Российская академия наук
Институт государства и права

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО

№ 1 2021 Январь

Основан в феврале 1927 г.
Выходит 12 раз в год
ISSN 1026-9452

Выходил под названиями: «Революция права» (1927–1929 гг.)
«Советское государство и революция права» (1930–1931 гг.)
«Советское государство» (1932–1938 гг.)
«Советское государство и право» ISSN 0132-0769 (1939 г. – первая половина 1992 г.)
«Государство и право» ISSN 1026-9452 (вторая половина 1992 г. – по н/в)

Журнал издается под руководством
Отделения общественных наук РАН

Главный редактор
М.И. Клеандров,
член-корреспондент РАН,
доктор юридических наук, профессор

Редакционный совет:

А.Н. Савенков, чл.-корр. РАН (*председатель*);
М.В. Баглай, чл.-корр. РАН; А.П. Вершинин, д.ю.н.; В.И. Жуков, акад. РАН;
В.Д. Зорькин, д.ю.н. (Санкт-Петербург); А.А. Клишас, д.ю.н.; П.В. Крашенинников, д.ю.н.;
Н.М. Кропачев, чл.-корр. РАН (Санкт-Петербург); А.Г. Лисицын-Светланов, акад. РАН;
Е.А. Лукашева, чл.-корр. РАН; Н.А. Макаров, акад. РАН;
А.В. Смирнов, акад. РАН; Ю.К. Толстой, акад. РАН (Санкт-Петербург);
Т.Я. Хабриева, акад. РАН; А.Р. Хохлов, акад. РАН

Редакционная коллегия:

А.И. Абдуллин, д.ю.н. (Казань); С.А. Авакьян, д.ю.н.; Г.Г. Арутюнян, д.ю.н. (Армения);
Вильфрид Бергманн, д.ю.н. (Германия); Окко Берендс, д.ю.н. (Германия); Н.А. Богданова, д.ю.н.;
М.М. Бринчук, д.ю.н.; Бернд Визер, д.ю.н. (Австрия); А.Н. Вылегжанин, д.ю.н.; Е.Ю. Грачева, д.ю.н.;
А.А. Гришковец, д.ю.н.; Е.П. Губин, д.ю.н.; В.Н. Гуцуляк, д.ю.н.; Ульрика Дэви, д-р права (Германия);
Ван Джихуа, д.ю.н. (КНР); А.Г. Диденко, д.ю.н. (Казахстан); В.В. Дорошков, д.ю.н.; И.В. Ершова, д.ю.н.;
В.Н. Жуков, д.ю.н., д.ф.н.; С.С. Занковский, д.ю.н.; С.В. Запольский, д.ю.н.; В.С. Каменков, д.ю.н. (Беларусь);
Кристина Карзай, д.ю.н. (Венгрия); М.И. Клеандров, чл.-корр. РАН (*главный редактор*);
Н.В. Кроткова, к.ю.н. (*заместитель главного редактора*); Куан Цзэнцзюнь, д.ю.н. (КНР);
Лю Хунянь, д.ю.н. (КНР); А.В. Малько, д.ю.н. (Саратов); И.М. Мацкевич, д.ю.н.; Е.И. Носырева, д.ю.н. (Воронеж);
Пламен А. Панайотов, д.ю.н. (Болгария); Т.А. Полякова, д.ю.н.; И.М. Рагимов, д.ю.н. (Азербайджан);
Р.Н. Салиева, д.ю.н. (Казань); Л.В. Санникова, д.ю.н., проф. РАН; Паола Северино, д.ю.н. (Италия);
Г.С. Скачкова, д.ю.н.; Ю.Н. Старилов, д.ю.н. (Воронеж); Янаки Б. Стоилов, д-р права (Болгария);
А.А. Тедеев, д.ю.н.; А.П. Фоков, д.ю.н.; Уве Хеллманн, д-р права (Германия); В.М. Шерстюк, д.ю.н.;
Б.С. Эбзеев, д.ю.н.; В.В. Ярков, д.ю.н. (Екатеринбург)

Адрес редакции: 119019 Москва, ул. Знаменка, 10
тел.: +7 (495) 691-87-34
e-mail: gospravo@igpran.ru;
http://gospravo-journal.ru/

Москва

© Российская академия наук, 2021
© Институт государства и права РАН, 2021
© Составление. Редколлегия журнала
«Государство и право», 2021

Russian Academy of Sciences
Institute of State and Law

STATE AND LAW

№ 1 2021 January

Published since February 1927
Monthly Publication (12 Times a Year)
ISSN 1026-9452

Formerly known as: "Revolution of the Law" (Revolyutsiya prava) (1927–1929)
"Soviet State and the Revolution of the Law" (Sovetskoe gosudarstvo i revolutsiya prava) (1930–1931)
"Soviet State" (Sovetskoe gosudarstvo) (1932–1938)
"Soviet State and Law" (Sovetskoe gosudarstvo i pravo) ISSN 0132-0769 (1939 – mid-1992)
"State and Law" (Gosudarstvo i pravo) ISSN 1026-9452 (mid-1992 – present)

The Journal is published under supervisi,
on of the Department of social Sciences of the RAS

Editor-in-Chief
M.I. Kleandrov,
Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences,
Doctor of Law, Professor

Editorial Council:

A.N. Savenkov, Corresponding Member of the RAS (*Chairman*);
M.V. Baglay, Corresponding Member of the RAS; A.P. Vershinin, Doctor of Law;
V.I. Zhukov, Academician of the RAS; V.D. Zorkin, Doctor of Law (St. Petersburg); A.A. Klishas, Doctor of Law;
P.V. Krasheninnikov, Doctor of Law; N.M. Kropachev, Corresponding Member of the RAS (St. Petersburg);
A.G. Lisitsyn-Svetlanov, Academician of the RAS; E.A. Lukasheva, Corresponding Member of the RAS;
N.A. Makarov, Academician of the RAS; A.V. Smirnov, Academician of the RAS;
Yu. K. Tolstoy, Academician of the RAS (St. Petersburg);
T. Ya. Khabrieva, Academician of the RAS; A.R. Khokhlov, Academician of the RAS

Editorial Board:

A.I. Abdullin, Doctor of Law (Kazan); S.A. Avakyan, Doctor of Law; G.G. Arutyunyan, Doctor of Law (Armenia);
Wilfried Bergmann, Doctor of Law (Germany); Okko Behrends, Doctor of Law (Germany); N.A. Bogdanova, Doctor of Law;
M.M. Brinchuk, Doctor of Law; Bernd Wieser, Doctor of Law (Austria); A.N. Vylegzhanin, Doctor of Law;
E. Yu. Gracheva, Doctor of Law; A.A. Grishkovets, Doctor of Law; E.P. Gubin, Doctor of Law; V.N. Gutsulyak, Doctor of Law;
Ulrike Davy, Doctor of Law (Germany); Wang Jihua, Doctor of Law (China); A.G. Didenko, Doctor of Law (Kazakhstan);
V.V. Doroshkov, Doctor of Law; I.V. Ershova, Doctor of Law; V.N. Zhukov, Doctor of Law, Dsc in Philosophy;
S.S. Zankovsky, Doctor of Law; S.V. Zapolsky, Doctor of Law; V.S. Kamenkov, Doctor of Law (Belarus);
Krisztina Karsai, Doctor of Law (Hungary); M.I. Kleandrov, Corresponding Member of the RAS (*Editor-in-Chief*);
N.V. Krotkova, PhD in Law (*Vice-Editor-in-Chief*); Kuang Zengjun, Doctor of Law (China);
Liu Hongyan, Doctor of Law (China); A.V. Mal'ko, Doctor of Law (Saratov); I.M. Matskevich, Doctor of Law;
E.I. Nosyreva (Voronezh); Plamen A. Panayotov, Doctor of Law (Bulgaria); T.A. Polyakova, Doctor of Law;
I.M. Ragimov, Doctor of Law (Azerbaijan); R.N. Salieva, Doctor of Law (Kazan);
L.V. Sannikova, Doctor of Law, Professor of the RAS; Paola Severino, Doctor of Law (Italy); G.S. Skachkova, Doctor of Law;
Yu. N. Starilov, Doctor of Law (Voronezh); Yanaki B. Stoilov, Doctor of Law (Bulgaria); A.A. Tedeev, Doctor of Law;
A.P. Fokov, Doctor of Law; Uwe Hellmann, Doctor of Law (Germany); V.M. Sherstyuk, Doctor of Law;
B.S. Ebzeev, Doctor of Law; V.V. Yarkov, Doctor of Law

Address: 10 Znamenka street, 119019 Moscow, Russian Federation
tel.: +7 (495) 691-87-34
e-mail: gospravo@igpran.ru
http://gospravo-journal.ru/

Moscow

© Russian Academy of Sciences, 2021
© Institute of State and Law of the RAS, 2021
© Editorial Board of "State and Law", 2021

СОДЕРЖАНИЕ

Номер 1, 2021

Правовые векторы реальных процессов – новый подход в теории
Ю.А. Тихомиров, Е.В. Черепанова, Ф.В. Цомартова 7

Позитивная и негативная ответственность как проявление диалектической логики в юридических исследованиях
А.В. Малько, Д.А. Липинский, Р.С. Маркунин 17

Право как регулятор отношений по поводу ценностей: теоретико-правовые аспекты
А.Г. Чернявский 26

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Исторический и логический методы изучения права: из истории философии права
Е.А. Фролова 36

ДИСКУССИИ И ОБСУЖДЕНИЯ

Открытие юриспруденции: *эпохи и стиль* (Окончание)
Ю.А. Веденеев 43

Этапы и цели реформирования современной российской пенсионной системы сквозь призму этики добродетели Аристотеля
С.А. Хмелевская, Д.Н. Ермаков 54

ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

Правоприменительная практика Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в постановлениях Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека
Л.А. Нудненко 63

ХОЗЯЙСТВО, ТРУД, ПРАВО

О введении правовой охраны географического указания в Российской Федерации
В.И. Еременко 72

УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

Запрет определенных действий в системе мер пресечения и вне этой системы
Л.В. Брусницын 81

ПРАВО И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Гарантии субъективных прав наиболее уязвимых групп населения в меняющемся миропорядке
С.Е. Смирных 89

ЗА РУБЕЖОМ

Модернизация материальной Конституции: опыт Норвегии
М.А. Исаев 98

СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

Мировая юстиция в Болгарии и в России (историко-правовое исследование)
М.М. Матеев 111

Антиростовщические законы 1880, 1893 гг. и их влияние на развитие права Германии. Понятие «нажива» (“Wucher”)
О.Л. Лысенко 121

НАУЧНЫЕ СООБЩЕНИЯ

Генезис инноваций в праве
А.А. Уваров 130

Конституционные принципы и ценности как предмет баланса (пропорциональности): к вопросу о сложностях теоретического и практического содержания
Т.Х. Кемрюгов 135

Архетип государственности в природе человека и общества
А.Л. Панищев 143

КРИТИКА И БИБЛИОГРАФИЯ

Д.А. Пашенцев, М.В. Залоило, А.А. Дорская. Смена технологических укладов и правовое развитие России
Л.Ю. Грудцына 149

Правовая история российского гражданского общества и как ее писать
К.П. Краковский 151

ПЕРСОНАЛИИ

Юбилей профессора В.Н. Жукова 155

CONTENTS

Number 1, 2021

Legal vectors of real processes – a new approach in the theory
Yu. A. Tikhomirov, E.V. Cherepanova, F.V. Tsomartova 7

Positive and negative responsibility as a manifestation of dialectic logic in legal studies
A.V. Mal'ko, D.A. Lipinsky, R.S. Markunin 17

Law as a regulator of relations about values: theoretical and legal aspects
A.G. Chernyavsky 26

PHILOSOPHY OF LAW

Historical and logical methods of studying law: from the history of the Philosophy of Law
E.A. Frolova 36

DISCUSSIONS AND DEBATES

Opening of jurisprudence: epochs and style (The end)
Yu. A. Vedeneev 43

Stages and goals of modern reform Russian pension system through the prism of Aristotle's ethics and virtues
S.A. Khmelevskaya, D.N. Ermakov 54

RIGHTS AND FREEDOMS OF A MAN AND A CITIZEN

Law enforcement practice of the Federal Law "On meetings, rallies, demonstrations, processions and picketing" in the decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of human rights
L.A. Nudnenko 63

ECONOMY, LABOR, LAW

On the introduction of legal protection of geographical indication in the Russian Federation
V.I. Eremenko 72

STRENGTHENING OF LEGALITY AND STRUGGLE WITH CRIMINALITY

Prohibiting certain actions in the system measures of restraint and beyond this system
L.V. Brusnitsyn 81

LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS

Guarantees of the subjective rights of the most vulnerable groups of the population in changing world order
S.E. Smirnykh 89

ABROAD

Modernization of the material Constitution: Norwegian experience
M.A. Isaev 98

PAGES OF HISTORY

Justice of the peace in Bulgaria and in Russia (historical and legal research)
M.M. Mateev 111

Anti-usury laws of 1880, 1893 and their influence on the development of German law. The concept "usury" ("Wucher")
O.L. Lysenko 121

SCIENTIFIC REPORTS

Genesis of innovations in law
A.A. Uvarov 130

Constitutional principles and values as a subject of balance (proportionality): to the question of the complexities of the theoretical and practical content
T. Kh. Kemryugov 135

The archetype of statehood in the nature of man and society
A.L. Panishchev 143

CRITICISM AND BIBLIOGRAPHY

D.A. Pashentsev, M.V. Zaloilo, A.A. Dorskaya. Change of technological structures and legal development of Russia
L. Yu. Grudtsyna 149

Legal history of Russian civil society and how to write it
K.P. Krakovsky 151

PERSONALIA

Anniversary of Professor Vyacheslav N. Zhukov 155

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 7–16
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 7–16

ПРАВОВЫЕ ВЕКТОРЫ РЕАЛЬНЫХ ПРОЦЕССОВ – НОВЫЙ ПОДХОД В ТЕОРИИ

© 2021 г. Ю. А. Тихомиров, Е. В. Черепанова, Ф. В. Цомартова

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, г. Москва

E-mail: anticor@izak.ru

Поступила в редакцию 09.11.2020 г.

Аннотация. В статье представлен результат цикла инициативных разработок актуальных юридических проблем группы молодых ученых-юристов Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ под руководством проф. Ю.А. Тихомирова. Оригинальность исследования заключается в использовании нового подхода к анализу меняющейся и разновекторной правовой действительности. В его основе лежат следующие основные положения: 1) поворот теории права к исследованию реальных социально-экономических, экологических и иных процессов, к выявлению противоречий в законодательстве, к оценке причин бездействия нормативных правовых актов; 2) межотраслевой характер исследований, позволяющий преодолеть чрезмерную специализацию и некоторый консерватизм мышления специалистов, работающих в разных отраслях права, и способствующий комплексным решениям и действиям для реализации национальных целей и проектов; 3) системный анализ динамики соотношения национального и международного права; 4) комплексность, дающая возможность органически сочетать исследования права в контексте использования достижений других общественных наук – философской, экономической, политологической, социологической и психологической.

Ключевые слова: теория права, правовой метод, границы правового регулирования, правовое пространство, правовая модель, отклонения в праве, юридическое прогнозирование, правовые риски, юридический конфликт, право и климат, право и биотехнологии, право и роботизация.

Цитирование: *Тихомиров Ю.А., Черепанова Е.В., Цомартова Ф.В.* Правовые векторы реальных процессов – новый подход в теории // Государство и право. 2021. № 1. С. 7–16.

DOI: 10.31857/S102694520013249-4

LEGAL VECTORS OF REAL PROCESSES – A NEW APPROACH IN THE THEORY

© 2021 Yu. A. Tikhomirov, E. V. Cherepanova, F. V. Tsomartova

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

E-mail: antikor@izak.ru

Received 09.11.2020

Abstract. The article presents the results of a series of initiative developments of topical legal issues by a group of young legal scientists of the Institute of legislation and comparative law under the Government of the Russian Federation under the leadership of Prof. Yu. a. Tikhomirov. The originality of the research lies in the use of a new approach to the analysis of changing and multi-vector legal reality. It is based on the following main provisions: 1) the turn of the theory of law to the study of real socio-economic, environmental and other processes, to identify contradictions in legislation, to assess the reasons for inaction of normative legal acts; 2) the intersectoral nature of research, which allows overcoming excessive specialization and some conservatism of thinking of specialists

working in different branches of law and contributes to complex decisions and actions for the implementation of national goals and projects;·3) system analysis of the dynamics of the correlation between national and international law; 4) complexity, which makes it possible to organically combine law research in the context of using the achievements of other social Sciences – philosophical, economic, political science, sociological and psychological.

Key words: theory of law, legal method, boundaries of legal regulation, legal space, legal model, deviations in law, legal forecasting, legal risks, legal conflict, law and climate, law and biotechnology, law and robotics.

For citation: *Tihomirov, Yu. A., Cherepanova, E.V., Tsomartova F. V. (2021).* Legal vectors of real processes – a new approach in the theory // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 7–16.

Примерно 10 лет тому назад я (Ю.А. Тихомиров. – *Ред.*) обратился к молодым сотрудникам Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (далее – Институт) с просьбой начать инициативную разработку новых юридических проблем. Приглашение было принято, и собралось 13 человек, что впоследствии дало нам и другим право именовать этот коллектив «Группа 13». Было решено проводить обсуждения периодически с учетом времени и реальной загрузки сотрудников. Встречи проводились в форме семинара-беседы, когда мы искали проблему и темы для ее разрешения, обсуждали разные варианты и невольно достигали какой-то договоренности. Жесткого регламента не было.

Группа сплотилась, ее количественный состав все время менялся. Мы готовили монографии, публиковали научные статьи, проводили аналитические семинары, участвовали в научных конференциях. Все это постепенно позволяло вырабатывать новые подходы в теории права.

Возникал вопрос: о какой теории идет речь – о теории государства и права; об общей теории права; о теории права и государства?

Обстоятельно проанализировав юридическую литературу в данной области, вот что выявили для себя.

Напомним, что в 1940 г. вышел первый учебник по теории государства и права, подготовленный С.А. Голунским и М.С. Строговичем[1]. И с той поры своего рода схема теории права получила широкое распространение и реализуется до сих пор. Ее составными элементами были норма, правоотношения, ответственность, источники права и др. Примечательно, что разработка теории права вплоть до последнего времени ведется преимущественно в жанре учебников, что едва ли правильно[2].

С годами добавлялись некоторые новые разделы, например, право и гражданское общество. Такие теоретические инструменты действительно полезны для отраслевых юридических наук и правовой практики. Но теперь этого явно мало.

Обращает на себя внимание некоторый разрыв между теорией права и отраслевыми науками, когда накопление нормативного материала и новых решений в отраслях мало исследуется на теоретическом уровне. В то же время и некоторые теоретические новшевства почти не используются в отраслях. Речь идет о разработках Г.В. Мальцева применительно к социальным основаниям права, к использованию синергетики для анализа правовой системы[3], разработках Института в сфере правового мониторинга, правоприменения, механизмов оценки проектов нормативных актов[4]. Ослаб интерес к многолетней работе по подготовке проекта федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации». Отрицательно сказывается сугубо «текстовой подход» к правотворческой деятельности, когда акты принимаются и реализуются как бы сами по себе.

Работая в Институте, мы не могли не обратить внимание на иностранную литературу в области теории права. За последние десятилетия появилось много книг и статей о метаморфозах права, о недооценке роли принципов права[5], о сетевом праве[6], о силовом сломе публичных и частных правовых институтов[7].

[1] См.: Теория государства и права: учеб. / С.А. Голунский и М.С. Строгович. М., 1940.

[2] См., напр.: Общая теория государства и права: учеб. / В.В. Оксамытный. М., 2015; Теория государства и права: учеб. / под ред. О.Ю. Рыбакова. М., 2016.

[3] См.: *Мальцев Г.В.* Социальные основания права. М., 2007.

[4] См., напр.: Правовой мониторинг: науч.-практ. пособие / под ред. Ю.А. Тихомирова, Д.Б. Горохова. М., 2009; Эффективность законодательства: вопросы теории и практика / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, В.П. Емельянцев. М., 2015.

[5] См.: *Avila H.* Theory of Legal Principles. Springer Netherlands, 2007; *Decker C.* Goals-based and rules-based approaches to regulation. University of Oxford. BEIS Research Paper. 2018. No. 8; *Di Lorenzo V.* Principles-Based Regulation and Legislative Congruence // Legislation and Public Policy. 2012. No. 15. P. 45–108.

[6] См.: *Schuppert G.F.* Verwaltungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre. Nomos Verlagsgesellschaft. 2000; *Fenwick M., Van Uytsel S., Wrbka S.* Networked Governance, Transnational Business and the Law. Springer, 2014.

[7] См.: *Amhlaigh C., Michelon C., Walker N.* After Public Law. Oxford, 2019; *Worthington S., Robertson A., Virgo G.* Revolution and Evolution in Private Law. Hart Publishing, 2018.

Все это вместе взятое подвело нас к необходимости использовать другой подход к анализу меняющейся и разновекторной правовой действительности. В его основе лежат следующие основные положения:

поворот теории права к исследованию реальных социально-экономических, экологических и иных процессов, к выявлению противоречий в законодательстве, к оценке причин бездействия нормативных правовых актов;

межотраслевые исследования, позволяющие преодолеть чрезмерную специализацию и некоторый консерватизм мышления специалистов, осуществляющих исследования в разных отраслях юридической науки. Ведь главные и реальные события и явления в практике происходят на пересечении норм разных отраслей, на необходимости комплексных решений и действий для реализации национальных целей и проектов. К сожалению, это противоречение пока не преодолено;

системный анализ динамики соотношения национального права и международного права и их норм. Традиционные концепции дуализма и монизма, видимо, требуют корректировки в поисках согласованных и контрастных решений;

комплексный анализ, позволяющий органически сочетать исследования права в контексте использования достижений других общественных наук – философской, экономической, политологической, социологической и психологической. К сожалению, взаимное отчуждение ученых пока не преодолено.

Использование этого подхода позволило сотрудникам Института подготовить ряд работ, которые мы рассматриваем как начальный период реализации нового подхода. Ниже излагаются некоторые результаты исследований.

Динамика правопонимания и новые границы действия права

Наблюдающиеся в последние годы в России и в мире новые тенденции и изменения в развитии права, как, например, усиление взаимодействия и взаимовлияния международного и национального права, изменение принципов экономического развития, обусловливают необходимость выявления пределов воздействия права на человека и гражданина, актуализируют вопрос о пределах саморегуляции в различных сферах общественных отношений. Указанные вопросы требовали комплексной научной оценки, что положило начало исследованию о границах правового регулирования.

В ходе данного исследования предпринята попытка выявить границы правового регулирования, определить их виды и уровни, проследить динамику и особенности их изменения под влиянием внешних и внутренних факторов. Были предприняты попытки разрешения проблем определения оптимальной детализации нормативных актов, централизации или децентрализации правового регулирования, возможных пределов саморегуляции. Особое внимание уделено выявлению факторов, оказывающих позитивное и негативное влияние на изменение границ правового регулирования, дана оценка степени такого влияния.

Полученные в ходе исследования выводы и рекомендации представляют не только сугубо научный, но и практический интерес. Так, они могут быть положены в основу рекомендаций по установлению оптимальных границ правового регулирования, выстраиванию эффективного соотношения правовых и неправовых регуляторов, способствовать адекватному правовому реагированию на изменение характера общественных отношений, применяться в ходе правотворчества и правоприменения, при прогнозировании развития законодательства, определении и проведении государственной политики, совершенствовании правоприменительной практики[8].

Правовое пространство как явление известным образом опосредует многие сферы жизнедеятельности человека, социальных общностей, государств и их органов, бизнес-структур, общественных объединений, наконец, международных институтов. Но оно в разной степени охватывает те или иные «пространства общения», что наглядно видно в ходе исследования правовых пространств в сфере конституционных отношений, в сферах экономики, образования, науки, экологии. Особое значение приобретает информационное пространство, здесь меняются известным образом традиционные правоотношения «лицом к лицу» и возникают виртуальные правовые связи. Анализ проблем под этим углом зрения позволил сделать «главным героем» человека и проследить его разные статусы в правовых пространствах[9].

Дальнейшая глобализация и интенсивное развитие научно-технического, экономического и иного сотрудничества и соперничество государств, бизнес-структур, партий и международных организаций потребовали вновь вернуться к исследованию вопросов «правового пространства». Традиционное понятие границы в качестве территориальных границ как фиксированного объекта правового пространства также требовало своего

[8] См.: Границы правового регулирования: науч.-практ. пособие / отв. ред. И.В. Плюгина, Е.В. Черепанова. М., 2011.

[9] См.: Правовое пространство и человек / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Е.В. Пуляева, Н.И. Хлуденева. М., 2012.

пересмотра. В связи с этим коллектив авторов Института продолжил исследование проблем правового пространства, границ действия права, связанных с этим актуальных проблем прогнозирования и преодоления рисков в правовой сфере.

Основная гипотеза исследования заключалась в необходимости обеспечения разных режимов правового регулирования границ, в частности, поиск средств отражения интересов государства и международного сообщества в правовых нормах. Были разработаны теоретические проблемы правовых пространств и их границ, что сочетается с новыми реалиями в сфере соотношения национально-правовых и международно-правовых регуляторов, активного формирования виртуально-правовых пространств. Такой подход позволил провести анализ территориальных границ, экстерриториальных «зон», увеличить радиус исследования путем выявления характеристик морских, воздушных и космических пространств. Разработка концепции правовых границ позволила определить их виды и динамику развития, оценить факторы, влияющие на их стабильность и изменчивость[10].

Человек уже давно связан с техникой, которая помогала ему существовать и преодолевать природные и иные трудности. Технизация общества способствовала его дальнейшему развитию, ее цели и направления во многом определялись публичными и иными социальными институтами. И право активно использовалось в этой сфере.

В ходе исследования была предпринята попытка разработать юридическую концепцию роботизации, исходя из следующих основных положений: во-первых, она должна отражать процессы роботизации в общем контексте правового регулирования социально-экономических процессов и реализовываться поэтапно; во-вторых, целесообразна разработка понятий в данной области, отражающих как общеправовые и отраслевые правовые понятия, так и совмещенные со специальными; в-третьих, роботизация в фокусе права предполагает формирование новых статусов субъектов правоотношений, включая режимы совместного и автономного действия системы роботов; в-четвертых, следует учитывать специфику правовых институтов в условиях роботизации, особенно компетенций, решений, способов взаимоотношений, процедур деятельности; в-пятых, необходимо предвидеть как видоизменение и сужение некоторых предметов и способов правового регулирования, так и появление новых правовых явлений

Понимание правового регулирования как сложного механизма воздействия с присущими ему поведением людей, правовыми актами, статусами и компетенциями субъектов права и способами их взаимодействия служит исходной позицией для юридической концепции роботизации. Ее основные положения таковы: сочетание юридических и технических регуляторов, динамика статусов субъектов права, определение режимов создания и функционирования роботов, влияние роботизации на правовые институты и механизмы управления государственными и иными делами, правовые прогнозы и диагностика рисков, ошибки в процессе роботизации, наконец, ближайшие и отдаленные перспективы последствий роботизации[11].

Одним из главных вызовов, стоящих перед человечеством в XXI в., стала проблема изменения климата. Она порождает глубочайшие экономические, социальные, политические, культурные трансформации в окружающем мире. Правовая сфера также подвергается влиянию со стороны климатических процессов. В этой связи вопросы, связанные с изменением климата, все чаще становятся предметом междисциплинарных, в т.ч. правовых, научных исследований. В частности, в Институте в ходе исследования климат рассматривался в фокусе системного правового регулирования. Были исследованы вопросы сохранения климата на планете и проблемы правового суверенитета, экологической ответственности общества, государства, субъектов предпринимательской деятельности, специального правового регулирования в сфере сохранения климата, проанализированы результаты общественного мнения.

Результаты научных исследований позволили прийти к следующим выводам.

Проблемы, связанные с изменением климата, являются доминантой развития современного мира. Право должно системно реагировать на глобальные вызовы человечеству.

В международном праве необходимо последовательно реализовывать положения международных договоров, направленных на борьбу с изменением климата, предпринимать усилия на уровне международных организаций (ООН, ВОЗ, ФАО) и межгосударственных объединений (ЕА-ЭС, ЕС, БРИКС, АТЭС и др.).

Необходимо установить и разграничить компетенцию органов публичной власти в сфере борьбы с изменением климата, включая изменения положений о федеральных органах исполнительной власти.

[10] См.: Правовое пространство: границы и динамика / Ю.А. Тихомиров, А.А. Головина, И.В. Плюгина и др.; отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2019.

[11] См.: Юридическая концепция роботизации / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, С.Б. Нанба. М., 2019.

Развитие отраслей права должно основываться на приоритете экологического императива.

Следует поддерживать и развивать различные формы образования и обучения по проблемам изменения климата, адаптации к негативным изменениям климата.

Особую ответственность несет бизнес, который не должен осуществлять свою хозяйственную деятельность исключительно в угоду узким корпоративным интересам.

Необходимо повышение экологической культуры и сознательности граждан, особенно молодежи[12].

Еще одна сфера, которая всегда была предметом особой заботы общества и государства,– это сфера экономической деятельности. Ее двигателем является промышленность как многоотраслевой производственный технологический комплекс. И право искало и находило способы регулирования этих сфер. Однако внимание к правовому воздействию на экономику в целом не всегда сопровождается адекватными экономико-правовыми разработками применительно к промышленности. В последние годы преувеличенная оценка рыночных инструментов привела к некоторому забвению этой проблемы. Между тем без эффективного правового регулирования промышленного развития трудно обеспечить модернизацию и формирование инновационной экономики. Качество регулирования и здесь важнейший фактор.

Такая оценка социально-экономической ситуации побудила авторов провести исследование, в котором предпринята попытка провести комплексный анализ правовых способов регулирования экономики. Разработка механизма правового обеспечения позволила дать характеристику системы правовых и управленческих регуляторов. А это, в свою очередь, послужило основой для анализа и оценки статусов субъектов промышленной деятельности и их деятельности в сферах финансовых, инновационных и трудовых отношений и создания продукции высокого качества[13].

Начавшееся столетие, сопровождающееся бурным развитием генной инженерии, молекулярной биологии, биохимии, эмбриологии и т.п., названо экспертами «эрой биотехнологий». Их беспрецедентное развитие порождает как надежды на решение глобальных проблем человечества, так и страхи, связанные с колоссальным потенциалом их влияния на природу человека.

В связи с этим процессы разработки и применения биомедицинских технологий нуждаются в своевременной и адекватной правовой регуляции, связывающей систему биологического знания с системой человеческих ценностей. Ныне вся эта область с точки зрения социального регулирования – пример этического и правового «запаздывания» общественной оценки условий развития новых направлений медицины.

Формирование правовых основ в области биомедицины должно исходить из того, что, с одной стороны, бесконтрольная разработка биомедицинских технологий с учетом степени их влияния на природу человека несет риски, а с другой – необоснованные и чрезмерные ограничения в этой сфере могут привести к значительному биотехнологическому отставанию.

Решение научной проблемы по приведению правового регулирования в соответствие с новым уровнем развития биомедицинских технологий требует теоретической разработки общих правовых подходов к существу содержания, социальной направленности и главным особенностям регулирования отношений в сфере биомедицины, которая позволила бы сформировать специальное правовое регулирование в этой области.

В результате исследований, проведенных в Институте, были выявлены и разработаны базовые правовые формы биомедицинских отношений: речь идет об особой группе субъективных прав, связанных с признанием за человеком возможности распоряжаться своим телом по своему усмотрению, принципах правового регулирования соответствующих отношений; ограничениях и запретах биомедицинской деятельности, биомедицинской безопасности и т.п.[14]

Эффективные методы формирования правовых регуляторов

Преобладающий в последние годы «нормативный вал» в регулировании явлений и процессов без глубоких аналитических и прогнозных расчетов и предвидения результатов действия права неизбежно ведет к неэффективности регулирования экономических, социальных и политических процессов, потоку поправок и дополнений, и, наконец, к ошибкам. Учитывая эти тенденции, было проведено исследование, основная цель которого заключалась в разработке нового механизма правотворчества и правоприменения, в основе которого формирование и реализация правовых моделей. Ведь именно в правовых моделях отражаются как настоящее правовое состояние общества, его

[12] См.: Право и климат планеты / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, С.А. Боголюбов, Н.В. Кичигин. М., 2018.

[13] См.: Правовое обеспечение промышленности: науч.-практ. пособие / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2010.

[14] См.: Право в эпоху биотехнологий: сб. материалов студ. конф. (Москва, 27 сентября 2018 г.) / отв. ред. Ю.Н. Кашеварова, С.Б. Бальхаева, Ф.В. Цомартова. М., 2018.

сфер и отраслей, так и тенденции оптимального регулирования. Это потребовало решения трех главных задач: обоснования роли опережающего правового воздействия, природы; разработки правовых моделей на основе современных теорий и концепций; выявления факторов и механизма реальных отклонений от правовых моделей.

В исследовании было уделено внимание не только форме выражения правовых моделей в программных и иных документах, научных концепциях, но и анализу трудностей их реализации. Дело в том, что комплексный характер правовых моделей порождает неодинаковое восприятие их и практическое осуществление. Нередко модели быстро отходят на второй план. Вводя понятие «отклонение» от правовой модели, авторы стремились показать влияние социальных конфликтов на ход и объем реализации моделей, с ними органически связаны проблемы выявления и преодоления конфликта интересов в публичном и частном праве. Одной из причин таких противоречий служат как дефекты в праве, так и сложный механизм противоправного поведения. Вместе с тем одной из интересных граней правового отражения реальности служат т.н. позитивные отклонения, в которых отражается сложность юридико-познавательного процесса. Возникают новые правовые явления, взгляды и позиции, выявляются пробелы и ошибки в правовом регулировании. Социальный опыт несет много инициативных способов саморегулирования. И все это служит сигналом к обновлению моделей и практики их реализации[15].

В исследовании, посвященном праву как активному средству и объекту прогнозирования, в качестве результата правового прогнозирования рассматривается опережающее правовое воздействие, направленное на повышение эффективности и устойчивости социального, экономического и политического развития. Исследование открывает простор для использования новых методов правового проектирования и преодоления привычного взгляда на право как на средство пассивного закрепления определенного состояния общества и государства.

Приведен анализ природы и механизма прогнозирования, правового регулирования прогнозной деятельности внутри государства и на международном уровне, теории правовых рисков и способов их диагностики на стадиях правотворчества и правоприменения. Предложены средства правового регулирования рисковых ситуаций и их предотвращения. Обоснованы механизмы управления рисками и компенсации ущерба вследствие возникновения непредвиденных обстоятельств[16].

Развивая данные положения, в последующие годы юридическое прогнозирование стало предметом самостоятельного исследования, в ходе которого была охарактеризована природа, признаки и виды юридического прогнозирования, позволяющие обеспечить выбор оптимальных стратегий развития права и институтов, направленных на стабильное функционирование общества и государства, рассмотрены процедуры моделирования и принятия прогнозных решений, их использование, причины и виды правовых рисков.

Согласно исходной позиции юридическое прогнозирование – новое явление в правовой теории и практике. Разработка этого механизма предполагает подготовку кадров, правил и методов общего и юридического прогнозирования. Обучение следует сочетать с программами курсов повышения юридической квалификации. Целесообразна разработка рекомендаций, которые послужат основой для использования механизма юридического прогнозирования. Такие рекомендации могут включать следующие положения:

1. Юридическое прогнозирование – разработка перспективных путей развития правового регулирования на основе оценки динамики правовой сферы и результатов правового мониторинга. При этом необходимо учитывать возможное изменение правовых концепций, теорий, сфер, объектов правового регулирования, видов правовых регуляторов, статусов и компетенций субъектов права, показателей поведения людей в правовой сфере и выявлять правовые риски.

2. Исходную позицию юридического прогнозирования динамики правовых рисков составляют:

а) долгосрочные стратегии экономического развития Российской Федерации и субъектов Российской Федерации;

б) стратегии развития сфер и отраслей экономического, социального, политического и экологического развития;

в) принципы и нормы Конституции РФ, конституций и уставов субъектов Российской Федерации;

г) федеральные законы;

д) аналитические доклады (материалы), результаты мониторинга правоприменения;

е) обобщенные данные в сферах социологии, политологии, психологии и экономики.

3. Объектом юридического прогнозирования могут быть:

[15] См.: Правовые модели и реальность / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Е.Е. Рафалюк, Н.И. Хлуденева. М., 2014.

[16] См.: *Тихомиров Ю.А.* Право: прогнозы и риски. М., 2015.

а) тенденции развития правовой системы государства;

б) тенденции и факторы развития правового регулирования отдельных сфер и отраслей законодательства;

в) динамика публично-правовых институтов и органов;

г) перспективы развития отраслей и институтов законодательства;

д) эффективность нормативного правового акта;

е) состояние и тенденции развития иностранного законодательства;

ж) векторы международно-правового регулирования.

4. Субъектами проведения юридического прогнозирования могут выступать прежде всего:

а) юридические научные центры и юридические университеты;

б) группы ученых и специалистов разного профиля;

в) государственные органы, обладающие необходимой информацией, кадровым и ресурсным потенциалом;

г) независимые группы экспертов, представителей бизнес-структур;

д) институты гражданского общества.

5. В ходе юридического прогнозирования осуществляются действия лиц и структур, уполномоченных выполнять соответствующие функции. Составляется план-график выполнения этих работ для обеспечения непрерывного наблюдения за процессами и явлениями в правовой сфере, а в случаях необходимости корректировки правовых индикаторов.

6. В механизме юридического прогнозирования используется как информация комплексного характера (правовая статистика, экономическая, научно-техническая, социально-психологическая, политическая информация, а также соответствующая международная информация), так и целевая информация тематического содержания.

7. В механизме прогнозирования используются методы системного анализа, моделирования, оценки регулирующего воздействия, экспертных оценок, исторического и сравнительно-правового анализа.

8. Юридическое прогнозирование служит научной основой для подготовки программ законопроектной деятельности, социально-экономического развития, необходимых для проведения реформ. Оно связано с правовым мониторингом.

9. Информационно-аналитическая работа в процессе юридического прогнозирования позволяет готовить следующие варианты решения поставленных задач:

а) консервативный, сохраняющий тенденции настоящего и экстраполирующий их на будущее, т.е. обеспечивающий устойчивость механизмов правового регулирования,

б) оптимистический, т.е. позволяющий обеспечивать новое правовое состояние в регулируемой сфере,

в) пессимистический, т.е. учитывающий негативные факторы ухудшения правового регулирования.

Выбор лучшего варианта происходит с учетом фактов, ресурсов, времени и интересов сторон.

10. Ввиду особой важности объектов прогнозирования может быть проведен социально-правовой эксперимент для проверки эффективности прогнозного решения в целом или его части. Для этого готовятся специальные программы, в т.ч. посредством введения временных правил или временного приостановления некоторых норм действующих нормативных правовых актов.

11. Подготовленный юридический прогноз направляется для использования в государственные органы, ответственные за решение соответствующих задач, для рассмотрения и принятия мер по его использованию, для оценки эффективности правового регулирования. Результаты юридического прогнозирования могут быть опубликованы для всеобщего сведения[17].

Правоприменение. Успехи и ошибки

Традиционно в юридической науке понятие «юридический конфликт» исследуется в ключе соблюдение законности. Такие исследования полезны, но они оставляют в стороне глубинные причины юридических конфликтов в контексте общественного развития и многообразия форм выражения. Назрела необходимость проведения исследования, ставящего перед собой задачу исследовать природу, причины, ветвь юридических конфликтов и их динамику.

Авторский коллектив разработал концепцию юридических конфликтов на основе системной связи таких явлений, как противоборство идей и концепций, противоречия между правовыми актами, разногласия между позициями и действиями субъектов права.

Характеристика природы юридического конфликта потребовала анализа социального конфликта и разработки вопросов, связанных с причинами, содержанием и видами юридических конфликтов.

[17] См.: Юридическое прогнозирование: науч.-практ. пособие / Ю.А. Тихомиров. М., 2018.

Так, по сферам (содержанию) предложена следующая возможная классификация конфликтных ситуаций: *непрерывно возникающие конфликтные ситуации* («вечные конфликты» – столкновение тенденций централизации и децентрализации власти, отчуждение граждан от права и др.), *юридические конфликты* (между работником и работодателем, вследствие расхождений между притязаниями и правовыми требованиями и т.д.), *«конфликты будущего»* (например, между границами государственного суверенитета и объемом наднационального регулирования, между процессами информатизации и роботизации общественных отношений и традиционными формами деятельности человека, его профессиональной подготовкой).

Большое внимание уделено обобщению опыта исследований проблем юридической конфликтологии. Раскрыты этапы развития юридических конфликтов и процедуры их разрешения. Рассмотрена специфика юридических конфликтов в разных сферах государственной жизни: экологической, социальной, экономической политической и международной. По мнению участников исследования, определение степени напряженности конфликта позволяет сделать своевременный выбор мер и действий, требует тщательных обоснований и расчета рисков и последствий, иначе вместо угасания конфликтов неизбежно их обострение[18].

Стремительное и масштабное развитие законодательства, являющееся правовым фундаментом устойчивого социально-экономического и политического роста, к сожалению, не в полной мере обеспечивает стабильный правопорядок. Это приводит к отклонению от права и массовым нарушениям законодательства. Правоприменение остается на низком уровне. Все эти факторы требовали проведения исследования, основной целью которого являлась бы не только творческая разработка современной теории законности с присущими ей научным понятием и механизмами обеспечения, но и трактовка законности как меры действия законодательства в рамках внутреннего и международного права.

В ходе проведенного исследования удалось обосновать положение о динамике уровня законности, открывающее возможности его измерений в разных областях человеческой деятельности и в процессе реализации национально-правовых и международно-правовых актов. Разработаны система научных понятий, позволяющих проводить оценку динамики законности; комплекс вопросов о регулятивном ресурсе нормативного правового акта и влиянии на него таких явлений, как правовая культура, риски и усмотрение; о государственном механизме обеспечения законности. Проведен анализ характера законности в государственном управлении, пределов государственного регулирования, предложена типология нарушений законодательства, мер противодействия коррупции. Рассматривается роль судебной власти как гаранта законности. Особо выделены социально-психологические аспекты. Впервые в контекст анализа включены институты гражданского общества. На этой основе проведен анализ состояния законности в основных сферах государственной жизни: экономической, социальной, политической и экологической.

Сделан вывод о том, что становятся очевидными недопустимость разрыва органических связей между правотворчеством и правоприменением и явное преувеличение роли первого элемента. Формирование механизма правоприменения означает: во-первых, активное участие всех субъектов права; во-вторых, неуклонное обеспечение баланса публичных, локальных и частных интересов; в-третьих, упорядочение подзаконного нормотворчества; в-четвертых, высокую эффективность деятельности суда, прокуратуры, контрольных органов. Необходимы дополнительные превентивные способы обеспечения реализации меры законности путем повышения качества нормативного правового акта, регулирования статуса публичных органов, правовой культуры граждан[19].

Старт в будущее

Мы сознаем, что предложенные новеллы являются первым шагом в научных исследованиях. За ними должны последовать другие шаги, позволяющие полнее отразить многообразие правовой практики, ее противоречивость, обнаружить причины принятия и бездействия нормативных правовых актов. Научно-правовое прогнозирование позволяет юридической практике избегать ошибок. И это есть важный вклад в устойчивое развитие Российской Федерации.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Границы правового регулирования: науч.-практ. пособие / отв. ред. И.В. Плюгина, Е.В. Черепанова. М., 2011.
2. Законность: теория и практика / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Н.В. Субанова. 3-е изд. М., 2017.
3. *Мальцев Г.В.* Социальные основания права. М., 2007.
4. Общая теория государства и права: учеб. / В.В. Оксамытный. М., 2015.
5. Право в эпоху биотехнологий: сб. материалов студ. конф. (Москва, 27 сентября 2018 г.) / отв.

[18] См.: Юридический конфликт / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2017.

[19] См.: Законность: теория и практика / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Н.В. Субанова. 3-е изд. М., 2017.

ред. Ю.Н. Кашеварова, С.Б. Бальхаева, Ф.В. Цомартова. М., 2018.

6. Право и климат планеты / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, С.А. Боголюбов, Н.В. Кичигин. М., 2018.
7. Правовое обеспечение промышленности: науч.-практ. пособие / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2010.
8. Правовое пространство: границы и динамика / Ю.А. Тихомиров, А.А. Головина, И.В. Плюгина и др.; отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2019.
9. Правовое пространство и человек / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Е.В. Пуляева, Н.И. Хлуденева. М., 2012.
10. Правовой мониторинг: науч.-практ. пособие / под ред. Ю.А. Тихомирова, Д.Б. Горохова. М., 2009.
11. Правовые модели и реальность / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Е.Е. Рафалюк, Н.И. Хлуденева. М., 2014.
12. Теория государства и права: учеб. / под ред. О.Ю. Рыбакова. М., 2016.
13. Теория государства и права: учеб. / С.А. Голунский и М.С. Строгович. М., 1940.
14. *Тихомиров Ю.А.* Право: прогнозы и риски. М., 2015.
15. Эффективность законодательства: вопросы теории и практика / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, В.П. Емельянцев. М., 2015.
16. Юридическая концепция роботизации / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, С.Б. Нанба. М., 2019.
17. Юридический конфликт / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2017.
18. Юридическое прогнозирование: науч.-практ. пособие / Ю.А. Тихомиров. М., 2018.
19. *Amhlaigh C., Michelon C., Walker N.* After Public Law. Oxford, 2019.
20. *Avila H.* Theory of Legal Principles. Springer Netherlands, 2007.
21. *Decker C.* Goals-based and rules-based approaches to regulation. University of Oxford. BEIS Research Paper. 2018. No. 8.
22. *Di Lorenzo V.* Principles-Based Regulation and Legislative Congruence // Legislation and Public Policy. 2012. No. 15. P. 45–108.
23. *Fenwick M., Van Uytsel S., Wrbka S.* Networked Governance, Transnational Business and the Law. Springer, 2014.
24. *Schuppert G.F.* Verwaltungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre. Nomos Verlagsgesellschaft. 2000.
25. *Worthington S., Robertson A., Virgo G.* Revolution and Evolution in Private Law. Hart Publishing, 2018.

REFERENCES

1. Borders of legal regulation: scientific and practical manual / ed. by I.V. Plyugina, E.V. Cherepanova. M., 2011 (in Russ.).
2. Legality: theory and practice / ed. by Yu. A. Tikhomirov, N.V. Subanova. 3th ed. M., 2017 (in Russ.).
3. *Maltsev G.V.* The social foundations of law. M., 2007 (in Russ.).
4. The General theory of state and law: textbook / V. Oksamitniy. M., 2015 (in Russ.).
5. Right in the age of biotechnology: proceedings of the stud. conf. (Moscow, 27 September 2018) / ed. by Yu. N. Kashevarova, S.B. Belyaeva, F.V. Tsomartova. M., 2018 (in Russ.).
6. Law and climate / ex. ed. Yu. A. Tikhomirov, S.A. Bogolyubov, N.V. Kichigin. M., 2018 (in Russ.).
7. Legal support of industry: scientific and practical textbook / ex. ed. Yu. A. Tikhomirov. M., 2010 (in Russ.).
8. Legal space: the boundaries and dynamics / Yu. A. Tikhomirov, A.A. Golovin, I.V. Plyugina, etc.; ex. ed. Yu. A. Tikhomirov. M., 2019 (in Russ.).
9. Legal space and the person / ex. ed. Yu. A. Tikhomirov, E.V. Pulyaeva, N.I. Khludeneva. M., 2012 (in Russ.).
10. Legal monitoring: scientific and practical manual / ed. by Yu. A. Tikhomirov, D.B. Gorokhova. M., 2009 (in Russ.).
11. Legal models and reality / ed. by Yu. A. Tikhomirov, E.E. Rafalyuk, N.I. Khludeneva. M., 2014 (in Russ.).
12. Theory of state and law: textbook / under the editorship of O. Yu. Rybakov. M., 2016 (in Russ.).
13. Theory of state and law: textbook / S.A. Golunsky and M.S. Strogovich. M., 1940 (in Russ.).
14. *Tikhomirov Yu. A.* Law: projections and risks. M., 2015 (in Russ.).
15. The effectiveness of legislation: theory and practice / ex. ed. Yu. A. Tikhomirov, V.P. Emelyantsev. M., 2015 (in Russ.).
16. The legal concept of robotics / ex. ed. Yu. A. Tikhomirov, S.B. Nanba. M., 2019 (in Russ.).
17. Legal conflict / ex. ed. Yu. A. Tikhomirov. M., 2017 (in Russ.).
18. Legal forecasting: scientific and practical manual / Yu. A. Tikhomirov. M., 2018 (in Russ.).
19. *Amhlaigh C., Michelon C., Walker N.* After Public Law. Oxford, 2019.
20. *Avila H.* Theory of Legal Principles. Springer Netherlands, 2007.
21. *Decker C.* Goals-based and rules-based approaches to regulation. University of Oxford. BEIS Research Paper. 2018. No. 8.

22. *Di Lorenzo V.* Principles-Based Regulation and Legislative Congruence // Legislation and Public Policy. 2012. No. 15. P. 45–108.

23. *Fenwick M., Van Uytsel S., Wrbka S.* Networked Governance, Transnational Business and the Law. Springer, 2014.

24. *Schuppert G.F.* Verwaltungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre. Nomos Verlagsgesellschaft. 2000.

25. *Worthington S., Robertson A., Virgo G.* Revolution and Evolution in Private Law. Hart Publishing, 2018.

Сведения об авторе

ТИХОМИРОВ Юрий Александрович –
доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, член-корреспондент Международной академии сравнительного права, заместитель заведующего Центром публично-правовых исследований Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; 117218 г. Москва, ул. Б. Черемушкинская, д. 34

ЧЕРЕПАНОВА Екатерина Викторовна –
кандидат юридических наук, старший научный сотрудник отдела правовых проблем противодействия коррупции Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; 117218 г. Москва, ул. Б. Черемушкинская, д. 34

ЦОМАРТОВА Фатима Валерьевна –
кандидат юридических наук, старший научный сотрудник отдела социального законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; 117218 г. Москва, ул. Б. Черемушкинская, д. 34

Authors' information

TIKHOMIROV Yuri A. –
Doctor of Law, Professor, honored scientist of the Russian Federation, corresponding member of the International Academy of comparative law, Deputy head of the Center for public law research of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation; 34 B. Cheremushkinskaya str., 117218 Moscow, Russia

CHEREPANOVA Ekaterina V. –
PhD in Law, senior researcher of the Department of legal problems of anti-corruption of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation; 34 B. Cheremushkinskaya str., 117218 Moscow, Russia

TSOMARTOVA Fatima V. –
PhD in Law, senior researcher of the Department of social legislation of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation; 34 B. Cheremushkinskaya str., 117218 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 17–25
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 17–25

УДК 340.11

ПОЗИТИВНАЯ И НЕГАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ КАК ПРОЯВЛЕНИЕ ДИАЛЕКТИЧЕСКОЙ ЛОГИКИ В ЮРИДИЧЕСКИХ ИССЛЕДОВАНИЯХ

© 2021 г. А. В. Малько[1, *], Д. А. Липинский[2, **], Р. С. Маркунин[3, *]**

[1]Поволжский институт (филиал)
Всероссийского государственного университета юстиции, г. Саратов
[2]Тольяттинский государственный университет
[3]Саратовская государственная юридическая академия

**E-mail: alex25-58@mail.ru*
***E-mail: Dmitri8@yandex.ru*
****E-mail: markunin88@yahoo.com*

Поступила в редакцию 12.02.2020 г.

Аннотация. Статья посвящена исследованию двух проявлений юридической ответственности в виде ее позитивного и негативного начал. Авторами рассматривается роль диалектической логики в процессе формирования парных категорий в правовой системе. Устанавливается ряд требований, необходимых для формирования новых парных категорий. На примере «депоощрения» показаны возможные ошибки при создании правовых категорий. В статье доказывается связь поощрения и наказания, в которой юридическая ответственность отражает их единство и взаимодействие. Делается вывод, что для проведения всестороннего исследования требуется анализ диалектических противоречий изучаемого явления, а также установление их закономерностей и определение источника их развития.

Ключевые слова: юридическая ответственность, поощрение, наказание, диалектическая логика, парные категории, меры ответственности, противоречие, правовая система, правовая политика, понижение в должности.

Цитирование: *Малько А.В., Липинский Д.А., Маркунин Р.С.* Позитивная и негативная ответственность как проявление диалектической логики в юридических исследованиях // Государство и право. 2021. № 1. С. 17–25.

Статья выполнена при поддержке РФФИ, проект № 19-011-00103 А «Юридическая ответственность в правовой системе России: концепция взаимодействия, взаимосвязей и устранения противоречий с иными элементами правовой системы».

DOI: 10.31857/S102694520013225-8

POSITIVE AND NEGATIVE RESPONSIBILITY AS A MANIFESTATION OF DIALECTIC LOGIC IN LEGAL STUDIES

© 2021 A. V. Mal'ko[1, *], D. A. Lipinsky[2, **], R. S. Markunin[3, *]**

[1]Volga region Institute (branch) All-Russian state University of justice, Saratov
[2]Togliatti state university
[3]Saratov state Law Academy

**E-mail: alex25-58@mail.ru*
***E-mail: Dmitri8@yandex.ru*
****E-mail: markunin88@yahoo.com*

Received 12.02.2020

Abstract. The article is devoted to the study of two manifestations of legal responsibility in the form of its positive and negative beginnings. The authors investigate the role of dialectical logic in the formation of paired categories in the legal system. A number of requirements are set for the formation of new paired categories. For example, the "depoortere" shows a possible error when creating new legal categories. The article proves the connection between encouragement and punishment, in which legal responsibility reflects their unity and interaction. In the end, it is concluded that to conduct a more in-depth study, first of all, it is necessary to analyze the dialectical contradictions of the studied phenomenon, as well as to establish their main laws and determine the source of their development.

Key words: legal responsibility, promotion, punishment, dialectical logic, paired categories, measures of responsibility, contradiction, legal system, legal policy, demotion.

For citation: *Mal'ko, A.V., Lipinsky, D.A., Markunin, R.S. (2021).* Positive and negative responsibility as a manifestation of dialectic logic in legal studies // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 17–25.

The article was supported by the RFBR, project No. 19-011-00103 A "Legal responsibility in the Russian legal system: the concept of interaction, interrelationships and elimination of contradictions with other elements of the legal system".

Объективной реальности всегда сопутствуют противоречивые процессы внутри нее, которые являются основой для дальнейшего ее совершенствования. Противоречия в рамках мышления выступают в роли исходной стадии дальнейшего развития. Подобные разногласия разрешаются не путем уточнения понятия, которое отражает форму развития, а в результате дальнейшего исследования объективной реальности, благодаря установлению высшей формы развития, где исходные противоречия находят свое фактическое решение. Противоречия в мышлении заставляют организовывать поиск и анализ тех дополнительных фактов, которые требуются для решения возникших проблем.

В рамках теоретического выражения действительности противоречия считаются обычными явлениями, которые постоянно возникают исходя из процесса самого исследования. Они не могут быть отнесены к логическим противоречиям, хотя и обладают рядом сходных черт. Логические противоречия в процессе познания недопустимы и выступают свидетельством ошибки исследователя, что подтверждается формальным анализом. Чаще всего эти противоречия касаются употребления терминов, а не процесса теоретического анализа. Иной вид, а именно диалектические противоречия могут быть объяснены законом единства и борьбы противоположностей, где совпадения противоречий данного вида настолько сильны, что они доходят до тождества. Этот закон составляет основу диалектической логики, которая призвана способствовать развитию действительности.

В сфере юриспруденции диалектические противоречия также находят свое отражение в рамках функционирования правовых явлений. К примеру, правовая система выступает в виде совокупности взаимодействующих друг с другом противоположных юридических явлений, которые имеют свою иерархическую организованность. Чем сложнее правовая категория, тем отчетливее в ней выражаются диалектические противоречия[1].

Юридическая ответственность как сложный и комплексный правовой институт также не избавлен от диалектических противоречий внутри своей структуры. Подобные противоречия ярко проявляются в существовании позитивной и негативной юридической ответственности. Классическое понимание негативной ответственности связывается с необходимостью для субъекта нести неблагоприятные последствия в связи со своим противоправным поведением. Позитивная юридическая ответственность нацелена на будущее поведение субъекта права и выражается в осознании лицом необходимости его законопослушной деятельности. Этот вид ответственности возможен благодаря единству объективных и субъективных признаков. Субъективные признаки включают в себя осознание установленных обязанностей; формирование к ним психического отношения; мотивы, цели, эмоции и т.д. Вне сознания и при отсутствии свободы выбора варианта поведения субъект лишен возможности сформировать свое отношение к совершаемым действиям, вследствие чего юридическая ответственность будет отсутствовать[2].

Характеризуя позитивную ответственность, можно указать на то, что она: а) связывается с решением задач конкретного лица (субъекта права), выполнение которых входит в его обязанность; б) направлена на стимулирование социальной активности лица, заключающаяся в достижении

[1] См.: *Ныркова В.В.* Поощрение и наказание как парные юридические категории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 9.

[2] См.: *Липинский Д.А.* Концепции позитивной юридической ответственности в отечественной юриспруденции // Журнал росс. права. 2014. № 6. С. 38.

поставленных полезных целей; в) соотносит фактические деяния с возможными юридически значимыми последствиями, установленными правовыми нормами; г) включает в себя, помимо самого факта достижения цели, еще и качественные способы этого достижения в виде рациональности, добросовестности и т.д.[3]

При совершении правонарушения в правосознании субъекта происходит процесс трансформации признаков позитивной ответственности в признаки совершаемого правонарушения. Помимо вышеназванных признаков, позитивная юридическая ответственность отличается отсутствием вины и присутствием положительного психического отношения к совершаемым действиям.

Однако, учитывая различные проявления юридической ответственности, она остается единым, нормативным правовым явлением, которое основывается на государственном поощрении, убеждении или принуждении. Кроме всего прочего, юридической ответственности как комплексному явлению свойственны признаки формальной определенности, четкости, детализированности и общеобязательности. При реализации ответственности последствиями могут выступать поощрение, одобрение или наказание[4].

Правовое регулирование юридической ответственности связывается с установлением управомоченного и обязанного поведения, различных запретов, велений совершать или воздерживаться от определенных действий. Норма права при этом выполняет роль эталона возможного, должного и ответственного поведения. Подобный эталон определяет правомерность и противоправность юридически значимого поведения. Помимо этого благодаря правовым нормам формализуется и устанавливается юридическая ответственность[5].

Позитивной и негативной юридической ответственности может быть присуще статическое и динамическое состояние. В первом случае позитивная ответственность представлена как обязанность по выполнению точных требований, закрепленных правовыми нормами, которым субъект должен неукоснительно подчиняться. Динамическое состояние связывается с правомерным поведением и с применением поощрительных мер ответственности. Статическое состояние негативной ответственности заключается в обязанности лица, совершившего противоправное деяние, подвергнуться мерам правоограничительного характера, которые фиксируются санкциями правовой нормы. Динамическая стадия находит свое отражение в непосредственной реализации обязанности.

Эти две разновидности юридической ответственности выступают в качестве парных диалектических категорий. Исследование подобных категорий, которые способны раскрывать внутренние взаимосвязи между правовыми явлениями, их единство и особенности перехода – является актуальным направлением в теории права. Анализ правовых категорий в качестве парных изначально направлен на диалектику их отношений друг с другом, что ведет к установлению связей между ними и рассмотрению противоположных сторон с учетом их взаимодействия.

Алгоритм исследования парных юридических категорий заключается в начальном проведении анализа правовых явлений и обоснования их самостоятельности. Далее следует использовать метод сравнения при сопоставлении их противоположностей и определения их общих и отличительных признаков. Следующим этапом выступает оценка воздействия одного явления на другое и анализ их взаимного влияния с применением диалектического закона двойного отрицания. Взаимодействие диалектической пары должно быть представлено в виде источника развития и самодвижения, посредством этого устанавливается внутренняя связь этих явлений между собой и их структурными элементами. В конце исследования изучается количественные и качественные характеристики парных категорий[6]. Осложняет исследование парных категорий и тот факт, что используемые понятия «единство», «противоречие», «взаимовлияние» относятся в большой степени к философским наукам, чем к юридическим. К примеру, в философских исследованиях принято считать, что единство представляет собой элемент процесса взаимодействия[7].

Исследование правовых явлений и процессов с учетом их взаимодействия и взаимовлияния друг на друга приводит юридические науки к необходимости выражения установленных противоположностей в соотносимых явлениях через парные категории[8]. Существование противоречивых категорий в правовых феноменах не является чем-то новым. Наука постоянно сталкивается

---

[3] См.: *Гревцов Ю.И.* Лекции по общей теории права: учеб. пособие. СПб., 2019. С. 328.

[4] См.: *Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А.* Общая теория юридической ответственности. СПб., 2007. С. 47.

[5] См.: *Липинский Д.А., Хачатуров Р.Л., Шишкин А.Г.* Меры юридической ответственности. М., 2014. С. 7.

[6] См.: *Ныркова А.В.* Поощрение и наказание как парные юридические категории. Саратов, 2006. С. 86.

[7] См.: *Липинский Д.А.* Юридическая ответственность и безответственность как парные юридические категории // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2019. № 2. С. 10.

[8] См.: *Васильев А.М.* Правовые категории: методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М., 1976. С. 242.

с явлениями, которые борются в определенной неразрывной связи друг с другом, что порождает их взаимозависимость. Яркими примерами подобных категорий выступают субъективное право и юридическая обязанность, материальное и процессуальное право и т.д. О вышеназванных категориях нельзя вести речь как о соподчиненных явлениях, поскольку ни одна из них не включается в структуру другой. При этом каждая пара категорий включает в себя бесспорную связь и зависимость между ними. По этой причине данные явления требуется рассматривать в виде парных категорий, которые фиксируют некое единство благодаря наличию противоположных проявлений[9].

В процессе познания далеко не сразу раскрывается единство противоречий и противоположностей конкретного объекта, подвергаемого исследованию. На первом этапе изучаются различные стороны объекта, чтобы в дальнейшем приступить к анализу его противоположностей и раскрытию их единства. В результате диалектическая логика рассматривает категории, которые выступают в виде определенных ступеней познания, достигая которых все ближе приближаешься к истине. Абсолютизирование одной стороны явлений или сосредоточение анализа одной из черт в ущерб другим выступает нарушением принципов работы диалектической логики[10].

Именно это и происходит в исследованиях, которые не рассматривают позитивную юридическую ответственность и не разделяют мнение о ее существовании. Сторонники лишь негативной юридической ответственности считают, что в рамках одного и единого явления невозможно объединить столь противоречивые стороны, аспекты, формы, т.к. одна исключает другую. Однако за счет наличия подобных явлений и образуется диалектическое противоречие. Если при анализе явлений отталкиваться от позиций диалектической логики, то юридическая ответственность в таком случае будет представлять собой единое явления с борющимися внутри себя различными формами реализации. Исходя из диалектических законов, правонарушение существует в реальности в связи с существованием правомерного поведения, а принудительная форма реализации ответственности со стороны государства проявляется лишь благодаря наличию добровольной формы.

Подобное игнорирование аспектов юридической ответственности может происходить и в обратную сторону. Ряд ученых-правоведов высказывают мнение, что поскольку государство закрепляет юридическую ответственность в виде особой ценности в правовых нормах, то ответственность носит исключительно позитивный характер[11]. Однако если рассмотреть действие мер ответственности по отношению к правонарушителю, то для него они не будут нести позитивного характера, поскольку связаны с определенными лишениями. Претерпевание подобных лишений выступает ценностью для общества и государства, но не для самого лица, совершившего правонарушение. В подобных суждениях можно увидеть логику цивилистических конструкций, где все внимание сосредотачивается лишь на одной стороне правоотношения, при этом игнорируется другая сторона правовой связи.

Сравнение двух проявлений ответственности показывает, что они оба нормативны, гарантируются государством и формально определены. Различия заключаются в обязанностях субъектов права. Для позитивной юридической ответственности обязанность проявляется в совершении правомерных действий, а для негативной – обязанность претерпевать неблагоприятные последствия в связи с нарушением правовой нормы. Таким образом, мы можем наблюдать различия лишь в основаниях возникновения обязанностей. В первом случае речь будет идти лишь о формальном основании, а во втором, помимо формального, добавляется еще и фактическое основание в виде правонарушения. Различия в рассматриваемых аспектах юридической ответственности объясняются законом единства и борьбы противоположностей. Реализация позитивной ответственности посредством соблюдения обязанностей субъекта создает гарантию недопущения проявления негативной ответственности[12]. В случае несоблюдения вышеназванных обязанностей субъектом правоотношения позитивная ответственность совершает переход к своему негативному виду. В этом и выражается диалектическая взаимосвязь различных форм проявления юридической ответственности.

Диалектическое противоречие не следует воспринимать как нечто чужеродное в явлении, поскольку оно – важный элемент познания и ключ для достижения истины о природе самого явления. При этом такие категории, как «плюс» и «минус» или «действие» и «противодействие», не всегда могут выступать в виде диалектических противоречий. В случае рассмотрения категорий в виде двух различных и самостоятельных явлений, т.е. как сосуществующие, но не как взаимопроникающие, не образуется и их понимания в виде конкретного

[9] См.: *Васильев А.М.* Указ. соч. С. 245.

[10] См.: там же. С. 240.

[11] См.: *Маркин А.В.* Логика юридической ответственности. М., 2010. С. 85.

[12] См.: *Липинский Д.А.* О понятии и методологии исследования юридической ответственности // Вектор Тольяттинского гос. ун-та. 2009. № 1. С. 82.

единства, а значит, отсутствует возможность изучения полярных противоположностей и механизм перехода из одного противоречия в другое. В данном же случае мы можем наблюдать лишь простое сложение различных сил и полнейшую статику в состоянии покоя[13].

Получаемые результаты будут оторваны от каких-либо противоречий. Такая изоляция дает неверное представление о готовом знании, поскольку в момент его получения не оценивается степень влияния противоречий на эти знания. Благодаря диалектическому противоречию исследование ведется по вполне определенному направлению, которое заключается в новом определении предмета, где тезис и антитезис становятся оба истинными. В результате диалектическое противоречие способствует «самораскрытию» предмета исследования как конкретного единства многообразия. Разрешение противоречия приводит к анализу нового, ранее неизвестного материала с установлением новых фактов исследуемого явления[14].

Система юридических категорий нацелена на раскрытие отношений по взаимосвязи явлений и анализ переходов между явлениями и процессами правовой сферы. Подобная система гибкая и подвижная, что позволяет в рамках юриспруденции выражать переходы различных сторон правовой реальности[15]. При этом следует учесть, что формирование новых категорий – сложный процесс, который требует соблюдения ряда обязательных условий: а) новые категории, отраженные в законодательстве, должны способствовать регулированию качественно новых отношений правовой жизни, которые или не существовали или по каким-то причинам не были подвергнуты правовому регулированию; б) имеются убедительные доводы, обосновывающие необходимость создания новых категорий; в) не вступают в противоречия с имеющимися в действующей системе иными правовыми категориями.

