. 15 закона, «сетевая форма реализации образовательных программ (далее – сетевая форма) обеспечивает возможность освоения обучающимся образовательной программы с использованием ресурсов нескольких организаций, осуществляющих образовательную деятельность, в том числе иностранных, а также при необходимости с использованием ресурсов иных организаций. В реализации образовательных программ с использованием сетевой формы наряду с организациями, осуществляющими образовательную деятельность, также могут участвовать научные организации, медицинские организации, организации культуры, физкультурно-спортивные и иные организации, обладающие ресурсами, необходимыми для осуществления обучения, проведения учебной и производственной практики и осуществления иных видов учебной деятельности, предусмотренных соответствующей образовательной программой».

Если сотрудничество нескольких образовательных организаций или даже иных организаций может обогатить образовательный процесс, то тем более его может оптимизировать совместная работа различных кафедр в рамках одной образовательной организации.

В связи с тем, что в праве имеет место множество комплексных правовых институтов и смежных научных проблем, могут быть разработаны, например, междисциплинарные рабочие программы для магистратуры по таким дисциплинам, как «Теория правоотношений», «Теория юридической ответственности», «Теория прав человека», «Теория функций права», «Юридическая техника в различных сферах юридической деятельности» и т.д.

Образовательный процесс по таким программам может быть организован следующим образом:

¹ СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598 (с изм.).

а) написание рабочей программы совместно представителями кафедры теории государства и права и отраслевых кафедр (например, дисциплина «Теория юридической ответственности» может включать темы по общетеоретическим аспектам юридической ответственности, а также отдельные темы о конституционной ответственности, административной ответственности, уголовной ответственности, гражданско-правовой ответственности и т.д.);

б) написание учебного пособия по дисциплине коллективно учеными – представителями различных кафедр (например, учеными-теоретиками совместно с представителями наук гражданского права, уголовного права, уголовно-процессуального права, гражданского процессуального права, административного права могут быть исследованы особенности юридической техники не только в законотворческой деятельности, но и в частноправовой сфере, в организации судопроизводства, в деятельности органов исполнительной власти и т.д.);

в) проведение лекционных занятий (разными лекторами – представителями соответствующих кафедр, например лекции о понятии юридической ответственности – представителем кафедры теории государства и права, лекции о конституционной ответственности – представителем кафедры конституционного права, лекции об уголовной ответственности – представителем кафедры уголовного права и т.д.);

г) проведение семинарских (практических) занятий – при этом в силу необходимости обеспечения более полного контакта с аудиторией и последовательного контроля качества знаний обучающихся желательно, чтобы семинарские занятия в одной группе вел один преподаватель. Представляется, что с учетом интегративной роли теории государства и права занятия по интегрированным курсам целесообразно проводить именно представителям кафедры теории государства и права.

Предложенные меры направлены на повышение эффективности взаимодействия теории государства и права и отраслевых юридических наук, а также на интеграцию научного знания в условиях современного информационного общества, преодоление кризисных явлений в юридической науке, наличие которых отмечают современные ученые. В частности, по мнению Н.А. Власенко, в настоящее время практически нет новаторских научных работ, создающих на-

правления в исследовании, решающих конкретную проблему¹. Возможно, интенсификация междисциплинарных исследований поставит перед теорией государства и права новые проблемы, решение которых даст импульс новым, оригинальным теоретическим разработкам.

Ю.Г. Арзамасов

5.4. ДИДАКТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ПРЕПОДАВАНИЯ КУРСА НОРМОГРАФИИ

В настоящее время перед юристами, государственными и муниципальными служащими, депутатами различного уровня остро встает вопрос о получении знаний нормотворческой юридической техники. Это позволит готовить качественные юридические документы с точки зрения как формы, так и содержания, что отразится на эффективности правового регулирования.

Как преподавать юридическую технику в современной высшей школе? Кто будет это делать? С помощью каких методов? Поставленные вопросы обусловлены главным образом тем, что в России не в полной мере развита наука о нормотворческой технике (на Западе такая наука существует уже давно, там она носит название «легиспруденция»). Тем не менее определенный научный багаж у отечественных ученых и практиков в сфере нормотворчества уже накоплен. Проблемы теории и методологии нормотворчества неоднократно рассматривались такими авторитетными учеными, как В.К. Бабаев, В.М. Баранов, А.И. Бобылев, Н.А. Власенко, А.С. Пиголкин, С.В. Поленина, Д.А. Керимов, В.В. Лазарев, А.А. Ушаков, Ю.А. Тихомиров и др. Как мы видим, ведущие позиции в этом направлении занимают теоретики права, поскольку указанные ученые создали свои правовые школы, у них есть ученики и последователи. В последнее время теория и методология нормотворчества также входит в круг научных интересов отечественных ученых, поскольку назрела необходимость как для систематизации ранее накопленных знаний, их обобщения, так и для их преподавания. Знания нормотворческой техники нужны

¹ Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИНФРА-М, 2015. С. 36.

современным юристам, их отсутствие делает образование неполным и несистемным.

В советское время при подготовке правоприменителей отечественные юристы-преподаватели практически не уделяли особого внимания нормотворчеству. Отдельные вопросы изучались как в курсе общей теории права, так и отраслевых наук (конституционное, административное, финансовое, трудовое), но отсутствовала сама система преподавания нормотворческой юридической техники, что в дальнейшем и сказалось да и продолжает сказываться на качестве российского законодательства, однако ситуация меняется. Как показывает проведенный анализ, преподается нормотворчество (в тех вузах, где это все же осуществляется) по-разному.

Так, например, в отдельных вузах преподают курс под названием «Юридическая техника». Однако данный курс выполняет в большей степени ознакомительную, информационную функцию, поскольку рассмотреть все требования, приемы и средства юридической техники, предъявляемые как к нормативным правовым актам так и актам применения права и интерпретационным актам, просто не возможно.

Если сделать этот курс полноценным, систематизированным и содержательным, то объем его часов будет слишком большим и ему вряд ли найдется место в Государственном образовательном стандарте по специальности «Юриспруденция» (необходимо будет тогда сократить количество часов по другим дисциплинам).

Таким образом, оптимальным вариантом является специальное преподавание именно нормотворческой юридической техники, поскольку вопросы интерпретационных актов, которые принимают высшие судебные инстанции и Конституционный Суд РФ, изучаются студентами юридических вузов и факультетов в ходе преподавания таких дисциплин, как «Судебная власть», «Гражданский процесс» и «Конституционное правосудие». Правила оформления протоколов об административных правонарушениях студенты изучают в курсе административного права и административной деятельности, а требования, предъявляемые к актам прокурорского реагирования (протестам, предостережениям о недопустимости нарушения закона и т.п.), входят в предмет такой дисциплины, как «Прокурорский надзор».

Идеальным вариантом было бы создание специализированных учебных заведений и факультетов, способных качественно готовить соответствующих специалистов в области нормотворчества. Думается, что такое учебное заведение необходимо создать и при

Федеральном Собрании РФ. Только у российского парламента нет своих научно-исследовательских институтов и учебных заведений. Например, у Правительства РФ есть Институт законодательства и сравнительного правоведения, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» и другие учебные заведения. Свою Академию создала Генеральная прокуратура РФ. Почему же Федеральное Собрание РФ – парламент России не имеет базы для подготовки квалифицированных специалистов в области нормотворчества?

В настоящее время только одно высшее учебное заведение специально готовит юристов, специализирующихся на нормотворчестве, – это Саратовская государственная академия права, где при Поволжском региональном институте законотворческой деятельности создан и действует факультет нормотворческой деятельности.

Открытие аналогичных факультетов в юридических вузах не проблема. Однако где найти квалифицированных преподавателей в области нормотворчества? Помимо этого, встает проблема методического и учебного оснащения учебного процесса.

Часто поднимается вопрос реформирования правовой системы, которая нуждается в модернизации. Это связано не только и не столько с коррумпированием правоприменителей, но и с проблемой совершенствования, повышения эффективности нормотворческой деятельности, всех его видов и методов. Однако реформировать правовую систему реально, оптимизируя при этом все виды нормотворческого процесса, возможно только при качественном повышении уровня правовой культуры всего корпуса государственных и муниципальных служащих.

В связи с этим, на наш взгляд, необходимо применить следующую стратегию: на всех юридических факультетах высших учебных заведений и на курсах повышения квалификации государственных и муниципальных служащих следует ввести учебный курс под названием «Нормография: теория и методология нормотворчества». Студенты, успешно освоившие данный курс, в дальнейшем, в своей нормотворческой деятельности, станут опираться на общие принципы нормотворчества, они профессионально, а не по наитию будут владеть знаниями методик подготовки и принятия различных видов нормативных правовых документов (актов и договоров), станут соблюдать требования, предъявляемые к содержанию и форме проектов нормативных документов.

Государственного и муниципального служащего, как и любого профессионала, надо готовить планомерно, специально, используя для этих целей как апробированные методики и программы, так и последние достижения науки.

Введение преподавания данной дисциплины обусловлено, прежде всего, тем, что в курсе общей теории права и государства нормотворческая техника изучается только в рамках темы «Правотворчество». К тому же тема «Правотворчество» уже явно «переросла» установленные рамки, поскольку включает в себя не только рассмотрение различных теоретических подходов к понятию правотворчества, его способам, принципам, стадиям, но и изучение проблем, различных видов нормотворчества. Крупный массив научных знаний, столь необходимых юристам-практикам, разработчикам различных по юридической силе, видам, характеру регулируемых отношений норм права, остается без необходимых знаний правил, приемов, средств, различных методик подготовки тех или иных видов нормативных правовых актов. Большинство юристов, даже с отличием закончивших юридические вузы, поверхностно владеют знаниями нормотворческой юридической техники, не располагают информацией, какие существуют особенности применения юридической техники в различных видах нормотворчества.

В связи с этим нами была предпринята попытка объединения разрозненных методик подготовки нормативных актов и теоретических вопросов, касающихся проблем создания нормативных правовых актов, в систему научно обоснованных знаний о нормотворчестве, которые составляют основу предмета такой самостоятельной науки, как нормография (дословный перевод – «пишу норму»). Последняя, по нашему мнению, займет свое особое место в системе юридических наук, поскольку наподобие правовой герменевтики, правовой компаративистики и других прикладных наук будет носить вспомогательный характер по отношению как к общей теории права и государства, так и к другим юридическим наукам, в основном отраслевым.

Данный курс преподается нами в НИУ «Высшая школа экономики» с 2010 г. Однако как же преподавать нормографию? Какие темы она должна включать в свои программы? Чему следует отдавать предпочтение – теории нормотворчества либо практике, то есть различным тренингам?

Есть мнение, что специалистов в области нормотворчества не нужно готовить специально, что они должны в совершенстве знать

правила русского языка, обладать общей и правовой культурой, базовыми юридическими знаниями, знать общесоциальные средства нормотворческой техники (обычай, правотворческие традиции, практику подготовки проектов нормативных правовых актов и т.п.); иногда можно проводить определенные курсы повышения квалификации, и этого будет вполне достаточно.

Более того, следуя данной точке зрения, отдельные авторы выпустили соответствующие пособия именно для юристов, основу которых как раз и составляют правила русского языка, поскольку там содержатся разделы, посвященные орфографии и пунктуации.

Однако, даже в совершенстве зная правила орфографии и пунктуации, далеко не все юристы способны разработать качественный нормативный правовой акт.

В последнее время в связи с развитием деятельности юридических клиник появились высказывания о том, что наиболее серьезные навыки подготовки проектов нормативных правовых актов студенты юридических вузов и факультетов получают на старших курсах в процессе работы в юридических клиниках, когда на основе договора они разрабатывают для организаций проекты нормативных правовых актов.

Сотрудники Аппарата Государственной Думы Федерального Собрания РФ (55 человек) записались в Школу права Государственного университета «Высшая школа экономики» на курсы повышения квалификации, высказав определенные пожелания, то есть какие темы они хотели бы услышать на этих курсах из двадцати перечисленных ими тем были названы следующие теоретические вопросы нормотворчества:

- принципы и методы правотворчества;
- требования, предъявляемые к законотворческой деятельности и нормативным правовым актам;
- проблемы законотворческой техники;
- лингвистическая экспертиза законопроектов;
- язык нормативных правовых актов;
- систематизация и кодификация нормативных правовых актов;
- мониторинг российского законодательства;
- антикоррупционная экспертиза проектов нормативных правовых актов.

Таким образом, практически половина тем, заявленных сотрудниками Аппарата Государственной Думы Федерального Собрания РФ, носит чисто теоретическую направленность.

Из этого следует, что отдавать предпочтение в преподавании нумерологии только тренингам в ходе работы юридической клиники нельзя.

Существует мнение, согласно которому выбирать курс, связанный с тем или иным видом нормотворчества, следует в зависимости от специальности и специализации подготовки студентов. К примеру, на факультетах, ведущих подготовку государственных и муниципальных служащих, преподаются специализированные небольшие курсы, такие как подготовка административных регламентов оказания услуг. Такое «точечное» заполнение пробелов в правовых знаниях студентов, которые завтра должны будут стать полноценными правоприменителями, на наш взгляд, выхолащивает, значительно обедняет знание предмета теории и методологии нормотворчества. В итоге ограничиваются мышление и творческие способности студентов, которые могут быть развиты только в том случае, если они получают большой объем информации методологического характера, а не отдельные несистематизированные знания. Такой подход вполне соответствует теории менеджизма, согласно которой специалисты, профессионалы должны быть только в узких областях деятельности.

Однако такое «обуживание» информации о подготовке ведомственных актов только определенного даже не вида, а подвида ведомственных нормативных правовых актов не принесет желаемых результатов, не способствует подготовке высокообразованных специалистов, поскольку студенты не будут знакомы с особенностями других кодифицированных и простых ведомственных нормативных правовых актов, то есть с их признаками, особенностями принятия и вступления в юридическую силу, отличительными чертами юридических конструкций, с онтологией и гносеологией структуры и содержания ведомственного нормотворческого процесса, с проблемами их иерархической зависимости, осуществления юридического мониторинга в ведомственном нормотворчестве и т.д.

Есть и другие подходы, среди которых следует выделить так называемый видовой – студентам преподают методологию подготовки определенного вида нормотворчества (законодательный процесс, ведомственное, локальное нормотворчество и т.п.). Так, например, на факультете государственного и муниципального управления НИУ «Высшая школа экономики» ведется мастер-класс «Аналитическое обеспечение парламентской деятельности», в Академии

управления МВД России уже около 20 лет – курс «Организация нормотворческой деятельности органов внутренних дел». Тем не менее попытки ограничить предмет преподавания определенными рамками не всегда успешны. К примеру, в программе дисциплины «Организация нормотворческой деятельности органов внутренних дел» присутствует такая общая для всех видов нормотворчества тема, как «Юридическая техника и стилистика нормативных актов». Наличие таких тем расширяет рамки видовых курсов преподавания нормотворчества. Определенным минусом таких курсов является то, что они не дают общего представления о нормотворческом процессе, то есть его различных видах, о конкретизации и детализации законов, о проблемах системы законодательства и других способах преодоления нормотворческих ошибок. При такой организации учебного процесса у студентов отсутствует четкое представление об особенностях всех видов нормотворческого процесса. В итоге, когда муниципальный служащий переходит на государственную службу либо человек меняет вид государственной службы, у него возникают проблемы с подготовкой нормативных правовых актов определенного вида. Такое положение вещей говорит о необходимости введения в учебный процесс юридических вузов и факультетов, а также факультетов, готовящих государственных и муниципальных служащих, дисциплины, рассматривающей все виды нормотворческого процесса, а также общие приемы, правила и средства нормотворческой юридической техники.

Специалист в области нормотворчества А.А. Ушаков в свое время использовал термин «законография», при этом он отмечал, что законография носит нормативный характер, ибо она изучает в первую очередь правила правотворчества. При этом ученый правотворчество предлагал подразделять на две части: общую и особенную. Общая, по его мнению, должна изучать проблемы правотворчества в целом, особенная – применительно к той или иной области законодательства (конституционного, уголовного и др.).

Что касается общей части, то здесь дискуссия излишня, поскольку данная часть должна быть посвящена общим теоретическим проблемам нормотворчества. Особенная часть, наоборот, должна освещать не проблемы юридической техники в каких-либо отраслях права, а методики подготовки различных видов нормативных правовых актов – начиная с федеральных конституционных законов и заканчивая локальными актами.

Что же касается выбора видов (форм) обучения, то они должны зависеть от уровня подготовки обучаемых. Так, например, если преподавать нормографию студентам второго-третьего курса либо обучающимся по магистрам программам, не имеющим высшего юридического образования, приоритет должен быть отдан лекционной форме обучения. При этом темы и вопросы лекционных занятий не должны дублировать курс общей теории государства и права. Тем не менее вводную лекцию по курсу следует посвятить общим теоретическим и практическим проблемам нормотворчества, где более подробно можно остановиться на вопросах реализации принципов нормотворчества.

Сочетание практических занятий с лекционными должно быть $\frac{1}{4}$. Целесообразно проводить семинарские и практические занятия по теме «Приемы и способы изложения нормативного материала», в ходе которых студенты могут выступать с докладами, сообщениями. Также по данной теме целесообразно проводить тренинги, когда студентам даются определенные извлечения из нормативных актов и они должны определить, каким способом в них изложен нормативный материал (прямым, ссылочным, бланкетным, воспроизведением положений федерального закона).

В ходе преподавания нормографии возможно использовать семинар и как самостоятельную форму учебного занятия, не связанного с конкретной лекцией. Это касается проведения круглых столов на такие актуальные темы, как «Оптимизация законодательного процесса в Российской Федерации», «Проблемы повышения эффективности закона», «Проблемы осуществления антикоррупционной экспертизы».

Как правило, тема проведения такого круглого стола объявляется заранее, готовятся докладчики и содокладчики, на сайте кафедры, как это делается в НИУ «Высшая школа экономики», либо на занятии обозначаются проблемы для обсуждения. Для того чтобы обсуждение проблем было более интересным, целесообразно приглашать практических работников, сотрудников аналитических и правовых управлений парламента, департаментов федеральных органов исполнительной власти и других участников. Однако это не означает, что проведение таких семинаров должно быть пущено на самотек. Преподаватель должен умело руководить процессом обучения (выступить с вступительным словом, если нужно поправлять студентов, обобщать их выступления и т.п.). Для более подготовленных студен-

тов по данной схеме возможно проведение круглых столов на такие актуальные темы, как «Оптимизация законодательного процесса в Российской Федерации», «Проблемы повышения эффективности закона», «Теоретические и практические проблемы систематизации российского законодательства», «Проблемы осуществления антикоррупционной экспертизы».

Повторим, что особое значение следует также уделять проведению тренингов. Однако проблема применения данных методов обучения нормографии заключается, прежде всего, в том, что студенты, пришедшие на занятие, должны быть хорошо подготовленными, мотивированными на получение необходимых знаний, умений и навыков. Немаловажной проблемой является установление взаимопонимания между аудиторией и преподавателем. Без этого невозможно обучение сложной материи нормотворческой юридической техники.

Другая проблема заключается в выборе из многообразного дидактического инструментария необходимых приемов обучения. При этом преподаватель должен ориентироваться не только на уровень подготовленности студентов, но и на положительный опыт своих коллег, а также свой собственный опыт.

Так, например, на факультете права НИУ «Высшая школа экономики» при проведении занятий по теории государства и права и нормографии успешно зарекомендовали себя следующие виды тренингов:

1. Определение в предложенном преподавателем извлечении из нормативного правового акта примененных законодателем средств нормотворческой юридической при помощи техники которых был подготовлен данный акт.

2. Определение структуры нормативного правового акта и вида проведенной систематизации.

3. Выявление различных видов дефектов нормативных правовых актов (неясностей, неточностей, коллизий, пробелов и т. п.).

4. Проведение экспертиз нормативных правовых актов и подготовка в соответствии с нормативно установленными требованиями заключений на предложенные преподавателем проекты нормативных правовых актов. (При этом проводятся тренинги по проведению как общеправовой экспертизы, так и отдельных ее видов, например антикоррупционной.)

Большое практическое значение имеет опыт направления заключений, подготовленных студентами, в Государственную Думу и Совет Федерации Федерального Собрания РФ.

5. Подготовка отдельной части (главы, статьи) проекта нормативного правового акта по предложенной преподавателем либо выбранной студентами тематике.

6. Подготовка сопроводительных документов (аналитических записок и т.д.), необходимых для внесения законопроекта в Государственную Думу Федерального Собрания РФ.

7. Заполнение и ведение в целях мониторинга нормативных правовых актов «досье нормативного правового акта».

Широкое распространение в последнее время получили игры (проектные, мировоззренческие и др.) как определенная форма обучения. Так, например, у преподавателей и студентов популярна мини-игра «Внесение проекта федерального закона в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации»: Студенты не только подготавливают сопроводительные документы (аналитические записки и т.д.), необходимые для внесения законопроекта в Государственную Думу Федерального Собрания РФ, но и в форме ролевой игры разыгрывают процедуру реализации законодательной инициативы на практике.

Со студентами, обладающими отличной теоретической подготовкой и имеющими опыт нормотворческой работы в государственных и муниципальных органах власти, а также прошедшими стажировку в правовых и аналитических структурах законодательных и исполнительных органах власти, может быть проведена проектно-аналитическая игра.

При этом возникают определенные проблемы, связанные с организацией и проведением такой игры. Студенты должны быть максимально подготовлены: необходимо изучить большой объем теоретической и иной литературы. Студентам заранее дается инновационное проектное задание – подготовить альтернативные концепции или определенные части (статьи, главы) нормативных правовых актов с целью нахождения оптимальных путей правового регулирования общественных отношений в конкретных сферах. Группа разбивается на несколько рабочих подгрупп, которые разрабатывают необходимые документы в установленные сроки и представляют их на обсуждение в форме докладов с презентациями.

Несмотря на многообразие видов проведения занятий по нормографии, проблема их выбора остается открытой. Это объясняется, прежде всего, тем, что каждый педагог талантлив по-своему, у каждого преподавателя есть свои авторские наработки и методики преподавания учебного материала: у одного преподавателя есть талант и навыки проведения тренингов, у другого – умение проводить игровые формы обучения.

Однако большим подспорьем являются методологические семинары, где преподаватели делятся своим опытом, умениями, новыми методиками проведения занятий, что способствует повышению профессиональной квалификации преподавателей, делает их труд более эффективным, помогает решать проблемы как дидактического, так и организационного плана.

Раздел 6

ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ В ВУЗОВСКОЙ ПРАКТИКЕ

С.А. Комаров, А.Н. Якушев

6.1. БАЗА ДАННЫХ РАЗВИТИЯ НАУЧНЫХ ДОСТИЖЕНИЙ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА В ОТЕЧЕСТВЕННЫХ ДИССЕРТАЦИЯХ: ПРОБЕЛЫ И ПРОБЛЕМЫ ЕЕ СОЗДАНИЯ В РОССИИ

В современной России государственная научно-техническая политика осуществляется на основе принципов гласности, использования различных форм общественных обсуждений при выборе приоритетных направлений развития науки и техники, при экспертизе научных и научно-технических программ и проектов, реализация которых осуществляется на основе конкурсов; интеграция науки и образования – на основе различных форм участия работников и обучающихся образовательных организаций высшего образования в научных исследованиях и экспериментальных разработках¹.

В конечном счете это должно приводить к появлению нового научного знания, которое содержится в диссертационных исследованиях на соискание ученой степени кандидата или доктора наук.

Наши исследования² показывают, что в Положении о присуждении ученых степеней (2013) отсутствуют объективные критерии оценки и процедуры оценки научных результатов диссертаций; не разъясняется смысл формулировки «научное достижение» и каким такое достижение должно быть по форме и содержанию в докторской

¹ См. подробнее: Федеральный закон от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ (ред. от 13 июля 2015 г.) «О науке и государственной научно-технической политике» / <http://www.pravo.gov.ru>

² См.: Якушев А.Н., Климов А.Ю. Положение о присуждении ученых степеней в России (2013): пробелы и проблемы процедуры оценки диссертаций / А.Н. Якушев, А.Ю. Климов // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 1. С. 179–185.

диссертации; объективная оценка научных результатов подменяется субъективным личным мнением оппонентов-экспертов о структуре и содержании текста диссертации, хотя последние относятся к творчеству исследователя; ошибочно считается, что научные результаты, полученные в итоге исследования, должны чему-то соответствовать в науке. Полагаем, что научное достижение не может чему-либо соответствовать в науке – в противном случае следует говорить о компиляции либо о плагиате.

Не в полной мере реализуются основные принципы оценки результатов научной деятельности ученого, а именно принципы открытости, гласности, объективности, обоснованности и справедливости.

Следует отметить, что в России в течение последних 200 лет присуждают ученые степени или отказывают в них за результаты диссертаций, которые объективно не оценивают и не устанавливают, имеются или отсутствуют в результатах диссертационных исследований научные достижения.

По нашему глубокому убеждению, *объективными критериями оценки* результатов диссертационных исследований являются *научные достижения*, полученные ранее другими учеными в результате решения аналогичных задач, которые на момент сравнения являются новыми.

Научное достижение – это положительная разница между показателями диссертационного исследования и предшествующими новыми научными достижениями по решению аналогичных задач.

Что касается процедуры оценки научных результатов, то это установленная правовой нормой определенная совокупность и последовательность действий оппонентов-экспертов по сравнению показателей научных результатов диссертаций с объективными критериями оценок. Однако в России данная процедура нормативно пока не установлена.

Все это обуславливает актуальность разработки базы данных развития научных достижений теории государства и права в отечественных диссертациях за последние 200 лет, полученных исследователями впервые. Повторное их воспроизведение другими учеными в последующем для науки не имеет никакого значения, так как это уже не научное достижение.

На первом этапе исследования был составлен каталог диссертаций, защищенных в России по теории и истории государства и права;

истории учений о праве и государстве в период с 1814 по 2014 г¹. Из него «извлекли» статистику и тематику защит магистерских, кандидатских и докторских диссертаций по теории государства и права в России. После обработки количественных данных были получены неожиданные научные результаты.

Общее количество диссертаций, защищенных в России по теории права и государства за 183 года (с 1918 по 1933 г. в СССР ученые степени не присуждали), составляет 2416, из которых 2183 (90,4%) – в Российской Федерации за 23 года, 194 (8,0%) – в Советском Союзе за 58 лет, 39 (1,6%) – в университетах Российской империи за 103 года.

Среднее количество диссертаций, защищенных в год в России, – 13, среди которых: 95 – в Российской Федерации, 3,3 – в СССР, 0,4 – в Российской империи.

Если сравнить количество диссертаций, защищенных в Российской Федерации, например, в 2006 г., со средним количеством диссертаций, защищенных в год в Российской империи, то их число возросло в 643 раза. Невольно возникает вопрос: почему?

Количественная динамика защит диссертаций в России по отдельным годам в порядке убывания в период с 2014 по 1814 г. выглядит следующим образом: 257 – в 2006 г.; 193 – в 2005 г.; 169 – в 2004 г.; 168 – в 2007 г.; 155 – в 2008 г.; 154 – в 2009 г.; 142 – в 2011 г.; 130 – в 2002 г.; 116 – в 2010 г.; 113 – в 2003 г.; 95 – в 2000 г.; 90 – в 2012 г.; 83 – в 2001 г.; 70 – в 1999 г.; 61 – в 2013 г.; 45 – в 1996 г.; 38 – в 1998 г.; 34 – в 2014 г.; 31 – в 1997 г.; 29 – в 1995 г.; 25 – в 1994 г.; 10 – в 1993 г.; 9 – в 1992, 1990, 1978, 1966 гг.; 8 – в 1991, 1986, 1979 гг.; 7 – в 1987, 1985, 1982, 1975, 1971, 1964 гг.; 6 – в 1984, 1983, 1981, 1967 гг.; 5 – в 1989, 1980, 1977, 1974, 1973, 1970, 1965, 1952, 1912 гг.; 4 – в 1969, 1968, 1963 гг.; 3 – в 1988, 1976, 1972, 1961 гг.; 2 – в 1962, 1960, 1956, 1895, 1883, 1870 гг.; 1 – в 1959, 1958, 1955, 1954, 1951, 1950, 1940, 1916, 1913, 1910, 1909, 1907, 1906, 1901–1899, 1896, 1893, 1887–1886, 1881–1880, 1875–1874, 1871, 1868, 1860, 1845, 1840, 1838, 1836, 1833, 1823 гг.; 0 – в 1957, 1953, 1949–1941, 1939–1934, 1917, 1915–1914, 1911, 1908, 1905–1902, 1898–1897, 1894, 1892–1888, 1885–1884, 1882, 1879–1876, 1873, 1872, 1869, 1867–1861, 1859–1846, 1844–1841, 1839, 1837, 1835–1834, 1831–1824, 1822–1814 гг.

¹ См.: Якушев А.Н., Комаров С.А. Каталог диссертаций, защищенных в России по теории и истории права и государства; истории учений о праве и государстве (1814–2014 гг.) / А.Н. Якушев, С.А. Комаров. М., 2015. (На правах рукописи.)

При изучении тематики диссертаций, защищенных в России за 183 года, использовали два подхода: первый связан с формами теоретических знаний, второй – с предметами исследований о государстве и праве, представленными в названиях диссертаций.

Отечественные диссертации по теории государства и права, содержащие в названиях формы теоретических знаний, представлены как: проблема (274 дис.), понятие (47), категория (47), принцип (89), научная идея (4), концепция (18), гипотеза (1), теория (52), закономерность (7), доктрина (8), положение (7), классификация (7), типология (10), периодизация (1).

Рассмотрим тематику диссертаций по теории государства и права в рамках одной лишь формы теоретического знания – такой, как «понятие». В России защищено 47 диссертаций, которые касались: ведомственного правотворчества; государственной власти; законности в отечественной юридической науке; законодательства Российской Федерации; законотворческого риска; категорий теории права; конкретизации юридических норм; муниципального правотворчества; ответственности за нарушение социалистических правовых норм; оценочных понятий в советском праве; оценочных понятий в праве; оценочных понятий процессуального права; политики современного Российского государства; понятийного строя теории юридического процесса; права личности на безопасность; права человека на жизнь в законодательстве Российской Федерации; правового освоения действительности; правового регулирования; правовой глобализации; правовой квалификации; правовой культуры социалистического общества; правовой политики; правовой формы и правового средства в системе теории права; правовых гарантий; правонарушения по советскому законодательству; правообразования в России; правоприменительного усмотрения; применения в праве; принципов права; процессуальной ответственности (2 дис.); риска в праве; российского экономического законодательства; санкций в правоохранительном процессе; системы права и системы законодательства Российской Федерации; телеологического толкования советского закона; теоретических и методологических проблем состава юридической техники; толкования и применения оценочных понятий; формирования понятий в российской правовой системе; частного правового процесса; экологических функций государства; элементов права; юридических документов; юридической политики государства; юридической справедливости как основания правоприменительного акта.

Изучение тематики диссертаций, защищенных в России, продолжилось через предмет диссертационного исследования в рамках комплекса таких направлений теории государства и права, как: право в системе социальных норм общества; основные правовые системы современности; источники права, нормы права; структура и система права; правотворчество, систематизация нормативных правовых актов; пределы действия нормативных правовых актов; правовое сознание; правовые отношения; реализация права; толкование норм права; правонарушение и юридическая ответственность; теория права и государства как наука; функции государства; механизм государства; государство в политической системе общества.

Так, юридическая ответственность была предметом 45 диссертаций, защищенных в России в период с 1814 по 2014 г. Она касалась: взаимной ответственности личности и государства; государства и его представителей (2 дис.); государства как гарантии законности; ответственности государства перед гражданином; государственного принуждения (3); государственной власти; государственных гражданских служащих в Российской Федерации; депутатов и органов представительной власти; нравственной и правовой категории; разновидности социальной ответственности; законодательства Китайской Народной Республики; законодательства субъектов Российской Федерации; конституционной ответственности; механизма правового регулирования; общетеоретических проблем; органов местного самоуправления и их должностных лиц в механизме охраны прав, свобод и законных интересов граждан (2); оснований, видов, субъектов; осужденных в пенитенциарных учреждениях; позитивной и перспективной юридической ответственности (2); политических партий в Российской Федерации; прав личности; правового статуса военнослужащих (2); правовосстановительной ответственности и ее места в системе юридических мер защиты; правонарушений (2); принципа правового равенства; процессуальной ответственности; публичной власти в современной России; российского права (2); системы и классификации; системы права; соотношения норм материального и процессуального права; судей в Российской Федерации; сферы экономики и финансов; уголовной ответственности как института публичного права; финансовой ответственности; частного права.

Главной проблемой создания базы данных развития научных достижений теории права и государства в отечественных диссертациях, которые должны стать объективными критериями оценки научных результатов диссертаций, является отсутствие в положениях

научных достижений, выносимых на защиту. База данных развития научных достижений теории права и государства – это и есть паспорт научной специальности, смысл которого в настоящее время ошибочен. Содержание такой базы данных будет свидетельствовать об объеме вклада отечественных ученых в развитие научных достижений теории права и государства в России. Полагаем, что многие из них будут выглядеть в ней не лучшим образом.

Анализ диссертационных исследований ставит на повестку дня еще одну очень важную проблему: оптимизацию паспортизации научных специальностей. В настоящее время все большими темпами идет процесс глобализации научных знаний, что не всегда можно «чисто» отразить в паспорте научной специальности: например 12.00.01 – теория и истории права и государства; история учений о праве и государстве. Все чаще появляются научные исследования на стыке двух и более научных специальностей. Все это, по нашему мнению, приведет к отказу от подробной специализации научного знания и естественному переходу к общим специальностям в рамках «публичной специальности», «частной специальности» с включением в каждую из них материальных и процессуальных отраслей российского права.

В подтверждение нашей позиции можно привести ситуацию, сложившуюся с историческими знаниями, которые не только содержатся в науке истории государства и права (как отечественной, так и зарубежной), но и включены в паспорта ряда специальностей по отраслевым юридическим наукам. Нам представляется, что наличие как минимум одной соответствующей главы в диссертации есть претензия на защиту диссертации по двум специальностям.

Предстоит огромная исследовательская работа по выделению в научных результатах диссертаций научных достижений в рамках известных форм теоретических знаний и предметов исследования государства и права в России на протяжении двух последних столетий.

В.В. Лазарев, С.В. Липень

6.2. ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА В ВУЗАХ МВД РОССИИ

XX век. На протяжении 1960-х – 1990-х гг. перед наукой теории права и государства вставали различные задачи. Необходимо было исследовать общие проблемы понимания государства и права, соз-

дания и реализации правовых норм, законности и т.д., уточнять методологические подходы в рамках советской юридической науки, а затем двигаться в направлении новой методологии юриспруденции. На развитие отечественной теории права и государства оказали влияние и труды ученых, работавших в высших учебных заведениях органов внутренних дел. Это В.К. Бабаев, В.М. Баранов, Н.В. Витрук, Н.Н. Вопленко, В.И. Гойман, Ф.А. Григорьев, В.Д. Зорькин, С.А. Комаров, А.П. Косицын, В.В. Лазарев, Т.Н. Радько, Ф.М. Рудинский, В.П. Сальников, В.Н. Синюков, Л.И. Спиридонов, А.К. Стальгевич, А.Г. Хабибуллин и другие исследователи, внесшие существенный вклад в разработку различных проблем теории права и государства. Несмотря на ведомственный характер высших учебных заведений органов внутренних дел, можно смело говорить о развивающихся научных традициях в исследовании теоретических проблем юриспруденции.

В трудах многих авторов, имеющих отношение к органам внутренних дел, исследуется *методология* юридической науки.