Вышеназванные требования важны, и часто попытки вводить в научный оборот совершенно новые правовые категории не соответствуют этим требованиям. Таким ярким примером выступает категория «депоощрения», обоснованность которой доказывается В.М. Барановым, А.Г. Чернявским, И.В. Девяшиным, Д.А. Пешехоновым в своих исследованиях.

Авторы называют депоощрение самостоятельным межотраслевым институтом российского права[16]. При этом примеры действия депоощрительных норм где-то помимо наградного и трудового права в монографии отсутствуют. В качестве депоощрения указываются меры в виде уменьшения величины денежной премии, снижения ранга ордена и т.п.[17] Так, авторами приводится полномочие Президента РФ по отмене указа о награждении в случае установления недостоверности или необоснованности награждения лица[18]. Однако мы с трудом можем согласиться с тем, что эти нормы можно назвать депоощрительными. В данном случае проявляются восстановительная и карательная функция юридической ответственности посредством применения соответствующих мер наказания.

Весьма сомнительным примером выглядит мера депоощрения в виде переименования географических объектов (кораблей, городов и т.д.)[19]. Подобные действия чаще всего связываются с изменением политической обстановки и сменой курса по формированию различных идеологических ценностей.

Авторский коллектив во главе с В.М. Барановым утверждает, что в юридической литературе отсутствуют как монографические, так и иные исследования, посвященные государственным депоощрениям[20]. В данном случае необходимо отметить обоснованность наличия данного пробела, поскольку мы склонны полагать, что категория «депоощрения» является искусственно созданной и не приносит нового в правовое регулирование как в теории, так и на практике. Малочисленные исследования, где употребляется эта категория посвящены вопросам наградного права**.** Где-то депоощрение называется особой стадией наградного производства[21]**.** В иных источниках депоощрение прямым текстом выступает предметом изучения именно наградного права[22].

Авторы приводят нас к выводу о том, что поощрение и депоощрение – парные категории. При этом в исследовании не приводятся доводы о несостоятельности давно известной взаимосвязи

[13] См.: *Батищев Г.С.* Противоречие как категория диалектической логики. М., 1963. С. 25.

[14] См.: там же. С. 111.

[15] См.: *Рудаков А.А.* Парные юридические категории: теория прав и обязанностей. М., 2016.

[16] См.: *Баранов В.М., Чернявский А.Г., Девяшин И.В., Пешехонов Д.А.* Депоощрение по российскому праву (доктрина, практика, техника). М., 2017. С. 37.

[17] См.: там же. С. 33.

[18] См.: там же. С. 36.

[19] См.: там же. С. 198.

[20] См.: там же. С. 5.

[21] См.: *Дуэль В.М.* Наградное право: анализ материальных и процессуальных норм // Актуальные проблемы политики права. М., 2005. Вып. 8. С. 163.

[22] См.: *Кокурина О.Ю.* Формирование наградного права как комплексного правового института Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2012. № 7. С. 3–9.

и парности поощрения и наказания. Более того, в рамках обоснования категории депоощрения они не проводят четкого разграничения ее с наказанием. Депоощрение определяется в качестве совокупности правовых средств, направленных на общественное развитие с помощью негативных методов стимулирующего характера в целях повышения полезной социальной активности субъектов прав[23]. Однако приведенная дефиниция полностью характеризует категорию «наказание».

Определяя признаки депоощрения, они указывают на применение мер негативного юридического воздействия. Признак, который неразрывно связан с наказанием. Называемые цели депоощрения, в частности достижение юридических обязанностей, побуждение к законопослушному поведению, кара субъекта права, воздержание иных субъектов от противоправной деятельности[24], также совпадают с целями наказания.

По тексту монографии авторы часто называют меры депоощрения наказанием. Это происходит, анализируя такие депоощрительные меры, как лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград[25]. В результате такого подхода нарушается одно из аксиоматических логических правил юридической техники в виде единообразного понимания терминов[26]. Нарушение данного правила ведет к снижению эффективности правового регулирования. Исходя из изложенного, можно с уверенностью утверждать о несостоятельности категории «депоощрение» в правовой сфере, поскольку она поглощается категорией «наказание».

Помимо этого авторами утверждается, что государственное депоощрение можно рассматривать в качестве нетрадиционного вида юридической ответственности[27]. Получается, они фактически приравнивают наказание и юридическую ответственность. В юридической науке является ошибочным мнение о том, что юридическую ответственность можно определить через категорию «наказание». В данном случае, не раскрывая сущностных признаков явления, осуществляется попытка определить его через другую самостоятельную категорию «наказание». В результате сама юридическая ответственность и ее виды остаются непознанными[28].

Наказание выступает лишь одной из целей ретроспективной ответственности, наряду с исправлением и перевоспитанием лица, совершившего правонарушение. Достижение этих целей связывается с укреплением у окружающих чувства ответственности за свои действия в будущем и осознания социальной значимости своих действий. В результате можно сделать вывод, что негативная ответственность выступает методом обеспечения ответственности позитивного типа[29]. Правовое наказание олицетворяет конечную стадию ретроспективной ответственности, которая может и отсутствовать[30]. Наказание всегда связывается со страданием лица в связи с лишением его определенных благ. Благодаря этому отражается негативная реакция на действия лица со стороны общества и государства, а также создается гарантия правомерного поведения субъекта в будущем[31].

Юридическая ответственность способна отражать единство и взаимодействие категорий поощрения и наказания. В таком виде ответственность представляет собой бесконечное взаимодействие актов поведения субъектов и ответных реакций на них со стороны государства в виде общественного поощрения и наказания.

Меры юридической ответственности можно подвергнуть классификации в зависимости от последствий, предусмотренных за совершение социально значимых действий. По этому критерию их подразделяют на меры позитивной и негативной юридической ответственности. Мерой позитивной ответственности за инициативное одобряемое поведение может выступать поощрение, мерой же негативной ответственности является наказание. Эти две категории находятся в диалектическом взаимодействии друг с другом и выступают проявлением двух разновидностей юридической ответственности в виде позитивного и негативного ее аспектов.

Поощрение и наказание в правовой сфере образуют единую связь и в то же время противостоят друг другу. Они являются категориями мотивационного воздействия и составляют ядро стимулирования и ограничения в праве. В связи с этим можно наблюдать взаимодействия поощрений и наказаний в процессе правового регулирования, поскольку данные категории выстраивают единство в своем бытии, и разграничить их можно лишь в рамках общетеоретического анализа.

---

[23] См.: *Баранов В.М., Чернявский А.Г., Девяшин И.В., Пешехонов Д.А.* Указ. соч. С. 43.

[24] См.: там же. С. 49.

[25] См.: там же. С. 127.

[26] См.: *Кашанина Т.В.* Юридическая техника: учеб. М., 2011. С. 123.

[27] См.: *Баранов В.М., Чернявский А.Г., Девяшин И.В., Пешехонов Д.А.* Указ. соч. С. 47.

[28] См.: *Гревцов Ю.И.* Указ. соч. С. 317.

[29] См.: *Кудрявцев ВН.* Право и поведение. М., 1978. С. 108–110.

[30] См.: *Малько А.В.* Наказание и ответственность в сфере права: проблемы соотношения // Правовая политика и правовая жизнь. 2011. № 2. С. 127.

[31] См.: *Родионова А.С.* Система правовых наказаний // Правовая политика и правовая жизнь. 2011. № 2. С. 134.

Поощрение – вид правового стимула, который проявляется в санкции правовой нормы, в качестве меры юридического одобрения инициативного и добровольного социально значимого поведения, результатом чего является вознаграждение субъекта. Поощрение закрепляется в норме права, где содержатся возможные блага для субъекта, которые могут наступить при реализации диспозиции правовой нормы. Эти блага оказывают влияние на дальнейшее поведение лица, сдерживая его в рамках правового поля. Для поощрения правомерное поведение – юридический факт его реализации. При этом само правомерное поведение выступает своеобразной стадией позитивной юридической ответственности. Первоначально, как уже отмечалось выше, позитивная ответственность представлена в виде обязанности или правомочия субъекта по совершению конкретных действий. В дальнейшем данный вид ответственности объективируется в законопослушном поведении конкретного лица[32].

В свою очередь, наказание образует диалектическое взаимодействие с поощрением и выступает правоограничивающим средством. Оно есть мера юридического осуждения лица в связи с совершенным противоправным поведением, в результате которого субъект ограничивается в своих правах, установленных санкцией правовой нормы. Наказание также выступает инструментом предупреждения совершения противоправных деяний в будущем. Оно реализуется в особом процедурном порядке на одной из стадий осуществления юридической ответственности в целях исправления субъекта правонарушения.

Для определения правовых категорий в качестве парных, на примере стимулов и ограничений, они должны соответствовать ряду требований в частности: выражать двоичность юридической информации; образовывать диалектическую взаимосвязь; создавать в своей совокупности баланс мотивационных юридических средств.

Принимая во внимание вышеназванные требования, можно с уверенностью утверждать, что поощрение и наказание не только противоположны друг другу, но и во многом внутренне едины, поскольку выступают двумя информационными сторонами управленческого процесса. Поощрение и наказание участвуют одновременно в упорядочении общественных отношений в качестве позитивной и негативной стороны одного процесса действия правовых норм на личность при корректировке его поведения. В отличие от категории «депоощрение», которое не образует диалектическую пару с поощрением в связи с ее распространением исключительно в рамках наградного и трудового права. Авторы указывают на межотраслевой характер депоощрения, не подтверждая это необходимыми доводами.

В процессе установления парных категорий необходимо отличать их от иных «родственных» явлений, при этом не находящихся в противостоянии друг другу как крайности. К примеру, такие категории, как «правонарушение» и «юридическая ответственность», фиксируют некую причинно-следственную зависимость, но не выражают противоположные стороны одной сущности. В данном случае можно наблюдать разнородные правовые явления, связь которых не выражает противоборство и как следствие – не образует парности[33].

В попытке соотнести категории как парные в первую очередь требуется выявить их предметное единство в виде родовой основы и охарактеризовать ее через различия, сходства и возможного перехода от одного явления к другому. Правомерное поведение и поощрение, правонарушение и наказание в процессе своего взаимодействия и взаимовлияния образуют специфическую связь. Эти взаимодействия могут иметь различный сценарий и последовательность. К примеру, правомерное поведение – поощрение – правонарушение – наказание[34]. Наказание в данном случае может выражаться в каких-либо формах лишения или уменьшения поощрения, т.е. в том, что авторский коллектив во главе с В.М. Барановым принимает за самостоятельную категорию в виде «депоощрения».

* * *

Подводя итог, следует сказать, что факт постоянного движения материального мира является общеизвестным. Такое развитие возможно посредством борьбы противоположностей, которые присущи всем явлениям, в т.ч. и в правовой сфере. Юридическая ответственность выступает единым правовым явлением, одновременно включая в себя различные аспекты своего выражения. Установление ответственности как целостного явления происходит до совершения правомерного или противоправного деяния и до его оценки со стороны государства. Эта ответственность выражается в общем требовании для всех субъектов права в виде руководства к действию и неукоснительного соблюдения правил поведения. В результате до производства оценки юридически значимого поведения в качестве правомерного или противоправного

[32] См.: *Липинский Д.А., Шишкин А.Г.* Меры позитивной юридической ответственности // Правоведение. 2013. № 1. С. 36.

[33] См.: *Васильев А.М.* Указ. соч. С. 246.

[34] См.: *Ныркова В.В.* Поощрение и наказание как парные юридические категории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С. 10.

и реакции на его совершение государством устанавливаются перечень субъектов, условия и объем ответственности, которые несут лица, проявившие позитивное или негативное отношение к закрепленным правовым нормам.

Позитивный и негативный виды юридической ответственности составляют диалектическую взаимосвязь, ориентированную на обеспечение необходимого уровня стабильности и правопорядка в правовой сфере. Для проведения всестороннего анализа явлений, в т.ч. и юридической ответственности, необходимо познать сущность вышеназванных противоречий, установить их главные закономерности, определить источник их развития.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Баранов В.М., Чернявский А.Г., Девяшин И.В., Пешехонов Д.А.* Депоощрение по российскому праву (доктрина, практика, техника). М., 2017. С. 5, 33, 36, 37, 43, 47, 49, 127, 198.
2. *Батищев Г.С.* Противоречие как категория диалектической логики. М., 1963. С. 25, 111.
3. *Васильев А.М.* Правовые категории: методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М., 1976. С. 240, 242, 245, 246.
4. *Гревцов Ю.И.* Лекции по общей теории права: учеб. пособие. СПб., 2019. С. 317, 328.
5. *Дуэль В.М.* Наградное право: анализ материальных и процессуальных норм // Актуальные проблемы политики права. М., 2005. Вып. 8. С. 163.
6. *Кашанина Т.В.* Юридическая техника: учеб. М., 2011. С. 123.
7. *Кокурина О.Ю.* Формирование наградного права как комплексного правового института Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2012. № 7. С. 3–9.
8. *Кудрявцев В.Н.* Право и поведение. М., 1978. С. 108–110.
9. *Липинский Д.А.* О понятии и методологии исследования юридической ответственности // Вектор Тольяттинского гос. ун-та. 2009. № 1. С. 82.
10. *Липинский Д.А.* Концепции позитивной юридической ответственности в отечественной юриспруденции // Журнал росс. права. 2014. № 6. С. 38.
11. *Липинский Д.А.* Юридическая ответственность и безответственность как парные юридические категории // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2019. № 2. С. 10.
12. *Липинский Д.А., Хачатуров Р.Л., Шишкин А.Г.* Меры юридической ответственности. М., 2014. С. 7.
13. *Липинский Д.А., Шишкин А.Г.* Меры позитивной юридической ответственности // Правоведение. 2013. № 1. С. 36.
14. *Малько А.В.* Наказание и ответственность в сфере права: проблемы соотношения // Правовая политика и правовая жизнь. 2011. № 2. С. 127.
15. *Маркин А.В.* Логика юридической ответственности. М., 2010. С. 85.
16. *Ныркова А.В.* Поощрение и наказание как парные юридические категории. Саратов, 2006. С. 86.
17. *Ныркова В.В.* Поощрение и наказание как парные юридические категории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 9, 10.
18. *Родионова А.С.* Система правовых наказаний // Правовая политика и правовая жизнь. 2011. № 2. С. 134.
19. *Рудаков А.А.* Парные юридические категории: теория прав и обязанностей. М., 2016.
20. *Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А.* Общая теория юридической ответственности. СПб., 2007. С. 47.

REFERENCES

1. *Baranov V.M., Chernyavsky A.G., Devyashin I.V., Peshekhonov D.A.* Depoortere under Russian law (doctrine, practice, technique). M., 2017. P. 5, 33, 36, 37, 43, 47, 49, 127, 198 (in Russ.).
2. *Batishchev G.S.* The contradiction as a category of dialectical logic. M., 1963. P. 25, 111 (in Russ.).
3. *Vasil'ev A.M.* Legal categories: methodological aspects of development of system of categories of the theory of law. M., 1976. P. 240, 242, 245, 246 (in Russ.).
4. *Grevtsov Yu. I.* Lectures on the General theory of law: textbook. stipend. SPb., 2019. P. 317, 328 (in Russ.).
5. *Duel V.M.* Premium law: analysis of material and procedural norms // Actual problems of law policy. M., 2005. Vol. 8. P. 163 (in Russ.).
6. *Kashanina T.* Legal technology: textbook. M., 2011. P. 123 (in Russ.).
7. *Kokurina O. Yu.* The formation of the premium law as a complex legal Institute of the Russian Federation // The state power and local self-government. 2012. No. 7. P. 3–9 (in Russ.).
8. *Kudryavtsev B.N.* Law and behavior. M., 1978. P. 108–110 (in Russ.).
9. *Lipinsky D.A.* On the concept and methodology of research of legal responsibility // Vector of Togliatti state University. 2009. No. 1. P. 82 (in Russ.).
10. *Lipinsky D.A.* Conceptions of positive legal responsibility in domestic jurisprudence // Journal of Russian law. 2014. No. 6. P. 38 (in Russ.).

11. *Lipinsky D.A.* Legal responsibility and irresponsibility as paired legal categories // Legal science and law enforcement practice. 2019. No. 2. P. 10 (in Russ.).
12. *Lipinsky D.A., Khachaturov R.L., Shishkin A.G.* Measures of legal responsibility. M., 2014. P. 7 (in Russ.).
13. *Lipinsky D.A., Shishkin A.G.* Measures of positive legal responsibility // Legal studies. 2013. No. 1. P. 36 (in Russ.).
14. *Mal'ko A.V.* Punishment and responsibility in the sphere of law: problems of correlation // Legal policy and legal life. 2011. No. 2. P. 127 (in Russ.).
15. *Markin A.V.* Logic of legal responsibility. M., 2010. P. 85 (in Russ.).
16. *Nyrkov A.V.* Encouragement and punishment as paired legal categories. Saratov, 2006. P. 86 (in Russ.).
17. *Nyrkov V.V.* Encouragement and punishment as paired legal categories: abstract ... PhD in Law. Saratov, 2003. P. 9, 10 (in Russ.).
18. *Rodionov A.S.* The system of legal punishment // Legal policy and legal life. 2011. No. 2. P. 134 (in Russ.).
19. *Rudakov A.A.* Paired legal categories: theory of rights and obligations. M., 2016 (in Russ.).
20. *Khachaturov R.L., Lipinsky D.A.* General theory of legal responsibility. SPb., 2007. P. 47 (in Russ.).

Сведения об авторах

МАЛЬКО Александр Васильевич –
доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Поволжского института (филиала) Всероссийского государственного университета юстиции; 410003 Саратовская область, г. Саратов, ул. им. Радищева А.Н., д. 55

ЛИПИНСКИЙ Дмитрий Анатольевич –
доктор юридических наук, профессор, профессор департамента магистратуры Тольяттинского государственного университета; 445020 Самарская обл., г. Тольятти, ул. Белорусская, д. 14

МАРКУНИН Роман Сергеевич –
кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Саратовской государственной юридической академии; 410056 г. Саратов, ул. Вольская, д. 1

Authors' information

MAL'KO Alexander V. –
Doctor of Law, Professor, honored worker of science of the Russian Federation, Professor of the Department of state and legal disciplines of the Volga region Institute (branch) All-Russian state University of justice; 55 named of Radishchev A.N. str., 410003 Saratov region, Saratov, Russia

LIPINSKY Dmitry A. –
Doctor of Law, Professor, Professor of the Master's Department, Togliatti state University; 14 Belorusskaya str., 445020 Samara region, Togliatti, Russia

MARKUNIN Roman S. –
PhD in Law, associate Professor of the Department of theory state and law, Saratov state Law Academy; 1 Volskaya str., 410056 Saratov, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 26–35
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 26–35

ПРАВО КАК РЕГУЛЯТОР ОТНОШЕНИЙ ПО ПОВОДУ ЦЕННОСТЕЙ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

© 2021 г. А. Г. Чернявский

Военный университет Министерства обороны Российской Федерации, г. Москва

Поступила в редакцию 15.10.2020 г.

Аннотация. В статье изложен взгляд автора на правокачественность права с точки зрения теории о праве как о нормах согласования интересов по поводу ценностей. Автор дает оценку норм права, как норм разграничения и согласования отношений по поводу ценностей. Анализируется, что является движущим принципом права: сближение государственных ценностей и ценностей человека. Автор полагает, что всякие попытки присвоить приоритетное значение тем или иным ценностям, без учета их реального соотношения в обществе, заранее обречены на неудачу. Отношение человека к праву является определяющим воплощением правовых ценностей как социокультурной основы права. Право регулирует порядок реализации интересов по отношению к ценностям.

Ключевые слова: ценности, правовые отношения, приоритет, юридическая форма, интерес, функциональное действие, правопорядок.

Цитирование: *Чернявский А.Г.* Право как регулятор отношений по поводу ценностей: теоретико-правовые аспекты // Государство и право. 2021. № 1. С. 26–35.

DOI: 10.31857/S102694520013250-6

LAW AS A REGULATOR OF RELATIONS ABOUT VALUES: THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS

© 2021 г. A. G. Chernyavsky

Military University of the Ministry of Defense of the Russian Federation, Moscow

Received 15.10.2020

Abstract. The article presents the author's view on the legal quality of law from the point of view of the theory of law as the norms of coordination of interests about values. The author gives an assessment of the norms of law as the norms of differentiation and coordination of relations about values. It analyzes what is the driving principle of law: the convergence of state values and human values. The author believes that any attempts to assign priority to certain values, without taking into account their real correlation in society, are doomed to failure in advance. the attitude of a person to the law is the defining embodiment of legal values as the socio-cultural basis of law. The law regulates the order of realization of interests in relation to values.

Key words: values, legal relations, priority, legal form, interest, functional action, law and order.

For citation: *Chernyavsky, A.G. (2021).* Law as a regulator of relations about values: theoretical and legal aspects // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 26–35.

Право образуется только жизнью, выделяется из нее постоянно, по мере того как открывается созидающее значение различных форм достижения благ и необходимость дать этим формам определенность. Пока нет сознания о такой необходимости, отношения между лицами остаются чисто фактическими или выражают собой чисто нравственные требования.

Справедливо, что каждое право в своем первоначальном виде есть факт; юридическим он становится только через признание его таковым. Поэтому также всякая потребность стремится к тому, чтобы получить юридическое признание, которое служит для него последним словом в данное время; доюридическое бытие каждой силы есть случайное, необеспеченное. Нагляднее всего можно видеть это на стремлении ассоциации приобрести статус юридического лица, на желании общества юридически определить отношения власти и подчинения и т.п. Тем не менее прежде чем установить твердые формы для выражения жизни, необходимо дать простор силам и потребностям, чтобы каждая из них заявила свою природу, чтобы не охранять того, что не имеет творчества[1]. История показывает, что все законодательства более или менее шли по этому пути: все первоначальные кодексы имеют уголовный характер, они охраняют только несомненные блага (жизнь, собственность и иные ценности), предоставляя самой жизни вырабатывать новые отношения или сочетания сил. Для личности и общества ценность какого-либо объекта или явления представляет собой совокупность ориентиров, свидетельствующих об их значении, важности, актуальности и полезности. Осознавая ценность какого-либо объекта или явления, отношение личности к ним меняется в силу объективных причин, таких как потребность во владении чем-либо ценным, мотивация получить что-либо ценное, а также желание сохранить все ценное, что было получено либо достигнуто особыми усилиями. Изменение отношения к определенным ценностям изменяет, соответственно, и отношение к праву, возможно даже обесценивает, регулирующему отношения по поводу этих ценностей.

Таким образом право создается из жизни и в ней получает свое видимое бытие, становится положительным, идея права находит свое внешнее выражение. Жизнь всегда шире права, она постоянно служит для права источником обновления, в ней всегда скрываются задатки нового права[2], коренятся новые силы. Это доказывает, например, необходимость перемен в законодательстве.

Ярким примером может служить Конституция РФ, которая, заключая в себе основные цивилизационно-правовые ценности, по своей природе все же подвержена изменениям. Однако принципиально важно, чтобы эти изменения были направлены на поступательное развитие и происходили эволюционно, правильно и на перспективу расставляя ценностные ориентиры[3].

В этом образовании право проходит три ступени. Прежде всего оно осознается как отдельная сила, которая должна получить самостоятельное бытие в среде других общественных сил. Далее право получает определенность через формулирование: необходимо, чтобы выражено было ясно и положительно, какие отношения охраняются им и какими средствами. Наконец, для того чтобы стать действительной, принуждающей силой, право должно быть выражением определенной общественной власти, олицетворяющей собой юридические запреты и предписания. Смотря по характеру этой власти, и право получает различное значение: в семье, основанной на любви, право равнозначно с нравственностью, в государстве оно выражается в строгих формальных предписаниях, в международном союзе оно возвышается на степень жизненной правды.

Право не есть результат ни случая, ни человеческого произвола, ни человеческой мудрости; оно не создается ни законодательством, ни философскими умозаключениями. Подобно нравам и языку, право вырастает на почве отношений между лицами. В юношестве народа, в простом быту весь народ непосредственно сознает свое право; впоследствии это понимание доступно только законодателю и юристам[4]. Фальк считает источниками права: первоначальную природу человеческих отношений, жизнь народа и законодательную власть[5].

Сознание о праве принадлежит сначала отдельным лицам и потом все более и более обогащается вследствие той фактической и нравственной зависимости, которая существует между членами общества. Силой убеждения или бессознательного подражания достигается охранение определенных жизненных отношений. Не имея юридического характера, такой переход от индивидуального к общему не подчиняется внешнему определению. Понятие об общем не представляет собой количественной величины; иногда немногие лица сознают что-либо как право, и это сознание получает господство, иногда же вся масса общества понимает

[1] См.: *Чернявский А.Г.* Фундаментальные основы права: компаративистика в юриспруденции. М., 2019, С. 34.

[2] См.: *Ihering R.* Geist des romischen Rechts auf den verschidenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig, 1852. Teil I. S. 31.

[3] См.: *Чернявский А.Г.* Комментарий к Конституции Российской Федерации. Новая редакция (постатейный). М., 2020. С. 21–25.

[4] См.: *Beseler G.* Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig, 1843. S. 59.

[5] См.: *Falck N.* Juristische Encyclopedie, 5-te Auflage, Leipzig, 1851. S. 12.

одинаково отношение друг к другу, основываясь на всем присущем нравственном требовании. Но поскольку сознание есть творчество и только лицо творит что-либо новое, то народные легенды связывают происхождение права с известным историческим и мифическим лицом[6]. В то же время личная свобода в деле сознания юридически не ограничена и против убеждения многих может выступить убеждение одного; не количество мнений дает им значение, а их согласие с справедливостью, которая присуща каждому обществу.

На сознание о праве имеют влияние отчасти богатство и разнообразие жизненных явлений, на которых оно основывается, отчасти же врожденная способность известного общества к юридическому мышлению. Хотя нравственные требования всех цивилизованных обществ одинаковы и вытекают из той или иной религии, однако не все одинаково способны к логическому выводу понятий, к сочетанию элементов права. У одних народов юридические положения остаются не выделенными из нравственности и факта, у других они образуют самостоятельное целое, на котором отражаются все духовные способности и задатки.

В этом смысле говорят: право есть выражение народного духа[7]. *Der Volksgeist ist die Quelle des menschlichen Rechts, der rechtlichen Uberzeugungen, die sich in den einzelnen Gliedern bethatigen* – Народный дух является источником прав человека, правовых убеждений, действующих в отдельных членах[8].

Сознанию доступны прежде всего внешние признаки права и юридические положения, в которых выражается то, что повторяется постоянно и должно повторяться. Право осознается как предписание на каждый отдельный случай, служащее руководством человеческой деятельности и устанавливающее внешний порядок; смысл самой деятельности и охраняемых отношений или объясняется религией, или остается недоступным пониманию. Поэтому первоначально юридические правила имеют характер внешний и формальный; в них выражается непосредственная связь лица с предметом его права, например, прямое воздействие на вещь, признаки отеческой власти и проч.

От внешних признаков сознание переходит к юридическим понятиям путем логического отвлечения и обобщения. Хотя эти понятия находятся в зависимости от фактов и нравственных требований, однако как понятия они имеют отдельное бытие. Так, например, собственность в юридическом смысле не есть хозяйственная сила, а совокупность признаков, образующих власть; договор становится отношением лица к лицу; право вообще отделяется от своей материи и необходимо получает характер отвлеченный. Хотя и не остается в области чистого мышления[9]. Одни из этих понятий имеют самостоятельное бытие, потому что определяют конкретную власть лица, другие же служат дополнением к ним и относятся не к существу права, а к условиям его применения. Так, например, самостоятельными юридическими понятиями являются: собственность, купля-продажа, завещания; к производным относятся: просрочка, ошибка, недействительность, давность, сроки. Сами по себе эти понятия не представляют ничего юридического и по своему отвлеченному характеру относятся одинаково ко многим конкретным отношениям; не изменяя сущности права, они определяют его жизненное значение для известного лица.

Р. Иеринг называет самостоятельные понятия – конкретное юридическое лицо, а дополнительные – абстрактными; первые он сравнивает с гласными буквами, а вторые – с согласными[10].

Нужна значительная степень юридического мышления, чтобы выразить все признаки права в понятиях. Весьма долго эти понятия не отличаются от материи; так, например, в Германии только в XIII в. появляются отвлеченные понятия «собственность», «наследственное право» и пр.; до этого времени право собственности выражалось названием его признаков или предметов: *Eigen* – собственный, *Habe* – у меня есть, *Zins* – интерес, *Rente, Zehente* – десятина; в России собственность как право и предмет этого права обозначаются одним и тем же словом; для выражения ее признаков употреблялись слова «вотчина» и «поместье»; для владения признаком служило: куда соха, коса и топор ходили. И позднее в Своде законов Российской империи не было определения права собственности как понятия.

Наконец, юридические положения и понятия, как самостоятельные, так и производные, осознаются не отдельно, а во взаимосвязи и с определенным жизненным отношением: образуется понимание юридического института. Из положений, соблюдаемых при переходе имущества от одного лица к другому и из понятия о праве на имущество образуется институт купли-продажи; из различных положений, в которые попадает собственник и из признаков права собственности образуется ее институт и проч. Каждое отношение представляется в своей целости, с определением существа

[6] См.: *Fichte J. H.* Anthropologie: die Lehre von der menschlichen Seele, Leipzig, 1860. S. 55.

[7] См.: *Savigny Fr. C. von* Vom Beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3-tte Ausgabe, 1840. S. 30.

[8] См.: *Puchta G. Fr.V.* Cursus der Instutionen, 9-te Auflage nach dem Tode des Verfasses besorgt von Paul Kruger, 1881. S. 22.

[9] См.: *Arnold W.* Cultur und Rechtsleben, Berlin, 1865. S. 320.

[10] См.: *Ihering R.* Op. cit. Leipzig, 1866. II Teil 1. Abth., 5. S. 372.

и со всеми фактически возможными условиями применения.

В анализе институтов Р. Иеринг различает их онтологию, т.е. исследование свойств и сил (структура), феноменологию или проявление и телеологию или цель института[11].

Одного сознания, как бы глубоко и разнообразно оно ни было, для права недостаточно. Юридические положения и понятия требуют непременно внешнего выражения или формулирования, для которого орудием служат действие и слово. Чем разнообразнее понятия, тем большей гибкостью отличается право и внешнее выражение должно вполне соответствовать этой гибкости: форм должно быть ни меньше, ни больше, чем самих понятий; излишество, равно как и недостаток форм указывают на ненормальное положение права: оно или страдает излишним формализмом, или недостатком определенности. Слово представляет собой более духовную форму выражения права; в нем юридические понятия должны быть воспроизведены всецело, предписания и запрещения обобщаются насколько возможно; но по своему характеру слово может потерять связь с жизненным отношением, и необходимо всегда восходить к его смыслу.

Действие более осязательно, точно, индивидуально, хотя по своей дробности оно не в состоянии выразить понятия во всем его объеме и легко ведет к смешению юридического с неюридическим. Поэтому обе формы выражения права равно существенны и необходимы; они дополняют друг друга и никакое право не может ограничиться только словом, а непременно проявляется также в обычаях, обрядах, символах и проч.

Формализм не тождествен с гибкостью права. Право может быть богато формами, символическими действиями и не имеет гибкости, если внешних форм больше, чем внутреннего разнообразия, выражений больше, чем понятий[12].

Поскольку до образования юридических понятий право представляется только в своих признаках, то прежде всего выражением права служит все, на чем отражаются эти признаки. Для наглядного представления этих признаков выбираются известные предметы и действия, которые служат их символами или образными выражениями. Производя непосредственное впечатление, символы видимым образом охраняют свободу лица или его власть. В существе права лежит необходимость таких внешних признаков, которыми определяется и закрепляется деятельность человека (материализм права): деньги, векселя, все письменные документы, жесты служат символами вещей и действий. Но первоначально символическое выражение права было преобладающим и почти исключительным; понятия и признаки права находили в них свое формулирование: в символах и символических обрядах заключалось все право, если только оно не входило в область религии. Так образовалось множество юридических символов: палка означала суд и власть, разламывание палки – судебный приговор, меч – право наказания, бросание копья – объявление войны, мантия – защиту, ключ – право домохозяина, ношение шляпы – свободного человека, кольцо – обручение и брак, рукобить – заключение договора и проч. В этих символах отражалась поэзия права и наглядное представление о нем; по сохранившимся остаткам юридических символов можно воспроизвести народное воззрение на право, а вместе с тем и на жизненные отношения.

Символизм в праве сохранялся в символах, символических действиях и преданиях. Вот несколько примеров этого первоначального права. Огонь означал собственность: в Германии новый собственник зажигал свой огонь и гасил прежний; во Франции клали солому на землю, которая определялась в публичную продажу; эта солома сжигалась, когда продажа была совершена. Позднее при аукционной продаже соблюдался следующий обряд: зажигались свечи, горящие около одной минуты; пока не сгорят три свечи, продажа не считалась состоявшейся, а если в процессе сгорания цена повышалась, то нужно было сжечь еще две свечи. Тот же обычай был в Женеве и в Виртемберге. Подать взымалась с огня, с дыма[13]. Огонь представлял также духовное начало, был символом божественного права, как вода служила символом гражданского права: отсюда *aquae et ignis interdiction* – запрет огня и воды. Рука и нога означали владение. При продаже продавец снимал руку с продаваемой вещи, а покупатель накладывал ее; если продавалось недвижимое, то продавец приносил кусок земли, феодальный барон брал в руку палку и, давая ее конец покупателю, произносил: *je vjus en saisis sauf tous les droits* – я вижу это право (в Англии, во Фландрии, в Артуа). Лица, не имевшие права приобретать собственность, назывались людьми без собственности. Так как на праве собственности основывалась судебная власть, то для нее символом служила также рука. Вассалы клали руки в руки феодального господина: по древним французским конкордатам епископы давали присягу – в руках короля. Две руки означали договор. Перчатка и плащ имели также символическое значение. Еще по саксонскому зерцалу судьям запрещалось быть

[11] См.: *Ihering R.* Op. cit. Teil I. S. 27.

[12] См.: *Ihering R.* Op. cit. II Teil 1. Abth., 5. S. 15.

[13] См.: *Chassan M.* Essai sur la symbolique du droit. Paris, 1847. Art. 705, 706.

в перчатках; то же правило применялось к адвокатам. При судебных поединках перчатка бросалась среди сражающихся; перчатка передавалась судье, который вручал ее тому, кому подарена или продана вещь[14]. Плащ означал защиту: усыновленные покрывались плащом и назывались *Mantelkinder*: вассал, давая клятву верности, снимал свой плащ в знак того, что он не имел другой защиты, кроме короля (обычай снимать верхнюю одежду в прихожей имеет тот же смысл); вдова вассала, отказавшаяся от лена своего мужа, клала плащ на его могилу (иногда даже ключи). Предание о волках символически означало лишение всех прав: в октябре месяце колдуны и другие преступники переплывали реку и превращались в волков; отсюда в англосаксонской и рипуарской правде встречается формула: *wargus sit; wargis* (по-исландски *Wargr* означает волк). Символы сохранились преимущественно в свадебных обрядах; они существуют как выражение понятий юридических; таковы, например, герб, флаг, корона в монархиях (шаровидная форма ее изображает земной шар, а впадина по середине – океан). В юридической терминологии можно найти признаки символов: *capacitas, capitis diminution, manus, servitus, persona* – все эти слова образовались из символов.

От символов и символических действий формулирование права переходит к слову. Оно находит высшее, общее и духовное свое выражение в изречениях, которые закрепляются в уме человека и направляют его деятельность, и по мере установления юридических понятий образуются особые юридические термины.

Прежде всего отдельные юридические положения получают форму стихов и пословиц, легче удерживающихся в памяти и соответствующих символам. У греков одно и то же слово означает закон и песню; Цицерон называет законы XII таблиц *carmen* – песня; в средние века лицо, провозглашавшее закон, носило название *incantator publicus* – публичный заклинатель; *la lyra significava la legge* – говорит Вико.

Шассан приводит несколько примеров поэтической формы таутологии, существующей до сих пор в юридическом языке. Римские положения XII таблиц он излагает стихами.

Пословицы есть образные и символические выражения юридических норм, имеющие форму размеренной речи. Это первые попытки отвлеченно представить положения права как вывод из нескольких конкретных понятий. При развитии юридического сознания и анализа пословицы получают значение паремий, т.е. основных положений права, в первоначальном же своем виде они отражают народное воззрение на отношение между лицами.

Так, например:

Отрезанный ломоть к хлебу не пристает (отделенные дети).

Большой палец и мизинец равно болят (о наследстве).

С чужого коня среди грязи долой (о праве иска).

Сестра при брате не вотчинница (о наследстве).

Чин чина почитай, а меньшой садись на край (о местничестве).

В пословицах нередко юридическое смешивается с неюридическим. А потому они недостаточны для выражения права. Необходимо, чтобы в точном слове определена была власть каждого лица и дано было руководство для его деятельности. Юридический язык есть выражение юридических понятий; он отличается от обыкновенного языка своей определенностью. С известным техническим словом связано только данное понятие, часто недоступное для незнакомого с терминологией права. Так, например, различие между резолюцией и решением, между существом дела и его существенным значением; в договорах между лицами право принимает то значение слов, которое они имеют в специальной сделке, например, «будущие товары» в торговом праве.

По мнению Р. Иеринга, для права лучше всего сохранить латинскую терминологию. Перевод на новые языки не принесет пользы: как крестьянину недоступны алгебраические формулы, хотя бы они написаны были известными ему знаками, так не юристу не доступны юридические понятия, хотя и выраженные обыкновенным языком[15]. Но с этим нельзя согласиться: есть много понятий, которые были неизвестны римлянам и латинское выражение которых совершенно искусственно; в то же время латинская терминология ограничивает свободное юридическое мышление и заставляет его не выходить за определенные рамки понятий; без самостоятельного народного слова нет самостоятельной мысли. Р. Иеринг также проводит параллель между различными степенями предписания и грамматическими формами: повелительное наклонение есть выражение категорического требования, сослагательное – более мягкая форма приказания, неопределенное служит формой приговора, а изъявительное – объявления[16].

Сознание и формулирование права делают возможным его существование как направляющей силы. Но для того чтобы право получило этот

[14] См.: *Chassan M.* Op. cit. P. 143.

[15] См.: *Ihering R.* Op. cit. II Teil 1. Abth., 5. S. 345.

[16] См.: ibid. S. 627.

характер, необходимо его применение. Без применения право как сила не существует: оно осознается и формулируется для того, чтобы применяться в жизни, охранять ее. Наоборот, применение сообщает юридический характер тому, что прежде считалось только фактом или нравственным требованием: обязательная сила придается не только предписаниям, основанным на началах справедливости, но и тем, которые признаются необходимыми во имя пользы.

Применение есть последний момент, в котором право существующее, живущее в убеждении народа, вполне выражается и получает тело; только в этом моменте право распознаваемо[17]. *Da ein bestimmtes Wollen, als Macht, nur in seiner Bathatigung erscheint, so kann Recht nur durch wirkliche Uebung, durch die Gewohnheit entstehen* – Поскольку определенная воля как сила проявляется только во время омовения, право может возникнуть только в реальной практике, в привычке[18]. *Das Recht hat seine Wurzel nicht im Bewustsein, sondern im Willen der Nation* – Закон коренится не в сознании, а в воле нации[19].

Применение права есть последняя ступень его образования. До этого момента право не имеет еще полного бытия; только в соприкосновении с жизнью оказывается, насколько его осознание и формулирование соответствует фактическим и нравственным требованиям общества. Начала справедливости и пользы, высшие указания религии, разнообразные отношения между лицами, особенности нравов и характера – одним словом, все движущие силы жизни и их проявление отражаются в праве.

Особый научный интерес представляет позиция, в соответствии с которой определяется значение ценности как предмета ее связи с человеком. Исходя из значимости данного предмета для социального объекта, автор предлагает разделять правовые ценности на два самостоятельных вида: эйдетические ценности, вытекающие из правовой идеи и существующие независимо от воли законодателя, их закрепления в законодательных текстах, а также ценности социокультурные, которые отражают особенности развития конкретного общества, т.е. они не являются универсальными, зависят от исторических, идеологических, иных факторов.

Олицетворением такого разнообразия и органом единства, существующего в нем, служит общественная власть. Она представляет собой интересы всех отдельных лиц по отношению к ценностям, стремления и требования каждого и возводит их к единому выражению в праве. Поэтому общественная власть формулирует право, существующее в сознании общества, как нравственного целого (не в смысле количественной величины) и охраняет применение юридических норм – служит органом права и правосудия. Эта власть не должна стоять вне общества; она должна жить одной с ним жизнью, иметь одни и те же интересы и лично (непосредственно) представлять только единственную потребность – общения; поэтому она не творит права извне, а находит его готовым и сама подчиняется ему. Постоянное творчество права принадлежит отдельным лицам, которые выражают свое сознание или фактическим применением известных норм, или же разъяснением и установлением общих юридических начал.

Отсюда три формы положительного права: обычное право, закон и право юристов. Все эти формы связаны между собой одним общим источником – жизнью, из которой они выделяются; в обычном праве преобладает ее фактическая сторона, в праве юристов нравственная, в законодательстве обе стороны приводятся в равновесие. Ни одна из этих форм не имеет преимущества перед другой, они дополняют друг друга, и при их взаимодействии возможно органическое развитие права; исключительность же одной какой-либо формы ведет к односторонности юридической жизни, создает глубокие расхождения в отношении к ценностям, порождает правовой нигилизм.

Формы права иногда называют его источниками; но им можно придать это название только в смысле *fontes, e quibus juris notitia hauritur* – источники, из которых происходит знание закона. Вопрос о значении каждой их этих форм послужил основанием для нескольких теорий права; одни ставили выше всего естественное право (право юристов), другие обычное право и полагали, что только в этом последнем выражается творчество народа. Савиньи говорит, что первоначально всякое право есть народное, к нему впоследствии привходит законодательство и, наконец, право юристов, в которых живет право, когда исчезает сила народного творчества[20]. Но законодательство не теряет своего народного характера, оно очищает обычное право силой общих начал справедливости, приводит к единству разнообразие фактов, не уничтожая его. Так же односторонне полагали, что право может быть создано разумом[21]. Еще менее можно согласиться с теми, которые утверждают, что право создается по произволу отдельных лиц, как бы велико не было их число: воля сама по себе

[17] См.: *Puchta G. Fr. V.* Op. cit. S. 28.

[18] См.: *Harum P.* Von der Enstehung des Rechts. Innsbruck, 1863. S. 19.

[19] См.: *Glaser J. C.* Encyclopadie der Gesellschaft und Staatwissenschaft. Berlin, 1864. S. 48.

[20] См.: *Savigni V.* System des heutigen Romischen Rechts, Erster Band. Berlin, 1840. S. 45.

[21] См.: *Putter K. Th.* Der Inbegriff Der Rechtswissenschaft Oder Juristische Encyclopadie Und Methodologie. Berlin, 1846. S. 26.

есть факт, она не может сделать правом то, что не есть право. Наконец, происхождение права нельзя приписывать силе (право сильного) или отождествлять с религией. Право не есть воля лица, которое выражает непосредственно закон, также не есть воля народа, в нравах и обычаях которого оно получает жизнь[22]. Только признание власти и подчинение ей прилагают путь к признанию права[23].

Существование положительного права в той или другой форме возможно в каждом обществе, в котором признается власть; от характера власти зависит и характер права, но ни одно общество не имеет исключительной способности к его образованию. Так, например, церковь, государство, международный союз, семья создают свое право. По историческому движению жизни преимущественно в государстве организуется защита права, в нем признается определенная сила, так что положительные права отличаются и в зависимости от государства. Действительно, в государстве право получает видимое олицетворение своей принуждающей силы, каждый отдельный член общества входит с ним в юридическое отношение и все народные силы ищут в нем своей охраны и защиты. Поэтому положительное право принимается как синоним права в государстве. Великому историческому факту разделения народов более или менее соответствует такой же непреложный факт существования отдельных государств как политических единиц, воплощающих в себе все народные силы. Но и вне государства, и до его образования всегда создавалось и действовало право.

По мнению Пухты, до образования народов существовали семьи, между членами которых не было юридической связи, а господствовала любовь. Римляне называли такое право *jus naturale* – естественное право[24]. *Every positive law is set directly or circuitously by a sovereign individual or body to a member or members of the independent political society whereins author is supreme* – Каждый позитивный закон прямо или косвенно устанавливается суверенным лицом или органом для члена или членов независимого политического общества, в котором автор является высшим[25]. По выражению Гоббса, законодатель не тот, кто первоначально создал право, но тот, по чьей власти оно продолжает действовать. Происхождение права начинается с появления судей; юридический порядок и государственный суд есть синонимы[26]. То же говорит Пухта[27]. *Denkbar ist die Rechtsbildung vor dem Staate ausser dem Staate* – Правовое образование государства за пределами государства возможно[28]. Ограничение права только государством было последствием учения о естественном праве; признавалась только одна форма положительного права – законодательство, зависящее от произвола законодателя. Романисты впали в ту же односторонность, поставив римское право вместо того же естественного; они смотрели не благосклонно на автономию и на международное право. В Риме действительно все право утверждалось, признавалось или допускалось государством: закон был волей народа, обязательной для всех; обычное право имело силу, как *tacitus consensus populi* – молчаливое согласие народа; юриспруденция признавалась государством.

Рассматривая право данного общества, мы замечаем в нем двоякую сторону: одни положения его принадлежат исключительно известному народу, составляют его особенность, другие же одинаково повторяются повсюду. Прилагая это наблюдение к различным формам права, можно сказать, что обычное право носит по преимуществу национальный характер, право юристов более общее, законодательство занимает середину между ними. Такое разнообразие и единство положительного права зависит от двух его составных элементов: нравственного, повсюду более или менее одинакового, и фактического, по существу своему изменяющегося. Еще римляне сознавали существование общего и особенного положительного права. Все институты, которые они находили у всех народов, причислялись к общему положительному праву, те же, которые были известны только римлянам, относились к праву одного государства.

Так как сущность и значение права неизменны и оно служит выражением справедливости, то и формы или внешнее выражение этой силы повсюду одинаковы. Наглядно это доказывается теми юридическими заимствованиями, которые один народ делает у другого. Можно сказать с уверенностью, что ныне нет ни одного законодательства, которое бы было чуждо заимствований, точно так же, как и в обычаях различных народов существует однообразие. К примеру, институт присяжных, хотя по происхождению английский, принадлежит всем народам. Такое обобщение права происходит вследствие всеобщего сознания о тех формах, в которых охраняются жизненные отношения; право, как духовное благо, составляет общее достояние, из

[22] См.: *Voigt M.* Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus Gentium der Romer. Lepzig, 1856. S. 15.

[23] См.: *Frobel J.* Theorie der Politik, Wien, Drug und Verlag von Carl Gerolds Sohn, Zweiter Band, 1864. S. 107.

[24] См.: *Puchta G. Fr. V.* Op. cit. S. 18.

[25] См.: *Austin J.* The province of Jurisprudence determined. 2nd ed. London, 1861. Vol. 3. Issue. I. P. 316.

[26] См.: *Ihering R.* Op. cit. Teil I.S. 118.

[27] См.: *Puchta G. Fr. V.* Das Gewohnheitsrecht, Erlangen, in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung, Erster Teil, 1828. S. 181.

[28] См.: *Harum P.* Op. cit. S. 14.

которого каждый народ может брать свободно то, что признает за лучшее; таким источником служило римское право, получившее характер всеобщего.

В то же время поскольку право возможно во всяком обществе, нередко выходящем за пределы государства, то возможно также одно право для такого общества. Подобным характером отличается морское право, торговое, каноническое и пр.

Наконец, общие начала положительного права устанавливаются наукой и международными сношениями: в них приводятся к единству все возможные юридические положения, а самостоятельные и равные государства определяют свои взаимные отношения по началам справедливости.

Nicht das eine oder andere Recht, sondern das Recht, was der Mensch vor dem Their voraus hat[29]. Юристы различают национальное и заимствованное право, историческое и эклектическое. Те из них, которые признают только право, исходящее от государственной власти, считают *jus receptum* не источником, а мотивом положительного права. Но и в Риме народное право было изменено преторами и принят потом в полном объеме морской закон Родоса. Иногда заимствованное право сливается с национальным, как во Франции и в России (магдебургское, шведское, византийское), иногда же общее право получает перевес над народным, как в Германии. Отсюда борьба романистов и германистов в этом государстве; Р. Иеринг доказывает впрочем, что римское право не имеет в Германии значения положительного права.

Разнообразие положительного права зависит от чрезвычайного многообразия его фактического элемента. Таким образом, климат, свойство почвы, род занятий, степень культуры, наконец, религия имеют влияние на потребности и взаимные отношения между лицами; поэтому как неодинаково движение жизни, так неодинаковы и формы ее охранения. Право отражает на себе все, что произведено созидающими силами жизни и охраняет моменты народного развития. Вечное, по существу, оно изменяется в своих формах в пространстве и времени. Это двоякое изменение происходит постоянно: по мере увеличения материала для права, оно становится богаче в своем содержании и в формах; с развитием юридического языка вымирают символические выражения права; самооборона уступает место организованной власти, юридическая свобода лица признается все полнее. История права есть история его зрелости, история народного самосознания, а вместе с тем и сближения народов в области права. Если образование состоит в восприятии общего, то и право отражает на себя тот же закон.

Влияние хозяйственного быта на право бесспорно; право тесно связано с нравами, а потому на его основании можно воссоздать культуру известного народа и эпохи. Так, например, в неразвитом хозяйственном быту преобладают преступления против лица (убийство); у бедных народов преобладают телесные наказания, а денежные почти неизвестны; у народов земледельческих собственность по преимуществу недвижимая, у торговых же движимая; в торговых обществах особенно развиты договоры; притом морская торговля вызывает те из них, которые не требуют присутствия контрагента. Каждый юридический институт есть совокупность юридических положений, связанных одной экономической целью[30].

В этих двух сторонах – единства и разнообразия – постоянно развивается положительное право. Оно всегда есть более или менее удачная попытка выразить сущность права сообразно со временем и с потребностями народа; оно поэтому всегда есть исторически разумное. От первых своих проявлений до последнего момента своего развития оно представляет картину постепенного образования институтов из жизни и их влияния на жизнь. В этом взаимном воздействии открывается наглядно сущность права, его постоянно-охраняющее значение. Сравнивая положительное право у разных народов и в разное время, мы убеждаемся в необходимости известного рода жизненных отношений, в которых всегда достигались блага; то, что с первого раза кажется случайным, получает характер непреложный; юридическая зависимость, подчинение власти является во всем своем величии, точно так же, как и юридическая самостоятельность или свобода оказывается постоянно движущей силой жизни. Положительное право находит примирение между этими двумя, равно необходимыми потребностями свободы и порядка; оно движется вместе с жизнью. Нельзя сказать, чтобы вне положительного права не существовало права, как полагают некоторые[31]; но формулирование и применение служит осязательным доказательством годности, легитимности права для жизни. Требования жизни составляют *causa Juris*; в них открывается ее разум, *ratio juris*.

Поэтому возможна философия истории права, как ее называет Дж. С. Милль. Изучение ее имеет практическую пользу: оно показывает, что учреждения, которые существуют до сих пор в более или менее измененном виде, были плодом идей, теперь повсюду отвергнутых; и наоборот, что воззрения,

[29] См.: *Arnold W.* Op. cit. S. 337.

[30] См.: *Dankwardt H.* Nationalökonomisch-civilistische Studien. Leipzig, 1862. S. 14, 28.

[31] См.: *Allihn F.Y. Th.* Die Grundlehren der allgemeinen Ethik, nebst einer Abhandlung über das verhältniss der Religion zur Moral. Leipzig, 1861. S. 182.

удержавшиеся до нашего времени, нередко искусственны и случайно вызваны законами и учреждениями, которые более не существуют и возрождения которых никто не пожелал бы. Родер различает: или идеальное представление о праве; или реальное право; наконец, *das Musterbild des Rechts* – модель права, соответствующая политике: из исторического изучения можно сделать вывод о том, что немедленно может быть осуществлена как право. В последнем случае модель права принимает философию положительного права синонимом политики.

Политическая организация общества диктует обязательное знание, уважение и соблюдение закона. Однако напомним, что право регулирует отношения по поводу ценностей (правда, не всех) и в связи с этим само становится ценностью – правовой ценностью.

* * *

В заключение направлений этих исследований не видно разницы между воспитываемым государством отношением к ценностям и появившимся естественным путем. Это измерение является важным хотя бы потому, что дает основание для понимания роли государства во всем этом процессе и соответственно характеризует уровень возможного правового нигилизма именно с точки зрения отношения населения данной культуры к тем или иным ценностям.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Чернявский А.Г.* Комментарий к Конституции Российской Федерации. Новая редакция (постатейный). М., 2020. С. 21–25.
2. *Чернявский А.Г.* Фундаментальные основы права: компаративистика в юриспруденции. М., 2019, С. 34.
3. *Allihn F.Y. Th.* Die Grundlehren der allgemeinen Ethik, nebst einer Abhandlung über das verhältniss der Religion zur Moral. Leipzig, 1861. S. 182.
4. *Arnold W.* Cultur und Rechtsleben, Berlin, 1865. S. 320, 337.
5. *Austin J.* The province of Jurisprudence determined. 2nd ed. London, 1861. Vol. 3. Issue. I. P. 316.
6. *Beseler G.* Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig, 1843. S. 59.
7. *Chassan M.* Essai sur la symbolique du droit. Paris, 1847. Art. 705, 706. P. 143.
8. *Dankwardt H.* Nationalökonomisch-civilistische Studien. Leipzig, 1862. S. 14, 28.
9. *Falck N.* Juristische Encyclopedie, 5-te Auflage, Leipzig, 1851. S. 12.
10. *Fichte J.H.* Anthropologie: die Lehre von der menschlichen Seele, Leipzig, 1860. S. 55.
11. *Frobel J.* Theorie der Politik, Wien, Drug und Verlag von Carl Gerolds Sohn, Zweiter Band, 1864. S. 107.
12. *Glaser J.C.* Encyclopadie der Gesellschaft und Staatwissenschaft. Berlin, 1864. S. 48.
13. *Harum P.* Von der Enstehung des Rechts. Innsbruck, 1863. S. 14, 19.
14. *Ihering R.* Geist des romischen Rechts auf den verschidenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig, 1852. Teil I. S. 27, 31, 118; 1866. II Teil 1. Abth., 5. S. 15, 345, 372, 627.
15. *Puchta G. Fr.V.* Cursus der Instutionen, 9-te Auflage nach dem Tode des Verfasses besorgt von Paul Kruger, 1881. S. 22, 28.
16. *Puchta G. Fr.V.* Das Gewohnheitsrecht, Erlangen, in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung, Erster Teil, 1828. S. 181.
17. *Putter K. Th.* Der Inbegriff Der Rechtswissenschaft Oder Juristische Encyclopadie Und Methodologie. Berlin, 1846. S. 18, 26.
18. *Savigny Fr. C. von* Vom Beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3-tte Ausgabe, 1840. S. 30.
19. *Savigni V.* System des heutigen Romischen Rechts, Erster Band. Berlin, 1840. S. 45.
20. *Voigt M.* Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus Gentium der Romer. Lepzig, 1856. S. 15.

REFERENCES

1. *Chernyavsky A.G.* Commentary to the Constitution of the Russian Federation. New edition (article-by-article). M., 2020. P. 21–25 (in Russ.).
2. *Chernyavsky A.G.* Fundamental principles of law: comparative studies in jurisprudence. M., 2019. P. 34 (in Russ.).
3. *Allihn F.Y. Th.* Die Grundlehren der allgemeinen Ethik, nebst einer Abhandlung über das verhältniss der Religion zur Moral. Leipzig, 1861. S. 182.
4. *Arnold W.* Cultur und Rechtsleben, Berlin, 1865. S. 320, 337.
5. *Austin J.* The province of Jurisprudence determined. 2nd ed. London, 1861. Vol. 3. Issue. I. P. 316.
6. *Beseler G.* Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig, 1843. S. 59.
7. *Chassan M.* Essai sur la symbolique du droit. Paris, 1847. Art. 705, 706. P. 143.
8. *Dankwardt H.* Nationalökonomisch-civilistische Studien. Leipzig, 1862. S. 14, 28.
9. *Falck N.* Juristische Encyclopedie, 5-te Auflage, Leipzig, 1851. S. 12.

10. *Fichte J.H.* Anthropologie: die Lehre von der menschlichen Seele, Leipzig, 1860. S. 55.
11. *Frobel J.* Theorie der Politik, Wien, Drug und Verlag von Carl Gerolds Sohn, Zweiter Band, 1864. S. 107.
12. *Glaser J.C.* Encyclopadie der Gesellschaft und Staatwissenschaft. Berlin, 1864. S. 48.
13. *Harum P.* Von der Enstehung des Rechts. Innsbruck, 1863. S. 14, 19.
14. *Ihering R.* Geist des romischen Rechts auf den verschidenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig, 1852. Teil I. S. 27, 31, 118; 1866. II Teil 1. Abth., 5. S. 15, 345, 372, 627.
15. *Puchta G. Fr.V.* Cursus der Instutionen, 9-te Auflage nach dem Tode des Verfasses besorgt von Paul Kruger, 1881. S. 22, 28.
16. *Puchta G. Fr.V.* Das Gewohnheitsrecht, Erlangen, in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung, Erster Teil, 1828. S. 181.
17. *Putter K. Th.* Der Inbegriff Der Rechtswissenschaft Oder Juristische Encyclopadie Und Methodologie. Berlin, 1846. S. 18, 26.
18. *Savigny Fr. C. von* Vom Beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3-tte Ausgabe, 1840. S. 30.
19. *Savigni V.* System des heutigen Romischen Rechts, Erster Band. Berlin, 1840. S. 45.
20. *Voigt M.* Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus Gentium der Romer. Lepzig, 1856. S. 15.

Сведения об авторе

ЧЕРНЯВСКИЙ Александр Геннадьевич –
доктор юридических наук, профессор,
профессор кафедры конституционного
(государственного) и международного права
Военного университета Министерства обороны
Российской Федерации; 123001 г. Москва,
ул. Б. Садовая, д. 14

Authors' information

CHERNYAVSKY Alexander G. –
Doctor of Law, Professor, Professor of the
Department of Constitutional (State) and
International Law of the Military University of the
Ministry of Defense of the Russian Federation;
14 B. Sadovaya str., 123001 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 36–42
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 36–42

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

ИСТОРИЧЕСКИЙ И ЛОГИЧЕСКИЙ МЕТОДЫ ИЗУЧЕНИЯ ПРАВА: ИЗ ИСТОРИИ ФИЛОСОФИИ ПРАВА

© 2021 г. Е. А. Фролова

Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова;
Юго-Западный университет политологии и права, г. Чунцин, Китай

E-mail: frolova.msu@mail.ru

Поступила в редакцию 20.09.2020 г.

Аннотация. В статье рассматриваются природа юридической науки и методологии познания права. Показан вклад представителей неокантианской философии в постановку и решение этих проблем. Отмечается, что методологический плюрализм в теоретико-правовых науках обусловлен их диалогической природой и наличием в них мировоззренческого компонента. Обосновывается необходимость использования фундаментальной юриспруденцией на равных началах генетического и систематического способов исследования политико-правовых явлений.

Ключевые слова: юриспруденция, методология познания права, философия права, история политических и правовых учений, неокантианство.

Цитирование: *Фролова Е.А.* Исторический и логический методы изучения права: из истории философии права // Государство и право. 2021. № 1. С. 36–42.

DOI: 10.31857/S102694520013226-9

HISTORICAL AND LOGICAL METHODS OF STUDYING LAW: FROM THE HISTORY OF THE PHILOSOPHY OF LAW

© 2021 E. A. Frolova

Lomonosov Moscow state University;
Southwest University of Political Science and Law, Chongqing, China

E-mail: frolova.msu@mail.ru

Received 20.09.2020

Abstract. The article deals with the nature of legal science and the methodology of cognition of law. The contribution of representatives of neo-Kantian philosophy to the formulation and solution of these problems is shown. It is noted that methodological pluralism in theoretical and legal sciences is due to their dialogical nature and the presence of a worldview component in them. The necessity of using genetic and systematic methods of studying political and legal phenomena on an equal footing is substantiated by the fundamental jurisprudence.

Key words: jurisprudence, methodology of knowledge of law, philosophy of law, history of political and legal doctrines, neo-Kantianism.

For citation: *Frolova, E.A. (2021).* Historical and logical methods of studying law: from the history of the Philosophy of Law // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 36–42.

Современная социальная реальность – пример разновеликих конфликтов, протестов, мятежных настроений, техногенных и экологических катастроф, ставящих под угрозу выживание человека как биосоциального существа. Право выступает в качестве важнейшего регулятора общественных отношений. Для уяснения содержания права и оценки его способности эффективно влиять на социум необходимо обратиться к вопросам методологического характера, т.е. понять, каким образом право помогает «замирять» (термин М.М. Ковалевского) конфликты политико-правовой действительности.

В юридической науке вопросам методологии уделяется пристальное внимание. Причина повышенного интереса к этой теме, как представляется, заключается в том, что юриспруденция, вопреки внешней разобщенности своих дисциплин, как никакая другая наука, тяготеет к построению целостной системы. Юриспруденция неоднородна: если отраслевые науки ориентированы на создание единообразной и беспробельной системы права, необходимой для процесса правоприменения, то природа фундаментальных правовых наук (теория государства и права, история политических и правовых учений, философия права, социология права и др.) – иная. Эти науки включают в себя мировоззренческий компонент, по своей природе они диалогичны, а по методологии – разнообразны. Так, в качестве логико-теоретической основы политических и правовых доктрин выступают религия, философия, психология, этика и др. Вместе с тем такой методологический диапазон не должен вызывать сомнение в самостоятельности наук историко-теоретического цикла. Научность в области фундаментальной юриспруденции заключается в последовательности избранного метода, логичности аргументации, что в итоге и обеспечивает доктринальный уровень исследования.

Гносеологическая проблема (ответ на вопрос: как возможна наука) поднималась уже в античном мире. Еще Гераклит спрашивал: существует что-либо прочное и постоянное или все находится в вечном потоке. Сократ защищал общеобязательность познания – наука должна строиться на основе понятий и принципов. Платон развил «понятие» до «идеи». Именно он впервые высказался в пользу чисто мысленного, идеального бытия, которое существует благодаря тому, что мыслится. Идея, по Платону, есть предпосылка, условие любого научного мышления. Наука о чистых идеях у древнегреческого философа называется диалектикой; ее задача: свести многообразие действительности к родовому понятию и затем разложить на виды, т.е. возвысить представление до объективной идеи, отбросив все субъективное и шаткое. В этом смысле истинным диалектиком может быть только систематик, т.е. тот, кто способен охватить разумом целое. Вслед за Сократом и Платоном Аристотель считал, что только с помощью познания, оперирующего понятиями, возможно достигнуть научного знания. Однако между учениями Платона и Аристотеля имеются существенные методологические отличия. Если Платон начинает с критики познания, то Аристотель догматически определяет явления и подчеркивает необходимость их логической обработки. Если интерес Платона – гносеологический и направлен на достоверность познания, то интерес Аристотеля – генетический: он стремится открыть и объяснить причины, действующие в чувственных вещах. Аристотель – реалист, его внимание нацелено на изучение фактов, изучение жизни конкретных полисов. В отличие от Платона в его учении отсутствует прочная критическая основа. По Аристотелю, более убедительными оказываются индуктивные умозаключения, т.к. они исходят из известного и чувственно-воспринимаемого. Индуктивные приемы используют ораторы, оперирующие с вероятными заключениями и воздействующими на мнения (не на разум) народных масс. Вместе с тем научно обязательным, по Аристотелю, следует признать дедукцию – основываясь на этих приемах создаются дефиниции. Они определяют в логической форме сущность вещей и явлений, в т.ч. общества, права, государства. Для правильного определения сущности важно провести различие родов (отделяет вещь / явление от всех вещей / явлений другого рода) и видов (отделяет вещь / явление от остальных вещей / явлений того же рода)[1]. Таким образом, если Платон описывал идеальное государство и показывал его сущность, то Аристотель и перипатетики, используя индуктивный метод, сосредоточили свое внимание на видовых характеристиках государства и права.

Любая наука в своем развитии проходит три стадии: эмпирическую, классификационную и теоретическую. На первой стадии наука ограничивается сбором и описанием материала, на второй происходит систематизация собранного материала на основе общих признаков, заключенных в нем, на третьей – выясняются законы явлений. Формирование представлений о научном познании права складывалось еще в античном мире, активно развивалось в период Нового времени и стало центральной темой исследований в новейшее время. Такой долгий путь, казалось бы, должен свидетельствовать о теоретическом уровне современной правовой науки. Однако, как и сто лет назад, она находится на классификационной стадии развития: построив часть доступного для исследования материала в разветвленную систему юридических дисциплин, в юриспруденции тем не менее еще не установлены

[1] Аристотель справедливо считается «отцом» логики и телеологии. Во всяком случае можно говорить о том, что формальная логика (начиная от средних веков до начала XX в.) основывалась на системе Аристотеля (см. оценки его философии: *Форлендер К.* История философии. Античность. Средние века / пер. с нем.; под ред. В.А. Савальского. 2-е изд., испр. М., 2011. С. 122, 123).

границы с другими науками. Последнее обстоятельство можно объяснить разновекторным движением: с одной стороны, как любая область научных исследований, юриспруденция тяготеет к обобщениям и поиску единых начал, с другой – гибкость ее предмета обусловливает дальнейшую специализацию. Так, например, в последние десятилетия проблемы соотношения права и технологий (цифровизация, искусственный интеллект и др.), права и спорта, энергетического права, права и экологии и др. прочно вошли в юридический дискурс.

С точки зрения методологии права, можно заметить, что близкая к современности ситуация существовала на рубеже XIX–XX вв. В это время в научной среде обсуждался вопрос отграничения социальных наук в целом, и науки о праве, в частности, от области естествознания. Перед правоведами стояла задача показать отличительные черты юридической материи и возможность (или невозможность) рецепции для нее методов из области естествознания. Решая эту задачу, юристы по-новому подходили к пониманию методов научного исследования[2].

В начале XX в. утверждалось, что в обработке научных задач существует две основные точки зрения: объясняющая (экспликативная) и указывающая (нормативная). Для первого подхода важен каждый факт, исследователь стремится объяснить его связь с другими фактами, установив их причинную зависимость. Этот подход преобладает в естественных науках. Нормативная точка зрения предполагает рассмотрение фактов по отношению к заранее определенным правилам и предъявляет к ним требования, основанные на этих правилах. Такой подход характерен для гуманитарных наук, прежде всего этики, логики, юриспруденции. Кроме этого подчеркивалось, что в естественных науках понятие нормального равносильно понятию необходимого, а в гуманитарных – понятию должного.

Разница в основных подходах к предмету научного исследования подтверждала различие путей (методов), которыми идет человечество в поисках истины. Познание – сложный психологический процесс, который, во-первых, может направляться на непосредственное наблюдение фактов, на выведение из воспринятых сознанием наблюдений заключения, т.е. на переход от частного к общему; во-вторых, этот процесс может сводиться к образованию общих положений и к выведению из них заключений относительно отдельных фактов, отмеченных сознанием, т.е. к переходу от общего к частному. В первом случае, как было показано на примере Аристотеля, имеет место метод апостериорный, аналитический, индуктивный – способ, состоящий в образовании умозаключений, следующих (апостериорность) за наблюдением, в определении посредством разложения (анализ) их на составные части (индукция). Во втором – метод априорный, синтетический, дедуктивный – способ, заключающийся в установлении известных предпосылок (априорность), в установлении связи (синтез) между отдельными понятиями, вошедшими в сознание, в выведении (дедукция) одной мысли из другой (философия Платона). Эти методы представляют психический процесс, происходящий в едином человеческом сознании, они не исключают, а дополняют друг друга: индукцией наука добывает свой материал, с помощью дедукции выстраивает и применяет свои законы. Распространенная на рубеже XIX–XX вв. точка зрения, согласно которой существуют науки индуктивные (естествознание) и дедуктивные (гуманитарные науки), неточна. Индуктивных наук в собственном смысле слова нет, есть индуктивный способ изучения материала.

Отличие естественных и гуманитарных наук, как отмечали юристы в начале XX в., зависит не от различения предмета исследования (очевидно, что они различны), не от применяемых ими методов (они одинаковы для всех наук), а от основной точки зрения на предмет исследования (экспликативной или нормативной) и от большей или меньшей степени вероятности обобщений, легших в основание наук той или другой группы[3]. Естественные науки исходят из обобщений, имеющих характер безусловной достоверности. Для этих наук характерны наблюдение и опыт. Гуманитарные науки основываются на обобщениях, имеющих меньшую степень достоверности, объект их исследования одухотворен, орудие познания этих наук – наблюдение. Меньшая степень достоверности обобщений, лежащих в основе гуманитарных наук, различие объектов исследования, широкий круг явлений, обнимаемых их построениями, – все это в конце XIX в. привело к противопоставлению гуманитарных наук естественным. Явилась даже мысль о двойственности истины: предлагалось считать истинным в естествознании одно, в науках гуманитарных – другое. Однако большинство специалистов сошлись во мнении, что истина едина и должна быть признана таковой во всех сферах человеческого знания.

Наука права в целом, фундаментальная юриспруденция, в частности, относится к гуманитарным

[2] См.: *Ренненкампф Н.К.* Очерки юридической энциклопедии. Киев; СПб., 1880; *Капустин М.Н.* Теория права. (Юридическая догматика). М., 1868. Т. I. Общая догматика; *Новгородцев П.И.* Из лекций по общей теории права. Часть методологическая. М., 1904; *Суворов Н.С.* Лекции по энциклопедии права. 2-е изд. М., 2016; *Муромцев С.А.* Определение и основное разделение права. 2-е изд. М., 2016.

[3] См. об этом, напр.: *Лебедев В.И.* Общая теория права: лекции. СПб., 1903. С. 4, 5; *Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право: очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916; *Его же.* Философия и социология права / сост., примеч., указ. В.В. Сапова. СПб., 1998.

наукам: она исследует проявления во вне человеческой воли и потому полагает в основание своих построений обобщения сравнительно невысокой степени вероятности. Способы познания права – важная составляющая как отраслевых, так и теоретико-правовых наук, от методов их исследования во многом зависит предметный, критический и ценностный компонент исследования. В большей или меньшей степени все теоретико-правовые науки применяют методы индукции, дедукции и другие приемы исследования.

Один из основополагающих вопросов юридической науки – вопрос понимания и назначения права. В зависимости от избранной методологии создаются различные правовые концепции (право – как интерес, как свобода, как социальный долг, как минимум морали, как нравственно должное, как приказ власти, как усмотрение судьи и др.). На рубеже XIX–XX вв. под влиянием достижений в области психологии и социологии юридическая наука признала понятие права относительным. Юристы доказывали, что право необходимо исследовать не как неразложимую никакими средствами химического анализа окаменелость, а как явление текущее, как своеобразный жизненный процесс, происходящий в общественной среде. Это дало ключ к пониманию постоянных изменений его содержания, наблюдавшихся в исторической жизни народов. Однако в методологическом плане этот подход создал определенные сложности: пока право рассматривалось как нечто незыблемое и неизменное – задача исследователей, ищущих его определение, сводилась к поиску характерного признака всего его содержания. С признанием относительности правовых конструкций возникла непростая задача создания общей формулы для изменчивого явления. Правоведы высказывали мысль вообще отказаться от определения права по существу и раскрывать этот феномен через формальные определения (значения права), не зависящие от его содержания.

На рубеже XIX–XX вв. значительный вклад в понимание методологии науки внесла неокантианская философия: представители марбургской школы (Г. Коген, П. Наторп, Р. Штаммлер, Э. Кассирер, В.А. Савальский и др.) и сторонники баденского направления неокантианства (В. Виндельбанд, Г. Риккерт, Б.А. Кистяковский, П.И. Новгородцев и др.). Философы баденской школы исследовали прежде всего субъект познания и классифицировали науки в зависимости от критерия отнесения их к ценностям. Ориентир на культуру в системе построения наук – отличительная черта их философии.

Развивая методологию Канта, Риккерт определил границы естественно-научного и исторического методов. С помощью естественно-научного метода образуются общие понятия; этот подход отождествляет границы научного познания явления с границами опыта. Цель такого познания заключается в установлении закономерной связи фактов между собой. Предполагалось, что в результате проведенных исследований этим способом, будет дана объективная картина эмпирического бытия. Исторический метод имеет дело с конкретной действительностью и образует понятия по принципу «ценности». Задача исторической науки заключается в установлении внутренней закономерности конкретных и общих явлений с точки зрения телеологии (целеполагания). Таким образом, согласно неокантианской философии, в зависимости от метода исследования все науки могут выступать либо ***генерализирующими*** (материал исследования состоит из объектов природы – действительности, утратившей связь с ценностями), либо ***индивидуализирующими*** (материал исследования состоит из явлений культуры – действительности, отнесенной к ценностям)[4]. Основываясь на этом утверждении, неокантианцы обосновывали два принципиально различных вида понимания действительности.

1. **Генерализирующее** изучение принимает во внимание ***общее***, (индивидуальность объектов исследователя не интересует), объекты изучения – это только экземпляры общего родового понятия, которые при необходимости могут быть заменены другими экземплярами того же понятия. Практическая ценность этого подхода заключена в возможности ориентироваться во всем многообразии действительности, в создании системы понятий. Этот метод важен для юриспруденции (прежде всего теории права), поскольку на основе различного рода классификаций создаются обобщающие правовые понятия (норма права, правовое отношение, юридический факт, система законодательства, система права, юридическая ответственность и др.). Генерализирующий метод предполагает образование родовых понятий, подведение частного под общее. Понятия, возникающие таким образом, имеют разные степени общности, но высшая цель этого метода – подвести всю действительность под общие понятия. Таким путем создается *единая целостная система понятий*, охватывающих своим содержанием все объекты, подлежащие исследованию. Следствием этого подхода явилось создание обладающего формальным характером универсального метода, используемого преимущественно в естественных науках.

Иначе обстоит дело с историческими науками, которые, по мысли Риккерта, не стремятся обрабатывать действительность с точки зрения общего. Историк понимает предмет своего исследования (личность, общество, народ, политику, эпоху и др.) как единое целое,

[4] См.: *Риккерт Г.* Философия истории / пер с нем. С. Гессена с предисл. автора к рус. изд. СПб., 1908. С. 72.

и в то же время – «как никогда не повторяющуюся индивидуальность»[5]. Конечная цель исторического метода – дать целостное изображение объекта изучения. Поэтому историк не может пользоваться генерализирующим методом, игнорирующим единичное.

2. **Индивидуализирующее** исследование нацелено на выявление особенностей предмета, на то, что делает его незаменимым и исключительным. Предмет изучения, согласно этому подходу, не приравнивается к схожим явлениям (событиям), он выделяется из группы аналогичных предметов и называется уже не родовым, а собственным именем[6]. В этой области также имеется преобразование действительности: из всей массы первоначального материала выбирается определенный комплекс элементов, принадлежащий конкретному субъекту. Согласно этому методу, в реальности существуют не общие объекты, а только лишь единичные, ни одно явление не повторяется в тождественной форме (индивидуальное правовое сознание, конкретное правовое отношение, известный юридический факт и др.). Индивидуализирующий метод на первый план выводит понятие ***единичного*** и неповторимого. Понятие общего целого, с которым имеет дело история, богаче своим содержанием, чем его отдельно взятые части, поэтому история рассматривает единичное «в общем» как часть некоторого целого. Единичность исторических объектов предполагает, что данная действительность всегда существует во времени, пространстве и изменяется в них. Изображение связи объекта с окружающей его исторической средой возможно только с помощью индивидуализирующего метода. При этом история, как и естествознание, пользуется понятием причинных отношений, но в ином контексте: для историка важна не только временная последовательность причины и ее действия, но и та необходимость, с которой из определенной причины вытекает не менее определенное, никогда не повторяющееся в точности действие[7].

Вслед за В. Виндельбандом и Г. Риккертом, Б.А. Кистяковский утверждал, что научный интерес в исследовании явлений природы есть причинные соотношения, а предмет изучения историка – событие во всех индивидуальных проявлениях и деталях: «Историк берет все в розницу, в противоположность естествоиспытателю, который, исследуя только общее, берет все оптом. Логическая структура того и другого исследования – совершенно различна. Суждение естествоиспытателя (...) аподиктично; естествоиспытатель говорит: так необходимо должно быть. Суждение историка ассерторично; он говорит: так есть или так было»[8].

Причинные соотношения в социальных и в естественных науках различны. Историк исследует индивидуальные сочетания разных рядов причинно обусловленных явлений (стечение обстоятельств совершенно случайно, следовательно, и исследуемое историческое событие тоже случайно). Основная задача естествознания как науки о закономерностях в природе состоит в определении причинно связанных и необходимых соотношений. Причинные соотношения, составляющие основу естественных наук, мыслятся безотносительно к какому-либо определенному месту и времени или, говоря иначе, применимы к любому месту и времени, где есть необходимые условия. Вследствие того, что все важные положения естествознания приобретают абстрактную форму, естественные науки рассматриваются как науки о закономерном в природе, они основаны на четких формулах и программах. Отвлеченность дает возможность объяснять индивидуальные явления и производить обобщения[9].

На рубеже XIX–XX вв. перед юриспруденцией встал вопрос о возможности применения в своей области характерного для естественных наук метода причинно-следственных отношений. Экстраполируя эти приемы исследования на сферу права, ряд юристов высказались в защиту методологического плюрализма, с помощью которого, по их мнению, только и возможно исследование политико-правовой действительности. Так, Б.А. Кистяковский различал право как причинно-обусловленное *явление*, т.е. социальное отношение (правоотношение и психическое явление) и право в сфере *оценок и целей*. Сущность права, согласно его взгляду, обусловливается трансцендентальными (право – продукт духовной деятельности человека) и эмпирическими целями (право – инструмент организации совместной жизни людей). Трансцендентальные цели присущи разуму (интеллектуальному сознанию) и совести (этическому сознанию), отсюда, по его убеждению, проистекает значимость исследования логического и этического компонентов в праве. Этот подход подчеркивал двойственную природу права: с одной стороны, оно есть произведение человеческой воли, с другой – явление социального мира.

Право подлежит рациональному изучению с помощью логических операций человеческого сознания, при этом сознательная воля не имеет врожденного характера, человек только путем долговременного развития достигает способности сознательно

[5] См.: *Риккерт Г.* Указ. соч. С. 25–27.

[6] См.: там же. С. 20.

[7] См.: там же. С. 40.

[8] *Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право: очерки по методологии социальных наук и общей теории права; *Его же.* Философия и социология права / сост., примеч., указ. В.В. Сапова. С. 81.

[9] См.: *Кистяковский Б.А.* Философия и социология права / сост., примеч., указ. В.В. Сапова. С. 84.

направлять свои действия. Сфера, из которой выделяется право как продукт человеческого духа, есть, следовательно, область бессознательного. Однажды установленный порядок человеческих отношений остается твердо закрепленным. Постоянно повторяемые действия воспринимаются разумом человека, закрепляются в нем в виде ряда ассоциаций. Так возникает мысль о необходимости подчинения установившемуся порядку во избежание негативных последствий ослушания. Эта мысль – зерно сознательного понимания права[10].

Исследованием природы и взаимоотношения научных методов занимались не только юристы и философы, но и историки. Так, большой вклад в понимание методологии социальных наук внес А.С. Лаппо-Данилевский[11], разработавший под влиянием Конта, Спенсера, Канта и неокантианцев баденской школы собственный подход. Согласно Лаппо-Данилевскому, наука не может объединить все опытные данные и достигнуть единства в системе знаний каким-либо одним путем. Разные отрасли науки объединяются с разных познавательных точек зрения – *обобщающей* **(логический метод)** и *индивидуализирующей* **(исторический метод).** Поэтому социальные науки, полагал Лаппо-Данилевский, должны использовать на равных началах оба метода исследования: номотетический (обобщающий) и идиографический (индивидуализирующий)[12].

Сложность методологических вопросов и важность их решения для юриспруденции можно продемонстрировать на примере науки истории политических и правовых учений. Эта наука обладает одновременно чертами исторической (индивидуализирующей) и теоретико-правовой (обобщающей) науки. История политических и правовых учений не относится исключительно к индивидуализирующим наукам, поскольку содержит в себе теоретические научные обобщения, создает парадигмы юридического мышления каждой исторической эпохи. Систематический метод, по существу, формирует эту науку, в связи с чем историю политических и правовых учений справедливо называют «школой альтернативного мышления».

История политических и правовых учений наиболее полно демонстрирует взаимосвязь **исторического** и **логического** компонентов в праве. Так, например, в рамках этой науки оценивается полемика представителей исторической школы права (исторический компонент) и школы естественного права (логический компонент). Деятельность Гуго, Савиньи, Пухты явилась закономерной реакцией на рационализм школы естественного права, придававшей исключительное значение человеческому разуму (и возможному произволу). Гроций, Гоббс, Руссо обосновывали договорное происхождение права и государства: согласно этому подходу, стоит изменить договор в соответствии с идеалом, и в обозримом времени будет создан совершенный общественный строй. Кроме этого, реализовать данные идеи на практике, по мысли философов, не представляло особой сложности, (например, по Руссо, достаточно возвратиться к лучшему прошлому). Согласно воззрениям исторической школы, право развивается как цветок из зерна, из таинственных глубин народного духа. Действующее право – обнаружение этого таинственного духа. Поэтому ломка права есть разрушение живого организма, рост которого определяется не произволом личности, а законами органической жизни.

При методологическом противостоянии каждое из этих политико-правовых направлений имело свои плюсы и минусы. Так, историческая школа права установила связь права с жизнью конкретного народа и показала непрерывность развития права, однако эта методология отвергала рецепцию права, а значение личности недооценивалось или вообще устранялось из процесса правообразования. Теория естественного права выдержала критику в свой адрес со стороны представителей исторической школы права. Здоровое ядро этой школы – идеализм и критицизм – воспринято многими политико-правовыми концепциями последующего времени.

Методология поиска права, оценки политико-правовой реальности – темы многоаспектные; и логический, и исторический способы изучения политико-правовой реальности задают определенный масштаб для таких исследований. Как показывает история, право может одновременно резюмировать и ожесточенную борьбу общественных классов, и уединенный труд философа-юриста, и мечты социального реформатора. Стремясь установить путь познания права, юриспруденция обращается и к философии, и к социологии, и к отдельным юридическим наукам, выбирая для себя «хорошее из лучшего» во всех теориях, сочетая различные методы исследования политико-правовой материи.

* * *

Таким образом, исторический и логический способы исследования права позволяют оценивать

[10] Например, Н.М. Коркунов замечал, что возникновение права обусловлено сознательным соблюдением известных правил поведения как обязательных, но содержание этих первоначальных юридических правил не творится сознательно. Оно дается бессознательно сложившимися обыкновениями (см.: *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 149).

[11] Оценки Лаппо-Данилевского как социолога, историка и методолога науки см.: *Кареев Н.И.* Основы русской социологии. СПб., 1996. С. 167–169.

[12] См.: *Лаппо-Данилевский А.С.* Методология истории. Пг., 1923. (Выпуск первый). Эту работу А.С. Лаппо-Данилевского высоко оценивал социолог Н.И. Кареев: «Очень ученый, весьма систематический и детально разработанный труд».

его различно и даже противоположно (например, отождествлять право с силой (Гумплович) и видеть в праве нравственно должное (Новгородцев)). Немаловажно и то, что именно систематический прием (логический метод), применяемый к праву, позволяет признать данный феномен в качестве необходимого и важнейшего социального регулятора. Правовой строй связывает людей в общественные единства, а юридические нормы, представляющие основной элемент этого строя, выступают равнодействующей сил разного направления, приложенных к одной точке – общественному существованию, и потому являются своеобразным компромиссом различных интересов и сил в социуме.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Капустин М.Н.* Теория права. (Юридическая догматика). М., 1868. Т.I. Общая догматика.
2. *Кареев Н.И.* Основы русской социологии. СПб., 1996. С. 167–169.
3. *Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право: очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916.
4. *Кистяковский Б.А.* Философия и социология права / сост., примеч., указ. В.В. Сапова. СПб., 1998. С. 81, 84.
5. *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 149.
6. *Лаппо-Данилевский А.С.* Методология истории. Пг., 1923. (Выпуск первый).
7. *Лебедев В.И.* Общая теория права: лекции. СПб., 1903. С. 4, 5.
8. *Муромцев С.А.* Определение и основное разделение права. 2-е изд. М., 2016.
9. *Новгородцев П.И.* Из лекций по общей теории права. Часть методологическая. М., 1904.
10. *Ренненкампф Н.К.* Очерки юридической энциклопедии. Киев; СПб., 1880.
11. *Риккерт Г.* Философия истории / пер с нем. С. Гессена с предисл. автора к рус. изд. СПб., 1908. С. 20, 25–27, 40, 72.
12. *Суворов Н.С.* Лекции по энциклопедии права. 2-е изд. М., 2016.
13. *Форлендер К.* История философии. Античность. Средние века / пер. с нем.; под ред. В.А. Савальского. 2-е изд., испр. М., 2011. С. 122, 123.

REFERENCES

1. *Kapustin M.N.* Theory of law. (Legal dogmatics). M., 1868. Vol. I. General dogmatics (in Russ.).
2. *Kareev N.I.* The foundations of Russian sociology. SPb., 1996. P. 167–169 (in Russ.).
3. *Kistyakovsky B.A.* Social Sciences and law: essays in methodology of social Sciences and General theory of law. M., 1916 (in Russ.).
4. *Kistyakovsky B.A.* Philosophy and Sociology of Law / ed., note., decree. V.V. Sapov. SPb., 1998. P. 81, 84 (in Russ.).
5. *Korkunov N.M.* Lectures on General theory of law. SPb., 2003. P. 149 (in Russ.).
6. *Lappo-Danilevsky A.S.* The methodology of history. Pg., 1923. (Issue first) (in Russ.).
7. *Lebedev V.I.* General theory of law: lectures. SPb., 1903. P. 4, 5 (in Russ.).
8. *Muromtsev S.A.* Definition and main division of law. 2nd ed. M., 2016 (in Russ.).
9. *Novgorodtsev P.I.* From lectures on the General theory of law. Part of the methodological. M., 1904 (in Russ.).
10. *Rennenkampf N.K.* Essays in the legal encyclopedia. Kiev; SPb., 1880 (in Russ.).
11. *Rikkert G.* Philosophy of history / transl. from German S. Hessen with a Preface. author's guide to the Russian ed. SPb., 1908. 20, 25–27, 40, 72 (in Russ.).
12. *Suvorov N.S.* Lectures on the encyclopedia of law. 2nd ed. M., 2016 (in Russ.).
13. *Forlander K.* History of philosophy. Antiquity. Middle ages / transl. from German; ed. by V.A. Savalsky. 2nd ed., rev. M., 2011. P. 122, 123 (in Russ.).

Сведения об авторе

ФРОЛОВА Елизавета Александровна –
доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права и политологии юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова; 119991 г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13 (4-й учебный корпус); Юго-Западный университет политологии и права, 401120 Китай, г. Чунцин, 301, проспект Баошенг, район Юйбэй

Authors' information

FROLOVA Elizaveta A. –
Doctor of Law, Professor of the Department of theory of state and law and political science of the faculty of law at Lomonosov Moscow state University; 1 Leninskie Gory, building 13 (4th academic building), 119991 Moscow, Russia; Southwest University of Political Science and Law; 301, Baosheng Ave Huixing str. Yubei Distric, 401120 China, Chongqing

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 43–53
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 43–53

ДИСКУССИИ И ОБСУЖДЕНИЯ

ОТКРЫТИЕ ЮРИСПРУДЕНЦИИ: *ЭПОХИ И СТИЛЬ* (Окончание)[1]

© 2021 г. Ю. А. Веденеев

Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

E-mail: vedpol45@gmail.com

Поступила в редакцию 30.04.2020 г.

Аннотация. Статья посвящена эволюции языка юриспруденции в различных аспектах и контекстах исторического существования права. Общий подход основан на разграничении понятий «образование юриспруденции» и «открытие юриспруденции».

Образование юриспруденции протекает в социокультурной логике развития правовых систем, составляя институциональный аспект их становления, формирования и функционирования в структуре образов, вероучений и формально-логических конструкций и определений. В этой части своего содержания проблематика образования науки права входит в предмет историко-генетической юриспруденции или в ее учебной редакции – истории юридической науки. В данном аспекте своего существования юридическая наука рассматривается в качестве института общей правовой реальности, наряду с ее нормативным, процедурным и юридико-техническим измерением.

Открытие юриспруденции связано с процессами ее рефлексии на предмет самой себя, исследования различных исторических форм ее когнитивного выражения. Это вопрос прежде всего внутренней концептуальной эволюции юридической науки, когда ее содержательные и формальные характеристики являются предметом теоретико-методологической разработки в границах исторической семантики, лексики и нормативной грамматики культурной эпохи. В этой части своего содержания юридическая наука составляет предмет правовой эпистемологии и археологии юридического знания.

Эволюция права и эволюция науки права представляют собой общий процесс институционального и концептуального развития правовой системы в целом, в ее нормах и представлениях, принципах и институтах, образах и понятиях. Сравнительно-историческое исследование отдельных эпох, аспектов и фаз эволюции предмета, языка и структуры юриспруденции, ее базовых категорий и определений открывает перспективу в изучении и права, и науки права.

Ключевые слова: эволюция юриспруденции, образование юриспруденции, открытие юриспруденции, смена культурно-исторических парадигм, трансформации права и науки права, правовая эпистемология, культурно-историческая юриспруденция, язык юриспруденции, дисциплинарная структура юридической науки.

Цитирование: *Веденеев Ю.А. (2021).* Открытие юриспруденции: *эпохи и стиль* (Окончание) // Государство и право. 2021. № 1. С. 43–53.

DOI: 10.31857/S102694520013227-0

[1] Начало см.: Государство и право. 2020. № 11. С. 40–48.

DISCOVERY OF JURISPRUDENCE: *EPOCHS AND STYLE* (The end)[2]

© 2021 Yu. A. Vedeneev

Kutafin Moscow state law University (MSLA)

E-mail: vedpol45@gmail.com

Received 30.04.2020

Abstract. The article is devoted to the evolution of the language of jurisprudence in various aspects and contexts of the historical existence of law. The General approach is based on the distinction between the concepts of "education of law" and "opening of law".
The formation of jurisprudence proceeds in the socio-cultural logic of the development of legal systems, making up the institutional aspect of their formation, formation and functioning in the structure of images, creeds and formal logical constructions and definitions. In this part of its content, the problems of education of the science of law are included in the subject of historical and genetic jurisprudence or in its educational edition – the history of legal science. In this aspect of its existence, legal science is considered as an institution of General legal reality, along with its normative, procedural, and legal-technical dimensions.
The discovery of jurisprudence is connected with the processes of its reflection on the subject of itself, the study of various historical forms of its cognitive expression. This is primarily a question of the internal conceptual evolution of legal science, when its content and formal characteristics are the subject of theoretical and methodological development within the boundaries of historical semantics, vocabulary, and normative grammar of the cultural era. In this part of its content, legal science is the subject of legal epistemology and the archaeology of legal knowledge. The evolution of law and the evolution of the science of law is a General process of institutional and conceptual development of the legal system as a whole, in its norms and concepts, principles and institutions, images and concepts. Comparative historical research of individual epochs, aspects and phases of the evolution of the subject, language and structure of jurisprudence, its basic categories and definitions opens up prospects in the study of both law and the science of law.

Key words: evolution of law, education law, open law, the change of the cultural-historical paradigms, transformation of law and science of law, legal epistemology, cultural, historical jurisprudence, language of law, the disciplinary structure of the science of law.

For citation: *Vedeneev, Yu. A. (2021).* Opening of jurisprudence: *epochs and style* (The end) // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 43–53.

Биография юридического концепта: господствующее обозначающее

Образование и открытие юриспруденции заключено в ее генеалогии. Генеалогический подход позволяет установить, какие характеристики права как социокультурной категории, системы представлений и институтов, языков описания утрачены или приобретены в процессе движения его исторических форм (модусов и модальностей) в контексте той или иной эпохи своего существования и развития. И самое главное – выявить состав и структуру инвариантных и вариативных, структурных и функциональных, онтологически данных и исторически заданных признаков, определяющих истоки и траектории движения различных правовых систем, динамику их преобразований и возможных пересечений в историческом времени и пространстве. Генеалогический подход открывает возможность обнаружить парадигмальные сдвиги в развитии правовых систем в их синтагматике и прагматике, исторические изменения в содержании и функциях права. Каждой кризисной эпохе в эволюции корреспондируют свои культурно-исторические условия трансформации права в составе и структуре правовых институтов, в составе и иерархии лежащих в их основании ценностей, в системе представлений о праве, правовых категорий и понятий.

В этом аспекте своего понимания генеалогический подход охватывает все составные элементы знаково-семиотического прочтения юридического текста – универсальной категории права и науки права: предмет концептуализации (*обозначаемое*), юридический дискурс (*обозначающее*), понятие (*обозначенное*) и процесс концептуализации (*обозначивание*). Культурно-историческая практика становления и развития правовых систем в нем

[2] For the beginning, see: Gosudarstvo i pravo=State and Law, 2020, No. 11, pp. 40–48.

находит универсальный аналитический язык реконструкции фазовых парадигматических и эволюционных изменений собственных нормативной, институциональной и концептуальной составляющих в их взаимных связях и отношениях. Типология форм культурно-исторической эволюции юриспруденции симметрична контовской цивилизационной парадигме изменений в системах социальных коммуникаций и обеспечивающих их правовых систем. Важно лишь иметь в виду, что развитие правовых систем происходит в исторически различных культурных пространствах, время в которых протекает неравномерно, с различной скоростью и инерционностью на различных уровнях и в отдельных элементах институциональной и концептуальной подсистем. Историческое время, выраженное в различных фазовых состояниях процесса асинхронных изменений элементов правовой системы, рождает ее внутренние противоречия, рассогласованности и взаимонесоответствия. Накапливаемые отклонения и дисфункции разрешаются в конечном счете структурными сдвигами в содержании и формах выражения наличного правопорядка, то есть сменой концептуальных парадигм в собственной истории их пространственно-временных отношений и переходов.

В позитивной науке права, значение категорий пространства и времени в осмыслении правовых явлений носит фрагментарный и сугубо формальный характер. Это элементы среды обитания права, юридические факты места и событий, с которыми формально связаны определенные правовые следствия. Все иное в понимании концептуального статуса данных категорий в юриспруденции не входит в ее предмет, т.е. не разрабатывается. Видимо, правовая наука потому и является позитивной, потому что не разрабатывает данные категории за рамками предписанных значений, поскольку в ином случае возникло бы много вопросов, на которые следовало бы дать ответы, по крайней мере в теории права. Можно, разумеется, сказать, что в своей социальной онтологии эти категории составляют пространственно-временной континуум протекания практической и познавательной юридической деятельности, т.е. ничего не сказать. Главный вопрос предполагает развернутый ответ: обладают ли категории «пространство» и «время» таким познавательным и логическим значением, которое имеет, в свою очередь, фундаментальное значение в понимании и определении природы и сущности, содержания и форм права и соответственно находит предметное и понятийное отображение в структуре науки права и юридического знания о праве?

Положительный ответ заключает в себе необходимость разработки как данной темы, так и аналитического инструментария, посредством которого можно развернуть ее в полном объеме своего содержания. И тем самым обеспечить корректное определение значения пространственно-временных категорий и связанных с ними аналитических конструкций в исторических контекстах их сосуществования и взаимовлияния на процессы развития права и языка науки права. Совмещение пространственно-временных характеристик юридического текста в широком значении термина (правовой институт и концепт) и его семиотическое прочтение в понятиях «обозначающее», «обозначаемое» и «обозначенное», открывает аналитику матричного описания и объяснения явления права, соответственно, через изменения означающих, означаемых и означенных в определениях явления права и пространственно-временных контекстах его исторического существования и развития. Эпистемологическая матрица является вместилищем возможных значений юридического текста, существующего в ее концептуальных границах. Посредством конкурирующих интерпретаций и переинтерпретаций на языке господствующего в данном пространстве и времени юридического концепта и осуществляется производство конкретного знания о спрятанных в тексте содержаниях. Именно в этом смысле и явление права, и наука права контекстуальны и конвенциональны в своих конструкциях и представлениях. Следует лишь иметь в виду, что и языки предписаний, и языки определений в своих содержаниях и формах выражения живут своим собственным пространством и временем, одновременно предметным, воображаемым и формальным. Они образуют правовую реальность и, только меняясь сами, изменяют и ее.

Источник и начало исторического времени и пространства будущих институциональных и концептуальных переходов и перемен есть живая социоприродная правовая реальность, нагруженная мифологическими представлениями и осмыслениями явления права в мифопоэтических образах и ритуальных техниках производства и воспроизводства практик социального общения. Миф – первоначальная форма концептуального отображения и санкционирования социальной реальности, непосредственного перевода конкретного воображаемого в фактическое. Завершенный формат мифопоэтического мышления нашел себя в порождающем фактическую реальность эйдосе (*творящем дискурсе*) платоновской теософии. Архаическую стадию культурно-исторической эволюции юридических картин мира (рефлекторного мышления) сменила религиозно-символическая фаза и модус ее проявления. Вторичная моделирующая правопорядок система мышления о праве – основанное на вере божественное предопределение практик организации власти и управления. Завершающая цикл культурно-исторических трансформаций юридических картин

мира – рационально-логическая или фаза понятийного (рефлексивного) мышления о праве, формальная система логически выводимых суждений должного социального порядка. Ее предметное воплощение нашло себя в эмпирико-аналитической модели описания государственно-правовых порядков Аристотеля. Эволюционные и парадигмальные трансформации юридических картин мира получили свое отображение в собственных когнитивных формах нормативного восприятия и аналитического структурирования действительности, организованной в системе ее социальных иерархий и социальных сетей, начиная от первоначальных сообществ и завершая современными обществами на языке Ф. Тённиса[3].

Архаические сообщества – сообщества медленного циклического времени, населенного духами предков пространства и традиционного права. Архаическое право переживается в ритуалах и осмысляется в мифах. Это право сообщества предписанных (*аскриптивных*) нормативных статусов и ролей. Первая знаниевая форма определена жесткой системой мифологических представлений о должном порядке и его источниках. Это – проявление органического правосознания первоначальных сообществ и архетипических проекций должного в сущем. Оно включало в себя сакральное знание для посвященных и выражало сложную структуру отношений между бытийным Хаосом и упорядоченным Космосом, эмпирической повседневностью и социоприродной метафизикой. Это первородный язык социального общения, отраженный в ритуальных практиках и институтах передачи новым поколениям жреческих сообществ[4]; мир рассеянного, образного и эмпирического знания партикулярных этнических сообществ, живущих магическими представлениями и формами социального общения; юридическое знание живой устной традиции, переживаемой и передаваемой культурными механизмами исторической памяти и основанное на многослойных нарративах творения мира, практических действиях и конечного воздаяния героям культурного пантеона; проявления феномена органической нормативной реальности творящей воображаемую нормативную реальность.

Следующая фаза культурно-исторической и концептуальной эволюции права представлена сложной сетью религиозных определений должного поведения – правовой теологией. Это нормативная система правопорядка обществ вертикального вероучительного правосознания, источника права, основанного на вере в предзаданность всего сущего и несущего божественным волеизъявлением. Религиозное общество – это стратифицированное общество разделенного, вечного и преходящего времени, пространства и права. Его ментальное основание составляет разграничение Земного и Небесного порядков. Отсюда различение божественного и профанного, права боговдохновенного, дарованного и предписанного, права Ветхого Завета, Нового Завета и Коранического права. Это – право и юридическое знание, основанное на принципе изначального дуализма мира духовного и материального; мира дифференцированного учительного знания совершенного небесного порядка как альтернативы несовершенному земному порядку. Его концептуальная форма – символическое знание, отражающее извечный конфликт видимого и невидимого, мира живых и мертвых, грешников и мучеников веры, мира относительного сущего и абсолютного должного. Исторические репрезентации развернуты в индуистской и иудаистской традициях трансляции знания, определяемого в модальностях чистого или нечистого, правильного или неправильного поведения и представлены институтами производства истинных знаний и ритуальных предписаний этико-нормативных школ брахманов и учителей Закона[5]. Это – феномен воображаемой нормативной реальности, творящей фактическую нормативную реальность[6].

На третьей фазе культурной эволюции социальных отношений, порядок которых выстраивается в логике рациональных конструкций правовой реальности, на юридической авансцене царит система сложноорганизованных формальных институтов и определений права. Это – правопорядок обществ линейного времени, иерархического пространства и сегментированного права. Его концептуальное измерение включает юридическое знание, выраженное в системе понятий, в основании которых лежат дедуктивно и индуктивно выводимые суждения о должном поведении. Это право, основанное на формальных определениях и выводимых из них понятий господства и подчинения. Мир концентрированного юридического знания, различающего его категориальное ядро и аналитическую периферию. Его концептуальная форма – знание, абстрактное, логически выстроенное,

[3] См.: *Тённис Ф.* Общность и общество. Основные понятия и истоки социологии / пер. с нем. Д.В. Скляднева. СПб., 2002.

[4] См.: *Кофанов Л.Л.* Lex и Jus: возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н.э. М., 2006; *Сидорович О.В.* Жреческая традиция в Древнем Риме. Культ, ритуал, история. М., 2018.

[5] См.: *Зильберман Д.* К пониманию культурной традиции. М., 2015.

[6] Развернутая концепция роли религиозных представлений в развитии политико-правовых институтов раскрыта в небольшом фрагменте исследования французского историка античности Фюстель де Куланжа (см.: *Фюстель де Куланж.* Введение. Необходимость изучения древнейших верований народов для понимания их учреждений // Гражданская община античного мира. М., (1906) 2019).

рациональное. Классическая форма – правовая догматика и аксиоматика позитивного. Его живая высокая форма – правовая герменевтика или юриспруденция скрытого глубинного текста внутри внешнего формального текста, обеспечивающая существование непрерывной культурно-исторической традиции образно-метафорической и понятийной концептуализации права и науки права. Феномен секулярной нормативной реальности – выражения процесса маргинализации священного и божественного в системах социального общения[7].

Новая эпоха социальных конфигураций – это эпоха манифестации новых форм социального общения: имитации свободы в заданных траекториях сетевого поведения; время сообществ с неопределенными нормативными границами социальных практик и конкурирующих представлений о должном порядке взаимоотношений с его апостолами и пророками. Это – жизнь социальных сетей, мобильного времени, гетерархического[8] пространства и трансграничного[9] права. Его ментальное основание заключено в идее деконструкции всего сущего и несущего, ризомах и симулякрах наличных форм социального общения, ухода от моноиерархий и его права, закрытого для изменений за рамками установленных границ официально-санкционированного правопорядка. Формирование «броуновской» среды обитания и права, размытого в своих концептуальных и нормативных положениях, бросает вызов тому, что еще вчера казалось безусловным и определенным: целеполаганию и рациональному выбору. Феномен текучей нормативности социальных отношений на языке Зигмунта Баумана[10] и социальных трансакций, в самих себе заключающих свое собственное право. Его концептуальное отображение – критическая, прежде всего в отношении своего наличного языка и междисциплинарной структуры, юриспруденция.

Смена исторических эпох – это не только смена политико-правовых укладов. Это смена гештальта или глубинных ментальных оснований организации социальных порядков. Звук, жест, слово и цифра и есть не что иное, как социокультурные формы бытования юридического концепта действительности в отдельных исторических эпохах существования человеческих сообществ. Его развернутые характеристики представлены системами звучащей юриспруденция, юриспруденции жеста и юриспруденции слова[11]. На исторической авансцене человек слова сосуществует с человеком цифры. Система живых вербальных коммуникаций и персонифицированных форм социального общения постепенно замещается цифровыми платформами[12]. Сетевые коммуникации обладают минимальной степенью выбора вариантов персонального поведения внутри сети, поскольку сетевое право не знает субъективного права. Сеть формирует и форматирует собственную соционормативную реальность. Общество цифровых платформ и технологий – общество виртуальных социальных коммуникаций. Это – гибко структурированные конгломераты унифицированных единиц в своих физических и интеллектуальных проявлениях. Это закрытое общество, о котором грезил еще Платон, – общество тотального наблюдения за всеми отправлениями социальной жизни. Новая реальность активно формирует свой словарь, его лексику и грамматику, свою аксиологию и риторику абсолютной несвободы[13].

Сетевое общество, идущее на смену гражданскому обществу, обществу автономных сообществ на языке Никласа Лумана, не живет определениями своего права как права публичной и частной свободы в практиках социального общения. Эволюция права (институтов) и эволюция представлений о праве (концептов) включены и являются составными элементами общей эволюции правовых систем своего времени и места. Переходы доправовых форм нормативной регуляции к государственно-правовым, а донаучных форм юридического мышления – к понятийным формам связаны и определяются фундаментальными сдвигами и трансформациями лежащих в их основании юридических картин мира или фундаментальными для различных исторических эпох формами и представлениями о должном порядке социальных отношений.

Осевое время (*в терминах К. Ясперса*) и Смена гештальта (*в терминах О. Шпенглера*) продолжают

---

[7] См.: *Агамбен Дж.* Высочайшая бедность. Монашеские правила и форма жизни. М., 2020.

[8] См.: *Красавин И.* Techne. Сборка сообщества. М. – Екатеринбург, 2013. С. 19–30.

[9] См.: *Варламова Н.В.* Гетерархичность современных правовых систем и постсоветская теория права // Проблемы постсоветской теории и философии права: сб. ст. М., 2016. С. 30–71.

[10] См.: *Бауман З.* Текучая современность. СПб., 2008.

[11] См.: *Вульф К.* Генезис социального. Мимезис, перформативность, ритуал. СПб., 2009; *Бенвенист Э.* Словарь индоевропейских социальных терминов. М., 1995; *Дубинец Е.В.* Знаки звуков. Киев, 1999; *Темнов В.И.* Звучащая юриспруденция. М., 2009; *Проскурин С.Г.* Древние перформативы и право // Языковые параметры современной цивилизации. М., Калуга, 2013. С. 214–222; *Проскурин С.Г., Центнер А.С.* К предыстории письменной культуры: архаическая семиотика индоевропейцев. Новосибирск, 2009; *Соболева А.К.* Топическая юриспруденция. М., 2001; *Байтеева М.В.* Язык и право. Казань, 2013.

[12] См.: *Срничек Ник.* Капитализм платформ. М., 2018.

[13] См.: *Поппер К.* Открытое общество и его враги: в 2 т. / пер. с англ. под общ. ред. В.Н. Садовского. М., 1992; *Геллнер Э.* Условия свободы. Гражданское общество и его исторические соперники. М., 1995.

заключать в себе при всей их метафоричности базовые концепты понимания и определения изменений языков социального общения и языков их описания и объяснения в их исторических практиках и формах манифестации. Институциональная и концептуальная эволюции правовых систем в реальной логике взаимных отношений и пересечений образуют общий предмет юриспруденции – теории и истории производства и разрушения правовых систем в историческом времени и пространстве. Аналитический дискурс новой юридической науки сосредоточен вокруг различений и определений права иерархических и сетевых сообществ, различений и определений концептуальных оснований эпохи модерна и постмодерна. Переход от работы с формальным *Текстом* к работе с социокультурным *Контекстом* в рамочных определениях *Метатекста* открывает еще неосмысленные и ненаписанные страницы будущей грамматики нового правопорядка.

Сетевая парадигма права и трансформация правовых систем, связанная с переходом от классической грамматики правопорядка к неклассическим формам эпохи постмодерна – новая проблемная область современной юридической теории и практики. Ее рабочая аналитика лежит в рамочных конструкциях семиотики права, раскрывающей взаимные отношения означающего и означаемого, выявляемые в различных исторических практиках юридической организации социальных отношений. На смену линейной грамматике правопорядка, в которой определенному означающему (правилу) соответствует определенное означаемое (поведение), приходит нелинейная грамматика подвижных юридических форм, в которой конкретное означающее полагает возможным сосуществование множества значений означаемого. Выбор приемлемой для сторон отношения юридической формы (значения) и составляет собственно предмет правового регулирования, субъектами которого являются сами стороны конкретного отношения. Плюралистическая структура субъект-субъектных отношений снимает фундаментальную проблему и тему классической юриспруденции – соотношения объективного и субъективного права, права и законодательства, поскольку данным категориям уже нет места в свободной концептуальной модели и живой нормативной практике организации правопорядка. Феномен господствующего означающего уходит с юридической сцены, уступая место конкурентным подвижным формам организации правопорядка, в составе юридического инструментария которого ключевое значение приобретает интерпретативная техника понимания и определения наличного права. Смещение от установленного права к праву интерпретаций означает переход от права, основанного на юридическом факте к праву, основанному на представлении о факте. Базовые формулы-паттерны должного правопорядка заменяются текущими и размытыми ситуативными определениями. Цифровое право, по существу, и является именно тем юридическим форматом правопорядка эпохи постмодерна, которое в режиме реального времени формирования и осуществления трансакций способно зафиксировать возникшее и работающее в нем текущее правоотношение. Способно ли цифровое право заполнить разрыв формально должного и подвижного сущего без разрушения наличного правопорядка – вопрос недалекого будущего. Эйфория скоро пройдет, юридические руины надолго останутся, останутся и воспоминания о праве социкультурного Текста без политического подтекста. Право может рассматриваться в качестве текста только в метафизическом смысле, поскольку действительное право выводится или, точнее, пишется самой социальной реальностью в определениях концептуальных представлений о должном в сущем. Только в воображении юристов позитивистской ориентации оно сочиняется в кабинетах законодателей.

К вопросу смены языка концептуальных парадигм

Уход с исторической сцены одних правовых систем и появление новых, их взаимные отношения и пересечения, притяжения и отталкивания связаны и определяются фундаментальными сдвигами в онтологических, ментальных и культурных основаниях социального общения. Что, разумеется, не исключает, а напротив, предполагает появление смешанных, сегментарных и многоуровневых правопорядков со своими юридическими языками, источниками и процедурами. Остается в аналитической повестке дня и вечная тема юридических исследований любой исторической эпохи, эпоха сетевых сообществ не исключение, – право и свобода в различных социокультурных формациях. Таким образом, ответ на вопрос, что есть право, есть также ответ на вопрос, что есть правовая свобода и наоборот. Одно живет в другом. Свобода как сознание права и право как осознание свободы лежат в основании социальных отношений как таковых. Свобода – это социальное благо-ценность, и в этом смысле она может быть предметом распределения и перераспределения, справедливого или несправедливого с точки зрения морали, равенства или неравенства с точки зрения права. Возможно, именно в этом смысле юридическое и моральное измерения действительности составляют фундаментальные категории человеческого существования, изначально лежащие в его онтологии. Реальность осмысляется в категориях правильного или неправильного, приемлемого или неприемлемого, должного или недолжного порядка, но квалифицируется на языке исторически сложившихся

форм образно-метафорического, вероучительного и понятийного выражения. Действующее в практиках социального общения право может отклоняться от определений социальной, религиозной и моральной нормативности, но данное в собственном смысле своего понятия оно не может быть аморальным. Аморальным может быть и является в различных форматах государственно-правовой политики только законодательство.

Преобразования структур социального общения в контексте смены доминирующих юридических картин мира или правосознаний своей эпохи определяют нормативные рамки и динамику движения от права социальных иерархий к праву социальных сетей. Исторически выработанные нормативные модели представили разнообразные по своей сложности кодифицированные комплексы сочетаний горизонтальных и вертикальных связей в отдельных сферах социального общения. Выражая различные формы зависимости между участниками социальных отношений, они обеспечивали правопорядок в границах правосознания своей исторической эпохи. В культурно-исторической последовательности это языки социоприродных мифов, языки религиозных догм и языки логических конструкций – традиционного права и позитивного права, сохраняющих свое нормативное значение в различных временных эпохах.

В сетевых нормативных моделях нет вертикальных и горизонтальных связей, а только траектории и их пересечения, в узлах которых, собственно, и протекают процессы юридической самоорганизации взаимных отношений. Подвижные системы нормативной регуляции, сопровождающие процессы социальных коммуникаций в режиме текущего времени, в отличие от статичных систем нормативной регуляции социального поведения трех нормативных исторических традиций,– один из возможных вариантов ответа на вызов требованиям нового времени.

Каждая эпоха развития права и науки права характеризуется собственными предметными и концептуальными границами становления и развития своих правовых систем, своими когнитивными стилями. Что объединяет три высокие традиции существования права и науки права и эпохи перемен? Целостное или разорванное единство образа жизни и образа мысли, норм и представлений о нормах? Традиционное право и его концепты (*мифологемы*) и его юридическая теология (*богооткровенные истины*), позитивное право и его понятийная аксиоматика (*аналитика*) – социокультурные формы существования и выражения социальных отношений в правосознании своего *осевого* времени никуда не уходят, а лишь меняют свою внутреннюю эпистемическую и деонтическую модальность. Генеалогия грамматик традиционного, религиозного и секулярного правопорядков, становление и развитие юриспруденции, преобразования ее исторической проблематики и языка, знаковых форм выражения юридического знания и дисциплинарной структуры являются общим предметом сравнительно-исторической юриспруденции, совмещающей в себе философию и теорию права, правовую лингвистику, антропологию и психологию.

Образование и открытие юриспруденции, ее институциональная эволюция и трансформации форм юридического знания – комплексная проблема и междисциплинарная тема юридической науки в целом, которая определяет перспективные направления исследования в области современного социогуманитарного знания. Проблема поиска нового концептуального языка неизбежно требует совмещения традиционных подходов, сохраняющих свой аналитический потенциал, так и междисциплинарного наследия, которое юридическая наука получила благодаря расширению собственных предметных границ.

Новый предмет и проблема – это разрешение фундаментальных противоречий иерархических и сетевых нормативных порядков социального общения, разрывов преемственности и перехода от знания санкционированного и аксиоматического к знанию конвенциональному и критическому. Извечная дилемма – закон для всех и право для избранных, знание о праве для всех или для избранных обретает свою новую историческую форму собрания конкурирующих за доминирование сетевых иерархий и легитимирующих их представлений. Мы еще не знаем всех последствий явления новой концептуальной и нормативной реальности[14]. Этот симбиоз подвижных форм социального общения и понимания открывает или закрывает будущее? Это не столько вопрос соотношения жесткого и мягкого права, сколько проблема формирования новых комбинированных форм юридической организации социальных отношений, объединяющих иерархии в сети в общем культурно-историческом процессе их взаимной институционализации и позитивации[15], права социальных сетей и права социальных иерархий как составных и подвижных элементов общей правовой реальности и ее возможных правопорядков.

[14] См.: *Катерный И.В.* Трансмобильность и нормативный морфогенез в условиях постгуманизированного общества: как все еще возможен социальный порядок? // Нормы и мораль в социологической теории. От классических концепций к новым идеям. М., 2017. С. 91–134.

[15] См.: *Фергюсон Ниал.* Введение в сети и иерархии // Площадь и башня. М., 2020. С. 25–97.

Очевидно и другое. Эволюции *форм юридического мышления* или юридических картин мира (переживания, восприятия, понимания и отношения к праву), *форм нормативной регуляции* (или модусов, стереотипов и стандартов поведения) и *языков рассуждения* о правовых явлениях (или аналитического инструментария) образуют три взаимозависимых измерения и уровня правовой реальности своего исторического времени. Юриспруденция как таковая остается фундаментальной когнитивной формой осмысления и репрезентации правопорядков любой эпохи, являясь органической частью их социокультур и правовых систем. Юридическая наука в своей понятийной, логически выстроенной системе представлений о праве – всего лишь одна из возможных концептуальных комбинаций культурно-исторического процесса осознания права, понимания его метафизических смыслов и текущих инструментальных значений. Это бесконечное разнообразие знаково-репрезентативных форм выражения юридического знания, разрывы и преемственности в развитии способов институционального общения, языков описания и объяснения права, их парадигматике и синтагматике, составляют собственный предмет семиотически ориентированной культурно-исторической юриспруденции.

Проблема в том, что обозначаемое (*предмет*), обозначающее (*дискурс*) и обозначенное (*концепт*) непрерывно меняются знаковыми местами, замещают, выражают и переопределяют друг друга. Комбинации слов превращаются в комбинации значений только в живой практике (прагматике) означивания своего предмета и методов, которые также не существуют сами по себе. Исследовать явление, значит найти его понятие в рамочных изменениях социокультурного контекста и метатекста концептуальной биографии существования и определения своего предмета. Разработка юридической теории предмета и корреспондирующих ему методов имеет место только в подвижной структуре междисциплинарных связей и отношений ее исторической эпохи и стиля языкового мышления. Явление одновременно переживается (феноменологическое определение права), оценивается (аксиологическое определение права), осмысляется (понятийное определение права).

Все возвращается к своим архетипическим истокам. Вечно зелено не только древо жизни, но также и древо познания, о чем говорили в свое непреходящее время еще библейские тексты. Существование явления права до понятия – предмет юридической мифологии и юридической теологии. Мифопоэтическая, символическая и понятийная формы осмысления действительности живут собственной жизнью, выражая и опредмечивая себя в различных исторических практиках концептуального и институционального развития. В общей социокультурной динамике их взаимных отношений и переходов непрерывно протекают процессы переносов и изменений эпистемических и деонтических статусов и значений в совместно вырабатываемых формах социального общения. Исторические трансформации в составе и структуре ядра и периферии социокультурной регуляции[16], периодически, синхронно или асинхронно, симметрично или асимметрично меняя нормативные роли и позиции ее базовых элементов – идей, норм и ценностей, – сохраняют или разрушают, расширяют или сужают когнитивные и мировоззренческие основания или *этос* человеческого, а значит, и юридического существования.

Мифология и теология, переплетения воображаемого и реального, фактического и символического – изначальные и первичные способы концептуализации социальных отношений. Это проявления коллективного сознания, в котором получают свое ментальное выражение формы и механизмы юридического восприятия действительности и воздействия на глубинные процессы социальной интеграции и дезинтеграции, лежащие в основании текущих и повседневных практик и представлений о должном правопорядке. Социокультурные матрицы любой исторической эпохи в своем цивилизационном генезисе уже заключают в себе разнообразные и конкурирующие форматы и тенденции юридического понимания и организации социальных отношений[17]. Социальные отношения каждой исторической эпохи живут, говорят и думают на языке своей социокультуры и произведенными в ее рамках – рабочими языками экономики, политики и права.

Доминирование одних нормативных моделей в общей системе социальной регуляции над другими вариативно. Смена юридических картин мира не меняет конститутивной роли самих идей, норм и ценностей в их универсальной способности, функционально изменяясь, оставаться ключевыми элементами общей структуры нормативной регуляции. Тезис, согласно которому право существует в определениях своей социокультуры, позволяет рассматривать эволюцию права в контексте преобразований в составе концептуальных парадигм, выражающих в языке своего исторического места и времени глубинные ментальные основания генезиса и движения собственных правовых систем. Концептуальные парадигмы меняют

[16] См.: *Гаджиев Г.А.* Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2013.

[17] См.: *Айзенстадт С.Н.* Культура, религия и развитие в Североамериканской и Латиноамериканской цивилизациях // Международный журнал социальных наук. 1993. № 1.

или сохраняют свои смыслы и значении в границах и определениях культур реципиентов.

Миф, вера и ритуал – объяснительные схемы и модели поведения, вечные спутники человека, феноменологически заданные формы его социального бытования (социализации и понимания, адаптации и мобилизации) и вечные объекты изучения юридической науки. Ныне они выступают фундаментальными альтернативами всеобъемлющей рационализации как права, так и науки права, которые в своей действительности заключают самые разнообразные и конкурирующие смыслы и значения. Чтобы их увидеть и понять, следует критически осмыслить привычные стандарты квалификации знания как логически верифицируемого набора определений. Явление права живет в переживаниях, образах каждой исторической эпохи выражения и понимания права. Действительный предмет юриспруденции – культурная психология институтов, ментальной репрезентацией которой являются сами институты.

Мифологические, религиозные и рациональные концептуальные парадигмы (традиции и новации) в их взаимной эволюции признания и отрицания соединяются и сочетаются в разнообразных пропорциях и конфигурациях совместного сосуществования и влияния на процессы развития и осмысления права. Правовые системы характеризуются своими формами юридического мышления (архетипического, канонического и понятийного), существованием собственного социального пространства, доступного только своим юридическим техникам его нормативной классификации и организации, своими ритуальными, богословскими и аналитическими средствами и практикой разрешения внутренних конфликтов и отклонений от установленных и признанных стандартов должного поведения. Вполне объяснимо, что аналитика культурно-исторической юриспруденции, развернутая в антропологии, герменевтике, лингвистике и эпистемологии права, образует и актуализирует ключевые подходы и направления теоретико-методологической рефлексии своего предмета. Наука права существует в определениях языка и культуры различных эпох. Ее современный теоретико-методологический формат позволяет открыть и увидеть новые аспекты и измерения исследуемой правовой реальности, заключенные в генеалогических основаниях права и науки права.

История права и история науки права и есть не что иное, как развернутая во времени проблематика взаимозависимости практического языка права и аналитического языка юриспруденции[18]. Предметно определяемая социокультурной динамикой их становления и взаимодействия, совмещения и переходов от одной матричной структуры комбинаций и определений понятий и правил к качественно другой логике их нормативной и аналитической организации, она сочетает синхронический и диахронический формат и траектории совместного развития и существования. Описать и объяснить состояние и перспективы изменений в составе и структуре правоведения, исходя из необходимости гармонизации отдельных направлений и подходов (историко-генетического, сравнительного, контекстуального) различных дисциплин в логике взаимодополнительности их аналитических языков – первоочередная задача и тема сегодняшней юриспруденции. Ее комплексный предмет – генеалогия правовых понятий и генеалогия правовых институтов или история рождения и гибели концептуальных и институциональных парадигм в их прошлом, настоящем и будущем.

Генеалогия правовых институтов живет генеалогией образов и представлений, закодированных в языке и культуре социального общения. Правовая реальность такова, каков нормативный язык рассуждения о реальности. Юридические языки не только формируют, но также определяют и регулируют пространственные и временные границы социального поведения. Каждая историческая эпоха живет логикой своего доминирующего языка восприятия и понимания действительности. Именно здесь и лежат аналитические основания формирования интегральной юриспруденции, совмещающей в рамках своего собственного комплексного предмета исследования мифопоэтические, религиозно-символические и рационально-логические подходы в изучении права. Классическая формула *от «мифа к логосу»,* метафорически выражающая традиционную эволюционную модель развития языка юриспруденции, в ее современной редакции, основанной на принципе пересечений и борьбы за доминирование внутри смешанных концептуальных парадигм, должна быть дополнена и представлена конструкцией *«между мифом и логосом»*. Исследовательский потенциал данной интегральной схемы развития юриспруденции позволяет выйти за рамки линейных форм движения ее языка, предмета и структуры и показать реальную культурно-историческую и аналитическую динамику формирования юридической науки, включая инволюционные линии в ее развитии.

Фактический правопорядок каждой исторической эпохи юридического существования, его нормативная и аналитическая составляющие выстраиваются относительно этих трех фундаментальных концептуальных парадигм описания и объяснения действительности. Любое явление, в т.ч. и право, на любой фазе своей культурно-исторической эволюции может быть рассмотрено с точки зрения логики

[18] См.: *Дворкин Р.* Империя права. М., 2020.

существования и выражения себя в системе мифов, догм и понятий. Это универсальная матрица базовых элементов исторических и аналитических репрезентаций правовой реальности. Общая история права и науки права может быть представлена не только в виде линейной последовательности исторических периодов, каждый из которых охватывает процессы становления и реализации доминирующих образов-моделей правопорядка, определяющих признанные и санкционированные юридические формы социальных отношений, но также их совместного, циклического и возвратно-поступательного сосуществования, образуя сложные нормативные и понятийные комплексы. Эпистемическая ценность генеалогического подхода в описании и объяснении права и науки состоит в том, что в нем различимы два фазовых состояния и аналитический переход из допонятийной в понятийную форму существования и выражения права и науки права.

Подвижный концептуальный баланс языков мифологических, религиозных и рациональных определений составляет реальную юридическую конфигурацию каждой исторической эпохи. Они связаны между собой синтагматическими и парадигматическими отношениями; занимают в зависимости от исторического контекста положение либо ядра, либо периферии в общей культурной системе; образуют смешанные нормативные структуры, внутри которых протекают процессы развития и перехода от одних доминирующих юридических форм организации социального общения к качественно другим, отвечающим новым потребностям и вызовам. Реальная структура правопорядка существует в виде отдельных сегментов, предназначенных для потребления различными статусными функциональными группами. Ничего никуда не уходит. Все живет своей явной или скрытой жизнью, обнаруживая свое присутствие в ситуациях структурных кризисов.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Айзенстадт С.Н.* Культура, религия и развитие в Североамериканской и Латиноамериканской цивилизациях // Международный журнал социальных наук. 1993. № 1.
2. *Агамбен Дж.* Высочайшая бедность. Монашеские правила и форма жизни. М., 2020.
3. *Байтеева М.В.* Язык и право. Казань, 2013.
4. *Бауман З.* Текучая современность. СПб., 2008.
5. *Бенвенист Э.* Словарь индоевропейских социальных терминов. М., 1995.
6. *Варламова Н.В.* Гетерархичность современных правовых систем и постсоветская теория права // Проблемы постсоветской теории и философии права: сб. ст. М., 2016. С. 30–71.
7. *Вульф К.* Генезис социального. Мимезис, перформативность, ритуал. СПб., 2009.
8. *Гаджиев Г.А.* Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2013.
9. *Геллнер Э.* Условия свободы. Гражданское общество и его исторические соперники. М., 1995.
10. *Дворкин Р.* Империя права. М., 2020.
11. *Дубинец Е.В.* Знаки звуков. Киев, 1999.
12. *Зильберман Д.* К пониманию культурной традиции. М., 2015.
13. *Катерный И.В.* Трансмобильность и нормативный морфогенез в условиях постгуманизированного общества: как все еще возможен социальный порядок? // Нормы и мораль в социологической теории. От классических концепций к новым идеям. М., 2017. С. 91–134.
14. *Кофанов Л.Л.* Lex и Jus: возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н.э. М., 2006.
15. *Красавин И.* Techne. Сборка сообщества. М. – Екатеринбург, 2013. С. 19–30.
16. *Поппер К.* Открытое общество и его враги: в 2 т. / пер. с англ. под общ. ред. В.Н. Садовского. М., 1992.
17. *Проскурин С.Г.* Древние перформативы и право // Языковые параметры современной цивилизации. М., Калуга, 2013. С. 214–222.
18. *Проскурин С.Г., Центнер А.С.* К предыстории письменной культуры: архаическая семиотика индоевропейцев. Новосибирск, 2009.
19. *Сидорович О.В.* Жреческая традиция в Древнем Риме. Культ, ритуал, история. М., 2018.
20. *Соболева А.К.* Топическая юриспруденция. М., 2001.
21. *Срничек Ник.* Капитализм платформ. М., 2018.
22. *Темнов В.И.* Звучащая юриспруденция. М., 2009.
23. *Тённис Ф.* Общность и общество. Основные понятия и истоки социологии / пер. с нем. Д.В. Скляднева. СПб., 2002.
24. *Фергюсон Н.* Введение в сети и иерархии // Площадь и башня. М., 2020. С. 25–97.
25. *Фюстель де Куланж.* Введение. Необходимость изучения древнейших верований народов для понимания их учреждений // Гражданская община античного мира. М., (1906) 2019.

REFERENCES

1. *Eisenstadt S.N.* Culture, religion and development in North American and Latin American civilizations // International Journal of Social Sciences. 1993. No. 1 (in Russ.).

2. *Agamben J.* The highest poverty. Monastic rules and the form of life. M., 2020 (in Russ.).
3. *Bayteeva M.V.* Language and Law. Kazan, 2013 (in Russ.).
4. *Bauman Z.* Fluid modernity. SPb., 2008 (in Russ.).
5. *Benveniste E.* Dictionary of Indo-European social terms. M., 1995 (in Russ.).
6. *Varlamova N.V.* Heterarchicity of modern legal systems and post-Soviet theory of law // Problems of post-Soviet theory and Philosophy of Law: coll. papers M., 2016. P. 30–71 (in Russ.).
7. *Wulf K.* Genesis of the social. Mimesis, performativity, ritual. SPb., 2009 (in Russ.).
8. *Gadzhiev G.A.* Ontology of Law (critical study of the legal concept of reality). M., 2013 (in Russ.).
9. *Gellner E.* Conditions of freedom. Civil society and its historical rivals. M., 1995 (in Russ.).
10. *Dvorkin R.* Empire of Law. M., 2020 (in Russ.).
11. *Dubinets E.V.* Signs of sounds. Kiev, 1999 (in Russ.).
12. *Zilberman D.* To understanding the cultural tradition. M., 2015 (in Russ.).
13. *Katerny I.V.* Transparentnosti and regulatory morphogenesis in conditions posthumanized society: how is social order still possible? // Norms and Morals in sociological theory. From classical concepts to new ideas. M., 2017. P. 91–134 (in Russ.).
14. *Kofanov L.L.* Lex and Jus: the emergence and development of Roman law in the VIII–III centuries BC. M., 2006 (in Russ.).
15. *Krasavin I.* Techne. Assembly of the community. M., – Yekaterinburg, 2013. P. 19–30 (in Russ.).
16. *Popper K.* Open Society and its Enemies: in 2 vols. / under the General editorship of V.N. Sadovsky. M., 1992 (in Russ.).
17. *Proskurin S.G.* Ancient performatives and law // Language parameters of modern civilization. M., Kaluga, 2013. P. 214–222 (in Russ.).
18. *Proskurin S.G., Centner A.S.* To the prehistory of written culture: archaic semiotics of Indo-Europeans. Novosibirsk, 2009 (in Russ.).
19. *Sidorovich O.V.* Priestly tradition in Ancient Rome. Cult, ritual, history. M., 2018 (in Russ.).
20. *Soboleva A.K.* Topical jurisprudence. M., 2001 (in Russ.).
21. *Srnichek Nick.* Capitalism platforms. M., 2018 (in Russ.).
22. *Temnov V.I.* Sounding jurisprudence. M., 2009 (in Russ.).
23. *Tennis F.* Community and society. Basic concepts and sources of sociology / transl. from German D.V. Sklyadnev. SPb., 2002 (in Russ.).
24. *Ferguson N.* Introduction to networks and hierarchies // Square and Tower. M., 2020. P. 25–97 (in Russ.).
25. *Fustel de Coulange.* Introduction. The need to study the oldest beliefs of peoples for understanding their institutions // Civil community of the ancient world. M., (1906) 2019 (in Russ.).

Сведения об авторе

ВЕДЕНЕЕВ Юрий Алексеевич –
доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА);
125993 г. Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9

Authors' information

VEDENEEV Yuri A. –
Doctor of Law, Professor of the Department of theory of state and law of Kutafin Moscow state Law University (MSLA); 9 Sadovaya-Kudrinskaya str., 125993 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 54–62
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 54–62

ЭТАПЫ И ЦЕЛИ РЕФОРМИРОВАНИЯ СОВРЕМЕННОЙ РОССИЙСКОЙ ПЕНСИОННОЙ СИСТЕМЫ СКВОЗЬ ПРИЗМУ ЭТИКИ ДОБРОДЕТЕЛИ АРИСТОТЕЛЯ

© 2021 г. С. А. Хмелевская*, Д. Н. Ермаков**

Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова

** E-mail: xmelevsk@mail.ru*
*** E-mail: dermakow@mail.ru*

Поступила в редакцию 17.08.2020 г.

Аннотация. В статье, опираясь на разработанные Аристотелем принципы этики добродетели и виды справедливости, анализируются причины неудач пенсионных реформ в Российской Федерации. Проводится мысль, что в ходе реформирования пенсионная система перестала быть страховой по своей сути, трансформируясь в солидарно-распределительную систему, и при этом, говоря словами Аристотеля, уравнивающая справедливость с её принципом эквивалентности, что изначально было заложено в систему обязательного пенсионного страхования, превратилась в распределяющую справедливость, когда связь между заработной платой и пенсионными выплатами стала неотчетливой.

Ключевые слова: Аристотель, добродетель, справедливость, виды справедливости, пенсионное реформирование, пенсионная система, обязательное пенсионное страхование, негосударственное пенсионное обеспечение, пенсия, принцип эквивалентности.

Цитирование: *Хмелевская, С.А., Ермаков Д.Н.* Этапы и цели реформирования современной российской пенсионной системы сквозь призму этики добродетели Аристотеля // Государство и право. 2021. № 1. С. 54–62.

DOI: 10.31857/S102694520013228-1

STAGES AND GOALS OF MODERN REFORM RUSSIAN PENSION SYSTEM THROUGH THE PRISM OF ARISTOTLE'S ETHICS AND VIRTUES

© 2021 S. A. Khmelevskaya*, D. N. Ermakov**

Lomonosov Moscow state University

** E-mail: xmelevsk@mail.ru*
*** E-mail: dermakow@mail.ru*

Received 17.08.2020

Abstract. In the article analyzes the reasons for the failure of pension reforms in the Russian Federation pension system, based on the principles of ethics of virtue and types of justice developed by Aristotle. It suggests that in the course of reforming of the pension system gradually ceased to be insurance at its core, transforming into a solidarity distribution system, and, in the words of Aristotle, egalitarian justice with its equivalence principle that initially was included in the mandatory pension insurance system has become in distributing justice, when the link between wages and pension payments have become less distinct.

Key words: Aristotle, virtue, justice, types of justice, pension reforming, pension system, mandatory pension insurance, non-state pension provision, pension, equivalence principle.