Работа В.К. Бабаева «Советское право как логическая система» (М., 1978) посвящена анализу логической природы права. Автор утверждает, что любая правовая система по своим объективным данным является логической. Анализ логических вопросов права, правового регулирования и составляет суть проблемы логики права – важнейшего относительно самостоятельного направления исследования системы права, которое наряду с социологией и философией права является составной частью методологии правоведения. Особое внимание В.К. Бабаев уделяет проявлению основных законов диалектики и использованию форм логического мышления в правотворческой и правоприменительной деятельности. Применение основных законов диалектики дает возможность рассматривать право как логически выдержанную, единую и в то же время противоречивую систему, выявить и показать причины возникновения, источники, процесс и формы развития государственно-правовых явлений. Использование форм логического мышления позволяет выяснить характер правовых понятий, их соотношение между собой и роль в механизме правового регулирования, глубже исследовать природу юридической нормы, нормативного и правоприменительного акта.

Методологическое значение исследований Л.И. Спиридонова также обусловлено активным применением категорий диалектики при

осмыслении правовой действительности¹. Вместе с тем заслугой Л.И. Спиридонова в разработке методологических проблем является широкое использование социологического подхода, анализ юридических явлений в тесной связи с социальными, обращение к достижениям различных общественных наук – философии, экономической теории, истории и др.

Вопросы методологического характера затрагиваются в работах В.Д. Зорькина, посвященных истории юридической науки. В монографии В.Д. Зорькина «Позитивистская теория права в России» (М., 1978) впервые дан специальный комплексный анализ основанных на философском позитивизме теорий русских ученых-юристов второй половины XIX – начала XX в., представляющих собой новый этап в развитии отечественной политико-правовой мысли. Дореволюционные концепции рассматриваются в соответствии с современными (на время опубликования работы) теоретическими представлениями о методологии юридической науки, о понятии права, о взаимосвязи нормы права и правоотношений и др. Особое внимание уделено важной методологической проблеме – соотношению идеологического и познавательного аспектов политико-правовой теории. В последующие годы В.Д. Зорькин в своих работах уделял большое внимание правам человека и гражданина и правовому государству.

Общее значение для развития юридического знания имеет и монография Э.В. Кузнецова «Философия права в России» (М., 1989), ориентирующая исследователей на изучение богатейшего наследия прошлого, с учетом чего только и возможно успешное развитие теории государства и права. Философия права понимается как наука о нравственных основаниях права. Значение философии права состоит в том, что она показывает отношение между законом и правовыми феноменами, раскрывает социальный смысл закона, содействует развитию этических взглядов юристов, их общей и правовой культуры, а следовательно, и эффективности профессиональной деятельности. По мнению Э.В. Кузнецова, философия права должна занять достойное место в структуре теории государства и права.

¹ См.: Спиридонов Л.И. Социальное развитие и право. Л., 1973; Ошеров М.С., Спиридонов Л.И. Общественное мнение и право. Л., 1985; Спиридонов Л.И. Социология уголовного права. М., 1986; Денисов Ю.А., Спиридонов Л.И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л., 1989.

В.М. Баранов разрабатывает несущую определенную методологическую нагрузку категорию истинности норм права¹. Истинность – объективное свойство нормы права, выражающее проверяемую практикой меру пригодности ее содержания и формы в виде познавательно-оценочного образа соответственно отражать тип, вид, уровень либо элемент развития прогрессивной человеческой деятельности. Таким образом, к праву применяется одна из основных философских категорий, что позволяет полнее раскрыть сущность правовых явлений, их общественное значение и тенденции развития, выработать на этой основе научно обоснованные практические рекомендации. Проблема истинности норм права анализируется в связи с их социальной ценностью, эффективностью, динамизмом, справедливостью. С позиций истинности правовых норм рассматриваются различные вопросы правотворчества и применения права. Как считает В.М. Баранов, решение проблемы истинности правовых норм может положить начало новым фундаментальным и прикладным направлениям развития юридической науки.

Методологические проблемы правоведения исследовал также В.В. Лазарев². Его «Теория государства и права (актуальные проблемы)» (М., 1992) представляет собой одну из первых попыток изложения теоретических государственно-правовых проблем на основе деидеологизированного подхода.

Среди научных работ юристов-теоретиков, вышедших в 1990-х гг., особое место занимает монография В.Н. Синюкова «Российская правовая система: введение в общую теорию» (Саратов, 1994). Автор говорит о необходимости кардинальных изменений в методологии и формирования нового, культурно-исторического направления отечественной юридической науки, ориентированного на изучение самобытности российской правовой системы. Исходной методологической основой культурно-исторического подхода должны выступать те общеправовые концепции, которые предполагают изучение индивидуальных, неповторимых особенностей объектов исследования – изначальных, неразложимых феноменов правового сознания. К таким философским доктринам относятся прежде все-

¹ См.: Баранов В.М. Истинность норм советского права. Проблемы теории и практики. Саратов, 1989.

² См.: Фельдман Д.И., Курдюков Г.И., Лазарев В.В. Теоретические проблемы методологии исследования государства и права. Казань, 1975.

го феноменология и герменевтика – непозитивистские направления современной общенаучной методологии, в рамках которых центральными понятиями выступают «интенциональность» – направленность сознания на что-либо и «понимание» – сверхчувственное постижение предмета. Если для философского позитивизма, на котором явно или неявно основывается абсолютное большинство современных юридических научных исследований, характерна методология «объяснения» объекта, то есть причинное (каузальное) подведение эмпирических фактов под гипотетические общие законы, то герменевтическое «понимание» есть форма чувствования, непосредственного и во многом интуитивного проникновения в сущность исследуемого явления. С позиций новой методологии и культурно-исторического подхода интересны взгляды В.Н. Синюкова на историческое развитие российской правовой системы, ее роль и место среди правовых систем народов мира, на многие другие теоретические вопросы научной юриспруденции.

Во второй половине 1990-х гг. появились оригинальные исследования методологического плана С.Г. Олькова¹.

Проблемы *понимания права*, его социального назначения, выработки наиболее адекватного определения права относятся к классическим в юридической науке. Еще в 1940-х – 1950-х гг. им посвятил свои работы А.К. Стальгевич². В дальнейшем многие авторы внесли существенный вклад в разработку проблем правопонимания, отстаивая прогрессивные позиции, которые помогали преодолеть одностороннее классовое или узконормативное понимание права. Так, неоднократно говорили о необходимости различения права и закона Н.В. Витрук, В.Д. Зорькин, некоторые другие ученые. В.В. Лазарев в начале 1990-х гг. выдвинул и обосновал оригинальный интегративный подход к пониманию права, в соответствии с которым право – совокупность признаваемых в данном обществе и обеспечиваемых официальной защитой нормативов равенства и справедливости, регулирующих борьбу и согласование свободных волей в их взаимоотношении друг с другом. Многие общие проблемы, связанные с понятием, назначением права рассматриваются в работах Н.Н. Вопленко³.

¹ См.: Ольков С.Г. *Общественные болезни*. Тюмень, 1996; Его же. *Биосоциальная механика, общественная патология и точная юриспруденция*. Новосибирск, 1999

² См.: Стальгевич А.Г. *Сущность советского социалистического права*. М., 1955 и др.

³ См.: Вопленко Н.Н. *Сущность, принципы и функции права*. Волгоград, 1998 и др.

Функции права исследованы во многом благодаря усилиям Т.Н. Радько¹. По его мнению, анализ воздействия права на общественные отношения требует использования новых категорий, более совершенных приемов и познавательных средств, позволяющих всесторонне выяснить основные творческие качества права, поэтому необходимо обращение к категории «функция права», это определяемое социальным назначением основное направление его воздействия на общественные отношения. Выяснение основных функций права дает представление об общих закономерностях и свойствах права, различное проявление которых наблюдается в разных отраслях и институтах права.

Спектр проблем, связанных с исследованием *норм права* (понятие, структура, классификации, изучение особенностей различных видов правовых норм), разрабатывали в своих работах В.К. Бабаев, В.М. Баранов². Выше уже упоминалась монография В.М. Баранова «Истинность норм советского права. Проблемы теории и практики», в которой основное внимание уделено философскому осмыслению сущности правовой нормы, рассмотрению ее наиболее важных признаков.

Определенный вклад ведомственная теоретическая наука внесла и в развитие теории *правоотношений*. В.К. Бабаев анализирует логическую, политическую и правовую природу презумпций, их виды, прослеживает значение презумпций в деятельности по созданию и реализации права. Проблеме юридических фактов и общим вопросам теории правоотношений посвящен ряд работ З.Д. Ивановой. В одной из них рассматриваются как общие проблемы теории правоотношений, так и особенности правоотношений, возникающих в связи с деятельностью милиции³. Принципиально важным представляется анализ теоретических проблем правовых отношений в связи с имеющим первоочередное значение для органов внутренних дел требованием законности.

Общие вопросы *правовой культуры* разработаны в монографии В.П. Сальникова «Социалистическая правовая культура: Методоло-

¹ См.: Радько Т.Н. Основные функции социалистического права. Волгоград, 1970; Его же. Социальные функции советского права. Волгоград, 1971; Его же. Методологические вопросы познания функций права. Волгоград, 1974.

² См.: Нормы советского права. Проблемы теории / Бабаев В.К., Байтин М.И., Баранов В.М., Волленко Н.Н. и др.; под ред. В.К. Бабаева, М.И. Байтина. Саратов, 1987; Баранов В.М. Поощрительные нормы советского социалистического права. Саратов, 1978.

³ См.: Иванова З.Д. Законность – основа правоотношений в деятельности милиции. М., 1987.

гические проблемы» (Саратов, 1989). Отмечается, что исследование проблем правовой культуры – социальный заказ времени. Как считает В.П. Сальников, изучение правовой культуры в последние годы выделяется в отдельную отрасль научного знания, которую можно назвать культурологией права. Правовая культура рассматривается как самостоятельная социологическая и философско-правовая категория, анализируется ее структура, сущность и значение в связи с реформированием общества, курсом на построение правового государства.

Имеется и достаточно большое количество работ, в которых теоретические проблемы *правосознания и правовой культуры* разрабатываются *применительно к правоохранительной деятельности*. Особое внимание здесь обращается на качественный анализ профессионального правосознания сотрудников органов внутренних дел, на необходимость формирования у них – ввиду серьезности возложенных задач – высокого уровня правовой культуры. Наиболее известны работы П.П. Баранова, Н.Л. Гранат, В.П. Сальникова¹. В опубликованной в начале 1990-х гг. концептуальной статье² П.П. Баранов и Н.В. Витрук настаивают на необходимости реалистических подходов к оценке профессионального правосознания сотрудников органов внутренних дел. В связи с демократизацией и гуманизацией общества речь идет о преодолении иллюзорных представлений (мифов) о правоохранительной деятельности (подразумевается высокий уровень правосознания тех, кто стоит на страже правопорядка, абсолютное торжество законности в правоохранительной деятельности и т.д.), об изучении, выявлении деформации правосознания сотрудников органов внутренних дел, о необходимости научного подхода к изменению ситуации – повышению профессиональной правовой культуры.

Многие теоретические проблемы *применения права* (пробелы в праве, эффективность правоприменительных актов, социально-психологические аспекты применения права и др.) впервые на моногра-

¹ См.: Баранов П.П. Профессиональное правосознание работников органов внутренних дел: Теоретические проблемы. М., 1991; Его же. Теория систем и системный анализ правосознания личного состава органов внутренних дел. Ростов-н/Д, 1997; Гранат Н.Л. Профессиональное сознание и социалистическая законность в деятельности органов внутренних дел. М., 1984; Гранат Н.Л., Макуев Р.Х. Профессиональная культура в правоприменительной деятельности органов внутренних дел. М., 1994; Сальников В.П. Правовая культура сотрудников органов внутренних дел. Л., 1988.

² Баранов П.П., Витрук Н.В. Правосознание работников милиции: мифы, деформация, стереотипы // Право и жизнь. 1992. № 1–3.

фическом уровне исследовал В.В. Лазарев. В работе «Применение советского права» (Казань, 1972) показывается место правоприменения среди других форм реализации права, анализируются его основные стадии, проблемы толкования права и преодоления пробелов в праве, исследуются методологические, юридические и этические требования к субъектам правоприменительной деятельности. Сформулированы и предложения, направленные на совершенствование работы государственного аппарата. Работа В.В. Лазарева «Эффективность правоприменительных актов: вопросы теории» (Казань, 1975) – одна из первых попыток монографического освещения данной проблемы. По мнению автора, полная эффективность правоприменительного акта достигается тогда, когда все его цели – и ближайшие, и отдаленные, и конечные – достигнуты с наименьшим ущербом для различных социальных ценностей, с минимальными экономическими затратами и в наиболее короткий срок. В работе рассматриваются различные проблемы эффективности правоприменительных актов, устанавливаются основные предпосылки, способы измерения, а также материальные, социально-политические, идеологические, организационные и правовые факторы обеспечения эффективности актов правоприменительных органов. Специальная разработка социально-психологических аспектов правоприменения позволила составить более полное и правильное представление об этой деятельности как о сложной, многоплановой, отнюдь не тождественной механическому подведению обстоятельств дела под определенные требования норм¹. В.В. Лазарев доказывает, что нормы права и фактические обстоятельства ложатся в основание правоприменительного акта через личность правоприменителя, его психику. Психологический механизм действия норм представляет собой обусловленное установками осознание адресатами предписаний и затем взвешивание, примерку, эмоциональное переживание и соизмерение целей и средств их достижения, предписываемых нормами, с идеальными и реальными целями и средствами, а также с теми, которые субъект хотел бы видеть реализованными в действиях других лиц. В работе В.В. Лазарева, И.П. Левченко «Правоприменительная деятельность органов внутренних дел» (М., 1989) освещаются правовые, организационно-управленческие и информационные аспекты правоприменительной деятельности орга-

¹ См.: Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права. Казань, 1982.

нов внутренних дел, особое внимание уделено значению законности в этой деятельности.

Важная для правотворчества и применения права проблема пробелов в праве до 1960–х гг. в силу ряда объективных и субъективных причин специально практически не разрабатывалась советской юридической наукой. Первые монографии, в которых исследуются пробелы в праве, принадлежат В.В. Лазареву¹. Пробелом в праве является полное или частичное отсутствие нормативных установлений, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел, основными принципами, политикой, смыслом и содержанием действующего законодательства. Пробелы в праве имеют объективный характер, они свойственны любой системе права. Автор подчеркивает, что особенно важным является исследование пробелов в праве в связи с определением сферы правового регулирования.

Различные вопросы применения и толкования права нашли отражение в работах Н.Н. Вопленко. Малоизученной проблемой, получившей в научной литературе неоднозначное освещение, является определение юридической природы актов официального толкования норм права. Ее исследование, проведенное на основе анализа право-разъяснительной практики, дано в работе «Официальное толкование норм права» (М., 1976). Учение о толковании права развивается и в последующих исследованиях². В монографии «Социалистическая законность и применение права» (Саратов, 1983) обосновывается научная теория обеспечения законности в правоприменительной деятельности, анализируются основные направления внедрения режима законности в практику правоприменительных органов, вырабатываются средства и способы устранения нарушающих законность негативных явлений.

Правоприменительным актам посвящен ряд работ Ф.А. Григорьева. В 1990-е гг. проблему применения права с учетом особенностей деятельности милиции в условиях формирования правового государства разрабатывал Р.Х. Макуев³. Вопросы реализации, примене-

¹ См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве: вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права. Казань, 1969; Его же. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974.

² См.: Вопленко Н.Н. Следственная деятельность и толкование права. Волгоград, 1978; Его же. Толкование социалистического права. Волгоград, 1990 и др.

³ См.: Макуев Р.Х. Правоприменительная деятельность милиции в условиях формирования правового государства. Ч. 1–2. Алматы, 1993; Его же. Верховенство права и правоприменительная деятельность милиции. Орел, 1996.

ния, толкования права исследовали также В.И. Гойман, Н.Л. Гранат, М.С. Тимофеев и другие ученые.

Особое внимание специалистов по теории государства и права, преподающих в учебных заведениях МВД России, привлекает проблема *законности*. Это связано с исключительно важным значением соблюдения требований законности в практической деятельности органов внутренних дел. Их сотрудники обладают большими полномочиями по применению мер государственного принуждения, поэтому их деятельность должна осуществляться в режиме строжайшей законности. Учеными разрабатывались как общие проблемы теории законности, так и их «преломление» к различным направлениям деятельности органов внутренних дел.

Ряд оригинальных идей в теории законности (например, о том, что она предполагает исполнение только законов, что ее требования относятся только к должностным лицам, исключая из круга субъектов законности граждан) поддерживал Н.В. Витрук. По мнению Н.Н. Вопленко, законность относится к универсальным, стержневым категориям юридической науки, занимает видное место в ее понятийном аппарате, обеспечивает органическое единство общетеоретических и отраслевых наук, их выход на практику. В учении о законности анализируются идеологический, психологический и практический аспекты ее познания. Н.Н. Вопленко рассматривает законность во взаимосвязи с правоприменительной деятельностью¹, З.Д. Иванова – с правоотношениями, возникающими в деятельности милиции², Н.Л. Гранат – с профессиональным правосознанием сотрудников органов внутренних дел³. Теорию законности развивали также В.В. Лазарев, В.С. Афанасьев, В.Н. Бутылин и другие авторы⁴.

Теоретическим проблемам *понимания государства, исторического развития государственности, организации государственной*

¹ См.: Вопленко Н.Н. Социалистическая законность и применение права. Саратов, 1983.

² См.: Иванова З.Д. Указ. соч.

³ См.: Гранат Н.Л. Профессиональное сознание и социалистическая законность в деятельности органов внутренних дел. М., 1984; Его же. Социалистическая законность в деятельности органов внутренних дел. М., 1985.

⁴ См.: Афанасьев В.С. Обеспечение социалистической законности в деятельности органов внутренних дел (основы системного подхода). М., 1987; Афанасьев В.С. Современные проблемы теории законности. М., 1991; Бутылин В.Н. Обеспечение законности в деятельности аппаратов и подразделений органов внутренних дел. М., 1991; Его же. Обеспечение законности в деятельности органов внутренних дел. М., 1993.

власти посвящены труды А.П. Косицына, А.Г. Хабибулина, Р.А. Ромашова¹.

Признанными авторитетами в области изучения проблемы *прав человека, правового статуса личности* многие годы в отечественной юридической науке являлись Н.В. Витрук и Ф.М. Рудинский². По этой же проблематике изданы работы С.А. Комарова и М.И. Абдулаева³.

Соблюдение прав человека в правоохранительной деятельности, значение органов внутренних дел для должного обеспечения реализации прав человека – вот вопросы первостепенной важности, которые наряду с общими проблемами теории прав человека исследовались учеными, работающими или работавшими в учебных заведениях МВД. Это П.П. Баранов, В.Н. Бутылин, А.С. Мордовец, И.В. Ростовщиков, К.Б. Толкачев, А.Г. Хабибулин⁴ и другие авторы.

¹ См.: Косицын А.П. Государство всего народа. М., 1963; Его же. Социалистическое государство. Закономерности возникновения и развития. М., 1970; Его же. Государство, рожденное Октябрем. М., 1987; Хабибулин А.Г. Научные основы типологии государства: вопросы теории и практики. СПб., 1997; Его же. Природа государства и его форма. Уфа, 1997; Его же. Методологические проблемы типологии государства. СПб., 1997; Его же. Теория и идеология государства: политико-правовые процессы. СПб., 1998; Ромашов Р.А. Государство (предпосылки возникновения, механизм функционирования, критерии классификации). СПб., 1998; Его же. Современный конституционализм: вопросы истории и теории. СПб., 1998.

² См.: Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М., 1979; Витрук Н.В. Правовой статус личности в СССР. М., 1985; Рудинский Ф.М. Свобода совести в СССР. М., 1961; Его же. Институт свободы совести. М., 1971; Его же. Личность и социалистическая законность. Волгоград, 1976; Гулиев В.Е., Рудинский Ф.М. Демократия и достоинство личности. М., 1983; Гулиев В.Е., Рудинский Ф.М. Социалистическая демократия и личные права. М., 1984.

³ См.: Комаров С.А. Советское общенародное государство и личность: политико-правовые аспекты. Красноярск, 1986; Его же. Личность в политической системе российского общества (политико-правовое исследование). Саранск, 1995; Его же. Личность. Права и свободы. Политическая система. М., 2001; Абдулаев М.И. Личность и государство. СПб., 1998; Его же. Права человека: историко-сравнительный анализ. СПб., 1999.

⁴ См.: Баранов П.П. Деятельность органов внутренних дел по обеспечению прав и свобод граждан России. Ростов н/Д, 2001; Бутылин В.Н. Полиция в государственно-правовом механизме охраны конституционных прав и свобод граждан. М., 2001; Его же. Государственно-правовой механизм охраны конституционных прав и свобод граждан. М., 2001; Мордовец А.С. Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. Саратов, 1996; Ростовщиков И.В. Обеспечение прав и свобод личности в СССР. Вопросы теории. Саратов, 1988; Его же. Реализация прав личности и деятельность органов внутренних дел. Волгоград, 1996; Его же. Права личности в России: их обеспечение и защита органами внутренних дел. Волгоград, 1997; Толкачев К.Б., Хабибулин А.Г. Личные конституционные права и свободы граждан СССР: система, характеристика, особенности реализации. Уфа, 1990; Толкачев К.Б., Хабибулин А.Г. Органы внутренних дел в механизме обеспечения личных конституционных прав и свобод граждан. Уфа, 1991.

Вопросы конституционной юстиции, имеющие тесную связь со многими теоретическими проблемами (принципы правового государства и деятельности государственного аппарата, источники права, правотворчество, применение права и др.), рассматриваются в трудах Н.В. Витрука, В.Д. Зорькина, В.В. Лазарева. Н.В. Витрук предложил первое в отечественной литературе систематизированное изложение учебного курса – «Конституционное правосудие». Судебное конституционное право и процесс» (М., 1998). Данный учебный курс имеет общую и особенную части. Теоретический интерес представляет общая часть, в которой рассматриваются следующие вопросы: конституционное правосудие как вид конституционного контроля, его значение в правовом государстве, предмет, структура и особенности конституционного правосудия как отрасли права и законодательства, как науки и учебной дисциплины, источники судебного конституционного права и процесса, действие конституционного правосудия в контексте общественной практики.

Юристы-теоретики, связавшие свою жизнь с органами внутренних дел, работали в различных научных направлениях. Многие актуальные вопросы теории государства и права рассмотрены в работе В.И. Червонюка «Действие права (методологический анализ)» (М., 1992). Общие юридические проблемы исследовали также А.Г. Братко, В.Д. Горобец, С.Н. Кожевников, С.В. Степашин, В.В. Черников, А.А. Чинчиков¹ и многие другие ученые. Кроме того, следует иметь в виду и то, что в развитие теоретической науки внесли определенный вклад многие специалисты по историческим и отраслевым юридическим дисциплинам (Е.Ю. Грачева, Л.А. Григорян, А.В. Зиновьев, В.М. Курицын, Б.С. Крылов, А.П. Коренев, Г.М. Миньковский, Р.С. Мулукаев, А.В. Наумов, Е.И. Темнов и др.). Выше специально не указывалось, кто из ученых работал ранее в органах внутренних дел и кто продолжает работать; не различалось, когда написаны основные труды автора – до, после или во время преподавания в ведомственных вузах. Эти вопросы, по нашему мнению, не имеют принципиального

¹ См.: Братко А.Г. Запреты в советском праве. Саратов, 1979; Его же. Правоохранительная система (вопросы теории). М., 1992; Горобец В.Д. Парламент Российской Федерации. М., 1998; Кожевников С.Н. Государственно-правовые основы образа жизни и социальной активности личности. Иркутск, 1989; Его же. Правовая активность граждан. Н. Новгород, 1993; Степашин С.В. Безопасность человека и общества. Политико-правовые вопросы. СПб., 1994; Черников В.В. Правовые акты органов внутренних дел в системе правовых актов управления. М., 1996; Чинчиков А.А. Целостность государства: вопросы теории. М., 1995.

значения. Одни ученые работают и в настоящее время в вузах МВД России, другие уже закончили свой трудовой путь, третьи перешли на работу в гражданские вузы, в органы власти и управления. Особо отметим здесь занимавшихся преподаванием теории государства и права или исследованием теоретических проблем в вузах МВД России и впоследствии ставших высокопоставленными государственными служащими, это Н.В. Витрук, А.И. Гуров, В.Д. Зорькин, В.В. Лазарев, Т.Н. Радько, В.С. Степашин, К.Б. Толкачев, А.Г. Хабибулин, А.Н. Харитонов, В.В. Черников. Принципиально важным является то, что все названные в настоящем разделе ученые много лет отдали преподаванию в высших учебных заведениях органов внутренних дел, научной разработке теоретических проблем, используя для этого свои способности, знания, опыт, потенциал. В разное время теории возглавляли крупные учебные заведения МВД (В.К. Бабаев, П.П. Баранов, Ф.А. Григорьев, В.Я. Кикоть, В.П. Сальников, В.Н. Синюков, К.Б. Толкачев, А.Н. Харитонов).

На развитие науки теории государства и права в органах внутренних дел оказали влияние (в различных формах – чтение лекций, рецензирование научных работ, участие в подготовке научно-педагогических кадров, в разработке актуальных для органов внутренних дел теоретических проблем и др.) многие известные юристы-теоретики из системы учебных и научных заведений вне МВД России (Ю.Я. Баскин, Ю.И. Гревцов, А.И. Королев, Д.И. Луковская, А.В. Малько, Л.С. Мамут, Г.Н. Манов, Г.В. Мальцев, В.П. Казимирчук, А.С. Пиголкин, Ю.А. Тихомиров и др.).

Показателем научных традиций является и подготовка *учебников и учебных пособий* по дисциплине. Перед учеными-теоретиками в 1990–е гг. встала непростая задача – в связи с ликвидацией идеологической монополии догматически понимаемого марксизма-ленинизма необходимо было в короткий срок предложить новые подходы к преподаванию курса теории государства и права, переработать его содержание. В этом направлении также можно отметить успехи специалистов по теории государства и права, работавших в органах внутренних дел. Выше уже указывалось на значение работы В.В. Лазарева «Теория государства и права (актуальные проблемы)» (1992). «Общая теория права», изданная под редакцией В.К. Бабаева (Н. Новгород, 1993), также обозначила основные направления, в которых в дальнейшем происходило совершенствование содержания учебного курса теории государства и права. Наряду с ведущими теоретиками,

работавшими в вузах МВД России, в написании этого курса лекций приняли участие и другие специалисты, с именами которых связано развитие теоретической юридической науки, – А.Б. Венгеров, В.Н. Карташов, Н.И. Матузов, А.Х. Саидов, В.А. Туманов. Несмотря на ряд появившихся в середине 1990-х гг. объемных учебников по дисциплине, ссылки на данное издание до сих пор нередко даже в научных работах самой разной тематики.

Предлагаемый в «Общей теории права» радикальный подход к изменению названия и структуры учебной дисциплины (речь идет об исключении из курса проблем теории государства) не получил широкого распространения во второй половине 1990-х гг. В учебниках, вышедших под редакцией В.В. Лазарева¹, в связи с признанием ценности права в общественной жизни, концепции правового государства, приоритета права над государством предлагается выдвинуть теорию права на первое место, изучать ее проблемы перед проблемами теории государства и назвать дисциплину теорией (или общей теорией) права и государства.

Оригинальный авторский вариант учебного курса теории государства и права предложил Л.И. Спиридонов. В нем многие традиционные теоретические проблемы юридической науки переосмыслены с социологических позиций (Теория государства и права. СПб., 1995; М., 1996 и др. Также можно назвать «Очерк теории государства и права» В.И. Червонюка (М., 1996), «Общую теорию государства и права» С.А. Комарова (Саранск, 1994; Изд. 2-е. М., 1995 и др., «Теорию государства и права» Т.Н. Радько (М., 2001), вышедшую под редакцией В.К. Бабаева «Теорию государства и права» (М., 1999 и др.) и еще ряд учебных изданий, в которых излагается содержание курса, предлагаются новые подходы к рассмотрению отдельных проблем теории государства и права. Кроме того, ученые–теоретики из учебных заведений органов внутренних дел нередко привлекаются в авторские коллективы, они принимали участие в написании академического курса «Общей теории государства и права» (под ред. М.Н. Марченко; в 2 т. М., 1998; изд. 2-е; в 3 т. М., 2001), учебников и курсов лекций по дисциплине, изданных под редакцией А.С. Пиголкина (М., 1994 и др.), Н.И. Матузова и А.В. Малько (Саратов, 1995; М., 1997 и др.), Г.Н. Манова (М., 1995) и др.

¹ См.: Общая теория права и государства: учебник. М., 1994. Изд. 2-е. М., 1996; изд. 3-е. М., 1999.

Успехи в развитии теоретического знания были бы невозможны без научно-организационной работы. В органах внутренних дел функционирует своя система подготовки научно-педагогических кадров. Регулярно издаются сборники научных трудов, посвященные общим проблемам юридической науки. На базе вузов МВД России проводятся научные конференции, семинары, на которых с привлечением ведущих российских ученых обсуждаются актуальные теоретические юридические проблемы.

Начало XXI века. В XXI веке многие учебные заведения системы МВД становятся центрами научных исследований со своими традициями развития научно-педагогических школ и подготовки научно-педагогических кадров, в том числе и в сфере теоретической юриспруденции. Диссертации теоретической направленности в основном проходили диссоветы в вузах МВД, и это обстоятельство еще ждет своего специального анализа.

Продолжается научная разработка многих вопросов *теории государства*. Так, к примеру, проблемы *функций государства*, принципиальную для деятельности органов внутренних дел проблему реализации охранительной функции государства исследует Д.В. Пожарский¹.

Многие общие проблемы *понятия, назначения права*, функционирования правовой системы рассматриваются в работах В.П. Малахова². Теорию *источников права* развивает В.А. Толстик³. В его работах осуществлен детальный анализ иерархической зависимости между различными источниками права, построена иерархическая структура законодательства и иных источников права. На качественно новый уровень выходит и начавшееся еще во второй половине 1990-х гг. в вузах МВД исследование важных для развития теории правотворчества вопросов *юридической техники* (В.М. Баранов, Н.И. Хабибулина⁴ и др.).

Продолжаются и заложенные в XX в. (В.Д. Зорькин, Э.В. Кузнецов) традиции исследования *методологических* проблем развития

¹ См.: Пожарский Д.В. Функции государства и государственный контроль в их системе (теоретико-правовой аспект): монография. М., 2005; Его же. Охранительная функция государства: вопросы теории: монография. Владимир, 2014.

² См., например: Малахов В.П. Право в его универсальности, особенности и конкретности. М., 2005.

³ См.: Толстик В.А. Иерархия источников российского права. Н. Новгород, 2002; Его же. Иерархия российского и международного права. М., 2001.

⁴ См.: Хабибулина Н.И. Язык закона и его толкование. Уфа, 1996; Ее же. Юридическая техника и язык закона. СПб., 2000; Ее же. Политико-правовые проблемы семиотического анализа языка закона. СПб., 2001.

теоретического знания в истории юридической науки (А.В. Корнев, С.В. Липень¹ и др.). История общих идей о государстве и праве рассматривается также в работах Ю.В. Ячменева, Т.Е. Грязновой².

Ряд монографических теоретических исследований посвящен и новым проблемам юридической науки³.

В первые десятилетия XXI в. продолжается обновление и переиздание многих учебников, подготовленных авторскими коллективами еще в рамках вузов МВД⁴.

Одна из тенденций начала XXI в. состоит в том, что отдельные вузы МВД при наличии благоприятных условий могут претендовать на статус не только ведомственных или региональных, но и *общероссийских центров развития теоретической юриспруденции*. Показатели этого – и серьезный научно-педагогический потенциал, и научные школы, и самостоятельные и значимые научные исследования, и, как представляется, прежде всего, – регулярное проведение крупных *научных форумов* (обычно не реже двух раз в год) с широким географическим и серьезным научным представительством.

Организаторы таких форумов – специалисты по теории государства и права – обычно привлекают внимание к таким общим проблемам юриспруденции, которые представляют интерес и для разных сфер юридической деятельности. Избирается актуальная тема (как правило, достаточно узкая), при этом принципиально разрабатываются не только теоретические, но и исторические, практические, отраслевые, международно-правовые аспекты. К участию в конференциях приглашаются не только теоретики, но и ведущие специалисты по отраслевым юридическим наукам. Сборники материалов конференций содержат и теоретический материал (в какой-то мере направляющий конкретные исследования, в чем проявляется методологическая функция теории государства и права), и в значительной

¹ См.: Корнев А.В. Проблемы теории государства в либеральной правовой мысли России конца XIX – начала XX века. М., 2005; Липень С.В. Теоретические проблемы государственности и права в политико-правовых учениях XVII – начала XX века: монография / под общ. ред. В.В. Лазарева. Минск, 2011.

² См.: Ячменев Ю.В. Правда и закон. Из истории российского правоведения: монография. СПб., 2001; Грязнова Т.Е. Идея демократии в российской либеральной правовой мысли второй половины XIX – первой половины XX века: монография. Омск, 2010.

³ См., например: Баранова М.В. Право и реклама (общетеоретический аспект): монография. Н. Новгород, 2010.

⁴ См., например: Общая теория права и государства: учебник / под ред. В.В. Лазарева. Изд. 4-е, испр. и доп. М., 2005; изд. 5-е, испр. и доп. М., 2010.

степени отраслевые разработки; заявленная теоретическая проблема всесторонне рассматривается.

В 2005–2007 годах значительный научный резонанс имели конференции в Санкт-Петербургском университете МВД России (организаторы – Р.А. Ромашов, Н.С. Нижник): «Публичное, корпоративное, личное право: проблемы конфликтности и перспективы консенсуальности» (2005); «Постсоветская государственность: проблемы интеграции и дезинтеграции» (2006); «Правовые механизмы предотвращения и преодоления социальных конфликтов» (2006); «Правовые состояния и взаимодействия: историко-теоретический, отраслевой и межатраслевой анализ» (2006); «Бунты, революции, перевороты в истории российской государственности (к 90-летию Февральской и Октябрьской революций)» (2007); «Правовой статус и правосубъектность лица: теория, история, компаративистика» (2007).

Организаторы, стремясь сделать обсуждение теоретических проблем более направленным, использовали прием, который представляется наиболее желательным при организации научных форумов: участникам конференции направлялось не только приглашение с темой конференции и перечнем предлагаемых к обсуждению проблем, но и тезисы основного доклада Р.А. Ромашова. Доклад, как правило, содержал оригинальные положения или суждения. К примеру, соглашаясь с тем, что в юридической науке сложились традиции употребления термина «право» как для обозначения целого, так и для характеристики отдельных сегментов этого целого (публичное, корпоративное, личное право), Р.А. Ромашов в одном из докладов отмечает: «Вместе с тем словом «право» называются сегменты правового целого, что, на наш взгляд, является не вполне удачным, поскольку затрудняет восприятие права как единого внутренне структурированного социального явления <...> Представьте себе следующие названия субъектов России: «московская Россия», «татарская Россия», «еврейская Россия», «свердловская Россия». Любой здравомыслящий человек тут же скажет, что подобный подход абсурден. Вместе с тем ни у кого не вызывает возражений, что структурными элементами *права* выступают государственное *право*, гражданское *право*, уголовное *право*, каноническое *право*, *право* прав человека и т.д.»¹

¹ Ромашов Р.А. Публичное, корпоративное, личное право: некоторые проблемные аспекты соотношения // Публичное, корпоративное, личное право: проблемы конфликтности и перспективы консенсуальности: материалы V Международной научно-теоретической конференции (Санкт-Петербург, 2–3 декабря 2005 г. / под общ. ред. В.П. Сальникова, Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник; в 2 ч. Ч. I. СПб., 2005. С. 3, 7.