For citation: *Khmelevskaya, S.A., Ermakov, D.N. (2021).* Stages and goals of modern reform Russian pension system through the prism of Aristotle's ethics and virtues // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 54–62.

В Российской Федерации постоянно идет реформирование пенсионной системы, и сейчас готовится очередной его этап. Само реформирование – закономерный процесс, отражающий изменения, происходящие в развитии как данной системы, так и общества в целом. Но при этом важно понимать, что движет реформаторами, что их не устраивает в текущем состоянии пенсионной системы и чего они хотят достигнуть? Реформирование не должно осуществляться ради реформирования. Оно должно в первую очередь быть направлено на улучшение жизни пенсионеров – и настоящих, и будущих. Более того, в целях обеспечения доверия к пенсионной системе (а в условиях развития добровольного пенсионного страхования, за что ратуют нынешние реформаторы, это особенно важно) необходимо, чтобы она соответствовала представлениям граждан о социальной справедливости, запрос на которую в нашем обществе в последние годы многократно вырос. Поэтому значимо провести анализ пенсионного реформирования с позиций того, насколько оно отвечает представлениям о социальной справедливости.

Философская мысль предлагает вариативные концепции социальной справедливости. В связи с этим данную статью авторы рассматривают как продолжение того, что принято называть «аристотелианским поворотом», заключающимся в «попытке использовать преимущества “этики добродетелей” в сравнении с кантианской нормативной и утилитаристской этикой»[1], выделяя из всех добродетелей, описанных Аристотелем, именно социальную справедливость как одну из главнейших и подчёркивая, что «государственным благом является справедливость, то есть то, что служит общей пользе». Вместе с тем «справедливость есть нечто имеющее отношение к личности и что равные должны иметь равное»[2]. Но в чем заключается это равенство и в чем неравенство – «этот вопрос представляет трудность»[3]. Попытаемся ответить на него, опираясь на анализ целей и результатов проводимых пенсионных реформ в Российской Федерации.

Все данные реформы находили своё закрепление в соответствующем законодательстве, поэтому выстроим логику развития пенсионной системы, ссылаясь на принятые нормативные правовые акты. Так, в 1995 г. была принята Концепция реформы системы пенсионного обеспечения в Российской Федерации[4], в которой подразумевалось введение обязательного пенсионного страхования для всех работников. В 1998 г. была утверждена Программа пенсионной реформы в Российской Федерации, в которой предусматривалось развитие накопительного компонента пенсионной системы, применение индивидуального коэффициента пенсионера, планировался комплекс мер по дальнейшему развитию дополнительного пенсионного страхования (обеспечения)[5].

В развитие указанной Программы был принят ряд федеральных законов, выстраивающих современную систему обязательного пенсионного страхования (ОПС) и негосударственного пенсионного обеспечения (НПО)[6]. Так, с одной стороны, система ОПС изначально выстраивалась как солидарно-распределительная система, базирующаяся на принципе солидарности поколений, в соответствии с которым страховые взносы, уплачиваемые работодателем за работника, направлялись на выплату текущих пенсий (а именно та часть этих взносов, которая была предназначена для финансирования страховой части трудовой пенсии по старости застрахованного лица[7], впоследствии она получила название «страховая пенсия».

С другой стороны, на определенном этапе в систему ОПС был включён накопительный компонент (накопительная часть трудовой пенсии по старости, финансируемая за счёт части страховых взносов, которые затем инвестировались либо Государственной управляющей компанией – средства т.н. «молчунов», либо частными управляющими компаниями (УК), имеющими необходимые лицензии, отобранными ПФР по конкурсу и заключившими с ним договор, либо НПФ, согласно выбору и на основе заявления застрахованного лица). Полученный инвестиционный доход разносился по индивидуальным лицевым счетам застрахованных лиц. Кроме того, как было отмечено

[1] *Прокофьев А.В.* Человеческая природа и социальная справедливость в современном этическом аристотелианстве // Этическая мысль. М., 2001. Вып. 2. С. 41.

[2] *Аристотель.* Политика // Аристотель. Соч.: в 4 т. М., 1984. Т. 4. С. 467.

[3] Там же.

[4] См.: постановление Правительства РФ от 07.08.1995 г. № 790 (ред. от 30.05.1997 г.) «О мерах по реализации Концепции реформы системы пенсионного обеспечения в Российской Федерации» // Росс. газ. 1995. 23 авг.

[5] См.: постановление Правительства РФ от 20.05.1998 г. № 463 (в ред. от 17.09.1999 г.) «О Программе пенсионной реформы в Российской Федерации» // Росс. газ. 1998. 26 мая.

[6] См.: Федеральный закон от 17.12.2001 г. № 173-ФЗ (в ред. от 01.10.2019 г.) «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» // Росс. газ. 2001. 20 дек.; Федеральный закон от 15.12.2001 г. № 166-ФЗ (в ред. от 07.03.2018 г.) «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации» // Там же; Федеральный закон от 15.12.2001 г. № 167-ФЗ (в ред. от 01.04.2020 г.) «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации» // Там же.

[7] См.: Федеральный закон от 17.12.2001 г. № 173-ФЗ (в ред. от 01.10.2019 г.) «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» // Росс. газ. 2001. 20 дек.

в Комментарии (датированного 2004 г.) официальных органов к пенсионному законодательству, в основе системы ОПС был положен принцип эквивалентности, согласно которому сумма внесенных работодателем страховых взносов и отраженная на индивидуальном лицевом счёте застрахованного лица должна быть в дальнейшем равна сумме пенсионных выплат[8].

Однако первоначально страховая часть трудовой пенсии рассчитывалась на основе величины накопленного капитала и с учётом индексаций, но это не касалось накопительной части трудовой пенсии, т.к. при её расчёте и назначении учитывался и инвестиционной доход.

В дальнейшем неоднократно менялся тариф страховых взносов. После его понижения полученных страховых взносов на выплату текущих пенсий стало не хватать. Кроме того, трудовая пенсия у значительного числа граждан по своим размерам оказалась ниже официально принятого прожиточного минимума. В связи с этим был принят ряд мер, направленных, по сути, на борьбу с бедностью пенсионеров, которыми, в частности, устанавливалось, что трудовая пенсия по старости не может быть ниже прожиточного минимума пенсионера (ПМП) в субъекте Российской Федерации[9], а в случае, если «материальное обеспечение пенсионера оказывается ниже прожиточного минимума, происходит его доведение до этой величины за счёт федерального и регионального бюджетов»[10].

В результате принцип эквивалентности, как и страховые основы всей системы ОПС, были нарушены, а основным показателем уровня пенсионного обеспечения стал прожиточный минимум пенсионера. С одной стороны, это был важный шаг по пути повышения жизненного уровня пенсионеров, получающих мизерные трудовые/страховые пенсии, без которого обойтись было нельзя, но, с другой – разрушило страховые механизмы системы ОПС, сблизив её с системой государственного пенсионного обеспечения. Кроме того, на представителей среднего класса и высокодоходных слоёв (с учётом ещё введения предельной базы страховых взносов) это оказало дестимулирующее воздействие, т.к. сравняло заработанную страховую пенсию и пенсию, полученную в т.ч. за счёт трансфертов из федерального бюджета, т.е. связь между фактическим заработком и размером пенсии стала размытой.

Следующим этапом развития пенсионной системы стало утверждение Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы Российской Федерации[11]. В ней были зафиксированы две основные цели развития пенсионной системы: «гарантирование социально приемлемого уровня пенсионного обеспечения; обеспечение сбалансированности и долгосрочной финансовой устойчивости пенсионной системы». С одной стороны, достижение приемлемого уровня пенсионного обеспечения тех граждан, чья сформированная в системе ОПС пенсия ниже прожиточного минимума (в качестве ориентира дальнейшего развития ставилась задача – достижение среднего размера трудовой пенсии по старости не менее 2.5–3 ПМП), а с другой – развитие трехуровневой модели пенсионной системы и достижение приемлемого уровня пенсии для среднего класса за счёт участия в корпоративных и частных пенсионных программах (цель – достижение коэффициента замещения пенсией утраченного заработка 40% и выше). Особо отметим, что в анализируемой Стратегии подчёркивался социально-страховой принцип функционирования системы ОПС. Одновременно эта Стратегии зафиксировала и закрепила имеющиеся противоречия в отношении формирования пенсионных прав представителей среднего класса. Так, основным принципом совершенствования формирования пенсионных прав в распределительной составляющей пенсионной системы провозглашался принцип «дифференцированного пенсионного обеспечения с учётом личного участия в государственной пенсионной системе солидарного характера»[12], но при этом предполагалось, что «обязательства пенсионной системы будут соответствовать её текущим доходам». Принцип эквивалентности в данном случае уже в расчёт не принимался. Более того, прогнозировалась ситуация, когда в силу недостатка финансового обеспечения пенсионные обязательства перед застрахованными лицами в полном объёме, т.е. на основе принципа эквивалентности, могли быть не выполнены.

С учётом принятой Стратегии в дальнейшем принимаются Федеральные законы «О страховых

[8] См.: Комментарий официальных органов к пенсионному законодательству Российской Федерации / под ред. Ю.В. Воронина. М., 2004.

[9] См.: Федеральный закон от 24.07.2009 г. № 213-ФЗ (в ред. от 19.12.2016 г.) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования”» // Росс. газ. 2009. 29 июля.

[10] *Сулейманова Ф.О.* Права лиц пожилого возраста на социальное обеспечение по российскому законодательству // Социальное и пенсионное право. 2018. № 2. С. 15–20.

[11] См.: распоряжение Правительства РФ от 25.12.2012 г. № 2524-р (в ред. от 24.10.2018 г.) «Об утверждении Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. II), ст. 8029.

[12] См.: там же.

пенсиях»[13] и «О накопительной пенсии»[14], затем вводится новая пенсионная формула, построенная на основе пенсионных баллов. К этому следует прибавить ограничения на предельную величину базы для исчисления страховых взносов (22% – в пределах установленной предельной величины базы и 10% – сверх этой величины)[15], а также то, что все поступившие суммы страховых взносов стали направляться на текущие выплаты пенсий. Балльная система оказалась несовершенной.

Вместе с тем на определенном этапе развития пенсионной системы стало очевидным, что за счёт финансовых средств, формирующихся из страховых взносов работодателей и направляемых на страховую пенсию, невозможно обеспечить выплату текущих пенсий пенсионерам и что с каждым годом будет требоваться всё больше трансфертов из федерального бюджета на такие выплаты. «Так, в 2018 г. государственные внебюджетные фонды (Пенсионный, социального страхования и обязательного медицинского страхования) потратили почти 11 трлн руб., а федеральный бюджет – 16,7 трлн»[16]. Поэтому средства, направляемые на формирование накопительной пенсии, «заморозили», и они стали передаваться на выплату текущих пенсий.

Таким образом, финансовой основой системы ОПС стали трансферты из федерального бюджета и частично страховые взносы. Сложилась ситуация, когда система ОПС стала функционировать на принципах перераспределения ВВП между различными социальными группами, иными словами, речь идёт «о макроэкономическом процессе вторичного общественного распределения»[17]. Причём некоторые авторы стали противопоставлять накопительный сегмент системы ОПС её распределительному сегменту («в накопительном сегменте речь идёт о перераспределении дохода конкретного лица между его текущим потреблением и сбережением, т.е. о процессе микроэкономическом, с третичным распределением (в терминах экономической теории)»[18]. Вместе с тем изначально вся системы ОПС должны была сформироваться на страховых принципах.

Аристотелевская концепция видов справедливости и современная система обязательного пенсионного страхования

Проведённый анализ показал, что изначально заложенный в систему ОПС принцип эквивалентности фактически перестал учитываться, и она начала выстраиваться в рамках распределительных отношений, изменив свою основу. Остановимся на этом подробнее. Для этого вновь обратимся к этико-политическим работам Аристотеля, которые можно считать основой для создания «широкомасштабной концепции социальной справедливости»[19] постольку, поскольку, говоря словами Аристотеля, вся «общественная жизнь держится справедливостью»[20].

В кн. V «Никомаховой этики» Аристотель выделял два вида справедливости: уравнивающую и распределяющую. В основе распределяющей справедливости – «распределение (en tais dianomais) почестей, имущества и всего прочего, что может быть поделено между согражданами определённого государственного устройства...»[21], уравнивающая же справедливость означала нахождение некоего эквивалента, «справедливо равной [доли] до и после [обмена]», «пропорциональное ответное воздаяние»[22]. Аристотель точно подметил, что есть справедливость при распределении чего-либо и есть справедливость при обмене внесенной доли на получение эквивалента этой доли. Причём в последнем случае это отношение равных («равным – за равное»), а само равенство относится не столько к самим субъектам, сколько к отношениям равенства, следующими из их деятельности.

Система ОПС Российской Федерации фактически смешала два вида обозначенной Аристотелем справедливости, представляющих разные по своей направленности процессы и сопутствующие им общественные отношения. Начиная своё формирование как страховая система, в которой главенствует принцип эквивалентности, отвечающей сути уравнивающей справедливости, ОПС постепенно

---

[13] См.: Федеральный закон от 28.12.2013 г. № 400-ФЗ (в ред. от 01.10.2019 г., с изм. от 22.04.2020 г.) «О страховых пенсиях» // Росс. газ. 2013. 31 дек.; 2014. 15 янв.

[14] См.: Федеральный закон от 28.12.2013 г. № 424-ФЗ (в ред. от 03.10.2018 г.) «О накопительной пенсии» // Росс. газ. 2013. 30 дек.

[15] Так, предельная величина базы для исчисления страховых взносов в 2020 г. на ОПС составляет 1 292 000 руб. (см.: постановление Правительства РФ от 06.11.2019 г. № 1407 «О предельной величине базы для исчисления страховых взносов на обязательное социальное страхование на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством и на обязательное пенсионное страхование с 1 января 2020 г.» // Росс. газ. 2019. 13 нояб.)

[16] *Воронин Ю.В., Гонтмахер Е.Ш., Сафонов А.Л.* Обязательное социальное страхование: пути реформирования // Политика активного долголетия и пенсионные реформы: российский и международный опыт: сб. ст. / сост. О.В. Синявская, О.В. Ворон; пер. с франц. О.В. Ворон, пер. с англ. М.А. Устиновой. М., 2020. Вып. 1. С. 7.

[17] *Воронин Ю.В., Столяров А.В.* Трансформация накопительного элемента пенсионной системы Российской Федерации: в поисках концептуализации современной модели // Журнал росс. права. 2020. № 2. С. 94–111.

[18] Там же.

[19] *Прокофьев А.В.* Указ. соч. С. 42.

[20] *Аристотель.* Большая этика // Аристотель. Соч.: в 4 т. М., 1984. Т. 4. С. 326.

[21] *Аристотель.* Никомахова этика // Там же. С. 150.

[22] Там же. С. 153, 154.

перестала быть страховой и перешла к распределяющей справедливости солидарного типа.

Невысокий уровень заработной платы значительной части работающих, неустойчивая занятость, охватывающая 60% работников организаций[23], актуарно не обоснованный тариф страховых взносов, уплачиваемых работодателем, привели к тому, что не коэффициент замещения пенсией утраченного заработка, принятый МОТ и применяемый в пенсионных системах разных государств как базовый показатель пенсионного обеспечения (и который Конвенцией МОТ № 102 в периодических выплатах типовому бенефициарию был рекомендован на уровне 40%[24]), стал основным. Отсюда – система ОПС, которую изначально планировали развивать на страховых принципах, включая и принцип эквивалентности, стала постепенно трансформироваться в солидарно-распределительную систему, построенную на распределительной, по Аристотелю, справедливости. Так, в I квартале 2020 г. средний размер пенсии составлял, по данным Росстата, 14 924 руб.[25], а прожиточный минимум пенсионера (ПМП) – 8944 руб.[26] (1.66 ПМП, что меньше запланированного показателя в Стратегии). Вместе с тем в результате социальных доплат «абсолютная монетарная бедность среди семей, состоящих из пенсионеров, практически преодолена»[27]. Но осталась проблема их относительной монетарной бедности, «составляющей 30%, что выше её среднероссийского значения (25,2%)»[28]. В конкретном выражении это означает невысокое качество жизни пенсионеров (отсутствие качественного питания, необходимого лекарственного обеспечения, задолженность по платежам в ЖКХ и проч.). Что касается тех слоев населения, которые могут быть отнесены к среднему классу, по отношению к которым в данном случае удобно было бы говорить об уравнивающей справедливости, согласно Аристотелю, то принцип эквивалентности именно в отношении этих слоёв был грубо нарушен.

Ныне создалась парадоксальная ситуация: система называется страховой, но в своей финансовой основе таковой не является, в ней нарушен один из важнейших принципов страхования – принцип эквивалентности (сумма страхового обеспечения не эквивалентна поступившим в эту систему страховым взносам). Данную систему можно рассматривать как систему борьбы с бедностью, а не как систему, обеспечивающую достойный уровень жизни пенсионерам. «Замораживание» обязательных платежей на накопительную пенсию в ОПС, балльная формула расчета страховой пенсии по старости, отмена индексации пенсий работающим пенсионерам и проч. – всё это отдаляет систему ОПС от страховых механизмов и от базовых задач, сформулированных в Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы.

Проблема накопительной пенсии в свете принципов уравнивающей и распределяющей справедливости

Одной из дискутируемых проблем стала проблема накопительной составляющей ОПС, ставшей в солидарно-распределительной системе инородным элементом. Чтобы решить эту проблему первоначально выдвигалась концепция индивидуального пенсионного капитала (ИПК), которой предлагалось ввести в систему НПО схему «индивидуального негосударственного пенсионного обеспечения, предполагающую формирование источника пенсионных выплат за счёт отчислений самого гражданина (с предоставлением налоговых льгот) и/или работодателя». Не исключалось, что «работодатель сможет софинансировать взносы работника, получая в этом случае льготы в соответствии с действующим законодательством»[29]. Предусматривался и т.н. «пробный период», в течение которого участник ИПК может в дальнейшем отказаться от уплаты взносов в данную систему. Однако система ИПК не была принята, на смену ей была выдвинута концепция гарантированного пенсионного плана (ГПП), при этом ГПП также рассматривался как одна из схем НПО[30].

Концепция ГПП показала просчёты системы пенсионного страхования, в частности, в ней остался открытым вопрос: что делать с накопительной

[23] См.: *Бобков В.Н., Одинцова Е.В., Бобков Н.В.* Актуальность разработки национальной Программы повышения доходов, снижения бедности и неравенства // Уровень жизни населения регионов России. 2020. № 2. С. 11.

[24] См.: Конвенция № 102 МОТ «О минимальных нормах социального обеспечения» (Заключена в г. Женеве 28.06.1952 г.) // Официальный Интернет-портал правовой информации // http: //www.pravo.gov.ru, 27.02.2020.

[25] См.: Росстат. Уровень жизни [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: https: //rosstat.gov.ru/folder/13397# (дата обращения: 01.08.2020).

[26] См.: приказ Минтруда России от 25.06.2020 г. № 372н «Об установлении величины прожиточного минимума на душу населения и по основным социально-демографическим группам населения в целом по Российской Федерации за I квартал 2020 года» (зарегистрирован в Минюсте России 14.07.2020 г. № 58939) // В официальных источниках не публиковался.

[27] *Бобков В.Н., Одинцова Е.В., Бобков Н.В.* Указ. соч. С. 11.

[28] Там же.

[29] Основные направления развития финансового рынка Российской Федерации на период 2019–2021 годов (разработаны Банком России). М., 2019.

[30] См.: Проект федерального закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации по вопросам негосударственного пенсионного обеспечения» (подготовлен Минфином России, ID проекта 02/04/09–19/00095019) (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 29.10.2019 г.).

составляющей системы ОПС? Кроме того, в ней произошло смешение двух систем ОПС и НПО. Так, гарантированный пенсионный план – схема НПО, но накопленные в ней финансовые средства за счёт добровольных взносов работников (возможно совместно с работодателями, хотя конкретного механизма их участия в предложенной концепции нет) предлагается инвестировать по правилам средств пенсионных накоплений. Концепция ГПП предполагает и включение прав участников этой системы в систему страхования вкладов Агентством по страхованию вкладов и пр.

Остаются вопросы и по поводу стимулирования участия работников и работодателей в ГПП. Так, в качестве мер стимулирования участия в этой системе для работодателя предполагается уменьшение налога на прибыль в соответствии с суммой, перечисляемой в ГПП. Но этот показатель не может быть больше 12% расходов на оплату труда. Кроме того, в случае уплаты взносов работодателем (дополнительных взносов, наряду с теми, которые уплачивает сам работник) данные суммы не будут облагаться НДФЛ (при этом вводятся и ограничения, например, сумма дополнительных взносов, не облагаемая НДФЛ, не может быть больше 12 тыс. руб. в год по каждому работнику)[31].

Для расширения системы стимулирования добровольного участия граждан в ГПП целесообразно было бы выделить налоговый вычет для НПО отдельно от иных социальных оснований для таких вычетов, увеличив его размер (например, до 500 000 руб.). Но этот вычет представляет интерес только для представителей среднего класса, численность которого, по разным оценкам, 15–20%, наиболее оптимистичным – немного более 30%[32]. Для представителей малоимущих слоёв предпочтительней субсидии.

Рассмотрим данную концепцию в ракурсе аристотелевских принципов справедливости.

Во-первых, для того чтобы стать участником ГПП, нужны прежде всего финансовые средства, остающиеся сверх текущего потребления, которые участник готов внести в данную систему. Однако ситуация такова, что, согласно официальной статистике, модельная (т.е. наиболее распространенная) заработная плата в Российской Федерации за апрель 2019 г. составила 23 510 руб.[33], а среди бедных россиян около трети работники[34] (отсюда понятие работающего бедного), доля «работников организаций с размерами месячной заработной платы ниже 2 ПМтр (прожиточных минимумов трудоспособного населения. – *Авт.)* составляла в 2019 г. 26,8%»[35]. Поэтому, по разным прогнозным оценкам, участвовать в ГПП смогут лишь 10–15% трудоспособных граждан (те, у кого есть стабильная работа, постоянный заработок, заработок, позволяющий делать накопления на старость, и проч.). *Во-вторых,* вопрос о собственности накопленных пенсионных средств в ГПП остаётся открытым. *В-третьих,* возникают вопросы и с сохранностью данных средств. Так, система АСВ гарантирует только номинал суммы, начисленной на пенсионные счета застрахованных лиц[36], и не защищает данные средств ни от обесценивания по инфляции, ни от потери инвестиционного дохода, что является нарушением принципа эквивалентности и уравнивающей справедливости.

Для того чтобы выполнялись принципы распределяющей и уравнивающей справедливости надо:

1) отделить в системе ОПС солидарно-распределительную систему от накопительной её части, базирующейся на принципе уравнивающей справедливости. Солидарно-распределительная система по своей направленности решает задачи сохранения уровня жизни в пределах 1–2.5 ПМП (в качестве перспективы, в упоминавшейся ранее Стратегии – обеспечение среднего размера страховой пенсии по старости на уровне 2.5–3 ПМП)[37], в то время как система НПО совместно с ОПС должны обеспечить более высокий уровень жизни пенсионерам (речь идёт о среднем классе и высокодоходных группах населения, способных участвовать в НПО). В конечном счете, согласно Стратегии, должна быть сформирована «трехуровневая пенсионная система

[31] См.: Проект федерального закона «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации по вопросам негосударственного пенсионного обеспечения”» (подготовлен Минфином России, ID проекта 02/04/10–19/00096488) (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 29.10.2019 г. Текст документа приведен в соответствии с публикацией на сайте // https://regulation.gov.ru/ по состоянию на 29.10.2019 г.).

[32] См.: *Тихонова Н.Е.* Российский средний класс в фокусе разных теоретических подходов: границы, состав и специфика [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: https://isp.hse.ru/data/2019/10/04/1541835897/03%20Natalia%20Tikhinova_03-10-2019_RU.pdf (дата обращения: 01.08.2020).

[33] См.: Сведения о распределении численности работников по размерам заработной платы за апрель 2019 года (статистический бюллетень). М., 2020.

[34] См.: там же.

[35] Там же.

[36] См.: *Есаулкова Т.С.* Управление средствами пенсионных накоплений в системе обязательного пенсионного страхования: анализ текущего состояния, проблемы и пути совершенствования // Общество: политика, экономика и право. 2019. Вып. 9. С. 52–57.

[37] См.: распоряжение Правительства РФ от 25.12.2012 г. № 2524-р (ред. от 24.10.2018 г.) «Об утверждении Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. II), ст. 8029.

для групп с разными доходами (для средне- и высокодоходных категорий – с опорой на добровольное пенсионное страхование и негосударственное пенсионное обеспечение)»[38]. Но тогда и систему ОПС следует рассматривать не как страховую, а как распределительную систему, обеспечивающую базовый (1-й уровень в трехуровневой пенсионной системе);

2) перевести все имеющиеся средства в накопительном компоненте ОПС в систему НПО, передать право собственности на них застрахованным лицам и предоставить им возможность выбора – перевести накопленные на индивидуальных лицевых счетах средства в НПФ (для формирования индивидуальных пенсионных планов) или оставить в Государственной управляющей компании;

3) включить все пенсионные программы НПО в систему АСВ с тем, чтобы повысить степень доверия граждан к НПО;

4) сформировать условия и создать эффективные механизмы участия российских граждан в добровольном пенсионном обеспечении: они должны иметь возможность сформировать достойную пенсию (приближающую коэффициент замещения пенсией утраченного заработка в совокупности с обязательной пенсионной системой / системой 1-го уровня / к 60–70%, как это имеет место во многих экономически развитых странах, например, в Австрии, Люксембурге и др.), а для этого необходимо повысить уровень реальных доходов населения, и в первую очередь заработной платы за счёт развития сферы занятости и повышения уровня производительности труда, а также механизмов перераспределения с целью снижения неравенства, что, собственно, отвечает двум видам социальной справедливости в аристотелевском понимании;

5) более активно развивать пенсионные программы, сформированные на основе софинансирования пенсионных взносов на паритетной основе работников и работодателей;

6) ориентировать пенсионную систему не только на сохранность пенсионных средств, но и на повышение доходности от их инвестирования[39].

Цели и перспективы развития российской пенсионной системы и этика добродетели

Говоря о целях и перспективах развития пенсионной системы Российской Федерации, важно понимать, в чём социально-экономическая сущность пенсии по старости. В связи с этим возникает и вопрос о философских основаниях современной пенсионной системы[40]. Действующая пенсионная система включает разные по своей социально-экономической природе виды пенсий: пенсию в системе социально-трудовых отношений (это пенсия в ОПС и в рамках коллективных пенсионных программ в НПО), она подпадает под аристотелевское определение уравнивающей справедливости, пропорциональной правосудности; пенсию в системе социальной защиты (пенсия по случаю потери кормильца, социальная пенсия), что вписывается в аристотелевское понимание распределяющей справедливости; пенсию в рамках системы отношений, связанных с поощрениями, вознаграждениями (например, в пенсионные программы некоторых корпораций, в частности АК «Алроса», введена наградная пенсия за наличие почетных званий), что адекватно ретрибутивной (воздающей) справедливости в аристотелевском понимании; пенсия в системе экономического поведения индивида как результата выбранной им сберегательно-инвестиционной стратегии (пенсия в индивидуальных пенсионных планах в НПО, хотя она может пересекаться и с пенсией в системе социально-трудовых отношений).

В социально-экономическом отношении вопрос о природе страховой (трудовой) пенсии до сих пор остается открытым. В Федеральном законе «Об обязательном пенсионном страховании» страховая пенсия – это «компенсация гражданам заработка (выплат, вознаграждений в пользу застрахованного лица), получаемого ими до установления обязательного страхового обеспечения». И эта компенсация уже не строится на принципе эквивалентности и не вписывается в рамки уравнивающей справедливости. Вместе с тем солидарно-распределительная часть системы ОПС (в её нынешнем варианте) с её распределяющей справедливостью гармонизирует с данной конструкцией, однако накопительная часть этой системы явно выходит за её границы и требует именно полновесной реализации принципа эквивалентности и уравновешивающей справедливости. Возможно, следовало бы изначально формировать в социально-трудовых отношениях две пенсионные системы: солидарно-распределительную (для лиц с невысокими заработными платами) и, собственно, страховую (для представителей среднего класса и высокодоходных слоёв).

* * *

Проведённый анализ показал, что необходимость реформирования пенсионной системы в Российской Федерации возникала тогда, когда обнаруживались проблемы в финансовом

[38] См.: распоряжение Правительства РФ от 25.12.2012 г. № 2524-р (ред. от 24.10.2018 г.) «Об утверждении Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. II), ст. 8029.

[39] См..: *Есаулкова Т.С.* Указ. соч.

[40] Подробнее об этом см.: Пенсионное страхование: философия, история, теория и практика: учеб. / С.А. Хмелевская, Д.Н. Ермаков, М.М. Аранжереев и др. М., 2018; *Khmelevskaya S.* The Philosophical Foundations of Law: The Search for a New Methodology // Russian Studies in Philosophy. New York, 2020. Vol. 58. № 1. С. 34–43.

обеспечении этой системы, задача же повышения уровня пенсионного обеспечения граждан рассматривалась как вторичная. При этом важно было не допустить абсолютной бедности пенсионеров, но борьба с их относительной бедностью в расчёт не принималась. Представляется, что важно изменить саму направленность реформирования пенсионной системы, по меньшей мере создав благоприятные условия для пенсионного обеспечения представителей тех слоёв, которые могут сформировать себе достойную пенсию сами. Формулируя рецепт борьбы с социальным неравенством, Аристотель отмечал: «При этом следует пытаться либо сблизить неимущих с состоятельными, либо усилить средних граждан»[41], – что не потеряло своей актуальности и до сих пор.

Можно по-разному воспринимать философские рассуждения Аристотеля: с высоты сегодняшнего дня, полагая, что всё, о чём он писал, не имеет отношения к действительности (ведь речь шла об античном полисе); можно сделать справедливый упрёк Аристотелю за то, что он не осуждал рабство, считая его естественным состоянием. Но следует обратить внимание, что Аристотель во главу угла своей этики положил понятие добродетели, среди которых первейшая – социальная справедливость. Представляется, что нынешней политике в области пенсионного обеспечения недостаёт именно справедливости: балльная система, применяемая в ОПС, «нивелирует размер выплачиваемых пенсий, отрывая их величину от фактического заработка, с которого уплачен взнос в Пенсионный фонд»[42]; нарушается принцип эквивалентности; накопленные страховые взносы в накопительной части системы ОПС находятся в государственной, а не общественной (как в ряде зарубежных государств) собственности; постоянно меняются пенсионные формулы, по которым рассчитываются пенсионные выплаты; приостановлена индексация пенсий работающим пенсионерам и пр. Но всё-таки видны перспективы того, что именно добродетель будет лежать в основе решений в социальной сфере, столь чувствительной к конкретным нуждам конкретных людей.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Аристотель.* Большая этика // Аристотель. Соч.: в 4 т. М., 1984. Т. 4. С. 326.
2. *Аристотель.* Никомахова этика // Аристотель. Соч.: в 4 т. М., 1984. Т. 4. С. 150, 153, 154.
3. *Аристотель.* Политика // Аристотель. Соч.: в 4 т. М., 1984. Т. 4. С. 467, 547.
4. *Бобков В.Н., Одинцова Е.В., Бобков Н.В.* Актуальность разработки национальной Программы повышения доходов, снижения бедности и неравенства // Уровень жизни населения регионов России. 2020. № 2. С. 11.
5. *Воронин Ю.В., Гонтмахер Е.Ш., Сафонов А.Л.* Обязательное социальное страхование: пути реформирования // Политика активного долголетия и пенсионные реформы: российский и международный опыт: сб. ст. / сост. О.В. Синявская, О.В. Ворон; пер. с франц. О.В. Ворон, пер. с англ. М.А. Устиновой. М., 2020. Вып. 1. С. 7, 8.
6. *Воронин Ю.В., Столяров А.В.* Трансформация накопительного элемента пенсионной системы Российской Федерации: в поисках концептуализации современной модели // Журнал росс. права. 2020. № 2. С. 94–111.
7. *Есаулкова Т.С.* Управление средствами пенсионных накоплений в системе обязательного пенсионного страхования: анализ текущего состояния, проблемы и пути совершенствования // Общество: политика, экономика и право. 2019. Вып. 9. С. 52–57.
8. Комментарий официальных органов к пенсионному законодательству Российской Федерации / под ред. Ю.В. Воронина. М., 2004.
9. Основные направления развития финансового рынка Российской Федерации на период 2019–2021 годов (разработаны Банком России). М., 2019.
10. Пенсионное страхование: философия, история, теория и практика: учеб. / С.А. Хмелевская, Д.Н. Ермаков, М.М. Аранжереев и др. М., 2018.
11. *Прокофьев А.В.* Человеческая природа и социальная справедливость в современном этическом аристотелианстве // Этическая мысль. М., 2001. Вып. 2. С. 41, 42.
12. Сведения о распределении численности работников по размерам заработной платы за апрель 2019 года (статистический бюллетень). М., 2020.
13. *Сулейманова Ф.О.* Права лиц пожилого возраста на социальное обеспечение по российскому законодательству // Социальное и пенсионное право. 2018. № 2. С. 15–20.
14. *Тихонова Н.Е.* Российский средний класс в фокусе разных теоретических подходов: границы, состав и специфика [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: https: //isp.hse.ru/data/2019/10/04/1541835897/03%20Natalia%20Tikhinova_03–10–2019_RU.pdf (дата обращения: 01.08.2020).
15. *Khmelevskaya S.* The Philosophical Foundations of Law: The Search for a New Methodology // Russian Studies in Philosophy. New York, 2020. Vol. 58. No. 1. P. 34–43.

[41] *Аристотель.* Политика. С. 547.

[42] *Воронин Ю.В., Гонтмахер Е.Ш., Сафонов А.Л.* Указ. соч. С. 8.

REFERENCES

1. *Aristotle.* Big ethics // Aristotle. Essays: in 4 vols. 1984. Vol. 4. P. 326 (in Russ.).
2. *Aristotle.* Nicomachean ethics // Aristotle. Essays: in 4 vols. 1984. Vol. 4. P. 150, 153, 154 (in Russ.).
3. *Aristotle.* Politics // Aristotle. Essays: in 4 vols. 1984. Vol. 4. P. 467, 547 (in Russ.).
4. *Bobkov V.N., Odintsovo E.V., Bobkov N.V.* Relevance of the development of the national program for increasing income, reducing poverty and inequality // Standard of living of the population of the regions of Russia. 2020. No. 2. P. 11 (in Russ.).
5. *Voronin Yu. V., Gontmakher E. Sh., Safonov A.L.* Compulsory social insurance: reform // Policy of active aging and pension reform: Russian and foreign experience: collection of articles / comp. O. Sinyavskaya, O.V. Voron; transl. from the French. O.V. Voron; transl. from English. M.A. Ustinova. M., 2020. Vol. 1. P. 7, 8 (in Russ.).
6. *Voronin Yu. V., Stolyarov A.V.* Transformation of the cumulative element of the pension system of the Russian Federation in the modern conceptualization of the model // Journal of Russ. law. 2020. No. 2. P. 94–111 (in Russ.).
7. *Esaulkova T.S.* Management of pension savings in the system of compulsory pension insurance: analysis of the current state, problems and ways of improvement // Society: politics, Economics and law. 2019. Issue 9. P. 52–57 (in Russ.).
8. Comment of official bodies to the pension legislation of the Russian Federation / ed. by Yu.V. Voronin. M., 2004 (in Russ.).
9. Main directions of development of the financial market of the Russian Federation for the period 2019–2021 (developed by the Bank of Russia). M., 2019 (in Russ.).
10. Pension insurance: philosophy, history, theory and practice: textbook / S.A. Khmelevskaya, D.N. Ermakov, M.M. Arangereev et al. M., 2018 (in Russ.).
11. *Prokofiev A.V.* Human nature and social justice in modern ethical Aristotelianism // Ethical thought. M., 2001. Issue 2. P. 41, 42 (in Russ.).
12. Information on the distribution of the number of employees by salary for April 2019 (statistical Bulletin). M., 2020 (in Russ.).
13. *Suleymanova F.O.* The rights of elderly people to social security under Russian legislation // Social and pension law. 2018. No. 2. P. 15–20 (in Russ.).
14. *Tikhonova N.E.* The Russian middle class in the focus of different theoretical approaches: borders, composition and specifics [Electronic resource]. – Access mode: URL: https://isp.hse.ru/data/2019/10/04/1541835897/03%20Natalia%20Tikhinova_03–10–2019_RU.pdf (accessed: 01.08.2020) (in Russ.).
15. *Khmelevskaya S.* The Philosophical Foundations of Law: The Search for a New Methodology // Russian Studies in Philosophy. New York, 2020. Vol. 58. No. 1. P. 34–43.

Сведения об авторах

ХМЕЛЕВСКАЯ Светлана Анатольевна –
доктор философских наук, профессор,
профессор кафедры философии естественных
факультетов философского факультета
МГУ им. М.В. Ломоносова;
119991 г. Москва, Ленинские горы, МГУ,
учебно-научный корпус «Шуваловский»

ЕРМАКОВ Дмитрий Николаевич –
доктор политических наук, доктор
экономических наук, профессор, профессор
кафедры истории общественных движений
и политических партий исторического
факультета МГУ им. М.В. Ломоносова;
119192 г. Москва, Ломоносовский пр-т,
д. 27, корп. 4

Authors' information

KHMELEVSKAYA Svetlana A. –
Doctor of Philosophical sciences, Professor,
Professor of philosophy at the Department of
Philosophy of Natural Sciences, Faculty of
Philosophy at Lomonosov Moscow state University;
Leninskie Gory, MSU, educational and scientific
bldg. "Shuvalovsky", 119991 Moscow, Russia

ERMAKOV Dmitrii N. –
Grand Dr. of Economy Science, Grand Dr. of
Political Sciences, Professor, Professor of the
Department of the History of Social Movements
and Political Parties, Faculty of History at
Lomonosov Moscow state University; 27 bldg.,
4 Lomonosovsky ave., 119192 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 63–71
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 63–71

ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА «О СОБРАНИЯХ, МИТИНГАХ, ДЕМОНСТРАЦИЯХ, ШЕСТВИЯХ И ПИКЕТИРОВАНИЯХ» В ПОСТАНОВЛЕНИЯХ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ И ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

© 2021 г. Л. А. Нудненко

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (РАНХиГС), г. Москва

E-mail: nudnenko@rambler.ru

Поступила в редакцию 07.08.2019 г.

Аннотация. В статье дана характеристика юридического содержания правоотношения по реализации конституционного права личности на публичные мероприятия. На основе анализа постановлений Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека рассмотрена правоприменительная практика Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях». Предложена классификация распространенных аргументов необоснованного отказа рассмотрения уведомлений в установленном Федеральным законом о публичных мероприятиях порядке, что, в свою очередь, влечет невозможность согласования заявленного публичного мероприятия.
В статье обращено внимание на правовую позицию Конституционного Суда РФ относительно обязанности судов общей юрисдикции проверять обоснованность, необходимость и адекватность предложений об изменении, дополнении, уточнении соответствующих форм и методов, адресованных исполнительным органом государственной власти или местного самоуправления организатору публичного мероприятия.

Ключевые слова: собрания, митинги, демонстрации, шествия, пикетирование, правоприменительная практика, организатор и участники публичного мероприятия, исполнительный орган власти субъекта Российской Федерации, орган местного самоуправления.

Цитирование: *Нудненко Л.А.* Правоприменительная практика Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в постановлениях Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека // Государство и право. 2021. № 1. С. 63–71.

DOI: 10.31857/S102694520013229-2

LAW ENFORCEMENT PRACTICE OF THE FEDERAL LAW “ON MEETINGS, RALLIES, DEMONSTRATIONS, PROCESSIONS AND PICKETING” IN THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

© 2021 L. A. Nudnenko

Russian presidential Academy of national economy and public administration (RANEPA), Moscow

E-mail: nudnenko@rambler.ru

Received 07.08.2019

Abstract. The article describes the legal content of the legal relationship on the implementation of the constitutional right of the individual to public events. Based on the analysis of the decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of human rights, the law enforcement practice of the Federal Law "On assemblies, rallies, demonstrations, processions and pickets" is considered. A classification of common arguments of unjustified refusal to consider notifications in accordance with the procedure established by the Federal Law on public events is proposed, which, in turn, entails the inability to coordinate the declared public event.
The article draws attention to the legal position of the Constitutional Court of the Russian Federation on the obligation of courts of general jurisdiction to check the validity, necessity and adequacy of proposals to change, supplement, clarify the appropriate forms and methods addressed to the executive body of state power or local government to the organizer of the public event.

Key words: meetings, rallies, demonstrations, processions, picketing, law enforcement practice, organizer and participants of the public event, executive body of the Russian Federation subject, local self-government body.

For citation: *Nudnenko, L.A. (2021).* Law enforcement practice of the Federal Law "On meetings, rallies, demonstrations, processions and picketing" in the decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of human rights // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 63–71.

Конституция РФ в ст. 2 провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. Одно из основополагающих и неотъемлемых прав человека и гражданина в России как демократическом правовом государстве, позволяющем участвовать в осуществлении народовластия, – это предусмотренное ст. 31 Конституции РФ право граждан собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование, которое является средством, формой реализации свободы мысли и выражения мнений. Эти свободы имеют «негативный» характер, что проявляется в обязанности государства и органов местного самоуправления воздерживаться от вмешательства в сферу личной свободы и создавать условия для участия граждан в политической жизни[1].

Данное право обеспечивает гражданам реальную возможность оказывать влияние на деятельность органов публичной власти посредством поддержания цивилизованного мирного диалога между гражданским обществом и государством. Это не исключает протестного характера таких публичных мероприятий, который может выражаться в критике как отдельных действий и решений органов государственной власти и органов местного самоуправления, так и проводимой ими политики в целом[2].

Дж. Локк, автор последовательной либеральной доктрины неотчуждаемых, естественных прав и свобод человека, на основании идеи господства права видел обеспечение неотчуждаемых прав человека в «доктрине законности сопротивления всяким незаконным проявлениям власти»[3]. Одной из важнейших форм такого «сопротивления всяким незаконным проявлениям власти» и являются публичные манифестации в форме свободы собраний, митингов, шествий, демонстраций и пикетирования.

«Право собираться мирно может приобретать особое значение в тех случаях, когда граждане убеждаются в том, что никаким другим способом – с помощью судов (которые могут быть фактически подчинены административной власти), с помощью выборов (результаты которых можно фальсифицировать) или через публикацию критических материалов в СМИ (которые могут уступить давлению власти) – они не могут защитить свои права и выразить критические настроения»[4].

Реализация конституционного права собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование представляет собой правоотношение, содержание которого составляют субъективные права и юридические обязанности сторон.

Субъекты правоотношения по реализации права на публичные мероприятия можно подразделить на две группы. С одной стороны, это организатор и участники публичного мероприятия. С другой стороны: 1) орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации или орган местного самоуправления; 2) уполномоченный представитель органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации или органа местного самоуправления;

[1] См.: *Нудненко Л.*А. К вопросу о правовом регулировании народовластия в России // Государство и право. 2012. № 7. С. 13–24.

[2] См.: постановление Конституционного Суда РФ от 18.06.2019 г. № 24-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 5 части 4 статьи 5 и пункта 6 части 3 статьи 7 Федерального закона "О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях" в связи с жалобой гражданина В.П. Тетерина» // Росс. газ. 2019. 26 июня.

[3] *Локк Дж.* Избр. философские произведения. М., 1960. Т. 2. С. 116.

[4] *Шаблинский И.*Г. Правовые условия проведения мирных собраний и решение Европейского Суда по правам человека по делу «Фрумкин против России». Комментарий к постановлению ЕСПЧ от 5 января 2016 года (жалоба № 74568/12) // Междунар. правосудие. 2016. № 4 (20). С. 12.

3) уполномоченный представитель органа внутренних дел.

В юридическом содержании свободы собраний, митингов, шествий, демонстраций и пикетирования можно выделить правомочия трех видов: право на положительные действия (самостоятельное поведение обладателя права); право требовать (действия обязанных лиц); право притязания (обращение к государственной защите)[5].

Право на самостоятельные положительные действия граждан как субъектов публичной манифестации предполагает соблюдение требований Федерального закона от 19 июня 2004 г. № 54-ФЗ (в ред. от 11.10.2018 г.) «О собраниях, митингах, шествиях, демонстрациях и пикетированиях»[6]. В числе таких положительных действий, которые вправе осуществлять организатор публичного мероприятия, можно назвать права: проводить митинги, демонстрации, шествия и пикетирования в местах и во время, которые указаны в уведомлении о проведении публичного мероприятия либо изменены в результате согласования с органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации или органом местного самоуправления, собрания; проводить предварительную агитацию в поддержку целей публичного мероприятия через средства массовой информации, путем распространения листовок, изготовления плакатов, транспарантов, лозунгов и в иных формах, не противоречащих законодательству Российской Федерации; уполномочивать отдельных участников публичного мероприятия выполнять распорядительные функции по его организации и проведению; организовывать сбор добровольных пожертвований, подписей под резолюциями, требованиями и другими обращениями граждан; использовать при проведении собраний, митингов, демонстраций и шествий звукоусиливающие технические средства; обеспечивать соблюдение условий проведения публичного мероприятия, указанных в уведомлении о его проведении; требовать от участников публичного мероприятия соблюдения общественного порядка; приостанавливать публичное мероприятие или прекращать его в случае совершения его участниками противоправных действий и др. Участниками публичных мероприятий признаются граждане, члены политических партий, члены и участники других общественных объединений и религиозных объединений, добровольно участвующие в нем. Права участников публичного мероприятия включают: участие в обсуждении и принятии решений, иных коллективных действиях в соответствии с целями публичного мероприятия; использование при проведении публичного мероприятия различной символики и иных средств публичного выражения коллективного или индивидуального мнения, а также средств агитации, не запрещенных законодательством Российской Федерации; принятие и направление резолюции, требований и других обращений граждан в исполнительные органы государственной власти субъекта Российской Федерации и органы местного самоуправления, общественные и религиозные объединения, международные и иные органы и организации. Второй вариант правомочий предполагает право требования организатора публичного мероприятия – это его возможность требовать от обязанного лица (органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации, органа местного самоуправления), а также участников публичного мероприятия совершения активных действий или воздержания от действий. Право требования организатора публичного мероприятия включает возможности: требовать от уполномоченного представителя органа внутренних дел удалить с места проведения публичного мероприятия лиц, не выполняющих законных требований организатора публичного мероприятия; требовать от участников публичного мероприятия не скрывать свое лицо, в т.ч. не использовать маски, средства маскировки, иные предметы, специально предназначенные для затруднения установления личности. Лица, не подчинившиеся законным требованиям организатора публичного мероприятия, могут быть удалены с места его проведения.

Юридическое содержание права притязания организатора публичной манифестации предполагает возможность на обращение в суд, прокуратуру, органы внутренних дел. Причинами такого обращения могут быть: отказ в регистрации уведомления о месте и времени проведения публичного мероприятия; необоснованный, по мнению организатора публичного мероприятия, перенос мероприятия на другое время, место проведения; превышение полномочий сотрудниками полиции и т.п.

Еще одной составной частью юридического содержания свободы публичных манифестаций являются юридические обязанности сторон.

Можно выделить *три варианта* проявления юридических обязанностей участников публичного мероприятия. *Прежде всего* обязанность совершать собственные активные действия. Так, организатор публичного мероприятия обязан: подать в орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации или орган местного самоуправления уведомление о проведении публичного мероприятия; не позднее чем за три дня до дня проведения

[5] См.: *Балтага Д.*А. Политические свободы собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций и их реализация в деятельности органов внутренних дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1993. С. 16.

[6] См.: СЗ РФ. 2004. № 25, ст. 2485.

публичного мероприятия (за исключением собрания и пикетирования, проводимого одним участником) информировать орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации или орган местного самоуправления в письменной форме о принятии (непринятии) его предложения об изменении места и времени проведения публичного мероприятия, указанных в уведомлении о проведении публичного мероприятия; принять меры по недопущению превышения указанного в уведомлении на проведение публичного мероприятия количества участников публичного мероприятия (если превышение количества таких участников создает угрозу общественному порядку и общественной безопасности); иметь отличительный знак организатора публичного мероприятия и т.д.

В случае отказа от проведения публичного мероприятия не позднее чем за один день до дня его проведения организатор публичного мероприятия обязан принять меры по информированию граждан и уведомить в письменной форме орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации или орган местного самоуправления, в которые подано уведомление о проведении публичного мероприятия, о принятом решении.

Вторым вариантом юридической обязанности участников публичного мероприятия является обязанность их пассивного поведения или воздержания от определенных действий. Так, участники публичного мероприятия обязаны: выполнять все законные требования организатора публичного мероприятия, уполномоченных им лиц, уполномоченного представителя органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации или органа местного самоуправления и сотрудников органов внутренних дел; соблюдать общественный порядок и регламент проведения публичного мероприятия; соблюдать требования по обеспечению транспортной безопасности и безопасности дорожного движения; не скрывать свое лицо, в т.ч. не использовать маски, средства маскировки, иные предметы, специально предназначенные для затруднения установления личности; не иметь при себе оружие, боеприпасы, колющие или режущие предметы, другие предметы, которые могут быть использованы в качестве оружия, взрывные устройства, взрывчатые, ядовитые, отравляющие, едко пахнущие, легковоспламеняющиеся вещества, огнеопасные и пиротехнические вещества или изделия, предметы, которые могут быть использованы для изготовления пиротехнических изделий или дымов; иметь при себе и распивать алкогольную и спиртосодержащую продукцию, пиво и напитки, изготавливаемые на его основе; не находиться в месте проведения публичного мероприятия в состоянии опьянения.

Третий вариант юридической обязанности участников собраний, митингов, шествий, демонстраций и пикетирования – обязанность претерпеть меры государственного принуждения, т.е. нести юридическую ответственность. Объектами посягательства правонарушения при реализации публичного мероприятия, за которое возможна юридическая ответственность, являются установленный порядок управления, общественный порядок и общественная безопасность, права и свободы граждан[7].

Следует отметить увеличение количества обращений правоохранительных органов в судебные органы с целью привлечения граждан к административной ответственности по ст. 20.2 КоАП РФ. Так, если в 2015 г. число обращений было 1482, в 2016 г. – 1460, то в 2017 г. уже 5102. Соответственно, увеличилось и число лиц, подвергнутых наказанию по ст. 20.2 КоАП РФ. В 2015 г. число наказанных было 2 420 894, в 2016 г. – 2 295 916, в 2017 г. – 2 155 813[8].

Анализ ст. 12 Федерального закона «О собраниях, митингах, шествиях, демонстрациях и пикетированиях» показывает, что в ней закреплены только обязанности органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации и органа местного самоуправления при полном отсутствии перечисления каких-либо прав. Так, обязанностями органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации, органа местного самоуправления являются: документально подтвердить получение уведомления о проведении публичного мероприятия; довести до сведения организатора публичного мероприятия в течение трех дней со дня получения уведомления о проведении публичного мероприятия обоснованное предложение об изменении места или времени проведения публичного мероприятия, а также предложения об устранении организатором публичного мероприятия несоответствия указанных в уведомлении целей, форм и иных условий проведения публичного мероприятия требованиям Закона; назначить своего уполномоченного представителя в целях оказания организатору публичного мероприятия содействия в проведении данного публичного мероприятия; довести до сведения организатора публичного мероприятия информацию об установленной норме предельной заполняемости территории в месте проведения публичного мероприятия; обеспечить в пределах своей компетенции общественный порядок и безопасность граждан при проведении публичного мероприятия, а также оказание им при

[7] См.: *Нудненко Л.А.* Непосредственная демократия и местное самоуправление в России. Барнаул, 2000. С. 285.

[8] См.: Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации // http://www.cdep.ru/ (дата обращения: 25.07.2019).

необходимости неотложной медицинской помощи; информировать о вопросах, явившихся причинами проведения публичного мероприятия, органы государственной власти и органы местного самоуправления, которым данные вопросы адресуются; при получении сведений о проведении публичного мероприятия на трассах проезда и в местах постоянного или временного пребывания объектов государственной охраны, определенных Федеральным законом от 27 мая 1996 г. № 57-ФЗ «О государственной охране», своевременно информировать об этом соответствующие органы государственной охраны.

Орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации или орган местного самоуправления отказывает в согласовании проведения публичного мероприятия только в случаях, если уведомление о его проведении подано лицом, которое в соответствии с Федеральным законом о публичных мероприятиях не вправе быть организатором публичного мероприятия, либо, если в уведомлении в качестве места проведения публичного мероприятия указано место, в котором согласно Федеральному закону о публичных мероприятиях или закону субъекта Российской Федерации проведение публичного мероприятия запрещается.

Участвуя в правоотношении по реализации права на публичные мероприятия, уполномоченный представитель органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации или органа местного самоуправления имеет право требовать от организатора публичного мероприятия соблюдения порядка его организации и проведения; принимать решение о приостановлении или прекращении публичного мероприятия в порядке и по основаниям, предусмотренным Федеральным законом о публичных мероприятиях.

Обязанностями уполномоченного представителя органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации или органа местного самоуправления как субъекта правоотношения по проведению публичного мероприятия являются: присутствие на публичном мероприятии; оказание организатору публичного мероприятия содействия в его проведении; обеспечение совместно с организатором публичного мероприятия и уполномоченным представителем органа внутренних дел общественного порядка и безопасности граждан, а также соблюдение законности при его проведении.

Цель участия в правоотношении по реализации права на публичные мероприятия уполномоченного представителя органа внутренних дел – оказание организатору публичного мероприятия содействия в обеспечении общественного порядка и безопасности граждан. Для достижения этой цели уполномоченный представитель органа внутренних дел наделен правами: требовать от организатора публичного мероприятия объявления о прекращении допуска граждан на публичное мероприятие и самостоятельно прекратить допуск граждан на него в случае нарушения предельной нормы заполняемости территории или помещения; требовать от организатора и участников публичного мероприятия соблюдения порядка его организации и проведения; по просьбе организатора публичного мероприятия удалять с места его проведения граждан, не выполняющих законных требований организатора публичного мероприятия.

Воплощение конституционного права на публичные мероприятия в жизнь, повседневную практику зависит не только от содержания Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях», который развивает, детализирует, конкретизирует это право, но и от правоприменительной практики.

Применение права «представляет собой властную деятельность государственных и иных уполномоченных на то органов, состоящую в рассмотрении конкретного юридического дела и вынесении по нему индивидуального решения»[9].

Правоприменение относительно реализации Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» представляет собой:

во-первых, властную деятельность исполнительных органов власти субъектов Российской Федерации и органа местного самоуправления, призванную способствовать реализации гражданами конституционного права на публичные мероприятия в рамках требований Федерального закона о публичных мероприятиях;

во-вторых, законное, оперативное, объективное, справедливое рассмотрение конфликтов между гражданами и исполнительными органами власти субъектов Российской Федерации и местного самоуправления относительно реализации конституционного права граждан на публичные мероприятия органами судебной власти и вынесение индивидуального судебного решения.

Анализ правоприменительной практики Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» свидетельствует о наличии его нарушений со стороны исполнительных органов власти субъектов Российской Федерации и местного самоуправления при рассмотрении уведомлений организаторов публичных мероприятий. Наличие подобного рода нарушений подтверждается анализом постановлений Европейского Суда по правам человека

[9] *Власенко Н.* А. Теория государства и права. М., 2009. С. 169.

и Конституционного Суда РФ, до рассмотрения которых дошли единичные случаи из множества подобного рода нарушений. Нарушения, как правило, заключаются:

во-первых, в необоснованном отказе рассмотрения уведомлений в установленном Федеральным законом о публичных мероприятиях порядке, что, в свою очередь, влечет невозможность согласования заявленного публичного мероприятия;

во-вторых, во встречном предложении провести публичное мероприятие в месте и времени, которое не устраивает организаторов публичного мероприятия. При этом предполагаемое место проведения публичного мероприятия может быть расположено в местах, не пригодных для проведения публичного мероприятия (окраина города, пустырь и т.п.).

Анализ постановлений Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека позволяет выделить следующие основания отказа в рассмотрении уведомления.

1. Проведение митинга в запланированном месте объективно затрагивало бы интересы значительного числа физических и юридических лиц, что влекло бы угрозу нарушения общественного порядка и личной безопасности[10].

2. Указанная в уведомлении информация о телефонных номерах вызова полиции и скорой помощи не может быть признана надлежащими формами и методами участия организатора публичной акции в охране общественного порядка и безопасности граждан, т.к. не содержит перечня конкретных мер, направленных на их обеспечение[11].

3. Шествие воспрепятствует работе городских служб и движению людей[12].

4. Пикет в парке культуры может представлять опасность для жизни и здоровья отдыхающих[13].

5. Отказ в проведении публичного мероприятия не был сопровожден предложением альтернативного места или времени для его проведения[14].

6. Предложение провести публичное мероприятие в месте, где, по словам организатора публичного мероприятия, «помимо колючей проволоки и стойкой вони по этому адресу нас встречает мусороперерабатывающий завод, где происходит утилизация отходов и прием вторсырья»[15].

Так, гражданин В.А. Тетерин 24 августа 2018 г. подал в администрацию г. Иркутска уведомление о проведении 9 сентября 2018 г. публичного мероприятия в форме митинга с предполагаемым участием 350 человек. В ответе администрации г. Иркутска было указано, что поданное уведомление не соответствует Федеральному закону «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях». Аргументация администрации г. Иркутска состояла в том, что указание в уведомлении информации о телефонных номерах вызова полиции и скорой помощи в качестве форм и методов обеспечения общественного порядка и организации медицинской помощи не отвечает в полной мере требованиям поддержания безопасности и правопорядка при проведении публичного мероприятия. В связи с этим, по мнению городской администрации, исключается возможность рассмотрения уведомления в установленном порядке, что, в свою очередь, влечет за собой невозможность проведения публичного мероприятия.

Рассматривая жалобу гр. В.П. Тетерина, Конституционный Суд РФ отметил, что уполномоченные органы государственной власти и местного самоуправления должны принять все меры для того, чтобы публичное мероприятие было проведено в указанном организатором месте и времени. Компетентные органы государственной власти и местного самоуправления не должны под любым предлогом придумывать причины для отказа в его проведении, рассматривая в праве гражданина на публичные мероприятия угрозу публичной власти. Праву гражданина на публичные мероприятия корреспондирует юридическая обязанность уполномоченных органов государственной власти и местного самоуправления его обеспечить. Отказ в принятии уведомления о проведении публичного мероприятия по причине недостаточных форм и методов обеспечения общественного порядка и организации медицинской помощи представляет незаконное, необоснованное и несоразмерное ограничение свободы граждан на публичные мероприятия.

Субъективная неудовлетворительная оценка исполнительным органом государственной власти субъекта Российской Федерации или органом местного самоуправления форм и методов обеспечения общественного порядка и организации

---

[10] См.: постановление Конституционного Суда РФ от 18.06.2019 г. № 24-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 5 части 4 статьи 5 и пункта 6 части 3 статьи 7 Федерального закона “О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях” в связи с жалобой гражданина В.П. Тетерина».

[11] См.: там же.

[12] См.: Постановление ЕСПЧ от 03.10. 2013 г. по делу «Каспаров и другие против России» // СПС «КонсультантПлюс».

[13] См.: Постановление ЕСПЧ от 07.02.2017 г. по делу «Лашманкин и другие против России» // СПС «КонсультантПлюс».

[14] См.: там же.

[15] *Антонов К.* Протест направили на помойку // Коммерсант. 2018. 6 янв.; Аналогичный отказ в принятии уведомлении о проведении публичного мероприятия указан в Постановлении ЕСПЧ от 03.10.2013 г. по делу «Каспаров и другие против России» // СПС «КонсультантПлюс».

медицинской помощи не может квалифицироваться как отсутствие в уведомлении о проведении публичного мероприятия сведений, предусмотренных п. 6 ч. 3 ст. 7 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях», и служить основанием для его возвращения организатору без рассмотрения[16].

Отметим, что любое собрание в общественном месте неизбежно нарушает обычную жизнь. Органы государственной власти и местного самоуправления, а также население должны проявлять определенную степень терпимости к публичным мероприятиям в такое время и в таком месте, чтобы оно могло привлечь внимание общества к общественным и политическим вопросам. Предложение организатору публичного мероприятия провести его в малонаселенном месте, окраине города, посреди леса не способствует привлечению внимания общества и властей к проблемам, которым посвящено публичное мероприятие.

Из содержания Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» следует, что право на проведение публичных мероприятий имеет корреспондирующую обязанность со стороны органов власти. Органы государственной власти и органы местного самоуправления должны назначить своих представителей для обеспечения законности мероприятия, общественной безопасности и общественного порядка, самостоятельно уведомить органы внутренних дел о готовящемся публичном мероприятии.

На необходимость исполнительных органов государственной власти и местного самоуправления обеспечить эффективную реализацию свободы собраний неоднократно указывал Европейский Суд по правам человека в своих постановлениях[17].

Достаточно распространенным для отказа в согласовании времени и места проведения публичного мероприятия является довод исполнительного органа власти субъекта Российской Федерации и органа местного самоуправления относительно угрозы нарушения общественного порядка и личной безопасности граждан.

Так, Администрация г. Самары направила заявителю телеграмму и письмо, отказав в согласовании места проведения пикета. Администрация города указала, что Парк культуры и отдыха им. Ю. Гагарина – популярное место отдыха, и 31 января 2009 г., в субботу, там будут гулять многие семьи с маленькими детьми. Соответственно, «пикет», по мнению Администрации г. Самары, мог представлять опасность для их здоровья и жизни. Администрация предложила организаторам изменить место и время проведения мероприятия, предупредив заявителя, что те могут быть привлечены к ответственности согласно ч. 1 ст. 20.2 КоАП РФ за нарушение установленного порядка проведения общественных мероприятий. К письму прилагалась копия постановления мэра от 7 октября 2007 г., где были перечислены места в Самаре, подходящие для проведения публичных мероприятий.

С учетом важности места и даты проведения публичного мероприятия, а также, боясь, что проведение мероприятия в выбранном месте без согласования властей может повлечь задержания и административные разбирательства, заявитель решил отказаться от проведения запланированного «пикета» в количестве семерых человек. Вместо этого заявитель провел одиночный «пикет», для которого не требовалось подачи уведомления.

Что касается довода исполнительного органа местного самоуправления относительно угрозы нарушения общественного порядка и личной безопасности граждан, полагаем, что вряд ли такую опасность представлял пикет в парке культуры. Европейский Суд по правам человека отметил, что публичные власти должны проявлять определенную толерантность по отношению к мирным собраниям даже тогда, когда они могут вызвать некоторые нарушения обыденной жизни, включая помехи уличному движению, поскольку иначе свобода собраний лишилась бы своего существа[18], а участники публичного мероприятия – возможности донести свою позицию по волнующему их вопросу до общественности.

Любые меры, препятствующие свободе собраний и свободе выражения мнений, кроме случаев подстрекательства к насилию или нарушения демократических принципов, оказывают демократии плохую услугу или даже угрожают ей[19].

Имеющиеся в правоприменительной практике ограничения в проведении публичных мероприятий со стороны органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления свидетельствуют о том, что названные органы относятся к публичным мероприятиям как к отрицательному явлению, которое они стремятся ограничить. В этом плане интересен

[16] См.: постановление Конституционного Суда РФ от 18.06.2019 г. № 24-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 5 части 4 статьи 5 и пункта 6 части 3 статьи 7 Федерального закона “О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях” в связи с жалобой гражданина В.П. Тетерина».

[17] См.: Постановления ЕСПЧ: от 21.10. 2010 г. по делу «Алексеев против России»; от 07.02. 2017 г. по делу «Лашманкин и другие против России» // СПС «КонсультантПлюс».

[18] См.: Постановление ЕСПЧ от 10.07.2012 г. по делу «Берландир и другие против России» // СПС «КонсультантПлюс».

[19] См.: Постановление ЕСПЧ от 15.05.2014 г. по делу «Тараненко против России» // СПС «КонсультантПлюс».

опыт Республики Молдова и Кыргызской Республики, законодательство которых устанавливает, что если у органа исполнительной власти имеются основания полагать, что публичное мероприятие не может быть проведено в нужном для организаторов публичного мероприятия месте или в нужное время, то он вправе обратиться в судебный орган для его изменения, а не самостоятельно принимать об этом решение[20].

Полагаем возможным поддержать предложение С.Ю. Колмакова о целесообразности принятия в Российской Федерации правовой нормы, в соответствии с которой публичное мероприятие будет считаться согласованным с момента подачи уведомления о нем и до тех пор, пока судебный орган не вынесет иное решение по заявлению исполнительного органа власти субъекта Российской Федерации или органа местного самоуправления[21].

Необходимо обратить внимание на то, что принятие данных постановлений Европейского Суда по правам человека и Конституционного Суда РФ стало возможным после того, как организаторам публичных мероприятий было отказано во всех судебных инстанциях России. На это обстоятельство указал Конституционный Суд РФ в Определении от 2 апреля 2009 г. № 484.

Конституционный Суд РФ отметил, что, разрешая правовые споры, связанные с формами и методами обеспечения общественного порядка и организации медицинской помощи при проведении публичного мероприятия, указанными организатором в уведомлении о его проведении, суды должны не ограничиваться юридической констатацией обязанностей организатора публичного мероприятия и коррелирующих им полномочий органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации или органа местного самоуправления, как это имеет место в некоторых судебных решениях. Суды должны по существу исследовать обоснованность замечаний, высказанных организатору публичного мероприятия уполномоченным органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации или органом местного самоуправления. Кроме того, суды обязаны проверить обоснованность, необходимость и адекватность предложений об изменении, дополнении, уточнении соответствующих форм и методов, адресованных исполнительным органом государственной власти или местного самоуправления организатору публичного мероприятия.

Таким образом, факты, положенные в основу судебного решения, должны отвечать требованиям относительности, полноты и доказанности.

Особенностью публичных мероприятий являются ограниченные во времени условия организации и проведения публичного мероприятия, установленные федеральным законодателем. В силу этого судебное рассмотрение соответствующих споров должно осуществляться в максимально короткий срок до даты проведения планируемого публичного мероприятия, т.к. без этого судебная защита во многом потеряла бы смысл[22].

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Антонов К.* Протест направили на помойку // Коммерсант. 2018. 6 янв.
2. *Балтага Д.А.* Политические свободы собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций и их реализация в деятельности органов внутренних дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1993. С. 16.
3. *Власенко Н.А.* Теория государства и права. М., 2009. С. 169.
4. *Колмаков С.Ю.* Конституционная свобода собраний в законодательстве стран постсоветского пространства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Улан-Удэ, 2018. С. 3, 13.
5. *Локк Дж.* Избр. философские произведения. М., 1960. Т. 2. С. 116.
6. *Нудненко Л.А.* К вопросу о правовом регулировании народовластия в России // Государство и право. 2012. № 7. С. 13–24.
7. *Нудненко Л.А.* Непосредственная демократия и местное самоуправление в России. Барнаул, 2000. С. 285.
8. *Шаблинский И.Г.* Правовые условия проведения мирных собраний и решение Европейского Суда по правам человека по делу «Фрумкин против России». Комментарий к постановлению ЕСПЧ от 5 января 2016 года (жалоба № 74568/12) // Междунар. правосудие. 2016. № 4 (20). С. 12.

REFERENCES

1. *Antonov K.* Protest sent to the trash // Kommersant. 2018. 6 Jan. (in Russ.).

[20] См.: *Колмаков С.Ю.* Конституционная свобода собраний в законодательстве стран постсоветского пространства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Улан-Удэ, 2018. С. 3.

[21] См.: там же. С. 13.

[22] См.: определение Конституционного Суда РФ от 02.04.2009 г. 484-О-П «По жалобе граждан Лашманкина Александра Владимировича, Шадрина Дениса Петровича и Шимоволоса Сергея Михайловича на нарушение их конституционных прав положением части 5 статьи 5 Федерального закона “О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях”» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2009. № 6.

2. *Baltaga D.A.* Political freedoms of assemblies, meetings, street processions and demonstrations and their implementation in the activities of internal Affairs bodies: abstract ... PhD in Law. M., 1993. P. 16 (in Russ.).
3. *Vlasenko N.A.* Theory of state and law. M., 2009. P. 169 (in Russ.).
4. *Kolmakov S. Yu.* Constitutional freedom of Assembly in the legislation of the post-Soviet countries: abstract ... PhD in Law. Ulan-Ude, 2018. P. 3, 13 (in Russ.).
5. *Locke J.* Selected philosophical works. M., 1960. Vol. 2. P. 116 (in Russ.).
6. *Nudnenko L.A.* On the issue of legal regulation of democracy in Russia // State and Law. 2012. No. 7. P. 13–24 (in Russ.).
7. *Nudnenko L.A.* Direct democracy and local self-government in Russia. Barnaul, 2000. P. 285 (in Russ.).
8. *Shablinsky I.G.* Legal conditions for holding peaceful assemblies and the decision of the European Court of human rights in the case "Frumkin V. Russia". Commentary on the ECtHR decision of 5 January 2016 (complaint No. 74568/12) // International justice. 2016. No. 4 (20). P. 12 (in Russ.).

Сведения об авторе

НУДНЕНКО Лидия Алексеевна –
доктор юридических наук, профессор,
почетный работник высшей профессиональной школы РФ, профессор Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (РАНХиГС); 119571 г. Москва,
пр-т Вернадского, д. 82

Authors' information

NUDNENKO Lydia A. –
Doctor of Law, Professor, honorary worker of higher vocational schools of the Russian Federation, Professor of the Russian presidential Academy of national economy and public administration (RANEPA);
82 Vernadskogo ave., 119571 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 72–80
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 72–80

ХОЗЯЙСТВО, ТРУД, ПРАВО

О ВВЕДЕНИИ ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ГЕОГРАФИЧЕСКОГО УКАЗАНИЯ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

© 2021 г. В. И. Еременко

г. Москва

E-mail: 6169144@mail.ru

Поступила в редакцию 13.05.2020 г.

Аннотация. Статья посвящена включению в часть четвертую Гражданского кодекса РФ нового объекта интеллектуальной собственности – географического указания в дополнение к охраняемому с 1992 г. сходному по содержанию объекту – наименованию места происхождения товара.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, исключительное право, географическое указание, наименование места происхождения товара, географический объект, средства индивидуализации.

Цитирование: *Еременко В.И.* О введении правовой охраны географического указания в Российской Федерации // Государство и право. 2021. № 1. С. 72–80.

DOI: 10.31857/S102694520013230-4

ON THE INTRODUCTION OF LEGAL PROTECTION OF GEOGRAPHICAL INDICATION IN THE RUSSIAN FEDERATION

© 2021 V. I. Eremenko

Moscow

E-mail: 6169144@mailru

Received 13.05.2020

Abstract. This article is devoted to the inclusion in part four of the Civil Code of the Russian Federation of a new object of intellectual property – a geographical indication in addition to the object protected since 1992 with a similar one content – an appellation of origin.

Key words: intellectual property, exclusive right, geographical indication, appellation of origin, geographical object, means of individualization.

For citation: *Eremenko, V.I. (2021).* On the introduction of legal protection of geographical indication in the Russian Federation // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 72–80.

В результате принятия 26 июля 2019 г. Федерального закона № 230-ФЗ «О внесения изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и статьи 1 и 23^1 Федерального закона "О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции"»[1] в России появился новый объект интеллектуальной собственности – географическое указание. Принятие данного нормативного правового акта связано, согласно официальным заявлениям, с международными обязательствами Российской Федерации, в частности, со

[1] См.: СЗ РФ. 2019. № 30, ст. 4132.

вступлением в ВТО, как это предусмотрено Соглашением по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС), а также с необходимостью использовать опыт международных организаций в сфере правовой охраны географических указаний и наименований мест происхождения.

Правовая охрана географических обозначений за рубежом

Представляется целесообразным вкратце рассмотреть в исторической ретроспективе развитие правовой охраны близких по содержанию средств индивидуализации, обозначающих место происхождения товара: указаний происхождения, наименований мест происхождения товара, географических указаний. Вопрос о соотношении понятий этих средств индивидуализации места происхождения товара остается до сих пор спорным в правовой доктрине, что отражается в законодательных актах многих государств.

Впервые термин «указание происхождения» был использован в первоначальной редакции ст. 10 Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., когда она применялась «только к изделиям, снабженным ложными указаниями о происхождении, названии той или иной местности, если этому ложному указанию сопутствовало фиктивное фирменное наименование или заимствованное в целях мошенничества»[2].

14 апреля 1891 г. было заключено Мадридское соглашение о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указаний происхождения на товарах, согласно которому на все товары, содержащие ложное или вводящее в заблуждение указание происхождения, которое прямо или косвенно указывает на одно из Договаривающихся государств или на место, находящееся в таком государстве, в качестве страны или места происхождения, налагается арест при их ввозе или такой ввоз должен быть запрещен, или в отношении такого ввоза применяются другие меры и санкции.

На Вашингтонской дипломатической конференции по пересмотру Парижской конвенции в 1911 г. указания происхождения были включены в текст ст. 1 (2) Конвенции в качестве объекта охраны промышленной собственности. Кроме того, правовая охрана указаний происхождения предусмотрена ст. 10 и 10.ter Парижской конвенции, однако, в отличие от товарных знаков, их регистрация не предусмотрена. Как правило, охрана указаний происхождения, осуществляется нормами о пресечении недобросовестной конкуренции. В 1925 г. на Гаагской дипломатической конференции по пересмотру Парижской конвенции ст. 1 (2) Конвенции была дополнена новым объектом промышленной собственности – наименованием места происхождения. Согласно мнению одного из известных комментаторов Парижской конвенции Г. Боденхаузена, наименование места происхождения «в настоящее время рассматривается как один из видов общего понятия «указания происхождения», характеризуемый связью между качеством, особыми свойствами товара и местом его происхождения»[3]. Упомянутая позиция является убедительной в полемике о том, какой объект имеет более широкое содержание по сравнению с двумя другими объектами. Вполне очевидно, что таким объектом может быть «указание происхождения», а не «географическое указание».

На международном уровне детальное регулирование наименований мест происхождения закреплено в Лиссабонском соглашении об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации от 31 октября 1958 г., пересмотренное 14 июля 1967 г. и измененное 28 сентября 1979 г., участниками которого являются 30 государств, преимущественно европейских. В ст. 2 (1) данного Соглашения сформулировано определение понятия «наименование места происхождения», которое воспринято многими национальными законодательствами: наименование места происхождения означает наименование страны, района или местности, служащее для обозначения продукта, который происходит из данной страны, района или местности и качество и особенности которого обусловлены исключительно или главным образом географической средой, включая природные и людское факторы.

Попутно отметим, что Российская Федерация не является участницей Лиссабонского соглашения, равно как и Мадридского соглашения о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указаний происхождения на товарах, в котором по состоянию на 15 января 2020 г. участвуют 36 государств.

Современный этап развития правовой охраны географических указаний и наименований мест происхождения наступил на региональном уровне, в рамках ЕС, с принятием Регламента от 14 июля 1992 г. № 2081/92 об охране географических указаний и наименований мест происхождения сельскохозяйственных продуктов и пищевых продуктов[4].

[2] *Боденхаузен Г.* Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий. М., 1977. С. 158.

[3] Там же. С. 34.

[4] См. подр.: *Еременко В.И.* О правовой охране географических указаний и наименований мест происхождения в Европейском Союзе // Биржа интеллектуальной собственности. 2017. № 10. С. 1–6; № 11. С. 1–6; № 12. С. 1–8.

Наряду с определением понятия «наименование места происхождения», основанного на соответствующем определении Лиссабонского соглашения, Регламент № 2081/92 содержал определение нового объекта интеллектуальной собственности – географического указания. Так, географическим указанием признавалось название региона, определенной местности или в исключительных случаях страны, которое служит для обозначения сельскохозяйственного продукта или пищевого продукта:

происходящего из этого региона, определенного места или страны;

качество, репутация или другие его свойства связаны с его географическим происхождением, а его производство и (или) его изготовление имеют место в определенной географический зоне.

В зарубежной литературе появление географического указания как нового объекта интеллектуальной собственности объясняется, в частности, тем обстоятельством, что на практике зачастую затруднительно определить природные или людские факторы или установить различие между ними[5]. Вместе с тем следует учитывать то обстоятельство, что зачастую затруднительно определить само наличие тех или иных природных или людских факторов во многих государствах, например, Северной Европы, что не позволяет им регистрировать наименования мест происхождения.

Следующий и самый значимый этап развития института географического указания – принятие разд. 3 («Географические указания») Соглашения ТРИПС (ст. 22–24). В п. 1 ст. 22 дается определение географического указания: географические указания представляют собой обозначения, которые идентифицируют товар как происходящий с территории члена или региона или местности на этой территории, где определенное качество, репутация или другие свойства товара в значительной степени связываются с его географическим происхождением. Из вышеупомянутого определения следует, что географическое указание занимает промежуточное положение между указанием происхождения, которое не гарантирует качество товара, являясь простым обозначением местопребывания производителя или торговца, и наименованием места происхождения товара, качество которого уникально благодаря природным и (или) людским факторам, присущими тому или иному географическому объекту. Для предоставления правовой охраны географическим указаниям требуются определенные качественные характеристики товара, но не доходящие до пределов уникальности, как в случае с наименованиями мест происхождения.

Важно отметить, что на смену Регламенту № 2081/92 пришел Регламент Совета ЕС от 20 марта 2006 г. № 510/2006 с тем же названием, который был, в свою очередь, отменен Регламентом Европейского парламента и Совета ЕС от 21 ноября 2012 г. № 1151/2012 о системах качества, применяемых к сельскохозяйственным продуктам и пищевым продуктам.

Следует также указать ряд других нормативных правовых актов в данной области: Регламент Совета ЕС от 22 октября 2007 г. № 1234/2007 об общей организации сельскохозяйственных рынков и специальных положениях для некоторых сельскохозяйственных продуктов; Регламент Европейского парламента и Совета ЕС от 15 января 2008 г. № 110/2008 об определении, обозначении, представлении, снабжении этикетками и охране географических указаний спиртных напитков; Регламент Совета ЕС от 29 апреля 2008 г. № 479/2008 об общей организации рынка вина; Регламент Европейского парламента и Совета ЕС от 12 июня 2013 г. № 608/2013 о контроле таможенных органов в отношении прав интеллектуальной собственности.

В ст. 5 Регламента ЕС № 1151/2012 сформулированы определения понятий «наименование места происхождения» и «географическое указание». Для целей данного Регламента наименование места происхождения – это название, которое идентифицирует продукт: происходящий из определенной местности, региона или в исключительных случаях страны; качество или свойства которого в значительной мере или исключительно обусловлены географической средой, включающей природные и людские факторы; производство, переработка и изготовление которого имеют место в обозначенном географическом районе.

Под географическим указанием понимается название, которое идентифицирует продукт, происходящий из определенной местности, региона или страны; определенное качество, репутация или другие его свойства, которые могут быть отнесены к его географическому происхождению; по крайней мере один из этапов производства которого имеет место в обозначенном географическом районе.

Несколько иное определение понятия «географическое указание», которое воспроизводит п. 1 ст. 22 Соглашения ТРИПС, дается в ст. 15 Регламента № 110/2008: для целей данного Регламента под географическим указанием понимается указание, которое идентифицирует спиртной напиток как происходящий с территории страны, региона или местности на этой территории, когда определенное качество, репутация или другие свойства

[5] См.: *O'Connor B.* Sui generis protection of geographical indications. P. 364. URL: http://students. law. drake. edu/aglawjournal/docs/agv0109№ 03 – Oconnor – pdf

спиртного напитка в значительной степени связываются с его географическим происхождением.

В соответствии со ст. 11 Регламента ЕС № 1151/2012 Европейская комиссия ведет реестр охраняемых наименований мест происхождения (protected designations of origin – PDO) и охраняемых географических указаний (protected geographical indications – PGI), сведения из которого доступны для общественности. В указанный реестр могут быть внесены сведения о географических указаниях из третьих стран, которые охраняются в Европейском Союзе на основании международного соглашения, участником которого является Союз. Соответствующие обозначения вносятся в реестр в качестве охраняемых географических указаний, если только они специально не определены в указанном соглашении в качестве охраняемого наименования места происхождения в соответствии с указанным Регламентом.

В разд. III Регламента ЕС № 1151/2012 г. (ст. 17–26) предусмотрены положения, относящиеся к системе качества традиционных гарантированных продуктов (traditional specialities guaranteed), которая образована с целью сохранения традиционных способов производства и традиционных рецептов, помогая производителям традиционных продуктов вводить в оборот свою продукцию.

Любое обозначение может быть отобрано для регистрации в качестве традиционного гарантированного продукта, если оно описывает специальный продукт или пищевой продукт, который является результатом способа производства, преобразования или композиции, соответствующей традиционной практике для этого специального продукта или пищевого продукта; произведен из сырья или ингредиентов, которые традиционно используются для этой цели.

Европейская комиссия ведет специальный реестр традиционных гарантированных продуктов, который является доступным для общественности. Обозначение, зарегистрированное в качестве традиционного гарантированного продукта, может быть использовано любым лицом, которое вводит в оборот продукт, отвечающий требованиям соответствующей спецификации, которая должна содержать описание продукта, включающее его основные физические, химические, микробиологические или органолептические характеристики, раскрывающие особые свойства продукта.

С начала 1990-х годов в законодательствах государств с развитым правопорядком утвердился термин «географические указания», вытеснив фактически при этом термин «указание происхождения». Законодательные акты европейских государств не отличаются единообразием в области правовой охраны географических указаний и наименований мест происхождения. В этой группе государств менее выражена тенденция к переходу к правовой охране только географических указаний. В большинстве европейских государств действует смешанная система, когда в одном нормативном правовом акте предусмотрена правовая охрана как географических указаний, так и наименований мест происхождения.

Так, например, только географические указания охраняются в Румынии в соответствии с Законом о товарных знаках и географических указаниях 1998 г. № 84. Примечательно, что наряду с географическим указанием, определение которого совпадает со ст. 22 Соглашения ТРИПС, правовая охрана распространяется и на сертификационный знак.

В Чешской Республике действует Закон от 29 ноября 2001 г. № 452/2001 об охране наименований мест происхождения и географических указаний и изменении Закона об охране прав потребителей. Оба объекта основаны на регистрационной системе, их определения сходны с определениями, предусмотренными нормативными правовыми актами ЕС. Вместе с тем географическое указание определяется только через название (т.е. словесное обозначение) территории, используемой для идентификации товаров, что исключает представление географического указания в виде изобразительного символа.

В первоначальной редакции Кодекса интеллектуальной собственности Франции 1992 г. предусматривалась правовая охрана только наименований мест происхождения. После введения правовой охраны географических указаний согласно ст. L. 722–1 Кодекса в редакции 2015 г. под географическим указанием понимается: наименования мест происхождения, определенные в ст. L. 115–1 Кодекса прав потребителя; географические указания, определенные в ст. L. 721–2 Кодекса; наименования мест происхождения и географические указания, охраняемые согласно праву Европейского Союза.

В ст. L.721–2 Кодекса установлено, что географическим указанием является обозначение географической зоны или определенной местности, служащего для обозначения продукта иного, чем сельскохозяйственный, лесной, пищевой или морской продукт. Иными словами, прослеживается тенденция к отходу от традиционного для Европы применения наименований мест происхождения и географических указаний только в отношении сельскохозяйственных и пищевых продуктов.

Формальный подход к включению географических указаний в сферу правовой охраны продемонстрирован в Кодексе промышленной собственности Италии от 10 февраля 2005 г., разд. II которого озаглавлен: «Географические указания». Однако в ст. 29 Кодекса, в которой речь идет о предмете

охраны, по сути, дается определение наименования места происхождения, хотя тут же упоминаются и географические указания: предоставляется охрана географическим указаниям и наименованиям мест происхождения, идентифицирующим страну, регион или местность, которые приняты для обозначения продукта, происходящего с этого места и качество, репутация или свойства которого исключительно или главным образом определяются географической средой, включая сюда природные и людские факторы и традиции.

Весьма оригинально поступили в Африканской организации интеллектуальной собственности (OAPI): если прежде приложение VI к Бангийскому соглашению от 2 марта 1977 г. о создании OAPI относилось к наименованиям мест происхождения, то ныне в данном приложении речь идет о географических указаниях, т.е. произошла замена одного объекта интеллектуальной собственности другим объектом.

В ходе дипломатической конференции по принятию нового акта государств-членов соглашения (Женева, 20 мая 2015 г.) были приняты Женевский акт Лиссабонского соглашения о наименованиях мест происхождения и географических указаниях и Инструкция к Женевскому акту Лиссабонского соглашения.

В ст. 2 Женевского акта приведены определения понятий «наименование места происхождения» и «географическое указание». Так, под наименованием места происхождения понимается любое наименование, охраняемое в Договаривающейся стороне происхождения и являющееся названием географического района или иного наименования, известного как указание на такой район, или содержащего такое название или такое иное наименование, которое служит для обозначения товара как происходящего из этого географического района, когда качество или свойства товара обусловлены исключительно или главным образом географической средой, включая природные и людские факторы, и которое создало этому товару его репутацию. Упомянутое определение наименования места происхождения по своей сути совпадает с соответствующим определением, закрепленным в ст. 2 Лиссабонского соглашения 1958 г., с некоторыми уточнениями и добавлениями.

Географическим указанием признается любое указание, охраняемое в Договаривающейся стороне происхождения и являющееся названием географического района или иного указания, которое идентифицирует товар как происходящий из этого географического района, когда определенное качество, репутация или иное свойство товара обусловлены его географическим происхождением. В основе данного определения географического указания лежит определение, предусмотренное в п. 1 ст. 22 Соглашения ТРИПС.

Специалисты ВОИС объясняют принятие Женевского акта необходимостью стимулировать присоединение к Лиссабонской системе государств – членов ВОИС, в которых охраняются только географические указания[6]. При этом отмечается, что на момент принятия Женевского акта Международный реестр содержал сведения только о 896 международных регистрациях наименованиях мест происхождения. Согласно статистике ВОИС по состоянию на 31 декабря 2018 г. в Международном реестре было зарегистрировано 1130 наименований мест происхождения[7]. Кроме того, увеличение государств-членов будет способствовать, с учетом отчислений в Фонд оборотных средств, финансовой устойчивости Лиссабонского союза. Введением географического указания в сферу международно-правового регулирования Женевский акт одновременно усилил социальное и экономическое значение этого объекта в гражданском обороте[8].

В литературе отдельные авторы скептически относятся к Лиссабонскому соглашению в редакцию 2015 г., считая неучастие большого числа государств в этом соглашении, в т.ч. США, Соединенного Королевства, ФРГ, Японии, Канады, КНР, Индии, провалом[9]. Однако действительным провалом следует назвать, например, Вашингтонский договор об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем 1989 г., который отказались подписать, в частности, США и Япония, поскольку, по их мнению, ряд его положений противоречил интересам этих государств. Это обстоятельство привело к тому, что и поныне этот договор не вступил в силу, потому что не был ратифицирован достаточным числом государств.

Наименование места происхождения товара, как специфический объект правовой охраны, обособленное положение которого среди объектов интеллектуальной собственности обусловлено особыми природными условиями географической среды и профессиональными традициями производства уникальных товаров, по своему определению не предполагает широкого круга правообладателей

---

[6] См.: *Höpperger Marcus.* Negotiators Modernize International System for Registering. URL: GIs//wipo.int/wipo_magazine/en/2015/03/article_0001.htmt

[7] См.: URL: wipo.int/export/sites/www/Lisbon/en/docs/bulletin_2018_47.pdf

[8] См.: *Тыцкая Г.И.* Соотношение понятий «географическое указание» и «наименование места происхождения товара», их возможное разграничение // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2016. № 5. С. 16.

[9] См.: *Гаврилов Э.П.* Как надо защищать наименования мест происхождения товаров и географические указания // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2017. № 5. С. 13.

или участников региональных или универсальных международных договоров.

Важно также отметить, что противоречивое, а во многих случаях и ошибочное, состояние доктрины в указанной сфере как в зеркале отражается в национальных законодательствах многих государств, в т.ч. в ряде государств евразийского региона. Так, Закон Республики Беларусь от 17 июля 2002 г. «О географических указаниях»[10] посвящен трем объектам: собственно географическим указаниям, наименованиям мест происхождения товаров и указаниям происхождения товаров.

В ст. 1 данного Закона определено, что понятие «географическое указание» включает в себя понятия «наименование места происхождения товара» и «указание происхождения товара». Однако, если исходить из принципа широты упомянутых понятий, на месте родового понятия должно быть не географическое указание, а указание происхождения товара, в качестве же видовых понятий должны выступать географическое указание и наименование места происхождения товара[11]. Очевидно, что указание происхождения товара, правовая охрана которого возникла намного ранее и которое может быть представлено также в виде изображения, не может входить составной частью в географическое указание, которое является преимущественно словесным обозначением географического объекта.

Сказанное выше относится и к ст. 1 Закона Республики Таджикистан от 5 марта 2007 г. «О географических указаниях», согласно которой географическое указание определено как общее понятие для обозначения наименования места происхождения товара и указания происхождения товара, которое, как указано в последнем абзаце данной статьи, может быть представлено в виде названия географического объекта или изображения.

Правовая охрана географического указания в Российской Федерации

Впервые в Российской Федерации правовая охрана наименований мест происхождения товаров была введена Законом РФ от 23 сентября 1992 г. «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»[12].

С введением в действие части четвертой ГК РФ с 1 января 2008 г. правовая охрана наименований мест происхождения товаров осуществляется на основании общих положений гл. 69 и положений гл. 76 ГК РФ, преимущественно § 3 «Право на наименование места происхождения товара».

Ныне общее количество зарегистрированных и действующих с 1992 г. в Реестре наименований мест происхождения товаров (НМПТ) Российской Федерации, который ведет Федеральный институт промышленной собственности (ФИПС) Роспатента, составляет 236 наименований. При этом за это время только в отношении четырех НМПТ признано недействительной предоставление правовой охраны. Именно на основании сравнительно малочисленных регистраций наименований мест происхождения товаров и отсутствия исключительного права на указанный объект интеллектуальной собственности в юридической литературе сделан следующий, по сути, алармистский вывод: «Система правовой охраны наименований мест происхождения товаров в нашей стране потерпела крах»[13]. Указанный вывод концептуально ошибочен, так как не учитывает специфику наименования места происхождения товара как уникального «штучного» объекта интеллектуальной собственности, который по своей природе не предполагает масштабных регистраций.

Уместно отметить, что географическое указание, условия регистрации которого намного либеральнее, не во всех государствах отличается многочисленными регистрациями. Например, Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) в отношении отдельных государств за 2018 г. представила следующую информацию о количестве зарегистрированных географических указаний: Канада – 835; США – 779; Турция – 398; Иран – 385; Индия – 330; Аргентина – 108; Япония – 90; Бразилия – 68; Казахстан – 47[14]. Таким образом, арифметический подход к оценке правовой охраны наименований мест происхождения товаров по количеству их регистраций не выдерживает критики.

Что же касается вопроса об исключительном праве на наименование места происхождения товара, то этот термин не сразу появился в российском гражданском праве. Так, в ст. 31 Закона о товарных знаках речь шла о праве пользования наименованием места происхождения товара, что соответствовало мировым стандартам в указанной сфере правового регулирования. С принятием части четвертой ГК РФ стал использоваться термин «исключительное право использования наименования места происхождения товара». Изменение терминологии не повлекло за собой изменения в содержании права, предоставляемого на указанный объект интеллектуальной собственности. Однако исключительное

[10] См.: Народная газ. 2002. 13 авг.

[11] См.: *Еременко В.И.* Правовая охрана интеллектуальной собственности в государствах СНГ. Часть X // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2019. № 5. С. 57.

[12] См.: Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 42, ст. 2322; СЗ РФ. 2002. № 52 (ч. I), ст. 5132.

[13] *Гаврилов Э.П.* Указ. соч. С. 10.

[14] См.: World Intellectual Property Indicators 2019. P. 180 URL: wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2018-chapter6.pdf

право на наименование места происхождения товара имеет свою специфику, ставящую его вне рамок классического исключительного права на другие объекты интеллектуальной собственности[15]. Оно носит коллективный характер по причине множественности субъектов исключительного права на наименования места происхождения товара, во многом сходное с исключительным правом на коллективный товарный знак. Следует полагать, что именно право запрета в отношении лиц, не имеющих свидетельств об исключительном праве на наименование места происхождения товара, т.е. негативная функция исключительного права на НМПТ, подтверждает исключительный характер права использования НМПТ.

Как и прежде, продолжается практика бессубъектных («спящих») регистраций наименований мест происхождения товаров в Реестре НМПТ. По состоянию на 30 апреля 2020 г. Реестр НМПТ содержит две категории бессубъектных регистраций, в отношении которых срок действия свидетельства истек (34 свидетельства); действие свидетельства прекращено (24 свидетельства), составляющих около 25% от общего количества зарегистрированных НМПТ. Вполне очевидно, что это искажает достоверность Реестра НМПТ. Режим ожидания или бессубъектность регистраций наименований мест происхождения товаров не должна превышать какого-то определенного срока, например, одного года.

Важно отметить, что определение понятия «наименование места происхождения товара» в первоначальной редакции ст. 30 Закона о товарных знаках было основано на определениях, содержащихся в Лиссабонском соглашении 1958 г. и в Типовом законе для развивающихся стран о наименованиях мест происхождения и указаниях происхождения, разработанном ВОИС в 1975 г., которое было незначительно расширено в 2002 г.

В ст. 1516 ГК РФ в первоначальной редакции было закреплено следующее определение наименования места происхождения товара, мало чем отличающееся от предыдущего определения: обозначение, представляющее собой либо содержащее современное или историческое, официальное или неофициальное, полное или сокращенное наименование страны, городского или сельского поселения, местности или другого географического объекта, а также обозначение, производное от такого наименования и ставшее известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами.

С принятием Федерального закона от 4 октября 2010 г. № 259-ФЗ «О внесения изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», направленного на реализацию обязательств, принятых Россией в рамках присоединения к ВТО, состоялась первая попытка введения в гражданское законодательство правовой охраны географических указаний. Закон № 259-ФЗ, в частности, дополнил п. 1 ст. 1516 ГК РФ абзацем следующего содержания: «Положения настоящего пункта соответственно применяются к обозначению, которое позволяет идентифицировать товар как происходящий с территории определенного географического объекта и, хотя не содержит наименования этого объекта, стало известным в результате использования данного обозначения в отношении товара, особые свойства которого отвечают требованиям, указанным в абзаце первом настоящего пункта». При этом в пояснительной записке к проекту Закона № 259-ФЗ указано, что изменения, «вносимые в статью 1516 Кодекса, в соответствии со статьей 22 Соглашения ТРИПС обеспечивают предоставление охраны таким наименованиям, которые, хотя и не содержат название географического объекта, тем не менее идентифицируют объект как происходящий с данной территории. Такая охрана обеспечивается путем распространения на такие обозначения режима, предусмотренного частью четвертой Кодекса для наименований мест происхождения товара».

Однако искомая цель введения в Российской Федерации правовой охраны географических указаний по образцу ст. 22 Соглашения ТРИПС не была достигнута, поскольку произошло простое расширение понятия наименования места происхождения товара с сохранением прежних условий предоставления правовой охраны. По сути, произошла имитация выполнения Россией своих будущих обязательств применительно к ст. 22 Соглашения ТРИПС в преддверии её присоединения к ВТО. При этом следует особо отметить, что Соглашение ТРИПС не требует от государств-членов принятия специального законодательства в указанной области, достаточно согласно п. 2 ст. 22 Соглашения ТРИПС предусмотреть меры, позволяющие заинтересованным сторонам предотвращать, в т.ч. любое использование, которое представляет собой акт недобросовестной конкуренции по смыслу ст. 10.bis Парижской конвенции. В рамках этого требования защита субъективного гражданского права на географическое указание в России может осуществляться в силу ст. 14^2 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите

[15] См.: *Еременко В.И.* О правовой охране наименований мест происхождения товаров в России // Законодательство и экономика. 2012. № 5. С. 22.

конкуренции»[16], согласно которой не допускается недобросовестная конкуренция путем введения в заблуждение, в т.ч. в отношении места производства товара, предлагаемого к продаже, изготовителя такого товара, гарантийных обязательств продавца и изготовителя.

Специалисты из Роспатента[17], рассматривая возможность государственной регистрации географических указаний, которые, на их взгляд, могут быть представлены, например, в виде изображения, отмечают, что «поскольку наименования мест происхождения товаров являются географическими указаниями, то регистрация последних в качестве наименований мест происхождения товаров может быть осуществлена в случае, когда географические указания отвечают требованиям, предъявляемым ст. 1516 Кодекса к наименованиям мест происхождения товара». Очевидно, что в случае соответствия, по логике уважаемых авторов, географического указания (требования к которому менее строгие согласно классическому определению в ст. 22 Соглашения ТРИПС) требованиям ст. 1516 ГК РФ, то заявленное обозначения будет вовсе не географическим указанием, а самым настоящим наименованием места происхождения товара[18].

Однако, несмотря на провал затеи с приравниванием наименования места происхождения товара к географическому указанию в целях выполнения Российской Федерацией обязательств в отношении Соглашения ТРИПС, подобного рода воззрения продолжали множиться и в период активной работы над законопроектом о введении в Российской Федерации правовой охраны географических указаний. Например, в одной из научных публикаций на заданную тему утверждалось, что «признаки понятий «наименование места происхождения товара» и «географическое указание» в значительной степени совпадают... При этом последнее обозначение включает первое. Признание географического указания в рамках § 3 главы 76 не требуется, потому что оно уже признается законодателем: первый абзац + второй абзац п. 1 ст. 1516 ГК РФ. Их совокупность и есть географическое указание»[19].

Позиция упомянутого автора несостоятельна по следующим причинам. Во-первых, совпадение понятий «наименование места происхождения товара» и «географическое указание» преувеличено. Несмотря на некоторое их сближение, различия между ними принципиальны. Если наименование места происхождения товара свидетельствует об уникальности товара, произведенного в данной местности, то географическое указание подтверждает только определенное качество и репутацию товара, связанные с местом его происхождения. Если прибегнуть к языку моды, то упомянутые понятия соотносятся между собой как «высокая мода» и «добротный ширпотреб». Во-вторых, включение в 2015 г. второго абз. в п. 1 ст. 1516 ГК РФ свидетельствует только о неудачной попытке законодателя ввести правовую охрану географического указания, поскольку к упомянутому в абзаце обозначению предъявлены требования, предусмотренные для наименования места происхождения товара, т.е. произошло расширение самого понятия этого объекта интеллектуальной собственности.

(Окончание в следующем номере)

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Боденхаузен Г.* Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий. М., 1977. С. 34, 158.
2. *Гаврилов Э.П.* Как надо защищать наименования мест происхождения товаров и географические указания // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2017. № 5. С. 10, 13.
3. *Горленко С.А., Кирий Л.Л.* Совершенствование законодательства в области наименований мест происхождения товаров и географических указаний // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2013. № 12. С. 15.
4. *Еременко В.И.* Наименования мест происхождения и географические указания: международно-правовой аспект // Законодательство и экономика. 2016. № 7. С. 15.
5. *Еременко В.И.* О правовой охране географических указаний и наименований мест происхождения в Европейском Союзе // Биржа интеллектуальной собственности. 2017. № 10. С. 1–6; № 11. С. 1–6; № 12. С. 1–8.
6. *Еременко В.И.* О правовой охране наименований мест происхождения товаров в России // Законодательство и экономика. 2012. № 5. С. 22.
7. *Еременко В.И.* Правовая охрана интеллектуальной собственности в государствах СНГ. Часть X // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2019. № 5. С. 57.

---

[16] См.: СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I), ст. 3434.

[17] См.: *Горленко С.А., Кирий Л.Л.* Совершенствование законодательства в области наименований мест происхождения товаров и географических указаний // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2013. № 12. С. 15.

[18] См.: *Еременко В.И.* Наименования мест происхождения и географические указания: международно-правовой аспект // Законодательство и экономика. 2016. № 7. С. 15.

[19] *Салтыков М.А.* Правовая охрана географического указания в рамках пункта статьи 1516 ГК РФ // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2016. № 7. С. 22.

8. *Салтыков М.А.* Правовая охрана географического указания в рамках пункта статьи 1516 ГК РФ // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2016. № 7. С. 22.
9. *Тыцкая Г.И.* Соотношение понятий «географическое указание» и «наименование места происхождения товара», их возможное разграничение // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2016. № 5. С. 16.
10. *Höpperger Marcus.* Negotiators Modernize International System for Registering. URL: GIs//wipo.int/wipo_magazine/en/2015/03/article_0001.htmt
11. *O'Connor B.* Sui generis protection of geographical indications. P. 364. URL: http://students. law. drake. edu/aglawjournal/docs/agv0109№ 03 – Oconnor – pdf
12. World Intellectual Property Indicators 2019. P. 180 URL: wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2018-chapter6.pdf

REFERENCES

1. *Bodenhausen G.* Paris Convention for the protection of industrial property. Comment. M., 1977. P. 34, 158 (in Russ.).
2. *Gavrilov E.P.* How to protect the names of places of origin of goods and geographical indications // Patents and licenses. Intellectual rights. 2017. No. 5. P. 10, 13 (in Russ.).
3. *Gorlenko S.A., Kiriy L.L.* Improvement of legislation in the field of names of places of origin of goods and geographical indications // Patents and licenses. Intellectual rights. 2013. No. 12. P. 15 (in Russ.).
4. *Eremenko V.I.* Names of places of origin and geographical indications: international legal aspect // Legislation and Economics. 2016. No. 7. P. 15 (in Russ.).
5. *Eremenko V.I.* On the legal protection of geographical indications and names of places of origin in the European Union // Intellectual property exchange. 2017. No. 10. P. 1–6; No. 11. P. 1–6; No. 12. P. 1–8 (in Russ.).
6. *Eremenko V.I.* On the legal protection of names of places of origin of goods in Russia // Legislation and Economics. 2012. No. 5. P. 22 (in Russ.).
7. *Eremenko V.I.* Legal protection of intellectual property in the CIS countries. Part X // Patents and licenses. Intellectual rights. 2019. No. 5. P. 57 (in Russ.).
8. *Saltykov M.A.* Legal protection of geographical indications under article 1516 of the Civil Code of the Russian Federation // Patents and licenses. Intellectual rights. 2016. No. 7. P. 22 (in Russ.).
9. *Tytskaya G.I.* Correlation of the concepts "geographical indication" and "name of the place of origin of goods", their possible differentiation // Patents and licenses. Intellectual rights. 2016. No. 5. P. 16 (in Russ.).
10. *Höpperger Marcus.* Negotiators Modernize International System for Registering. URL: GIs//wipo.int/wipo_magazine/en/2015/03/article_0001.htmt
11. *O'Connor B.* Sui generis protection of geographical indications. P. 364. URL: http://students. law. drake. edu/aglawjournal/docs/agv0109№ 03 – Oconnor – pdf
12. World Intellectual Property Indicators 2019. P. 180 URL: wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2018-chapter6.pdf

Сведения об авторе

ЕРЕМЕНКО Владимир Иванович –
доктор юридических наук; г. Москва

Authors' information

EREMENKO Vladimir I. –
Doctor of Law; Moscow

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 81–88
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 81–88

УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

ЗАПРЕТ ОПРЕДЕЛЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ В СИСТЕМЕ МЕР ПРЕСЕЧЕНИЯ И ВНЕ ЭТОЙ СИСТЕМЫ

© 2021 г. Л. В. Брусницын

Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова

E-mail: leo1222@yandex.ru

Поступила в редакцию 04.06.2020 г.

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы применения меры пресечения в виде запрета определенных действий, а также рекомендации международного сообщества по использованию данного запрета в сфере борьбы с преступностью. Приводятся нормы зарубежного законодательства, которые могут быть учтены в России для расширения использования запрета определенных действий в этой борьбе.

Ключевые слова: запрет определенных действий как мера пресечения, меры пресечения, иные меры процессуального принуждения.

Цитирование: *Брусницын Л.В.* Запрет определенных действий в системе мер пресечения и вне этой системы // Государство и право. 2021. № 1. С. 81–88.

DOI: 10.31857/S102694520013273-1

PROHIBITING CERTAIN ACTIONS IN THE SYSTEM MEASURES OF RESTRAINT AND BEYOND THIS SYSTEM

© 2021 L. V. Brusnitsyn

Lomonosov Moscow state University

E-mail: leo1222@yandex.ru

Received 04.06.2020

Abstract. The article deals with the application of a preventive measure in the form of a ban on certain actions, as well as recommendations of the international community on the use of this ban in the field of fighting crime. The article presents the norms of foreign legislation that can be taken into account in Russia to expand the use of the prohibition of certain actions in this fight.

Key words: prohibition of certain actions as a measure of restraint, measures of restraint, other measures of procedural compulsion.

For citation: *Brusnitsyn, L.V. (2021).* Prohibiting certain actions in the system measures of restraint and beyond this system // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 81–88.

Допустив в уголовном процессе в качестве меры пресечения *запрет определенных действий* (ст. 105[1] УПК РФ[1]), Россия не стала пионером в понимании того, что такой запрет необходим в сфере уголовного судопроизводства. Так, уже достаточно давно во Франции в рамках «судебного контроля» – меры пресечения, заключающейся в применении различных сочетаний правоограничений (из 16 возможных), обвиняемому может быть *запрещено посещать*

[1] Введена Федеральным законом от 18.04.2018 г. № 72-ФЗ (см.: СЗ РФ. 2018. № 17, ст. 2421).

определенные места, встречаться с определенными людьми[2], причем в случае нарушения запрета, согласно ст. 141-2 УПК Франции, судебный контроль может быть заменен предварительным заключением независимо от того, какое уголовное наказание грозит обвиняемому[3].

В Австралии судьи вправе выносить приказ о защите жертв преступлений, который может содержать запрет правонарушителю приближаться к жертве и ограничить ему доступ к жилищу, включая его собственный дом[4]. Ограничительные приказы применяются, например, в Австрии (Закон «О защите лиц от насилия в семье» 1997 г.), Финляндии (Закон о "restraining orders" 1999 г.)[5], ФРГ, США, Швейцарии, Новой Зеландии, Норвегии, Канаде, Соединенном Королевстве, а также в Грузии, Казахстане, Кыргызстане, Молдове, Латвии, Литве, Украине, Эстонии[6].

Применительно к ряду государств отмечается, что ограничительный приказ[7] может быть вынесен судом в отсутствие правонарушителя; процедура его вынесения не занимает много времени, не связана с большими расходами и, в то же время, является достаточно эффективным средством защиты жертв преступлений[8].

Позитивный опыт значительного количества государств, причем относящихся к разным правовым семьям, сформировал соответствующее отношение к рассматриваемым запретам международных структур, призванных обобщать мировой опыт борьбы с преступностью, исследовать конкретные средства борьбы и рекомендовать наиболее эффективные средства государствам, отстающим в их применении. Российский законодатель наконец-то прислушался к этим рекомендациям, и в апреле 2018 г. в УПК РФ, как уже было отмечено, появилась новая мера пресечения – запрет определенных действий. В юридической прессе данной новелле посвящено немало комментариев, нет сомнений в том, что она станет предметом дальнейших, в т.ч. диссертационных исследований, разъяснений Пленума Верховного Суда РФ, что, безусловно, необходимо.

Сначала рассмотрим некоторые вопросы применения новой меры пресечения в соответствии с содержанием ст. 105^1 и ряда иных статей УПК РФ и УК РФ.

1. Если судья в соответствии с п. 3 ч. 4 ст. 105^1 УПК РФ отказывает в удовлетворении ходатайства следователя об избрании меры пресечения в виде запрета определенных действий, вправе ли он, естественно, с соблюдением ст. 97 и 99 УПК РФ, избрать иную меру пресечения? Очевидно, нет, поскольку: с одной стороны, залог, домашний арест и заключение под стражу – более строгие меры пресечения, а дознаватель или следователь не ходатайствовал об их избрании; с другой – избрание более мягких мер пресечения (подписка о невыезде, личное поручительство, наблюдение командования воинской части, присмотр за несовершеннолетним подозреваемым, обвиняемым) в компетенции не только суда, но и лица, осуществляющего досудебное производство по делу, которому и следует принять соответствующее решение.

2. В течение какого срока судебные решения, предусмотренные в ч. 4 ст. 105^1 УПК РФ (об избрании запрета определенных действий и прочие решения), могут быть обжалованы заинтересованными лицами? В силу ч. 2 ст. 105^1 запрет определенных действий применяется в порядке ст. 108 УПК РФ, за исключением требований, связанных с видом и размером наказания, квалификацией преступления, возрастом обвиняемого. Из этого следует, что срок для обжалования решений, принимаемых в рамках ст. 105^1 УПК РФ, тот же (сокращенный), что и для обжалования решений, принимаемых судом по ходатайству следователя о заключении лица под стражу, т.е. трое суток со дня вынесения соответствующего решения. Но нужно ли было устанавливать *сокращенный* срок применительно к рассматриваемой мере пресечения? Если необходимость сокращения

---

[2] См.: *Legeais R.* L' utilisation de temoignages sous forme anonime ou deguisee dans la procedure des juridictions repressives // Revue internationale de droit compare. Paris, 1998. A. 50. No. 2. P. 712; *Lemonde M.* La Protection des temoins devant les tribunaux francais // Revue de science criminelle et de droit penal compare. Paris, 1996. No. 4. P. 817.

[3] См.: *Lemonde M.* Op. cit. P. 817.

[4] См.: Стратегии борьбы с насилием в семье: справочное руководство. Нью-Йорк, 1998. С. 19, 20.

[5] См.: п. 92 Пояснительной записки к Рекомендации № (2002) 5 Комитета Министров государствам-членам о защите женщин от насилия, принятой 30 апреля 2002 г. URL: http://hrlibrary.ngo.ru/russian/euro/RRec(2002)5.html (дата обращения: 15.01.2010).

[6] См., в частности: Законодательство зарубежных государств. Обзорная информация. М., 1991. Вып. 4. С. 12; Исследование феномена насилия // Борьба с преступностью за рубежом. 2001. № 2. С. 38, 39; *Тунина Н.А.* Охранный ордер как способ превенции семейного насилия // Криминологический журнал Байкальского гос. ун-та экономики и права. 2010. № 4 (14). С. 80, 81; *Андреева О.И., Зайцев О.А., Епихин А.Ю.* Запрет определенных действий как новая мера обеспечения безопасности личности в уголовном процессе // Вестник Томского гос. ун-та. 2018. № 436. С. 226; *Бушная Н.В., Чунина А.А.* Меры процессуального принуждения: учеб. пособие. Ставрополь, 2019. С. 64.

[7] В разных государствах один и тот же, по сути, набор запретов определяется разными терминами: в США – «охранный приказ», в Казахстане и Молдове – «защитное предписание», в Турции – «приказ об охране» и т.д. (см.: *Харламов В.С.* Институт охранного ордера в зарубежном законодательстве как инструмент защиты личности от внутрисемейного насилия // Криминология: вчера, сегодня, завтра. 2014. № 1(32). С. 39).

[8] См.: Стратегии борьбы с насилием в семье: справочное руководство. С. 19, 21, 46.

срока обжалования очевидна при избрании заключения под стражу, то уже менее очевидна эта необходимость применительно к домашнему аресту, и тем более возникает вопрос: нужно ли было сужать до трех дней рамки обжалования при избрании запрета определенных действий – значительно более мягкой меры, нежели домашний арест и заключение под стражу?

3. Согласно ч. 5 ст. 105^1 УПК РФ постановление судьи по поводу запрета определенных действий (об их избрании, об отказе в избрании и др.) направляются в т.ч. потерпевшему, свидетелю или иному участнику уголовного судопроизводства – *если запрет связан с обеспечением их безопасности*. Понятно, что со дня вынесения постановления до вручения его копии названным лицам может пройти более трех суток, в течение которых, как уже было сказано, постановление может быть обжаловано. В то же время в соответствии с ч. 1 ст. 11 УПК РФ суд обязан обеспечить участникам процесса возможность обжаловать соответствующее постановление. Вопрос: должен ли судья принять к рассмотрению жалобу, поданную по истечении указанного срока?

Вообще, надо признать позитивной норму, обязывающую уведомлять о запрете определенных действий тех участников процесса, для безопасности которых запреты установлены. Но почему законодатель предусмотрел такое уведомление при избрании одной меры пресечения из восьми? Видимо, потому, что, исходя из ее содержания, чаще всего она будет избираться именно для обеспечения безопасности тех, кто изобличает преступника, т.е. по основанию, предусмотренному п. 3 ч. 1 ст. 97 УПК РФ (возможность угроз обвиняемого другим участникам процесса). Следует установить (в ст. 97) требование об уведомлении потерпевших и иных граждан об избрании любой меры пресечения, *если она избирается по указанному основанию*. Попутно отметим, что угрожать могут не только участникам уголовного процесса, но и их близким, не имеющим процессуального статуса. Конечно, возможен допрос таких (близких) лиц об обстоятельствах поступления угроз в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 73 УПК РФ – для установления характеристики личности обвиняемого, но ведь не всегда угрозы высказываются непосредственно тем, кому они адресованы, поэтому граждане могут оставаться в неведении по поводу угроз. Последнее обстоятельство следует учесть законодателю – внести соответствующее дополнение в ч. 5 ст. 105^1 УПК РФ; в противном случае для уведомления близких о запрете определенных действий необходимо будет тратить время на формальный допрос в качестве свидетелей граждан, которым априори ничего не известно ни об угрозах в их адрес, ни об обстоятельствах совершения преступления.

4. Несмотря на отсутствие в УПК РФ прямого указания, ясно, что при установлении срока запрета покидать в определенное время жилье (п. 1 ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ) подлежит зачету время, которое обвиняемый ранее находился под домашним арестом или под стражей. Зачет необходим и в обратной ситуации, т.е. при замене названного запрета на домашний арест либо на содержание под стражей (подобно тому, как согласно ч. 2^1 ст. 107 УПК РФ время содержания под стражей и домашнего ареста *засчитывается независимо от того, в какой последовательности они применялись*). Во всех этих случаях зачет времени производится с учетом пропорций: 2 дня запрета за 1 день содержания под стражей (указано в п. 1^1 ч. 10 ст. 109 УПК РФ); 2 дня домашнего ареста за 1 день содержания под стражей (указано в ч. 3^4 ст. 72 УК РФ) и 1 день запрета за 1 день домашнего ареста (прямого указания на это УПК РФ не содержит, но это вытекает из совокупного смысла п. 1^1 ч. 10 ст. 109 УПК РФ и ч. 3^4 ст. 72 УК РФ).

Далее, в соответствии с содержанием ч. 3^4 ст. 72 УК РФ, ч. 10 ст. 105^1, ч. 2^1 ст. 107, п. 1^1 и 2 ч. 10 ст. 109 УПК РФ, *в какой бы последовательности* три меры пресечения: запрет покидать жилище, домашний арест и заключение под стражу, – не применялись, их общий срок (исчисляемый с учетом вышеуказанных пропорций) не должен превышать предельный срок содержания под стражей, возможный в конкретном уголовном деле в соответствии с тяжестью предъявленного обвинения и иных обстоятельств, учитываемых при продлении срока содержания под стражей в соответствии со ст. 109 УПК РФ[9]. К примеру, *если предельный срок содержания под стражей в деле истек*, избрание обвиняемому меры пресечения ни в виде запрета покидать жилье, ни в виде домашнего ареста, невозможно; в данном случае могут быть применены другие запреты из предусмотренных в ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ либо иная мера пресечения.

Не опровергается ли все вышесказанное указанием в ч. 10 ст. 105^1 УПК РФ на то, что срок запрета покидать жилище не может превышать срок в 12, 24 либо 36 месяцев *с момента вынесения судом решения об установлении запрета*? Не опровергается, поскольку такое исчисление сроков, по мнению автора, относится к случаям, когда к подозреваемому, обвиняемому ранее не применялись ни домашний арест, ни заключение под стражу.

5. Согласно ч. 8^1 ст. 106 УПК РФ при избрании в качестве меры пресечения залога суд вправе возложить на подозреваемого, обвиняемого запреты, предусмотренные ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ. При этом

[9] Высказано и противоположное мнение (см.: *Бикмиев Р.Г., Бурганов Р.С.* Запрет определенных действий: первые результаты применения // Уголовный процесс. 2019. № 5 С. 56–59).

указано, что в отличие от иных запретов, действующих «до отмены или изменения меры пресечения в виде залога», запрет выходить из жилья действует до истечения срока, установленного судом. Это означает, что возможна ситуация, когда одновременно будут действовать: а) запрет покидать жилье и б) мера пресечения, пришедшая на смену отмененному залогу, например, подписка о невыезде, в досудебном производстве избранная следователем, а в ходе судебного производства по делу – судом.

В то же время неясно, почему законодатель не допустил при отмене залога продолжение действия остальных запретов, предусмотренных в ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ, например, находиться в определенных местах, общаться с определенными лицами? Представляется, каких-либо препятствий доктринального либо иного характера для этого нет. А возможность такого соединения любого из предусмотренных в ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ запретов с той же подпиской о невыезде или с присмотром за несовершеннолетним позволило бы использовать набор правоограничений, в максимальной степени обеспечивающий надлежащее поведение обвиняемого.

6. Следующий вопрос связан с предыдущим: почему законодатель допустил применение запретов, указанных в ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ, одновременно с залогом (ч. 8^1 ст. 106 УПК РФ), домашним арестом (ч. 7 ст. 107 УПК РФ) и не допустил такое сочетание при избрании следователем или дознавателем подписки о невыезде, личного поручительства, наблюдения командования воинской части и присмотра за несовершеннолетним? Очевидно полагая, что запреты определенных действий по степени ограничения прав и свобод граждан гораздо ближе к залогу, домашнему аресту и заключению под стражу, нежели к вышеуказанным четырем «мягким» мерам пресечения. Но так ли это в действительности? Сравним «запрет находиться в определенных местах» с подпиской о невыезде и надлежащем поведении. При избрании последней меры пресечения следователь ограничивает свободу передвижения лица в большей степени, нежели суд при установлении вышеназванного запрета: при подписке о невыезде следователь исключает свободу передвижения лица вне пределов его места жительства (т.е. запрет распространяется на миллионы квадратных километров), а вышеназванный судебный запрет может касаться лишь одной улицы в сельском поселении либо одного района в административном центре субъекта Российской Федерации, в котором (районе) проживает потерпевший. Еще одна иллюстрация: избранная следователем подписка о невыезде может ограничить конституционное право обвиняемого на труд в случае, когда, например, место работы обвиняемого, живущего в Московской области, находится в г. Москве, в то время как судебный запрет определенных действий может быть и не сопряжен с ограничением этого конституционного права. Учитывая сказанное, по мнению автора, законодателю следовало допустить избрание дознавателем, следователем запретов (либо их части), указанных в ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ, в рамках подписки о невыезде, личного поручительства, наблюдения командования воинской части и присмотра за несовершеннолетним[10].

Заметим, что на допустимость использования рассматриваемых запретов *не только судом, но и полицией* обращено внимание в Докладе совещания межправительственной группы экспертов по обзору и обновлению Типовых стратегий и практических мер по искоренению насилия в отношении женщин в области предупреждения преступности и уголовного правосудия, подготовленном в 2009 г. под эгидой *Комиссии ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию*[11].

Возможен и компромиссный вариант, предложенный в Рекомендациях ООН 1996 г. «Модельное законодательство о насилии в семье»[12] и заключающийся в том, что применение запретов на посещение определенных мест и общение с определенными людьми может включать два этапа: на первом этапе, когда требуется оперативное реагирование, решение о применении запретов вправе принять не только суд, но и «другое должностное лицо», которое выдает не «судебный», а т.н. «чрезвычайный временный ограничительный ордер». Срок его действия – 28 дней; для продолжения действия запрета необходим уже «судебный» (или «охранный») ордер, выдача которого – в компетенции только суда (второй этап) (п. 5 раздела «B. Права пострадавших» части «3. Механизм подачи жалоб» Рекомендаций). При этом обращение в суд для получения «охранного» («судебного») ордера возможно и до окончания срока действия «чрезвычайного временного ограничительного ордера», а также независимо от того, применялся ли он вообще (подразделы

[10] За возможность сочетания запретов, предусмотренных ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ, с подпиской о невыезде и другими «мягкими» мерами пресечения высказалась также Е. Ларкина, не конкретизировав, правда, к чьей компетенции – суда или следователя надлежит отнести это (см.: *Ларкина Е.* Новая мера пресечение – запрет определенных действий // Уголовное право. 2018. № 4. С. 116, 117).

[11] См.: Док. E/CN.15/2010/2. В межправительственную группу по подготовке Доклада вошли представители Алжира, Болгарии, Канады, Кот-д'Ивуара, Марокко, Мексики, Монголии, Польши, США, Таиланда, Украины, Филиппин, Финляндии, Чили и Эквадора. России, очевидно, в 2009 г. нечем было поделиться в решении проблемы.

[12] См.: URL: www.gender.cawater-info.net/publications/pdf/mod_un.pdf (дата обращения: 16.09.2018).

«А. Чрезвычайный временный ограничительный ордер» и «В. Охранные ордера» в разделе «4. Обязанности служащих юстиции» Рекомендаций). Именно такой компромиссный вариант реализован, например, в Австрии, Новой Зеландии, Швеции[13].

Заметим также, что до появления в УПК РФ ст. 105^1, по мнению автора, следователь или дознаватель был вправе, избирая в качестве меры пресечения подписку о невыезде и надлежащем поведении, применить и рассматриваемый запрет. Дело в том, что помимо обязательств не покидать место жительства и являться по вызовам (п. 1 и 2 ст. 102 УПК РФ), в рамках подписки о невыезде отбирается обязательство «иным путем не препятствовать производству по уголовному делу» (п. 3 ст. 102 УПК РФ). На взгляд автора, последнее обязательство могло быть конкретизировано: у обвиняемого могло быть отобрано обязательство не угрожать участникам уголовного судопроизводства и их близким, не посещать места их проживания[14]. Со вступлением в силу ст. 105^1 УПК РФ установление запрета на посещение определенных мест обвиняемым получило прямое нормативное выражение (позитивный аспект), но было отнесено к исключительной компетенции суда (негативный аспект новеллы 2008 г.).

7. В соответствии с ч. 8^1 ст. 106 УПК РФ при избрании меры пресечения – залога суд вправе возложить на обвиняемого рассматриваемые нами запреты. Подлежит ли залог обращению в доход государства, если обвиняемый их нарушит? Такой вопрос возникает потому, что согласно ч. 9 ст. 106 УПК РФ залог обращается в доход государства в случае нарушения обвиняемым «обязательств, *связанных с внесенным залогом*». Как гласит ч. 1 ст. 106 УПК РФ, залог применяется в т.ч. для предупреждения совершения обвиняемым «действий, препятствующих производству по уголовному делу». Нарушение же обвиняемым установленных для него запретов есть не что иное, как совершение таких действий. Следовательно, нарушение запретов должно влечь не только возможность избрания обвиняемому более строгой меры пресечения (в данной ситуации – домашнего ареста либо заключения под стражу), но и потерю залога.

8. Вопрос, сходный с рассмотренным: что должно влечь нарушение обвиняемым, находящимся под домашним арестом, запретов, указанных в п. 3–5 ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ (запреты на общение с определенными людьми, отправление и получение корреспонденции, использование средств связи и Интернета), которые были наложены на него в соответствии с ч. 1^1 ст. 97 УПК РФ? Поскольку в силу ч. 1 ст. 107 «Домашний арест» УПК РФ такой арест заключается в нахождении обвиняемого в изоляции от общества в жилом помещении «с возложением запретов», нарушение последних должно квалифицировать как «нарушение... условий исполнения этой меры пресечения» (ч. 14 ст. 107), а это, согласно той же ч. 14 ст. 107 – основание для изменения домашнего ареста на более строгую меру пресечения.

9. В юридической литературе встречаются и иные вопросы, вызванные новизной рассматриваемой меры пресечения. Например, вправе ли обвиняемый, которому запрещено использование средств связи (п. 5 ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ), общаться посредством таких средств с защитником[15]. Вне всякого сомнения, вправе, исходя из того, что обвиняемый наделен правом на свидания с защитником без ограничения числа свиданий и их продолжительности (на что прямо указано в п. 9 ч. 4 ст. 47 УПК РФ) и независимо от того, какая мера пресечения из восьми возможных избрана обвиняемому – исходя из совокупного смысла уже упомянутого п. 9 ч. 4 ст. 47 и соответствующего полномочия защитника, предусмотренного п. 1 ч. 1 ст. 53 УПК РФ.

Теперь обратимся к международно-правовым актам, рекомендующим рассматриваемые запреты для национального законодательства.

Так, в уже упоминавшихся Рекомендациях ООН 1996 г. «Модельное законодательство о насилии в семье» предполагается, что в случае нарушения запретов, предусмотренных ограничительным ордером, нарушитель «может быть арестован и понесет уголовное наказание» (п/п. «е» п. 2 подраздела «А. Чрезвычайный временный ограничительный ордер» раздела «4. Обязанности служащих юстиции» Рекомендаций ООН). Далее, в отличие от Российской Федерации, ограничительный ордер может применяться, во-первых, к лицу, не являющемуся обвиняемым (подозреваемым), во-вторых, еще до возбуждения уголовного дела и, в-третьих, даже вне пределов уголовного судопроизводства – в рамках «законодательства о насилии в семье», а также в рамках гражданского процесса, например, при разводе супругов, один из которых – жертва семейного насилия (п. 2 и 3 раздела «6. Гражданский процесс» Рекомендаций). Охранный ордер может быть вынесен одновременно с обвинительным приговором при условном осуждении (п. 8 раздела «5. Уголовный процесс» Рекомендаций).

Следует отметить, что законодательство ряда государств предусматривает установление рассматриваемых запретов при постановлении обвинительного приговора. Так, во Франции при отсрочке исполнения наказания судья, постановивший приговор, либо

[13] См.: *Харламов В.С.* Указ. соч. С. 39.

[14] См.: *Брусницын Л.В.* Применение норм УПК РФ, обеспечивающих безопасность участников уголовного судопроизводства: науч.-практ. пособие. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2013. С. 129, 130.

[15] См.: *Бушная Н.* Запрет определенных действий – уголовно-процессуальная новелла // Законность. 2019. № 4. С. 52.

судья по исполнению наказаний могут возложить на осужденного обязанность «воздерживаться от установления отношений с некоторыми лицами, в частности, с потерпевшим от данного деяния» (п. 13 ст. 132–45 УК Франции)[16], а появление осужденного в запрещенном месте наказывается двумя годами тюремного заключения или штрафом (ст. 434–38 УК Франции). Статья 48 УК Королевства Испания предусматривает, что наказание в виде «лишения права находиться или посещать определенные местности запрещает осужденному возвращаться в местность, где он совершил преступление или где проживает потерпевший либо его семья». Статья 57 гласит: суд в качестве дополнительного наказания «может запретить виновному находиться или посещать местность, где он совершил преступление или где проживает потерпевший или его семья» на срок до пяти лет. По Уголовному кодексу указанного государства запрет на нахождение в определенных местностях может быть применен при отсрочке исполнения наказания в виде лишения свободы (ст. 83); при условно-досрочном освобождении (ст. 90, 105); при применении к лицу уголовного наказания, не связанного с лишением свободы (ч. 3 ст. 95, ст. 105)[17].

Что касается Российской Федерации, то согласно ч. 5 ст. 73 и ч. 2 ст. 79 УК РФ при условном осуждении и условно-досрочном освобождении суд также может возложить на соответствующее лицо обязанности не менять постоянного места жительства без уведомления органа, осуществляющего контроль за его поведением, не посещать определенные места, может возложить и другие обязанности. Но, в отличие от Франции и Испании, в УК РФ перечисленные правоограничения предусмотрены для исправления осужденного, следовательно, опасность встреч с осужденным для потерпевших и иных лиц, способствовавших его изобличению, не может служить основанием для наложения на осужденного названных ограничений. В этой связи представляется необходимым допустить в законодательстве Российской Федерации применение ограничений, близких (в определенной части – аналогичных) предусмотренным в ст. 53, 73 и 79 УК РФ и в ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ, но не с целью исправления осужденного, а с целью превенции его негативных (не обязательно противоправных) деяний в отношении вышеуказанных лиц.

Возвращаясь к Рекомендациям ООН 1996 г., отметим, что представляется допустимым в российском законодательстве и запрет, не вошедший в комплекс запретов, предусмотренных ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ, а именно запрет соответствующему лицу покупать, использовать или владеть огнестрельным или иным оружием, указанным судом (п/п. «е» п. 7 подраздела «B. Охранные ордера» раздела «4. Обязанности служащих юстиции» Рекомендаций). Еще одна рекомендация: бремя доказывания «того, что насилие в семье не имело места, возложено на ответчика» (п. 8 подраздела «B. Охранные ордера» раздела «4. Обязанности служащих юстиции» Рекомендаций). Она противоречит доктрине в том, кто должен обосновывать необходимость избрания той или иной меры пресечения, и потому вряд ли станет общей нормой в процедуре их избрания в Российской Федерации. Однако заметим, что рекомендация эта дана для случаев насилия в семье, когда речь идет о т.н. «уязвимых жертвах», к коим наряду с несовершеннолетними и престарелыми в международно-правовых актах относят жертв домашнего насилия, и логика авторов Рекомендаций здесь понятна: «уязвимым жертвам» предлагается предоставить благоприятный режим участия в уголовном судопроизводстве.

Далее в уже упоминавшемся Докладе совещания межправительственной группы экспертов по обзору и обновлению Типовых стратегий и практических мер по искоренению насилия в отношении женщин в области предупреждения преступности и уголовного правосудия обращено внимание: «*Полиция* (здесь и далее курсивом выделены положения, не учтенные российским законодателем. – *Л.Б.*) и суды должны быть наделены полномочиями выдавать «охранные и ограничительные или запретительные ордера.., в том числе о *выселении* лиц, совершивших преступление... и *применять меры наказания* за нарушение этих ордеров. <...>. Применение таких защитных мер *не должно ставиться в зависимость от факта возбуждения уголовного дела*»[18]. Учитывая содержание ст. 105^1 УПК РФ, законодатель не обратил внимание и на рекомендацию сделать процедуру выдачи ордера «*легкодоступной*»[19].

Законодательство же ряда государств вполне соответствует изложенным рекомендациям. Так, в некоторых из них предусмотрен запрет для обвиняемого появляться в доме или в его части, где проживает потерпевший, а также в районе, где расположен дом даже в том случае, если обвиняемый – владелец дома (возможность такого запрета в ст. 105^1 УПК РФ ясно не выражена). В случае нарушения лицом установленных для него запретов в одних государствах полиции предоставляется право его ареста без ордера на арест, в других – ордер на арест для таких случаев суд выдает заранее – вместе с вынесением ограничительного приказа, в третьих – заключение под стражу применяется без ордера, если правонарушитель нарушает запреты, установленные приказом и жертва

[16] См.: Уголовный кодекс Франции. М., 1993.

[17] См.: Уголовный кодекс Испании. М., 1998.

[18] Док. E/CN.15/2010/2. P. 20.

[19] Ibid. P. 24.

преступления заявляет о необходимости заключения под стражу[20].

В соответствии с вышеназванными Рекомендациями и Докладом помимо избрания более строгой меры пресечения в случае нарушения ограничительного приказа к нарушителю применяются материально-правовые санкции (например, в Казахстане это деяние влечет административную ответственность[21], в Соединенном Королевстве, ФРГ, Кыргызстане, США, Турции и Южной Африке – уголовное наказание[22] (последнее вплоть до лишения свободы рекомендовано на уровне ООН – п/п. «и» п. 7 и п. 10 подраздела «B. Охранные ордера» раздела «4. Обязанности служащих юстиции» Рекомендаций). В рамках же Совета Европы это уже не просто рекомендация: уголовное наказание за указанное деяние наряду с другими юридическими санкциями *обязывает* предусмотреть ч. 3 ст. 53 Конвенции Совета Европы от 7 апреля 2011 г. «О предотвращении и борьбе с насилием в отношении женщин и насилием в семье» («Стамбульская конвенция»).

Наконец, надо отметить, что «защитный ордер» (еще одно название все тех же запретов) стал активно применяться и на международном уровне – в рамках Европейского Союза. В соответствии с принятой 13 декабря 2011 г. Европарламентом и Советом ЕС Директивой 2011/99/ЕС «О Европейском защитном ордере» запрет определенных действий, установленный «судебным или эквивалентным» органом одного государства, продолжает свое действие при переселении «защищаемого лица» в другое государство ЕС – по решению «аналогичного органа» этого государства, которое (решение) принимается по просьбе защищаемого[23]. Встречаем в Директиве и положения, уже известные по вышеуказанным Докладу и Рекомендациям ООН: применение защитного ордера возможно и при возбуждении уголовного дела, и при постановлении обвинительного приговора, государства – члены ЕС вправе привлекать нарушителя установленных запретов к уголовной и иной юридической ответственности[24].

* * *

Таким образом, международным сообществом запретам определенных действий придается большее значение, нежели стандартным мерам пресечения, действие которых, в т.ч. в Российской Федерации, значительно у́же по сравнению с границами применения запретов, которые (границы) предлагаются в приведенных международно-правовых актах. То же, что в этих актах запреты рекомендуются для случаев «насилия в семье», говорит о масштабах, которых это насилие достигло в мире, но не свидетельствует о наличии препятствий доктринального либо иного толка для использования тех же запретов в борьбе с другими видами преступлений. Естественно, при применении запретов в таких (широких) границах их отраслевая принадлежность будет изменяться: не меняя своего содержания, они будут: в одних случаях – *мерой пресечения* (ст. 105^1 УПК РФ), в других – *иной мерой процессуального принуждения* (если законодатель допустит их применение не только к подозреваемому, обвиняемому, но и, например, к их родственникам и иным лицам, от которых потерпевшим, свидетелям могут исходить угрозы в формах, не криминализированных УК РФ), в-третьих, – *мерами превентивного характера, применяемыми одновременно с уголовным наказанием,* и т.д.