На одной из конференций Р.А. Ромашов предложил использовать вместо категории «правоотношение» понятия «правовые состояния» и «правовые взаимодействия»: «...Категория «правоотношение» в настоящий момент вряд ли может претендовать на положение универсальной, общеправовой догмы. Представляется, что более наполненными в смысловом отношении, нежели категория «правоотношение», являются понятия «правовые состояния» и «правовые взаимодействия». Данные понятия обозначают различные качественные характеристики феномена «отношение». Состояние – это отношение субъекта к чему-либо (кому-либо), взаимодействие – это отношение субъекта с кем-либо. Таким образом, и правовые состояния, и правовые взаимодействия следует рассматривать в качестве элементов юридически значимых отношений»¹.

Следует отметить, что подобный подход был воспринят далеко не всеми участниками конференции. Аргументы в пользу такой позиции посчитал недостаточными В.А. Четвернин². О.В. Мартышин указывает на то, что предлагаемые взамен термина «правоотношение» понятия «правовые состояния» и «правовые взаимодействия», якобы «более наполненные в смысловом отношении»³, не отличаются совершенством, то есть ясностью и четкими границами. «Сама по себе мысль о выделении правовых состояний и взаимодействий (или, может быть, просто действий) интересна. Но она нуждается в дальнейших уточнениях. У этой мысли больше шансов войти в юридическую науку, если она будет разрабатываться не в качестве противовеса учению о правоотношениях, в а качестве его дополнения»⁴.

На конференции, посвященной проблемам правового статуса и правосубъектности, Р.А. Ромашовым также были высказаны оригинальные гипотезы. Действительно, можно согласиться с О.В. Мартышиным в том, что смелые научные мысли имеют больше шансов во-

¹ Ромашов Р.А. Правовые состояния и взаимодействия: к вопросу о месте в категориальном аппарате юридической науки // Правовые состояния и взаимодействия: историко-теоретический, отраслевой и межотраслевой анализ: материалы VII Вещдународной научно-теоретической конференции (Санкт-Петербург, 1–2 декабря 2006 г. / под общ. ред. Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник; в 2 ч. Ч. II. СПб., 2006. С. 5.

² См.: Четвернин В.А. Размышления по поводу тезисов Р.А. Ромашова «Правовые состояния и взаимодействия...» // Там же. С. 8, 13.

³ Мартышин О.В. Нужно ли отказываться от понятия «правоотношение»? (Замечания к тезисам профессора Р.А. Ромашова «Правовые состояния и взаимодействия...») // Там же. С. 14–15.

⁴ Там же. С. 16.

йти в юридическую науку, если они будут высказываться не столько в противовес, сколько в дополнение к развиваемым в науке взглядам. Так, после конференции нам не встречалась дальнейшая разработка, к примеру, идей о дееспособности государства: «Дееспособность государства включает кратоспособность и деликтоспособность. Кратоспособность представляет собой реальную возможность государства осуществлять политическую власть. В основу кратоспособности положены суверенитет и легитимность»¹. В целом положения основного доклада конференции были восприняты позитивно. О.В. Мартышин при поддержке ряда положений тем не менее выступает против различения правового статуса и правового положения субъекта права, а также против деления субъектов права на относящиеся к сферам частноправового и публично-правового регулирования².

Конференции, проводимые Р.А. Ромашовым в середине 2000-х гг., а также сборники их материалов стали событиями в научной жизни.

Активная организаторская деятельность характерна для Нижегородской академии МВД России (В.М. Баранов, В.А. Толстик): за последнее десятилетие было проведено около 20 научных форумов, на которых обсуждались проблемы, связанные прежде всего с правотворческой деятельностью и правотворческой юридической техникой, в том числе: «Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы» (2006); «Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики» (2007); «Систематизация законодательства в России (историко-правовые, теоретико-методологические и технико-юридические проблемы). К 175-летию Свода законов Российской империи» (2008); «Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах» (2008); «Кодификация законодательства: теория, практика, техника» (2008); «Юридическая техника в системе вузовской подготовки правоведов: научно-методическое обеспечение и дидактиче-

¹ Ромашов Р.А. Некоторые проблемные аспекты понимания правосубъектности индивидуального и коллективного лица // Правовой статус и правосубъектность лица: теория, история, компаративистика: материалы VIII Международной научно-теоретической конференции (Санкт-Петербург, 14–15 декабря 2007 г.) / под общ. ред. Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник; в 2 ч. Ч. I. СПб., 2007. С. 11.

² См.: Мартышин О.В. Некоторые особенности коллективных субъектов права // Там же. С. 140–142.

ские пути его совершенствования» (2009); «Правовые презумпции: теория, практика, техника (I Бабаевские чтения)» (2010); «Преемственность в праве: доктрина, российская и зарубежная практика, техника (II Бабаевские чтения)» (2011); «Техника современного правотворчества: состояние, проблемы, модернизация» (2011); «Юридическая аргументация: теория, практика, техника (III Бабаевские чтения)» (2012); «Юридическая конструкция в правотворчестве, реализации, доктрине» (2012); «Государственно-правовые закономерности: теория, практика, техника (IV Бабаевские чтения)» (2013); «Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника» (2013); «Компромисс в праве: теория, практика, техника (V Бабаевские чтения)» (2014); «Стратегия, тактика, техника законотворчества (взаимосвязь, инновационные достижения, ошибки)» (2014); «Эффективность юридических процедур: теория, практика, техника (VI Бабаевские чтения)» (2015); «Законотворческая, интерпретационная, правоприменительная техника в контексте культуры и межкультурной коммуникации» (2015).

К числу особенностей данных научных форумов можно отнести следующие:

как правило, нет секционных заседаний, конференция проходит на одной площадке, то есть все принимают непосредственное участие в дискуссии; есть и иные организационные особенности, указываемые в программе работы конференции;

обычно достаточно широко представлена не только теоретическая, но и отраслевая юридическая наука;

поскольку по итогам докладов, сделанных на конференциях, принимаются материалы до 1 п.л., сборники получают достаточно объемными;

идет постоянный поиск оптимальных организационных форм (конференции, симпозиум, семинар, круглые столы, научный форум);

с 2009 г. материалы конференций публикуются не только в отдельных сборниках, но и в ежегоднике «Юридическая техника».

Сборники материалов нижегородских конференций сразу заявляли о себе как о явлении в научной юридической жизни – прежде всего, объемом и научным содержанием. Многие из них фактически ознаменовали новый этап в разработке соответствующих юридических вопросов.

Так, проблемы, по которым были единичные монографические исследования (или даже они отсутствовали), были проанализированы сра-

зу более чем на тысяче страниц научного текста¹. В докладах В.М. Баранова², Л.Ф. Апт³, В.Б. Исакова⁴, В.В. Лазарева⁵, В.Н. Карташова⁶ и других авторов принципиально разработаны многие ранее системно не поднимавшиеся проблемы формулирования, качества, реализации дефинитивных правовых норм. По итогам работы конференции сформулированы методические рекомендации по использованию дефиниций в нормативных правовых актах⁷. На следующей конференции по-новому были осмыслены многие аспекты такой достаточно узкой проблемы, как конкретизация права (доклады В.М. Баранова и В.В. Лазарева⁸, С.В. Полениной⁹, Н.А. Власенко¹⁰, В.Н. Карташова¹¹ и других ученых).

Также весьма значимым для разработки теоретических и отраслевых проблем ошибок в праве явился круглый стол «Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах»¹², после проведения которого материал о

¹ См.: Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: материалы Международного круглого стола (Черновцы, 21–23 сентября 2006 г.) / под ред. В.М. Баранова, П.С. Пацуркивского, Г.О. Матюшкина. Н. Новгород, 2007; Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г. / под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2008.

² См.: Баранов В.М. Законодательная дефиниция как общеправовой феномен // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы. Н. Новгород, 2007. С. 24–66.

³ См.: Апт Л.Ф. Дефиниции в законодательстве Российской Федерации // Там же. С. 71–85.

⁴ См.: Исаков В.Б. Правовые словари и терминосистемы // Там же. С. 86–101.

⁵ См.: Лазарев В.В. Дефиниции в деятельности Государственной Думы России // Там же. С. 158–172.

⁶ См.: Карташов В.Н. Юридические дефиниции: некоторые методологические подходы, виды, функции // Там же. С. 580–597.

⁷ См.: Методические рекомендации по использованию дефиниций в нормативных правовых актах // Там же. С. 1429–1434.

⁸ См.: Баранов В.М., Лазарев В.В. Конкретизация права: понятие и пределы // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики. Н. Новгород, 2008. С. 16–33.

⁹ См.: Поленина С.В. Конкретизация как метод законотворчества в Российской Федерации // Там же. С. 33–57.

¹⁰ См.: Власенко Н. А. Конкретизация в праве: природа и пути исследования // Там же. С. 57–68.

¹¹ См.: Карташов В.Н. Технология юридической конкретизации (методологический аспект проблемы) // Там же. С. 68–80.

¹² См.: Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах: материалы Международного научно-практического круглого стола (Н. Новгород, 29–30 мая 2008 г.) / под ред. В.М. Баранова, И.М. Мацкевича. М., 2009.

юридических ошибках стал появляться и в учебниках по теории государства и права.

Для развития теории систематизации законодательства большое значение имеют конференции, проведенные в 2008 г., – «Систематизация законодательства в России»¹ и «Кодификация законодательства: теория, практика, техника»². Актуальность проблем, обсуждаемых на последней конференции, подтверждалась и появлением перевода книги Р. Кабриака «Кодификации», а также отечественного издания под редакцией Д.А. Медведева³. Публикации в материалах конференции Т.Я. Хабриевой⁴, Ю.А. Тихомирова⁵, С.В. Полениной⁶, В.М. Баранова и В.Н. Карташова⁷ и ряда других авторов свидетельствовали о преодолении узких представлений о кодексах и кодификациях (только с точки зрения формальных признаков – как разновидности систематизации законодательства) и более широкой постановке проблем при исследовании данного явления.

Были высказаны отдельные идеи, в такой постановке в отечественной науке ранее не звучавшие, – о необходимости разработки исторической части теории кодификации, о значимости идеи кодификации в истории политических и правовых учений (в плане анализа основных направлений правовой мысли и с их учетом – историко-политических и теоретических исследований кодификации) и о современной теории права⁸. Рассмотрена взаимосвязь идеи кодификации с есте-

¹ См.: Систематизация законодательства в России (историко-правовые, теоретико-методологические и технико-юридические проблемы). К 175-летию Свода законов Российской империи: материалы Международного круглого стола. Институт государства и права РАН (Москва, 18–19 января 2008 г.) / под ред. В.М. Баранова, В.Г. Графского, С.В. Кодана. Н. Новгород, 2008.

² См.: Кодификация законодательства: теория, практика, техника: материалы Международной научно-практической конференции (Нижегород, 25–26 сентября 2008 г.) / под ред. В.М. Баранова, Д.Г. Краснова. Н. Новгород, 2009.

³ См.: Кабриак Р. Кодификации / пер. с фр. Л.В. Головки. М., 2007; Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М., 2008.

⁴ См.: Хабриева Т.Я. Кодификация российского законодательства в условиях федеративного государства // Кодификация законодательства: теория, практика, техника. Н. Новгород, 2009. С. 26–37.

⁵ См.: Тихомиров Ю.А. Теория кодекса // Там же. С. 38–45.

⁶ См.: Поленина С.В. Кодификация законодательства во временном и пространственном разрезе // Там же. С. 46–60.

⁷ См.: Баранов В.М., Карташов В.Н. Юридические принципы технологии правовой кодификации // Там же. С. 60–73.

⁸ См.: Липень С.В. Идея кодификации в основных направлениях правовой мысли Нового времени и современной теории права // Там же. С. 460–481.

ственно-правовой и договорной теориями (XVII–XVIII вв.), с просветительской идеологией XVIII в., влияние исторической школы права и юридического позитивизма на развитие идеи кодификации, взгляды представителей социологической юриспруденции на кодификации и кодексы. Теоретическое значение исторического рассмотрения идеи кодификации состоит в акцентировании внимания на ряде аспектов – на применении разнообразных методологических подходов к исследованию идеи кодификации, на понимании кодификации, на ее политическом и социально-культурном значении, на роли субъективных факторов для кодификационной деятельности, ее значении для преемственности, системности и пределов правового регулирования, для применения права.

В 2010–2015 годах ряд конференций проведены в формате Бабаевских чтений и были связаны преимущественно с научными проблемами, которые раскрывал В.К. Бабаев, – о правовых презумпциях, преемственности в праве, юридической аргументации, государственно-правовых закономерностях, компромиссе в праве.

Актуальность научной конференции «Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника» (XV Международный научно-практический форум «Юртех» в формате круглого стола, Нижний Новгород, 26–27 сентября 2013 г.), как указывает В.М. Баранов, обусловлена проявляющимся в разных формах недоверием и неуважением к законам, к демократическим процедурам законотворческого процесса¹. На конференции звучали сомнения в практической ценности демократизации правотворчества: «Демократизация правотворчества, если она осуществляется реально, то вредна низким уровнем компетентности субъектов правотворчества и коллективной безответственностью. Если демократизация правотворчества – это некая «красивая условность», абстрактный принцип, то демократия в правотворчестве – это ситуация, когда слабокомпетентное большинство правотворческого органа принимает решения под давлением компетентного меньшинства либо под давлением исполнительной власти (и на федеральном, и на региональном уровнях). Следовательно, демократизация правотворчества в том виде, в каком существует сегодня, – это лишь идеальный принцип, реализация которого

¹ См.: Баранов В.М. Принцип демократизации современного российского правотворчества: сущность, ценность, технико-юридические проблемы реализации // Юридическая техника. Ежегодник. Н. Новгород, 2014. № 8. «Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника». С. 27.

на практике может причинить вред правовой регламентации общественных отношений»¹. В.М. Баранов возражает: «Демократизм процесса правотворчества и демократичность его результатов (законодательства и иных юридических актов) – *главная целевая* и при этом *итоговая* характеристика этих феноменов. С сожалением приходится констатировать, что далеко не все исследователи осознают и признают эту важнейшую и не только теоретическую, но и практическую реальность»².

Н.А. Власенко был представлен доклад «О кризисных тенденциях в праве»³: об усилении роли правовых механизмов как средства ограничения прав и свобод граждан и контроля над обществом; о нарушении баланса правовых и неправовых методов регулирования; о кризисе в международном праве и международной юстиции; о тенденции развития мягкого права; о снижении роли закона и законотворчества; о структурных «колебаниях» системы отечественного права; о включении индивидуального правового регулирования в нормативный массив; об отступлении от федеративных начал права; о правовой «недостроенности»; о кризисе в юридической науке. При характеристике последней тенденции отмечается: «Состояние научной юридической мысли можно охарактеризовать как «кружение мутной воды». В настоящее время практически нет новаторских научных работ, создающих направления в исследовании, решающих какую-то проблему. Даже в советское время, которое часто называют застоём, диктатурой, такие работы были»⁴.

Н.А. Власенко указывает на то, что «разрушительная сила набиравших силу негативных закономерностей «вырождает» право «изнутри» и снаружи: во-первых, речь идет об утрате правом сущностных моментов и превращении его в «приказное средство» «серого российского» управления. И, во-вторых, такое право порождает, что во многом следствие вышесказанного, негативное отношение к нему, то есть правовой нигилизм»⁵. Характеристика указанных тенденций

¹ Головкин Р.Б. Идеальная привлекательность и практическая несостоятельность принципа демократизации правотворчества // Там же. С. 117.

² Баранов В.М. Принцип демократизации современного российского правотворчества: сущность, ценность, технико-юридические проблемы реализации // Там же. С. 30.

³ Власенко Н. А. О кризисных тенденциях в праве // Юридическая техника. Ежегодник. Н. Новгород, 2014. № 8. «Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника». С. 40–45.

⁴ Там же. С. 45.

⁵ Там же.

и основные выводы Н.А. Власенко значимы для осмысления многих аспектов развития современной политико-правовой системы российского общества.

На конференции «Стратегия, тактика, техника законотворчества (взаимосвязь, инновационные достижения, ошибки) (XVI Международный научно-практический форум «Юртехнетика» в формате круглого стола и в жанре дискуссионного клуба, г. Владимир 25–27 сентября 2014 г.) В.М. Баранов уделил особое внимание стратегическим аспектам правотворческой деятельности, при этом также обнаружилось их различное понимание.

На научных форумах последнего десятилетия, проводимых в вузах МВД, актуализируются как фундаментальные традиционные проблемы юридической науки, так и относительно узкие, специальные, в том числе и новые вопросы, которые постоянно возникают вследствие развития общественных отношений, их правового регулирования, постоянного развития юридической науки и ее методологии. Сборники материалов указанных выше научных форумов чрезвычайно ценны для науки, поскольку в них представлена многоаспектная разработка соответствующих юридических проблем.

Таким образом, подготовленные в учебных и научных заведениях органов внутренних дел исследования в области общих вопросов юриспруденции в XX – начале XXI в. составляют органическую часть науки теории права и государства. Ориентируясь на тенденции ее развития, ученые-теоретики ведомства стремятся поддерживать высокий уровень разработки общих юридических проблем. Учитывая методологическое значение теории права и государства для других юридических наук, это немаловажно и в связи с научным изучением специфических для органов внутренних дел проблем правоохранительной направленности.

С.В. Мотин

6.3. УЧЕБНАЯ ЛИТЕРАТУРА ПО ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА (1810–2010 ГГ.): АНАЛИТИЧЕСКИЙ ОБЗОР

1. К понятию теории государства и права и наименованию учебных дисциплин. Ф.В. Тарановский писал: «Стремление к общему идейному знанию известно под именем энциклопедизма, и особые

дисциплины, предназначенные удовлетворять потребности в обобщенном знании, носят название энциклопедии¹ [с. 6]». В условиях нарастающей в правоведении специализации «вполне понятно появление и существование энциклопедии права, как особой дисциплины, предназначенной для поддержания связи между специальностями и для обобщения их частных выводов [с. 9]. Вырабатываемое ею <энциклопедией права> обобщенное в пределах правоведения знание рассматривает право как явление социальное в связи с другими сторонами общественной жизни. – Предметом энциклопедии права является общее учение о праве, то есть раскрытие тех основных идей правоведения, которые проникают во все специальные юридические дисциплины и получают в них подробное развитие применительно к особенностям их частного объекта и той точки зрения, с которой он рассматривается. <...> Право неразрывно связано с государством: государство составляет непосредственную среду для развития права, и государственная организация, в свою очередь, облекается в правовые формы. Вследствие указанной неразрывной связи за общим учением о праве следует в энциклопедии права общее учение о государстве. <...> ...энциклопедия права преподается приступающим к изучению правоведения в качестве необходимого введения к последующим специальным занятиям по отдельным юридическим дисциплинам. Усвоенные из энциклопедии [с. 11] общие понятия и идеи дают возможность ориентироваться в той массе фактического и теоретического материала, которую содержат специальные юридические науки. – Изменение предмета и содержания энциклопедии права в новейшее время представляется некоторым ученым столь коренным, что высказано было мнение о необходимости присвоить обобщающей дисциплине в правоведении новое название – общей теории права. На этом особенно настаивал известный русский юрист <...> Н.М. Коркунов. Мы полагаем, что для изменения привычного названия науки нет достаточного основания... [с. 12] Название общей теории права, или просто теории права, или теории правоведения принято в настоящее время и в русской литературе (Л.И. Петражицким, Г.Ф. Шершене-

¹ Энциклопедия (новолат. encyclopaedia (не ранее XVI в.); от др.-греч. – «обучение в полном круге») – приведенное в систему обозрение всех отраслей человеческого знания или круга дисциплин, в совокупности составляющих отдельную отрасль знания. Энциклопедией называют также научное справочное пособие, содержащее обозрение наук или дисциплин (Толковый словарь русского языка: в 4 т. Т. 4 / под ред. Д.Н. Ушакова. Репринтное издание. М., 1995).

вичем), и в немецкой (Штаммлером). Наряду с этим сохраняется в нашем университетском уставе и в русской литературе (например, князем Е.Н. Трубецким, Е.В. Спекторским) старое название энциклопедии права [с. 13]»¹.

Н.М. Коркунов утверждает, что энциклопедия права «заботится о расширении количества знания, о соединении всего фактического материала в одной общей системе. Философия права, напротив, стремится дедуктивно построить учение о праве, учение необходимо целостное по самому своему источнику. Наконец, зарождающаяся на наших глазах общая теория права ставит себе задачей извлечь общие начала права из накопленного специальными юридическими науками эмпирического материала. Энциклопедия права и философия права включаются обыкновенно в число предметов, преподаваемых на юридических факультетах. В Германии они преподаются обе. В Англии и Франции только философия права. У нас теперь только энциклопедия. Но прежде, до университетского устава 1835 года, наоборот, полагалось преподавание только философии права, так что энциклопедия у нас сменила философию»².

Г.Ф. Шершеневич: «...среди юридических наук философия права призвана играть в миниатюре ту же роль, какая выпала на долю философии в отношении всего человеческого знания. Философия права должна ставить своей задачей то же, что составляет предмет изучения отдельных юридических наук: право, как оно есть, и право, каким оно должно быть. Таким образом, определяется двоякая задача философии права, теоретическая и практическая. Теоретическая задача философии права заключается в критическом исследовании всех тех главных понятий, которые лежат в основе юридических наук и которые принимаются ими большей частью догматически. Высшим и основным понятием следует, без сомнения, признать понятие о праве, а в связи с его сущностью исследованию подлежат вопросы об образовании права, о нарушении права, о применении права, о создаваемых правом отношениях. Право составляет явление государственной жизни, а потому его понятие может выясниться только на фоне понятия о государстве, которое, в свою очередь, предполагает понятие об обществе. К этому присоединится методология юридических и го-

¹ Тарановский Ф.В. Энциклопедия права. Изд. 3-е СПб., 2001. С. 6–13.

² Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права / Н.М. Коркунова. Изд. 8-е (без измен.). СПб.: [Н. К. Мартынов], 1909. С. 7.

сударственных наук. – В своей теоретической части философия права должна устанавливать основные понятия, не применяясь к тому разнообразию содержания, какое дается условиями времени и места [с. 20]. Философия права превращается в теорию права, которая получает название общей, чтобы отличить ее [с. 39] от тех теорий, которые создаются в пределах специальных юридических наук [с. 40]. В противоположность правоведению, излагающему право той или иной страны, в той или другой его части, должно существовать общее правоведение (General Jurisprudence), которого задачей должно быть исследование тех понятий, какие лежат в основе различных прав [с. 41]. <...> общая теория права составляет продолжение общей части всех юридических наук, что материал ее исключительно положительное право, и что она и есть то, чем должна быть философия права [с. 43]. Общая теория права стремится объяснить право как историческое явление путем анализа самых высших его понятий [с. 46]»¹.

В.К. Бабаев: «Следует различать теорию права как науку и как учебную дисциплину. Как наука она представляет собой систему знаний о праве, его глубинных свойствах, соотношении с другими социальными явлениями и науками. Как учебная дисциплина теория права – это система юридических знаний, необходимых для дальнейшего изучения юриспруденции. Теория права как учебная дисциплина, во-первых, базируется на теории права как науке. В учебную дисциплину включаются лишь те знания, которые получены правоведением и прошли социальную апробацию. Закономерно поэтому, что чем выше уровень юридической науки, тем содержательнее и полнее аналогичная учебная дисциплина. Во-вторых, ее рамки более узки, чем рамки науки теории права, так как в учебную дисциплину включается только часть материала (наиболее важного, существенного), которым располагает наука»².

Из введения: «В советский период сформировалась теория государства и права явно политизированного типа, что закономерно трансформировало правовую теорию в идеологию. – В постсоветский период, продолжающийся и поныне, такое положение дел успешно преодолевается. Однако жажда перемен обнаруживается в основном в отношении теории права и теории правосознания, тогда как теория

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1–4. М., 1910–1912. Вып. 1. М., 1910. С. 20, 39, 40, 41, 43, 46.

² Общая теория права: курс лекций / под ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 35.

государства по-прежнему остается в своей сущности политической и отличается от политологической трактовки государства весьма незначительно, разве что отдельными проблемами. <...> С одной стороны, разделить непроходимой и резкой чертой политическую и правовую теории невозможно, поскольку связь государства с правом очевидна, имеет глубинный и очень сложный характер. – С другой стороны, нельзя не разделять принципиально правовую и политическую теорию; иначе не перейти от авторитарного государства к правовому государству и гражданскому обществу, невозможно их обосновать и даже объяснить. Проблема не в том, чтобы избавиться от смешения политических и правовых вопросов и аспектов социальных проблем, а в том, чтобы расставить в теории правильные акценты. – Правовая сторона в характеристике государства в теории государства и права должна быть превалирующей. <...> Политическая и правовая теории государства способны органично дополнять, не дублируя друг друга. Но при этом их самостоятельный характер сохраняется, и это не подвергается сомнению»¹.

2. Становление учебной литературы по ОТПГ до 1917 года. В.В. Лазарев, С.В. Липень: «Теория государства и права как обособленная совокупность знаний о наиболее общих закономерностях функционирования и развития государственно-правовых институтов начала складываться в XIX веке. Ранее такой специальной науки не было»².

Н.М. Коркунов: «В нашем отечестве преподавание энциклопедии начато было еще в конце прошлого столетия немецкими юристами, преподававшими в Московском университете. Первым преподавателем энциклопедии права был известный Баузе, следовавший началам Вольфовой философии. За ним следовал Пургольд. Но преподавание энциклопедии было тогда делом частной инициативы. В число обязательно преподаваемых предметов энциклопедия права была внесена впервые университетским уставом 1835 года. Около этого времени появляются и первые русские энциклопедии права»³.

¹ Актуальные проблемы правовой теории государства: учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. В.П. Малахова, А.И. Клименко. М., 2013. С. 3. См. также: Малахов В.П. Мифы современной общеправовой теории: монография. М., 2013.

² Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права как наука и учебная дисциплина. С. 35.

³ Коркунов Н.М. Указ. соч. С. 16.

В.А. Томсинов: «По мнению Ф.Г. Баузе, прежде чем приступить к изучению юриспруденции, необходимо было пройти школу грамматики, риторики и критики, овладеть иностранными языками, как древними, так и современными, изучить историю и географию, философию и математику. Последние две науки он рекомендовал будущим юристам для развития способности к логическому мышлению. – Изучение же самой юриспруденции Баузе советовал начинать с энциклопедии законоведения, с которой должна быть соединена история права, особенно римского. Затем необходимо, полагал он, перейти к изучению права естественного, народного и публичного. Главную цель исторического изучения права он видел в познании причин тех перемен, которые претерпевают с течением времени юридические понятия. И только после этого можно приступить к познанию положительного права, причем лучше всего начинать с такой его разновидности, как гражданское право. Для познания же последнего необходимо изучать в первую очередь римское право»¹.

В.А. Томсинов: «В методологии, по которой строилось в Московском университете рассматриваемого периода <1-й трети XIX в.> обучение юриспруденции, можно выделить четыре основных направления: философско-теоретическое, историко-правовое, догматическое, практическое. *Первое* направление воплощали философско-правовые и теоретико-правовые дисциплины – “умозрительная и практическая философия”, “право естественное, политическое и народное”, энциклопедия права. Их преподавали Л.А. Цветаев, Х.А. Шлёцер, Х.-Ю.-Л. Штельцер, Ф.-Х. Рейнгард, Д.Е. Василевский. <...> Наиболее ярким представителем теоретического направления в преподавании юридических наук являлся в Московском университете Лев Алексеевич Цветаев² <...> С 1805 года он начал читать студентам нравственного и политического отделения лекции по курсу “теория законов с применением к законам российским”³, а также историю

¹ Томсинов В.А. Федор (Theodor) Григорьевич Баузе. Российские правоведы XVIII–XX вв.: очерки жизни и творчества: в 2 т. Т. 1. М., 2007. С. 185.

² Лев Алексеевич Цветаев (1777–1835) – статский советник, юрист, доктор философии, профессор Московского университета (с 1805 г.), специалист по гражданскому, международному, уголовному праву.

³ Краткая теория законов. Издана надворным советником, философии доктором, юриспруденции профессором и Парижской академии законодательств членом Львом Цветаевым. Ч. 1–3. М., 1810. Ч. 1, содержащая теорию законов вообще и в особенности гражданских. VIII, 200. Ч. 2 и 3, содержащие теорию уголовных законов и теорию судопроизводства гражданских и уголовных дел. См. также: Первые начала права естественного, изданные для ру-

законодательства. Описывая характер преподавания юридических наук в Московском университете в период с 1814 по 1826 г., С.П. Шевырев сравнивал между собой профессоров Сандунова и Цветаева. «В этико-политическом отделении, – писал он, – тогда славились оригинальный Сандунов как юрист-практик и ученый Цветаев как юрист-теоретик. Резкую противоположность представляли они как в воззрении на науку, так и в самом способе преподавания. Сандунов, отвергая всякую теорию, не признавая даже римского права как теории живой, хотел на место науки поставить здравый русский смысл и требовал от юриста только ясного и правильного толкования закона. Цветаев, напротив, следуя иностранным учителям, признавал возможность теории и воплощал ее в римском праве. <...> Теория законов, основанная на идеях иностранных правоведов, плохо сочеталась с самобытной русской правовой культурой и мало имела пользы при изучении действующего российского законодательства. Поэтому в системе юридического образования России, и прежде всего на юридическом факультете Московского университета, в первой трети XIX в. стали все большее значение придавать историко-правовой науке»¹.

Продолжим обзор информацией об отечественном правоведо А.П. Куницыне (1783–1840). В состав кафедры общих прав, которую он занимал в Педагогическом институте в Петербурге, а затем университете (1811–1820), входили естественное право, частное, общественное, государственное и народное. В эти же годы А.П. Куницын в качестве адъюнкта-профессора естественного права преподавал и в Царскосельском лицее нравственные, политические и юридические науки². «Право естественное» было составлено под сильным влиянием Руссо и Канта. Книга Куницына, напечатанная в количестве 1000 экземпляров, была отобрана у автора и из всех заведений министерства народного просвещения, и даже самое естественное право как наука

ководства учащихся профессором Львом Цветаевым. М., 1816; Начертание теории законов, изданное надворным советником, прав знатнейших древних и новых народов профессором П. О. и кавалером Львом Цветаевым. М., 1816.

¹ Томсинов В. А. Юридический факультет Московского университета в первой трети XIX века. URL: <http://new.law.msu.ru/node/164?lang=en>

² См.: Изображение взаимной связи государственных сведений. Профессор Александр Куницын. СПб., 1817; Право естественное. Сочиненное профессором Императорского Лицея Александром Куницыным. Ч. [I]–II, СПб., 1818–1820. Ч. [I]. Чистое право. Условное право. 1818. [2], III, [3], 135 с. Ч. II. Право прикладное. 1820. [6], 164, 12 с.

сделалось предметом усиленных преследований вплоть до издания университетского устава 1835 г.¹

Ф.В. Тарановский: «Первый опыт систематической разработки энциклопедии права в *русской литературе* представляет собой сочинение доктора прав *Павла Дега*²... <...> В своем собственном произведении Дегай преподает руководящие указания к эмпирическому познанию “русского права” в законодательстве и литературе...»³

П.И. Дегай: «...в новейшее время признано, что каждая наука, кроме познаний, существенно ей принадлежащих, имеет: свою Энциклопедию, Историю Литературы и Методологию. Первая служит введением к познанию науки, раскрывает ее сущность, исчисляет все главнейшие части и определяет взаимное их между собой отношение; История Литературы науки показывает постепенные ее преобразования и памятники; Методология же открывает кратчайшую и удобнейшую стезю к изучению [с. III]. Вспомогательные сии средства необходимо должны образоваться гораздо позже их основной науки, ибо они суть плоды зрелого и долговременного наблюдения хода оной <...> Обращая засим взгляд на отечественное наше законоучение, мы с сожалением должны сознаться, что не имеем не только Энциклопедии и Методологии Российского Права, но даже видим мало материалов к их начертанию. Один Горюшкин⁴ в изданном им Руководстве к познанию Российских законов представляет полный обзор оных, чрезвычайно полезный для Энциклопедии, хотя и его система не сообразуется с нынешним усовершенствованным положением Юридических наук...»⁵.

П.И. Дегай в начале гл. 7 пособия «Об усовершенствовании учения Отечественных законов общею теорию права и познанием иностран-

¹ URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/>; <http://bioslovhist.history.spbu.ru/component/fabrik/details/1/852.html>

² См.: Дегай П.И. Пособия и правила изучения российских законов, или Материалы к энциклопедии, методологии и истории литературы русского права / соч. д-ра прав Павла Дегай. М. 1831. Павел Иванович Дегай (1792–1849) – российский государственный деятель, ученый-правовед, доктор права, тайный советник (с 1834 г.), статс-секретарь (1834), сенатор (с 1842 г.).

³ Тарановский Ф.В. Указ. соч. С. 58–59.

⁴ См.: Горюшкин З.А. Руководство к познанию русского законоискусства, сочиненное коллежским советником Захарием Горюшкиным преподавателем сея науки в Московском университете и Благородном пансионе, при нем учрежденном. М., 1811–1816. Горюшкин Захарий Аникиевич (1748–1821) – с 1786 по 1811 гг. состоял проф. Моск. ун-та по кафедре русского законоведения, читал лекции по практической юриспруденции.

⁵ Дегай П.И. Пособия и правила изучения российских законов... С. III–V.

ного правоведения» отмечает: «Круг сведений Юридических во всем его пространстве должен открыть общее происхождение законов (познание Философическое), представить постепенное их преобразование (познание Историческое), показать влияние, какое на них имеет местность (познание Эмпирическое), означить с точностью современно действующее право (познание Догматическое) и описать постепенное усовершенствование учения права (познание Литературное)»¹.

Статьей 12 Общего университетского устава 1835 г. предусмотрено преподавание в рамках юридического факультета следующей обобщенной юридической науки «Энциклопедия законоведения»: «1) Энциклопедия или общее обозрение системы законоведения, российские государственные законы, т. е. законы основные, законы о состояниях и государственные учреждения»². Отчет о состоянии и действиях Московского университета за 1837/38 академический год показывает, что ординарный профессор П.Г. Редкин читал на юридическом факультете Московского университета лекции по «*энциклопедии и методологии законоведения, российским основным государственным законам и государственным учреждениям*». Студентам первого и второго курсов он преподавал: в первом полугодии, по четыре часа в неделю, «*энциклопедию и методологию законоведения в форме юридической пропедевтики*, руководствуясь как всеми знаменитыми по этой части писателями, так и собственными исследованиями»; во втором полугодии, также по четыре часа в неделю, «*по методу историко-догматической*» – «*российские основные государственные законы и учреждения на основании Свода и Полного собрания законов Российской империи*»³.

Ф.В. Тарановский: «В 1839–1840 годах вышла в свет двухтомная «Энциклопедия законоведения» известного цивилиста и историка права К.А. Неволлина⁴. Составлена она в духе абсолютного идеализма немецкой философии первой четверти XIX столетия и представляет

¹ Там же. С. 108.

² Цит. по: Томсинов В.А. Юридический факультет Московского университета во второй трети XIX века. URL: <http://new.law.msu.ru/node/165?lang=en>

³ Там же.

⁴ См.: Неволлин К. А. Энциклопедия законоведения / Соч. д-ра прав и орд. проф. энциклопедии законоведения и учреждений Рос. империи в Ун-те св. Владимира Константина Неволлина. Т. 1–2. Киев, 1839–1840. Введение в энциклопедию законоведения, общая часть ее и первая половина особенной части. 1839; Вторая половина особенной части. 1840. См. также: Неволлин К.А. Рассуждение о философии законодательства у древних, сочиненное для получения степени д-ра законоведения Константином Неволлиным. СПб., 1835.

собой первую по времени органическую энциклопедию в европейской науке. <...> Подражением произведению Невалина, но далеко уступавшим ему во всех отношениях была “Энциклопедия законоведения” Н. Рождественского 1863 года. С конца 60-х годов замечается в русской учебной литературе энциклопедии права поворот в сторону эмпирического направления»¹.