Возможна ли разная отраслевая принадлежность одного и того же запрета? Возможна, и иллюстрация этому – существующая квалификация запретов на пребывание в определенных местах, на пребывание в определенное время вне жилья и как меры пресечения (п. 1 и 2 ч. 6 ст. 105^1 УПК РФ), и как административного ограничения (п. 1 и 3 ч. 1 ст. 4 Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы»[25]).

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Андреева О.И., Зайцев О.А., Епихин А.Ю.* Запрет определенных действий как новая мера обеспечения безопасности личности в уголовном процессе // Вестник Томского гос. ун-та. 2018. № 436. С. 226.
2. *Бикмиев Р.Г., Бурганов Р.С.* Запрет определенных действий: первые результаты применения // Уголовный процесс. 2019. № 5. С. 56–59.
3. *Бирюков П.Н.* Европейский защитный ордер // Академ. юрид. журнал. 2017. № 1 (67). С. 39–41.
4. *Брусницын Л.В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: мировой опыт и развитие российского законодательства (процессуальное исследование). М., 2010.
5. *Брусницын Л.В.* Применение норм УПК РФ, обеспечивающих безопасность участников уголовного судопроизводства: науч.-практ. пособие. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2013. С. 129, 130.

[20] См.: Исследование феномена насилия. С. 38, 39.

[21] См.: *Харламов В.С.* Указ. соч. С. 39.

[22] См.: Исследование феномена насилия. С. 38, 39; *Харламов В.С.* Указ. соч. С. 39.

[23] См.: *Бирюков П.Н.* Европейский защитный ордер // Академ. юрид. журнал. 2017. № 1 (67). С. 39, 40.

[24] См.: там же. С. 39, 41.

[25] См.: СЗ РФ. 2011. № 15, ст. 2037.

6. *Бушная Н.* Запрет определенных действий – уголовно-процессуальная новелла // Законность. 2019. № 4. С. 52.
7. *Бушная Н.В., Чунина А.А.* Меры процессуального принуждения: учеб. пособие. Ставрополь, 2019. С. 64.
8. Законодательство зарубежных государств. Обзорная информация. М., 1991. Вып. 4. С. 12.
9. Исследование феномена насилия // Борьба с преступностью за рубежом. 2001. № 2. С. 38, 39.
10. *Ларкина Е.* Новая мера пресечение – запрет определенных действий // Уголовное право. 2018. № 4. С. 116, 117.
11. Стратегии борьбы с насилием в семье: справочное руководство. Нью-Йорк, 1998. С. 19, 20, 21, 46.
12. *Тунина Н.А.* Охранный ордер как способ превенции семейного насилия // Криминологический журнал Байкальского гос. ун-та экономики и права. 2010. № 4 (14). С. 80, 81.
13. *Харламов В.С.* Институт охранного ордера в зарубежном законодательстве как инструмент защиты личности от внутрисемейного насилия // Криминология: вчера, сегодня, завтра. 2014. № 1 (32). С. 39.
14. *Legeais R.* L' utilisation de temoignages sous forme anonime ou deguisee dans la procedure des juridictions repressives // Revue internationale de droit compare. Paris, 1998. A. 50. No. 2. P. 712.
15. *Lemonde M.* La Protection des temoins devant les tribunaux francais // Revue de science criminelle et de droit penal compare. Paris, 1996. No. 4. P. 817.

REFERENCES

1. *Andreeva O.I., Zaitsev O.A., Epikhin A. Yu.* Prohibition of certain actions as a new measure to ensure the security of the individual in the criminal process // Herald of the Tomsk state University. 2018. No. 436. P. 226 (in Russ.).
2. *Bikmiev R.G., Burganov R.S.* Prohibition of certain actions: first results of application // The criminal procedure. 2019. No. 5. P. 56–59 (in Russ.).
3. *Biryukov P.N.* The European protective order // Akadem. legal journal. 2017. No. 1 (67). P. 39–41 (in Russ.).
4. *Brusnitsyn L.V.* Security persons assisting in the criminal the justice: foreign experience and development of the Russian legislation (the procedural investigation). M., 2010 (in Russ.).
5. *Brusnitsyn L.V.* Application of norms of the code of criminal procedure, ensuring the safety of participants in criminal proceedings: scientific and practical guide. 2nd ed., add. and rev. M., 2013. P. 129, 130 (in Russ.).
6. *Bushnaya N.* Prohibition of certain actions-criminal procedure novella // Legality. 2019. No. 4. P. 52 (in Russ.).
7. *Bushnaya N.V., Chunina A.A.* Measures of procedural coercion: textbook. Stavropol, 2019. P. 64 (in Russ.).
8. Legislation of foreign countries. Review information. M., 1991. Issue 4. P. 12 (in Russ.).
9. Research of the phenomenon of violence // Fight against crime abroad. 2001. No. 2. P. 38, 39 (in Russ.).
10. *Larkina E.* New measure of suppression-prohibition of certain actions // Criminal Law. 2018. No. 4. P. 116, 117 (in Russ.).
11. Strategies for combating domestic violence: a reference guide. New York, 1998. P. 19, 20, 21, 46 (in Russ.).
12. *Tunina N.A.* Security order as a way to prevent family violence // Criminological journal of the Baikal state University of Economics and law. 2010. No. 4 (14). P. 80, 81 (in Russ.).
13. *Kharlamov V.S.* Institute of security orders in foreign legislation as a tool for protecting individuals from intra-family violence // Criminology: yesterday, today, tomorrow. 2014. No. 1 (32). P. 39 (in Russ.).
14. *Legeais R.* L' utilisation de temoignages sous forme anonime ou deguisee dans la procedure des juridictions repressives // Revue internationale de droit compare. Paris, 1998. A. 50. No. 2. P. 712.
15. *Lemonde M.* La Protection des temoins devant les tribunaux francais // Revue de science criminelle et de droit penal compare. Paris, 1996. No. 4. P. 817.

Сведения об авторе

БРУСНИЦЫН Леонид Владимирович –
доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова; 119991 г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13 (4-й учебный корпус)

Authors' information

BRUSNITSYN Leonid V. –
Doctor of Law, Professor of the Department of criminal procedure, justice and Prosecutor's supervision of the faculty of law at Lomonosov Moscow state University; 1 Leninskie Gory, building 13 (4th academic building), 119991 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 89–97
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 89–97

ПРАВО И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

ГАРАНТИИ СУБЪЕКТИВНЫХ ПРАВ НАИБОЛЕЕ УЯЗВИМЫХ ГРУПП НАСЕЛЕНИЯ В МЕНЯЮЩЕМСЯ МИРОПОРЯДКЕ

© 2021 г. С. Е. Смирных

Российская ассоциации международного права, г. Москва

E-mail: interlaw@igpran.ru

Поступила в редакцию 25.11.2019 г.

Аннотация. Исследование гарантий субъективных прав наиболее уязвимых групп населения является актуальным в свете меняющегося международного правопорядка.
Статья основана на обширном материале, включая международно-правовые акты, документы рекомендательного характера, научные исследования, а также законодательстве Российской Федерации.
В статье определены понятия наиболее уязвимых групп населения, исследованы юридические гарантии, а также цели осуществления и защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения.

Ключевые слова: наиболее уязвимые группы населения, гарантии осуществления и защиты, меняющийся международный правопорядок.

Цитирование: *Смирных С.Е.* Гарантии субъективных прав наиболее уязвимых групп населения в меняющемся миропорядке // Государство и право. 2021. № 1. С. 89–97.

DOI: 10.31857/S102694520013231-5

GUARANTEES OF THE SUBJECTIVE RIGHTS OF THE MOST VULNERABLE GROUPS OF THE POPULATION IN CHANGING WORLD ORDER

© 2021 S. E. Smirnykh

General Secretary of the Russian Association of International Law, Moscow

E-mail: interlaw@igpran.ru

Received 25.11.2019

Abstract. The study of guarantees of the subjective rights of the most vulnerable groups of the population is relevant in the light of the changing international law and order.
This article is based on a substantial amount of materials, including international legal acts, documents of a recommendatory nature, Russian legislation, as well as scientific research.
The article considers the definition of the concept of the most vulnerable groups of the population, examines legal guarantees, as well as the question of the goals of exercising and protecting the subjective rights of the most vulnerable groups of the population.

Key words: the most vulnerable groups, guarantees of implementation and protection, a changing international law and order.

For citation: *Smirnykh, S.E. (2021).* Guarantees of the subjective rights of the most vulnerable groups of the population in changing world order // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 89–97.

В условиях вызовов и угроз современного мира исследование гарантий субъективных прав *наиболее уязвимых групп населения* в меняющемся миропорядке приобретает особую актуальность.

Понятие наиболее уязвимых групп населения появилось в международном праве во второй половине XX в. До этого в международном праве не было термина, который объединял бы женщин, детей, подростков, инвалидов и многие другие уязвимые группы населения. Термин «уязвимые группы населения» все чаще находит свое закрепление в международно-правовых документах.

Нормы международного права не закрепляют понятия уязвимости и не предусматривают исчерпывающего перечня критериев, согласно которым лица могут быть отнесены к наиболее уязвимым группам населения. В национальном законодательстве государств должны быть предусмотрены положения о правовом положении некоторых групп населения, которые нуждаются в особой защите.

Определение понятия наиболее уязвимых групп населения предполагает установление перечня лиц, которые по своим признакам могут быть объединены в определенные группы. В связи с этим следует учитывать индивидуальные физические и психические особенности, которые могут стать основаниями для включения в категории наиболее уязвимых групп населения.

Представляется возможным определить понятие наиболее уязвимых групп населения как категорию лиц, объединенных в группы по общим для всех признакам уязвимости, а именно тех лиц, которые в наибольшей степени подвержены различным формам дискриминации по субъективным и объективным причинам. К наиболее уязвимым группам населения относятся, например, дети, женщины, инвалиды, представители меньшинств.

Деятельность государств в сфере предотвращения нарушения субъективных прав наиболее уязвимых групп населения должна стать приоритетной. Государства должны уважать, защищать и гарантировать права последних. Обязательства государств заключаются в предоставлении возможностей реализации основных прав на индивидуальном уровне и недопущении их нарушений.

Следует отметить, что понятие «гарантия» заимствовано из французского языка. Гарантия (фр. *garantie*) означает ручательство, условие, обеспечивающее что-либо. Иными словами, гарантировать – значит определенным образом обеспечивать, ограждать, охранять, защищать, сделать реальным[1].

Проблемы юридических гарантий многократно рассматривались в правовой литературе. Так В.Е. Гулиев утверждает, что система правовых гарантий включает: государственно-правовые, административно-правовые условия и средства защиты достоинства, предусмотренные нормами трудового, семейного, исправительно-трудового права[2]. В.М. Чхиквадзе под юридическими гарантиями понимает развернутую систему институтов и норм материального и процессуального права[3].

Представляется возможным определить юридические гарантии субъективных прав наиболее уязвимых групп населения как специальные средства их обеспечения, которые неразрывно связаны с экономическими, политическими, идеологическими условиями.

Гарантии субъективных прав наиболее уязвимых групп населения есть условия реализации, которые не следует рассматривать отдельно одно от другого или противопоставлять. Соблюдение юридических пределов осуществления является надежной гарантией реализации субъективных прав. В связи с этим необходимо комплексное исследование проблем гарантий субъективных прав наиболее уязвимых групп населения.

Целесообразно выделить следующие виды юридических гарантий субъективных прав наиболее уязвимых групп населения: международно-правовые акты, меры выявления нарушений субъективных прав наиболее уязвимых групп населения, меры ответственности за нарушение субъективных прав последних, процессуальные меры обеспечения субъективных прав наиболее уязвимых групп населения.

Изначальной и универсальной гарантией субъективных прав этих групп населения является международное право. Государство либо какие-либо его должностные лица не могут гарантировать субъективные права наиболее уязвимых групп населения, т.к. любые государственные структуры и должностные лица обязаны действовать в соответствии с законодательством. Только при этом они могут гарантировать осуществление субъективных прав. Следовательно, между международными договорами и деятельностью органов государств существует сложная связь, нарушение которой может сделать невозможным реализацию тех или иных субъективных прав наиболее уязвимых групп населения.

Существуют некоторые требования к языку нормативных актов. Например, достоинством языка права является четкость, краткость,

[1] См.: *Кожевников С.Н.* Реализация права и законность в российском обществе. Н. Новгород, 2000. С. 52.

[2] См.: *Гулиев В.Е., Рудинский Ф.М.* Демократия и достоинство личности. М., 1983. С. 155.

[3] См.: *Чхиквадзе В.М.* Социалистический гуманизм и права человека. М., 1978. С. 264–267.

определенность, стереотипность, единообразие, доступность для понимания.

Одной из гарантий субъективных прав наиболее уязвимых групп населения являются цели их осуществления. Особенность права состоит в том, что в результате использования правовых средств должен наступить запрограммированный результат[4]. Для наиболее уязвимых групп населения это заключается в возможности беспрепятственной реализации прав и законных интересов. Многое зависит от закрепления в международных правовых актах механизмов реализации их прав, прозрачности процедур, непротиворечивости правил.

В реализации прав наиболее уязвимых групп населения решающую роль играет внутреннее законодательство тех государств, гражданами которых они являются. Однако закрепление в национальном законодательстве государств прав наиболее уязвимых групп населения не гарантирует их реализации. Важнейшей гарантией их прав являются нормы и принципы международного права.

Основные принципы международного права представляют собой общие нормы, определяющие содержание и характерные черты международного права и обладающие высшим политическим, моральным и юридическим авторитетом[5].

Важной гарантией субъективных прав наиболее уязвимых групп населения является принцип неприменения силы, который получил свое закрепление в ст. 1 Устава ООН, в силу которой необходимо поддерживать международный мир и безопасность и с этой целью принимать эффективные коллективные меры для предотвращения и устранения угроз миру и подавления актов агрессии или других нарушений мира. Применение силы возможно только в двух случаях: по решению Совета Безопасности согласно гл. VII Устава ООН и в порядке осуществления права на самооборону в случае вооруженных нападений на членов Организации Объединенных Наций до тех пор, пока Совет Безопасности не примет, необходимых мер для поддержания международного мира и безопасности.

Запрет на применение силы к наиболее уязвимым группам населения в международном праве предполагает запрет актов агрессии. Необходимо отметить, что Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН «Определение агрессии» 1974 г.[6] предусмотрела, что любое из действий независимо от объявления войн должны квалифицироваться в качестве актов агрессии (вторжение или нападение вооруженных сил государства на территорию других государств; бомбардировки вооруженными силами государств территорий других государств или оружия государствами против территории других государств; блокада портов или берегов государств вооруженными силами других государств и т.д.).

Важная гарантия осуществления субъективных прав уязвимых групп населения в меняющемся миропорядке – принцип мирного разрешения международных споров. В силу Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами 1970 г.[7] государства должны разрешать свои международные споры с другими государствами мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир, безопасность и справедливость.

Важнейшее значение для реализации субъективных прав наиболее уязвимых групп населения имеет принцип уважения прав человека и основных свобод. Призыв к уважению прав этих групп населения представляется одной из главных гарантий. Необходимо поощрять и развивать эффективное осуществление гражданских, политических, экономических, социальных, культурных и других прав и свобод наиболее уязвимых групп населения, которые вытекают из достоинства, присущего человеческой личности. Следует признавать и уважать свободу личности исповедовать, единолично или совместно с другими, религию или веру, действуя согласно велению собственной совести.

Необходимо также уважать права национальных меньшинств на равенство перед законодательством и предоставлять им возможности фактического пользования правами человека и основных свобод и защищать их законные интересы в этой области. Следует иметь в виду, что осуществление субъективных прав национальных меньшинств есть важная и неотъемлемая часть реализации прав человека, и в качестве таковой является область международного сотрудничества, о чем свидетельствует ст. 1 Рамочной Конвенции Совета Европы о защите национальных меньшинств 1995 г.

При этом под национальными меньшинствами представляется возможным понимать часть народа, проживающего в национальной среде за пределами территории своего расселения и сохраняющую присущую самобытность.

---

[4] См.: *Артамонов А.Н.* Права человека не должны иметь территориальных границ // Международное публичное и частное право. 2012. № 6. С. 2.

[5] См.: Международное право: учеб. / под ред. Е.Т. Усенко, Г.Г. Шинкарецкой. М., 2005. С. 41.

[6] См.: Действующее международное право: в 3 т. / сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. М., 1997. Т. 2. С. 199–202.

[7] См.: Резолюции, принятые Генеральной Ассамблеей на 25-й сессии. 15 сентября – 17 декабря 1970 года. Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. 25-я сессия. Нью-Йорк, 1971. С. 151–155.

Признаками национальных меньшинств в международном праве являются: своеобразие этнических характеристик; не доминирующая численность и не господствующее положение в государствах или регионах проживания; стремление к сохранению своей самобытности.

Под лицами, принадлежащими к национальным меньшинствам, представляется возможным понимать лиц, постоянно проживающих на территориях государств и имеющих их гражданство, которые по своему происхождению, языку культуре и религии, а также традициям отличаются от большинства населения государств.

Государства должны гарантировать лицам, принадлежащим к национальным меньшинствам, субъективные права наиболее уязвимых групп населения в соответствии с общепризнанными международными стандартами в сфере прав человека и национальным законодательством государств проживания. Государства проживания национальных меньшинств не должны препятствовать установлению свободных и мирных контактов с лицами, с которыми представители национальных меньшинств имеют общую этническую, культурную, языковую и религиозную самобытность.

Для обеспечения гарантий субъективных прав наиболее уязвимых групп населения государствам необходимо добросовестно выполнять свои обязательства по международному праву, которые вытекают из общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров.

При осуществлении своих суверенных прав, включая право принимать свои нормативные правовые акты и административные правила, они будут сообразовываться со своими юридическими обязательствами по международному праву. Они будут, кроме того, учитывать должным образом и выполнять положения Заключительного акта Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе.

В тех случаях, когда обязательства государств по Уставу ООН окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо договору или другому международному соглашению, преимущественную силу должны иметь их обязательства по Уставу.

Представляется необходимым обобщить некоторые гарантии субъективных прав наиболее уязвимых групп населения. Так, в международных отношениях следует воздерживаться от какого-либо применения вооруженных сил, несовместимого с целями и принципами Устава ООН и положениями Декларации принципов, которыми государства-участники будут руководствоваться во взаимных отношениях, против другого государства-участника, в особенности от вторжения или нападения на его территорию.

Следует отказаться в международных отношениях от любых актов экономического принуждения, направленного на подчинение своим интересам осуществления другими государствами прав, присущих их суверенитету, и обеспечение себе таким образом преимуществ любого рода.

Нужно принимать эффективные меры, которые в силу их охвата и характера являются шагами в направлении достижения всеобщего и полного разоружения под эффективным международным контролем.

Важно содействовать всеми средствами, которые каждое из них сочтет подходящими, созданию атмосферы доверия и уважения между наиболее уязвимыми группами населения и воздерживаться от пропаганды агрессивных войн или любого применения силы или угрозы силой, несовместимыми с целями Организации Объединенных Наций.

Представляется, что осуществление и защита субъективных прав наиболее уязвимых групп населения в соответствии с их целями представляет собой одну из основных гарантий. В юридической литературе и в международно-правовых документах отсутствует единое понимание целей осуществления субъективных прав наиболее уязвимых групп населения, не в полной мере рассмотрены их признаки и функции, не существует единой классификации.

В современном меняющемся миропорядке нормы международного права реализуются государствами, взявшими на себя обязательства, при помощи своих национальных законодательств. Внутригосударственное право определяет органы и лиц, ответственных за выполнение норм международного права[8].

Необходимо иметь в виду, что и нормы международного права о правах наиболее уязвимых групп населения должны осуществляться государствами в рамках их национальных законодательств, которые, в свою очередь, должны закреплять положения об органах государственной власти и механизмах реализации, а также ответственности за их нарушения.

Для исследования целей субъективных прав наиболее уязвимых групп населения рассмотрим некоторые аспекты учения о целеполагании или телеологии.

Телеология (от греч. *telos* – конец, цель и *logos* – учение) представляет собой идеалистическое учение, согласно которому вся история мира есть результат целесообразно действующих сил, направляющих жизнь к предустановленной конечной цели[9].

[8] См.: *Карташкин В.А.* Реформирование конвенционных органов по правам человека // Юрист-международник. 2007. № 2. С. 11.

[9] См.: Толковый словарь русского языка / под ред. Д.Н. Ушакова. М., 1940. Т. IV. С. 670.

По мнению В.Л. Гавеля, целеполагание есть изначальный структурный элемент социальной деятельности человека. Целеполагание представляет собой предвосхищение будущей деятельности и содержит в себе ее творческую функциональную модель[10].

Целеполагание – это деятельность, заключающаяся в осмыслении проблемной ситуации, предполагающая создание целостной структуры целей, задач и функций, предназначенной для решения той проблемной ситуации, которая послужила началом для размышлений[11].

В связи с этим представляется возможным начать рассмотрение вопроса о целях осуществления субъективных прав наиболее уязвимых групп населения с определения самого понятия цели субъективного права.

Так, Р. Иеринг утверждал, что цели подразделяются на два класса: на цели для преследования которых существует особый аппарат, основанный на правильном, прочном союзе товарищей по цели – организованные цели, например, артель, товарищество, политическая партия, и на цели, которые не нуждаются в таком аппарате и которые зависят от свободного решения отдельных лиц во всякий момент времени – неорганизованные цели, например, наука, политические партии и т.д.[12]

С точки зрения А.В. Малько и К.В. Шундикова, юридическая (правовая) цель есть идеально предполагаемая и гарантированная государством модель какого-либо социального явления, состояния или процесса, к достижению которой при помощи юридических средств стремятся субъекты правотворческой и правореализационной деятельности[13].

По мнению Н.И. Матузова и А.В. Малько, правовая или юридическая цель есть будущий результат, то, к чему стремятся субъекты правотворческой и правореализационной деятельности. Цель представляет собой особую форму знания, направленного на юридическое преобразование действительности, изменение существующих общественных отношений. Указанным понятием охватывается цель как в праве (официальный ориентир, закрепленный на нормативном уровне), так и в юридической практике (ориентир конкретного субъекта правореализационной деятельности), т.к. в идеале они должны совпадать[14].

Представляется, что цели субъективных прав наиболее уязвимых групп населения могут характеризоваться следующими признаками: установление государствами; отражение наиболее важных интересов человека; общеобязательный характер; гарантированность достижения целей осуществления прав наиболее уязвимых групп населения властью государств.

Цели осуществления субъективных прав последних представляется возможным определить как идеальные и гарантированные международным правом модели отношений, к достижению которых стремятся физические лица. Целями осуществления субъективных прав наиболее уязвимых групп населения в международном праве является использование различных благ.

Для исследования целей субъективных прав этих групп населения нужно определить, что следует понимать под благом в международном праве. Однако прежде всего представляется целесообразным определить понятие «благо».

Благо – это то, что служит удовлетворению потребностей человека, дает материальный достаток, доставляет удовольствие, моральное удовлетворение[15]. Благо – это то, что дает достаток, благополучие, удовлетворяет потребности[16]. Под благами в сфере международных отношений можно понимать средства удовлетворения потребностей наиболее уязвимых групп населения.

Существуют различные функции целей осуществления субъективных прав последних: например, оценивающая функция целей способствует определению их оптимального поведения; прогностическая функция указывает на перспективы развития международных отношений; побудительная функция целей осуществления прав наиболее уязвимых групп населения заключается в том, что цель организует и направляет деятельность.

В современном мире возрастает необходимость международно-правового регулирования субъективных прав наиболее уязвимых групп населения. Мировой порядок, основанный на нормах международного права, есть важная гарантия субъективных прав. Как отмечал И.И. Лукашук, основу нового мирового порядка должны составлять цели

---

[10] См.: *Гавеля В.Л.* Целеполагание в структуре социальной деятельности человека. Волгоград, 1998. С. 2.

[11] См.: *Попов А.П.* Современный отечественный уголовный процесс: целеполагание и система целей, задач и функций, средства. Пятигорск, 2006. С. 77.

[12] См.: *Иеринг Р.* Избр. труды: в 2 т. СПб., 2006. Т. I. С. 120.

[13] См.: *Малько А.В., Шундиков К.В.* Цели и средства в праве и правовой политике. Саратов, 2003. С. 44.

[14] См.: *Матузов Н.И., Малько А.В.* Теория государства и права: учеб. М., 2004.

[15] См.: Большой академический словарь русского языка. М.; СПб., 2005. Т. 2. С. 9.

[16] См.: *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. М., 1997. С. 49.

и принципы Устава ООН, которые доказали свой универсальный характер[17].

Следует иметь в виду, что осуществление субъективных прав наиболее уязвимых групп населения не является неограниченной свободой и неизбежно связано с ответственностью индивидов и ограничениями, установленными международным правом, принципами гуманности и нравственности.

В обычных условиях ограничения возможностей осуществления субъективных прав наиболее уязвимых групп населения основаны на необходимости защищать общественный порядок и предотвращать злоупотребление правами. При осуществлении субъективных прав они могут подвергаться только тем ограничениям, которые установлены международно-правовыми актами для удовлетворения требований морали, общественного порядка и благосостояния. Ограничения осуществления должны устанавливаться международно-правовыми актами только в целях улучшения правового положения субъективных прав наиболее уязвимых групп населения.

Гарантии защиты субъективных прав последних до принятия Устава ООН распространялись на ограниченную группу договаривающихся государств. Ныне особенно важно соблюдать Устав ООН, общепризнанные принципы и нормы и пресекать их преступные нарушения.

Необходимо иметь в виду, что, несмотря на различные кризисы, международное право постоянно развивается, а его принципы и нормы наполняются все новым содержанием. В связи с активным развитием международного права особое значение приобретают гарантии защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения в меняющемся миропорядке. Гарантии защиты их субъективных прав должны быть фактически интегрированы во все аспекты деятельности Организации Объединенных Наций.

Особое значение имеет связь гарантий субъективных прав наиболее уязвимых групп населения с укреплением международного мира и безопасности. Гарантии защиты субъективных прав последних постоянно развиваются, изменяется их содержание и увеличивается влияние на международные отношения. Процессы глобализации свидетельствуют о том, что обеспечение всеобщей безопасности населения может быть достигнуто только при соблюдении ряда факторов, одним из которых являются гарантии защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения.

Развитие гарантий защиты их субъективных прав происходило в течение многих столетий, прежде чем оно стало всеобщим и универсальным.

Современные гарантии защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения возникли в результате создания Организации Объединенных Наций и принятия ее Устава. Однако принятие Устава ООН не привело к единообразному применению гарантий защиты их субъективных прав.

Государственные деятели, дипломаты и ученые придерживались различных точек зрения на вопрос о его юридической силе. Многие юристы полагали, что Устав ООН не налагает на государства юридических обязательств в отношении субъективных прав наиболее уязвимых групп населения[18]. Западные юристы считали, что Устав ООН обязывает государства соблюдать субъективные права последних и одновременно интерпретировали его положения как дающего право на вмешательство во внутренние дела государств[19].

Государства обязаны защищать свое население от нарушений субъективных прав наиболее уязвимых групп населения. В силу принципов и норм международного права обязанность защиты субъективных прав этих групп населения на своих территориях несут государства. Эта обязанность вытекает из международно-правовых обязательств государств и суверенитета государств, в силу которого они обладают территориальным верховенством в пределах своих границ и независимостью в международных отношениях. Если нарушаются субъективные права наиболее уязвимых групп населения, то ссылки на суверенитет государств и внутреннюю юрисдикцию не имеют правовых оснований.

Представляется, что принципы международного права есть существенные гарантии защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения в современном международном праве. Следует иметь в виду, что основные принципы современного международного права представляют собой важные положения общего порядка. Они состоят из системы норм международного права, каждая из которых носит императивный характер и содержит обязательства erga omnes относительно всех членов международного сообщества[20].

---

[17] См.: *Лукашук И.И.* Демократия – принцип международного сообщества XXI столетия // Государство и право на рубеже веков. Международное право. М., 2000. С. 5–8.

[18] См.: *Hudson M.* Integrity of International Instruments // American Journal of International Law. 1948. Jan. Vol. 42. No 1. P. 105–108; *Kelsen H.* The Law of the United Nations. L., 1950. P. 29–32.

[19] См.: *Janji M.* International Protection of Human Rights. Budapest, 1966. P. 283–289.

[20] См.: *Карташкин В.А.* Права человека и принципы международного права в XXI веке. М., 2018. С. 18.

Принципы международного права, гарантирующие защиту субъективных прав наиболее уязвимых групп населения, нормативны и определяют для государств правила поведения общего характера.

Нормы международного права, закрепляющие субъективные права наиболее уязвимых групп населения, образуются в результате согласования позиций различных государств, которые участвовали в переговорном процессе или признали их позднее. Международные договоры, предусматривающие гарантии защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения, заменили ранее существующие обычные нормы ограниченного действия.

Современные гарантии защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения сложны и противоречивы. При этом добиться признания всеми государствами принципов или отдельных норм в некоторых случаях не представляется возможным.

В отличие от гарантий защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения в национальном праве государств, которые направлены на обеспечение политической, социально-экономической систем отдельных государств, гарантии защиты субъективных прав этих групп населения в международном праве могут развиваться путем согласования позиций большинства членов международного сообщества, а не отдельных его участников.

Одной из существенных гарантий защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения является принцип невмешательства. Обязанность невмешательства дипломаты и ученые XIX в. обосновывали исходя из принципа суверенитета. Изначально принцип невмешательства как гарантия защиты субъективных прав этих групп населения не был закреплен в качестве всеобщего и обязательного для всех государств.

При этом необходимо иметь в виду, что в международном праве длительное время обосновывается концепция, согласно которой применение вооруженной силы может быть оправдано в «гуманитарных целях».

Положение о правомерности вмешательства одних государств в дела других государств для защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения разделялось большинством юристов-международников. Однако некоторые ученые утверждали, что если государства попирают права своих граждан, то с ними следует прекратить всякие отношения и не вмешиваться во внутренние дела[21].

Развитие гарантий защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения международного права до принятия Устава ООН осуществлялось при помощи обычаев, которые впоследствии признавались правовыми обязательствами. Международные соглашения, предусматривающие гарантии защиты их субъективных прав, в этот период развития международного права играли вспомогательную роль и не имели того решающего значения в развитии международных отношений, которое они получили в современном мире.

Гарантии защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения развиваются на основе заключения международных многосторонних договоров, принципы и нормы которых должны формулироваться и признаваться договаривающимися сторонами в результате согласования позиций и достижения компромиссов.

Обычаи, предусматривающие гарантии защиты субъективных прав наиболее уязвимых групп населения, не играют важной роли в международных отношениях. Это связано с тем, что в XX в. произошло оформление обычного права в договорное в сфере гарантий защиты субъективных прав последних в связи с применением многочисленных международных соглашений.

Защита прав наиболее уязвимых групп населения в международных судах представляет собой одну из важных гарантий. При этом следует иметь в виду, что среди источников международного права в области субъективных прав этих групп населения международной судебной практике принадлежит особое место.

Судебная практика – вспомогательный источник норм о субъективных правах наиболее уязвимых групп населения в международном праве. При этом в области субъективных прав последних роль судебной практики намного весомее. Она становится важным источником права поскольку суды не только применяют, но и создают право, уточняя и дополняя действующие нормы и адаптируя право к нынешним условиям.

Статья 38 Статута Международного Суда ООН закрепляет положение о том, что судебные решения являются вспомогательными средствами определения правовых норм.

Международные суды своими учредительными документами не наделены правом создавать международно-правовые нормы, закрепляющие субъективные права наиболее уязвимых групп населения. Международные суды являются правоприменительными органами, их решения не должны создавать норм международного права. Они не должны являться источниками международного права в области субъективных прав наиболее уязвимых групп населения, т.к. обязательны к исполнению только

[21] См.: *Гефтер А.* Европейское международное право. СПб., 1880. С. 99.

теми государствами, чей спор рассматривался международным судом.

Судебные решения в международном праве не должны обладать характером прецедента и представляют собой акты применения норм по конкретным делам. Решения международных судов в сфере субъективных прав наиболее уязвимых групп населения не могут быть источниками международного права в связи тем, что они обязательны к исполнению только теми государствами, чьи споры рассматриваются международными судами.

Суды, вынося решения по делам о субъективных правах наиболее уязвимых групп населения, должны выступать в международных отношениях в качестве единственных субъектов. Воля судов ни с чьей волей не должна согласовываться, и государства не должны придавать решениям юридической силы. В решениях международных судов о субъективных правах наиболее уязвимых групп населения, как правило, отсутствуют необходимые элементы международно-правовых норм, и они не обладают качествами источников международного права.

При этом следует иметь в виду, что решения международных судов в области субъективных прав наиболее уязвимых групп населения могут являться основой для формирования международно-правовых норм. В ряде случаев государства, передавая споры о субъективных правах этих групп населения в международные суды, просят их устанавливать наличие обычных норм, обязательных для спорящих сторон.

Международный Суд в своей практике не ограничивается констатацией существования обычаев в области субъективных прав наиболее уязвимых групп населения. В определенных случаях судебные решения могут положить начало формированию обычных норм международного права.

Роль судебной практики в сфере субъективных прав наиболее уязвимых групп населения является весомой. Международные суды часто не только применяют, но сами создают право, применительно к практике защиты субъективных прав последних. Усиление роли решений международных судов в области защиты их субъективных прав происходит в связи с пробелами действующего международного законодательства.

В рамках Организации Объединенных Наций не предусмотрено механизма судебного контроля за субъективными правами наиболее уязвимых групп населения. На региональном же уровне, где созданы судебные механизмы защиты субъективных прав этих групп населения (Европейский Суд по правам человека, Африканский суд по правам человека, Межамериканский суд по правам человека), судебная практика имеет существенное значение.

В случаях отсутствия необходимых норм, на основании которых могут быть разрешены споры с участием наиболее уязвимых групп населения, международные суды часто обращаются к общепризнанным принципам права либо к нормам общего характера и на их основе вырабатывают новые правила, применимые к сложившимся ситуациям. Сформулированные международными судами правовые позиции не должны противоречить иным нормам международного права, закрепляющим положения о правах человека.

* * *

В заключение представляется необходимым отметить, что для улучшения правового положения наиболее уязвимых групп населения целесообразно принять конвенцию Организации Объединенных Наций «О гарантиях субъективных прав наиболее уязвимых групп населения», которая могла бы предусматривать понятие *«наиболее уязвимые группы населения»* и основные гарантии осуществления и защиты их прав.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Артамонов А.Н.* Права человека не должны иметь территориальных границ // Международное публичное и частное право. 2012. № 6. С. 2.
2. Большой академический словарь русского языка. М.; СПб., 2005. Т. 2. С. 9.
3. *Гавеля В.Л.* Целеполагание в структуре социальной деятельности человека. Волгоград, 1998. С. 2.
4. *Гефтер А.* Европейское международное право. СПб., 1880. С. 99.
5. *Гулиев В.Е., Рудинский Ф.М.* Демократия и достоинство личности. М., 1983. С. 155.
6. Действующее международное право: в 3 т. / сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. М., 1997. Т. 2. С. 199–202.
7. *Иеринг Р.* Избр. труды: в 2 т. СПб., 2006. Т. I. С. 120.
8. *Карташкин В.А.* Права человека и принципы международного права в XXI веке. М., 2018. С. 18.
9. *Карташкин В.А.* Реформирование конвенционных органов по правам человека // Юрист-международник. 2007. № 2. С. 11.
10. *Кожевников С.Н.* Реализация права и законность в российском обществе. Н. Новгород, 2000. С. 52.
11. *Лукашук И.И.* Демократия – принцип международного сообщества XXI столетия // Государство

и право на рубеже веков. Международное право. М., 2000. С. 5–8.

12. *Малько А.В., Шундиков К.В.* Цели и средства в праве и правовой политике. Саратов, 2003. С. 44.
13. *Матузов Н.И., Малько А.В.* Теория государства и права: учеб. М., 2004.
14. Международное право: учеб. / под ред. Е.Т. Усенко, Г.Г. Шинкарецкой. М., 2005. С. 41.
15. *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. М., 1997. С. 49.
16. *Попов А.П.* Современный отечественный уголовный процесс: целеполагание и система целей, задач и функций, средства. Пятигорск, 2006. С. 77.
17. Толковый словарь русского языка / под ред. Д.Н. Ушакова. М., 1940. Т. IV. С. 670.
18. *Чхиквадзе В.М.* Социалистический гуманизм и права человека. М., 1978. С. 264–267.
19. *Hudson M.* Integrity of International Instruments // American Journal of International Law. 1948. Jan. Vol. 42. No 1. P. 105–108.
20. *Janji M.* International Protection of Human Rights. Budapest, 1966. P. 283–289.
21. *Kelsen H.* The Law of the United Nations. L., 1950. P. 29–32.

REFERENCES

1. *Artamonov A.N.* Human rights should not have territorial borders // International public and private Law. 2012. No. 6. P. 2 (in Russ.).
2. Bolshoy Akademicheskiy slovar Russian language. M.; SPb., 2005. Vol. 2. P. 9 (in Russ.).
3. *Gavelya V.L.* Goal setting in the structure of human social activity. Volgograd, 1998. P. 2 (in Russ.).
4. *Gefter A.* European International Law. SPb., 1880. P. 99 (in Russ.).
5. *Guliyev V.E., Rudinsky F.M.* Democracy and dignity. M., 1983. P. 155 (in Russ.).
6. Existing International Law: in 3 vols. / compilers Yu. M. Kolosov, E.S. Krivchikova. M., 1997. Vol. 2. P. 199–202 (in Russ.).
7. *Iering R.* Selected works: in 2 vols. SPb., 2006. Vol. I. P. 120 (in Russ.).
8. *Kartashkin V.A.* Human rights and the principles of international law in the twenty-first century. M., 2018. P. 18 (in Russ.).
9. *Kartashkin V.A.* Reform of the Treaty bodies on human rights // International Lawyer. 2007. No. 2. P. 11 (in Russ.).
10. *Kozhevnikov S.N.* Implementation of law and legality in the Russian society. N. Novgorod, 2000. P. 52 (in Russ.).
11. *Lukashuk I.I.* Democracy – the principle of the international community of the XXI century // State and law at the turn of the century. International Law. M., 2000. P. 5–8 (in Russ.).
12. *Malko A.V., Shundikov K.V.* Goals and means in law and legal policy. Saratov, 2003. P. 44 (in Russ.).
13. *Matuzov N.I., Malko A.V.* Theory of state and law: textbook. M., 2004 (in Russ.).
14. International Law: textbook / ed. by E.T. Usenko, G.G. Shinkaretskaya. M., 2005. P. 41 (in Russ.).
15. *Ozhegov S.I., Shvedova N. Yu.* Explanatory dictionary of the Russian language. M., 1997. P. 49 (in Russ.).
16. *Popov A.P.* Modern Russian criminal procedure: definition of objectives and system goals, objectives, and functions of money. Pyatigorsk, 2006. P. 77 (in Russ.).
17. Explanatory dictionary of the Russian language / ed. by D.N. Ushakov. M., 1940. Vol. IV. P. 670 (in Russ.).
18. *Chkhikvadze V.M.* Socialist humanism and human rights. M., 1978. P. 264–267 (in Russ.).
19. *Hudson M.* Integrity of International Instruments // American Journal of International Law. 1948. Jan. Vol. 42. No 1. P. 105–108.
20. *Janji M.* International Protection of Human Rights. Budapest, 1966. P. 283–289.
21. *Kelsen H.* The Law of the United Nations. L., 1950. P. 29–32.

Сведения об авторе

СМИРНЫХ Сергей Евгеньевич –
кандидат юридических наук, ученый секретарь Российской ассоциации международного права; 119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

Authors' information

SMIRNYKH Sergey E. –
PhD in Law, General Secretary of the Russian Association of International Law; 10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 98–110
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 98–110

ЗА РУБЕЖОМ

МОДЕРНИЗАЦИЯ МАТЕРИАЛЬНОЙ КОНСТИТУЦИИ: ОПЫТ НОРВЕГИИ

© 2021 г. М. А. Исаев

Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России

E-mail: isaeff.maximanatoljevitch@yandex.ru

Поступила в редакцию 14.05.2020 г.

Аннотация. Норвежская Конституция представляет собой уникальный для европейского континента опыт более чем двухсотлетнего непрерывного действия Основного закона. За истекший период страна из эпохи позднего абсолютизма перешла к состоянию современного постиндустриального общества. Последовательно эти метаморфозы отражались на конституционном уровне в рамках одного и того же формального акта. На этом пути Норвегия прошла стадию развития буржуазно-демократических свобод, формирование баланса власти в виде парламентаризма, становление *Welfare state*, а также оккупацию нацистской Германией (1940–1945 гг.), наконец, создание социального правового государства (*sozialer Rechtsstaat*) современного типа. Эти изменения, носившие порой импульсивный характер (например, разрыв унии со Швецией и обретение государственной независимости в 1905 г.), получили отражение сначала в материальном содержании Конституции (*rem publicam Constituere*), потом через ряд конституционных реформ нашли воплощение в формальном ее понятии.

Теоретическая основа классификации конституционного акта на материальный и формальный обусловлена сращиванием теоретических постулатов на скандинавской почве двух школ юридического позитивизма: нормативизма Г. Кельзена и «скандинавского правового реализма», как назвал это течение Т. Гейгер. В Скандинавии учение о *Grund Norm* приобрело яркие черты учения об обычно-правовой ее природе. Определенность ее содержания продиктована тем, что она обеспечивает изменение или дополнение Конституции в этом регионе; таким образом, являясь движущей силой и инструментом кодификации всего корпуса конституционного права: перевода материального содержания в формальное. Важно также подчеркнуть, что идеология этой кодификации имеет здесь стойкую традицию «прогрессивного развития права», смысл которого раскрывается в понятии модернизации.

В качестве примера в статье рассматривается ход последней по времени масштабной модернизационной реформы Конституции Норвегии (2006–2016 гг.), последовательно затронувшей такие темы, как институт парламентаризма, структура парламента, права и свободы человека, место и роль Верховного суда и др. Важную роль в процессе модернизации играет тренд на европеизацию правовой системы Норвегии. Формально она не входит в ЕС, но с 1992 г. между ней и Союзом действует договор об ассоциации (*EØS-avtalen*), практика реализации которого подтверждает этот тезис.

Ключевые слова: Конституция, конституция в материальном и формальном смысле, норвежская Конституция, Основная норма, действенность и действительность права, кодификация конституционного права, прогрессивное развитие права.

Цитирование: *Исаев М.А.* Модернизация материальной Конституции: опыт Норвегии // Государство и право. 2021. № 1. С. 98–110.

DOI: 10.31857/S102694520013232-6

MODERNIZATION OF THE MATERIAL CONSTITUTION: NORWEGIAN EXPERIENCE

© 2021 M. A. Isaev

Moscow state Institute of International Relations (University) MFA Russia

E-mail: isaeff.maximanatoljevitch@yandex.ru

Received 14.05.2020

Abstract. Norwegian Constitution is a unique example of the document that has been working for more than 200 years. During this time the country has come the way from the absolutistic system of power just up to the modern industrial society. The steps on this way were consecutively imprinted in the text of constitution. These steps were: liberal freedom, the rule of the parliament, *Welfare state*, the nazi occupation (1940–1945) and the foundation of the modern *sozialer Rechtsstaat*. These changers were dramatically some times for instance: the disunion with Sweden and the declaration of independence – all of them were reflected first in material constitution (*rem publicam constituere*), and after in the formal text of the constitutional act.
Normativizm of H. Kelsen and "Scandinavian legal realism", as it was called by Th. Geiger, were two bricks in the ground of the theoretical base for the constitutional act classification as material and formal. In Scandinavia the doctrine of *Grund Norm* has taken the bright form of its customary nature. This norm has definite context that permits the legislator to change and to add constitution. This norm in that way is the motive force and instrument of codification of the whole constitutional corps: the movement in from material to formal substance. It's important to stress out, that the ideology of this codification has here (in Scandinavia) a firm tradition of the "progressive development of law". The essence of this development is being understood here as a notion of modernization.
For example, we have taken the last one reform of the Norwegian constitution, that was done in conjunction with the spirit of modernization (2006–2016). This reform develops the institute of "the rule of the parliament", the structure of the parliament, human rights and freedoms, place and role of the Supreme court etc. The main trend in this process of modernization is the Europeanization of the Norwegian legal system. Formally Norway is not a member of the EU, but the country concluded an associative agreement with the EU in 1992 (*EØS-avtalen*). The practice of an agreement's realization proves our main thesis.

Key words: Constitution, material and formal constitution, Constitution of Norway, Grund Norm, reality of law and law in force, codification of Constitutional Law, progressive development of law.

For citation: *Isaev, M.A. (2021).* Modernization of the material Constitution: Norwegian experience // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 98–110.

Объект и предмет исследования. Относительно недавно, в 2006–2016 гг., конституционная система Норвегии пережила довольно крупную метаморфозу. Примечательно, что наряду с модернизацией материального содержания Конституция этой страны претерпела своеобразную языковую реформу, анализ которой был дан в нашей прошлой статье[1]. В настоящей работе мы рассмотрим опыт Норвегии в области модернизации материального содержания конституции. Деление конституции на формальную и материальную – явление давнего времени. По подсчетам Г. Еллинека, эта дихотомия восходит еще ко времени поздней античности к понятию "*rem publicam constituere"*, под которым понималась вся совокупность норм *ius publicus*, регулировавших государственное устройство, институты и форму отправления властных полномочий. Уже тогда появляется понятие "*lex fundamentalis"*, представлявшее собой ограничение, пределы действия публичной власти в отношении своих подданных-сограждан. Именно последнее со времен Гоббса (гл. XXVI его «Левиафана») станет основой понятия формальной конституции, которым пользуются современные конституционалисты.

Определяя предмет нашего исследования, нельзя не отметить практически идеальный его объем – формально самая старая Конституция европейского континента и вторая по старшинству в мире, после Конституции США. Особое удобство норвежского материала заключено в том, что акт 1814 г. (Эйдсволльская конституция) переживал свои метаморфозы в рамках единого документа, чего не скажешь о североамериканском аналоге, технически составленном достаточно кустарно: неизменная часть текста статей, к которым прикреплены в хронологическом порядке поправки, не имеющие даже отсылок к основному тексту Конституции. Пример Норвегии дает нам, наоборот, уникальную возможность проследить, как происходило в рамках единого формального документа действие принципа «прогрессивного развития права»[2] в виде *кодификации* действующего конституционного права этой страны.

Уникальность эта станет еще более очевидной, поскольку имеющиеся исторические примеры конституционного развития других государств, например, соседей Норвегии по региону – Дании и Швеции, говорят об обратном. Формально ныне действующие конституции этих стран (Дании 1953 г. и Швеции 1974 г.) считаются модификациями прежних конституционных актов. Для Дании – актов 1849, 1863, 1915 гг., для Швеции – 1809 и 1866 гг.; тем не менее это все формально новые конституционные акты, хотя и содержащие в себе

[1] См.: *Исаев М.А.* Модернизация Основного закона. Опыт Норвегии // Государство и право. 2013. № 6. С. 103–111.

[2] Мы пользуемся этой формулировкой по аналогии с французской доктриной кодификации, перенеся известный принцип *"codification à droit constant"* из сферы частного права в публичное (см. подр.: *Кабрияк Р.* Кодификации. М., 2007. С. 83. Ср. с более ранней работой: *Жинульяк С.* О кодификации и ее влиянии на законодательство и на науку права. М., 1876. С. 42, 45 и сл.).

легитимационные отсылки друг на друга в порядке правопреемства государственной власти. Нечто похожее мы наблюдали в отечественной истории, когда могли видеть относительную преемственность конституционных актов 1918, 1926, 1924, 1936 и 1977 гг. сначала в РСФСР, а потом в Советском Союзе. Но и здесь, если вспомнить советскую доктрину, это были отдельные формальные акты, отражавшие, согласно формуле Ф. Лассаля, очередной этап на пути успешного развития «социализма» в России.

Другое удобство изучения нашего объекта заключено в самой технике кодификации конституционного права Норвегии. Дело в том, что в конституционной доктрине всех скандинавских стран со времен появления в них официальных учебных курсов по конституционному праву[3] укрепляется положение, впоследствии ставшее незыблемым: толкование конституции и практики ее применения – действенный источник конституционного права. В некотором смысле этому движению в сфере научной мысли скандинавов можно найти аналог в известной школе «живого права» североамериканцев или *"das lebende Recht"* О. Эрлиха. В то же время необходимо отметить, что хотя понятие *"living Constitution"* и раскрывается в текущих *res iudicata*, которыми так богата судебная практика стран общего права, тем не менее и здесь, как и на примере самого определения живого права[4], мы не наблюдаем «прогрессивной и постоянной кодификации конституционного права» в рамках единого формального документа, расширяющего свое материальное содержание до истинных пределов *rem publicam constituere*. Скандинавский подход, таким образом, обеспечивает более обширный объем понятия «живой» или «действенной» конституции, включая в него всю практику органов государственной власти, а не только практику общих судов, которые, например, в Норвегии и Дании наделены правом проверки текущего законодательства на предмет соответствия его конституции.

И последнее, говоря о прогрессивном и постоянном развитии кодификации конституционного права в Норвегии, в частности и в Скандинавии в общем, мы неизбежно должны иметь в виду четкую цель, которую преследует этот процесс кодификации. Прогрессивность развития права в этом регионе Европы однозначно понимается как модернизация правовой системы страны, понятие которой за последние десятилетия, особенно в связи с тесным взаимодействием Северных стран Европы с ЕС, пережило ряд метаморфоз. Анализ этих изменяющихся форм также будет служить предметом нашего изучения.

Методология исследования покоится на методе научного идеализма в кантовском понимании научности как смысловой категории. В определенной степени эта проблема обусловлена противопоставлением таких понятий, как *Verstand – Vernuft (consciousness – common sense)*, которые в кантовском понимании в наибольшей степени зависят от одинакового «материала», служащим объектом манипуляции этих приемов мышления. Понятия разума и рассудка отличны тем, что одно из них может служить материалом для другого, преобразуясь в акте мышления в категорию[5]. Объективный результат возникает в ходе разрешения этой дихотомии. Встреча понятия из рассудка как высшей формы проявления творческого акта познания из опыта с понятием из мышления, особенно чистого, как его понимал Кант, выражается в принятии (выработки) того, что со времен философии средневековья называют *ens rationis* – идеи, имеющей форму категорического утверждения. Именно в основе рассудка лежит «понимание», т.е. некое творческое начало, а в основе сознания – чистое созерцание, но уже не

[3] Это середина XIX в., когда на волне критики исторической школы права в Германии на Севере Европы зарождается своя особая форма юридического позитивизма, т.н. *Natur der Sache* (см. подр.: *Исаев М.* Механизм государственной власти в странах Скандинавии. М., 2004. С. 118).

[4] Невозможно удержаться, чтобы не процитировать: «Живое право не является правом, закрепленным в правовых положениях. Оно господствует в жизни. Источниками знания об этом праве выступают прежде всего современные письменные источники, а также непосредственное наблюдение жизни» (см.: *Эрлих О.* Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 483, 484). В нашем случае именно непосредственное наблюдение конституционной жизни в виде конституционного обычая представляет первоочередной интерес.

[5] В некотором роде мы придерживаемся старого тезиса неокантианской школы в марбургской ее редакции, для которой процесс познания означает мышление понятия по правилу категории (см. подр.: *Савальский В.А.* Основы философии права в научном идеализме. М., 1908. Т. 1. С. 55, 56 и сл.). Сам механизм превращения понятия в «категории» (греч. *kategoria*) очень хорошо описан в классической работе (см.: *Риккерт Г.* Введение в трансцедентальную философию. Предмет познания. Киев, 1904), если предположить, что «сознание вообще не есть реальность, ни трансцендентная, ни имманентная, а только понятие. Это понятие мы образуем всегда с принадлежащим ему содержанием сознания, а содержание сознания есть единственное, чему присуща действительность, именно действительность имманентного бытия» (см.: там же. С. 39); то неизбежна сублимация сознающего субъекта в противопоставление двух понятий (см.: там же. С. 94). Отсюда следует общий вывод: «Познавание мы рассматриваем... по отношению к его предмету, и это значит то же, что по отношению к его истине. Но так как истина возможна не в простых представлениях, а только в суждениях, то понятие познавания нельзя отделить от понятия суждения» (см.: там же. С. 114). Само суждение в силу логики возможно тоже в двух формах – «истинной» или «ложной». Эта повторяемость дихотомии мышления вообще настолько императивна, что становится «ценностью» сама по себе. Ценность этой идеи воплощается в том, что мышление по своей сути императивно, оно означает долженствование мышления понятия определенным образом, в нашем случае – возведения понятия до уровня категории. Данная объективность и есть сила факта, составляющего сущность научного позитивизма.

«контуров» вещи (вспомним «символ пещеры» Платона), а действительно её *ens rationis* – сути. Мышление, таким образом, комбинировано (отчасти мы бы даже сказали противоречиво): оно деятельно и бездеятельно одновременно, но в то же время требует (содержит в потенции) необходимость собственной реализации. В ней проверяется истинность понимания, прошедшего начальную форму рассудка и перешедшего затем в форму суждения, о том, как возможно чистое мышление первоначального понятия.

Реализованное понятие есть опыт – своеобразный «архив мышления», где копится мудрость – решения (казусы) прошлых времен. Такая весьма близкая аналогия к праву раскрывается в дихотомии понятий «действенность» и «действительность» *(Geltung)*, имеющих такую смысловую значимость для школы Г. Кельзена, а в аналогичном определении «действенного права» *(gjellende rett)* – для скандинавов. В праве соотнесение этих двух понятий (действенности и действительности) имеет значение факта[6]; факт возможности их соотнесения также является фактом существования Основной нормы. Её «нормативность» фактична в силу необходимости суждения о ней: «Есть, значит должен». На этом основана нормативная сила Основной нормы, а не на осознании ее «нормативности» группой людей, имеющей, в свою очередь, форму института власти. Точнее, власть есть лишь переходная инстанция на пути от чистого мышления к акту реализации этого мышления[7]. Именно необходимость её (Основной нормы) мышления заставляет её существовать.

Характерно, что, по мысли Г. Кельзена, ссылка имеет строгий логический характер – «сознание группы людей», воззрение которых во вне воспринимается как власть. Власть, таким образом, воспринимается как понятие когнитивного свойства, имеющее очевидное гносеологическое происхождение. Перед нами реминисценция влияния марксистского подхода в решении правовых, в общем смысле, социальных проблем, когда демиургом сознания признается пресловутый «класс» (группа людей). Ирония истории заключена в том, что советским юристам нужно было бы на самом деле аплодировать Г. Кельзену, а не поливать его грязью. Оказывается, Кельзен-то был «криптомарксистом». В то же время строгий научный подход в позитивистском духе требует фактичности существования не «группы» людей, а наличия (фактическое) у этой группы сознания – здесь гораздо результативнее творческий метод М. Вебера. Поэтому необходима небольшая поправка к рассуждениям Г. Кельзена о «действенности» в противопоставлении «действительности» права и Основной нормы, в том числе.

Своеобразное дополнение или поправка к учению Кельзена была выработана скандинавами благодаря собственному подходу к проблеме конституционности в понятиях действенности и действительности права в рамках «скандинавского правового реализма».

Скандинавская доктрина конституционного права является в этом отношении вполне самостоятельной. Основная проблема конституции, сформулированная самими скандинавами, имеет, тем не менее, ряд особенностей. В рамках школы скандинавского правового реализма выделяют прежде всего теоретические взгляды авторитетного датского юриста А. Росса, сумевшего совместить положения А. Хегерстрёма, основоположника скандинавского реализма, с идеями Г. Кельзена. Показательно, что эта связь имеет форму толкования понятий материальной и формальной конституции в трудах самих скандинавов.

Отправной точкой при этом служит понятие публичного права как разновидности конституционного[8]. В буквальном смысле, согласно А. Россу: «Публичное (государственное) право есть право правоотношения публичных властей (государственных органов)»[9]. Конституция не ограничивается тем, что относится к конституционному строю (statsforfatningsret), точнее: Основным законом не ограничиваются все нормы конституционного значения. С одной стороны, Основной закон, таким образом, содержит только нормы

[6] Несмотря на то что сам Кельзен довольно опрометчиво отрицал это (см.: *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. М., 1988. Вып. 2. С. 67).

[7] Такая картина возникает при обращении к прямой цитате: «Если понимать конституцию правового сообщества как норму или нормы, определяющие, каким образом... должны создаваться нормы конституирующего сообщество правопорядка, тогда Основная норма – это та норма, которая постулируется, когда обычай, из которого возникла конституция, или акт сознания конституции, сознательно совершенный определенными людьми, объективно истолковывается как нормотворческие факторы; когда во втором случае индивид, или собрание индивидов, создавшее конституцию, на которой основывается правопорядок, рассматривается как нормоустанавливающая власть (autorität)» (см.: там же. С. 74).

[8] Терминологически в скандинавских языках отсутствует аналог англ. *constitutional law* или франц. *droit constitunelle*. Здесь используется общегерманское понятие *forfatning* (датск./норв.; соответственно *författning* – швед.), родственное нем. *die Verfassung*. Официальное название науки, имеющее у нас четкое наименование «конституционное право», у скандинавов будет звучать как *statsforfatningsrett* – дословно «право государственного устроения», ср. близкое понятие *Instrumentum regni* или *Instrument of Government* О. Кромвеля, в скандинавских языках превратившееся в *regerings form*. Содержательным элементом этого понятия будет, как пишет проф. М. Сёренсен, следующее: «Это слово [forfatning] используется часто для обозначения всех норм, затрагивающих высшие органы, несмотря на то что они закреплены в одном или нескольких правовых документах, или же вообще письменно [нигде] не зафиксированы» (см.: *Sørensen M.* Statsforfatningsret. København, 1979. S. 18).

[9] *Ross A.* Dansk statsforfatningsret. København, 1959. Bd. 1. S. 11.

конституционного права, предоставляя возможность текущему законодательству их развивать. С другой – конституционно-правовые нормы не ограничиваются рамками Основного закона. По своей сути это нормы изменения или внесения в конституцию поправок. Нормы, ограничивающие компетенцию законодательных органов. Это нормы общетеоретического порядка – общие принципы права, причем эти принципы права содержатся в самом тексте Основного закона.

Поскольку в большинстве своем конституционное право состоит из норм компетенции *(kompetence normer)*, то соблюдение последних обеспечивается не принуждением, а объявлением (признанием) недействительными действий, совершаемых вопреки таким нормам[10]. Это положение, по мысли А. Росса, является теоретическим обоснованием права судов на осуществление конституционного контроля в Дании[11]. В Норвегии, заметим, это положение укрепилось еще с первой половины XIX в. в виде конституционного обычая согласно старой максиме: «толкование права есть его необходимая часть»[12]. Именно отказ в отдельных государствах от этого положения ведет к утверждению спорного принципа, в соответствии с которым законодательный или административный орган сам судит о своей компетенции! В результате в странах континентальной системы права конституция из сборника правовых норм превращается в сборник моральных требований, обращенных к сознанию законодателя. Вместо понятия *“law”* употребляют понятие *“constitutional convention”*, подобная критика характерна в некотором смысле и для английской конституционной системы с ее доктриной *the omnipotence power of the Parliament*, утвержденной в работах А. Дайси. Правда, для самого Дайси эти *conventiones* есть скорее выражение обычаев конституционного общения, а не строгие этические требования.

Выход из создавшейся ситуации А. Росс видит в отказе от роли суда как правоустанавливающего фактора[13]. Право во многом соблюдается благодаря профессиональному самосознанию корпуса судей и чиновников. Но в действительности соблюдаемость норм права сводится к «функции правового механизма» *(retsmaskineriets funktion)*, т.е. к норме, в последней инстанции прямо или косвенно регулирующей применение насилия[14]. Критерием действенности датского конституционного права или самой Конституции, таким образом, будут: 1) эффективная реализация ее норм высшими государственными органами; 2) что обусловлено правилом, определяющим переживание этого факта в сознании чиновного корпуса как юридически обязательного чувства. Иными словами, сколько не потому, что оно есть часть личного самосознания индивидов, а столько потому, что оно является звеном в действительном социальном порядке[15]. Интересно отметить, что последний постулат – очевидная дань основному тезису «скандинавского правового реализма»[16]. Характерно также, что в своих рассуждениях Росс использует прилагательное *gyldig,* родственное немецкому глаголу *gelten* (ср. с нем. *die Geltung*), когда говорит о «действенном социальном порядке» (“gyldig social orden”). Последнее положение служит творческим развитием нормативизма на скандинавской почве.

На основании подобных утверждений Росс делает вывод, что конституция в материальном смысле не имеет четкого определения. Обычно выход видят в утверждении, будто конституция в материальном смысле затрагивает правоотношения высших государственных органов, но, с точки зрения Росса[17], – это паллиатив, поскольку нет четкого ответа, что есть высший государственный орган. Например, суды Росс не считает высшими органами государства.

Это радикальное положение было оспорено современниками А. Росса. В противоположность ему, например, другой известный норвежский конституционалист Ф. Кастберг высказал следующее положение: «Нормы, согласно своему содержанию,

---

[10] *Ross A.* Op. cit. S. 29.

[11] Что характерно, данное положение выводится из положения материальной конституции, которое обосновано конституционной доктриной скандинавов. Речь идет о толковании конституции как ее источнике и приеме кодификации: «Суды могут (и должны) в первом своем действии, – пишет проф. Х. Цале, – проверить закон (примененный в решении) на предмет соответствия его конституции, как по форме, так и по содержанию (в том смысле, не превысила ли при издании закона свои полномочия законодательная власть. – *М.И.*). Суды, без сомнения, обязаны это сделать, если речь идет о правах человека, затронутых актом администрации по просьбе стороны» (см.: *Zahle H.* Dansk forfatningsret. København, 1997. Bd. 1. Institutioner og regulering. S. 69; ср. положения с. 80 и 81 этого же труда).

[12] Статус последнего закреплен в форме обычая с давних времен (см.: *Castberg F.* Norges statsforfatning. Oslo, 1947. Bd. 1. S. 71). Забегая вперед, скажем, что это положение из конституционного обычая материального порядка было кодифицировано в текст формальной Конституции в 2015 г. (§ 89 Основного закона Норвегии).

[13] См.: *Ross A.* Op. cit. S. 30.

[14] См.: ibid. S. 32. Здесь очевидна связь данного утверждения с «правом окончательного решения» К. Шмитта, выводившего это «право» из автаркичного характера власти, обнаруженного еще Аристотелем и основательно переработанного Гегелем.

[15] См.: *Ross A.* Op. cit. S. 33.

[16] Мотив *(Motiv)* или чувство *(känsla)* должны лежать в основе правосознания реалистов, полагающих это чувство «должного» как меру «морально истинного» *(den moraliske rikgtigheten)* (см.: *Hägerström A.* Rätten och staten. Tre föreläsningar om rätts-och statsfilosofi. Stockholm, 1963. S. 33).

[17] См.: *Ross A.* Op. cit. S. 136.

являются определяющими для способа производства права в государстве. В известной степени речь идет о конституции в материальном смысле. Государственно-правовые нормы могут быть определяющими для правотворения в государстве, хотя они и не составляют конституцию в формальном смысле. Буквально конституция в формальном смысле представляет собой государственно-правовые нормы, которые, согласно действующему праву, не могут быть изменены без обстоятельного, требующего особого подхода, нежели определенного конституцией способа изменения текущего законодательства»[18]. Этот критерий – изменение основной нормы как способ изменения конституции – составляет отдельную теоретическую проблему, но одновременно служит основанием для ее решения и квалификации норм конституции на нормы в материальном или формальном смысле. Очевидно, что такой критерий предпочтительнее «экстремистским» заявлениям датского конституционалиста.

В этой связи зададимся вопросом: в какой мере возможно изменение самого порядка внесения изменений в конституцию вплоть до ее пересмотра? Трудность заключена как раз в логической проблеме, не позволяющей связать через причинно-следственную связь два правовых порядка: новый и старый. Формально это проблема революции или переворота, словом, того события, которое прерывает легитимацию действующего конституционного порядка. Одновременно заметим, что прерывание действия не означает прерывания действенности.

Росс предлагает свое решение этой проблемы. То, что не существует правовой процедуры по изменению Основной нормы (изменение самого способа изменения), не означает что такое невозможно в принципе. Смена обычая (или его вытеснение) другим обычаем – довольно заурядное явление, хотя и требующее довольно много времени. Процесс этот может происходить эволюционно или революционно, но в обоих случаях, с точки зрения А. Росса, феномен изменения (замещения) будет иметь характер социологического факта, лежащего вне правовой процедуры. Таков его вывод, оспоренный проф. М. Сёренсеном[19], вполне логично указавшим, что для установления парламентского прецедента, например, в Англии много времени не потребовалось, решающим в данной ситуации выступает, как отмечает Сёренсен, «правовая убежденность» *(retsovernevisning)* в императивности факта существования такого обычая.

«Правовая убежденность» в данном случае будет служить своеобразным эквивалентом действенности правового порядка, установленного Основной нормой. Сама действенность, составляющая условие действительности права[20], представляется в известном смысле синонимом понятия легитимности того же самого порядка, черпающего свою *legetimatio causa* в *opinio iuris cive necessitates,* только не в международно-правовой сфере, а в самом обществе, формой которого является конкретное государство.

Итак, суммируя, мы получаем формулировку двух проблем в доктринальном материале Северных стран. Первая – роль обычая в материальном и формальном смысле, вторая – значение понятия действенности правового порядка, санкционированного конституцией. Точнее: в какой мере форма конституции в материальном и формальном смысле содержит «действительные» (реализуемые на практике – *law in force*) нормы права. Конституция в материальном смысле состоит как из норм писаного, так и неписаного права, согласно общему мнению скандинавских конституционалистов. Под первыми понимается право, утвержденное авторитетом власти, уполномоченными на то нормами компетенции. Неписаное право представлено обычаем или практикой судов. Общий вывод таков: не существует государства, чья конституция представляет собой акт исключительно писаного права. Всегда вокруг норм писаного права вырастает конституционное право, представленное обычаем или практикой.

Этот общий постулат гарантирует существование Основной нормы *(Grund Normen)* как материальной нормы, институциализирующей высшую власть в государстве, которая, в свою очередь, всегда имеет форму неписаного права[21]. Казалось бы, это очевидное противоречие, но оно разрешимо в глазах А. Росса благодаря тому, что сам обычай составляет основу действенности писаного права *(den skrevne rets gyldighed),* поскольку он и только он может быть высшим источником конституционного права.