Согласно § 15 Общего университетского устава 1863 г. на юридических факультетах учреждалось 13 кафедр, шесть из которых имели историко-теоретический характер: «1) Энциклопедия права: а) Энциклопедия юридических и политических наук. б) История философии права. 2) История важнейших иностранных законодательств древних и новых. 3) История Русского права. 4) История Славянских законодательств. 5) Римское право: а) История Римского права. б) Догматика римского гражданского права. в) Византийское право. 6) Государственное право: а) Теория государственного права. б) Государственное право важнейших иностранных государств. в) Русское Государственное право. <...>»². В 1867/68 академическом году на юридическом факультете Московского университета обучались 733 студента. Расписание занятий на указанный год показывает, что студентам первого курса преподавалась только одна юридическая дисциплина – энциклопедия права (этот предмет читал по шесть часов в неделю ординарный профессор М.Н. Капустин)³.

В.В. Лазарев, С.В. Липень: «В России литература по предмету появляется во второй половине XIX в. Одна из первых работ: Капустин М.Н. теория права. Т. 1: Общая догматика. 352 с. М., 1868. См. также: Ренненкамф Н.К. Очерки юридической энциклопедии. Киев, 1868. 315 с.»⁴.

Ф. В. Тарановский: «Оба эти труда извлекают общее учение о праве из догматической юриспруденции, преимущественно из догмы гражданского права, и восполняют данные догматического материала идеями развития права согласно учению исторической школы юристов. Разработка общего учения о праве у Капустина, сравнительно с Ренненкампом, отличается известной глубиной и оригинальностью

¹ Тарановский Ф.В. Указ. соч.. С. 59.

² См.: Томсинов В. А. Юридический факультет Московского университета в период с 60-х до начала 80-х годов XIX в. URL: <http://new.law.msu.ru/node/166?lang=en>

³ Там же.

⁴ Лазарев В. В., Липень С.В. Теория государства и права как наука и учебная дисциплина. С. 40.

мысли. Положительную сторону поверхностных и элементарных “Очерков” Ренненкампа составляет общедоступность и легкость их изложения. Эти внешние качества сделали произведение Ренненкампа весьма распространенным в свое время учебником, выдержавшим несколько изданий»¹.

Параграф 57 Общего университетского устава 1884 г. предписывал иметь на юридическом факультете 12 кафедр, среди них: «1) римского права; <...> 5) истории русского права; 6) государственного права; <...> 12) энциклопедии права и истории философии права»².

Ф.В. Тарановский: «Эпоху в развитии энциклопедии права в России составили “Лекции по общей теории права” Н.М. Коркунова, впервые вышедшие в свет в 1888 году³ и с тех пор выдержавшие несколько изданий (в 1909 г. – 9-е изд.). – Коркунов дал единственную законченную систему общего учения о праве и о государстве, разработанную в строгом духе позитивной философии и методологии. <...> ... – “Лекции” Коркунова были во время своего появления и во многом, пожалуй, и теперь остаются лучшим в европейской литературе учебным руководством по позитивной теории права. <...> В течение многих лет “Лекции” Коркунова были самым распространенным учебным пособием в наших университетах»⁴.

Г.Ф. Шершеневич: «...русская наука не пошла по пути энциклопедизма. Главное внимание русской научной мысли сосредоточилось на основных понятиях, и энциклопедия права, по содержанию и по названию, перешла в общую теорию права. <...> Труды Коркунова, Петражицкого, Хвостова окончательно утвердили название общей теории права»⁵.

Ф.В. Тарановский: «В 1900 году Б.Н. Чичерин издал “Философию права”, в которой резюмировал свои воззрения, проводившиеся им в ряде общих и специальных трудов в течение полувека [с. 62]. Крупное научное явление не только в русской, но и в европейской литературе

¹ Тарановский Ф.В. Указ. соч. С. 60.

² Томсинов В.А. Юридический факультет Московского университета в период с 1884 до 1917 г. (URL: <http://new.law.msu.ru/node/167?lang=en>)

³ Точнее – в 1886 г. См.: Лекции по общей теории права / [Соч.] прив.-доц. С.-Петерб. ун-та Н. Коркунова. СПб., 1886. Здесь автор обосновал необходимость общей теории права как самостоятельной науки, обозначив ее предметное поле и методы исследования. Кстати, у него подобный курс выходил ранее под прежним названием. См.: Коркунов Н.М. Энциклопедия пр[ава]: 2 кл. Алекс. лица. 1877–1878 / [Соч.] Коркунова. [СПб.]: лит. Копиевской, [1877]. [2], 504 с. Написано от руки. Литогр.

⁴ Тарановский Ф.В. Указ. соч.

⁵ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 60.

представляет собой “Теория права и государства в связи с теорией нравственности” Л. И. Петражицкого (2-е изд., т. I, 1909; т. II, 1910). <...> В 1910–1912 годах вышла в свет в четырех выпусках “Общая теория права” Г.Ф. Шершеневича¹. Это интересное и во многом поучительное произведение примыкает к тому типу позитивной теории права, который установлен у нас Коркуновым [с. 61]. Поворот от позитивизма к идеализму <...> проявился и в русской науке. Целый ряд ее представителей, среди которых назовем П.И. Новгородцева с его школой, князя Е.Н. Трубецкого, Б.А. Кистяковского, Е.В. Спекторского, выступили с критикой прямолинейного и одностороннего позитивизма и ищут новых путей в духе гносеологического и нравственного идеализма. В учебной литературе этот неоидеализм выразился пока в “Лекциях по энциклопедии права” князя Е.Н. Трубецкого (5-е изд., 1915) и в “Очерках философии права” И.В. Михайловского (т. I, 1914) [с. 62]»².

В.В. Лазарев: «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 века появились труды отечественных исследователей, претендующие на оригинальность»³.

3. Этапы, авторы (редакторы) и содержание учебников по ОТПГ.

В истории издания учебной литературы по энциклопедии права в России можно выделить три этапа, соответствующие развитию отечественного государства и права:

1. *Имперский, или дореволюционный (1810⁴–1917)*. Н.М. Коркунов: «Наше отношение к западной науке можно сравнить с отношением глоссаторов к римской юриспруденции. И нам приходилось начинать с усвоения плодов чужой работы, и нам прежде всего надо было подняться до уровня иноземной науки... Тем не менее в каких-нибудь полтора-два столетия мы почти успели наверстать отстававшую нас от западных юристов разницу в шесть с лишком столетий»⁵.

¹ Также см.: Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. Лекции Г.Ф. Шершеневича. М., 1908. 159 с.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 61–62.

³ Лазарев В.В. Юридическая наука: современное состояние, вызовы и перспективы (размышления теоретика) // Lex Russica. 2013. № 2. С. 190.

⁴ Осторожно останавливаемся на этой дате, приуроченной к выходу в свет «Краткой теории законов» Л.А. Цветаева.

⁵ Коркунов Н.М. История философии права. СПб., 1908. С. 223.

2. *Советский, или марксистско-ленинский (1917–1991)*. В.С. Нерсисянц: «Процесс формирования и развития советской марксистско-ленинской теории права и государства и юридической науки в целом проходил в борьбе против государственности и права в их действительном (некоммунистическом) смысле и значении, против “юридического мировоззрения” как сугубо буржуазного мировоззрения. Речь шла о замене правовой идеологии идеологией пролетарской, коммунистической, марксистско-ленинской, об интерпретации учреждений и установлений тоталитарной диктатуры как “принципиально нового” государства и права, необходимых для движения к коммунизму и вместе с тем “отмирающих” по мере такого продвижения к обещанному будущему, о радикальном отрицании прежних представлений и учений о государстве и праве, построении классовой (пролетарской, марксистско-ленинской, коммунистической) науки о классовом государстве и праве»¹.

3. *Федеративный, или постсоветский (с 1992 г. по настоящее время)*. В.С. Нерсисянц: «В хаотическом потоке нынешних публикаций и представлений о путях развития постсоветской юриспруденции можно выделить несколько концептуально различных направлений. К числу таких направлений, на наш взгляд, относятся следующие: конституционно-демократическое направление; прежнее (несколько словесно модернизированное) марксистско-ленинское направление; традиционалистское (антизападническое направление, апеллирующее к дореволюционной русской юриспруденции, причем по преимуществу в ее почвенно-славянофильской трактовке)»².

Первый этап. В.В. Лазарев, С.В. Липень: «Солидной учебной литературы по теории государства и права в сравнении, например, с государственным³, гражданским⁴ правом имелось не очень большое количество, и данное обстоятельство вполне объяснимо. В тот период собственно теоретическое знание еще не вполне выделилось

¹ Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для юридических вузов и факультетов. М., 1999. С. 150.

² Там же. С. 186. См. также: Васильев А.А. Консервативная правовая идеология России: сущность и формы проявления: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук Екатеринбург, 2015.

³ См., например: Государствоведы, полицейсты и социально-политические мыслители России (середина XVII – середина XX века): опыт биобиблиографического словаря / авт.-сост. С.В. Мотин. Уфа, 2006.

⁴ См.: Поворинский А.Ф. Систематический указатель русской литературы по гражданскому праву, 1758–1904 гг. / научн. ред. О.Ю. Шилохвост. изд. 3-е, перераб. и доп. М., 2001.

из отраслевых юридических дисциплин; в последних разрешалось множество самостоятельных теоретических проблем. Да и ученых – специалистов только по общим проблемам юриспруденции, только “теоретиков” – тогда, в конце XIX – начале XX в., практически еще не было. Так, В.М. Хвостов – историк государства и права, Н.М. Коркунов известен своими работами и научными исследованиями в области государственного права, Н.К. Ренненкампф и Г.Ф. Шершеневич по первоначальной подготовке цивилисты»¹.

Учебник № 1. Капустин М.Н.² Теория права: юридическая догматика. Т. 1. Общая догматика / [Соч.] Михаила Капустина, профессора международного права в Московском университете. М.: Унив. тип. (Катков и К°), 1868–1869. [VIII], 28, 352, 4 с. Представляет интерес содержание учебника.

Оглавление: <Предисловие> V–VIII. Введение 1–28. <ЧАСТЬ ПЕРВАЯ> Сущность и формы права (Право в объективном смысле). Глава I. Потребности, их случайное и необходимое выражение 1. Глава II. Нравственная область и нравы 27. Глава III. Личная нравственность или внутренняя правда (мораль) 40. Глава IV. Право и его область 52. Глава V. Элементы и источник права 78. Глава VI. Положительное право 103. Глава VII. Обычное право 123. Глава VIII. Закон 139. Глава IX. Право юристов 173. <ЧАСТЬ ВТОРАЯ> Содержание права (Право в субъективном смысле). Глава X. Юридические отношения 199. Глава XI. Права и обязанности 228. Глава XII. Субъект прав 251. Глава XIII. Объект прав 286. Глава XIV. Титул прав 319–352. Программа. Общая догматика 1. История права 3–4.

М.Н. Капустин: «Название, которое я придал своему руководству – *теории права или юридической догматики* – не получило у нас еще права гражданства; но, по моему мнению, оно более других соответствует содержанию книги, имеющей предметом своим общее догматическое изложение права и его институтов [с. VI]. Общая теория должна <...> определить объективное право в его основной идее и в юридических институтах и субъективное право в различных юридических отношениях [с. 28]» [с. V–VI, 28].

¹ Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права как наука и учебная дисциплина. С. 41.

² Михаил Николаевич Капустин (1828–1899) – российский правовед, специалист по гражданскому и международному праву, истории и теории государства и права, автор первых в России учебников по международному праву, директор Ярославского Демидовского юридического лицея (1870–1883).

Выделим авторов, опубликовавших учебную литературу по праву естественному, энциклопедии законоведения, энциклопедии права, философии права, общей теории права, на первом этапе. Это: Н.Н. Алексеев, П.Г. Виноградов, В.Э. Грабарь, Д.Д. Грим, П.И. Дегай, П.В. Деларов, Н.А. Зверев, М.Н. Капустин, Н.М. Коркунов, А.П. Куницын, И.В. Михайловский, К.А. Неволин, П.И. Новгородцев, Л.И. Петражицкий, П.Г. Редкин, Н.К. Ренненкампф, Н.Ф. Рождественский, М.И. Свешников, П.А. Сорокин, Е.В. Спекторский, Ф.В. Тарановский, Е.Н. Трубецкой, В.М. Хвостов, Л.А. Цветаев, Б.Н. Чичерин, Г.Ф. Шершеневич и др.

Учебник № 2. Тарановский Ф.В.¹ Энциклопедия права / С.-Петербург: МВД России; Акад. права, экономики и безопасности жизнедеятельности. Изд. 3-е. СПб.: Лань, 2001. Его содержание также не лишено интереса.

Оглавление: Предисловие к первому изданию. Предисловие ко второму изданию. Введение (Задача и предмет энциклопедии права). Очерк исторического развития научного правоведения и энциклопедии права. Новейшая учебная литература по энциклопедии права. ЧАСТЬ ПЕРВАЯ. Общее учение о праве. Глава I. Установление понятия о праве. Глава II. Право и нравственность в их взаимоотношении. Глава III. Право в объективном и в субъективном смысле. Глава IV. Положительное право и формы его проявления. Глава V. Естественное право. Глава VI. Право публичное и частное. Глава VII. Применение права (Интеллектуальный процесс осуществления права и значение профессиональных юристов. Искусство применения права, или юридическая техника). Глава VIII. Осуществление права (Правомерные поступки. Неправомерные поступки. Глава IX. Историческое изучение права. ЧАСТЬ ВТОРАЯ. Общее учение о государстве. Вступительные замечания. Глава X. Конститутивные элементы государства (Территория. Государственная власть. Население). Глава XI. Функции и органы государства. Глава XII. Классификация государств. Глава XIII. Право в системе государственной организации. Глава XIV. Воздействие права на государственную организацию. Послесловие. Величко А.М. Работы проф. Ф.В. Тарановского. Оглавление.

¹ Фёдор Васильевич Тарановский (серб. *Теодор Тарановски*; 1875–1936) – историк и теоретик права, член Сербской королевской академии наук. См. о нем: Томсинов В.А. Федор Васильевич Тарановский (1875–1936) / В.А. Томсинов. Российские правоведы XVIII–XX веков: очерки жизни и творчества: в 2 т. Т. 2. М., 2007. С. 432–456.

Второй этап. «Академическое изучение истории права в советский период истории страны стало возможным после организации в 1918 г. Социалистической академии общественных наук, инициатива создания которой принадлежала П.И. Стучке. В январе 1923 г. приступила к работе секция общей теории права и государства. Слово «право» в названии секции стоит на первом месте, а слово «государство» на втором). К задачам секции относились: «1) изучение теории и истории права и государства с марксистской точки зрения в целях выработки революционно-марксистской концепции права и государства; 2) распространение идей марксизма-ленинизма среди юристов, как теоретиков, так и практиков; 3) установление тесной связи между теоретической и практической работой в области революционного права; 4) популяризация марксистско-ленинских взглядов на право и государство»¹. В состав бюро секции входили П.И. Стучка, Е.Б. Пашуканис, В.В. Адоратский»².

Однако в послереволюционный период в России «не было полных курсов по теории государства и права... <...> Работы П.И. Стучки, Е.Б. Пашуканиса, Н.В. Крыленко, М.А. Рейснера, Ф. Ксенофонтова, Р. Бабуна и других авторов давали марксистско-ленинскую интерпретацию отдельных сторон государства и права, но цельного представления о них не содержали»³. Развивая положения К. Маркса, в работах 1920-х гг. ряд ученых пришли к выводу об отмирании пролетарского государства и права⁴ и выдвигали программу свертывания государственных органов и передачи их функций общественным и т.д.⁵ Тем не менее уже в середине 1920-х гг. под редакцией П.И. Стучки выходит трехтомная «Энциклопедия государства и права» и ряд других исследований⁶.

¹ Из архива ИГП РАН. Цит. по: Ратнер Л.И. Тадевосян, В.С. Институт государства и права АН СССР за 50 лет. М., 1976. С. 8.

² См.: История сектора истории государства, права и политических учений <Института государства и права РАН> (URL: <http://igpran.ru/about/subjects/lawhistory/lawhistorysector.History.php>)

³ Бабаев В.К. Предисловие // Теория государства и права: учебник / под ред. В.К. Бабаева. М., 1999. С. 5.

⁴ См.: Стучка П. Ленинизм о государстве. М., 1925; Пашуканис Е.Б. Общая теория права и марксизм. М., 1924 и др.

⁵ (URL: http://igpran.ru/about/history_of_the_institute/index.php)

⁶ Энциклопедия государства и права. [Т.1]–3 / Коммунистическая академия. Секция общей теории государства и права. М., 1925; Попов А.М. Основные течения марксистской юридической мысли. Новочеркасск, 1925; Стальевич А.К. Марксистская теория права. Система и принципы курса. М., 1930.

В.В. Лазарев, С.В. Липень: «Первый учебник по теории государства и права советского периода появился в 1940 г.¹ <...> В послевоенное время вышел учебник А.И. Денисова². <...> Но большей популярностью пользовался учебник коллектива авторов 1949 г. издания³. После этого учебные издания начали выходить достаточно регулярно»⁴.

Учебник № 3. Теория государства и права: учебник / М.А. Аржанов, С.Ф. Кечежян, Б.С. Маньковский, М.С. Строгович; науч. ред.: М.П. Карева. М.: Госюриздат, 1949. 511 с.

Краткое содержание данного учебника: «Марксистско-ленинская теория государства и права – единственная подлинно-научная теория. Ее противоположность всем буржуазным “теориям” государства и права. Ее появление – революционный переворот в учении о государстве и праве. Создание товарищем Сталиным цельного и законченного учения о социалистическом государстве. Партийность марксистско-ленинской теории государства и права. Материалистическая диалектика – метод марксистско-ленинской теории государства и права. Критика буржуазной методологии изучения государства и права. Критика добуржуазных и буржуазных теорий происхождения государства и права. Классовая природа и сущность государства. Социалистическое государство – государство диктатуры рабочего класса. Советская демократия – социалистическая демократия, демократия высшего исторического типа. Марксистско-ленинское учение о сломе буржуазной государственной машины. Коммунистическая партия – руководящая и направляющая сила в системе диктатуры рабочего

¹ См.: Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права: ВКВШ при СНК СССР; утв. в качестве учебника для юридических высших учебных заведений / Ин-т права Акад. наук СССР. М., 1940. Отметим, что в том же году на правах рукописи выходит еще одно издание этих же авторов: Конспект лекций по курсу теории государства и права. Ч. 1 / проф. С.А. Голунский и проф. М.С. Строгович; Воен.-юрид. акад. Кр. Армии. М., 1940.

² См.: Денисов А.И. Теория государства и права / Всесоюз. ин-т юрид. наук М-ва юстиции СССР. М., 1948. см. также: Денисов А.И. Основы марксистско-ленинской теории государства и права: курс лекций, прочитанный в Высшей партийной школе при ЦК ВКП(б). М., 1948. Его же. И. Теория государства и права: учебное пособие / Высшая офицерская школа МВД СССР. М.: [б. и.], 1947. Вып. 1.; Вып. 2.

³ См.: Теория государства и права: [учебник для высш. учеб. заведений] / чл.-кор. АН СССР М.А. Аржанов, д-р юрид. наук С.Ф. Кечежян, д-р юрид. наук Б.С. Маньковский, чл.-кор. АН СССР М.С. Строгович; Акад. наук СССР. Ин-т права. М., 1949. См. также: Теория государства и права: учебник для юридических вузов / [написан М.А. Аржановым, С.Ф. Кечежяном, М.С. Строговичем, М.М. Агарковым]; Ин-т права Акад. наук СССР. М., 1948; Вышинский А.Я. Вопросы теории государства и права / акад. А.Я. Вышинский; Всесоюз. ин-т юрид. наук М-ва юстиции СССР. М., 1949.

⁴ Лазарев В.В., Липень С.В. Указ. соч. С. 41.

класса. Сущность народно-демократического государства. Народная республика как новая политическая форма диктатуры пролетариата. Коммунизм – высшая ступень развития общества. Сталинское учение о государстве при коммунизме в условиях капиталистического окружения»⁵.

Выделим авторов и руководителей авторских коллективов, под редакцией которых была подготовлена и опубликована учебная литература по теории государства и права, общей теории права на втором этапе. Это: С.С. Алексеев, Н.Г. Александров, А.М. Васильев, С.А. Голунский, А.И. Денисов, З.Д. Иванова, М.П. Карева, А.И. Королев, Б.С. Крылов, В.М. Курицын, К.А. Мокичев, П.Е. Недбайло, С.А. Раджабов, П.С. Ромашкин, А.К. Стальгевич, М.С. Строгович, Л.С. Явич и др.

Учебник № 4. Теория государства и права / под ред. С.С. Алексеева⁶. М.: Юрид. лит., 1985. 480 с.

Авторский коллектив: С.С. Алексеев, П.Т. Васьков, И.Я. Дюрягин, В.Б. Исаков, В.М. Корельский, В.И. Леушин, В.Д. Перевалов, Р.К. Русинов, А.С. Шабуров, А.Ф. Черданцев.

С.С. Алексеев: «По своему содержанию учебник направлен одновременно на подготовку студентов юридического вуза к изучению конкретных юридических дисциплин: советского государственного права, советского административного права, советского гражданского права, советского уголовного права и др. Именно поэтому общие правовые вопросы рассматриваются в нем главным образом применительно к советскому праву [с. 3]. Марксистско-ленинская теория государства и права – это основанная на марксизме-ленинизме система обобщенных знаний об основных и общих закономерностях государства и права, об их сущности, назначении и развитии в классовом обществе. <...> Лишь на основе марксизма-ленинизма теория государства и права становится подлинной наукой. <...> Наша теория государства и права принадлежит к числу тех общественных наук, создание и развитие которых прямо связано с именами К. Маркса, Ф.

⁵ Поскольку удалось найти только оглавление этой книги, краткое содержание создано на основе названий выбранных из этого учебника некоторых параграфов.

⁶ Сергей Сергеевич Алексеев (1924–2013) – председатель Комитета конституционного надзора СССР, народный депутат СССР (1989–1991), российский правовед, доктор юридических наук, член-корреспондент РАН (1991; член-корреспондент АН СССР с 1987 г.). Лауреат Государственной премии СССР (1977). Первый лауреат высшей юридической премии России «Юрист года» (2009). Создатель и первый директор Института философии и права УРО РАН.

Энгельса, В.И. Ленина [с. 7]. КПСС, ее коллективным органам – съездам, Центральному комитету – принадлежит выдающаяся роль в развитии теории государства и права. <...> Значительным вкладом в марксистско-ленинскую теорию государства и права стала Конституция СССР 1977 года... [с. 8] Диалектико-материалистическая теория государства и права – боевая, революционная, по-пролетарски партийная наука [с. 13]. В классовом обществе нет беспартийной, нейтральной науки. Пока существуют классы, классовая борьба, общественные науки носят партийный характер. <...> Теория государства и права опирается на все три составные части марксизма-ленинизма: философию (диалектический и исторический материализм), политическую экономию, научный коммунизм [с. 15]».

Третий этап. В.В. Лазарев, С.В. Липень: «Затем на некоторое время в связи с деидеологизацией общественных наук выпуск учебной литературы по теории государства и права приостановился. Необходимо было переосмыслить многие фундаментальные положения, которые лежали ранее в основании представлений о юридической действительности. Литературу нового поколения открывает учебное пособие профессора В.В. Лазарева, вышедшее в 1992 году»¹.

Учебник № 5. Общая теория права. Курс лекций / Нижегородская высшая школа МВД Российской Федерации; под ред. В. К. Бабаева². Нижний Новгород, 1993. 544 с.

Авторский коллектив: В.К. Бабаев, В.М. Баранов, П.П. Баранов, А.Б. Венгеров, Н.В. Витрук, Н.Н. Вопленко, В.Н. Карташов, С.Н. Кожевников, В.В. Лазарев, Н.И. Матузов, Т.Н. Радько, А.Х. Саидов, В.П. Сальников, В.А. Туманов.

В.К. Бабаев: «Государство и право традиционно изучались в нашем обществе в рамках единой юридической науки и учебной дисциплины – теории государства и права. Теория права при этом разрабатывалась основательнее, нежели теория государства. Объясняется это тем, что теория права имеет глубокие исторические корни, отличается значительной степенью преемственности. <...>

¹ Лазарев В.В., Липень С.В. Указ. соч. С. 42. См. также Лазарев В.В. Теория государства и права (актуальные проблемы): учеб. пособие для слушателей акад. / Акад. МВД России. М., 1992.

² Владимир Константинович Бабаев (1939–2008) – российский правовед, доктор юридических наук, профессор. С 1972 по 2003 гг. работал в Нижегородской академии МВД России, последние 15 с половиной лет – начальник академии. В последние годы жизни – ректор Нижегородской правовой академии (негосударственного вуза).

Теория же советского государства, опираясь на многие ошибочные или утратившие свой смысл марксистские и особенно ленинские положения – об уничтожении частной собственности, о насильственном характере государственной власти, диктатуре пролетариата, полном уничтожении буржуазной государственной машины, об исключительности новых государственных и политических форм и т.д., превратилась в догму и оказалась в тупиковом положении. <...> Государство и право – явления, тесно связанные, но достаточно автономные и крайне разноплановые. Каждое из них имеет свое содержание, специфические закономерности функционирования и развития. Целесообразно поэтому, теоретически и практически оправдана их разработка не в составе единой юридической науки – теории государства и права, а в [с. 4] рамках самостоятельных наук – теории государства и теории права. <...> Особенно важно это для науки о государстве. Если теория права по-прежнему сохраняет свою стройность, логическую последовательность и имеет четко определенный предмет, то наука о государстве располагает грудой разрозненного и противоречивого материала, не соединенного продуманной концепцией и размытого в предметных границах. <...> Изложенное обуславливает и особенности преподавания учебных курсов теории права и теории государства. Делать это следует параллельно. Причем теорию государства как формирующуюся учебную дисциплину можно пока преподавать в рамках уже изучаемой в учебных заведениях дисциплины – политологии. – Теория отечественного права, имея немалые достижения в осмыслении правовых явлений и практики применения юридических норм, требует также основательной переработки [с. 5]. Дальнейшее развитие отечественной теории права невозможно без критического переосмысления многих марксистско-ленинских постулатов о государстве и праве, об их роли и месте в жизни общества и конечной судьбе. <...> Марксизм-ленинизм – не единственная фундаментальная теория и мировоззрение и даже не единственное социалистическое учение об обществе и путях его развития. Отвергать полностью его так же глупо, как и слепо, догматически исповедовать [с. 6]. В русском дореволюционном (до 1917 г.) правоведении довольно четко разграничивались теория права, философия и энциклопедия права. На сегодняшний день такое разграничение утратило свой смысл. Теория права в настоящее время охватывает и философское осмысление правовой

действительности, и наиболее общие представления о системе юридических наук [с. 35]»¹.

Перечислим авторов и руководителей авторских коллективов, под редакцией которых была подготовлена и опубликована учебная литература по общей теории права, теории государства и права (теории права и государства), общей теории права и государства (общей теории государства и права), философии права, социологии права на третьем этапе. Это: С.С. Алексеев, В.К. Бабаев, В.М. Баранов, А.Б. Венгеров, В.И. Гойман, Н.А. Катаев, В.Я. Кикоть, С.А. Комаров, В.М. Корельский, Э.В. Кузнецов, В.Л. Кулапов, В.А. Кучинский, В.В. Лазарев, Р.З. Лившиц, С.В. Липень, В.П. Малахов, А.В. Малько, Г.Н. Манов, О.В. Мартышин, М.Н. Марченко, Н.И. Матузов, Л.А. Морозова, Р.Т. Мухаев, В.С. Нерсисянц, В.В. Оксамытный, В.Д. Перевалов, А.С. Пиголкин, А.В. Поляков, В.С. Нерсисянц, Т.Н. Радько, Л.П. Рассказов, М.М. Рассолов, Р.А. Ромашов, В.П. Сальников, И.Н. Сенякин, В.В. Сорокин, Л.И. Спиридонов, В.М. Сырых, Е.И. Темнов, Е.В. Тимошина, К.Б. Толкачев, А.Г. Хабибуллин, В.Н. Хропанюк, А.Ф. Черданцев, В.А. Четвернин и др.

Учебник № 6. Общая теория права и государства: учебник для студентов юридических факультетов университетов / под ред. В.В. Лазарева². Изд. 5-е, перераб. и доп. М.: Норма; Инфра-М, 2010.

Авторский коллектив: В.С. Афанасьев, А.В. Корнев, В.В. Лазарев, С.В. Липень, Т.Н. Радько, Е.И. Темнов, В.И. Червонюк.

В.В. Лазарев: «Настоящий учебник, с точки зрения авторов, выгодно отличается от всех подобных изданий. Во-первых, он содержит наиболее полный набор тем, включая все традиционно изучаемые в юридических вузах и новые. Во-вторых, он объединяет теорию государства и теорию права, поскольку право и государство взаимосвязаны, имеют общие закономерности возникновения и развития. В-третьих, отличительной особенностью учебника является отвлечение его от особенностей отдельных государств или правовых систем. Это именно общая теория права и государства. <...> Несмотря на новизну в постановке ряда вопросов и своеобразие в решении некоторых методических проблем, учебник тяготеет к классическому стилю и

1

² Валерий Васильевич Лазарев (род. в 1940 г.) – российский правовед, доктор юридических наук, профессор, в 1986–1998 гг. – начальник кафедры государственно-правовых дисциплин Академии управления МВД России, в настоящее время – профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета.

тем самым обеспечивает связь времен [с. 13]. Теория права и государства существует и развивается как один из важнейших компонентов сложной и целостной системы знаний об обществе. Единство материального и духовного мира обуславливают и единство наук [с. 14]. Изучая право и государство в целом, государственно-правовая теория не ограничивается анализом опыта какой-либо страны или отдельного региона или направления государственно-правовой жизни, а на основе изучения права и государства различных исторических эпох, всех областей и направлений государственно-правовой действительности определяет общие и специфические закономерности их развития, основные признаки и существенные характерные черты [с. 19]. Таким образом, теория права и государства – это общественная наука о закономерностях возникновения, развития и функционирования права, правосознания и государства вообще, о типах права и государства, в частности об их классово-политической и общечеловеческой сущности, содержании, формах, функциях и конечных судьбах [с. 21]. Наука общей теории права и государства должна моделировать прогрессивную роль государственно-правового механизма [с. 570]».

Итак, представляется, что постсоветское развитие тяготеет к «общей теории права и государства (ОТПГ)», одновременно возрождается «философия права», появляются «социология права», «антропология права»... Однако при всем многообразии все же ощущается потребность в объединении, интеграции.

Намечается тенденция к выделению трех частей ОТПГ (как у С.С. Алексеева): азбучной (введение), общетеоретической (теория и социология) и философско-теоретический.

В целях усиления междисциплинарного характера ОТПГ и ее сближения с другими социально-гуманитарными дисциплинами необходимо наряду с правом и государством рассматривать и третий важнейший элемент – общество. Тогда мы можем получить трехуровневую общую (или Интегральную!) теорию общества, права и государства.

Раздел 7

ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА В РЕШЕНИИ ГЛОБАЛИЗАЦИОННЫХ ПРОБЛЕМ

Н.В. Варламова

7.1. ПРАВО В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ: ОТХОД ОТ ТРАДИЦИОННЫХ ТЕОРЕТИЧЕСКИХ ДИХОТОМИЙ

В условиях глобализации социальная жизнь претерпевает коренные изменения. Постепенно «рушится структура основных принципов, на которых до сих пор организовывались и жили общества и государства, представляя собой *территориальные, отграниченные друг от друга единства*»¹. Социальная жизнь во многом «денационализируется», выходит за границы национальных государств. Соответственно и понятия, посредством которых она описывается, должны учитывать изменившийся социальный формат взаимодействия: «Опыт, который больше не является только локальным, должен подвергаться проверке и развиваться с помощью разума, а разум, который призван преодолевать локальную ограниченность, должен выдерживать проверку опытом»². Поэтому в социогуманитарном знании глобализация поднимает фундаментальные вопросы переопределения понятий. Она требует отказаться от провинциального взгляда на социальные явления. Теоретическая интерпретация различных социальных понятий больше не может осуществляться исключительно исходя из локального опыта: «Методологический национализм»³ должен уйти в прошлое. Традиционные государственно ориентированные теоретические конструкции уже не могут выполнять свою объяснительную функцию, во многом

¹ Бек У. Что такое глобализация? М., 2001. С. 45.

² Pound R. Introduction // The Civil Law System: Case and Materials for the Comparative Study of Law. 2nd ed. / Ed. by A. von Mehren, J. Gordley. Boston, 1977. P. viii. Цит. по: Франкенберг Г. Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. (48). С. 72.

³ Бек У. Космополитическое общество и его враги // Журнал социологии и социальной антропологии. 2003. Т. VI. № 1. С. 29, 36.

превращаясь в понятия-зомби – пустые термины, оперируя которыми социальные науки оказываются «слепыми» в быстро меняющемся мире. Новая социальная реальность должна быть переосмыслена в «детерриторизованных транснациональных понятиях»¹.

В юридической науке глобализация также требует пересмотра многих устоявшихся теоретических конструкций. Традиционно выделяемые (и противопоставляемые) системные образования в праве демонстрируют все усиливающуюся тенденцию к конвергенции. Речь идет о стирании различий между международным и национальным правом, частным и публичным, мягким и жестким.

Глобализация не сводится лишь к изменению отношений между государствами, она существенным образом сказывается на социальных и политических отношениях внутри государств. Такая «глобализация *изнутри*» или «*интернализированная* глобализация» ведет к тому, что национальное уже более не является национальным. Национальное теперь необходимо рассматривать как *интернализированное глобальное*. Все большее число социальных процессов не может быть однозначно привязано к национальному или транснациональному уровню. То, что определенный процесс происходит на территории суверенного государства, не означает его национальный характер, и наоборот – нечто национальное по своему происхождению (компания, капитал, культура) все чаще функционирует за пределами государственных границ как в реальном, так и в виртуальном пространстве. Такая локализация глобального и глобализация национального *размывают оппозицию между национальным и интернациональным*². В правовой сфере это проявляется как отказ от жесткого разграничения национального, наднационального и международно-правового регулирования.

Классические монистическая и дуалистическая концепции соотношения внутреннего и международного права, сложившиеся в XIX в., более столетия назад, в современных условиях оказываются несостоятельными, так как не учитывают изменившиеся социальные реалии и не помогают разрешать проблемы, возникающие на практике: «Это – зомби из прошлого, которым настало время упокоиться»³.

¹ Там же. С. 32, 43.

² Там же. С. 31–32, 27.

³ Bogdandy A. von. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law // International Journal of Constitutional Law (I-JCON). 2008. Vol. 6. No. 3–4. P. 400.

Международное и внутреннее право больше не являются закрытыми системами, их нормы тесно переплетаются и действуют в рамках одних и тех же отношений. Большинство стран признают международные договоры, участниками которых они являются, и общепризнанные принципы и нормы международного права частью своих национальных правовых систем. Опыт национальных органов конституционного контроля воспринят международными органами по защите прав человека, которые, в свою очередь, обогатили национальные конституционные доктрины и практику многими принципиальными подходами и процедурами. Наконец, сформировался наднациональный уровень правового регулирования, сочетающий в себе элементы международного и внутреннего права и оказывающий определяющее воздействие на развитие правовых систем государств – участников соответствующих объединений¹.

В условиях глобализации различные правовые порядки не существуют обособленно, они активно взаимодействуют и взаимопроникают друг в друга. Глобализация – это не только пространственное расширение социального взаимодействия, она предполагает и «локальную трансформацию»². У. Бек назвал такую трансформацию содержания социальных и политических процессов *внутри* национальных государств «*внутренней* глобализацией или космополитизацией»³. Она проявляется и в правовой сфере: «Как следствие, “чистых” правовых культур не осталось. В таких областях, как коммерческие контракты и права человека, право стремится стать универсальным языком с местными “диалектами”, а не предлагать картину мира на несоизмеримых, совершенно разных языках»⁴.

Но восприятие институтов и норм других правовых порядков порождает внутри национальных правовых систем «структурные напряженности». Особенно наглядно это проявляется в Европейском Союзе (далее – ЕС). Право ЕС включается в национальные правовые

¹ См.: Варламова Н.В. Проблемы институционализации наднационального уровня осуществления публично-властных полномочий // Интернационализация конституционного права в условиях глобализации. Труды Института государства и права РАН. 2014. № 6. С. 8–34.

² Giddens A. The Consequences of Modernity. Cambridge: Polity. 1990. P. 64.

³ Бек У. Космополитическое общество и его враги. С. 25.

⁴ Ван Хук М. Европейские правовые культуры в контексте глобализации. В честь Андрея Полякова // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: к 60-летию Андрея Васильевича Полякова: коллективная монография: в 2 т. Т. II. Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права / под ред. М.В. Антонова, И.Л. Честнова. СПб., 2014. С. 12.

системы государств-членов, но во многом остается там «инородным телом», своего рода «островом» в традиционных отраслях права, которые становятся некогерентными из-за наличия норм, расходящихся по содержанию и направленности регулирования с принципами, изначально заложенными в их основу. В частности, многочисленные директивы и регламенты ЕС, направленные на защиту прав потребителей, во многих странах (прежде всего, в Великобритании) соседствуют с традиционными институтами договорного права, базирующимися на принципах либерализма. Включение норм европейского права в национальные правовые порядки часто носит формальный характер без каких-либо попыток интегрировать их с нормами национального права в единое целое¹.

Другой современной тенденцией правового регулирования является так называемая денационализация, или (и) приватизация, права. Многие отношения оказываются все менее подверженными государственному воздействию и упорядочиваются посредством самоорганизации их участников. Поскольку прежде всего это касается тех сфер деятельности, которые носят трансграничный характер (например, Интернет, транснациональные корпорации), то соответствующее регулирование осуществляется на международном уровне (*lex mercatoria*, различные кодексы поведения и стандарты регулирования). Будучи формально подчинены национальным правовым порядкам, субъекты такой деятельности соотносят ее не только (и не столько) с внутригосударственным законодательством, но и (в большей мере) с транснациональным регулированием, представленным правилами, которые разработаны достаточно узким кругом экспертов и поддерживаются благодаря заинтересованности участников данных отношений. В глобальном масштабе формируется целая сеть таких «частных правовых порядков». Государства вынуждены считаться с ними и в ряде случаев обеспечивают реализацию их правил мерами государственного принуждения.

Показательным примером является практика «удобного флага», когда государство предлагает услуги по регистрации морских судов, принадлежащих другим странам, под своим флагом с целью снижения издержек международного мореплавания. Фактически регистрация судов осуществляется частными компаниями, обычно находящимися за пределами государства, предоставляющего флаг. Такие компании

¹ Там же. С. 15–16.

объединяются в международные ассоциации, которые вырабатывают общие правила регистрации судов и стандарты безопасности, согласовывают с международными объединениями профсоюзов моряков условия найма команды. Они также сотрудничают с администрациями портов различных государств и координируют с ними системы проверки соблюдения международно признанных стандартов, ведение компьютерных баз данных и применение санкций в виде задержания судов. Таким образом, мореходные качества судов и условия найма команды определяются различными регулирующими органами – публичными и частными, национальными и международными. Ни один из них не имеет безусловной юрисдикции, но администрация порта может применить за нарушение установленных правил предельную санкцию в виде задержания судна¹.

В целом ряде сфер регулирования право, так сказать, государственного происхождения действует наряду с правилами, установленными различными частными организациями – как национальными, так и транснациональными. Государство вынуждено учитывать их регулирующее воздействие, а иногда и обеспечивать его, располагая при этом достаточно ограниченными возможностями влияния на его содержание, прежде всего, когда речь идет о правилах, создаваемых различными транснациональными корпорациями, международными экспертными сообществами, неправительственными организациями и т.п.

Таким образом доктринальная оппозиция частного и публичного права не выдерживает испытание современными реалиями. С одной стороны, государство все активнее вторгается в частноправовую сферу посредством ограничения действия принципа свободы договора. В целях защиты слабой стороны отношений государство устанавливает все больше императивных требований, оставляя все меньше пространства для договорного регулирования. В результате отрасли права, традиционно считавшиеся частными, приобретают частно-публичный или публично-частный характер. Изначально это было трудовое право, заместившее частноправовой институт личного найма, затем – жилищное, а постепенно под лозунгом «защиты прав потребителей» (как слабой стороны отношений) публично-правовые начала укоренились во всех институтах частного права, принцип свободы

¹ См. подробнее: Picciotto S. Constitutionalizing Multilevel Governance? // International Journal of Constitutional Law (I-CON). 2008. Vol. 6. No. 3–4. P. 463–465; См. также: Murphy D.D. The Structure of Regulatory Competition: Corporations and Public Policies in a Global Economy. Oxford: Oxford University Press, 2004. P. 45–71.

договора во многом превратился в фикцию, а соответствующее регулирование утратило частноправовой характер.

С другой стороны, типичное для частного права договорное регулирование начинает проникать в публичную сферу. Таким образом все чаще выстраиваются отношения между органами власти, ответственными за предоставление населению публичных услуг, и частными организациями (фирмами, компаниями), которые на основе соответствующих договоров фактически эти услуги предоставляют¹. Более того, эти частные организации (их объединения) начинают самостоятельно регулировать порядок предоставления публичных услуг. Такое регулирование действует наряду с государственным, которое становится все более фрагментированным, и образует так называемое мягкое право². Формально не являясь обязательными, нормы мягкого права оказывают на соответствующие отношения реальное (и часто определяющее) регулятивное воздействие³.

Термин «мягкое право» изначально возник для обозначения инструментов гармонизации законодательства государств – членов ЕС в тех областях сотрудничества, которые не охватываются правом ЕС, имеющим прямое действие (так называемый открытый метод координации)⁴, и ряда положений международного права, содержащихся в резолюциях, рекомендациях и коммюнике различных международных организаций, разнообразных стандартах надлежащего поведения, кодексах лучшей практики и т.п.⁵ Мягкое право известно как в международном публичном, так и в международном частном праве⁶

¹ См.: Collins H. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press. 1999; Freeman J. *The Contracting State* // *Florida State University Law Review*. 2000. Vol. 28. P. 155; Vincent-Jones P. *The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Services* // *Public Law*. 1999. Vol. 1. P. 303.

² См.: Scott C. *Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance* // *Journal of Law and Society*. 2002. Vol. 29. P. 56; Moran V. *The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation*. Oxford: Oxford University Press. 2003.

³ См.: Senden L. *Soft Law in European Community Law*. Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing. 2004. P. 111–113; Snyder F. *Soft Law and the Institutional Practice in the European Community* // *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile No I* / ed. by M. Stephen. Dordrecht; Boston; Landon, 2010. P. 112, 198.

⁴ См.: Trubek M., Trubek L. *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination* // *European Law Journal*. 2005. Vol. 11. No. 3.

⁵ См.: M rth U. *Introduction in Soft Law in Governance and Regulation*. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing Ltd., 2004.

⁶ См.: Велижанина М.Ю. Мягкое право: его сущность и роль в регулировании международных отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007; Волкова Е.В. К вопросу о категории «мягкое право» в праве международных контрактов // *Право и управление. XXI век*. 2008. №. 2.

(к мягкому праву принято относить *lex mercatoria*¹). Позднее данный термин стал использоваться и применительно к внутригосударственному регулированию.

Следование нормам мягкого права обеспечивается благодаря взаимной заинтересованности в их соблюдении, а также за счет различных форм социального давления, осуществляемого участниками соответствующих отношений (например, мониторинг состояния дел, репутационная ответственность и т.п.). Эти формы социального давления институционализированы (регулярное предоставление отчетов, формирование «черных списков»), но напрямую не сопряжены с государственным принуждением, хотя нередко оказываются не менее действенными².

При этом жесткое и мягкое, частное и публичное, национальное и международное право часто оказываются тесно переплетены и в совокупности обеспечивают одностороннее регулятивное воздействие. В данном отношении весьма показательна рассмотренная выше практика регистрации судов под удобным флагом. Здесь государственную функцию осуществляют частные компании, они же и регулируют соответствующую деятельность на международном уровне посредством мягкого права (выработанных экспертами и согласованных между компаниями и профсоюзами стандартов и правил), за нарушение которого власти различных государств применяют весьма жесткие санкции.

Обозначенные современные тенденции развития права делают весьма проблематичным противопоставление в рамках западной правовой традиции двух правовых семей – англосаксонской (общего права) и романо-германской (континентальной). Интеграционные процессы ведут к их постепенной конвергенции. При этом гармонизация материального права идет большей частью, если можно так выразиться, на континентальной основе. Страны общего права воспринимают многие правовые институты и принципы, изначально сформированные в рамках романо-германской правовой семьи, например принципы пропорциональности и добросовестности, и соответствующие подходы к толкованию и применению права³. Но все-таки точнее го-

¹ См.: Di Robilant A. Genealogies of Soft Law // The American Journal of Comparative Law. 2006. Vol. 54. No. 3. P. 500–501.

² См. подробнее: Фогельсон Ю.Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе // Журнал российского права. 2013. № 9. С. 46–48.

³ См.: The Harmonisation of European Private Law / Ed. by M. Van Hoecke, F. Ost. Oxford, 2010; Barak A. Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations. New York, 2012. P. 181–210.

ворить именно о взаимовлиянии правовых семей: «континентальные правовые системы в ходе XX в. включили новые виды договоров, такие как “лизинг”, “факторинг” или “франчайзинг”, в свое договорное право, сохраняя эти английские слова в собственном правовом языке, даже не пытаясь перевести их. С другой стороны, британские юристы научились использовать континентальное понятие “юридические догмы” наряду с “правовой доктриной” или ссылаться на “*travaux préparatoires*”, а не на “*legislative materials*” или на “*Hansard*” (как общее понятие)»¹.

Под влиянием практики наднациональных судебных органов в странах континентальной правовой семьи возрастает роль судов и изменяется их место в системе разделения властей. Из сугубо правоприменительных органов они превращаются в активных участников правотворческого процесса.

Так, Суд ЕС является основным механизмом конституционализации европейского права и утверждения его в качестве автономного наднационального правопорядка². А европейское право прав человека фактически создано Европейским Судом по правам человека в процессе толкования Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Конвенция устанавливает правила общего характера, а вот функционирует она не как нормативный акт, а по модели, свойственной общему праву – через практику Европейского Суда по правам человека. Правовые позиции, выработанные Судом в процессе толкования и применения Конвенции, развивают и дополняют ее положения, и действует Конвенция именно в том виде, как она была истолкована Судом. Европейский Суд рассматривает Конвенцию как «живой инструмент»³, положения которого необходимо толковать с учетом современных условий. Такое динамическое, эволюционистское толкование положений Конвенции ведет к расширению сферы ответственности государств-участников сверх тех обязательств, которые они принимали на себя при ее подписании и ратификации. Это необходимо для того, чтобы обеспечить реализацию подлинных наме-

¹ Ван Хук М. Европейские правовые культуры в контексте глобализации. С. 25–26.

² См.: Танчев Е. Классические и современные проблемы теории и практики учредительной власти // Современный конституционализм: вызовы и перспективы: материалы Международной научно-практической конференции, посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации (Санкт-Петербург, 14–15 ноября 2013 г.) / отв. ред. В.Д. Зорькин. М., 2014. С. 60.

³ Eur. Court H. R. *Tyrer v. the United Kingdom*, Judgment of 25 April 1978. Series A. No. 26. Para 31.

рений государств – участников Конвенции, которые хотели защитить индивида не только от тех угроз его правам, которые были широко распространены во время ее разработки, но и от возможных угроз будущего¹. Кроме того, Европейский Суд считает, что Конвенция, являющаяся инструментом защиты людей, призвана гарантировать не теоретические или иллюзорные права, а права, осуществимые на практике и эффективные². Благодаря такому подходу многие права, предусмотренные Конвенцией, и используемые в ней понятия получили существенное развитие. В итоге правовые позиции, сформулированные Европейским Судом (созданные им прецеденты толкования Конвенции), по объему во много раз превосходят текст самой Конвенции и содержат положения, которые с очевидностью не следуют из него³. При этом право Конвенции заимствует и римскую юридическую традицию, и традицию общего права, одновременно обогащаясь элементами других европейских юридических систем⁴.

Европейский Суд по правам человека исходит из того, что понятие «закон», используемое в ряде статей Конвенции о защите прав человека и основных свобод, охватывает как писаное право (законодательные акты), так и неписаное (судебную практику)⁵. Суд специально подчеркивает, что было бы неправильно преувеличивать различия между странами общего и континентального права. Статутное право значимо и в странах общего права. И наоборот, судебная практика традиционно играет настолько существенную роль в континентальных странах, что целые разделы позитивного права в значительной

¹ См.: Jacobs F. G., White R. C. A. The European Convention on Human Rights. 2nd ed. Oxford, 1996. P. 32.

² Eur. Court H. R. Belgian Linguistic Case, Judgment of 23 July 1968. Series A. N 6. Paras 3–4; Golder v. the United Kingdom, Judgment of 21 February 1975 Series A. No. 18. Para 35; Luedicke, Belkacem and Koc

³ См., например: Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004; Van Dijk P., van Hoof G. J. H. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. The Hague, 1998; Janis M. W., Kay R. S., Bradley A. W. European Human Rights Law. Text and Materials. 2nd ed. New York, 2000; Harris D., O'Boyle M., Warbrick C. Law of the European Convention on Human Rights. 2nd ed. Oxford; New York, 2009.

⁴ См.: Де Сальвиа М. Указ. соч. С. 15.

⁵ Eur. Court H. R. The Sunday Times v. the United Kingdom, Judgment of 26 April 1979. Series A. No 30. Para.47; Dudgeon v. the United Kingdom, Judgment of 22 October 1981. Series A. No 45. Para 14, 44; Chappell v. the United Kingdom, Judgment of 30 March 1989. Series A. No 152-A. Para. 53.

мере являются ее результатом. Если бы Европейский Суд не принимал во внимание судебную практику, то он подорвал бы правовую систему континентальных государств в такой же мере, как и правовую систему Великобритании, исключи он общее право из понятия «закон» в смысле Конвенции. В сфере действия писаного права, считает Суд, законом является действующий правовой акт в том виде, как он истолкован компетентными судебными органами в свете новых фактических обстоятельств¹.

Показательно, что деятельность Европейского Суда по правам человека привела в странах континентальной правовой традиции к более широкому функционированию судебного прецедента (судебной практики, судебных правовых позиций) в качестве источника права, а в Великобритании – к принятию Акта о правах человека (*Human Rights Act*) 1998 г., что не свойственно традиции общего права², и созданию на его основании института «декларации о несовместимости», с целым рядом оговорок, выполняющего функции конституционного контроля, причем с элементами как американской, так и австрийской его моделей³.

Взаимопроникновение и гармонизация правовых культур не ограничиваются европейским континентом, поскольку «сильнейшие игроки в мировой экономике в состоянии навязать свои законы и другим игрокам, прежде всего в таких областях, как коммерческое право, договоры, гражданские правонарушения, корпоративное право и права интеллектуальной собственности. Сегодня это в основном американское право»⁴. Своеобразная «американизация» европейско-

¹ Eur. Court H. R. *Kruslin v. France*, Judgment of 24 April 1990. Series A. No. 176-A. Para 29; *Huvig v. France*, Judgment of 24 April 1990. Series A. No. 176-B. Para 28.

² Великобритания следует дуалистической модели соотношения международного и внутреннего права, поэтому ратификация Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней сама по себе не означает превращение Конвенции в неотъемлемую часть внутреннего права страны; на положения Конвенции нельзя ссылаться в национальных судах.

³ Согласно Акту о правах человека, законодательство, насколько это возможно, должно толковаться и применяться таким образом, чтобы быть совместимым с правами, гарантированными Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (s 3(1)). Если такое толкование оказывается невозможным, суд может принять декларацию о несовместимости какого-либо положения акта парламента с правом, предусмотренным Конвенцией (s 4(2)). Суд не уполномочен признать такое законодательное положение недействительным или не подлежащим применению, однако после принятия декларации о несовместимости правительство может испытывать политическое давление, побуждающее внести изменение в закон, с тем чтобы устранить его несовместимость с правом, гарантированным Конвенцией.

⁴ См.: Ван Хук М. Европейские правовые культуры в контексте глобализации. С. 27.

го права¹ происходит и за счет образовательной экспансии Соединенных Штатов: «Престиж и щедрые стипендии престижных американских университетов привлекают много превосходных студентов и исследователей со всего мира. После этого они, как правило, занимают лидирующие позиции в своих странах во всех сферах юридического дела, так что через них американское право распространяется еще больше»². Наряду с американским правом они привносят в свои национальные правовые системы новые формы и способы работы – исследование, преподавание, консультирование, защита и т.п.

В самом общем виде все изменения, которые правовое регулирование претерпевает в условиях глобализации, могут быть описаны как «дестабилизация традиционной нормативной иерархии»³. Традиционные представления о правопорядке как о единой иерархически организованной системе норм, установленных (санкционированных) государством и обеспечиваемых (в случае необходимости) исходящим от него принуждением, уже не адекватны новой правовой реальности. Национальные правовые системы утрачивают свою специфику и автономность, они находятся в сложных отношениях взаимозависимости с другими национальными, наднациональными и международными правопорядками. Ранее национальные правопорядки также вбирали в себя нормы, созданные в рамках иных юрисдикций, прежде всего – международно-правовые. Однако они интериоризировались посредством специальных процедур имплементации, установленных национальным правопорядком, и включались в его иерархическую структуру. В настоящее время нормы других правопорядков имеют в пределах юрисдикции государства прямое действие и непосредственно создают права и обязанности как для самого государства, так и для лиц, находящихся под его юрисдикцией.

Таким образом, государство уже не обладает полным контролем над своим правопорядком, и формируется «глобальный правовой универсум»⁴, который, однако, отнюдь не отличается универсальностью, если исходить из того, что она предполагает определенную

¹ См.: Хольцингер Г. Конституционное государство в Европейском Союзе // Журнал конституционного правосудия. 2014. № 2.

² Ван Хук М. Указ. соч. С. 27.

³ Picciotto S. Op. cit. P. 461.

⁴ Rosenfeld M. Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism // International Journal of Constitutional Law (I-CON). 2008. Vol. 6. No. 3–4. P. 420.

согласованность. Напротив, современное состояние правового регулирования может быть охарактеризовано как «глобальный беспорядок нормативных порядков»¹. Каждый субъект права (как сами государства, так и их граждане и юридические лица) постоянно подчинен множеству взаимодействующих и пересекающихся правовых режимов, причем права и обязанности, которыми он обладает в рамках каждого из данных режимов, могут существенным образом различаться и противоречить друг другу.

Рассуждения о приоритете или верховенстве какого-либо из конкурирующих правопорядков (международного, наднационального, национального) непродуктивны. Современному правовому регулированию присущ «гетерархичный характер». Это означает, что «признание деятельности легитимной в соответствии с какой-либо одной системой норм редко является безусловным, оно может быть обойдено или поставлено под сомнение посредством обращения к другой системе норм. Различные виды наднационального и субнационального права создают сложные взаимосвязи между множеством правотворческих и правоприменительных институтов на различных уровнях. Это предполагает как конкуренцию, так и координацию. Между разными, но взаимосвязанными регулятивными сетями возникают различные типы сцеплений, однако их калейдоскопический характер затрудняет достижение полной согласованности»². Это дает частным лицам (как физическим, так и юридическим) возможность лавировать между разными юрисдикциями, выбирая наиболее удобную из них³.

Право приобретает все более циркулярную, сетевую структуру. Циркулярность – это взаимозависимость и взаимодействие «между лицами и органами внутри правовой системы в процессе производства и легитимации права»⁴. Современные правовые системы не имеют линейной структуры и четкой иерархии. Они представляют собой сложное единство «переплетающихся циркулярностей», «запутанной иерархии», «странных петель» и лучше описываются понятием сети⁵.

¹ Walker N. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders // *International Journal of Constitutional Law (I-CON)*. 2008. Vol. 6. No. 3–4. P. 373–396.

² Picciotto S. *Op. cit.* P. 461.

³ См.: Braithwaite J., Drahos P. *Forum-shifting and Contests of Principles* // *Global Business Relation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. P. 564.

⁴ Ван Хук М. *Право как коммуникация*. СПб., 2012. С. 153.

⁵ Там же. С. 156–157.

Здесь упор делается на взаимодействие между различными уровнями правовой системы, «когда верхний уровень спускается к нижнему и воздействует на него, в то время как сам определяется этим самым нижним уровнем»¹. В рамках такой модели структура правовой системы не образует иерархию, «где высшие элементы определяют низшие. Ее следует рассматривать как сеть взаимоотношений, производящих значения с большей или меньшей вероятностью “истины”»².

Все попытки различных правопорядков обосновать свое верховенство и суверенность выглядят как атавизм прежних легистских и этатистских представлений о праве, восходящих к командной теории Дж. Остина, и лишь запутывают и без того сложное современное правовое регулирование. Они кажутся особенно неуместными в условиях развивающихся процессов денационализации, или (и) приватизации, права, когда формируется значительный массив права, действие которого не обеспечивается государством и не ограничивается государственной территорией. Это право, «индифферентное к суверенитету и территориальным границам»³, представляет собой полицентричную систему⁴. Пределы действия различных нормативных массивов и юрисдикция формирующих и применяющих их институтов все чаще определяются не по территориальному принципу, а по сферам отношений, которые иногда пересекаются. И следование соответствующим нормам обеспечивается прежде всего взаимной заинтересованностью в этом участников данных отношений.

В.Е. Чиркин

7.2. СОВРЕМЕННАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА И НАДНАЦИОНАЛЬНОЕ (НАДГОСУДАРСТВЕННОЕ) ПРАВО

После Второй мировой войны в результате процессов модернизации, глобализации и интеграции, которые могут иметь наряду с положительным также отрицательное значение, возникли надгосударственные публично-правовые образования нового рода, в отдель-

¹ Kerchove M. van de, Ost F. Legal System Between Order and Disorder. Oxford, 1994. P. 69. Цит. по: Ван Хук М. Право как коммуникация. С. 152.

² Ван Хук М. Указ. соч. С. 157.

³ Фогельсон Ю.Б. Указ. соч. С. 50.

⁴ См.: Bell T.W. Polycentric Law // Humane Studies Review. Winter 1991/92. Vol. 7. No. 1.

ных из них создано, хотя незавершенное, наднациональное право¹. Инструментарий исследований, который создан в теории права российскими и зарубежными учеными (при участии В.В. Лазарева, обосновавшего, в частности, подход для анализа пробелов в праве) для изучения «страновых» систем права и глобальной системы международного права (а в сравнительном правоведении также семей права), продолжает успешно применяться для изучения новых явлений. Вместе с тем необходимы некоторые дополнительные приемы анализа и синтеза, а также новые понятия в теории государства и права.

В современном мире действует более полутора десятков различных региональных организаций международного характера. Среди них Лига арабских государств (1945), Организация американских государств (до 1948 г. – Панамериканский союз), Совет Европы (1949), Африканский союз (2002), являющийся преемником Организации африканского единства (1961), Ассоциация государств Юго-Восточной Азии – АСЕАН (1967), Совет сотрудничества государств Персидского залива (1981), Содружество независимых государств – СНГ (1991), Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе – ОБСЕ (1995), Союзное государство Белоруссии и России (1999) и др. Созданы межконтинентальные объединения, например Шанхайская организация сотрудничества – ШОС (2001), БРИКС (Бразилия, Россия, Индия, Китай; с 2011 г. также Южно-Африканская Республика; в 2015 г. – в особой форме Пакистан). В 2000–2014 годах функционировало Евразийское экономическое сообщество (ЕврАзЭС), преобразованное в 2015 г. в Евразийский экономический союз (ЕАЭС). В его составе – Армения, Белоруссия, Казахстан и Россия (с 2015 г. – Кыргызстан). Некоторые из таких организаций имеют межконтинентальный характер, хотя в них состоят несколько государств (БРИКС, ШОС), или включают десятки стран (в Африканском союзе – 53, в ОБСЕ – 57²). Многие охватывают огромную территорию и население (АСЕАН – более 1 млрд чел., ШОС – около 1,5 млрд, БРИКС – более 2,5 млрд).

¹ Слова «нация», «национальный» в русском языке понимаются в плане этнической характеристики. В английском и романских языках слова nation, national такой характеристики не имеют, а понимаются как «государство», «государственный» (нередко используется термин «нация-государство»). Организация Объединенных Наций это организация не наций, а государств. Это различие важно учитывать, когда мы говорим о наднациональной публичной власти и наднациональном праве.

² В ОБСЕ состоят не только европейские, но и некоторые иные государства (США, Кыргызстан и др.).

В региональных союзах, задуманных и являющихся по своей основной природе интеграционными экономико-региональными союзами, изначально ставятся некоторые политические цели (например, поддержание мира и безопасности в регионе), иногда возникают «зародыши» регионального публично-правового образования или создается незавершенное образование. В отдельных из них присутствуют элементы не только регионального международного права (оно должно соответствовать «общему» международному праву), но и зачатки регионального внутреннего наднационального права организации (например, в Совете Европы), а иногда и незавершенное наднациональное право (последнее – только в Европейском Союзе).

Европейский Союз не самый многочисленный по числу государств-членов (28), не самый крупный по размерам территории (Россия впятеро превышает ЕС) и по численности населения (в 2015 г. приблизительно 507 млн человек), втрое меньше, чем ШОС, и впятеро – чем БРИКС. Однако доля ЕС в мировом ВВП в 2010 г. была наибольшей. Это 25,6% мирового ВВП, прогноз на 2018 г. – 22,1% (БРИКС – около 20%, США – 23,4%, прогноз на 2018 г. – 22,2%)¹. ВВП на человека в ЕС в 2014 г. – приблизительно 34,5 тыс. дол. США в год (средний ВВП на душу населения в мире – около 14 тыс. дол., в США ВВП – примерно 52,8 тыс. дол.). ЕС имеет единую валюту (евро), хотя в зону евро входят только 19 из 28 государств (в Великобритании, Швеции, Дании и некоторых других странах своя национальная валюта).

ЕС не только организация для экономической интеграции (это стало очевидно, когда в 1992 г. Европейское экономическое сообщество было преобразовано в ЕС). В его уставных документах (их неофициально называют конституцией ЕС², хотя принять европейскую конституцию для ЕС в 2004 г. не удалось³) есть особые разделы о внешней политике и политике безопасности. В ЕС единое европей-

¹ URL: <http://www.nippon.com/ru/editor/f00025/> (дата доступа 9.03.2015).

² Договор о создании ЕС 1992 г. и Договор о функционировании ЕС (неоднократно изменялся, в настоящее время действует в редакции 2010 г.). Лиссабонский договор 2007 г. – обширная поправка к учредительным документам ЕС.

³ Европейская конституция для ЕС (принята в 2004 г. единогласно главами государств и правительств ЕС, но отвергнута некоторыми государствами – членами ЕС на референдуме; для ее утверждения требовалось единогласие всех членов ЕС). Лиссабонский договор с изменениями повторяет основное содержание этой конституции.

ское гражданство (в дополнение к гражданству государств-членов), имеются свой флаг, герб, гимн («Ода радости»), свои послы в других государствах (но в не государствах-членах). Есть представительство ЕС и в России. В Европейском Союзе в 2015 г. официально начал обсуждаться даже вопрос о создании собственной армии (развития эта инициатива не получила), в том же году был вновь поставлен вопрос о создании собственного правительства ЕС. Создана своя система органов, отчасти похожая на систему органов, устанавливаемую конституциями государств; предусмотрено разграничение полномочий ЕС и государств-членов, отчасти похожее на федерации. В целом это централизованное региональное объединение, но имеются противоречия – некоторые страны (особенно Великобритания) заявляют о возможном выходе из ЕС.

В Европейском Союзе в известной мере принята концепция конституционного права о трех ветвях государственной власти¹, но у него семь институтов (институты – это особо значимые органы ЕС), которые могут принимать решения, обязывающие государства-члены (Европейский совет глав государств и правительств 28 государств – членов ЕС; Совет ЕС, назначаемый по одному представителю государствами-членами; Европейский парламент (избираемый на 5 лет в разном числе депутатов в государствах-членах, всего 701); Комиссия ЕС – главный исполнительный орган; Суд ЕС; Счетная палата; Банк ЕС).

Нормотворческая власть в ЕС может осуществляться Европейским советом (например, он принял в 2007 г. Лиссабонский договор), но на практике Европейский совет принимает решения важнейшего политического характера, определяет направления политики ЕС. Нормотворческая власть ЕС реализуется, как правило, Советом Европейского Союза (Советом ЕС) совместно с другим органом – Европейским парламентом. Совет ЕС играет в этом содружестве основную роль, может принимать правовые акты один. Члены Совета ЕС (обычно министры иностранных дел) при принятии решений имеют неодинаковое число голосов (от 29 – крупные страны до трех – самые мелкие), всего голосов 345.

Решения, в том числе правовые акты, в Совете ЕС принимаются специфическим квалифицированным большинством: необходимо как

¹ В отдельных конституциях латиноамериканских стран таких ветвей названо четыре и даже пять.

минимум 55% голосов членов Совета ЕС при условии, что «за» голосовали по меньшей мере 15 государств – членов ЕС, которые представляют не менее 65% населения ЕС. Блокирующим меньшинством, препятствующим принятию решения, являются четыре государства – члена ЕС независимо от числа их голосов. В Европарламенте решения принимаются абсолютным большинством голосов, блокирующего меньшинства нет.

Главными среди различных актов ЕС являются регламенты и директивы. Первые должны выполняться государствами-членами неукоснительно; директивы тоже обязательны к исполнению, но при этом государства-члены могут применять свои методы.

Проекты нормативных актов ни Совет ЕС, ни парламент представлять для обсуждения не вправе. Это делает только Европейская комиссия, однако Совет ЕС единогласным решением, а Парламент абсолютным большинством голосов могут предложить изменение в проект. В составе Еврокомиссии 2/3 представителей 28 государств-членов на основе периодической ротации. Ее члены называются еврокомиссарами и считаются генеральными директорами по разным направлениям работы. Комиссия может заседать и принимать решения как в полном составе, так и по группам родственных направлений.

Согласно изменениям, внесенным в конституции государств – членов при вступлении в ЕС, они передали некоторые (не все) суверенные права и государственные полномочия ЕС. Это обстоятельство, право обязывания государств-членов решениями органов ЕС и связанные с этим элементы специфического принуждения, система органов ЕС, в некоторых частях похожая на органы государства, элементы некоторого подобия федерации или конфедерации свидетельствуют о том, что ЕС является особой формой публично-правового образования, которое обладает незавершенной публичной властью (в пределах переданных государствами-членами полномочий). ЕС можно охарактеризовать как международно-государствоподобное публично-правовое образование (формирование).

ЕС не государство, у него нет государственного суверенитета – он сохраняется у государств-членов. Но они сами передали ЕС некоторые государственные полномочия. Нужно учитывать реалии. Поэтому, несколько уточняя формулировку об ограничении *элементов* суверенитета, предложенную российскими юристами¹, мы полагаем,

¹ См.: Кашкин С.Ю., Четвериков А.О., Калининченко П.А. и др. Право Европейского Союза: учебное пособие; отв. ред. С.Ю. Кашкин; изд. 3-е перераб. и доп. М., 2011.

что правильнее говорить о *самоограничении* элементов суверенитета государствами-членами ЕС.

Региональные организации могут создавать свое право. Они формируют свое региональное международное право (разумеется, при подчинении и нормам общего международного права). Однако право ЕС, как справедливо писал Л.М. Энтин еще до принятия Лиссабонского договора, нельзя считать только региональным международным правом¹. Оно имеет и тот, и другой характер. Его акты непосредственно действуют внутри государств-членов, причем это не отдельные нормы, а их массив, заменяющий национальное право государств-членов актами региональной международной организации. Поскольку государства-члены обязаны руководствоваться правовыми актами ЕС, которые создаются институтами ЕС в Брюсселе (это установлено названными выше основополагающими актами ЕС), государства-члены часто просто непосредственно имплементируют такие акты в свое законодательство. Чехия, например, имплементировала более 100 тыс. страниц актов ЕС, не изменяя ни одной запятой².

Наднациональное право имеет обязательную силу не только для государств-членов (их суды, иные органы обязаны применять акты ЕС), оно непосредственно (без ратификации и имплементации) действует в государствах-членах, распространяется на их физических и юридических лиц и имеет верховенство перед их национальным (страновым) правом. Следует однако, учесть, что право ЕС действует в государствах-членах и обязательно для их физических и юридических лиц лишь в пределах суверенных прав или государственных полномочий, которые конституциями государств – членов переданы ЕС (такие пределы сформулированы в конституциях государств-членов ЕС при вступлении в ЕС в самой общей форме – акты ЕС должны соответствовать правам человека, демократическому, правовому, социальному государству и т.д.).

Наднациональное право ЕС обладает следующими особенностями:

1) возникает на основе согласования волей государств-членов, а затем развивается путем деятельности правотворческих институтов ЕС. Многие акты права ЕС рождаются в процессах координации и в поисках консенсуса. По этой и по другим причинам (пути выполне-

¹ См.: Энтин Л.М. Право Европейского Союза. Основные категории и понятия. Киев, 2003. С. 11.

² URL: <http://www.moldovanova.md/ru/publications/show/358/> (дата доступа 15.09.2015 г.).

ния правовых актов ЕС и др.) право ЕС в определенной мере (отнюдь не всегда) имеет элементы мягкого права, но в целом, будучи правом, обязывает и имеет свои своеобразные инструменты принуждения для выполнения обязательств;

2) имеет комплексный характер. Это не только часть международного права, оно имеет внутригосударственное непосредственное действие в сфере социальных, гражданско-правовых, торговых, таможенных, трудовых и некоторых других отношений, его определенные акты непосредственно (а не только путем имплементации), без трансформации норм права ЕС в национальное право государств-членов, распространяются на физических и юридических лиц, находящихся в государствах – членах ЕС.

3) объединяет элементы международного, публичного и частного права, но вопросы конституционного права регулируют только государства-члены, административно-правовые отношения, уголовно-правовые отношения, вопросы процессуального права и другие также регулируют только или в основном государства-члены (но в ЕС складывается, например, свое административное право по отношению к деятельности органов и чиновников ЕС). Таким образом, наднациональное право ЕС одновременно содержит элементы международного, публичного и частного характера;

4) имеет незавершенный характер. Акты ЕС регулируют многие общественные отношения. Такие акты, как регламенты от 11 июля 2007 г. № 864/2007 «О праве, подлежащем применению к недоговорным обязательствам» и от 17 июня 2008 г. № 503/2008 «О праве, подлежащем применению в договорных обязательствах» по существу кодифицируют крупные институты права, придают им единство для права всех стран – членов ЕС. Однако акты ЕС регулируют не все общественные отношения, которые могут и должны подвергаться правовому регулированию, а исключительно те полномочия по которым переданы ЕС государствами-членами. Никакую отрасль права (соответствующие общественные отношения) акты ЕС не регулируют полностью, чтобы исключить государства-члены из субъектов регулирования. Одни отрасли права остаются вне сферы правового регулирования ЕС, другие регулируются правом ЕС только частично;

5) имеет основополагающий характер для государств-членов и приоритет перед правом государств-членов, но только в тех сферах, в которых некоторые государственные полномочия государств-членов переданы ЕС. В общей форме о передаче полномочий сказано в

конституциях государств – членов ЕС, а конкретно пространный перечень сфер регулирования ЕС содержится в основных актах ЕС, ратифицированных всеми членами ЕС (выше говорилось об исключительных, совместных и других полномочиях ЕС);

6) включает возможность правового вмешательства в вопросы, относящиеся к внутренней компетенции государств, но только если такие вопросы (полномочия) переданы ЕС государствами-членами;

7) характеризуется своеобразными способами применения. ЕС имеет свой Суд (есть и иные суды по отдельным вопросам, которые в ЕС называются трибуналами), но они рассматривают только некоторые дела по вопросам, которые регулируются непосредственно актами ЕС и связаны с деятельностью органов ЕС. В основном же наднациональное право ЕС, непосредственно действующее в государствах-членах, применяется и исполняется органами таких государств.