Это не натяжка, как может показаться. С одной стороны, перед нами явная реминисценция доктрины *causa remota (fons remota)* в конституционном праве, легитимирующим его и конституцию в целом, а с другой – Росс довольно удачно апеллирует к аргументу N+1, кажущемуся на первый взгляд убийственным в глазах антинормативистов[22]. Этот, казалось бы, бесконечный ряд аргументов с возможным

[18] *Castberg F.* Op. cit. S. 24, 25. Ср.: *Sørensen M.* Op. cit. S. 28.

[19] См.: *Ross A.* Op. cit. S. 34; *Sørensen M.* Op. cit. S. 34.

[20] Поскольку условие не есть то, что им обусловливается, следовательно, действенность не равна действительности (см.: *Кельзен Г.* Указ. соч. С. 91).

[21] См.: *Ross A.* Op. cit. S. 137.

[22] См.: ibid.

продолжением до дурной бесконечности всегда упирается в общую норму права, санкционирующую саму себя в силу необходимости логического мышления ее именно таковой. Это четко уловил в свое время Ф. Кастберг, верно подметив, что источником Основной нормы во многом является логика[23].

Доказательство узуальной формы Основной нормы Росс видит в следующих рассуждениях, отталкиваясь от понятия обычая как источника конституционного права, он констатирует: «Во-первых, обычай является принципиально высшим источником права по сравнению с писаным правом, представляя собой основу действенности писаного права[24]. Действенность конституционного права не может быть обоснована соблюдением с помощью принуждения, а равно ее авторитарным утверждением, поскольку в последней инстанции мы сталкиваемся с властью, чья компетенция не обусловлена авторитарно более высокой властью, но предписана нормой обычного неписаного права. Основой конституционного права является эффективное обычно-правовое переживание спонтанного чувства правовой обязанности. Во-вторых, социальные обычаи играют большую роль в толковании, дополнении или переформатировании писаного права. Это обусловлено тем, что писаная конституция обычно составлена в кратких, принципиальных выражениях, оставляющих открытыми многие детали, одновременно с высокоторжественным стилем выражения и квалифицированной процедурой собственного изменения, исключающей частую приспособляемость к меняющимся внешним обстоятельствам. Поэтому нельзя избежать того, что многие вопросы находят сначала свои ответы, возможно и не окончательные, в фактической живой конституции»[25]. Эта фактически живая конституция, как мы установили выше, имеет свою форму выражения – осознанные образцы действий высших органов государственной власти. Практика этих органов есть материал кодификации материального в формальное содержание конституций трех Северных стран, в конституционной традиции которых отсутствует «экспансивность» в изменении строя, наоборот, мы наблюдаем стремление к ответственному регулированию на основе пережитого опыта. Положение обычая в системе источников конституционного права здесь таково, что в отношении его роли и действенности можно выделить ряд принципов:

содержанием обычая является практика (образ действия) высших органов государственной власти;

признание действенности обычая обеспечивается не только его широкой практикой применения, но и тем, что он может буквально «терпеться» *(tolereres)* соответствующим органом государства; в последнем случае характерно влияние «политического» на конституционное право;

нормы обычая могут изменять, уточнять и дополнять конституцию, поскольку обладают силой конституции *(gælde med grundlovskraft)* – таков общий вывод скандинавской конституционной доктрины;

---

[23] «Логика также применима к области нормативного мышления» (см.: *Castberg F.* Op. cit. S. 27). Точнее, он говорит об «области мышления основания норм» – “normtenkningens område”.

[24] Эта мысль четко развивается в теоретических тезисах Ф. Кастберга, суть которых кратко сводима к следующему. Логически невозможно ответить на вопрос об истинной природе действенности норм конституции. Простого признания факта существования такой действенности явно недостаточно, т.к. в обществе всегда может найтись критическая масса несогласных (революционеров, например). Следовательно, постулат «фактичность – то, что фактически соблюдается и переживается» будет оспорен. Поэтому наш вопрос – вопрос о принятии нормативной системы как системы действующей. То, что право действует в юридическом смысле, логически не означает, что оно фактически соблюдается, хотя могут полагать, что его фактическое соблюдение является тем критерием, которому мы придаем решительное значение, когда задаемся вопросом о действенности норм. Социологически было бы верно, говорит Ф. Кастберг, действенность определять так, как это делает Г. Еллинек: «Иметь возможность осуществляться во внешних отношениях» (см.: *Еллинек Г.* Право современного государства. СПб., 1908. С. 14; ср.: С. 16). Но с правовой точки зрения принятие действенности есть нормативное понятие, подлежащее практическому признанию. То, что нечто есть действенно, равнозначно тому, что оно обязательно!

Зададимся вопросом: каков критерий юридически обязательной нормы? Отвечая на этот вопрос, мы одновременно отвечаем на вопрос об основаниях обязательной силы права. В то же время понятие действенности права довольно формалистично само по себе. Норма может быть действенной в качестве правовой, невзирая на то что с других точек зрения она таковой не является. Решение этой проблемы находится в моральной оценке нормы как действующей, признания ее ценности как действующей и потому действительной.

Только теперь можно считать логически безупречным то, что именно фактическое соблюдение нормативной системы есть безусловно решающий критерий правового характера самой системы. Это позволяет нам оценивать истинное значение соблюдаемости нормативной системы от господствующего в конкретном обществе правосознания. С логической точки зрения возможно также и религиозные нормы рассматривать как юридически обязательные. Тем не менее от этого следует отказаться, оставив такие нормы в удел психологии и социологии. Не является чем-то принципиальным, на чем покоится разница между тем, чем человек оперирует в своем мышлении, с фактически соблюдаемой нормативной системой, или тем, о чем размышляет человек с позиции естественного права или идеалистического взгляда на право. Когда огосударствленное общество живет своей свободной нормативной жизнью, для всех сторонних людей не составляет труда догадаться, какую нормативную систему должно рассматривать правообязывающей – ту, в которой в наибольшей степени человек найдет обоснование своим действиям, и чью обязывающую силу человек признает как само собой разумеющееся (см. подр.: *Castberg F.* Op. cit. S. 27–29).

[25] *Ross A.* Op. cit. S. 32, 33.

случаи *desuetudo* и *consuetudo* распространяются на конституционный обычай, в том смысле, что в Скандинавии сохраняется действенность норм Конституции, которые десятилетиями, если не веками, не имели практического применения, все они считаются спящими, но действующими; это, например, положение о праве «вето» норвежского короля или постановление о Совете министров в качестве регентского совета датской Конституции;

формально конституционный обычай может быть отменен (изменен) только равным по иерархическому рангу обычаем или пережитой кодификацией в виде формального изменения конституции;

особая ситуация в вопросе взаимоотношений обычая с принципами и духом Конституции *(denne Konstitutionens Aand og Principper),* что характерно особенно для Норвегии (§ 112 прежней ред., § 121 нынешней ред.). Формально это положение вот уже более двухсот лет служит «предохранительным клапаном» на пути радикальных изменений Конституции. Но в самой Норвегии уже сто лет как сформировалась традиция мягкого толкования этой номы Конституции[26], поскольку Конституционный комитет Стортинга в своем постановлении от 1923 г. отметил, что это ограничение представляет «скорее пожелание, нежели правовой запрет»;

несмотря на очевидную узуальную форму своего регулирования, обычно-правовая практика имеет четкую направленность, можно даже сказать, «идеологию», суть которой – соответствовать духу времени, т.е. модернизация.

Модернизация как идеология эффективного конституционного регулирования в Норвегии имеет давнюю традицию. В одной из своих предыдущих статей[27] мы уже ссылались на скандинавский опыт определения понятия модернизации применительно к языку и тексту Эйдсволльской конституции. Мы определяли «модернизацию» как «осовременивание» в условиях линейного восприятия времени, характерного для общеевропейской культуры[28]. Но это был бы слишком простой ответ на поставленный вопрос. Модернизация по-норвежски – это особый феномен, возможность появления которого обусловлена крайней «провинциальностью» расположения самой страны на европейском континенте. Норвегии как своеобразной Ultima Thule Европы, несмотря на её древнюю историю, – чуть более ста лет независимого политического бытия. Напомним, независимой она стала только в 1905 г.; в этом её судьба сходна с судьбой Италии или Германии, которые также не могут похвастаться долгим сроком своего государственного существования.

Тем не менее Норвегия в культурном и цивилизационном плане – довольно крупная величина, могущая бросить вызов любому среднеевропейскому государству. Да и формально по территории она одна из самых больших в Европе стран, например, превосходит Италию или Великобританию. Но редкость населения, довольно сложная внутренняя история, отразившаяся прежде всего в колониальном происхождении собственной интеллигенции (в русском понимании этого термина), религиозные конфликты и большой отток населения в XIX в. в Новый Свет (в США сейчас проживает община этнических норвежцев, равная по численности норвежцам на территории Норвегии) сформировали общество, в основу которого сами норвежцы кладут понятие «демократического национализма»[29], более обще представляемого как эгалитарная демократия, во главе которой положен культ эффективности и социального благоденствия.

Именно поэтому национальная бюрократия (как разновидность национальной интеллигенции) в Норвегии, как, впрочем, и в других скандинавских странах, являлась олицетворением этого культа эффективности. Она была ее носителем[30]. Во многом эффективность обусловливается активным задействием «политики с относительно сильным государством и активным и просвещенным использованием экспертов различного рода в рамках демократического управления с помощью закона»[31]. Фактически это означало, что

[26] «Всегда решение будет за политической оценкой, а не юридическим критерием, чтобы решать, поддержать ли новое или подтвердить старое», – пишут об этом параграфе два ведущих норвежских конституционалиста (см.: *Andenæs J., Fliflet A.* Statsforfatningen i Norge. Oslo, 2008. S. 61).

[27] См.: *Исаев М.А.* Модернизация Основного закона. Опыт Норвегии.

[28] См.: там же. С. 108.

[29] «Норвежцы оказались способны соединить в себе систему всеобщего благосостояния и экономического перераспределения со значительной политической активностью и определенной толерантностью в вопросах религии.., в процессах модернизации в скандинавских странах содержатся определенные глубокие процессы обучения, носящие совершенно особый характер. Например, такие скандинавские слова, как “folkelighet”, “folkhem”, “folkedanning” (“народность”) почти невозможно перевести на другие языки. Однако эти слова и то, что они обозначают, имеют очень большое значение, они выражают особый “деликатный шарм” северных стран» (см.: *Скирбекк Г.* Норвежский менталитет и модерность. М., 2017. С. 49).

[30] Интересующихся можем отослать к знаменитому докладу норвежского «Макса Вебера» Я.Э. Сейпа, который он сделал по запросу Стортинга. Этот доклад, к сожалению, до сих пор не переведен на русский язык (см.: *Seip J.A.* Fra embedsmandsstat till ettparti stat. Oslo, 1963). Более обстоятельно понятие национальной бюрократии и ее роли в скандинавских странах рассмотрено в: *Исаев М.А., Чеканский А.Н., Шишкин В.Н.* Политическая система стран Скандинавии и Финляндии. М., 2001. С. 202 и сл.

[31] *Скирбекк Г.* Указ. соч. С. 65.

административное решение здесь на любых этажах государственной власти и управления вырабатывается не на основе усмотрения чиновника, а на основании проанализированного с точки зрения науки (сферу предмета которой решение затрагивает) его (решения) предмета.

«Модерность» по-норвежски, таким образом, представляет собой эффективное в общем рациональном смысле решение социальных проблем через государственное вмешательство, но регулируемое объективным законом. Высшим по иерархии, разумеется, Основным законом, создающим ось государственного регулирования сверху донизу. Традиция *Welfare state* невероятно сильна в странах Северной Европы, ее не смогли поколебать никакие либеральные реформы 90-х годов прошлого века, скорее даже показавшие всю несостоятельность мер, основанных на частной инициативе. Тэтчеризм в Скандинавии не прошел.

Одновременно с начала 90-х годов в этих государствах в связи с более тесным сотрудничеством с Европейским Союзом[32] усилилась тенденция европеизации как самих традиционных институтов власти, так и основных форм социального общения. Хотя можем согласиться, что термин «европеизация» *(europeiseringen*[33]*)* применительно к этим странам режет слух. Тем не менее посмеем утверждать, что в основе его появления лежит не столько концепция «общеевропейской солидарности» (т.н. *acquis communautaire*), зачастую входящая в противоречие с национальными интересами отдельных стран-членов, сколько попытка соответствовать общему «духу времени» *(seculi est)*.

Это тонкое понятие современности с точки зрения теории организации имеет под собой строгую процессуальную основу: перевод вертикальных связей в горизонтальные, если под организацией понимать «систему положений, целей, решений, ролей и отношений, превращенную в единство». Причем «единство гарантировано взаимодействием ролевых звеньев системы организаций с общим намерением улучшить процедурные правила разработки решений»[34]. Иными словами, сейчас в относительно недавней перспективе произошел слом старой модели «корпоративного государства»[35], прежняя его тенденция на обеспечение максимально большей номенклатуры прав и свобод сменена теперь на максимально большее вовлечение общественных организаций (корпораций) в процессуальном плане в выработку решений. Критерием эффективности становятся именно «горизонтальные» связи организаций с государством, чему, собственно, посвящена последняя редакция (2014 г.) § 2 Эйдсволльской конституции: «Основой общественных ценностей является наше христианское и гуманистическое (humanistiske) наследие. Настоящий Основной закон гарантирует демократию, правовое государство и права человека».

Это и есть та основа, при помощи которой обеспечивается демократический режим конституционного регулирования. Характерно, что его источник – общественное сознание норвежцев, отрефлектированное в качестве общей нормы, согласно которой личную автономию не следует воспринимать как эмпирический факт. «Её следует воспринимать как конститутивную предпосылку для аргументированного и коммуникативного взаимодействия и одновременно как регулятивную идею, т.е. как стремление к улучшению до определенно достаточного уровня. В качестве такой регулятивной идеи личная автономия предстает как задача на двух уровнях – как личная задача для каждого индивида во взаимодействии с другими с целью культурного воспитания и улучшения образования, и как задача для сообщества с целью создания наилучших институциональных и материальных условий»[36]. Точнее, конкретнее и не скажешь. Итак, проанализированный нами материал позволяет отследить примеры кодификации норм конституционного материального права в формальное.

Кодификация материальной Конституции Норвегии: опыт формального закрепления норм будет прослежен на материале последней конституционной реформы по целому ряду направлений. Временной промежуток, взятый нами, составляет 30 лет: с 1985 по 2016 г. Первым направлением нашего анализа будут конституционные положения, регулирующие права и свободы человека. Традиционно до реформы эти положения можно было разбить на две части: первая состояла из группы норм, регулировавших положение церкви в государстве, содержались в главах, посвященных основам конституционного строя и организации исполнительной власти, вторая находилась в крайне бессистемном виде в разделе, составлявшем заключительные постановления.

[32] Напомним: Швеция в 1995 г. вошла в состав Союза, а Норвегия в 1992 г. заключила договор об ассоциации с ЕС.

[33] См.: *Jacobsson B.* Europeiseringen och statens omvaldning // Score Rapportserie. 1999. No. 2.

[34] Процедурность обеспечивается объективной структурой как самих организаций, так и их взаимодействием с государством (см.: ibid. S. 6). При этом рушится известный миф об управляемости общества: «Последствия такой европеизации и транснационализации станет не то, что политики больше не могут управлять реальностью; этот миф, несмотря на свою богатую историю, так никогда и не подтвердился; а то, что они во все возрастающей степени несут на себе ответственность за то, что в принципе никогда вообще не могли бы управлять» (см.: ibid. S. 12).

[35] *Исаев М.А., Чеканский А.Н., Шишкин В.Н.* Указ. соч. Глава II «Скандинавский корпоративизм» (с. 43–74) целиком посвящена данной проблеме.

[36] *Скирбекк Г.* Указ. соч. С. 163.

В настоящий момент структура явно улучшена, несмотря на то что положение церкви по-прежнему регулируется в разделе исполнительной власти (A), в Конституции появился отдельный разд. (E): «Права человека».

Дореформенное состояние знало четкий принцип государственной церкви. Так, § 2 с 1961 г. хотя формально и закреплял принцип свободы совести, но в заключительной части по-прежнему придавал Норвежской народной церкви статус государственной, обязывая граждан воспитывать своих детей в строгом соответствии с евангелическим вероучением. Королю вменялось в обязанность блюсти и охранять *(haandhæve og beskytte denne)* ее положение как государственной. Согласно ч. 2 § 12 половина членов Государственного совета (Правительства Норвегии) должна была принадлежать к этой церкви, § 16 поручал Королю регулировать деятельность церкви вплоть до установления ее литургической практики и назначения ее иерархов (§ 21). Часть 2 § 27 требовала обязательного членства в церкви для министров, принимающих участие в обсуждение церковных дел.

После реформы ситуация резко изменилась: положения § 2 получили уже упомянутую нами выше редакцию; наряду с этим появилась новая редакция § 16: «Все жители государства пользуются свободой вероисповедания. Норвежская церковь как евангелическо-лютеранская церковь продолжает оставаться Норвежской народной церковью и в качестве таковой поддерживается государством. Подробные постановления об Уставе церкви устанавливаются законом. Таким же образом регулируются все религиозные и мировоззренческие сообщества *(tros- og livssynssamfunn)*». Из прежнего многообразия конституционных положений сохранилась только новая редакция § 4: «Король должен всегда принадлежать к евангелическо-лютеранской церкви».

Положения, гарантирующие избирательные права норвежским гражданам[37], принцип народного суверенитета остались практически неизменными после реформы – это положения § 49–62 (по сравнению с прежней частью: § 49–55).

Резко и качественно изменились систематика и номенклатура прав и свобод норвежских граждан после 2016 г. Дореформенная картина выглядела следующим образом: § 96 гарантировал осуществление правосудия только судом согласно принципу *nulla poena sine lege*; § 99 – арест (лишение свободы) мог осуществляться только в установленном законом порядке; § 100 гарантировал свободу слова, используя термин *"Trykkefrihet"*, архаичность которого ещё с середины XX в. вызвала целую волну комментариев и толкований, поскольку буквально этот термин означал только «свободу печати». § 101 провозглашал свободу экономической деятельности *(Nærigsfriheten)*; § 102 разрешал проводить домашние обыски только по уголовным делам. Положения § 105 гарантировали право на вознаграждение в случае экспроприации частной собственности на общественные нужды. Богатая судебная практика по реализации этого конституционного положения, особенно такого его термина, как *"Erstatning av Statskassen"* («возмещения за счет государственной казны»), также в свое время послужила основной для кодификации современного положения Основного закона. § 107 был посвящен исторической особенности землевладения в Норвегии – вотчинному праву (т.н. *Odalsrett*). Определенным анахронизмом являлся § 109, гарантировавший норвежцам равенство при отбывании воинской повинности. Ранее, до 1885 г., можно было легально откупиться от рекрутства. По результатам конституционных поправок в 1951 г. появилась конституционная гарантия права на труд (§ 110), а в 1980 г. это право было дополнено т.н. «правом на участие» рабочих в управлении производством *(Medbestemmelsesrett)*. Под последним подразумевалось достижение «скандинавского социализма», в рамках которого было введено право рабочих коллективов при реализации «производственной демократии» участвовать в управлении предприятием наравне с его акционерами. Наконец, в 1990 г. появился § 110a, гарантировавший саамам права культурной автономии.

По реформе 2006–2016 гг. система прав и свобод получила следующий вид. Новеллу представляет положение § 92 Конституции, содержащее конституционную гарантию уважения и обеспечения прав и свобод человека, закрепленных как в тексте самого Основного закона, так и международных договоров, участником которых Норвегия является. § 93 закрепляет право на жизнь, отказ от наказания в виде смертной казни, бесчеловечного обращения, рабства и применения принудительных работ. § 94 запрещает произвольные аресты. § 96 передает правосудие только в руки суда, утверждает презумпцию невиновности и запрещает конфискацию имущества в качестве уголовного наказания. Следует заметить, что подобная гарантия в скандинавской доктрине конституционного права традиционно рассматривается как запрет т.н. «чрезвычайного судопроизводства». Далее предусматривается запрет обратной силы закона (§ 97), равенство всех перед законом (§ 98), свобода слова (§ 100). Причем последний параграф, довольно развернутый по содержанию, представляет собой прекрасный пример кодификации толкований и судебных прецедентов ранее содержавшейся в Конституции гарантии свободы печати. § 101 предусмотрена свобода

[37] Несмотря на то что Норвегия по форме правления страна монархическая, тем не менее здесь достаточно давно отказались от употребления термина «подданный» *(undersåtter)*, вместо которого официально законодательство знает только термин «гражданин» *(statsborger)*.

образования объединений, союзов, в т.ч. профсоюзов и политических партий. § 102 гарантирует уважение и неприкосновенность частной жизни, причем ч. 2 параграфа четко заявляет: «Государство своей властью обеспечивает охрану неприкосновенности личности». Охрана материнства и детства провозглашены § 105. Правда, практика реализации этой конституционной гарантии перегружена в Норвегии, как и в других развитых странах Запада, весьма спорной деятельностью т.н. «ювенальной юстиции», в самой Норвегии имеющей форму особого государственного ведомства – *Barnaværnet.*

Гарантия неприкосновенности собственности и вознаграждения за экспроприируемое имущество оставлена без изменений (§ 105). Новой является гарантия свободы передвижения (§ 106), права на образование (§ 109); право на труд (§ 110) дополнено правом на получение пенсии, также новеллу представляет § 112, обеспечивающий право на среду обитания и охрану окружающей среды. Впрочем, экологическое законодательство в Норвегии интенсивно развивалось еще с середины XX в., так что конституционная гарантия – это только вершина айсберга, «венчающая» собой систему *miljøværnlovgivning* (законодательство об охране природы). Еще одна новелла – закрепление на конституционном уровне принципа легалитета (§ 113): «Вмешательство государства в частную жизнь должно быть предусмотрено законом». § 117 содержит без изменений гарантию охраны прав одаля, а § 108 повторяет в отредактированной форме положения прежнего § 110a, гарантировавшего культурную автономию саамов.

В отношении организации системы исполнительной власти кодификация конституционных положений получила следующий вид. До последней конституционной реформы система исполнительной власти в Норвегии строилась по строгому типу дуалистической монархии, несмотря на то что с 1884 г. здесь утверждается принцип парламентаризма. Так, почти 140 лет формальная конституция Норвегии радикально расходилась с ее материальной частью. Формально королю принадлежали весьма большие полномочия, которые на практике он делегировал своим министрам, но в самом тексте Конституции об этом не было ни слова. Теперь картина резко изменилась, кодификация привела к тому, что, согласно тексту нормы Конституции, у короля остались только церемониальные функции[38], а все полномочия прямо передаются Государственному совету (*Statsrådet* – правительству страны), его членам – министрам; единственное напоминание о роли главы государства существует пока еще на уровне конституционного толкования, согласно которому юридически значимые решения правительства, как и его собственное существование в качестве института государственной власти, возможны только при личном участии (председательствовании) короля в Совете *(the King in the Council)*. В этом, пожалуй, отличие кабинетного правления в Норвегии от аналогичной системы в Великобритании, где участие монарха не требуется, в Норвегии решение приобретет законную силу только через подпись короля, полученную на регулярных заседаниях Госсовета. Поэтому заседания Кабинета здесь носят неформальный и подготовительный характер, другое дело, что такой предварительный характер оказывается решающим – король не может влиять на содержание самого решения.

Итак, реформа формально кодифицировала полностью ту часть материальной Конституции страны, которая касалась практики парламентаризма. Теперь § 15 имеет следующий вид:

«Каждый член Государственного совета обязан подать прошение об отставке после того, как Стортинг примет решение о недоверии соответствующему члену Госсовета в отдельности или всему составу Совета.

Король обязан принять подобное заявление об отставке.

В случае принятия Стортингом решения о недоверии могут исполняться только необходимые или связанные с текущим отправлением служебных полномочий дела (embetsførsel)». Как видим, норвежцы пошли по пути т.н. «негативного парламентаризма», отказавшись прописывать в Конституции, как это сделано в Дании, например, правило о вынесении вотума доверия вновь образованному кабинету.

Другой существенной новеллой стало упразднение явного анахронизма в Конституции, требовавшее разделения Стортинга на две части: Одельстинг и Лагтинг (§ 73 прежней ред.). Исторически эта форма была заимствована из конституционного опыта Великой французской революции[39], а именно таким образом был организован парламент Батавской республики по Конституции 1798 г. Помимо исторического влияния, а отцы-основатели Эйдсволльской конституции, разумеется, находились в плену революционных мечтаний той поры, это деление оправдывалось тем, что в члены

[38] Теперь даже разрешение на брак наследника престола дает Стортинг, а не король.

[39] Другим примером такого влияния можно назвать старую формулировку § 94, требовавшую скорейшего издания общих Гражданского и Уголовного кодексов. Это требование сохранялось неизменным в тексте Конституции 200 лет и было отменено только в 2014 г. К слову, кодификации гражданского и уголовного права в этой стране до сих пор не проведены. Встречающееся в литературе отождествление Уголовного уложения *(Straffelov)* 1901 г. с кодексом – распространенная ошибка, обусловленная незнанием скандинавских реалий, в частности языка авторами, пытающимися писать на данную тему.

Лагтинга полагалось назначать наиболее возрастных и опытных депутатов, особенно разбиравшихся в вопросах законоведения, как тогда говорили *"lovkyndige mæn"* («знатоков права»), что опять-таки оправдывалось духом эпохи, когда полагали, что от хороших законов зависит исправление язв общества и дурных нравов. Другое предназначение Лагтинга по Конституции заключалось в его особой роли при процедуре импичмента.

Но время взяло свое, поэтому пленарное заседание Стортинга стало после реформы единственной процедурной формой принятия законов, ранее она применялась только в отношении государственного бюджета. О былой сложной структуре парламента напоминают пять вице-президентов Стортинга и два его секретаря под началом одного президента парламента. Несколько ранее по новелле 1990 г. было устранено на конституционном уровне различие между текущей и чрезвычайной сессией народного представительства, таким образом реализовался конституционный обычай, согласно которому Стортинг является постоянно действующим органом народовластия, в связи с чем он не может быть распущен как таковой в принципе. Именно благодаря этому в норвежском конституционном праве закреплена фикция о беспрерывном заседании Стортинга с 1814 г., считается, что даже оккупация страны в 1940–1945 гг. не прервала этой традиции.

Судебная система Норвегии претерпела по реформе изменения прежде всего в составе Государственного суда *(Riksrett)*. Теперь в его состав не входят члены Лагтинга, а только избранные Верховным судом и Стортингом. Крупной новеллой 2015 г. является новая редакция § 89. Приведем ее полностью: «В делах, предоставленных судам, суды имеют право и обязаны проверять законы и другие принятые государственными властями постановления на предмет соответствия их конституции». Таким образом, и в этом параграфе произошла кодификация более чем полуторавековой практики норвежских судов общей юрисдикции. Причем важно подчеркнуть, что таким правом они наделены, начиная с суда первой инстанции. Законом 1926 г. практика судов в этой области была подчинена регулирующей власти Верховного суда, поскольку нижестоящие суды в силу кассации обязаны следовать решениям *(res iudicata)* Верховного суда. Только последний *in pleno* правомочен квалифицированным большинством голосов менять свою прежнюю практику.

Выводы, к которым мы приходим, достаточно просты. Опыт кодификации конституционного права Норвегии имеет четкую форму, процедуру, устоявшуюся традицию и обусловленное содержание по переводу материальной Конституции в формальную. Характерно, что содержанием материальной Конституции Норвегии является практика высших органов государственной власти, а также развитие институтов гражданского общества. Вся совокупность этих факторов позволяет нам позитивно оценить опыт скандинавских конституционалистов, выработавших своеобразную идеологию конституционного регулирования за счет кодификационной практики на основе обычаев.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Еллинек Г.* Право современного государства. СПб., 1908. С. 14, 16.
2. *Жинульяк С.* О кодификации и ее влиянии на законодательство и на науку права. М., 1876. С. 42, 45.
3. *Исаев М.* Механизм государственной власти в странах Скандинавии. М., 2004. С. 118.
4. *Исаев М.А.* Модернизация Основного закона. Опыт Норвегии // Государство и право. 2013. № 6. С. 103–111.
5. *Исаев М.А., Чеканский А.Н., Шишкин В.Н.* Политическая система стран Скандинавии и Финляндии. М., 2001. С. 43–74, 202.
6. *Кабрияк Р.* Кодификации. М., 2007. С. 83.
7. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. М., 1988. Вып. 2. С. 67, 74, 91.
8. *Риккерт Г.* Введение в трансцедентальную философию. Предмет познания. Киев, 1904. С. 39, 94, 114.
9. *Савальский В.А.* Основы философии права в научном идеализме. М., 1908. Т. 1. С. 55, 56.
10. *Скирбекк Г.* Норвежский менталитет и модерность. М., 2017. С. 49, 65, 163.
11. *Эрлих О.* Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 483, 484.
12. *Andenæs J., Fliflet A.* Statsforfatningen i Norge. Oslo, 2008. S. 61.
13. *Castberg F.* Norges statsforfatning. Oslo, 1947. Bd. 1. S. 24, 25, 27–29, 71.
14. *Hägerström A.* Rätten och staten. Tre föreläsningar om rätts-och statsfilosofi. Stockholm, 1963. S. 33.
15. *Jacobsson B.* Europeiseringen och statens omvaldning// Score Rapportserie. 1999. No. 2. S. 6, 12.
16. *Ross A.* Dansk statsforfatningsret. København, 1959. Bd. 1. S. 11, 29, 30, 32–34, 136, 137.
17. *Seip J.A.* Fra embedsmandsstat till ettparti stat. Oslo, 1963.
18. *Sørensen M.* Statsforfatningsret. København, 1979. S. 18, 28.
19. *Zahle H.* Dansk forfatningsret. København, 1997. Bd. 1. Institutioner og regulering. S. 69.

REFERENCES

1. *Jellinek G.* Law of the modern state. SPb., 1908. P. 14, 16 (in Russ.).
2. *Zhinulyak S.* On codification and its impact on legislation and the science of law. M., 1876. P. 42, 45 (in Russ.).
3. *Isaev M.* Mechanism of state power in the Scandinavian countries. M., 2004. P. 118 (in Russ.).
4. *Isaev M.A.* Modernization of the Basic Law. Experience of Norway // State and Law. 2013. No. 6. P. 103–111 (in Russ.).
5. *Isaev M.A., Chekansky A.N., Shishkin V.N.* Political system of the countries of Scandinavia and Finland. M., 2001. P. 43–74, 202 (in Russ.).
6. *Kabriyak R.* Codification. M., 2007. P. 83 (in Russ.).
7. *Kelsen G.* Pure doctrine of law. M., 1988. Issue 2. P. 67, 74, 91 (in Russ.).
8. *Rickert G.* Introduction to transcendental philosophy. Subject of knowledge. Kiev, 1904. P. 39, 94, 114 (in Russ.).
9. *Savalsky V.A.* Fundamentals of Philosophy of Law of scientific idealism. M., 1908. Vol. 1. P. 55, 56 (in Russ.).
10. *Skirbekk G.* The Norwegian mentality and modernity. M., 2017. P. 49, 65, 163 (in Russ.).
11. *Ehrlich A.* The basic principle of the Sociology of Law. SPb., 2011. P. 483, 484 (in Russ.).
12. *Andenæs J., Fliflet A.* Statsforfatningen i Norge. Oslo, 2008. S. 61.
13. *Castberg F.* Norges statsforfatning. Oslo, 1947. Bd. 1. S. 24, 25, 27–29, 71.
14. *Hägerström A.* Rätten och staten. Tre föreläsningar om rätts-och statsfilosofi. Stockholm, 1963. S. 33.
15. *Jacobsson B.* Europeiseringen och statens omvaldning// Score Rapportserie. 1999. No. 2. S. 6, 12.
16. *Ross A.* Dansk statsforfatningsret. København, 1959. Bd. 1. S. 11, 29, 30, 32–34, 136, 137.
17. *Seip J.A.* Fra embedsmandsstat till ettparti stat. Oslo, 1963.
18. *Sørensen M.* Statsforfatningsret. København, 1979. S. 18, 28.
19. *Zahle H.* Dansk forfatningsret. København, 1997. Bd. 1. Institutioner og regulering. S. 69.

Сведения об авторе

ИСАЕВ Максим Анатольевич –
доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного права Московского государственного института международных отношений (Университет) МИД России;
119454 г. Москва, пр-т Вернадского, д. 76
ORCID: 0000-0002-8492-0650

Authors' information

ISAEV Maxim A. –
Doctor of Law, Professor, Professor at the Department of Constitutional Law, Moscow state Institute of International Relations (University) MFA Russia;
76 Vernadskogo ave., 119454, Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 111–120
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 111–120

СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

МИРОВАЯ ЮСТИЦИЯ В БОЛГАРИИ И В РОССИИ (ИСТОРИКО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ)

© 2021 г. М. М. Матеев

Софийский университет им. св. Климента Охридского, Болгария

E-mail: mihail.mateev@gmail.com

Поступила в редакцию 08.09.2020 г.

Аннотация. В статье дан краткий исторический и сравнительно-правовой анализ русской (1864–1917 гг.) и болгарской (1880–1934 гг.) модели мирового суда и современной внесудебной медиации. Автор приходит к выводу о том, что восстановленный в Российской Федерации мировой суд (1998 г.) имеет сходство с неудачной моделью болгарского мирового суда, а внедряемая в последние десятилетия медиация не может достичь эффективности мировой юстиции.

Ключевые слова: мировая юстиция, мировой суд, примирительное судопроизводство, медиация, судебная система, судоустройство, судебная реформа, Болгария, Россия.

Цитирование: *Матеев М.М.* Мировая юстиция в Болгарии и в России (историко-правовое исследование) // Государство и право. 2021. № 1. С. 111–120.

DOI: 10.31857/S102694520013233-7

JUSTICE OF THE PEACE IN BULGARIA AND IN RUSSIA (HISTORICAL AND LEGAL RESEARCH)

© 2021 M. M. Mateev

Sofia University "St. Kliment Ohridski", Bulgaria

E-mail: mihail.mateev@gmail.com

Received 08.09.2020

Abstract. The article provides a brief historical and comparative legal analysis of the Russian (1864–1917) and Bulgarian (1880–1934) models of the justice of the peace and modern out-of-court mediation. The author comes to the conclusion that the justice of the peace court, restored in the Russian Federation (1998), is similar to the unsuccessful model of the Bulgarian one, and the mediation introduced in recent decades cannot achieve the effectiveness of justice of the peace.

Key words: justice of the peace, conciliation, mediation, judicial organization, judiciary, judicial reform, Bulgaria, Russia.

For citation: *Mateev, M.M. (2021).* Justice of the peace in Bulgaria and in Russia (historical and legal research) // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 111–120.

Реформы судоустройства и судопроизводства, которые периодически проводятся в большинстве государств Европы и которые вновь находятся в центре общественного внимания в Болгарии, рано или поздно выявляют свою неспособность решить извечные проблемы правосудия и судебных систем.

За последние несколько десятилетий большую популярность приобрело очередное нововведение – альтернативные способы разрешения споров (ADR) и медиация как один из возможных способов усовершенствования правосудия. Однако после широкомасштабного продвижения и реализации правового регулирования медиации во всех государствах – членах ЕС достигнутые результаты оказались более чем скромными. Опыт практического внедрения института медиации показывает, что она не успевает достичь ни популярности, ни эффективности, ни жизнеспособности мировых судов. На наш взгляд, мировая юстиция, где судья объединяет две функции – мирителя и судьи, а само примирение есть обязательная стадия судебного разбирательства, является значительно более рациональным, чем медиация, при которой эти функции разделяются и возлагаются на разных лиц, сам медиатор не является частью судебной системы, а примирение – обязательным элементом судопроизводства.

Было бы разумно вместо того, чтобы пытаться экспериментировать с различными альтернативными способами разрешения правовых споров, переосмыслить исторический опыт и попытаться извлечь множество успешных и рациональных решений, которые нам предлагает мировая юстиция, имея в виду, что появление мирового суда – это не только результат особых исторических обстоятельств отдельных государств, но и институт, соответствующий общеевропейским правовым и христианским ценностям, традициям, сложившимся на протяжении тысячелетий.

Несмотря на то что в первой половине XX в. мировая юстиция была признана неэффективной и отменена на родине французской и русской моделей, ныне в судебных системах более 40 государств все ещё существуют мировые суды (12 – в Европе, 15 – в Америке, 6 – в Азии, 8 – в Африке, Австралии и Новой Зеландии).

* * *

В континентальной Европе институт мирового суда появился в конце XVIII в. Сперва мировой суд и мировая юстиция были введены во Франции (Законом о судоустройстве от 16–24 августа 1790 г.), а к середине XIX в. французский образец был воспринят в той или иной степени в большинстве европейских государств, в т.ч. и в Российской Империи.

В результате многолетней кропотливой работы, дискуссий, тщательного осмысления своего и иностранного исторического опыта в 1864 г. в Российской Империи была создана оригинальная судебная система, имевшая некоторые сходства и заимствования из континентальной (французской) модели, но ни в коем случае не являвшейся её простой копией или компиляцией.

Новые судоустройство и судопроизводство по Судебным уставам 1864 г.[1] формально-юридически предусматривали создание единой судебной системы из пяти иерархических (по своей территориальной и предметной компетентности) степеней судебных институтов (мировые суды, съезды мировых судей, окружные суды, судебные палаты, Правительствующий Сенат). Фактически же эта система состояла из «двух самостоятельных ветвей, сходящихся в одной точке – Правительствующем сенате»[2], одной из которых являлись мировые судьи и их съезды (т.н. мировая юстиция) и другая – окружные суды и судебные палаты (т.н. общие судебные места). Отдельно от них были созданы особые юрисдикции: коммерческие, военные, духовные, крестьянские и прочие суды.

Судебная реформа 1864 г., однако, не ограничивалась структурной реформой судебной системы. Это была комплексная реформа согласующая судоустройство и процессуальное право: «Судоустройство и судопроизводство, гражданское и уголовное, состоятъ въ такой тѣсной между собою связи, что невозможно постановить что-либо основательное объ одномъ, не имѣя въ виду другаго. Правила судопроизводства опредѣляютъ средства къ возстановленію силы нарушенныхъ законовъ; въ судоустройствѣ установляются власти и органы, коими эти средства приводятся въ дѣйствіе. Тѣмъ не менѣе въ судоустройствѣ указываются формы и обряды, которые должны служить обезпеченіемъ правосудія, а въ уставахъ судопроизводства, гражданскаго и уголовнаго, заключаются указанія того устройства, какое надлежитъ дать судебнымъ властямъ, для отправленія правосудія по установленнымъ началамъ и правиламъ»[3].

В юридическо-техническом плане Учреждение судебных установлений и Уставы Гражданского и Уголовного судопроизводства являются отдельными узаконениями, но в то же время они были

[1] См.: Судебные уставы 20 ноября 1864 года, съ изложеніемъ разсужденій на коихъ они основаны. 2-е доп. изд. СПб., 1867. Т. 1–4 (далее – Судебные уставы 20 ноября 1864 года...).

[2] *Лонская С.В.* Мировая юстиция в России. Калининград, 2000. С. 46.

[3] Судебные уставы 20 ноября 1864 года... Т. 3. С. VI.

разработаны и изданы согласованно и есть лишь структурная часть сложного и единого законодательного акта, который российские юристы называют «Судебные уставы 1864 г.».

Хотя идея мировой юстиции не являлась самобытно русской, российский законодатель сумел не только воспринять некоторые позитивные принципы и институты из западноевропейского законодательства, но, по сути, построить свою собственную модель мирового суда, которая не может быть приравнена ни к французской, ни к английской, не является ни гибридом, ни какой-то компиляцией. Русская модель мировой юстиции, по нашему мнению, есть оригинальная, продуманная и значительно лучше реализованная в законодательстве система.

Российская мировая юстиция по Судебным уставам 1864 г. отличается рядом особенностей от других европейских систем.

Во-первых, она представляет единый комплекс судоустройственных и процессуальных норм, а не компромисс судопроизводства с изменяющимся судоустройством (как это происходит во Франции) или судоустройства с неизбежно необходимыми изменениями и модернизацией судопроизводства (как в Англии).

В структурном отношении она включает в себя два типа судебных учреждений – мирового судью и Съезд мировых судей, в работе которых сочетаются принципы единоличного и коллегиального рассмотрения дел. В этом плане русская модель в некоторой степени напоминает английскую, но, как отмечалось выше, она значительно отличается по своим функциональным характеристикам.

Российский мировой суд имел более широкую предметную и территориальную юрисдикцию. И если второе неизбежное следствие обширных российских пространств (разумеется, территория судебного участка российского мирового судьи значительно больше, чем у французов), разница в подсудности имеет фундаментальное значение. При сопоставимых ценах к середине XIX в. российский мировой судья являлся первой инстанцией, рассматривавшей гражданские дела с ценой иска в 50 раз выше, чем во Франции, а также имел юрисдикцию и по уголовным делам (во Франции мировой суд первоначально имел только компетенцию в гражданских делах). Это было сделано для того, чтобы увеличить значимость мирового суда как реального местного суда, которому подсудны большинство возникающих дел, а не только малозначительных. К этому следует добавить и тот факт, что в Российской Империи мировые судьи были приравнены по своему статусу к судьям окружных судов. По законодательству после реформы 1864 г. мировые суды и мировые судьи получили такую же компетентность, какую ранее имели общие суды.

Российский мировой суд был в значительной степени независим, в сравнении с французской мировой юстицией, где апелляции на их решения и приговоры, как и дисциплинарные взыскания мировых судей, рассматривались общими судами первой и второй инстанций. В российской системе в одном судебном разбирательстве не допускалось смешивания мирового порядка рассмотрения дел и строгого формального процессуального порядка общих судов.

Российский мировой суд был полупрофессиональным. Мировые судьи были выборными и мандатными. Несмотря на то что участковые судьи назначались на штатные оплачиваемые должности, к ним не предъявлялись требования наличия высшего образование и юридической квалификации, что определяет их полупрофессиональную характеристику. Российский мировой суд также сочетал в себе общественное и государственное начало, т.к. параллельно участковым функционировали и почётные мировые судьи.

Хотя ряд русских исследователей (К.И. Малышев, А.А. Головачев, Н.А. Корф и др.), а также наших современников (С.С. Лонская, А.М. Мойсинович и др.) относятся критически и к практическому осуществлению мирового суда в России и приводят ряд примеров ненадлежащего поведения и неправомерных действий со стороны отдельных магистратов, считаем, что для объективной оценки необходимо учитывать два существенных обстоятельства:

радикальная трансформация любого государственного учреждения в России (многонационального, многоконфессионального, патриархального, с огромными территориями и расстояниями между поселениями) – чрезвычайно сложная задача, и даже самые продуманные реформы неизбежно дают неожиданные и отрицательные результаты в отдельных местах;

смена верховной власти и смена внутренней политики Российской Империи. После 1881 г. в России началась политика контрреформ, в которой не только идея Конституции, но и все демократические преобразования Государя Императора Александра II, в т.ч. новая судебная система, стали жертвой недоверия и обвинений в противоречии с русскими традициями и предпосылкой разрастания революционных движений. В подтверждение этой политики все негативные проявления в мировых судах переэкспонировались.

Реальные проблемы с новыми судами, естественно, существовали, но их следовало бы обдуманно и планомерно решать в течение многих лет,

десятилетий, чтобы система могла реально заработать в соответствии с её назначением. К сожалению, история не дала российским мировым судам этого времени. Ещё в ходе их учреждения они начали испытывать удары контрреформы Государя Императора Александра III, затем последовали революция, мировая война, новые революции. И наконец 22 ноября (5 декабря) 1917 г. первым Декретом о суде[4] все существовавшие суды были отменены. Одним росчерком пера шести членов Совета Народных Комиссаров был принят Декрет, состоявший из 8 статей, отправивший в небытие 4 устава – 3112 статьи, более 18 тыс. страниц текстов, обоснований, мотивов – результаты продолжительной и блестящей работы сотни российских высокообразованных юристов и государственных деятелей, чтобы начать все заново через 80 лет.

* * *

Историческая судьба мировых судов в Болгарии оказалась не менее сложной и противоречивой.

Основы судебного устройства и судопроизводства в Болгарии были заложены в ходе Освободительной русско-турецкой войны и Временного русского управления (1877–1879). 24 августа 1878 г. были изданы «Временные правила об устройстве судебной части в Болгарии»[5] (ВПУСЧБ), согласно которым судебная система включала в себя полюбовные, окружные, областные (губернские) и особые (административные и духовные) суды. 25 ноября 1878 г. был создан Верховный суд в качестве кассационной инстанции по гражданским, коммерческим и уголовным делам. Один из основных принципов, лежавший в основе Временного русского управления в организации судебной власти,– «избегать решительных нововведений, оставляя, по возможности, прежние формы судов»[6].

В феврале 1880 г. были проведены новые парламентские выборы, и Либеральная партия получила большинство. Уже на своей первой очередной сессии II Обыкновенное Народное собрание (ОНС) наряду с другими приняло и четыре новых закона по судебной части: Закон об устройстве судов, Судопроизводство по гражданским делам, подсудных мировым судьям, Судопроизводство по уголовным делам, подсудных мировым судьям и Устав о наказаниях, которые могут применять мировые судьи, а также поправки к Временным правилам устройства судебной части.

Инициатором этой судебной реформы и «отцом» мировой юстиции в Болгарии был министр юстиции в правительстве Драгана Цанкова – Христо Стоянов[7]. Его биография показывает, что он был непосредственным свидетелем российской судебной реформы и всей эйфории и надежд российских юристов на новосозданные мировые и общие суды. Наверное, министр Стоянов был очарован популярностью мировой юстиции, вводимой в Российской Империи после судебной реформы 1864 г., и с энтузиазмом начал внедрять этот институт в Болгарии с идеей, что мировые судьи заменят плохо работающие в то время полюбовные суды.

Наиболее значительными изменениями в судебной системе Княжества Болгарии, которые были введены новым Законом об устройстве судов 1880 г., по словам Д. Токушева[8], являются два: 1) создание мирового суда; 2) создание нового института судебной власти – прокуратуры. К ним мы бы добавили ещё два важных изменения: ликвидация полюбовных судов (Советов старейшин в сёлах и городских общинах) и отмена существующей в ВПУСЧБ выборности некоторых судей и введение принципа назначаемости всех судей без исключения.

Правовая база созданного мирового суда, по признанию самих авторов судебной реформы 1880 г., была заимствована из законодательства Российской Империи, в частности из разд. I «О мировых судьях и их Съездах» в Учреждении судебных установлений 1864 г. (УСУ) кн. I «Порядок производства в мировых судебных установлениях» Устава Гражданского судопроизводства 1864 г. (УГС),

[4] См.: Декреты Советской власти. М., 1957. Т. I. С. 124–126.

[5] См.: Временны правила за устройство на судебната часть въ България. Утвърдены на 24 августъ 1878 лѣто от Императорскій Россійский Коммиссаръ князя А.М. Дондукова-Корсакова. Пловдив, 1878.

[6] *Овсянный Н.Р.* Русское управление в Болгарии въ 1877–78–79 г. СПб., 1906. Т. II. С. 109.

[7] Христо Тодоров Стоянов (1845–1895) родился в Софии, где и получил начальное образование. С 1860 по 1863 г. учился в средней школе в Одессе, затем работал учителем в Софии (1863–1864). Получив стипендию от Ивана Денкоглу, он смог закончить высшее юридическое образование в Московском университете (Петко Каравелов также окончил тот же юридический факультет). После окончания университета в 1868 г. он вернулся в Болгарию и работал учителем и директором Классной школы в Пловдиве, управляющим болгарскими школами в Софии. В 1870–1871 гг. был избран делегатом Церковного Совета в Константинополе и председателем Революционного комитета в Софии. С 1876 г. пребывал в Российской Империи, где организовал набор болгарских добровольцев для предстоящей войны. Во время русско-турецкой освободительной войны 1877–1878 гг. работал в Управлении по гражданским делам князя Черкасского и какое-то время был губернатором Софии. После освобождения Болгарии был избран депутатом Учредительного собрания в Тырново (1879). В том же году назначен председателем Верховного суда и избран членом Народного собрания I созыва. В 1880 г. стал министром юстиции, депутатом парламента и заместителем председателя Народного собрания II созыва. С 1887 г. и до смерти в 1895 г. он снова занимал должность председателя Верховного кассационного суда.

[8] См.: *Токушев Д.* Съдебната власт в България. София, 2003. С. 171.

Устава Уголовного судопроизводства 1864 г. (УУС) и Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 г. (УННМС). Соответственно, мировая юстиция в Болгарии регулировалась четырьмя нормативными актами: Закон об устройстве судов (обнародован в ДВ[9], № 45 от 28.V.1880 г., № 47 от 2.VI.1880 г.), Устав гражданского судопроизводства мировых судей (судопроизводство по гражданским делам, подсудным мировым судьям) (ДВ, № 48 от 3.VI.1880 г.), Судопроизводство по уголовным делам, подсудным мировым судьям (ДВ, № 49/1880), и Устав о наказаниях, которые могут применять мировые судьи (ДВ, № 51 от 11.VI.1880 г.)[10].

В Болгарии мировая юстиция составляла комплекс неразрывно связанных судоустройственных, процессуальных и уголовных материально-правовых норм, что можно признать значительным достоинством судебного законодательства 1880 г.

В то же время в ЗУС был сделан выборочный отбор русских текстов и внесен ряд изменений. Между системой, созданной в Болгарии, и российской системой существовали три основных отличия.

1. В российском судоустройстве мировая юстиция состояла из двух судебных учреждений – единоличного мирового судьи, действовавшего в пределах судебного участка в качестве суда первой инстанции, и Съезда мировых судей соответствующего судебного района (уезда), выступавшего в качестве апелляционной и кассационной инстанции по решениям и приговорам мировых судей соответствующего района. Система мирового правосудия в Болгарии включала в себя только единоличные мировые суды. В соответствии с процессуальным законодательством акты мирового судьи могли быть обжалованы в соответствующих окружных судах.

2. В российском судоустройстве были предусмотрены два типа мировых судей – участковые и почётные судьи. Первые – имели жалование, занимали штатную должность, государство обеспечивало им все расходы, связанные с деятельностью, а вторые – не получали довольствия, работали на общественных началах и даже не была предусмотрена компенсация их расходов. Болгарский ЗУС 1880 г. устанавливал только один тип мировых судей – штатных. К тому же кандидаты на эту должность должны были отвечать всем требованиям к профессиональным судьям.

3. В российском судоустройстве все мировые судьи избирались (участковые и почётные судьи). Раздел I ЗУС не содержал каких-либо специальных правил, определяющих ни условия, ни способ занятия должности мирового судьи. Этот вопрос был решён в ст. 102 ЗУС (разд. VI «Назначение, увольнение или отстранение от должности лиц судебного ведомства»), предусматривавшей одинаковые требования при назначении председателей, заместителей председателей, членов районных судов, судебных следователей, прокуроров, их помощников и мировых судей. Согласно ст. 103 все эти лица (и даже секретари мировых судей и окружных судов) назначаются монархом (Князем) по «предложению министерства».

Без какого-либо обоснования болгарский законодатель, с одной стороны, пытался скопировать российский проект, а с другой – по непонятным причинам решил сэкономить некие элементы в здании болгарского мирового суда.

В конечном счете болгарская версия российской мировой юстиции имела мало общего с прототипом с точки зрения судоустройства. Более того, болгарский мировой судья принципиально отличался по своему статусу и от своего французского коллеги. Общими являлись только его название «мировой», сравнительно небольшой судебный участок (мирова околия) и его функция суда первой инстанции по гражданским делам с малой стоимостью иска и уголовным делам о мелких правонарушениях. Мировой судья являлся профессиональным мировым судьёй, назначаемым главой государства, что делало его зависимым только и исключительно от милости его министра, он был судебным магистратом, работающим преимущественно в своём кабинете и зале суда, соблюдающим рабочее время, установленное для всех судов, со своим секретарём, принимающим требования и жалобы граждан и сообщающим им решения судьи. Он никоим образом не был связан с местным самоуправлением и местным общественным мнением. Он не был подотчётен никому в своём районе, а только своим начальникам в судебной системе и министру юстиции. В отличие от своего российского коллеги он мог пройти мимо гражданина на улице, не обращая внимая на его просьбы и проблемы, и формально отправить его подать заявление к своему секретарю в рабочее время своего офиса.

Согласно этим правилам болгарский мировой суд так и не получил статуса подлинного местного суда. Он стал частью централизованной судебной системы, закон давал мало шансов жителям воспринимать мирового судью как часть своего общества – он фактически являлся «спущенным свыше» магистратом.

Совершенно необъяснимым является в ЗУС 1880 г. устранение общественного начала в болгарской мировой юстиции (вообще не предусматривается институт

[9] «Държавен вестник» – государственная газета, официальное издание болгарского парламента.

[10] См.: Закон за устройство на съдилищата, Устав за гражданското съдопроизводство на мировите съдии (Съдопроизводство по гражданските дела, които са подсъдни на мировите съдии), Съдопроизводство по углавните дела, които са подсъдни на мировите съдии и Устав за наказанията, които мировите съдии могат да налагат.

почётных мировых судей). Особенно с учётом специфических условий в Болгарии в 1980-х и 1990-х годах, когда из-за отсутствия лиц с высшим юридическим образованием не только в окружных, но и в апелляционных судах приходилось назначать судей без юридического образования. Наивными иллюзиями или сознательным обманом были утверждения авторов судебной реформы о том, что благодаря ей будут заменены непрофессиональные судьи полюбовных судов подобранными Министерством юстиции квалифицированными и компетентными судьями.

К тому же после освобождения Болгария имела ограниченный бюджет, из-за чего приходилось даже сокращать и без того скромное число судей[11]. При таком финансовом состоянии государства сам факт создания мировых судов был тяжёлым бременем для бюджета – это означало более 100 дополнительных судейских штатов (или почти вдвое больше существующих), несколько сотен новых секретарей, писарей, рассыльных, приставов и т.д. Наличие почётных судей могло бы уменьшить нагрузку мировых судей, а в некоторых случаях позволило бы учредить мировые суды и в поселениях вне места штатного мирового судьи.

В болгарской историко-правовой литературе существует заблуждение об учреждённом в Болгарии в 1880 г. мировом суде – якобы доступном, быстром и дешёвом суде для местного населения. В соответствии с принятым нормативным регулированием это было недостижимой целью. Штатов мировых судей было слишком мало, и им определили относительно большие судебные участки[12].

Неподготовленное введение мировой юстиции в Болгарии имело и ещё один негативный аспект, значение которого опускается исследователями – а именно, что по замыслу авторов судебной реформы, мировой суд заменил полюбовные суды, существующие в каждой деревне и городе и включающие старейшин соответствующего посёлка. В ЗУС 1880 г. ни Советов старейшин в деревнях, ни Городских советов уже не существует. Фактически, ещё до практического создания мирового суда как «нового, местного, быстрого и недорогого суда», законодатель поспешно ликвидировал существующие к 1879 г., 2851 полюбовный суд, в которых принимали участие 8553 болгар[13]. Заявления Христо Стоянова, что «эти суды существуют только на бумаге и от них нет никакой пользы», потому что «так ему говорили», просто не соответствуют действительности. Эти утверждения вызвали острые возражения депутатов II ОНС, и опровергаются исследованиями этого традиционного судебного института современных историков права[14].

В Закон об устройстве судов 1880 г. была внесена и ещё одна необдуманная «реконструкция» российской модели мировой юстиции – в нем не существовал институт, подобный Съезду мировых судей. Процессуальными законами было предусмотрено, что в качестве апелляционной и кассационной инстанции по решениям и приговорам мировых судей будут выступать соответствующие окружные суды. Отдавая Окружному суду контроль над решениями и приговорами мирового суда, законодатель фактически включил его в систему общих судов и, таким образом, лишил мировых судей возможности обмениваться опытом и позитивной практикой, отклонять неправильные и незаконные решения своих коллег, формировать свои конкретные согласительные процедуры, с помощью которых можно было бы разрешать споры по соглашению. Более того, эта модель поощряла мирового судью придавать большее значение формализму и создавала стремление избегать неформальные процедуры мирового судопроизводства и в некоторой степени применять в своей практике все сложные процессуальные формы, предусмотренные для окружных судов. Сама система побуждала его к такому переусердствованию, если он хотел подтверждения своих решений вышестоящим судом.

Созданная таким образом нормативная база неизбежно привела к проблемам в деятельности Болгарского мирового суда, и это подтверждается впечатлениями современников – юристов. В 1895 г. Марин Тихчев делится своим опытом адвоката в статье «Наш мировой суд в действительности»[15]: «Мировые судьи твёрдо идут по стопам окружных судов и соблюдают одни и те же процедуры, и выполняют те же формальности, вследствие чего не только усложняются дела, но и продлеваются до бесконечности на годы». Далее в качестве проблемы он указывает, что в своей практике мировые судьи «ухватываются» за формальную силу доказательств, не признавая доказанными акты и сделки, которые были совершены не в предписанной сегодняшним законом форме, а в устной форме – по обычаю. Мировые судьи в большинстве случаев отказываются применять обычай, что приводит

[11] Указом № 113 об устройстве судов (ДВ, № 5 от 25.VIII.1879 г.) сокращается число апелляционных судов.

[12] К 1896 г. (т.е. после объединения Княжества Болгарии с Восточной Румелией) территория государства была поделена на 130 мировых участков, с местом в 92 поселениях и были назначены 130 мировых судей во всей стране.

[13] См.: *Йочев Е.* Помирителният съд в Царство България. 25.04.2016 г. URL: http://www.sadebnopravo.bg/biblioteka/2016/4/25/e-

[14] См.: *Цекова С.* Помирителните съдилища в период на Временното руско управление в България. IUS ROMANUM ISSN2367–7007, бр. 2/2015 г. URL: http://iusromanum.eu/bg/periodicum/numeri/2015/2

[15] *Тихчев М.* Наший мировий съд в действителност // Юридически преглед, год. III, кн. XIV. 15.09.1895. С. 634–637.

к несправедливости в их решениях. «Судопроизводство в судах затрудняется и замедляется не столько работой, которая является основной для суда, сколько всякой писаниной. Это делает суд не только не быстрым, но и очень даже медленным. Рассмотрение прошения через 2–3 месяца после подачи, а затем, в поисках абсолютной справедливости единоличным судьёй, отложить его еще 3–4 раза – это совсем на скоро. Мировой суд теряет свое назначение. Следует искать пути упрощения мирового судопроизводства». За растущий формализм и проблемы в работе мировых судей Тихчев винит и Верховный кассационный суд: «Практика Верховного кассационного суда довела до того, что мировой суд, отличающийся от общего суда, приблизился к последнему. <...>. Благодаря огромному количеству решений Гражданской коллегии ВКС, все подсудные мировому судье вопросы права решаются так же формально, как и в Общем суде». В канцелярии мирового судьи «ежегодно исписываются целые стопы бумаги», и вся эта писанина превращает его из одного, по идее, справедливого суда в «формально-справедливый». В результате всего этого формализма и казуистики против всякой справедливости процветают всевозможные «запатентованные и непатентованные адвокаты, эксплуатирующие небольшие кошельки неграмотного населения», и всевозможные писари грабят его дополнительно «на законных основаниях». С горечью Тихчев заключает: «Слова господина министра юстиции, когда он вносил законопроект о Мировых учреждениях, о том, что последний будет судом: быстрым, недорогим и, по возможности, самым справедливым остались пустыми словами. Настало время внести поправки в законодательство».

В конечном счете в модифицированной таким образом русской модели мировой юстиции в Болгарии было создано судебное учреждение, являвшееся мировым судом только по своему наименованию, изначально лишённое возможности и в последующие 54 года – до своей отмены в 1934 г.– так и не сумевшее выполнить функции мирового суда. Практически было создано еще одно звено в иерархии общих гражданских и уголовных судов – уездный суд единоличной юрисдикции, единственной функцией которого являлось рассмотрение малозначительных гражданских и уголовных дел, выполняющий судопроизводство первой инстанции совместно с окружными судами. Мировой суд в Болгарии был создан без надлежащей оценки имевшихся кадровых ресурсов и материальных возможностей государства, поэтому он быстро стал институтом, не способным выполнять свои задачи, а также справляться с возложенным на него непосильным бременем.

* * *

17 декабря 1998 г. в Российской Федерации был принят Федеральный закон «О мировых судьях Российской Федерации»[16], на основании которого вновь началось многолетнее учреждение мировых судов в стране.

С сожалением следует отметить, что восстановленный в конце XX в. мировой суд Российской Федерации имеет слишком мало общего с исторической моделью 1864–1917 гг.

В соответствии с Федеральным законом от 17 декабря 1998 г. мировые являются «судьями и судом субъекта Федерации, низшим звеном единой судебной системы, наделяемым полномочиями в особом, более демократичном порядке, имеющим специальную ограниченную юрисдикцию». В их компетентности: рассмотрение в первой инстанции уголовных дел за преступления, наказуемые лишением свободы на срок до трех лет, некоторые бракоразводные и семейные иски, имущественные споры с иском до пяти тысяч рублей, выдача судебных приказов, некоторые административно-уголовные дела и пр. Судебные участки определяются численностью населения (15–23 тыс. человек).

Согласно ст. 5 Федерального закона мировые судьи и кандидаты в мировые судьи должны соответствовать требованиям Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации»[17] к судьям и кандидатам на должность судей. Они назначаются представительными органами отдельных субъектов Российской Федерации или избираются населением на срок не более пяти лет (с учётом законодательства отдельных субъектов) и имеют право переназначения / переизбрания на ту же должность и на тот же срок.

Акты мирового судьи могут быть обжалованы в апелляционном порядке перед вышестоящим (районным) судом.

К этому следует добавить, что в процессуальных нормативных актах отсутствуют конкретные положения о судебном разбирательстве в мировом суде, и на них распространяются общие нормы гражданского, уголовного и административного судопроизводства. Нет даже сформулированной общей обязанности или приоритета разрешения дел путём примирения сторон. Мы можем согласиться с Л.В. Головко, который констатирует: «Такой концепции просто-напросто нет, т.е. никаких концептуальных оснований Закон от 17 декабря 1998 г. не имеет, если не считать подобным основанием ностальгию по “золотым временам” Судебной

[16] См.: СЗ РФ. 1998. № 51, ст. 6270.

[17] См.: Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30, ст. 1792; СЗ РФ. 1995. № 26, ст. 2399; 2020. № 31 (ч. I), ст. 5027.

реформы 1864 г. или не совсем правильное сравнительно-правовое представление об институте»[18].

По своей сути современный российский мировой суд представляет собой традиционный во всех отношениях общий суд первой инстанции, аналогичный болгарским районным судам. При рассмотрении дел он не использует какие-либо иные способы разрешения споров. Мировые судьи «называются “мировыми” лишь по недоразумению»[19], а устройство мирового суда в Российской Федерации не соответствует сути мировой юстиции.

Как это ни парадоксально выглядит, но (хотя и совершенно непреднамеренно) российский законодатель следовал не своему историческому опыту, а довольно неудачной исторической модели болгарского мирового суда 1880–1934 гг. Вполне вероятно, что будущее мирового суда в Российской Федерации может оказаться повторением печальной судьбы и кончины мировых судов в Болгарии.

* * *

Медиация как способ альтернативного разрешения споров быстро приобрела популярность в период 1997–2008 гг. Большое количество государств – членов ЕС ввело её в свое законодательство, в т.ч. Болгария, приняв в 2004 г. Закон о медиации[20]. Закон об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) был также принят в Российской Федерации в 2010 г.[21]

При характеристике медиации её особыми достоинствами отмечают: конфиденциальность процедуры (в отличие от гласности судебного разбирательства) и то, что «посредник принимает процедуру только в том случае, если он может гарантировать её независимость, беспристрастность и нейтралитет»[22]. В отличие от примирительного судопроизводства у мирового судьи, который «настойчиво подсказывает свое решение... с точки зрения закона и морали», «выслушивает стороны и предлагает им конкретное решение», медиация якобы является «структурированным процессом, она гарантирует, восстанавливает качество взаимосвязи, чтобы разрешить спор между самими сторонами и для самих сторон, сам медиатор не оказывает никакого юридического, морального или культурного влияния»[23]. По нашему мнению, эти характеристики медиации имеют преимущественно абстрактно-теоретический характер и совсем не бесспорны с практической точки зрения.

Важной, но не слишком выделяемой чертой современной европейской медиации является то, что она представляет собой хорошо оплачиваемую услугу, сравнимую с расходами судебных разбирательств (при низкой стоимости иска). В этом отношении медиация существенно отличается от мировой юстиции, которая в некоторых государствах была совсем бесплатной для сторон, а в других – значительно дешевле судебных расходов в общих судах.

Безуспешная медиация – это для сторон не только потеря денег, уплаченных за расходы, но и пустая трата времени. В этом плане можно найти и главное преимущество примирительного производства мирового судьи. В ходе предварительного примирительного производства, мировой судья и стороны совместно выясняют претензии и утверждения, фактические обстоятельства спора, собирают и проверяют соответствующие доказательства. Именно наличие или отсутствие доказательств, соответствующих утверждениям, есть мотивирующий фактор сторон для поиска компромиссного решения существующего спора между ними, особенно в случаях, когда одна или обе стороны имеют склонность к непочтенности и недобросовестности. Даже если предварительное примирительное производство в мировом суде закончится безрезультатно, и стороны не могут прийти к соглашению, мировой судья может немедленно войти в роль судьи и постановить судебное решение, поскольку основные действия по разбирательству совершены и имеют процессуальную силу – собраны и проверены доказательства, стороны представили все свои аргументы и возражения. Осталось только осуществить юридическую квалификацию и зафиксировать резолютивную часть решения. Процессуальная экономия очевидна – нет необходимости передавать дело в суд, определять дату заседания, призывать стороны, и затем проводить все разбирательство сначала. Мировая юстиция является оптимальной не только с финансовой

[18] *Головко Л.В.* Генезис концепции мировой юстиции на западе и в России: от единства термина к разнообразию институтов // Вестник Московского ун-та. Сер. 11 «Право». 2009. № 6. С. 40.

[19] *Боровский М.В.* Мировой суд // Судебная власть / под ред. И.Л. Петрухина. М., 2003. С. 412.

[20] См.: Закон за медиацията – Обн., ДВ, бр. 110 от 17.12.2004 г., изм. и доп., бр. 86 от 24.10.2006 г., доп., бр. 9 от 28.01.2011 г., изм. и доп., бр. 27 от 1.04.2011 г., бр. 77 от 18.09.2018 г.

[21] См.: Федеральный закон от 07.07.2010 г. «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // СЗ РФ. 2010. № 31, ст. 4162; 2019. № 30, ст. 4099.

[22] *Попова В.* Медиацията в българското, европейското право, българския, европейския и международния граждански процес // Норма, бр. 6/2017. С. 15.

[23] *Devigny E.* Médiation, conciliation, arbitrage, négociation: c’est quoi les MARC? 16.01.2017 г. URL: https://www.officieldelamediation.fr/2017/01/16/mediation-conciliation-arbitrage-negociation-a-vos-marcs/ (дата обращения: 25.01.2019).