А.Х. Саидов

7.3. ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА: СОСТОЯНИЕ, ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Тема комплексная, многоаспектная и междисциплинарная, что обусловливается, прежде всего, следующими факторами:

во-первых, затрагиваются общетеоретические представления о праве вообще, то есть правопонимание, а они различны в разных национальных правовых системах;

во-вторых, источники права анализируются не только на уровне общей теории права и государства, но и в рамках отраслевых юридических наук, и таким образом исследование приобретает междисциплинарный характер;

в-третьих, источники права исследуются также в науке международного права, и взаимодействие и взаимовлияние источников национального и международного права имеют не только научно-теоретическое, но и практико-прикладное значение;

в-четвертых, данный вопрос имеет не только собственно юридическое, но и социально-политическое значение, что обусловлено его тесной связью с проблемами демократии, законности и правосудия.

Это одна из вечных тем общей теории права. В юриспруденции источники права рассматриваются в двух аспектах: в первом аспекте

они выступают в качестве критерия классификации национальных правовых систем в крупные правовые семьи; во втором – используются при характеристике основных правовых семей современности. При этом для юриста важное значение имеет понятие и историческое развитие источников права, их система и тенденции ее развития в различных правовых семьях.

Источники права как критерий классификации национальных правовых систем. Классификация национальных правовых систем на крупные правовые семьи является одной из основных проблем сравнительного правоведения. Первые попытки систематизации правовых семей относятся к началу XX в. – к периоду «взлета» сравнительного правоведения в Европе. Так, французский ученый А. Эсмен классифицировал законодательство (или обычаи) различных народов, исходя из особенностей их «исторического формирования, их общей структуры и их отличительных черт»¹, Х. Леви-Ульман основывался на различных концепциях источников права².

В настоящее время в мире общепринята классификация Р. Давида, которая базируется на идеологическом и юридическом критериях³. Немецкий компаративист К. Цвайгерт руководствовался юридическими «стилями», определяемыми историей национальной правовой системы, специфической манерой правового мышления, особо значимыми правовыми институтами, характером источников права и их толкованием и, наконец, идеологическими факторами⁴.

Таким образом, почти все авторы в качестве критерия берут источники права, хотя учитывают и другие критерии юридического, а также социального и идеологического характера, то есть наиболее распространенным является критерий классификации, основанный на концепции источников права. Выбор этот неслучаен. Он обусловлен тем, что классификация различных правовых систем может основываться в первую очередь на критериях, касающихся различий формы (следовательно, источников) права. Классификация, основанная на

¹ Esmein A. Le droit comparé et l'enseignement du droit. Paris, 1905.

² См.: Levy-Ullman H. Sur les communications relatives au droit prive dans les pays etrangers. Paris, 1922.

³ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности / пер. с фр. М., 1988.

⁴ См.: Цвайгерт К., Кёtz Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. 1. Основы / пер. с нем. М., 1998.

концепции источников права, считается доступной для восприятия по причине своей простоты.

Концепция источников права в общей теории права зависит в значительной мере от общего понятия права (правопонимания), а именно в рамках частного права, и это объясняет, почему в конечном счете сравнительное правоведение подразделяет основные правовые системы на основе частного права, рассматривая такую классификацию в большинстве случаев как универсальную. Исторически именно частное право играло главную роль при попытках классификации различных правовых систем. Такой путь закономерен, поскольку именно в сфере частного права сравнительное изучение было максимально всего связано с практическими потребностями.

Однако и публичное право позволяет классифицировать национальные правовые системы по правовым семьям, весьма отличным от тех, которые можно выделить на основе и в рамках частного права. Например, латиноамериканские страны с точки зрения классификации, разработанной на основе частного права, относятся к романо-германской правовой семье. Но согласно классификации, основанной на публичном и особенно на конституционном праве, большинство этих стран принадлежит семье публичного права, представителем которой являются США, хотя они и не близки им в плане частного права.

Следует отметить, что очень трудно (если не невозможно) установить общий классификационный критерий и что даже классификация, основанная на концепции источников права, хотя и наиболее адекватная, далека от того, чтобы быть универсальной.

Характеристика основных правовых систем современности на основе источников права. В различных правовых системах разное значение придается закону, обычаю, судебной практике, доктрине, справедливости как разновидности источников права. При изучении зарубежных правовых систем следует знать, что наши представления об иерархии различных источников права неприменимы к другим странам, что методы и рассуждения, используемые юристами для установления норм права и в процессе правоприменения в целом, весьма разнообразны.

Одна правовая система может носить религиозный характер, и законодатель не может изменять нормы религиозного права. В других странах законы – лишь модель, которую считают естественным нарушать, если того требует обычай. В третьих странах судебному решению придается значение, выходящее за рамки данного процесса.

Использование общих принципов права также может в некоторых правовых системах служить для того, чтобы подправить в ту или иную сторону формальную норму действующего права.

Все это многообразие источников права и особенности правопонимания следует учитывать при изучении национальных правовых систем на сравнительной основе. Дело усложняется тем, что выводы компаративистов об источниках права или о способах толкования закона не всегда дают точное представление о реальном правопорядке, то есть о «праве в действии». Так, французская правовая доктрина утверждает, что судебная практика не является источником права. Тем не менее в действительности при определенных обстоятельствах решения Кассационного суда или Государственного совета Франции часто имеют значение не меньше, чем закон.

Еще и в настоящее время в Англии закон охотно изображают как исключительный феномен в системе, которая является классической системой судейского права. Однако законы там столь же многочисленны и играют роль ничуть не меньшую, чем в романо-германской правовой семье. Их перестали толковать буквально и ограничительно, как это предписывалось канонами. Остается неизменным лишь то, что английские юристы по-прежнему плохо относятся к правовым нормам, сформулированным законодателем, и стремятся «растворить» их в судебных решениях, вынесенных в ходе применения этих норм.

Классическая теория фикха ислама не допускает, чтобы законодатель мог изменять нормы права, составляющие священное мусульманское право; это запрещение не препятствует тому, чтобы различными путями государство в мусульманских странах фактически парализовало действие той или иной нормы или подчинило ее применение различным условиям, не затронув ортодоксальных принципов¹.

При рассмотрении источников права в рамках сравнительного правоведения следует уделять основное внимание тому, что объединяет различные правовые системы современности. Исходным пунктом их общности является правовое регулирование различных общественных отношений. Поскольку национальные правовые системы равно эффективно регулируют национальные экономики (хотя и

¹ См.: подробнее: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988; Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник. Изд. 2-е, доп. и перераб. М., 2007; Марченко М.Н. Источники права. М., 2006 и др.

неравные по уровню развития), политические, социальные, культурные и иные отношения, поскольку не существует правовой системы внутренне лучше другой, есть только правовые системы, более и менее приспособленные исторически регулировать те или общественные отношения. При этом особо следует подчеркнуть равенство всех национальных правовых систем современности. Именно такой подход служит отправной точкой в критике европоцентристского подхода, преобладающего в западной юридической науке.

Общность национальных правовых систем проявляется и в исторических наслоениях одной правовой системы на другую, в их сосуществовании и соответственно взаимодействии. Так, характерный для мусульманского права институт кадиев (казиев – судей) корнями уходит в византийское право. Встречаются также самые неожиданные сочетания национальных правовых систем. В настоящее время в юридической литературе предпринимаются попытки выделить специфику российской правовой системы (принадлежность к византийскому праву – С.С. Алексеев), славянской правовой семьи (В.Н. Сильченко).

Связи национальных правовых систем обусловливается и добровольной рецепцией иностранных правовых институтов. Нередко рецепция, кажущаяся добровольной, на самом деле является формой колониальной экспансии, например в африканском праве. Рецепция права выполняет функцию субсидиарного правообразования. Рецепция источников права – одна из форм рецепции права вообще¹.

К трудностям сравнения источников права различных правовых систем можно отнести следующие: 1) противоречие между позитивным правом и фактическим правопорядком, то есть источниками права «в книгах» и «в действии»; 2) при сравнении источников права своей правовой системы и источников зарубежного права, зная национальное право лучше, обычно невольно переносит, и далеко не всегда правомерно, его юридические конструкции на источники иностранного права; 3) европоцентризм, основанный на убеждении, что источники европейского «цивилизованного» права ни при каких условиях не могут оказаться менее эффективными, чем источники права государств других континентов или правовых семей.

¹ См.: Курышев Е.Ю. Рецепция в российском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005.

В сравнительно-правовом исследовании исходным моментом служит понятие источника права в юридическом смысле, то есть формы выражения правовой нормы. В странах романо-германской правовой семьи формализованная, достаточно абстрактная законодательная норма преобладает над другими источниками права и имеет тенденцию к тому, чтобы подменить их полностью. Теория источников права отражает традиционную для них концепцию верховенства закона. Австрийские ученые-юристы строят свой анализ источников права на основе «чистой» теории Г. Кельзена и выводят понятие источника права из «основной нормы».

Источники права отражают особенности и своеобразие исторического развития национальных правовых систем. В качестве примера можно указать на специфику исторической эволюции скандинавского права. Более 100 лет большинство законодательных актов принимается в результате сотрудничества северных стран, одной из целей которого является унификация их законодательства. Если раньше такое законодательное сотрудничество касалось только частного права, то в настоящее время оно распространяется и на сферу публичного права¹.

Или другой пример: после Второй мировой войны система источников японского права сложилась под двойным влиянием романо-германской и англосаксонской правовых семей, и в значительной степени были реципированы их основные институты. Этому немало способствовала традиционная ориентированность японской элиты на творческое восприятие классических правовых доктрин, особенно в экономике и праве, умение быстро приспосабливать новинки к условиям и потребностям практики. В этом смысле весьма развитые источники западного права были успешно применены в Японии².

Японское право при известном сходстве его основных источников и юридических характеристик с правом Запада, полагаем, в более эффективной форме откликается на утилитарные нужды социально-экономического и политико-правового развития страны. Особенно это наглядно проявляется, во-первых, в области семейного пра-

¹ The Sources of Law. A Comparative Empirical Study. National Systems of Sources of Law. Budapest. 1982. P. 198; Комаров А.С. Источники права Швеции // Советское государство и право. 1998. № 6.

² См.: Инако Ц. Современное право Японии. М, 1981; Еремин В.Н. К вопросу о типологической характеристике современного японского права // Советское государство и право. 1977. № 3; Le sources du droit japonais. Geneve, 1978.

ва – внедрен во всей своей полноте принцип как имущественного, так и других видов равноправия супругов; во-вторых, в области экологического права – учреждены специальные гарантийные фонды и пересмотрены критерии и основания ответственности за ущерб; в-третьих, в области договорного права – установлены почти безграничные возможности оформления договорных отношений при относительно ограниченном контроле за их исполнением со стороны государства и т.д.¹

Такое гибкое применение источников права в условиях Японии отнюдь не случайно: японцам присущ прагматичный подход к выбору способов и средств правового регулирования во всех сферах жизни и деятельности, включая правовую систему.

В сравнительно-правовых исследованиях важное место отводится рассмотрению современной системы источников права, анализируется проблема множественности источников права и их соотношения, места и роли в национальной правовой системе. В большинстве стран верховенство закона – важнейший элемент иерархического построения системы источников права. При этом центральное место в иерархии источников права занимает Конституция.

В общей теории права источники права классифицируются в зависимости от органов, их издающих, и юридической силы. Классическим считается различение четырех источников права: закон (нормативный акт), прецедент (судебный и административный), правовая доктрина, правовой обычай. Рассматриваются и такие вопросы, как действие источников права по лицам, во времени и пространстве, вступление в силу и отмена нормативных актов, их толкование, конституционный контроль.

Каждый источник права, включая Конституцию, не абсолютен, а действует в системе права. В каждой национальной правовой системе есть основные источники права, а также дополняющие их – субсидиарные. Каждый источник права выполняет специфические функции в правовой системе. Их взаимосвязь – итог многолетней правовой эволюции: накопления правотворческого опыта и совершенствования правоприменительной практики.

При сформировавшейся национальной правовой системе изменение видовой структуры источников права практически невозможно, так как каждый источник права системно связан с другим. Именно

¹ См.: Вагацума С., Ариидзуми Т. Гражданское право Японии. Кн. I. М., 1983.

этим обусловлены трудности реализации элементов прецедентного права в России и других постсоветских государствах.

Одной из особенностей романо-германской правовой семьи является законодательное закрепление перечня источников права. «Источниками права являются: законы, регламентирующие акты¹, обычаи», – гласит ст. 1 Общих положений о законе, предваряющих Гражданский кодекс Италии 1942 г.² Общие положения об опубликовании, толковании и применении законов в качестве исторических источников имеются в вводных разделах Гражданского кодекса Франции 1804 г.³ и Гражданского кодекса Австрии 1812 г. Однако этим круг источников права не исчерпывается. Действующие конституции этих стран – иерархически важнейшие источники права – привнесли в систему источников права весьма существенные новеллы. Система нормативных источников права стала более дифференцированной. Однако, конституции дифференцируют не все виды источников, а лишь писанные. В них не отражен ряд вопросов (обычай, иерархия источников), урегулированных Гражданским кодексом Франции, Гражданским кодексом Австрии и Общими положениями о законе Италии, что несколько усложняет проблему.

В романо-германской правовой семье закон занимает центральное место. Подчеркнуто уважительное отношение к закону как основной форме выражения права, характерное для юридического позитивизма XIX века, сменилось в XX в. тенденцией критиковать его и широким распространением требований свободы судейского и административного усмотрения. Трудно согласиться с нигилистическими оценками закона и его роли в гражданском обществе, например с теми, которые давала американская «реалистическая школа».

Закон играет важную роль как основной источник в современную эпоху, особенно в свете возрастания государственного вмешательства и «публикации права». Более того, идея верховенства закона соответствует принципу демократии. Но в европейских странах явно прослеживается тенденция к поднятию престижа и усилению роли судебной практики как источника права в романо-германской

¹ Регламентирующими актами считаются такие нормативные акты, которые в нашей юридической литературе принято называть «подзаконными».

² См.: Попов Н.Ю. Источники итальянского права // Советское государство и право. 1983. № 10. С. 126.

³ Французский гражданский кодекс. СПб., 2004. С. 111–113. Вводный раздел Гражданского кодекса Франции называется «Об опубликовании, последствиях и применении законов».

правовой семье. При этом активно критикуется юридический позитивизм и наблюдается настойчивое разграничение права и закона, чуть ли не как их противопоставление. Отсюда в целом отрицательное отношение к кодификации законодательства.

Если в XIX в. глава исторической школы права Ф.К. Савиньи объявлял кодификацию врагом национального пути развития права, то во второй половине XX в. Р. Давид утверждал, что кодификация вызвала к жизни национализм в среде права. Если Савиньи считал, что время кодификации (во всяком случае, для определенных стран) еще не пришло, то Р. Давид, напротив, полагал, что оно (для стран романо-германской правовой семьи) уже прошло.

Действительно, создание развитых правовых систем в рамках национальных государств Европы связано с кодификацией. В XIX веке идея кодификации восторжествовала в Европе – кодификация стала наиболее совершенной формой выражения права. В самом создании национальных правовых систем нет ничего плохого. Это закономерный исторический путь развития права. При этом не следует смешивать национальный путь развития права в рамках национальной государственности с национализмом в праве.

В юридической литературе по вопросу о роли закона в системе источников права две основные точки зрения: если одни считают закон ведущим источником права, наиболее адекватной правовой формой, то другие занимают как бы «буферную» позицию – соглашаясь с тем, что закон играет ведущую роль, они вместе с тем подчеркивают, что эта роль не является исключительной и не должна принижать значение других источников права, прежде всего актов исполнительной власти, судебной практики и обычаев.

В работах современных ученых-юристов отмечается, что классические гражданские кодексы XIX – начала XX в. претерпели значительные изменения. Характерная черта послевоенной деятельности западного законодателя состоит в том, что он ограничился лишь «частными кодификациями»¹.

Наличие большого числа законов, регулирующих одну и ту же область общественных отношений, зачастую оформляющих один и тот же правовой институт и противоречащих друг другу, вызывает необходимость их систематизации. Официальная, законодательным

¹ The Sources of Law. A Comparative Empirical Study. National Systems of Sources of Law. Budapest. 1982. P. 49–50.

путем проведенная инкорпорация различных нормативных актов (норм) порождает особую разновидность обычного закона, называемую сводным текстом. Официальное издание сводного текста влечет немедленную отмену всех тех норм, которые, имея тот же предмет регулирования, в него не вошли. От сводного текста следует отличать частные компиляции нормативных актов, обычаев, судебных решений. Так появляются трудовой, аграрный, здравоохранительный и иные неофициальные «кодексы». Инкорпорации подобного рода могут как предназначаться для юристов-ученых и практиков, так и служить подспорьем законодателю в правотворческой деятельности, но нормативного значения они не имеют.

Р. Давид справедливо отмечал, что в американских «кодексах видят просто плод консолидации, более или менее удачной, а не основу для выработки и развития нового права, как в странах романо-германской правовой системы»¹.

Наиболее развитой формой выражения права является кодифицированное право. Если рассматривать процесс формирования системы источников права в историческом аспекте, то очевидно, что развитие происходило в направлении от менее совершенных форм к более совершенным.

Широкие возможности кодификации имеются в сфере процессуального права и публичного права. В различных отраслях права они отличаются. Разумеется, кодекс не в состоянии урегулировать все вопросы даже какой-либо одной отрасли, поэтому в соответствующих отраслях кодексам придается весьма важное, но отнюдь не исключительное значение. Причем кодекс не следует отождествлять с понятием отрасли права. Отрасль права – это совокупность кодекса и основывающихся на нем иных законов. Всеобъемлющая кодификация невозможна. По формуле Г. Мэна правовое развитие идет от казуса через правовой обычай к кодексам. Возникновение ранних кодексов не связано с появлением письменности и, они имеют мало общего с современными формами права.

С позиции общей теории права важно отметить, что вопрос о соотношении «кодификационного» и «некодификационного» права не должен рассматриваться по принципу «или–или». Например, трудно согласиться с оспариванием правомерности утверждения, будто

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 378.

«французское право в основном – это кодифицированное право»¹. Кодифицированность права вовсе не означает, что в нем не может быть кодифицированных разделов. Все дело в соотношении. Если в романо-германских правовых семьях преобладает кодифицированное право, то англо-американском общем праве – некодифицированное.

В странах романо-германской правовой семьи считается, что «не следует недооценивать значение неписанных источников права»². Ученые-компаративисты романо-германской правовой семьи оценивают закон и обычай как два источника одного ранга. Некоторые из них полагают, что судебное право может возникать как один из видов обычного права, то есть в процессе правоприменения³. Иногда судебная практика рассматривается как катализатор обычного права⁴.

В странах романо-германской правовой семьи в последние полвека явно преобладает тенденция к признанию судебного права, и судебная практика изучается как разновидность правотворчества⁵. Они стремятся ответить на вопросы, какие судебные решения и почему могут быть и являются источником права и каково их соотношение с другими видами источниками права. В последнее время все более утверждается мнение о том, что судебные решения могут быть признаны источниками права во всех правовых семьях, хотя и разными по происхождению, с разной обязательной силой и с разным механизмом их действия и применения⁶.

Распространена и точка зрения, согласно которой обычное право признается только в случае, когда закон ссылается на него. Это придает обычаю обязательность, но не устраняет его особой природы как источника права. Так, более чем в 50 статьях Гражданский кодекс Италии отсылает к обычаю. Особую важность поэтому приобретают

¹ The Sources of Law. A Comparative Empirical Study. National Systems of Sources of Law. Budapest. 1982. P. 127.

² Ibidem. P. 80.

³ Ibid. P. 82.

⁴ Ibid. P. 32.

⁵ См. об этом подробнее: Interpreting Precedents: A Comparative Study. Aldershot etc., 1997. В российской юридической литературе по существу первой значительной работой является следующая книга Верещагина А.Н. «Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004». См.: также: Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 503–518; Четвернин В.А., Юрко Г.Б. Судебные источники права // Ежегодник либертарно-юридической теории. М., 2007. № 1.

⁶ См.: Евстегнеева Г.Б. Судебные решения как источник права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 6.

посвященные обычаю нормы Общих положений о законе. В частности, ст. 8, гласящая, что в вопросах, урегулированных законами и регламентарными актами, обычай имеет применение только при прямой отсылке, получила различное толкование в правовой доктрине. Кроме того, принято считать, что в ст. 8 можно говорить только о санкционированном законом обычае. В этом случае обычай занимает положение исключительно *secundum legem*. Встречается, однако, и мнение, согласно которому в вопросах, не урегулированных законом, обычай обладает юридической силой сам по себе, то есть обычай может занимать положение *practor legem* («наравне с законом»). Но возможна и такая ситуация, когда обычай может применен и *contra legem*. Так, например, своеобразно положение обычая в навигационном праве, где морской обычай превалирует над нормой Гражданского кодекса¹.

В романо-германской правовой семье все более открыто утверждается ведущая роль судебной практики в формировании и развитии права. В континентальной Европе отказались от взгляда на судью как на «подводящую машину», то есть обязательно лишь подводить конкретный спор под определенную стадию закона. Отсюда тенденция к расширению свободного судебного усмотрения.

Общее право (Common Law) – это право судебной практики, и как таковое оно включает не только систему созданных судами правовых норм, институтов и категорий (структурный элемент правового регулирования), но и своеобразный механизм правоприменения, в рамках которого суды разрешают споры, руководствуясь целями и принципами, приемами и методами, выработанными в ходе развития общего права (функциональный элемент правового регулирования). В настоящее время основное место в общей структуре правового регулирования отведено статутному праву, источники которого образуют систему строгой иерархической соподчиненности, упорядоченной судебным надзором. В процессе правоприменения происходит «поглощение» статутного права общим (судейским) правом. Конституционные и законодательные нормы подменяются прецедентами, ориентированными на разрешение конкретных споров и дел. В США конституции в процессе правоприменения обретают особую прецедентную форму. Таким образом, налицо две тенденции в развитии источников общего права. С одной стороны, статутное право разви-

¹ См.: Попов Н.Ю. Источники итальянского права // Советское государство и право. 1983. № 10. С. 130.

вается в рамках юридической техники, конструкций и категорий общего права, с другой – судебным решением, вынесенным на основе конституционных и законодательных норм, придается та же прецедентная форма, что и нормам общего права¹.

Общее право влияет на характер правовой нормы и место источников в общей структуре правового регулирования в странах англосаксонской правовой семьи. В структуре источников права прецеденты, закрепляющие собственно нормы общего права, следуют за законами и актами делегированного законодательства. Через суды происходит взаимодействие статутного и общего права, в процессе которого нормы статутного права в их прецедентной форме сближаются с нормами общего права.

В англо-американской правовой семье традиции и обычаи, нормы религии, морали и этики непосредственно вплетены в судебную практику через прецеденты, закрепляющие единую структуру правового регулирования. Суды «черпают» или «обнаруживают» их в социальной действительности². «Форма, в которой статут как эталон поведения влияет на общество, есть не что иное, как то толкование, которое дают статутам суды. Суды дают жизнь мертвым словам статута»³. Классик американской социологической школы права XX в. Р. Паунд писал, что «статуты отступают перед устоявшимися навыками правового мышления, которое мы называем общим правом»⁴.

Источники права в постсоветском пространстве. Источники права новых независимых государств, возникших на постсоветском пространстве, вполне могут быть отнесены к романо-германской правовой семье по ряду основных параметров.

Во-первых, постсоветские государства – страны кодифицированного права. Основной источник права – законодательство, то есть нормативные акты, издаваемые высшими органами государства. Основные отрасли права кодифицированы.

Во-вторых, строгая иерархия источников права. В целом система источников права включает Конституцию, конституционные законы, обычные законы, подзаконные нормативные правовые акты, издаваемые центральными и местными органами власти и управления.

¹ См.: Лафитский В.И. Конституционный строй США. М., 2007. С. 119–120, 152.

² Там же. С. 121–123.

³ Gzay J.C. The Nature and Sources of Law. Boston, 1963. P. 125.

⁴ Цит. по: Лафитский В.И. Указ. соч. С. 127.

В отношении национальной правовой системы, основанной на романо-германской традиции, особенно важным представляется наличие классических кодексов, то есть кодексов, изданных по модели наполеоновских кодификаций. За последнюю четверть века в постсоветских государствах приняты такие классические кодексы, как Уголовный, Уголовно-процессуальный, Гражданский, Гражданско-процессуальный и др. В Узбекистане принято 16 кодексов.

В-третьих, принцип верховенства закона – важнейший элемент иерархического построения системы источников права. При этом особое значение имеет принцип верховенства Конституции. Это означает: запрет всякой деятельности, в том числе законодательной, противоречащей Конституции; главенство конституционных норм по отношению к традиционным критериям, средствам толкования и применения закона; обязанность всех нормотворческих органов действовать в развитие конституционных норм; особый характер принятия Конституции и усложненный порядок конституционного пересмотра; особую охрану Конституции, другими словами – наличие конституционного контроля.

В-четвертых, основные принципы судебной организации и судопроизводства. Судебная власть осуществляется через Конституционный Суд, Верховный Суд и Высший Арбитражный (хозяйственный) Суд, образующие единую судебную систему.

Законодатель постсоветских государств не следовал послевоенной романо-германской законодательной традиции (частные кодификации). Тот факт, что западный законодатель не пошел на коренные реформы кодексов, а ограничился частичными их исправлениями, что, в свою очередь, не могло не нарушить их внутреннюю структуру, усиливает позиции тех ученых-юристов, которые считают кодификацию пройденным этапом правового развития и говорят о декодификации права¹.

Становление национальных правовых систем постсоветских государств подтверждает общую закономерность правового развития. Публичное право быстрее меняется в период политических революций, частное право – в ходе социальных революций. В первом случае особенно велика роль элиты и мыслителей, которые формируют правообразующие идеи.

¹ См.: Irti N. L'eta della decodificazione. Milano, 1979. P. 106.

Если в период становления национальной суверенной государственности быстрее развивались отрасли публичного права, то в настоящее время – рыночное законодательство, относящееся к частному праву. Происходит кодификация в области публичного права в таких отраслях, как конституционное, административное, уголовное право, законодательство о судебной системе, о гражданском, хозяйственном и уголовном судопроизводстве. Публично-правовая отрасль законодательства непосредственно выражает экономическую политику государства и влияет на гражданско-правовые, трудовые отношения, отношения природопользования.

Правовое регулирование рыночных отношений в основе своей относится к сфере частного права. Новые Гражданские кодексы постсоветских государств – основополагающий кодификационный акт частного права – регламентируют весь спектр имущественных отношений, в том числе в сфере предпринимательской деятельности. Предпринимательское законодательство развивается как комплексный нормативный массив с учетом необходимости государственного регулирования, но с приоритетом частноправовых норм.

Из сферы классического гражданского права на постсоветском пространстве выделились отрасли трудового и семейного права и соответствующие отрасли законодательства, приняты Трудовой и Семейный кодексы. Налоговые и бюджетные отношения регулируются финансовым правом. Следует отметить, что в современных условиях расширяется сочетание частноправовых и публично-правовых подходов правового регулирования в различных отраслях права. Примером могут служить природоохранительное, а также земельное, водное законодательство. В то же время полностью утратило свое значение колхозное право.

В процессе правового регулирования социальной защиты населения кодифицируется законодательство, относящееся к социальной сфере жизни общества. Обособилось пенсионное законодательство. К нему примыкает развивающаяся система компенсаций и льгот, предоставляемых нуждающимся слоям населения. В связи с этим можно усмотреть выделение законодательства о социальном обеспечении из состава трудового законодательства в самостоятельную отрасль. В социальном праве объединяются нормы и принципы правовой регламентации социального обеспечения и других сфер социальной защиты нуждающегося населения, а также специальное законодательство в области образования, здравоохранения, все более выходящее

за рамки административного права. Они вправе стать подотраслями социального права.

Таким образом, на постсоветском пространстве сложилась характерная для романо-германской правовой семьи система источников права, отраслей и многоотраслевого законодательства.

Роль сравнительного правоведения в формировании теории источников права. В настоящее время в теории источников права имеется значительное (большее, чем когда-либо ранее) число проблем, которые не могут быть изучены вне сравнительного подхода. Источники права соединяют элементы общего, особенного и единичного и в этом смысле имеют как абстрактную, так и весьма конкретную, в частности национальную, природу права – явление общечеловеческой и национальной культуры, отражение тех или иных цивилизаций.

Глобализация, интеграционные процессы, развитие новейших информационных технологий оказывают значительное влияние на систему источников права. Налицо тенденция интенсификации «производства законов». Однако это не всегда обеспечивает эффективность законов. Вместе с тем заметна направленность на концентрацию чрезмерно разрозненных и ставших почти необозримыми нормативно-правовых установлений. Федеративные государства и региональные межгосударственные образования стремятся к централизации и унификации законодательства.

До сих пор сравнительное правоведение концентрировало свое внимание на норме права, прежде всего на законе (в широком смысле). Представители различных правовых систем подходят к различным источникам права по-разному. Вместе с тем сравнительное правоведение, как правило, не выходило за пределы законодательных и иных норм. В связи с этим теория сравнительного метода в том виде, в каком она существует скорее может быть названа теорией сравнительного законодательства, чем теорией сравнительного правоведения. Мы далеки от того, чтобы отрицать важность и значимость такого объекта правового сравнения, каким является законодательство. Но сравнительное правоведение может дать много полезного при изучении действия и других источников права.

Традиционная проблематика сравнительного правоведения может быть расширена и в некоторых других направлениях. Так, в ряде случаев возникает необходимость в сравнительном исследовании источников национального и международного права. Длительное время как

в общей теории государства и права, так и в науке международного права вопрос о соотношении и взаимовлиянии источников национального и международного права представлялся несущественным и считалось, что между ними нет явных точек соприкосновения. Эта позиция в юридической науке подвергается справедливой критике, и отмечается необходимость разработки теоретических проблем взаимоотношений потенциального законодательства (в широком смысле этого слова) и норм международного права. Изучение взаимодействия источников национального и международного права будет полезно и для общей теории государства и права, отраслевых юридических дисциплин и для науки международного права.

Представляется необходимым создать общую теорию источников права с учетом данных основных правовых систем, международного права и всех правовых дисциплин¹. Это можно сделать только при использовании всего методологического арсенала сравнительного правоведения. При этом речь идет об общей теории источников права вообще, а не только об одной национальной правовой системе (например, о теории источников российского права) или об одной правовой семье (например, о теории источников в странах англо-американского общего права), адекватно интерпретирующей источники права во всех основных правовых семьях и международном праве (например, прецедентная практика Европейского Суда по правам человека).

Общая теория источников права призвана показать универсальный и равноправный характер источников права, известных в правовой истории. Это означает, что в одних национальных правовых системах одни источники права могут признаны таковыми, а в других нет. Если в романо-германской правовой семье основным системообразующим признаком является верховенство писаного закона в иерархии источников права, то в англо-американской таким признаком выступает прецедент.

Следует особо подчеркнуть структурно-функциональный характер теории источников права. Сравнительное исследование должно включать, во-первых, изучение системы источников действующего права (это задача энциклопедии и общей теории права, юридической логики, правовой кибернетики и т.п.); во-вторых, функций источников права (здесь важны обобщения философии права; экономические, по-

¹ Попыткой создания общей теории источников права является монография профессора М.Н. Марченко. См.: Марченко М.Н. Источники права. М., 2006.

литические, религиозные обоснования); в-третьих, структуры и функций реального правопорядка, то есть источников права в действии (данными вопросами должна заниматься социология права с привлечением неюридических наук – психологии, антропологии и т.д.).

А.Р. Султанов

7.4. ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА РАЗРЕШЕНИЯ КОЛЛИЗИИ НОРМ В СВЕТЕ ТЕОРИИ СООТНОШЕНИЯ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО И НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА

11 июня 2015 г. группа депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ в количестве 93 депутатов направила в Конституционный Суд РФ (далее – КС РФ) запрос о проверке конституционности положений ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», ч. 1 и 4 ст. 11, п. 4 ч. 4 ст. 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, ч. 1 и 4 ст. 13, п. 4 ч. 3 ст. 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, ч. 1 и 4 ст. 15, п. 4 ч. 1 ст. 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, п. 2 ч. 4 ст. 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, п. 1 и 2 ст. 32 Федерального закона от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации».

Суть запроса можно свести к утверждению о том, что оспоренные нормы, по мнению депутатов, обязывают суды и иные государственные органы безусловно выполнять решение ЕСПЧ даже вопреки российскому Основному Закону и в результате правоприменитель поставлен в безвыходную ситуацию, поскольку такая коллизия может оказаться неразрешимой, что является основанием для признания оспариваемых норм несоответствующими Конституции РФ (ч. 1, 2 и 4 ст. 15).

Поскольку запрос был принят к рассмотрению и уже было оглашение постановления, позволим себе не проводить здесь анализа данного запроса с точки зрения его приемлемости, ограничившись лишь мнением¹ о том, что все же нельзя было оспаривать ратификацион-

¹ Такую же точку зрения высказал во время слушания в КС РФ постоянный представитель Президента в Конституционном Суде РФ М.В. Кротов.

ный закон¹, которое полностью основано на ранее сформулированной правовой позиции КС РФ о том, что «проверка КС РФ конституционности федерального закона о ратификации международного договора <...> по общему правилу может быть осуществлена лишь до момента вступления данного международного договора в силу <...> иное не только противоречило бы общепризнанному принципу международного права *pacta sunt servanda* и ставило под сомнение соблюдение Российской Федерацией добровольно принятых на себя международных обязательств, в том числе вытекающих из Венской конвенции о праве международных договоров, но и противоречило бы статье 125 (пункт «г» части 2) Конституции РФ и конкретизирующим ее положениям подпункта «г» пункта 1 части первой статьи 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», в соответствии с которыми КС РФ уполномочен разрешать дела о соответствии Конституции РФ лишь не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации»².

Следует отметить, что выбор заявителем норм для оспаривания был очень похож на попытку ревизии содержащейся во всех процессуальных кодексах процедуры пересмотра судебных решений в связи с постановлениями ЕСПЧ.

Особую остроту делу придавало также то, как оно было представлено на сайте КС РФ – «Дело о применимости решений ЕСПЧ на территории Российской Федерации», что вполне можно было расценить как дело о пересмотре обязательств России, вытекающих из ст. 46³ и 55⁴ Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

¹ См.: Султанов А.Р. Депутатский запрос в Конституционном Суде РФ против исполнения постановлений Европейского Суда по правам человека // Законодательство и экономика. 2015. № 7. С. 7–15; Султанов А.Р. А напоследок я скажу // Вестник гражданского процесса. 2015. № 4. С. 296–303.

² Определение КС РФ от 2 июля 2013 г. № 1055-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности Федерального закона «О ратификации Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 года».

³ В статье 46 Конвенции в редакции Протокола № 14, который был ратифицирован Федеральным законом от 4 февраля 2010 г. № 5-ФЗ «О ратификации Протокола № 14 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, вносящего изменения в контрольный механизм Конвенции, от 13 мая 2004 года» закреплено, что «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются исполнять окончательные постановления Суда по любому делу, в котором они выступают сторонами».

⁴ В статье 55 Конвенции сформулирован отказ от иных средств урегулирования споров по поводу толкования или применения положений Конвенции, чем предусмотренные самой Конвенцией.

Внимательное ознакомление с текстом запроса группой депутатов показало отсутствие в нем достаточных фактов и доводов о неопределенности оспариваемых норм процессуальных кодексов. Примеры, которые были приведены в качестве подтверждения существования неопределенности оспариваемых норм и проблем с исполнением постановлений ЕСПЧ, а именно по делам от 20 сентября 2011 г. и от 31 июля 2014 г. ОАО «НК «Юкос» против России», и от 4 июля 2013 г. «Анчугов и Гладков против РФ» лишь подтверждали неосновательность запроса, поскольку проблемы их исполнения никоим образом не были связаны с процедурой пересмотра по новым обстоятельствам, с применением указанных оспариваемых процессуальных норм, поскольку по одному делу стоял вопрос о выплате большой денежной суммы, а по другому – о принятии общих мер.

Нам могут возразить: запрос был подан в порядке абстрактного нормоконтроля. Однако именно «нормоконтроля», а не «пробелоконтроля», не указанного в запросе нормативного акта¹. Суть запроса заключалась все же не в оспоренных процессуальных нормах, а в новой попытке расширения компетенции КС РФ и создании/легитимации нового механизма для разрешения вопроса о неисполнении постановлений ЕСПЧ.

КС РФ «воспользовался подачей» и обнаружил новую свою компетенцию² по разрешению конфликтов между национальным и наднациональным правом, возникающих при исполнении постановлений ЕСПЧ, в ч. 2 ст. 118, ст. 125 во взаимосвязи со ст. 15 и 79 Конституции РФ.

¹ Как мы полагаем, был оспорен пробел в ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», хотя, быть может, правы те, кто придерживается точки зрения согласно которой в данном деле рассматривался пробел ст. 125 Конституции РФ. Эта крамольная мысль подпитывается тем, что депутатам Госдумы проще было бы выйти с законопроектом о внесении изменений в ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», но внесению такого законопроекта мешала бы четко очерченная компетенция КС РФ в ст. 125 Конституции РФ.

² Поскольку этой компетенции в данных статьях мы не увидели, процитируем обоснование КС РФ: «...как следует из статей 118 (часть 2) и 125 Конституции РФ во взаимосвязи с ее статьями 15 (части 1 и 4) и 79, по своей юридической природе подлежит разрешению в порядке конституционного судопроизводства. По смыслу действующего правового регулирования это возможно посредством толкования соответствующих положений Конституции РФ, осуществляемого КС РФ по официальному запросу уполномоченных субъектов в целях устранения неопределенности в понимании этих положений применительно к возможности исполнения постановления ЕСПЧ и принятия мер индивидуального и общего характера, направленных на обеспечение выполнения Конвенции о защите прав человека и основных свобод (статья 125, часть 5, Конституции РФ; глава XIV Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ»)».

КС РФ лишь продекларировал, что «в РФ разрешение подобного рода конфликтных ситуаций возложено – в силу Конституции РФ – на КС РФ, который лишь в редчайших случаях считает возможным использовать «право на возражение» ради внесения своего вклада (вслед за коллегами из Австрии, Великобритании, Германии и Италии) в формирование сбалансированной практики ЕСПЧ, но не ради самоизоляции от его решений, которые отражают консенсус, выработанный государствами – участниками Конвенции, а исходя из необходимости конструктивного взаимодействия и взаимоуважительного диалога с ним. В таком контексте Постановление КС РФ от 6 декабря 2013 года № 27-П, так же как и настоящее Постановление, следует рассматривать как стремление избежать серьезных осложнений в отношениях России не только с ЕСПЧ, но и с Советом Европы в ситуации, при которой постановление ЕСПЧ предполагает внесение в российское законодательство изменений, чреватых нарушением закрепленных Конституцией РФ прав и свобод человека и гражданина, причем гораздо более существенным, нежели то, против которого возражал ЕСПЧ. Если Конституция РФ не позволяет согласиться с отдельным постановлением ЕСПЧ, КС РФ обязан отразить это несогласие в своем решении. В то же время, признавая фундаментальное значение европейской системы защиты прав и свобод человека и гражданина, частью которой является постановление ЕСПЧ, КС РФ готов к поиску правомерного компромисса ради поддержания этой системы, но определение степени своей готовности¹ он оставляет за собой, поскольку границы компромисса в данном вопросе очерчивает именно Конституция РФ. Свидетельством такого – основанного на Конституции РФ – подхода КС РФ является последовательная имплементация им положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод и решений ЕСПЧ в российскую правовую систему. Более того, КС РФ признает значи-

¹ «Предел уступчивости» – так называлась статья председателя КС РФ В.Д. Зорькина, в которой он писал – «когда те или иные решения Страсбургского суда сомнительны с точки зрения сути самой Европейской конвенции о правах человека и тем более прямым образом затрагивают национальный суверенитет, основополагающие конституционные принципы, Россия вправе выработать защитный механизм от таких решений. Именно через призму Конституции должна решаться и проблема соотношения постановлений КС и ЕСПЧ. Если нам навязывают внешнее «дирижирование» правовой ситуацией в стране, игнорируя историческую, культурную, социальную ситуацию, то таких «дирижеров» надо поправлять. Иногда самым решительным образом» // Российская газета. 29 октября. URL: <http://www.coe.mid.ru/doc/Zorkin.htm> (дата обращения 01.10.2015 г.)

мость его деятельности по выявлению недостатков национального правового регулирования и по предложению путей к их устранению. Вместе с тем наличие в практике ЕСПЧ проблем, связанных с отступлением от принципа субсидиарности, создает, по мнению КС РФ, риск возникновения ситуаций, при которых ориентация на достаточно абстрактные нормы Конвенции может привести к игнорированию воли конституционного законодателя в межгосударственной правовой конструкции, не предполагающей передачи ей такого элемента государственного суверенитета».

Следовательно, неудивительно, что оспоренные нормы были признаны соответствующими Конституции РФ.

Фактически КС РФ в Постановлении КС РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса РФ, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса РФ, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства РФ и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» дал новое толкование ст. 101 и 105 ФКЗ от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» и ст. 125 Конституции РФ.

В то же время положения резолютивной части данного Постановления очень похожи на нормы:

«...Суд общей юрисдикции, арбитражный суд при пересмотре в установленном процессуальным законодательством порядке дела в связи с принятием ЕСПЧ постановления, в котором констатируется нарушение в РФ 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 РФ, обращается с запросом в КС РФ о проверке конституционности этого закона; во всяком случае суд общей юрисдикции, арбитражный суд, осуществляющий производство по пересмотру вступившего в законную силу судебного акта по заявлению лица, по жалобе которого ЕСПЧ было

принято постановление, констатирующее нарушение Конвенции о защите прав человека и основных свобод положениями законодательства РФ, примененными в деле этого лица, обязан приостановить производство и обратиться в КС РФ с запросом о проверке их соответствия Конституции РФ;

государственные органы, на которые возложена обязанность по обеспечению выполнения Российской Федерацией международных договоров, участницей которых она является, – придя к выводу о невозможности исполнить вынесенное по жалобе против России постановление ЕСПЧ вследствие того, что в части, обязывающей Российскую Федерацию к принятию мер индивидуального и общего характера, оно основано на положениях Конвенции о защите прав человека и основных свобод в истолковании, приводящем к их расхождению с Конституцией РФ, – правомочны обратиться в КС РФ для решения вопроса о возможности исполнения постановления ЕСПЧ и принятия мер индивидуального и общего характера, направленных на обеспечение выполнения данной Конвенции; в случае если КС РФ придет к выводу, что постановление ЕСПЧ, поскольку оно основано на Конвенции о защите прав человека и основных свобод в истолковании, противоречащем Конституции РФ, не может быть исполнено, такое постановление в этой части не подлежит исполнению; Президент РФ, Правительство РФ – поскольку на них возложена обязанность по обеспечению выполнения Российской Федерацией международных договоров, участницей которых она является, – придя к выводу о невозможности исполнить вынесенное по жалобе против России постановление ЕСПЧ вследствие того, что в части, обязывающей Российскую Федерацию к принятию мер индивидуального и общего характера, оно основано на положениях Конвенции о защите прав человека и основных свобод в истолковании, приводящем к их расхождению с Конституцией РФ, правомочны обратиться в КС РФ с запросом о толковании соответствующих положений Конституции РФ в целях устранения неопределенности в их понимании с учетом выявившегося противоречия и международных обязательств России применительно к возможности исполнения постановления ЕСПЧ и принятия мер индивидуального и общего характера, направленных на обеспечение выполнения Конвенции о защите прав человека и основных свобод».

По всей видимости, КС РФ понимал, что такое нормотворчество может быть воспринято как критикуемый им же судебный акти-

визм и выход за пределы своей компетенции. Соответственно, КС РФ предпринял меры по легитимации «данных норм», указав, что «не исключается правомочие федерального законодателя – исходя из требований Конституции РФ и с учетом правовых позиций КС РФ, выраженных в настоящем Постановлении, – предусмотреть не противоречащий юридической природе КС РФ и его предназначению как высшего судебного органа конституционного контроля специальный правовой механизм разрешения им вопроса о возможности или невозможности с точки зрения принципов верховенства и высшей юридической силы Конституции РФ исполнить вынесенное по жалобе против России постановление ЕСПЧ, в том числе в части мер общего характера».

Очевидно, что в качестве исполнения данного Постановления КС РФ последовали изменения в ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», но не в процессуальные кодексы.

Нас больше всего интересует, насколько изменилось отношение к постановлениям ЕСПЧ в гражданском процессе в результате данного Постановления КС РФ.

Если можно говорить о некоей «перезагрузке» во взаимоотношениях КС РФ и ЕСПЧ, то о «перезагрузке» в гражданском процессе отношения к постановлениям ЕСПЧ, на наш взгляд, – все же нельзя.

Хотя данное Постановление КС РФ можно расценивать, как «монополизацию» КС РФ разрешения вопроса неконвенционности норм или, точнее говоря, лишения права судов применять нормы Конвенции как нормы прямого действия, когда нормы российских нормативных актов противоречат Конвенции.

Такой подход является логическим продолжением политики возможности прямого применения норм Конституции РФ судами только тогда, когда не стоит вопрос о конституционности норм.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия» разъяснялось о том, что «Суд, разрешая дело, применяет непосредственно Конституцию, в частности: ... б) когда суд придет к выводу, что федеральный закон, действовавший на территории РФ до вступления в силу Конституции РФ, противоречит ей; в) когда суд придет к убеждению, что федеральный закон, принятый после вступления в силу Конституции РФ, находится в противоречии с соответствующими положениями Конституции; г) когда закон либо иной нормативный правовой акт, принятый

субъектом РФ по предметам совместного ведения РФ и субъектов РФ, противоречит Конституции РФ, а федеральный закон, который должен регулировать рассматриваемые судом правоотношения, отсутствует».

В настоящее время эти разъяснения исключены при принятии Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16 апреля 2013 г. № 9 «О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 года № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия». Теперь суды должны применять нормы Конституции РФ при неконституционности нормативных актов только через обращение в КС РФ. С точки зрения того, что неконституционная норма будет сразу же дисквалифицирована для всего правового поля, такой подход логичен. В то же время это серьезное поражение положений Конституции РФ о ее прямом действии.

Причем изъятие вышеуказанных разъяснений не увеличило статистику обращений с запросами судов в КС РФ.

Суду всегда было гораздо легче принять судебный акт о применении Конституции РФ, проигнорировав доводы о неконституционности, нежели подготовить запрос в КС РФ. Суды всегда легко уходили от обязанности обращения в КС РФ, указывая, что для того, чтобы обратиться в КС РФ, суд *должен прийти к выводу* о несоответствии Конституции РФ закона, подлежащего применению им в указанном деле, а если суд не пришел к таким выводам, то обязанность об обращении в КС у него отсутствует. Подчеркнем, что защитой от необоснованного отказа здесь является его мотивированность. Так, наверное, и должно быть, но в нашей практике мы никогда не видели никакой подробной мотивировки для отказа обращения в КС РФ¹, даже когда ходатайство о таком обращении заявлялось в Президиуме Верховного Суда РФ².

Безусловно, наличие неправильной правоприменительной практики, в частности немотивированности юрисдикционных актов, должно вызывать критику именно правоприменительной практики. Так, одни ученые даже считают, что «главное и явно виновное право-

¹ См.: Султанов А.Р. Борьба за право обжалования судебного решения. М., 2014.

² См.: Султанов А.Р. Борьба за правовую определенность или поиск справедливости. М., 2015.

нарушение судей – немотивированность судебных актов»¹, а другие отмечают, что немотивированность судебного акта является нарушением общепризнанных принципов справедливого правосудия и противоречит целям правосудия².

Необходимо анализировать предпосылки для возникновения такой практики. Возможно, корни такой практики отчасти в «праве» судов игнорировать доводы сторон, в частности основанные на Конституции РФ, Европейской конвенции. Создавая возможность применения норм Конституции РФ и Европейской конвенции посредством обращения в КС РФ, мы не освобождаем суды от постоянного и квалифицированного их применения.

При определенном недоверии к судам общей юрисдикции и арбитражным судам и при сомнении в их способности правильно разрешать вопросы коллизии между нормативными актами, не стоит ли удивляться тому, что суды пытаются «обходить» проблемные вопросы, снимая с себя ответственность, и предлагают сторонам самим обращаться в КС РФ. Отсюда и такое количество жалоб в межгосударственные органы, в частности в ЕСПЧ.

Нынешний очень непростой этап взаимоотношений Европейского Суда с национальными судами в конце концов будет преодолен и завершится установлением оптимальной системы их взаимоотношений, которая окажется тем **эффективнее, чем тщательнее внутригосударственные суды будут учитывать правовые позиции ЕСПЧ**, а ЕСПЧ, в свою очередь, при формировании своих правовых позиций –

¹ Поляков С.Б. Принцип взаимной ответственности государства и личности: теоретико-правовые и прикладные аспекты: автореф. дис. д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2011. С. 44; Его же. Правонарушитель – орган судебной власти? // Российский судья. 2010. № 9. С. 26–30; Султанов А.Р. Мотивированность судебного акта как одна из основных проблем справедливого правосудия // Закон. 2014. № 8. С. 114–118.

² См.: Султанов А.Р. О проблеме мотивированности судебных актов через призму постановлений ЕСПЧ // Международное публичное и частное право. 2008. № 2. С. 11–13; Его же. Европейские правовые стандарты: уроки истории и правоприменительная практика. М., 2012. С. 91–97; Пономаренко В.А. Мотивированность судебного решения в гражданском и арбитражном процессе. СПб., 2009. С. 91; Афанасьев С.Ф. Право на получение мотивированного судебного решения по гражданскому делу (международный и национальный аспекты) // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 12. С. 13–16; Рабцевич О.И. Право на справедливое судебное разбирательство: международное и внутригосударственное правовое регулирование. М., 2005. С. 136; Загайнова С.К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе. М., 2007. С. 299–300; Зайцев И.М. Решение суда как процессуальный документ // Вестник СГАП. 1995. № 2. С. 74; Тузов Н.А. Мотивирование и преюдиция судебных актов. М., 2006; Васяев А.А., Князькин С.А. Мотивированность судебных решений – стандарт Европейского суда по правам человека // Адвокат. № 6. 2013. С. 27–32.

правовые позиции внутригосударственных судов, прежде всего по вопросам, относящимся к публичному порядку соответствующего государства³.

Мы всегда полагали, что и КС РФ и ЕСПЧ – органы, стоящие на защите прав и свобод человека⁴, что налагает на них особую ответственность, в том числе по взаимопониманию и предотвращению взаимных конфликтов.

Эта ответственность осознается в полной мере, свидетельство тому прошедшая 22–23 октября 2015 г. в Санкт-Петербурге конференция «Совершенствование национальных механизмов эффективной имплементации Европейской конвенции о правах человека» под эгидой КС РФ и Совета Европы (Генеральной дирекции по правам человека и верховенству права Совета Европы)⁵. Состоявшийся весьма обстоятельный диалог дает надежду на то, что имплементация постановлений ЕСПЧ или реализация толкований о том, как должно уважать и защищать неотъемлемые права человека⁶, будет осуществляться на новом уровне.

И.Г. Дудко

7.5. КОНСТИТУЦИОННЫЕ ТРАНСФОРМАЦИИ ГОСУДАРСТВ ЦЕНТРАЛЬНОЙ И ВОСТОЧНОЙ ЕВРОПЫ

В настоящее время общепризнанно серьезное воздействие европейского права на конституционное право постсоветских государств. Важными составляющими для «проникновения» международного права в национальные правовые системы служат положения конституций о непосредственном действии норм международного права, международных договоров в национальной правовой системе. Прои-

³ См.: Мусин В.А. Судебная защита: соотношение внутригосударственного и межгосударственного правосудия. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Reading/Pages/PerformanceMysin.aspx> (дата обращения: 02.10.2015 г.).

⁴ См.: Султанов А.Р. Учет постановлений КС РФ и постановлений ЕСПЧ в цивилистическом процессе // Пролог. 2013. № 2 (2). С. 34–40.

⁵ URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3248> (дата обращения: 03.10.2015 г.).

⁶ См.: Лазарев В.В. «Отъемлемые» и «неотъемлемые» права и свободы человека и гражданина // Конституционные права и свободы личности в контексте взаимодействия гражданского общества и правового государства. М., 2010. С. 64.

зошел качественный рост влияния международного права на современные правовые системы государств.

Интернационализация публичного, в том числе конституционного, права является новым феноменом правовой действительности, осмысление которого юридической наукой еще только начинается. Данный вопрос обрел актуальность в Европе в конце прошлого столетия в связи с перспективой появления Конституции в рамках Европейского Союза.

На европейском континенте сложились условия, благоприятствующие унификации конституционного права европейских государств. В этот процесс были включены, прежде всего, страны Центральной и Восточной Европы. Часть из них присоединились к европейским организациям и объявили о приверженности европейским традициям.

Однако если западноевропейские государства десятилетиями строили свои правовые системы, то их восточные соседи за короткий срок попытались достигнуть сравнимого с ними результата. Сжатые сроки «перестройки» правовых систем, добровольное восприятие западноевропейских ценностей, а в некоторых случаях активное желание европейских государств и организаций разрешить правовые проблемы восточноевропейских государств и интегрировать их в единую среду породили множество форм и способов влияния.

Этот процесс, обозначаемый как «влияние» европейского права на конституционное право государств, включает различные механизмы, базирующиеся на опыте европейских международных организаций. «Влияние» гораздо более широкий процесс, отражающий не только действие норм европейского права (договоров, международных организаций, европейских интеграционных структур) в национальных конституционных правопорядках, но и восприятие норм, не являющихся обязательными для государства, которые в одних случаях носят рекомендательный характер, в других это пример для заимствования. В целом процесс влияния европейского права на конституционное право постсоветских государств многомерный, многоуровневый и нелинейный.

Европейское право охватывает ряд правовых феноменов, которые в совокупности оказывают генеральное влияние на правовые системы постсоветских государств. В силу различного развития европейских государств (этапы, формы, институты и др.) неодинаково происходит адаптация взаимопереплетающихся норм «права Европы».

На современном этапе развития уже сформировался ряд правовых положений, которые разделяются практически всеми субъектами европейского права, понимаются ими как общепризнанные на европейском континенте. Это обеспечивается активным взаимодействием субъектов европейского права, прежде всего государств, их взаимным стремлением выработать общее понимание ключевых принципов и норм. Формально в этой части европейское право охватывает правовые порядки, существующие в рамках Совета Европы и Европейского Союза.

Другая составляющая европейского права заключена в национальных правовых системах, прежде всего, западноевропейских государств. Однако речь не идет о правовых системах отдельных государств. Дело в том, что сложился обширный корпус норм, составляющих «европейское право», а именно та его часть, которая представляет собой достояние не исключительно конкретного государства Западной Европы, а создавшее «общеевропейскую» ценность, которая является общепризнанной в рамках европейского континента. Наиболее рельефно, отчетливо «общеевропейские» ценности, имеющие своим источником национальные правовые системы, прослеживаются на примере конституционного права.

Влияние европейского права на конституционное законодательство постсоветских государств представляет собой новый правовой феномен. Несмотря на множественность субъектов его осуществления, разнообразие форм и механизмов влияния, он обладает рядом общих признаков:

единством источников влияния, именуемых европейским конституционным наследием¹; взаимодействием субъектов влияния, которое во многом обуславливает единство источников влияния; наличием механизмов, созданных специально для оказания целенаправленного влияния на конституционное законодательство («конституционной инженерии»); единством результатов влияния на законодательство различных государств (гармонизация конституционного законодательства); интенсивностью влияния, предполагающей вытеснение иного («неевропейского») влияния.

Комплекс норм, образующих источники влияния европейского права на конституционное законодательство постсоветских госу-

¹ См., например: Rousseau D. La notion de patrimoine constitutionnel européen / Mélanges Philippe Ardant: Droit et politique à la croisée des cultures. Paris: L.G.D.J., 1999. P. 30.

дарств, составляет «европейское конституционное наследие»¹. Оно формируется не только посредством исторического сближения законодательства европейских государств, появления общих ценностей, но и в результате целенаправленной деятельности европейских международных организаций, ставящих целью определение его составляющих, их развитие и распространение на конституционное законодательство постсоветских государств.

Европейское конституционное наследие представляет собой комплекс положений, являющихся общепризнанными для европейских государств и европейских международных организаций, в том числе: ряд принципов конституционного строя – верховенство права, демократия, защита прав и свобод человека, разделение властей, открытость международному праву; положения об институтах государственной власти, важнейшими из которых являются существование парламентского режима, наличие независимой судебной власти, создание органов конституционной юстиции, отделенных от общей юстиции; комплекс положений в области защиты прав и свобод человека.

Детальная разработанность положений европейского конституционного наследия в некоторых областях свидетельствует о формировании некоторых его отраслей: европейского избирательного права, европейского права в области конституционной юстиции, европейского референдумного права и т.д.

Анализ конституционного законодательства государств Центральной и Восточной Европы позволяет утверждать, что оно воплощает ряд положений, составляющих «ядро» европейского права и являющихся общепризнанными для европейских государств и европейских международных организаций:

а) ряд принципов конституционного строя – принципы верховенства права, демократии, защиты прав и свобод человека, разделения властей, открытости международному праву и его интенсивного проникновения в национальную правовую систему;

б) положения в области регулирования институтов государственной власти – построение парламентского режима, характеризующегося широкими полномочиями представительного органа, избираемого посредством всеобщего прямого голосования, наделенного правом

¹ Torcol S. Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne. Essai critique sur l'ingénierie constitutionnelle. Thèse Droit public Toulon, 2002. P. 121.

вынесения вотума недоверия правительству; наличие президента, избираемого прямым всеобщим голосованием, создание самостоятельной судебной власти, независимость которой обеспечена рядом гарантий, в том числе существованием органов судейского сообщества, формирующего корпус судей; формирование конституционной юстиции, осуществляемой конституционными судами и трибуналами, наделенными рядом важнейших полномочий по охране существующих конституционных режимов;

в) положения в области регулирования прав и свобод человека – право на жизнь, предполагающее полный запрет применения смертной казни; право на свободу и личную неприкосновенность, толкуемое как запрет заключения лица под стражу без соответствующей санкции суда; широкие гарантии политических прав, среди которых свобода выражения мнения, свобода собраний и объединений, свобода создания политических партий; высокого уровня защита избирательных прав граждан как первостепенный шаг при построении демократии;

г) гарантии экономических и социальных прав, прежде всего права собственности; активное формирование комплекса общих ценностей в области защиты прав национальных меньшинств, что стало одной из составляющих европейского конституционного наследия.

В отношении воплощения европейского права в области защиты прав человека следует оговориться, что речь идет скорее не о заслуге европейского права в закреплении гарантий этих прав в конституциях, а в их толковании и применении в соответствии с их европейским пониманием;

д) положения в области территориального государственного устройства – децентрализация, закрепление гарантий самостоятельности местного самоуправления, формирование регионов и перераспределение властных полномочий по этим трем уровням власти.

Европеизация конституционного законодательства постсоветских государств осуществлялась в различных формах: «транзитной», «инструментальной», «адаптивной»¹.

«Транзитная» форма влияния предполагает разработку конституционных положений субъектом влияния, который находится вне национальной государственной системы. Отсутствие легитимности при-

¹ Дудко И.Г., Гагаева Е.А. Влияние европейского права на конституционное право государств Центральной и Восточной Европы: монография. М., 2013.

нимаемой конституции не способствует формированию устойчивого правопорядка. Процесс конституционного строительства ставится в рамки международного договора. (Например, Конституция Боснии и Герцеговины была принята в рамках международного договора и является приложением к нему.)

Согласно «Адаптивной» форме влияния инициатива изменения конституционных положений и содержание изменений осуществляются самим государством, исходя из его заинтересованности в сотрудничестве либо во вхождении в европейские международные организации, что в конечном счете предопределяет содержание вносимых изменений. Речь идет о странах Центральной и Восточной Европы, которые интегрировались в Европейский Союз.

«Инструментальная» форма влияния означает содействие государству в разработке конституционных положений, осуществляемых экспертами в области конституционного права. Европеизация конституционного законодательства имеет результатом создание «профессионального» субъекта в данной области – Венецианской комиссии Совета Европы за демократию через право. Деятельность Венецианской комиссии, основанная на принципах рекомендательности и изучения внутреннего права государств, является наиболее легитимной в исследуемой области. С Венецианской комиссией связано появление такого вида правовой деятельности, как «конституционная инженерия»¹.

«Конституционную инженерию» можно определить как правовую деятельность в области конституционного строительства, осуществляемую специализирующимся в данной области учреждением (Венецианской комиссией), направленным на определение содержания европейского конституционного наследия и включение его в конституционное законодательство государств.

Эта правовая деятельность осуществляется на основе добровольности государств, реформирующих конституционную систему; предложения Комиссии носят рекомендательный характер. Таким образом, «конституционная инженерия» не посягает на конституционную автономию и суверенитет государств. Предмет деятельности Венецианской комиссии наиболее полно охватывает все составляющие конституционного законодательства.

¹ Malinverni G. La réconciliation à travers l'assistance constitutionnelle aux pays de l'Europe de l'Est: le rôle de la Commission de Venise // Les cahiers de la paix. 2004. № 10. P. 208.

Следует признать, что европеизация конституционного права, в какой бы форме она ни осуществлялась, способствует созданию конституционных норм, максимально открытых международному, прежде всего европейскому, праву, а также норм, содержание которых соответствует положениям европейского конституционного наследия.

Европеизация конституционного законодательства идет параллельно с развитием феномена национальной конституционной идентичности европейских государств. Национальная конституционная идентичность является своего рода пределом европеизации конституционного законодательства и предполагает существование конституционных ценностей, умаление которых в силу какого-либо влияния недопустимо. Перечень таких ценностей формулируется, как правило, конституционными судами посредством использования оценочных понятий, позволяющих в каждом конкретном случае рассматривать вносимые изменения на предмет их соответствия таким ценностям.

Однако если западноевропейские государства уже разработали собственные концепции национальной идентичности, то постсоветским государствам это еще только предстоит. Особенно важно это для государств – членов Европейского Союза, так как в рамках этой организации действует принцип верховенства права организации над национальным конституционным правом. Вместе с тем следует признать незавершенность процесса национальной конституционной идентичности в государствах Центральной и Восточной Европы. Отчасти это обусловлено отсутствием устойчивых конституционных традиций в данных государствах.

Влияние европейского права на конституционное законодательство постсоветских государств – процесс, порожденный высокой активностью и самих государств, и европейских организаций. Несомненно, этот процесс продолжает играть большую роль в становлении демократических конституционных правопорядков. Несмотря на воплощение в конституционном законодательстве постсоветских государств множества составляющих европейского права, говорить о единстве конституционных правопорядков западно- и восточноевропейских государств еще рано. Представляется, что данный процесс имеет характер постепенной эволюции.

Р.В. Нигматуллин

7.6. ОБЕСПЕЧЕНИЕ РЕГИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В СВЕТЕ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ БОРЬБЫ С ТЕРРОРИЗМОМ

Практика реализации Организацией Объединенных Наций (далее – ООН) антитеррористической политики привела к созданию основательной нормативно-правовой базы по борьбе с терроризмом. Под эгидой ООН разработано 16 универсальных соглашений (13 соглашений и 3 протокола), регламентирующих деятельность государств в сфере борьбы с международным терроризмом и касающихся конкретных видов террористической деятельности. В начале XXI в. в ответ на рост террористических проявлений ООН активизировала деятельность по созданию всеобъемлющей стратегии борьбы с терроризмом. Ее основные элементы были изложены Генеральным секретарем ООН Кофи Аннаном в ходе международной встречи на высшем уровне по вопросам демократии, терроризма и безопасности «Глобальная стратегия борьбы с терроризмом», состоявшейся в марте 2005 г. в Мадриде (Испания): 1) разубедить недовольные группы использовать терроризм в качестве тактического средства для достижения своих целей; 2) лишить террористов средств для совершения нападений; 3) удержать государства от оказания поддержки террористам; 4) создать государственный потенциал для предотвращения терроризма; 5) защищать права человека в борьбе с терроризмом¹.

8 сентября 2006 г. государства–члены ООН приняли Глобальную контртеррористическую стратегию Организации Объединенных Наций. Однако ее эффективной реализации, на наш взгляд, мешает отсутствие нормативно-правового определения понятия «международный терроризм». Более 20 лет государства под эгидой ООН пытаются решить эту проблему². Западные специалисты вынуждены признать,

¹ См.: Программная речь бывшего Генерального секретаря Кофи Аннана на заключительном пленарном заседании международной встречи на высшем уровне по вопросам демократии, терроризма и безопасности «Глобальная стратегия борьбы с терроризмом» (Мадрид (Испания) 10 марта 2005 г.). URL: www.un.org/russian

² См.: Змеевский А.В. Предотвращение международного терроризма и контроль над ним // Международное право и международная безопасность: военная и политическая области. Диалог советских и американских экспертов. М., 1991. С. 340–341.

что «в реальном мире <...> страны имеют различные и часто даже конкурирующие интересы в борьбе с терроризмом, как и в любом другом аспекте международных дел. Так происходит даже тогда, когда они сталкиваются, казалось бы, с общими угрозами»¹.

Генеральный секретарь ООН в 2003 г. учредил Группу высокого уровня по угрозам, вызовам и переменам для подготовки всеобъемлющего документа по поводу перспектив решения проблем обеспечения более безопасного мира в XXI в. В докладе, подготовленном Группой, также была обозначена необходимость разработки всеобщей конвенции о терроризме, включая его четкое определение².

Межгосударственное региональное сотрудничество является одним из важных элементов борьбы с терроризмом. Неслучайно в Глобальной стратегии борьбы с терроризмом неоднократно упоминается о необходимости регионального сотрудничества по различным аспектам борьбы с терроризмом. В том числе предлагается:

- активизировать национальные усилия и двустороннее, субрегиональное, региональное и международное сотрудничество, где это уместно, для укрепления пограничного и таможенного контроля в целях предотвращения и обнаружения передвижения террористов, а также предотвращения и выявления незаконного оборота, в частности стрелкового оружия и легких вооружений, обычных боеприпасов и взрывчатых веществ и ядерных, химических, биологических или радиологических видов оружия и материалов, признавая, что государствам может потребоваться помощь в этой деятельности;

- использовать ту основу, которую обеспечивают соответствующие международные, региональные и субрегиональные организации для обмена передовым опытом в области укрепления потенциала по борьбе с терроризмом, и содействовать внесению их вклада в усилия международного сообщества в этой области;

- рекомендовать ООН сотрудничать с государствами-членами и соответствующими международными, региональными и субрегиональными организациями в выявлении и распространении передо-

¹ Anthony H. Cordesman. International Cooperation in Counterterrorism: Redefining the Threat and the Requirement. Washington: Center for Strategic and International Studies, 2010. P. 6–7.

² См.: Нигматуллин Р.В. Сотрудничество государств в борьбе с преступлениями международного характера в XX веке и начале XXI столетия (историко-правовой аспект): монография. М., 2006. С. 168–169.

вых методов предотвращения террористических нападений на особо уязвимые объекты¹.

Обеспечение региональной безопасности в области борьбы с терроризмом на протяжении длительного периода является предметом деятельности международных организаций. В 1977 году Совет Европы принял Европейскую конвенцию о пресечении терроризма, которая дала определение противоправных деяний, относящихся к террористическим. Под это определение попали преступления против гражданской авиации и на ее борту, покушение на жизнь, здоровье и свободу лиц, подлежащих международной защите, захват заложников или произвольное лишение свободы человека, а также использование бомб, гранат, ракет в той мере, в какой оно подвергает опасности людей. В 2003 году в Страсбурге был принят Протокол о внесении изменений в данную конвенцию.

События начала XXI в. заставили активизировать деятельность Совета Европы. 16 мая 2005 г. была принята Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма². Статьей 3 Конвенции предусматривается обязанность каждой страны принимать надлежащие меры по предупреждению террористических преступлений; улучшению просвещения общественности; поощрению ее к оказанию помощи компетентным органам по предупреждению этих преступлений. В статье 4 странам предлагается оказывать взаимную помощь в целях аккумуляции своих возможностей по предупреждению терроризма, в том числе посредством обмена информацией и опытом противодействия, а также путем подготовки кадров и других совместных мероприятий превентивного характера. В статье 17 Конвенции предусматривается сотрудничество государств по уголовным делам.

Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (далее – ОБСЕ) после террористических актов 11 сентября 2001 г., приняла на 9-м заседании Совета министров иностранных дел ОБСЕ, состоявшемся в декабре 2001 г. в Бухаресте (Венгрия), Решение и План действий по борьбе с терроризмом³. 13–14 декабря 2001 г. в Бишкеке (Киргизская Республика) на Международной конференции «Укрепление безопасности и стабильности в Центральной Азии: наращи-

¹ Глобальная контртеррористическая стратегия Организации Объединенных Наций // Доклад ООН / A/RES/60/288.

² URL: www.coe.int

³ Дипломатический вестник. 2002. № 1. С. 14.

вание всесторонних усилий по противодействию терроризму» были приняты Декларация и Программа действий.

На 10-м заседании Совета Министров иностранных дел государств – участников ОБСЕ в декабре 2002 г. в г. Порту (Португалия) была принята Хартия ОБСЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним. Документ содержит 28 пунктов, включающих все аспекты борьбы с терроризмом, в том числе напоминает о роли ОБСЕ как регионального соглашения в соответствии с Уставом ООН и ее обязательствах в этом контексте вносить вклад в глобальную борьбу с терроризмом¹.

В 2003 году была принята Стратегия ОБСЕ по противодействию угрозам безопасности и стабильности в XXI веке, в которой основной причиной нестабильной обстановки в сфере безопасности назван терроризм.

Программный характер по обеспечению региональной безопасности содержит в себе Консолидированная концептуальная база ОБСЕ для борьбы с терроризмом, принятая Постоянным советом ОБСЕ 7 декабря 2012 г. Документ состоит из пяти частей, в которых подробно изложены подходы и обязательства ОБСЕ в области борьбы с терроризмом; определена роль региональной организации в борьбе с терроризмом и ее сравнительные преимущества; обозначены направления деятельности ОБСЕ по противодействию терроризму, по расширению сотрудничества и укреплению потенциала с целью предупреждения терроризма и борьбы с ним, вопросы координации и сотрудничества².

В июле 2002 г. на XXXII сессии Генеральной Ассамблеи Организации американских государств (ОАГ) была подписана Межамериканская конвенция по борьбе с терроризмом³. В рамках реализации конвенции был создан Межамериканский комитет по борьбе с терроризмом (СИКТЕ). Комитет разработал широкий круг обучающих программ по повышению компетентности в различных областях, включая пограничный контроль (охватывая вопросы морской и авиационной безопасности, таможенную и иммиграцию), защиту важной инфраструктуры (кибербезопасность, безопасность важных меро-

¹ См.: Хартия ОБСЕ о предупреждении терроризма и борьбе с ним. URL: <http://www.osce.org/ru/mc/40526?download=true>

² Решение № 1063. Консолидированная концептуальная база ОБСЕ для борьбы с терроризмом. PC.DEC/1063, 7 December 2012. http://sartraccc.ru/print.php?print_file=Pub_inter/observe-terror.html.

³ Дипломатический вестник. 2003. № 8. С. 107.

приятий и туризма), правовое обеспечение борьбы с терроризмом и укрепление стратегии по новым террористическим угрозам¹.

В 1987 году государствами Ассоциации регионального сотрудничества Южной Азии (СААРК) также была принята Региональная конвенция по борьбе с терроризмом, а в 2004 г. в Исламабаде (Пакистан) был принят Дополнительный протокол к ней.

Серия террористических актов была совершена в конце XX в. и в странах Юго-Восточной Азии. В ответ государства – члены Ассоциации государств Юго-Восточная Азии (далее – АСЕАН) в ноябре 2001 г. приняли Декларацию о совместных действиях по противодействию терроризму. АСЕАН стала осуществлять борьбу с терроризмом на системной основе. В результате реализации рабочего плана, принятого в мае 2002 г. на совещании Министров стран АСЕАН в Куала-Лумпуре (Малайзия), повысился уровень взаимодействия между правоохранительными органами, выразившийся в расширении обмена информацией в целях борьбы с терроризмом. В Куала-Лумпуре был учрежден Региональный антитеррористический центр. В целях подрыва материальной основы террористических группировок Региональным форумом АСЕАН была принята в июле 2002 г. Декларация по финансовым мерам противодействия терроризму. В ней подтверждаются приверженность государств-участников политике, проводимой ООН в целях противодействия финансированию терроризма, необходимость сотрудничества в этом вопросе с международными финансовыми учреждениями и намечены конкретные действия, в частности: замораживание террористических активов; внедрение международных стандартов борьбы с этим видом преступления; международное сотрудничество в сфере обмена информацией; создание органов финансовой разведки и региональных органов по борьбе с отмыванием денег, аналогичных Группе разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (далее – ФАТФ); активное техническое межгосударственное сотрудничество².

В июне 2003 года Региональный форум АСЕАН, состоявшийся в Пномпене (Камбоджа), принял Заявление о контртеррористическом сотрудничестве в области безопасности границ. В нем отмечается, что борьба с терроризмом требует комплексного подхода и беспрецедент-

¹ См.: Marc P. Sullivan, June S. Beittel. Latin America: Terrorism Issues. Washington: Congressional Research Service, 2014. P. 28.

² Дипломатический вестник. 2002. № 8. С. 47–48.

ного международного сотрудничества. В качестве первоочередных задач было намечено:

- укрепление возможностей правоохранительных органов и разведслужб;
- укрепление сотрудничества в сфере обмена информацией;
- укрепление сотрудничества и совершенствование национальной правовой базы для уголовного преследования или экстрадиции террористов;
- сотрудничество путем заключения двусторонних и многосторонних договоров и соглашений о предотвращении террористических актов;
- обеспечение условий свободного передвижения людей и товаров через границы и создание препятствий для передвижения террористов, наркоторговцев, торговцев оружием и людьми и других криминальных элементов¹. Итогом этой большой планомерной работы стало принятие в 2007 г. в Себу (Филиппины) Конвенции АСЕАН о противодействии терроризму.

Откликнулись на угрозу терроризма большинство региональных международных организаций. Африканский союз, правопреемник Организации африканского единства, объединяющий 54 государства, заключил в 1999 г. Конвенцию о предупреждении и борьбе с терроризмом, а в 2004 г. – Протокол к ней.

Также в 1999 г. были заключены Конвенция организации «Исламская конференция» о борьбе с международным терроризмом (в Уагадугу) и Договор о сотрудничестве государств – участников Содружества Независимых Государств в борьбе с терроризмом (в Минске). В настоящее время страны СНГ рассматривают технологический терроризм как новый этап в развитии террористической угрозы. Межпарламентская Ассамблея государств – участников СНГ 16 апреля 2015 г. приняла Рекомендации по совершенствованию законодательства в сфере противодействия технологическому терроризму². В числе первоочередных задач названо приведение нормативных правовых актов стран СНГ в соответствие с положениями международных договоров и соглашений в данной сфере.

¹ Дипломатический вестник. 2003. № 7. С. 42–44.

² Рекомендации по совершенствованию законодательства государств – участников СНГ в сфере противодействия технологическому терроризму // Межпарламентская Ассамблея государств – участников Содружества Независимых Государств. Информационный бюллетень. № 63. Ч. 2. СПб., 2015. С. 70.

В современной международной обстановке расширение, укрепление и совершенствование сотрудничества государств на региональном уровне имеет первостепенное значение. Такой формат взаимодействия представляется наиболее приемлемым и эффективным и в сфере по обеспечению региональной безопасности. В документах, принятых на XIII Конгрессе ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию, отмечается: «Сегодня, как никогда ранее, становится актуальным вопрос о необходимости эффективного сотрудничества государств друг с другом на основе международных и/или региональных договоров, а также двусторонних соглашений или договоренностей»¹.

Значительный вклад в реализацию этого призыва ООН вносит Шанхайская организация сотрудничества (далее – ШОС). Это одна из немногих организаций, которая попыталась решить проблему разработки правового определения понятия «международный терроризм». Конвенция о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом, принятая ШОС в 2001 г., содержит четкое определение терроризма: «Для целей настоящей Конвенции используемые в ней термины означают:

1) «терроризм» – какое-либо деяние, признаваемое как преступление в одном из договоров, перечисленных в Приложении к настоящей Конвенции, и как оно определено в этом договоре»².

В Приложении перечислены:

1. Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, принятая в Гааге 16 декабря 1970 г.

2. Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, принятая в Монреале 23 сентября 1971 г.

3. Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, принятая Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 14 декабря 1973 г.

4. Международная конвенция о борьбе с захватом заложников, принятая Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 17 декабря 1979 г.

¹ Руководство для дискуссий // Док. ООН / A/CONF.222/PM.1.

² Шанхайская конвенция о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом 2001 г. // <http://archive.kremlin.ru/events/articles/2001/06/140161/140317.shtml>

5. Конвенция о физической защите ядерного материала, принятая в Вене 3 марта 1980 г.

6. Протокол о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, принятый в Монреале 24 февраля 1988 г.

7. Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, принятая в Риме 10 марта 1988 г.

8. Протокол о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе, принятый в Риме 10 марта 1988 г.

9. Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, принятая Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 15 декабря 1997 г.

10. Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма, принятая Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 9 декабря 1999 г.

Таким образом, государства – члены ШОС избежали возможных обвинений третьих стран в политизированном решении вопроса об определении и в то же время четко определили предмет конвенции.

В начале XXI в. страны ШОС, заключив ряд договоров, охватывающих различные аспекты сотрудничества в борьбе с терроризмом, внесли весомый вклад в теорию обеспечения региональной безопасности в области борьбы с терроризмом. Были приняты соглашение по противодействию проникновению на территорию своих государств лиц, причастных к террористической, сепаратистской и экстремистской деятельности¹, новая конвенция, охватывающая широкий круг вопросов борьбы с терроризмом², и др.

9–10 июля 2015 г. во время Уфимского саммита ШОС (Россия) в ходе широкого обсуждения важнейших вопросов борьбы с преступностью были также затронуты проблемы борьбы с терроризмом.

¹ Соглашение о сотрудничестве в области выявления и перекрытия каналов проникновения на территории государств – членов Шанхайской организации сотрудничества лиц, причастных к террористической, сепаратистской и экстремистской деятельности (Шанхай, 15 июня 2006 г.) // <http://nac.gov.ru/content/3897.html>.

² Конвенция Шанхайской организации сотрудничества против терроризма (Екатеринбург, 16 июня 2009 г.) // <http://nac.gov.ru/content/3897.html>.

Главными приоритетами ШОС в области обеспечения региональной безопасности и стабильности были названы: противодействие терроризму, сепаратизму, экстремизму, незаконному обороту наркотиков, оружия, боеприпасов и взрывчатых веществ, ядерных и радиоактивных материалов, а также других компонентов ОМУ, трансграничной организованной преступности; обеспечение международной информационной безопасности; укрепление безопасности границ; совместная борьба с незаконной миграцией и торговлей людьми, отмыванием денег, экономическими преступлениями, коррупцией¹.

В целях согласованного противодействия этим угрозам Совет глав ШОС принял решения об утверждении Программы сотрудничества государств-членов ШОС в борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом на 2016–2018 гг.; а также о разработке проекта Конвенции Шанхайской организации сотрудничества по борьбе с экстремизмом и заявление глав государств – членов Шанхайской организации сотрудничества по проблеме наркоугрозы².

В рамках ШОС регулярно принимаются целевые Программы сотрудничества, которые придают целенаправленный характер борьбе с преступностью. Участники саммита заявили о согласованных шагах в судебно-экспертной области, включая совместные оперативные мероприятия, в целях предупреждения, выявления и пресечения актов терроризма, сепаратизма и экстремизма, а также в углублении взаимодействия в розыске, задержании, выдаче и передаче лиц, подозреваемых, обвиняемых или осужденных за совершение преступлений, связанных с террористической, сепаратистской и экстремистской деятельностью³.

Ученые и практики неоднократно обращали внимание на деятельность международных террористических организаций, направленную на вовлечение граждан в террористические, сепаратистские и экстремистские группы. В последнее время это стало серьезной угрозой в связи с активизацией вербовщиков «Исламского государства» (ИГИЛ). Президент России В. Путин, выступая в марте 2015 г.

¹ Стратегия развития Шанхайской организации сотрудничества до 2025 г. // Официальный сайт председательства Российской Федерации в ШОС в 2014–2015 гг. // <http://sco-russia.ru/>.

² Заявление глав государств-членов Шанхайской организации сотрудничества по проблеме наркоугрозы // Официальный сайт председательства Российской Федерации в ШОС в 2014–2015 гг. // <http://sco-russia.ru/>.

³ Уфимская декларация глав государств-членов Шанхайской организации сотрудничества // Официальный сайт председательства Российской Федерации в ШОС в 2014–2015 гг. // <http://sco-russia.ru/>.

на заседании коллегии ФСБ России, отметил: «Вы также знаете, что выходцы из России и других стран СНГ проходят “обкатку” в ряде так называемых горячих точек, в том числе в рядах так называемого “Исламского государства”, на территории Сирии и ряда других стран и затем могут быть использованы против нас, против России и наших соседей»¹. Подтверждением этих слов Президента России может служить то, что правоохранительные органы Башкирии установили факты выезда местных жителей на территорию Сирийской Арабской Республики и других зарубежных стран для участия в деятельности незаконных вооруженных формирований, в частности международной террористической организации «Исламское государство». В отношении 28 граждан возбуждены уголовные дела. В то же время 12 жителей республики в 2015 г. уже осуждены к длительным срокам лишения свободы за организацию и участие в террористической организации «Хизб ут-Тахрир аль-Ислами». В отношении четверых из них доказаны факты приготовления к насильственному захвату власти, изменению конституционного строя России².

В ответ на расширяющуюся террористическую угрозу государства – члены ШОС решили усилить информационный обмен и наладить взаимодействие с соответствующими международными организациями и региональными объединениями по выявлению и перекрытию каналов перемещения лиц, прошедших террористическую подготовку для участия в вооруженных конфликтах на территории третьего государства на стороне международных террористических организаций, а также по выявлению таких лиц, возвращающихся на территории государств – членов ШОС после прохождения подготовки или участия в вооруженных конфликтах на стороне международных террористических организаций³. Соглашение о сотрудничестве и взаимодействии по пограничным вопросам⁴, подписанное членами

¹ Выступление Президента Российской Федерации В.В. Путина на заседании коллегии ФСБ России. Информационно-аналитический портал Национального антитеррористического комитета // <http://nac.gov.ru/nakmessage/2015/03/28/na-vse-vneshnie-i-vnutrennie-ugrozy-natsionalnoi-bezopasnosti-u-nas-vsegda-byl.html>.

² 28 жителей Башкирии уехали в Сирию воевать за ИГИЛ // <https://news.mail.ru/society/24028427/>

³ Стратегия развития Шанхайской организации сотрудничества до 2025 г. // Официальный сайт председательства Российской Федерации в ШОС в 2014-2015 гг. // <http://sco-russia.ru/>.

⁴ Соглашение о сотрудничестве и взаимодействии по пограничным вопросам. Документы саммита ШОС // Официальный сайт председательства Российской Федерации в ШОС в 2014-2015 гг. // <http://sco-russia.ru/>.

ШОС в Уфе, должно способствовать укреплению безопасности внешних границ и эффективному противодействию проникновению боевиков террористических организаций, активистов экстремистских и сепаратистских движений на территорию стран, входящих в ШОС.

В ходе саммита также рассматривалось использование современных информационных технологий, включая Интернет, в террористических целях. В частности, было решено продолжить работу по привлечению стран – членов ООН в соавторы новой редакции «Правил поведения в области обеспечения международной информационной безопасности», которые были распространены в январе 2015 г. от лица государств – членов ШОС в качестве официального документа ООН.

Вместе с тем необходимо отметить, что обеспечение региональной безопасности в области борьбы с терроризмом рассматривается ШОС как сегмент реализации Глобальной контртеррористической стратегии ООН.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что в настоящее время созданы международно-правовые основы обеспечения региональной безопасности в области борьбы с терроризмом, а международные региональные организации вносят серьезный вклад в борьбу с международным терроризмом. При имеющихся разногласиях между государствами и отсутствии единого подхода к пониманию и определению такого политико-правового феномена, как международный терроризм, международные региональные организации являются наиболее действенной силой, противостоящей ему. Однако необходимо иметь в виду, что не всегда международно-правовые акты могут быть реальной гарантией эффективного противодействия терроризму. Зачастую не хватает политической воли и реальных механизмов контроля за выполнением контртеррористических соглашений.

И.В. Гончаров

7.7. ПРАВО И ПОЛИТИКА В УСЛОВИЯХ ФОРМИРОВАНИЯ «МНОГОПОЛЯРНОГО» МИРОПОРЯДКА

Вопросы соотношения права и политики, их взаимодействия всегда находились в центре научной мысли, приобретая в различные эпохи общественного развития философское, религиозное, политическое, юридическое значение. С одной стороны, право является средством

осуществления государственной политики через нормы публичного права, с другой – оно регламентирует деятельность всех субъектов политической системы. Международное сотрудничество государств также основывается на этих постулатах. Поскольку международное право функционирует в рамках международной системы и здесь же реализуется внешняя политика государства, то их соотношение приобретает особые черты. По существу все международно-правовые акты имеют не только юридический, но и политический характер, а порожденные ими отношения являются и политическими, и правовыми. Французский юрист М. Вирали, говоря о соотношении внешней политики и международного права утверждает, что «любой договор, любое разногласие юридического характера, все нормы международного права имеют политическое содержание и характер, и, наоборот, политика включена в право в том смысле, что правопорядок переплетается с определенным политическим порядком».

XX век вошел в историю как самый парадоксальный век в истории человечества. Именно в прошедшем столетии происходили самые страшные войны в истории человечества и имели место самые страшные нарушения прав человека. Чудовищные преступления против человечества, совершенные во время Второй мировой войны, показали несовершенство международных механизмов защиты прав человека, негативные последствия отсутствия международных органов, которые должны заниматься вопросами обеспечения мира и безопасности человечества вообще и защиты основных прав и свобод человека в частности.

В то же время XX в. знаменателен тем, что в это время были приняты нормы международного права, призванные регулировать отношения между государствами, созданы международные органы как на универсальном уровне (Организация Объединенных Наций), так и на региональном (Совет Европы, Лига арабских государств, Организация африканского единства, Лига американских стран и др.). Многие общечеловеческие ценности нашли свое нормативное воплощение в международном праве, главным образом в его основных принципах: запрет обращения к силе или угрозе ее применения, вмешательство во внутренние дела государств, право народов на самоопределение и т.д. Международный механизм правового регулирования в большей степени работал достаточно эффективно. Да, были проблемы во взаимоотношениях государств, тем более в условиях деления мира на страны социалистического и капиталистического лагеря, доктрина

«политического реализма» во внешнеполитическом курсе государств подталкивала государства с целью защиты своих национальных интересов к военно-политическим авантюрам, которые стали причиной региональных войн, а иногда превращались в кризисы глобального, мирового масштабов (действия США во Вьетнаме, ввод советских войск в Афганистан, агрессия Ирака против Кувейта и др.), но в большей степени эти проблемы решались, а на основе права.

Ситуация коренным образом изменилась. Приходится констатировать, что в XXI в. роль права как универсального регулятора международных общественных отношений крайне сузилась. Президент РФ В.В. Путин на заседании международного дискуссионного клуба «Валдай» в Сочи 24 октября 2014 г. заявил, что «система международного сотрудничества серьезно ослаблена, раздроблена и деформирована. Прочность этой системы основывалась не только на балансе сил и праве победителей, но и на том, что ее “отцы-основатели” относились с уважением друг к другу. Не пытались “отжать все”, а договаривались». По мнению Президента РФ, «создалось впечатление, что так называемые “победители” в “холодной войне” решили “дожать ситуацию”, перекроить весь мир исключительно “под себя”, под свои интересы. И если сложившаяся система международных отношений мешала, то ее тут же объявляли никчемной, устаревшей, подлежащей немедленному сносу»¹.

Многие даже говорят о «юридической смерти» международного права. Распад СССР привел к доминированию в мире одной супердержавы, что крайне негативно сказывается на международных отношениях. Монополия США в мире привела к тому, что решения ООН зачастую противоречат духу и принципам Устава ООН, тем принципам, которые были провозглашены в 1945 г. в Сан-Франциско, когда создавалась ООН (бомбардировки Югославии, события в Ираке, Афганистане, Судане, Ливии, Сирии служат тому подтверждением). Система международного сотрудничества государств переживает системный кризис. Реализация политики двойных стандартов – активно сложившиеся реалии современного мира.

Политика двойных стандартов существует с тех пор, как существует человеческое общество. Она широко применяется как средство давления на противников через общественное мнение и способ

¹ URL: <http://politikus.ru/v-rossii/33792-putin-vystupil-s-antiamerikanskoy-rechyu-na-valdae.html>. Politikus.ru 24.10.2014

оправдания собственных действий в чей-либо адрес. Столь же широко распространены и обвинения в двойных стандартах, к которым нередко прибегают для отражения критики.

В связи с этим совершенно справедливо заявил заместитель Министра иностранных дел России А.В. Яковенко, выступая на четвертой сессии Совета ООН по правам человека, где он призвал избавить деятельность ООН от политизации и «двойных» стандартов: «стремление наказать “провинившихся”, чье поведение не укладывается в некие субъективно заданные рамки, неизбежно отбросит международные отношения в прошлое. “Двойные” стандарты, отрицание принципа равенства государств, навязывание силы и диктата, неуважение территориальной целостности и суверенитета – все это является прошлым международных отношений, так как было характерно даже не для прошлого века, а для Средних веков». Представителем России была озвучена необходимость отказа от односторонних подходов и укрепления сотрудничества между государствами в процессе выработки и принятия коллективных решений, решения гуманитарных проблем на основе общепризнанных международных правозащитных стандартов и при должном учете социально-экономической, исторической, культурной и религиозной специфики и традиций¹.

В интервью российским телеканалам 31 августа 2008 г. Президент России Д.А. Медведев сказал, что мир должен быть многополярным. «Однополярность неприемлема. Доминирование – недопустимо. Мы не можем принять такое мироустройство, в котором все решения принимаются одной страной, даже такой серьезной и авторитетной, как Соединенные Штаты Америки. Такой мир неустойчив и грозит конфликтами»².

В полной мере это касается вопросов взаимоотношений Российской Федерации и Совета Европы. Вступив в Совет Европы 28 февраля 1996 г., Россия подтвердила свою приверженность идеалам и принципам гуманизма и демократии, а также готовность скорректировать целый ряд законодательных актов, противоречащих положениям Конвенции. Россия заверила организацию в том, что она готова привести свое законодательство и политическую систему в соответствие с европейскими нормами.

¹ URL: <http://www.un.org/russian/news/fullstorynews>

² Российская газета. 2008. № 4820.

Тем не менее уже с момента своего присоединения к Совету Европы Россия неоднократно подвергалась критике со стороны стран-участников за ущемление прав человека, войну в Чечне, сворачивание демократических свобод и притеснение СМИ. Вторая чеченская война вообще чуть было не привела к исключению России из Совета Европы, однако санкции ограничились лишь лишением слова ее делегации в Парламентской ассамблее Совета Европы (ПАСЕ) в 2000 г. Подобная ситуация сложилась и на Парламентской ассамблее Совета Европы в апреле 2003 г. Речь шла о решении по созданию международного трибунала по военным преступлениям в Чечне, что вызвало резкую реакцию со стороны российской делегации. 23 января 2007 г. на сессии ПАСЕ в Страсбурге (Франция) была принята резолюция «Об угрозе использования поставок энергоресурсов в качестве инструмента политического давления». Россия подвергнута критике в резолюции за используемые ею методы решения энергетических споров с соседними странами, которые вызывают сомнение в отношении ее надежности как поставщика энергоресурсов. В 2008 году группа делегатов ПАСЕ предлагала лишить Российскую Федерацию права голоса в связи с событиями в Южной Осетии. В своей резолюции ПАСЕ назвала непропорциональным и противоправным применение силы как Грузией, так и Россией. Осуждение в этой резолюции Ассамблея высказала дважды – «Ассамблея осуждает развязывание войны между двумя государствами – членами Организации» и «Ассамблея осуждает признание Россией независимости Южной Осетии и Абхазии».

Подобные действия не могли не сказаться и на решениях Европейского Суда, многие решения которого носят явно политизированный характер (дело «И. Илашку против Российской Федерации»; чеченские дела-«клоны», связанные с безвестным исчезновением людей; дела о бомбардировках чеченских селений; дела, подобные делу «Гусинский против Российской Федерации», и др.). В ряде случаев Россия официально выражала несогласие с решениями ЕСПЧ. Так, решение Суда в пользу В. Гусинского в 2004 г. уполномоченный Российской Федерации при ЕСПЧ П.А. Лаптев назвал «теоретически и фактически ущербным», подчеркнув, что оно «свидетельствует о двойных стандартах Европейского Суда»¹.

В том же году МИД России выступил с официальным заявлением по делу И. Илашку, в решении по которому на Россию была возложе-

¹ URL: Newsru.com. (20 мая 2004 г.).

на ответственность за действия, совершенные в 1993 г. за пределами ее территории. В этом заявлении постановление суда было названо «ошибочным и явно политизированным», а ЕСПЧ обвинялся в применении двойных стандартов, использовании доказательств, полученных незаконным путем, и нарушении ряда фундаментальных принципов международных отношений¹.

В феврале 2009 г. Министр юстиции РФ А.В. Коновалов заявил, что решения Европейского Суда, вынесенные за последние месяцы, «пренебрегают совершенно безупречной юридической аргументацией»², а декабре 2010 г. Президент России Д.А. Медведев заявил, что «Россия, подписывая какие бы то ни было международные соглашения, никогда не передавала такую часть своего суверенитета, которая позволяла бы иностранному суду выносить решения, изменяющие российское законодательство»³.

Российский политический и научный истеблишмент все более резко реагирует на данные факты. Президент РФ В.В. Путин, выступая 12 февраля 2007 г. на Мюнхенской конференции по безопасности, подверг жесткой критике деятельность ОБСЕ и НАТО и заявил, что «...Россию, нас – постоянно учат демократии. Но те, кто нас учат, сами почему-то учиться не очень хотят. <...> Россия – страна с более чем тысячелетней историей, и практически всегда она пользовалась привилегией проводить независимую внешнюю политику»⁴.

Председатель Конституционного Суда России В.Д. Зорькин в интервью РИА «Новости» сказал, что «мы дали полномочия для учреждения юрисдикции Европейского Суда. Но если Россия захочет, она выйдет из этого договора... Мне не хочется, чтобы КС пришел к такому столкновению с ЕСПЧ, которое бы подтолкнуло тех в России, кто желает воспользоваться любым предлогом и захлопнуть дверь в Европу... Европейский Суд не вправе говорить, что ваш национальный закон не соответствует Конвенции. Он может только сказать: примите меры, чтобы это нарушение, зафиксированное судом, не повторялось в будущем...»⁵. В статье «Предел уступчивости» В.Д. Зорькин,

¹ Официальный сайт Министерства иностранных дел Российской Федерации: <http://www.mid.ru> (8 июля 2004 г.).

² Newsru.com (27 февраля 2009 г.).

³ РИА «Новости». 2010. 11 декабря.

⁴ Новый Регион. 2007. 12 февраля.

⁵ РИА «Новости». 2010 19 ноября.

признавая безальтернативность «движения человечества в сторону окончательного глобального объединения», предостерегает от излишней поспешности такого движения: наднациональные структуры изрядно себя за последнее время скомпрометировали – и не стоит очень уж рваться к воцарению мирового правительства. Там же говорится, что «каждое решение Европейского Суда – это не только юридический, но и политический акт. Когда такие решения принимаются во благо защиты прав и свобод граждан и развития нашей страны, Россия всегда будет неукоснительно их соблюдать. Но когда те или иные решения Страсбургского суда сомнительны с точки зрения сути самой Европейской конвенции о правах человека и тем более прямым образом затрагивают национальный суверенитет, основополагающие конституционные принципы, Россия вправе выработать защитный механизм от таких решений. Именно через призму Конституции должна решаться и проблема соотношения постановлений КС и ЕСПЧ. Если нам навязывают внешнее “дирижирование” правовой ситуацией в стране, игнорируя историческую, культурную, социальную ситуацию, то таких “дирижеров” надо поправлять. Иногда самым решительным образом»¹.

И соответственно в обществе формируется общественное мнение: нужны ли России международные организации и зачем такое международное право?

Тем не менее, как представляется, членство России в международных органах, выполнение ею своих международных обязательств объективно необходимо. Участие России в международных органах – это один из этапов ее интеграции в международную правовую систему, что позитивно сказывается на совершенствовании российского законодательства. Реально существующие в мире демократические ценности, институты гражданского общества, сформированные и отработанные на практике правила политической борьбы в этом плане будут востребованными при формировании в России подлинно демократического политического режима.

Участие в этих органах целесообразно и потому, что это трибуна, где Россия может высказать свою позицию по тем или иным проблемным вопросам и отстоять ее. События в Сирии и позиция России в ООН по этому вопросу тому подтверждение. А это напрямую влияет на авторитет России в мире.

¹ Российская газета. 2010. № 5325 (246).

Кроме того, членство в Совете Европы позволяет России более эффективно защищать русскоязычное население, проживающее в государствах – членах Совета Европы. Используя международные контрольные органы, граждане России защищают свои права. Так, с 1999 по 2014 г. граждане России направили в ЕСПЧ более 90 тысяч жалоб, это 12,3% от общего числа жалоб. Из них по состоянию на 31 декабря 2014 г. ожидают своего рассмотрения 16 813 жалоб граждан Российской Федерации (16,8% от общего числа ожидающих рассмотрения жалоб). А это означает, что граждане Российской Федерации все более активно начинают использовать международно-правовые средства для защиты своих прав и свобод¹.

Надо быть готовым к критическим оценкам России за деятельность ее властных структур в области прав человека. Единственное, что абсолютно неприемлемо, это использование политики двойных стандартов по отношению к России. Очевидно, что однополярный мир в его американской версии утрачивает способность к самоупорядочиванию. Тем не менее столь же ясно, что США останутся одним из полюсов мироустройства – наряду с Европой и поднимающимся Китаем. А это объективно ведет к необходимости поиска соответствующих компромиссов во взаимоотношениях государств. И в связи с этим, как представляется, Россия, США, ООН и Совет Европы должны идти навстречу друг другу при решении соответствующих вопросов, вызывающих общий интерес. Российский философ И.А. Ильин писал, что «истинная политика ведется там, где царит солидарность между гражданами и между отдельными классами. Она возникает из солидарности и взаимности, она исходит от идеи целого, народного единства, родины. Она считается с духом, справедливостью, с естественным правом, с общими задачами и целями; она требует, чтобы гражданин ... принял интересы своего государства и все справедливые интересы своих сограждан»². Следует отметить, что писалось это применительно к внутренней политике государства, но стремиться к этому нужно и в межгосударственных отношениях, невзирая на все сложности и трудности. Еще в XVI в. голландский юрист и политолог Г. Гроций сказал, что если «предмет юриспруденции – это вопросы права и справедливости», то «предмет политической науки – целесообразность и польза»³.

¹ URL: <http://europeancourt.ru/statistika-evropejskogo-suda>.

² Ильин И.А. Путь к очевидности. М., 1993. С. 269.

³ Гроций Г. Цит. по: История политических и правовых учений. М., 1997. С. 164–165.

Заключение

Настоящее монографическое исследование подготовлено по итогам проведения научной конференции, состоявшейся 27 октября 2015 г. Конференция была организована Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (далее – ИЗиСП) совместно с Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Фактически это был межвузовский всероссийский форум ученых в области общей теории права и государства с участием отдельных представителей отраслевых юридических наук, которым не чужды вопросы общетеоретического, философского и социологического, порядка. Помимо четырнадцати московских вузов были представлены центры университетской науки Санкт-Петербурга, Нижнего Новгорода, Твери, Владимира, Казани, Екатеринбурга, Красноярска, Воронежа, Пензы, Перми, Уфы, Нижнекамска, Северной Осетии – Алании. Конференцию открыли вице-президент РАН, директор ИЗиСП, академик РАН, заслуженный юрист Российской Федерации Т.Я. Хабриева и проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки Российской Федерации, профессор В.Н. Синюков, модерировали – заведующий отделом теории законодательства ИЗиСП, заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор Н.А. Власенко и и.о. заведующего кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина доктор юридических наук, профессор А.В. Корнев.

Конференция посвящалась 75-летию заслуженного деятеля науки Российской Федерации, заведующего отделом ИЗиСП, профессора кафедры теории государства и права МГЮА В.В. Лазарева. С некоторых пор возродились позитивные традиции отдавать дань признанным в той или иной области ученым их сторонниками, и прежде всего – их учениками. Недавно проводились, например, конференции, посвященные 60-летию профессора А.В. Полякова в Санкт-Петербургском государственном университете 70-летию профессора В.М. Баранова в Нижегородской Академии МВД. При проведении таких мероприятий ощущается некая торжественность в речах и отсутствие основательной критики в адрес юбиляра. Но в публикуемых по итогам конференции материалах

всегда есть возможность избежать высокого слога и выразить принципиальные позиции. Именно этим отличаются западные публикации, посвященные юбилеям ученых, именно эта черта характерна и представленной вниманию читателей работе. Заметим также, что настало время для объективного анализа творчества отечественных мыслителей дореволюционного периода, работ теоретиков советского времени, в том числе и тех, кто работал в стенах учреждений организаторов конференций. Это может послужить импульсом для продолжения дискуссии и развития отечественной науки теории государства и права.

Выражаем признательность директору ИЗИСП академику Т.Я. Хабриевой, первому заместителю директора ИЗИСП профессору А.Я. Капустину, ректору МГЮА профессору В.В. Блажееву, проректору МГЮА профессору В.Н. Синюкову, способствовавшим проведению форума теоретиков права.

Научное издание

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
В НАУКЕ, ОБРАЗОВАНИИ, ПРАКТИКЕ

МОНОГРАФИЯ

Подписано в печать 19.05.2016 г.

Формат 60×90/16. Бумага офсетная. Гарнитура *JournalC*

Печать офсетная. Печ. л. 30,0. Тираж 500 экз.

Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

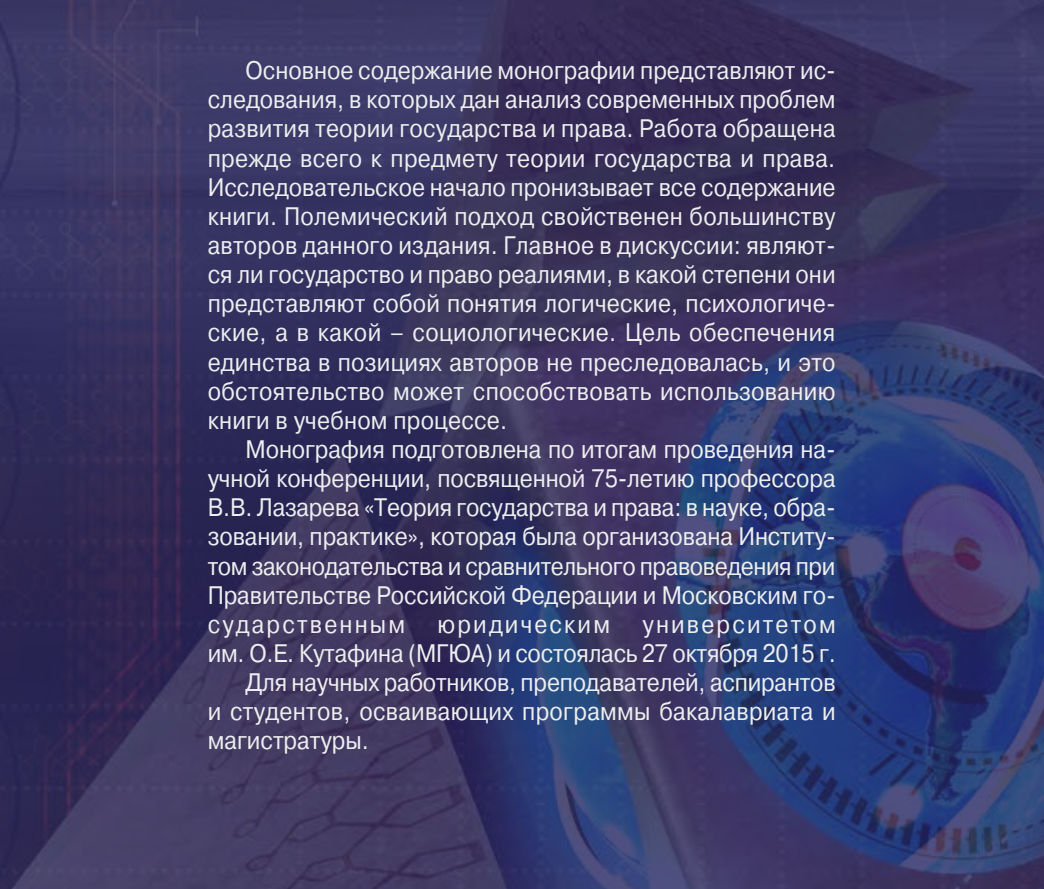
Московский государственный юридический университет
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

ИД «Юриспруденция»

115419, Москва, ул. Орджоникидзе, 11
www.jurisizdat.ru, e-mail: y-book@mail.ru

Тел. (495) 979-7028





Основное содержание монографии представляют исследования, в которых дан анализ современных проблем развития теории государства и права. Работа обращена прежде всего к предмету теории государства и права. Исследовательское начало пронизывает все содержание книги. Полемический подход свойственен большинству авторов данного издания. Главное в дискуссии: являются ли государство и право реалиями, в какой степени они представляют собой понятия логические, психологические, а в какой – социологические. Цель обеспечения единства в позициях авторов не преследовалась, и это обстоятельство может способствовать использованию книги в учебном процессе.

Монография подготовлена по итогам проведения научной конференции, посвященной 75-летию профессора В.В. Лазарева «Теория государства и права: в науке, образовании, практике», которая была организована Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации и Московским государственным юридическим университетом им. О.Е. Кутафина (МГЮА) и состоялась 27 октября 2015 г.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов, осваивающих программы бакалавриата и магистратуры.