стороны, но и с точки зрения скорости разрешения спора.

Указанные недостатки медиации – вероятная причина того, что, несмотря на усиленную пропаганду и всевозможные меры её продвижения, она не может утвердиться в практике как эффективный альтернативный способ разрешения споров. В заключительной части обзорного исследования «"Перезагрузка" Директивы о медиации: оценка ограниченного воздействия её приложения и предложение мер по увеличению числа медиаций в ЕС» с неудовлетворением отмечается факт, что споры, по которым была проведена процедура медиации, составляли в среднем менее 1% от всех споров, переданных в суды ЕС[24]. В 14 из 28 государств – членов ЕС число проведённых медиаций составляет менее 500 в год, а пионер европейской медиации – Франция после 40 лет активного продвижения проводит всего от 2000 до 5000 медиаций в год[25].

Очевидный провал очередной инновации в области правосудия и постоянные проблемы в существующих судебных системах вновь ставят на повестку дня вопрос: что делать? Может быть, нам следует обратиться к хорошо забытому «старому» и попытаться извлечь из него рациональное, полезное, работающее для построения следующего «нового».

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Боровский М.В.* Мировой суд // Судебная власть / под ред. И.Л. Петрухина. М., 2003. С. 412.
2. *Головко Л.В.* Генезис концепции мировой юстиции на западе и в России: от единства термина к разнообразию институтов // Вестник Московского ун-та. Сер. 11 «Право». 2009. № 6. С. 40.
3. *Лонская С.В.* Мировая юстиция в России. Калининград, 2000. С. 46.
4. *Овсянный Н.Р.* Русское управление в Болгарии в 1877–78–79 г. СПб., 1906. Т. II. С. 109.
5. *Йочев Е.* Помирителният съд в Царство България. 25.04.2016 г. URL: http://www.sadebnopravo.bg/biblioteka/2016/4/25/e-
6. *Попова В.* Медиацията в българското, европейското право, българския, европейския и международния граждански процес // Норма, бр. 6/2017. С. 15.
7. *Тихчев М.* Наший мировий съд в действителност // Юридически преглед, год. III, кн. XIV. 15.09.1895. С. 634–637.
8. *Токушев Д.* Съдебната власт в България. София, 2003. С. 171.
9. *Цекова С.* Помирителните съдилища в период на Временното руско управление в България. IUS ROMANUM ISSN2367–7007, бр. 2/2015 г. URL: http://iusromanum.eu/bg/periodicum/numeri/2015/2
10. *Devigny E.* Médiation, conciliation, arbitrage, négociation: c'est quoi les MARC? 16.01.2017 г. URL: https://www.officieldelamediation.fr/2017/01/16/mediation-conciliation-arbitrage-negociation-a-vos-marcs/ (дата обращения: 25.01.2019).
11. *Giuseppe De Palo, etc.* "Rebooting" the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. Brussels, 2014. P. 127, 128, 162. URL: http://www.europarl.europa.eu/committees/en/supporting-analyses-catalog.html?content=REBOOTING%20THE%20-MEDIATION%20DIRECTIVE&wordSearchType=TITLE#supporting-analyses (дата обращения: 31.01.2019).

REFERENCES

1. *Borovskiy V.M.* The World court // The Judiciary / ed. by I.L. Petrukhin. M., 2003. P. 412 (in Russ.).
2. *Golovko L.V.* Genesis of the concept of global justice in the West and in Russia: from the unity of the term to a variety of institutions // Herald of Moscow University. Ser. 11 "Law". 2009. No. 6. P. 40 (in Russ.).
3. *Lonskaya S.V.* World Justice in Russia. Kaliningrad, 2000. P. 46 (in Russ.).
4. *Ovsyannyj N.R.* Russian administration in Bulgaria in 1877–78–79. SPb., 1906. Vol. II. P. 109 (in Russ.).
5. *Йочев Е.* Помирителният съд в Царство България. 25.04.2016 г. URL: http://www.sadebnopravo.bg/biblioteka/2016/4/25/e-
6. *Попова В.* Медиацията в българското, европейското право, българския, европейския и международния граждански процес // Норма, бр. 6/2017. С. 15.
7. *Тихчев М.* Наший мировий съд в действителност // Юридически преглед, год. III, кн. XIV. 15.09.1895. С. 634–637.
8. *Токушев Д.* Съдебната власт в България. София, 2003. С. 171.
9. *Цекова С.* Помирителните съдилища в период на Временното руско управление в България. IUS ROMANUM ISSN2367–7007, бр. 2/2015 г. URL: http://iusromanum.eu/bg/periodicum/numeri/2015/2

[24] См.: *Giuseppe De Palo, etc.* "Rebooting" the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. Brussels, 2014. P. 162. URL: http://www.europarl.europa.eu/committees/en/supporting-analyses-catalog.html?content=REBOOTING%20THE%20MEDIATION%20DIRECTIVE&wordSearchType=TITLE#supporting-analyses (дата обращения: 31.01.2019).

[25] См.: ibid. P. 127, 128.

10. *Devigny E.* Médiation, conciliation, arbitrage, négociation: c'est quoi les MARC? 16.01.2017 г. URL: https://www.officieldelamediation.fr/2017/01/16/mediation-conciliation-arbitrage-negociation-a-vos-marcs/ (accessed: 25.01.2019).
11. *Giuseppe De Palo, etc.* "Rebooting" the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. Brussels, 2014. P. 127, 128, 162. URL: http://www.europarl.europa.eu/committees/en/supporting-analyses-catalog.html?content=REBOOTING%20THE%20MEDIATION%20DIRECTIVE&wordSearchType=TITLE#supporting-analyses (accessed: 31.01.2019).

Сведения об авторе

МАТЕЕВ МИХАИЛ МАТЕЕВ –
доктор права, главный ассистент по истории болгарского государства и права кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Софийского университета им. св. Климента Охридского;
1504 Болгария, г. София,
ул. Царя Освободителя, д. 15

Authors' information

MATEEV MIHAIL MATEEV –
Doctor of Law, Chief assistant Professor of history of the Bulgarian state and law at the Department of theory and history of the state and law at the faculty of law of the Sofia University "St. Kliment Ohridski";
15 бул. Цар Освободител, 1504 София, България

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 121–129
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 121–129

АНТИРОСТОВЩИЧЕСКИЕ ЗАКОНЫ 1880, 1893 гг. И ИХ ВЛИЯНИЕ НА РАЗВИТИЕ ПРАВА ГЕРМАНИИ. ПОНЯТИЕ «НАЖИВА» (“WUCHER”)

© 2021 г. О. Л. Лысенко

Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова

E-mail: ollysenko@mail.ru

Поступила в редакцию 23.06.2020 г.

Аннотация. В статье речь идет о понимании термина «ростовщичество», «нажива» (“Wucher”) в праве Германии; об истории создания «антиростовщических» законов (Wuchergesetze) 1880, 1893 гг., оказавших влияние на последующее развитие права Германии. На основе анализа Гражданского и Уголовного кодексов, а также специального законодательства автор показывает эволюцию института «наживы» в праве Германии в конце XIX – начале XXI в. и ее различные виды: «ростовщичество», «наживу» в денежных обязательствах (Kreditwucher); «наживу» по любым другим сделкам (Sachwucher); «наживу» при оказании услуг (Leistungswucher); «наживу» в социально значимой сфере (Sozialwucher).

Ключевые слова: история права Германии, гражданское право Германии, уголовное право Германии, договорное право Германии, антиростовщическое законодательство.

Цитирование: *Лысенко О.Л.* Антиростовщические законы 1880, 1893 гг. и их влияние на развитие права Германии. Понятие «нажива» (“Wucher”) // Государство и право. 2021. № 1. С. 121–129.

DOI: 10.31857/S102694520013235-9

ANTI-USURY LAWS OF 1880, 1893 AND THEIR INFLUENCE ON THE DEVELOPMENT OF GERMAN LAW. THE CONCEPT “USURY” (“WUCHER”)

© 2021 O. L. Lysenko

Lomonosov Moscow state University

E-mail: ollysenko@mail.ru

Received 23.06.2020

Abstract. The article deals with the understanding of the term “usury” (“Wucher”) in German law, the history of the creation of “anti-usury” laws (Wuchergesetze) in 1880 and 1893, which had a serious impact on the subsequent development of German law. Based on the study of the norms of the Civil and Criminal codes, as well as special legislation, the author shows the evolution of the institution of “usury” (Wucher) in German law in the late XIX – early XXI century and the its various types: “usury” in monetary obligations (Kreditwucher); “usury” in any other transactions (Sachwucher); “usury” in the provision of services (Leistungswucher); “usury” in a socially significant area (Sozialwucher).

Key words: history of German law, German civil law, German criminal law, German contract law, anti-usury legislation.

For citation: *Lysenko, O.L. (2021).* Anti-usury laws of 1880, 1893 and their influence on the development of German law. The concept “usury” (“Wucher”) // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 121–129.

В отечественной историко-правовой науке законы Германской империи (Wuchergesetze) 1880 и 1893 гг. известны как «антиростовщические» законы[1]. Однако назвать их чисто «антиростовщическими» можно лишь с определенными оговорками, поскольку их содержание гораздо шире.

Ключевым здесь является понятие “Wucher” в германском праве.

В немецко-русских юридических словарях термин “Wucher” также обычно переводится исключительно как «ростовщичество»[2] (то же самое относится к терминам “Wucherer” – «ростовщик», “Wuchergeschäft” – «ростовщическая сделка»). Между тем анализ законодательства и юридической литературы Германии XIX – начала XXI в. позволяет сделать вывод о том, что данные термины имеют более широкое значение.

В русском языке термин «ростовщичество» имеет конкретное значение и понимается как «предоставление денежных ссуд под очень высокий процент; в более широком смысле извлечение незаконной имущественной выгоды путем заключения кабальной сделки с потерпевшим»[3]. Поэтому представляется, что правильно переводить немецкий термин “Wucher” не просто как ростовщичество, но как любая «нажива», любое «неправедное и неправомерное приобретение», «неправомерная выгода» за счет другого лица, наконец, как «лихоимство». На это указывает и содержание немецкого глагола wuchern – бурно разрастаться, быстро расти, размножаться.

В целях развития экономики и усиления в ней либеральных начал **14 ноября 1867 г.** был принят **Закон Северо-Германского союза,** который снимал всякие ограничения для взимания процентов по займу. Инициаторами его принятия выступили депутат от национал-либеральной партии Е. Ласкер и представитель умеренно консервативных кругов, депутат Ф.О. фон Шварце[4]. После образования в 1871 г. Германской империи данный Закон получил статус общеимперского Закона.

По мнению известного правоведа того времени Л. Гольдшмидта (высказанного им в 1864 г. в своем отзыве о результатах очередного съезда германских юристов), принятие данного Закона – вполне ожидаемое и само собой разумеющееся явление, которое должно привести к «оживлению» рынка. Гольдшмидт выражал надежду на то, что по объективным причинам процентная ставка сама будет постепенно снижаться ввиду поступления в оборот большего количества капиталов. Он объяснял это тем, что при высокой процентной ставке активно входить в оборот со своими деньгами будут в т.ч. самые осмотрительные и честные займодавцы, поскольку высокие проценты станут для них основными гарантиями надежности. Таким образом, с его точки зрения, «фактически неограниченная процентная ставка» не потребует создания «дополнительных гарантий надежности»[5].

Еще категоричнее по этому поводу в 1865 г. высказался вице-президент германского съезда юристов, известный адвокат Якуес: «Представим себе, что два лица – заемщик и займодатель – по своей свободной воле установили высокую процентную ставку. Если заемщик получил таким образом капитал и ему в определенное время стало неудобно платить установленные таким образом по свободной воле высокие проценты, то он просто сошлется на Закон о наживе и донесет на займодателя, так что тот не только не получит свои проценты, но будет еще и оштрафован»[6].

Однако на деле сложились другие обстоятельства. Уже в конце 70-х годов XIX в. (т.е. примерно через 10 лет после снятия всяких ограничений по процентной ставке Законом 1867 г.) подавляющее большинство германских юристов начали отмечать небывалый рост злоупотреблений со стороны займодателей, приводящих должников в тяжелейшее экономическое состояние (“übermäßigen Vortheile, mit welchen häufig der wirtschaftliche Ruin des Schuldners verbunden sei”), при невозможности судей повлиять на эту ситуацию.

В одном из отчетов комиссии Рейхстага отмечалось следующее: «Опыт доказывает, что все экономические средства, которые обычно используются для преодоления злоупотреблений в данной области... не дали никаких результатов, и что безграничное господство капитала... требует разработки совершенно других подходов»[7].

Содержание данного отчета указывало на необходимость скорейшего вмешательства в регулирование подобных отношений непосредственно германского законодателя. Причем речь

---

[1] См.: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 261–264; *Савельев В.А.* Гражданский кодекс Германии (история, система, институты): учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1994. С. 22.

[2] См.: Немецко-русский юридический словарь / под ред. П.И. Гришаева, М. Беньямина. М., 1995. С. 570.

[3] Большой юридический словарь. URL: https://juridical.slovaronline.com./5280-ROSTOVSCHICHESTVO

[4] См.: *Geyer R.* Der Gedanke des Verbraucherschutzes im Reichsrecht des Kaiserreichs und der Weimarer Republik (1871–1933). Frankfurt-am-Main, 2001. S. 41.

[5] *Luig K.* Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip. Bemerkungen zur Vorgeschichte des § 138 II BGB // Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für H. Coing zum 70. Geburtstag. Frankfurt-am-Main, 1982. S. 176, 186.

[6] Цит. по: ibid. S. 186.

[7] Ibid.

шла прежде всего о займах частных лиц (банковские кредиты в то время еще не были столь широко распространены). Таким образом, налицо была картина получения «наживы», «неправомерной выгоды» (Wucher). По сообщению комиссии Рейхстага, особенно страдали от этого мелкие производители и мелкие землевладельцы (der "kleine Gewerbsmann" und der "kleine Grundbesitzer")[8].

В этих условиях в 1879 г. депутат Рейхстага от партии центра Петер Франц Рейхенспергер – с самого начала активный противник Закона 1867 г. – внес на рассмотрение Проект Закона, вновь ограничивающий размер процентов по договорам займа. Причем, с его точки зрения, прежде всего изменения должны были войти в гражданское законодательство[9].

Большинство депутатов Рейхстага в целом поддержали данную инициативу, однако, некоторые либерально настроенные депутаты выражали недовольство по поводу возврата к старому германскому «общему» праву (Schritt zurück ins ältere gemeine Recht) (до принятия Закона 1867 г. в Германии как в «общем» праве, так и в партикулярном законодательстве существовали определенные ограничения для взимания процентов). Не было единства и по поводу размера максимальной ставки процентов. Наконец, отдельные депутаты, не одобряющие злоупотреблений займодавцев, тем не менее усматривали в установлении конкретной процентной ставки вмешательство в либеральную экономику[10].

В этих условиях, развивая идею П.Ф. Рейхенспергера, депутаты Рейхстага от консервативной партии фон Клейст-Ретцов, фон Флоттвелл и фон Маршалл выступили с необычной и новаторской инициативой. В своем проекте Закона они предложили *не устанавливать в законе фиксированную количественную процентную ставку по займу, а законодательно сформулировать общее материально-правовое понятие «наживы», «неправедной выгоды» (Wucher),* причем, по их мнению, в отличие от предыдущей позиции П.Ф. Рейхенспергера, внести соответствующие изменения надо было *прежде всего в Уголовный кодекс*[11].

Для реализации указанных предложений 31 марта 1879 г. Рейхстаг создал специальную комиссию. Ее председателем стал Ф.О. фон Шварце – один из инициаторов принятия либерального Закона 1867 г. Уже в начале 1880 г. подготовленный комиссией проект Закона о «наживе» был одобрен Союзным советом (Бундесратом) и 13 марта 1880 г. был представлен в Рейхстаг для голосования[12].

Итогом данных законодательных разработок стало принятие в Германии **24 мая 1880 г.** *первого «антиростовщического» Закона* или ***Закона о «наживе» (Gesetz, betreffend den Wuchern)***[13], в котором было сформулировано *общее материально-правовое понятие «нажива», всякой «неправомерной выгоды» (Wucher) в денежных обязательствах,* влекущую уголовную ответственность.

Как впоследствии отмечал в своей знаменитой работе «Основные проблемы гражданского права» известный российский правовед И.А. Покровский, в этот момент в Германии «ростовщичество процентное (Zinswucher) расширилось до ростовщичества денежного или кредитного вообще (Geldwucher или Kreditwucher)»[14].

Состоящий всего из трех статей, Закон 1880 г. вносил соответствующие изменения в **Уголовный кодекс Германской империи (StGB) 1871 г.:** наряду с § 302 **здесь появились § 302a, 302b, 302c, 302d.**

Согласно § 302a УК «лицо, пользующееся нуждой, легкомыслием или неопытностью другого лица *при договоре займа (für ein Darlehen) или в случае отсрочки денежного платежа (im Falle der Stundung einer Geldforderung)*, выговаривает или заставляет предоставить себе или третьему лицу *имущественную выгоду, размеры которой настолько превосходят обычный размер процентов*, что выгода при данных обстоятельствах дела представляется явно несоразмерной оказанным услугам, как получающее наживу (wegen Wuchers) наказывается тюремным заключением до 6 мес. и штрафом до 3 тыс. марок. Так же возможно лишение гражданских прав»[15].

При наличии отягчающих обстоятельств (§ 302b), а именно, когда «лицо, получающее имущественную выгоду для себя или третьего лица в виде наживы (wucherlichen Vermögensvortheile) (§ 302a), скрывает это, или выговаривает обеспечение с помощью составления векселя или путем принесения гражданской присяги, или клятвенным образом, или получает иные подобные гарантии, наказывается тюремным заключением на срок до 1 года и денежным штрафом до 6 тыс. марок». В качестве дополнительного наказания здесь, как и в предыдущей статье, также возможно лишение гражданских прав.

В соответствии с § 302c УК «подобному наказанию (§ 302a, § 302b) подвергается и то [лицо],

[8] См.: *Luig K.* Op. cit. S. 187.

[9] См.: *Geyer R.* Op. cit. S. 38.

[10] См.: *Luig K.* Op. cit. S. 185, 187.

[11] См.: *Geyer R.* Op. cit. S. 38.

[12] См.: *Luig K.* Op. cit. S. 187.

[13] См.: RGBl. 1880. S. 109, 110.

[14] *Покровский И.А.* Указ. соч. С. 264.

[15] "Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden".

которое, с помощью знаний об обстоятельствах дела, приобретает требование вышеуказанного вида и, или отчуждает его [передает его третьим лицам], или допускает получение имущественной выгоды в виде "наживы"»[16].

Наконец, в соответствии с § 302d УК «лицо, получающее наживу регулярно или в виде промысла (den Wucher gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt), наказывается тюремным заключением на срок не менее 3-х месяцев и денежным штрафом в размере от 150 до 15 тыс. марок. Так же он теряет гражданские права».

По ст. 3 Закона о «наживе» (Gesetz, betreffend den Wuchern) 1880 г. все договоры, противоречащие § 302a, 302b УК 1871 г., признавались недействительными. Вся полученная от должника в подобных договорах имущественная выгода должна была быть возвращена ему в полном объеме. При этом лица, виновные в получении «наживы», несли солидарную ответственность.

Члены комиссии Рейхстага по разработке Закона «о наживе» 1880 г. подчеркивали, что в УК речь идет *не о займах для осуществления предпринимательской деятельности, а прежде всего о займах «потребительского» характера, для личных целей*[17], поскольку именно при «потребительских» займах возможно использование нужды, тяжелого материального положения должника[18]. Однако содержание данных параграфов свидетельствует о том, что они в полной мере могли быть применены и к денежным обязательствам в сфере предпринимательской деятельности (Geschäftskredite)[19].

19 июня 1893 г. в Германии был принят второй «антиростовщический» закон – ***Закон, вносящий дополнительные положения относительно «наживы» (Gesetz, betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher)***[20]. Этот Закон (подобно Закону 1880 г.), также состоящий всего из трех статей, еще больше расширил понятие "Wucher" и распространил его на большее количество случаев.

Так, согласно ст. 1 Закона 1893 г. изменилась формулировка § 302a УК 1871 г.: в него были внесены изменения: «...или на основе иной двусторонней сделки, которая должна служить тем же экономическим целям...»[21].

Таким образом, в новой редакции § 302a звучал следующим образом: «Лицо, которое, пользуясь нуждой, легкомыслием или неопытностью другого лица *при договоре займа (mit Bezug auf ein Darlehen), или в случае отсрочки платежа (auf der Stundung einer Geldforderung), или на основе двусторонней сделки, призванной служить тем же экономическим целям ("oder auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirthschaftlichen Zwecken dienen soll...")*, выговаривает или заставляет предоставить себе или третьему лицу имущественную выгоду, размеры которой настолько превосходят обычный размер процентов, что выгода при данных обстоятельствах дела представляется явно несоразмерной оказанным услугам, как получающее наживу (wegen Wuchers) наказывается тюремным заключением до 6 мес. и штрафом до 3 тыс. марок. Так же возможно лишение гражданских прав»[22].

Новацией стало появление в **УК 1871 г. § 302e**. В нем закреплялось следующее положение: «Подобному наказанию (§ 302d) (согласно § 302 d подобное деяние наказывалось тюремным заключением на срок не менее 3-х месяцев и денежным штрафом в размере от 150 до 15 тыс. марок, а также потерей гражданских прав) подвергается и то [лицо], которое *по сделке иным образом, нежели образом, установленным в § 302a, регулярно или в виде промысла (gewerbs- oder gewohnheitsmäßig)*, пользуясь нуждой, легкомыслием или неопытностью другого лица, выговаривает или заставляет предоставить себе или третьему лицу имущественную выгоду, размеры которой настолько превосходят стоимость услуг, что выгода при данных обстоятельствах дела представляется явно несоразмерной оказанным услугам».

В ст. 2 Закона, вносящего дополнительные положения относительно наживы (Gesetz, betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher) 1893 г., расширялся и круг недействительных договоров: к ним относились все договоры, противоречащие § 302a, 302b и 302e УК 1871 г.

Вся полученная от должника в подобных договорах имущественная выгода так же, как и по Закону 1880 г., должна была быть возвращена ему в полном объеме, а виновные лица несли солидарную ответственность.

Более того, в ст. 2 Закона 1893 г. устанавливалась обязанность для лица, «занимающегося заключением денежных или кредитных сделок в виде промысла, предоставлять каждому лицу, которое,

[16] "Mit Kenntniß des Sachverhalts eine Forderung der vorbezeichneten Art erwirbt und entweder dieselbe weiter veräußert oder die wucherlischen Vermögensvortheile geltend macht...".

[17] "Zumeist nicht um Darlehne zu produktiven Zwecken, sondern um Darlehne zu sogenannten konsumtiven Zwecken" handeln würde".

[18] См.: *Geyer R.* Op. cit. S. 39.

[19] См.: ibid.

[20] См.: RGBl. 1893. S. 197–199.

[21] "...oder auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirthschaftlichen Zwecken dienen soll...".

[22] "Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden".

в результате заключения с ним подобных сделок, стало его должником, в течение трех месяцев после окончания календарного года в письменном виде выписку из итогового годового баланса, которая показывала бы не только объем его доходов за прошедший год, но и источники увеличения этих доходов»[23]. За невыполнение этой обязанности лицо наказывалось денежным штрафом в размере до 500 марок или лишением свободы, а также теряло право на истребование процентов за прошедший год в отношении сделок, указанных в данной выписке.

Не случайно по поводу разработки проекта Закона 1893 г. прусская газета «Новейшие сообщения» ("Neueste Mittheilungen") от 10 марта 1893 г. писала, что в будущем законе будет расширено понятие «нажива» (Wucher) таким образом, что под данное понятие подпадут и будут уголовно наказуемы «все возможные формы получения "наживы" с помощью кредитных сделок (alle möglichen Formen des Kreditwuchers bestraft werden können), а также под состав преступления будет подпадать *[получение "наживы"] не только по кредитным сделкам, но и по любым другим сделкам*, таким образом, наряду с *Kreditwucher* караться уголовной ответственностью будет еще и *Sachwucher*». При этом все подобные сделки будут признаваться ничтожными.

Далее в газете отмечалось, что данная позиция, отраженная в проекте Закона о «наживе», «нашла полное признание среди всех членов комиссии Рейхстага, и что опасения по поводу того, что новые положения будут представлять собой угрозу для экономической жизни и здорового гражданского оборота, не имеют под собой основы. Это касается и новых положений о Sachwucher: поскольку здесь речь идет не просто об использовании тяжелого положения, легкомыслия и неопытности другого, но об использовании этого в виде промысла»[24].

Таким образом, после принятия антиростовщического Закона 1893 г. в юридической литературе Германии появился новый термин – "*Sachwucher*", т.е. получение неоправданно высокой имущественной выгоды, «наживы» не только в виде ростовщических процентов или денежных средств, но и в виде любых материальных ценностей; как любое материальное «неправедное приобретение» или обогащение, на основе использования нужды, легкомыслия или неопытности другого лица.

Об этом писал и И.А. Покровский. Характеризуя Закон 1893 г., он обращает внимание на то, что новый «антиростовщический» закон «карал уголовной ответственностью и объявлял недействительными *всякие* сделки (не только кредитные, но и, например, куплю-продажу), если они содержали в себе эксплуатацию нужды или неопытности другого, и, если вообще заключение их составляло обычный промысел для контрагента». «Понятие ростовщичества, таким образом, – отмечает Покровский, – расширилось еще более: к упомянутым выше видам его присоединился новый – так называемый *Sachwucher*, хотя пока только под условием его ведения как промысла (профессиональное ростовщичество)»[25].

Обращает на себя внимание тот факт, что если изначально законодатель стремился запретить ростовщичество и получение всякой «неправомерной выгоды», «наживы» (Wucher) лишь с помощью уголовно-правовых норм, то впоследствии это получило закрепление и *в гражданском законодательстве*.

В принятом в **1896 г.** первом общегерманском Гражданском кодексе – ***Германском гражданском уложении (ГГУ)*** (иногда в научной и учебной литературе для данного Кодекса используется сокращение БГБ – от нем. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB))* ***§ 138 ч. II*** подобные сделки как «сделки, противоречащие общественной нравственности» признавались недействительными (ничтожными). Здесь указывается: «*Ничтожна в особенности сделка, по которой одно лицо, пользуясь нуждой, легкомыслием или неопытностью другого, взамен каких-либо услуг со своей стороны выговаривает или заставляет предоставить себе или третьему лицу имущественную выгоду, размеры которой настолько превосходят стоимость услуг, что выгода при данных обстоятельствах дела представляется явно несоразмерной оказанным услугам*»[26].

Таким образом, § 138 ч. II ГГУ, по существу, воспроизводит содержание § 302e УК 1871 г. (после принятия Закона, вносящего дополнительные положения относительно «наживы» (Gesetz, betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher) 1893 г.).

Можно согласиться с российским правоведом В.А. Савельевым в том, что «здесь состав ростовщичества не сводится только к неэквивалентному обмену материальными ценностями. Оно расширено до пределов использования несчастного положения контрагента в любых формах, пользуясь

[23] "Einen schriftlichen Auszug dieser Rechnung mitzutheilen, der außer dem Ergebniß derselben auch erkennen läßt, wie solchen erwachsen ist".

[24] Neueste Mittheilungen. Verantwortlicher Herausgeber: Dr. jur. O. Hammann. Berlin, Freitag, den 10. März 1893 // Zefys.staatsbibliothek-berlin.de.

[25] *Покровский И.А.* Указ. соч. С. 264, 265.

[26] Гражданское уложение Германской империи. СПб., 1898.

которыми ростовщик получает несоразмерные, необычные выгоды»[27].

Об этом же пишет и И.А. Покровский. По его мнению, вопрос о ростовщичестве «во всю свою принципиальную полноту... был развернут Германским уложением 1896 г.». «Так появилась в Германском Уложении знаменитая отныне "общая норма" против экономической эксплуатации, норма, которая многим кажется лучшим украшением этого кодекса, придающим ему истинный социальный характер»[28].

Действительно, за особую значимость германские правоведы присвоили § 138 ГГУ название параграфа-«короля»[29].

Между тем обращает на себя внимание реакция И.А. Покровского на указанное «антиростовщическое» законодательство Германии конца XIX в.: он видит в нем прежде всего «*усиление ограничительной тенденции по адресу принципа договорной свободы*» и относится к нему негативно. «Никто, – пишет он, – разумеется, не станет отрицать благородства тех мотивов, которые вызвали появление этих статей; никто не станет отрицать и возвышенности той цели, для служения которой они призваны. Но ни то, ни другое не освобождает нас от обязанности проверить, точно ли они могут иметь те благодетельные последствия, которых от них ожидают...»[30].

С точки зрения И.А. Покровского, т.н. «субъективный признак» подобных сделок – намерение воспользоваться «нуждой» другого – можно встретить «при всякой нормальной сделке делового характера». А содержание «объективного признака» – «чрезмерную» невыгоду для одной из сторон договора – Закон не определяет, перекладывая эту обязанность на судью, что, как полагает российский цивилист, уже само по себе плохо. Более того, в этих условиях «вся экономическая жизнь, ставится под судебный контроль, берется в *судебную опеку*»[31].

Подобные опасения выражали и некоторые германские юристы того времени, также называвшие Закон 1893 г., вносящего дополнительные положения относительно «наживы» (Gesetz, betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher) «роковым вмешательством» в принцип «свободы договора» ("verhängnisvollen Einbruch" in das Prinzip der Vertragsfreiheit)[32].

Тем не менее большинство германских правоведов поддержали данное регулирование. Знаменитый германский юрист-цивилист Г. Дернбург писал: «Свобода при заключении договора является основанием обязательственного права. Предоставляя каждому отстаивать, без всяких стеснений, свои собственные интересы, она способствует развитию всяких культурных сил и гражданского оборота. Но такая свобода скрывает в себе опасность в тех случаях, когда положение лиц, вступающих в сделку, является неравным. Извлечение выгоды из нужды, неопытности или легкомыслия контрагента, экономические или психические силы которого значительно уступают силам эксплуататора, является ростовщичеством, противным нравственности и пагубным в социальном и политическом отношениях»[33].

Правильность и обоснованность этой позиции подтверждает и последующее развитие права Германии в XX – начале XXI в. Подобное законодательное регулирование, связанное с ограничением любого вида «наживы» (Wucher), не только сохраняется в праве Германии, но и получило дальнейшее развитие.

По-прежнему в своей первоначальной редакции продолжает действовать § 138 II ГГУ 1896 г. Судебная практика по его применению обширна.

В уголовном законодательстве Германии в XX – начале XXI в. произошла еще большая детализация данного состава преступления. **В редакции Уголовного кодекса ФРГ (StGB BRD) § 291 «Нажива» ("Wucher")** сформулирован следующим образом: «I. Лицо, которое, пользуясь нуждой, неосведомленностью, неопытностью или легкомыслием другого [лица],

для сдачи внаем помещений для проживания или для выполнения связанных с этим услуг,

для предоставления кредита,

для иных услуг или,

для посредничества при одной из вышеперечисленных услуг выговаривает или заставляет предоставить имущественную выгоду, явно несоразмерную оказанной услуге или посредничеству, наказывается лишением свободы на срок до 3-х лет или штрафом. Если в оказании услуги, при посредничестве или иным образом участвуют несколько лиц, и при этом возникает явная несоразмерность между полученной имущественной выгодой и оказанными услугами, то положение, содержащееся в пункте I, распространяется на каждое лицо, использующее тяжелое положение или иные [вышеуказанные] недостатки (слабости) другого [лица]

[27] *Савельев В.А.* Указ. соч. С. 23.

[28] *Покровский И.А.* Указ. соч. С. 265, 266.

[29] *Савельев В.А.* Указ. соч. С. 22.

[30] *Покровский И.А.* Указ. соч. С. 265, 267.

[31] Там же. С. 268, 269.

[32] См.: *Luig K.* Op. cit. S. 197.

[33] *Дернбург Г.* Пандекты / пер. под рук. и ред. П. Соколовского. 2-е изд. М., 1904. Т. 3. Обязательственное право. С. 57.

для получения для себя или для третьего лица несоразмерной имущественной выгоды (für jeden, der Zwangslage oder sonstige Schwäche des anderen für sich oder einen Dritten zur Erzielung eines übermäßigen Vermögensvorteils ausnutzt).

II. Для особо тяжких случаев предусмотрено лишение свободы от 6 месяцев до 10 лет. Особо тяжкими случаями считаются, если преступник

своими действиями приводит другое [лицо] в крайне тяжелое экономическое состояние (durch die Tat den anderen in wirtschaftliche Not bringt);

совершает деяние регулярно в виде промысла (die Tat gewerbsmäßig begeht);

выговаривает себе имущественную наживу с помощью векселя (durch Wechsel wucherische Vermögensvorteile versprechen läßt)»[34].

Анализ § 291 УК ФРГ (StGB) позволяет выделить в праве Германии два вида «наживы» (Wucher): т.н. ***«наживу» «при оказании услуг»*** **(*Leistungswucher)*** и ***«наживу» «в социально значимой сфере»*** **(*Sozialwucher).**

В юридической литературе Германии о ***«наживе» «при оказании услуг»*** **(*Leistungswucher)*** речь идет тогда, когда «одно лицо, пользуясь нуждой, неосведомленностью, неопытностью, легкомыслием другого, взамен каких-либо услуг со своей стороны выговаривает или заставляет предоставить себе или третьему лицу имущественную выгоду, размеры которой намного превосходят ценность услуг, так что выгода представляется явно несоразмерной оказанным услугам»[35].

По существу, германские правоведы здесь руководствуются § 302 е УК 1871 г. в прежней редакции и § 138 II ГГУ. Наиболее распространенным видом получения подобной «наживы» являются ***ростовщические проценты в кредитных сделках*** (уже упоминавшийся ***Kreditwucher).***

По вполне понятным причинам получение «наживы» «в социально значимой сфере» **(*Sozialwucher)** носит более тяжелый характер. Она может выражаться в установлении ***необоснованно завышенных цен (Preistreiberei, Preisüberhöhung) в договорах купли-продажи, поставки товаров первой необходимости и др.,*** в т.ч. в результате использования своего монопольного положения в условиях вынужденного ограничения конкуренции в чрезвычайной ситуации. Об этом говорится в **Законе об экономических преступлениях 1954 г.[36] (Wirtschaftsstrafgesetz – WiStG)** (этот Закон действует в ФРГ)**.** Согласно § 1 данного Закона подобные деяния наказываются тюремным заключением на срок от 6 месяцев до 5 лет. (При более легкой форме вины в виде неосторожности за данное преступление установлено наказание в виде лишение свободы до двух лет или штраф.)

К получению «наживы» «в социально значимой сфере» **(*Sozialwucher)*** относится также ***требование или получение необоснованно завышенной наемной платы по договору найма жилья (Mietpreisüberhöhung).*** В юридической науке Германии для данного вида получения «наживы» (Wucher) используется особый термин – «нажива» «при найме жилья» **(*Mietwucher).***

В соответствии с ч. I § 5 Закона об экономических преступлениях 1954 г. (WiStG**)** «противно публичному порядку действует тот, кто умышленно или из легкомыслия требует, выговаривает или получает неоправданно высокие платежи за сдачу в наем помещений для проживания или за выполнение связанных с этим дополнительных услуг»[37]. (По существу, здесь воспроизводится одно из положений, закрепленных в ч. I § 291 УК Германии.)

В ч. II данного параграфа указанное положение конкретизируется. Здесь в п. 1 дается понятие «неоправданно высоких платежей» (unangemessen hohe Entgelte) при найме жилья: «Неоправданно высокими являются платежи, которые, вследствие использования недостатка предложений [на рынке жилья] для данного рода жилых помещений, более чем на 20 процентов превышают обычную плату, которая установлена или изменена (с учетом повышения эксплуатационных расходов) в данной коммуне или в аналогичных коммунах для сдачи в наем сходных по типу, размеру, оснащению, качеству и расположению жилых помещений или выполнения связанных с ней дополнительных услуг, в течение последних шести лет»[38].

Далее (в п. 2) указывается, что «неоправданно высокими» не являются «платежи, необходимые для

---

[34] Strafgesetzbuch. In der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322) zuletzt geändert durch Gesetz vom 03.03.2020 (BGBl. I S. 431) m.W.v. 13.03.2020. URL: https://dejure.org/gesetze/StGB

[35] Rechtswörterbuch. Begründet von Dr.C. Creifelds. Hrsg. v. Dr. K. Weber. 19, neu bearb. Auflage. München, 2007. S. 1396.

[36] См.: Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz 1954). In der Fassung der Bekanntmachung vom 03.06.1975 (BGBl. I S. 1313) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.2019 (BGBl. I S. 2911) m.W.v. 01.01.2020. URL: https://dejure.org/gesetze/WiStG

[37] "Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt".

[38] "Unangemessen hoch sind Entgelte, die infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen die üblichen Entgelte um mehr als 20 vom Hundert übersteigen, die in der Gemeinde oder in vergleichbaren Gemeinden für die Vermietung von Räumen vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage oder damit verbundene Nebenleistungen in den letzten sechs Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen der Betriebskosten abgesehen, geändert worden sind".

покрытия текущих расходов наймодателя», поскольку они (исходя из понимания неоправданно высокой платы, закрепленной в пункте 1) не находятся в явном несоответствии с услугами наймодателя»[39].

В соответствии с ч. III § 5 Закона об экономических преступлениях 1954 г. (WiStG) подобное нарушение публичного порядка в виде требования или получения вышеуказанных неоправданно высоких платежей при найме жилья наказывается денежным штрафом в размере до 50 тыс. евро[40].

* * *

Исследование «антиростовщических» законов или законов о «наживе» (Wuchergesetze) 1880, 1893 гг. и их влияния на развитие германского законодательства в XX – начале XXI в. позволяет сформулировать несколько выводов.

Стремясь предотвратить злоупотребления со стороны займодавцев, возникшие после принятия либерального Закона 1867 г., снявшего всякие ограничения по размеру процентов по долговым обязательствам, германский законодатель, тем не менее, не стал вводить конкретные максимы по процентам с помощью императивных публично-правовых норм. Вместо этого он сформулировал общее материально-правовое определение «неправомерной выгоды», «наживы» (Wucher), которое вошло как в Уголовный кодекс 1871 г., так и в Германское гражданское уложение (ГГУ) 1896 г. (§ 138 II).

В последующем германском законодательстве при сохранении общего понятия "Wucher" произошла его конкретизация. Наряду с «наживой, «получаемой по денежным обязательствам и кредитным сделкам» (Kreditwucher), возникли понятия «наживы» «в любых двусторонних гражданско-правовых сделках, связанных с получением несоразмерной имущественной выгоды в результате использования нужды, легкомыслия, неопытности и неосведомленности другого лица» (Sachwucher), а также «наживы при оказании услуг» (Leistungswucher) и «наживы» «в социально значимой сфере» (Sozialwucher), выражающейся в т.ч. в получении «наживы» «при найме жилья» (Mietwucher).

Вызывает уважение тот факт, что, благодаря принятию законов о «наживе» (Wuchergesetze) 1880 и 1893 гг. и последующих законов в данной области, германский законодатель смог создать эффективный правовой механизм для ликвидации и предотвращения злоупотреблений, связанных с получением любой «неправомерной выгоды», «наживы» не только в договорах займа и иных денежных обязательствах, но и в любых гражданско-правовых сделках, а также в социально-значимых сферах, не нарушая при этом основ либеральной экономики.

Сравнивая правовое регулирование в данной области в Федеративной Республике Германия и в Российской Федерации, можно сделать вывод о том, что в российском законодательстве отсутствует универсальное понятие «неправомерная выгода» или «нажива» подобно "*Wucher*" в германском законодательстве.

Таким образом, представляется, что использование правового опыта Германии в данной области позволило бы ликвидировать существующий пробел и способствовало бы совершенствованию законодательства Российской Федерации.

[39] "Nicht unangemessen hoch sind Entgelte, die zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich sind, sofern sie unter Zugrundelegung der nach Satz 1 maßgeblichen Entgelte nicht in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung des Vermieters stehen".

[40] "Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet warden".

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Большой юридический словарь. URL: https://juridical.slovaronline.com./5280-ROSTOVSCHICHESTVO
2. Гражданское уложение Германской империи. СПб., 1898.
3. *Дернбург Г.* Пандекты / пер. под рук. и ред. П. Соколовского. 2-е изд. М., 1904. Т. 3. Обязательственное право. С. 57.
4. Немецко-русский юридический словарь / под ред. П.И. Гришаева, М. Беньямина. М., 1995. С. 570.
5. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 261–269.
6. *Савельев В.А.* Гражданский кодекс Германии (история, система, институты): учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1994. С. 22, 23.
7. *Geyer R.* Der Gedanke des Verbraucherschutzes im Reichsrecht des Kaiserreichs und der Weimarer Republik (1871–1933). Frankfurt-am-Main, 2001. S. 38, 39, 41.
8. *Luig K.* Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip. Bemerkungen zur Vorgeschichte des § 138 II BGB // Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für H. Coing zum 70. Geburtstag. Frankfurt-am-Main, 1982. S. 176, 185–187, 197.
9. Rechtswörterbuch. Begründet von Dr.C. Creifelds. Hrsg. v. Dr.K. Weber. 19, neu bearb. Auflage. München, 2007. S. 1396.

REFERENCES

1. Large legal dictionary. URL: https://juridical.slovaronline.com./5280-ROSTOVSCHICHESTVO (in Russ.).

2. Civil Code of the German Empire. SPb., 1898 (in Russ.).
3. *Dernburg G.* Pandekty / transl. under the guidance and ed. by P. Sokolovsky. 2nd ed. M., 1904. Vol. 3. Law of obligations. P. 57 (in Russ.).
4. The German-Russian law dictionary / under the editorship of P.I. Grishaev, M. Benyamin. M., 1995. P. 570 (in Russ.).
5. *Pokrovsky I.A.* Main problems of Civil Law. M., 2003. P. 261–269 (in Russ.).
6. *Savelyev V.A.* Civil Code of Germany (history, system, institutions): textbook. 2nd ed., rev. and ex. M., 1994. P. 22, 23 (in Russ.).
7. *Geyer R.* Der Gedanke des Verbraucherschutzes im Reichsrecht des Kaiserreichs und der Weimarer Republik (1871–1933). Frankfurt-am-Main, 2001. S. 38, 39, 41.
8. *Luig K.* Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip. Bemerkungen zur Vorgeschichte des § 138 II BGB // Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für H. Coing zum 70. Geburtstag. Frankfurt-am-Main, 1982. S. 176, 185–187, 197.
9. Rechtswörterbuch. Begründet von Dr.C. Creifelds. Hrsg. v. Dr. K. Weber. 19, neu bearb. Auflage. München, 2007. S. 1396.

Сведения об авторе

ЛЫСЕНКО Ольга Леоновна –
кандидат юридических наук, доцент кафедры истории государства и права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова;
119991 г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13 (4-й учебный корпус)

Authors' information

LYSENKO Olga L. –
PhD in Law, associate Professor of the Department of history of state and law of the faculty of law at Lomonosov Moscow state University; 1 Leninskie Gory, building 13 (4th academic building), 119991 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 130–134
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 130–134

НАУЧНЫЕ СООБЩЕНИЯ

ГЕНЕЗИС ИННОВАЦИЙ В ПРАВЕ

© 2021 г. А. А. Уваров

г. Москва

E-mail: uvarov.al@mail.ru

Поступила в редакцию 09.01.2020 г.

Аннотация. В статье исследуются инновационные признаки права. Происхождение и характер правовых инноваций зависит от вида правовой материи. Новизна в правовой науке – это решение какой-то научной задачи, имеющей значение для развития соответствующей отрасли знаний. Новации в правотворчестве, как правило, связаны с проводимыми в государстве правовыми и иными реформами. Правоприменительные и организационно-методические новации могут быть обусловлены практическими примерами эффективной реализации правовых норм, творческим подходом выявления их смысла в условиях меняющейся действительности в сочетании с интеграцией иных социальных норм, выработанных институтами гражданского общества, а также новациями цифровых технологий.

Ключевые слова: право, инновации, правотворчество, правоприменение, толкование, социальные нормы, цифровые технологии.

Цитирование: *Уваров А.А.* Генезис инноваций в праве // Государство и право. 2021. № 1. С. 130–134.

DOI: 10.31857/S102694520013274-2

GENESIS OF INNOVATIONS IN LAW

© 2021 A. A. Uvarov

Moscow

E-mail: uvarov.al@mail.ru

Received 09.01.2020

Abstract. The article examines the innovative features of the law. The origin and nature of legal innovations depends on the type of legal matter. Novelty in legal science is the solution of a scientific problem that is important for the development of the relevant branch of knowledge. Innovations in law-making, as a rule, are associated with legal and other reforms carried out in the state. Law enforcement and organizational and methodological innovations can be caused by practical examples of effective implementation of legal norms, a creative approach to identifying their meaning in a changing reality, combined with the integration of other social norms developed by civil society institutions, as well as innovations in digital technologies.

Key words: law, innovations, law-making, law enforcement, interpretation, social norms, digital technologies.

For citation: *Uvarov, A.A. (2021).* Genesis of innovations in law // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 130–134.

Инновационная деятельность ассоциируется прежде всего с научными технологическими разработками, повышающими производительность труда, эффективность экономического развития, создающими качественно высокий уровень жизни людей, открывающими новые горизонты развития человеческой цивилизации, и т.д. В этом значении роль права сводится всего лишь к созданию системы законодательства об инновационной деятельности. Подобные акты есть во многих государствах (Индия, Польша, Франция, Сербия, Венгрия, и др.) В Российской Федерации к такого рода нормативным документам стратегического значения относятся, в частности: Федеральный закон от 23 августа

1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»[1]; распоряжение Правительства РФ от 8 декабря 2011 г. № 2227-р «О стратегии инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года»[2]; Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 216-ФЗ «Об инновационных научно-технологических центрах и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»[3]. Кроме того, инновационный характер носят многочисленные акты, направленные на поддержание инновационного режима деятельности (предусматривающие налоговые, таможенные и иные льготы и т.п.).

Если рассматривать право как социальное явление, отражающее действительность, т.е. имеющее вторичный, производный характер, то его значение будет сводиться к возможности норм права повлиять на поведение людей в нужном для прогрессивного развития общества направлении. При этом инновационное значение права не сводится только к обслуживанию инновационных технологических и экономических процессов. Так, одним из направлений развития инноваций в праве должен стать процесс синтеза технологических новаций с правовой материей.

Вопрос об инновациях в праве и законодательстве может рассматриваться с различных точек зрения. В научной литературе при характеристике этого явления авторы оперируют такими терминами, как «новшество», «новаторство», «нововведение» и т.д.

Так, по определению Н.М. Кожуханова, «инновация в праве – это правовое новшество, внедренное в ходе новаторства в само право как определенную систему, а также нововведение – сам процесс (механизм) осуществления создания, распространения, использования правового новшества, сопровождающийся положительным изменением состояния правового регулирования, что влечет за собой повышение качества системы права»[4]. Таким образом, любое позитивное нормативно-правовое изменение можно рассматривать как новацию в широком смысле этого слова. В свою очередь, оценивая все эти изменения, можно выделить среди них такие, которые представляют собой т.н. эндогенную новацию (правовые новшества, выработанные в действующей правовой системе без применения иностранного права и права прошедших исторических эпох, права, основанного на традициях и национальных особенностях в целях улучшения его действующих структурных элементов), и инновацию, связанную с рецепцией права, т.е. осознанное заимствование и освоение других правовых систем в сходных социально-экономических условиях, путем их переработки и актуализации к современным реалиям[5].

Градация новизны в праве может иметь научный, правотворческий, правоприменительный, организационно-методический и иные уровни. В научном контексте новизна результатов исследования определяется, в частности, Положением о присуждении ученых степеней, утвержденным Правительством РФ от 24 сентября 2013 г. № 842, где согласно п. 9 требованиям докторской диссертации должны отвечать теоретические положения, совокупность которых можно квалифицировать как научное достижение либо решение научной проблемы, имеющей важное политическое, социально-экономическое, культурное или хозяйственное значение; для кандидатской диссертации – это решение научной задачи, имеющей значение для развития соответствующей отрасли знаний[6]. Сам научный продукт в гуманитарной сфере в отличие от технических и естественных наук не так очевиден. В юриспруденции результат научной деятельности проявляется опосредованно в законодательстве, в правоприменительной практике, в организационно-практических действиях государственных органов и иных субъектов правоотношений. В предметном плане научные инновации в праве выражаются как: 1) новые теоретические знания (понятия, систематизация в законодательстве, юридические доктрины); 2) предложения о качественно новых, как правило, кодифицированных и комплексных изменениях и дополнениях законодательства; 3) новые технологические конструкции правовых действий (в частности, связанные с внедрением в право цифровых технологий), усовершенствования юридической и законодательной техники; 4) предложения, основанные на рецепции прежних и зарубежных правовых норм путем их актуализации к действительности в Российской Федерации; и др. Таким образом, инновации в правовой науке – это: 1) результат творческой деятельности; 2) не является простым повторением или обобщением уже существующих знаний (понятий, выводов, предложений); 3) представляет собой вклад в науку (научная новизна), а не новизну только практического, организационно-методического характера; 4) служит теоретической основой для дальнейшего развития научных знаний; 5) решает важные отраслевые и общетеоретические задачи и проблемы общественного и государственного развития страны.

По словам Д.А. Керимова, «будущее правоведения видится прежде всего в исследовании двух основополагающих, фундаментальных, краеугольных проблем: методологии права и сотрудничества с другими естественными, техническими и общественными науками.., у методологии права огромные, неисчерпаемые познавательные потенции более всестороннего и углубленного исследования права, правотворчества и правореализации»[7].

В свою очередь, по мнению Е.Ю. Курышева, «сегодняшние вызовы постмодерна выявили потребность в поиске новых, инновационных методологических направлений. Среди них наиболее перспективными являются: феноменология права, герменевтика, синергетика права, юридическая антропология, правовая кибернетика, конфликтология, правовая физиология и биология, и др.»[8].

Инновации в сфере правотворчества могут иметь как единичный, так и комплексный характер. При комплексном характере речь обычно идет о реформе права (правовой системы), под которой следует понимать «осуществление серии целенаправленных преобразований, в результате чего происходит постепенное формирование новой правовой системы либо появление у действующей системы

[1] См.: СЗ РФ. 1996. № 35, ст. 4137.

[2] См.: СЗ РФ. 2012. № 1, ст. 216.

[3] См.: СЗ РФ. 2017. № 31 (ч. 1), ст. 4765.

[4] *Кожуханов Н.М.* Инновация в праве как теоретико-правовая категория // Вестник РТА. 2011. № 1. С. 67.

[5] См.: *Курышев Е.Ю.* Методология применения отдельных форм инноваций в праве // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2015. № 10–2. С. 165–167.

[6] См.: СЗ РФ. 2013. № 40 (ч. III), ст. 5074.

[7] *Керимов Д.А.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2001. С. 390.

[8] *Курышев Е.Ю.* Инновации в методологии права // Юридический вестник ДГУ. 2018. Т. 25. № 1. С. 18.

новых качеств, черт или существенных признаков»[9]. Примерами таких правовых реформ в Российской Федерации могут служить реформа судебной системы, административная реформа, реформа организации и деятельности государственного контроля и т.д. Все эти реформы связаны не только с оптимизацией правовой основы деятельности соответствующих государственных органов, но и с решением задач экономического, политического, социального, духовного развития общества и государства, сфера которых, в свою очередь, затрагивает такие проблемы, как борьба с коррупцией, защита прав и свобод граждан, повышение уровня их жизни и благосостояния, развитие местного самоуправления и гражданского общества, повсеместное внедрение в общественные процессы достижений цифровых технологий и др. Многомерность правового регулирования расширяет и его инновационные возможности.

С точки зрения С.С. Алексеева, «назрела необходимость нового видения и самого механизма правового регулирования, его трактовки в качестве, условно говоря, объемного явления, которое имеет несколько срезов, уровней и в котором средства правового регулирования выстраиваются не только линейно (что характерно для инструментальной характеристики механизма правового регулирования, его главных звеньев), но и в нескольких плоскостях. Именно в этом отношении обоснованно утверждать, что общие дозволения и общие запреты принадлежат к глубинному пласту механизма правового регулирования, к той его плоскости, которая расположена ближе к определяющим факторам социальной жизни, передавая вместе с принципами права импульсы от них во все подразделения и сектора, во все “закоулки” правовой материи»[10]. Из этого следует, что наряду с общими и специальными целями правового регулирования существуют особые цели, которые достигаются параллельно и одновременно с общими и специальными целями. Инновационная конструкция правовых норм должна предполагать не только прямое, но и косвенное их воздействие, приводящее в итоге к созданию режима и условий регулирования правовых отношений. Несмотря на то что в правовых нормах не ставятся данные цели, сам режим и условия их воздействия подвигают к достижению этих целей. К примеру, в нормативном правовом акте сокращается дублирующая контрольная функция органа исполнительной власти с целью оптимизации государственного аппарата и сокращения государственных расходов, а в итоге кроме этого результата возникает благоприятный эффект для развития предпринимательства, которое освобождается от дополнительных обременений, связанных с деятельностью упраздняемого контрольного органа или структуры[11].

Немаловажным также при решении правотворческих задач является правовое воспитание человека. Как писал И.А. Ильин, «ни одна реформа невозможна до тех пор, пока не назреет известный сдвиг в правосознании; и всякая реформа, несоразмеренная с состоянием народного правосознания, может оказаться нелепою и гибельною для государства. Единственно верный путь ко всяким реформам есть постепенное воспитание правосознания»[12].

Новации в правоприменении производны от нормативно-правовых новаций и могут быть следствием: 1) обобщения и анализа практики реализации правовых норм; 2) доктринального или официального толкования правовых норм; 3) существенным изменением социально-экономических, политических и иных условий действия правовых норм; и др. Достижение общих и специальных целей (результатов) правового регулирования свидетельствует о том, что правовая реализация адекватна нормотворческой новации. Анализ правореализационной практики дает возможность выявить проблемные участки этой реализации, которые зачастую связаны с дефектами действующего законодательства. Однако если при мониторинге, в частности, правоприменительной деятельности выясняется, что результаты данной практики не однозначны, то следует искать причины успешности и неудач уже в отдельных конкретных случаях. Возможно, что определенные сбои механизма правоприменения вызваны устаревшими и неадекватными применяемым нормам права методам и способам этой реализации. Так, при расследовании преступлений и применении норм уголовно-процессуального права причиной не раскрытия преступлений могут стать недостаточно продуманная тактика оперативно-следственных действий, слабое владение современными цифровыми технологиями обнаружения фактов совершенных преступных деяний и т.п. Что касается толкования правовых норм, то говорить о каких-то новациях здесь можно лишь условно, поскольку толкование не может в принципе содержать ничего нового, выходящего за пределы содержания толкуемой правовой нормы. Пожалуй, наиболее уместным примером новаций здесь могут служить правовые позиции Конституционного Суда РФ. Такой вывод обусловлен самой юридической природой такого рода правовых позиций, являющихся не только адекватным отражением воли законодателя, который принял ту или иную норму, но и своеобразным синтезом содержания рассматриваемой правовой нормы с конституционными принципами и ценностями, международными правовыми стандартами и реалиями политических, экономических, социальных и духовных устоев общественной жизни.

Как отмечает Н.С. Бондарь, «Конституция как бы испытывает с помощью решений КС РФ некое “правопреобразующее” воздействие, т.е. без изменения буквы Конституции Конституционным Судом выявляются (но не добавляются!) ее новые скрытые потенциальные возможности, заложенные в Духе Конституции, который наиболее полно, концентрированно проявляется в ее принципах, ценностях, презумпциях, аксиомах, дефинициях и т.п...»[13]. Теория «живой» конституции непосредственно связана с либертарно-юридическим типом правопонимания. По мнению автора этой теории В.С. Нерсесянца, данный подход обеспечивает определенную системную взаимосогласованность и единство различных социальных регуляторов по правовому критерию с точки зрения свободного действия всех этих регуляторов и видов социальных

[9] *Мальцев Г.В.* Развитие права: к единению с разумом и наукой. М., 2005. С. 189.

[10] *Алексеев С.С.* Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 369.

[11] См.: *Уваров А.А.* Об особых целях (аспектах) регулирующего воздействия нормативных правовых актов // Росс. журнал правовых исследований. 2015. № 3. С. 53, 54.

[12] *Ильин И.А.* О сущности правосознания. М., 1994. С. 277.

[13] *Бондарь Н.С.* Конституционный суд в системе юрисдикционных органов (О «Богоугодных грехах» конституционного правосудия) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 1. С. 30.

норм по единому, всеобщему и общезначимому правовому основанию[14].

Организационно-методический уровень новаций в праве представляет собой вспомогательно-обеспечительную деятельность субъектов правоотношений, которая осуществляется в процессе реализации правовых норм и непосредственно не урегулирована правом. Это могут быть обычаи делового оборота, «ноу-хау», традиции, обряды, корпоративные правила повеления, правила профессиональной этики, правила общественного общежития и т.п. Все они так или иначе связаны с правом и поэтому имеют правовую природу. Например, «ноу-хау» в виде алгоритма совершения действий, выработанного юридической фирмой, позволяющего эффективнее взыскивать долги, представляет собой секрет производства и является сведениями имеющими действительную или потенциальную коммерческую ценность вследствие неизвестности их третьим лицам (ст. 1465 ГК РФ). Данный алгоритм действий – не что иное, как инновация в праве, имеющая правовой характер и новизну, выражающаяся в эксклюзивности организационно-методических действий определенной фирмы, позволяющих достичь преимуществ по сравнению с конкурирующими в этой сфере иными фирмами. Примером новации публичного характера организационно-методических действий могут служить различные правила, обычаи и традиции корпоративного и общественного поведения. В отличие от правовых норм, данные правила вырабатываются определенным социумом людей в сферах гражданского общества. Их авторитет зиждется на принципах солидарности и моральной (корпоративной) ответственности. Нельзя сказать, что это уже давно устоявшиеся, находящиеся в состоянии стагнации нормы. Достаточно посмотреть, как бурно до сих пор обсуждаются проблемы профессиональной этики журналистов, адвокатов, судей и др. В последнее время в связи с развитием цифровых технологий право не успевает за их регулированием, вследствие чего носители этих технологий на основе принципа самоуправления берут на себя регулирование отношений по пользованию своими услугами граждан и иных лиц. Такое саморегулирование порой приводит к массовым нарушениям прав пользователей, недоступности информации и методического обеспечения предоставляемых услуг, невозможности привлечь к ответственности нарушителей в сети Интернет и т.п.

Многие инновации в сфере предоставления цифровых услуг рассчитаны на определенный уровень компьютерной грамотности, что существенно сокращает возможности пользования этими услугами, особенно старшего поколения людей. Различные же сервисные компании специально стандартизируют формы общения со своими пользователями, переводя все это общение на режим автоматизированного автоответчика, устанавливая удаленный доступ технической поддержки в случае возникновения сбоев и не предоставляя полной информации о продуктах и изделиях своего производства. Несомненно, цифровые технологии за последние 15–20 лет совершили революцию и кардинально изменили уровень жизни и благ людей (достаточно взглянуть только на портал государственных услуг, реализация которых раньше занимала много свободного времени и сил). Освоение цифровых технологий населением значительно облегчило и упростило реализацию многих потребностей повседневной жизни: это перечисление заработной платы, пенсии, оплата товаров и услуг в электронной форме; использование сайтов организаций и учреждений для получения услуг, информации, документов; замена бумажных документов на их электронные эквиваленты; и др. Потенциал цифровых услуг проявляется не только в комфортности существования и жизнедеятельности людей, но и во влиянии их на правовую систему. Возникают новые правовые понятия и категории, совершенствуется механизм правового регулирования, расширяются права и свободы граждан, обеспечиваются их гарантии. Однако существуют и определенные трудности. Одна из проблем правового регулирования Интернета и связанных с ним цифровых технологий заключается в том, что поскольку сеть Интернет представляет собой трасграничную информационно-телекоммуникационную сеть, постольку складывающиеся в ней отношения позволяют вступать в правовые отношения пользователям, которые находятся в разных правовых системах, что и происходит в действительности[15]. Кроме того, цифровой язык порой не способен отразить все нюансы правовой материи. Так, по мнению некоторых исследователей, иногда невозможно вложить в математический алгоритм сложные тексты договоров, – не все объекты договорной деятельности могут быть переведены в цифровые активы и прописаны в программе. Проблема заключается и в том, что смарт-контракты не всегда являются в классическом виде электронными документами, достаточно часто это программный код или его элементы[16]. Надо сказать, что авторами организационно-методических инноваций по вопросам использования различных информационно-цифровых технологий становятся зачастую не только их владельцы, но и сами пользователи, которые выкладывают в Интернет свои новаторские идеи по освоению, применению и использованию данных цифровых технологий. Результаты этого коллективного творчества вполне могут быть использованы для целей дальнейшего совершенствования правового регулирования в различных отраслях права.

* * *

Таким образом, инновации в праве – это комплексный процесс, подчиненный общим потребностям развития человеческой цивилизации, где праву наряду со вспомогательной ролью может быть отведено и самостоятельное предназначение. Несомненно, без этого процесса невозможно прогрессивное развитие и даже просто существование государства, достижение высокого уровня жизни и благополучия людей.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Алексеев С.С.* Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 369.
2. *Азизов Р.Ф.* Правовое регулирование в сети Интернет: сравнительно- и историко-правовое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2017. С. 19.
3. *Бондарь Н.С.* Конституционный суд в системе юрисдикционных органов (О «Богоугодных грехах» консти-

[14] См.: *Нерсесянц В.С.* Проблемы общей теории права и государства. М., 2004, С. 185, 186.

[15] См.: *Азизов Р.Ф.* Правовое регулирование в сети Интернет: сравнительно- и историко-правовое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2017. С. 19.

[16] См.: *Дядькин Д.С., Усольцев Ю.М., Усольцева Н.А.* Смарт-контракты в России: перспективы законодательного регулирования // Universum: Экономика и юриспруденция. 2018. № 5. С. 19.

туционного правосудия) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 1. С. 30.

4. *Дядькин Д.С., Усольцев Ю.М., Усольцева Н.А.* Смарт-контракты в России: перспективы законодательного регулирования // Universum: Экономика и юриспруденция. 2018. № 5. С. 19.
5. *Ильин И.А.* О сущности правосознания. М., 1994. С. 277.
6. *Керимов Д.А.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2001. С. 390.
7. *Кожуханов Н.М.* Инновация в праве как теоретико-правовая категория // Вестник РТА. 2011. № 1. С. 67.
8. *Курышев Е.Ю.* Инновации в методологии права // Юридический вестник ДГУ. 2018. Т. 25. № 1. С. 18.
9. *Курышев Е.Ю.* Методология применения отдельных форм инноваций в праве // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2015. № 10–2. С. 165–167.
10. *Мальцев Г.В.* Развитие права: к единению с разумом и наукой. М., 2005. С. 189.
11. *Нерсесянц В.С.* Проблемы общей теории права и государства. М., 2004, С. 185, 186.
12. *Уваров А.А.* Об особых целях (аспектах) регулирующего воздействия нормативных правовых актов // Росс. журнал правовых исследований. 2015. № 3. С. 53, 54.

REFERENCES

1. *Alekseev S.S.* Law: ABC – theory – philosophy. Experience of complex research. M., 1999. P. 369 (in Russ.).
2. *Azizov R.F.* Legal regulation in the Internet: comparative and historical-legal research: abstract ... Doctor of Law. SPb., 2017. P. 19 (in Russ.).
3. *Bondar N.S.* Constitutional Court in the system of jurisdictional bodies (On "God-pleasing sins" of constitutional justice) // Journal of foreign legislation and comparative law. 2017. No. 1. P. 30 (in Russ.).
4. *Dyadkin D.S., Usoltsev Yu. M., Usoltseva N.A.* Smart contracts in Russia: prospects of legislative regulation // Universum: Economics and jurisprudence. 2018. No. 5. P. 19 (in Russ.).
5. *Ilyin I.A.* On the essence of legal awareness. M., 1994. P. 277 (in Russ.).
6. *Kerimov D.A.* Methodology of law. Subject, functions, problems of Philosophy of Law. M., 2001. P. 390 (in Russ.).
7. *Kozhukhanov N.M.* Innovation in law as a theoretical and legal category // Vestnik RTA. 2011. No. 1. P. 67 (in Russ.).
8. *Kuryshev E. Yu.* Innovations in the methodology of law // Legal herald of DSU. 2018. Vol. 25. No. 1. P. 18 (in Russ.).
9. *Kuryshev E. Yu.* Methodology of application of separate forms of innovations in law // Actual problems of Humanities and natural Sciences. 2015. No. 10–2. P. 165–167 (in Russ.).
10. *Maltsev G.V.* The development of the law: to unite with reason and science. M., 2005. P. 189 (in Russ.).
11. *Nersesyants V.S.* Problems of General theory of law and state. M., 2004. P. 185, 186 (in Russ.).
12. *Uvarov A.A.* Specific purposes (aspects) of the regulating impact of regulatory legal acts // Russ. journal of legal research. 2015. No. 3. P. 53, 54 (in Russ.).

Сведения об авторе

УВАРОВ Александр Анатольевич –
доктор юридических наук, профессор; г. Москва

Authors' information

UVAROV Aleksandr A. –
Doctor of Law, Professor; Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 135–142
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 135–142

УДК 342.41

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРИНЦИПЫ И ЦЕННОСТИ КАК ПРЕДМЕТ БАЛАНСА (ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ): К ВОПРОСУ О СЛОЖНОСТЯХ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО И ПРАКТИЧЕСКОГО СОДЕРЖАНИЯ

© 2021 г. Т. Х. Кемрюгов

Санкт-Петербургский государственный аграрный университет

E-mail: tengiz_09@bk.ru

Поступила в редакцию 20.12.2019 г.

Аннотация. В статье анализируется подход к реализации конституционных принципов и ценностей, сложившийся в практике судебных органов конституционного нормоконтроля, называемый методом баланса (пропорциональности). Автор обобщает доктринальные представления об особенности данного метода в различных правопорядках, делает вывод о том, что доктрина и практика конституционного права пока не готовы разрешить ряд противоречий, связанных с применением метода баланса (пропорциональности).

Ключевые слова: конкуренция конституционных принципов, баланс ценностей, конституционный нормоконтроль, обоснование судебного решения.

Цитирование: *Кемрюгов Т.Х.* Конституционные принципы и ценности как предмет баланса (пропорциональности): к вопросу о сложностях теоретического и практического содержания // Государство и право. 2021. № 1. С. 135–142.

DOI: 10.31857/S102694520013236-0

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND VALUES AS A SUBJECT OF BALANCE (PROPORTIONALITY): TO THE QUESTION OF THE COMPLEXITIES OF THE THEORETICAL AND PRACTICAL CONTENT

© 2021 T. Kh. Kemryugov

Saint Petersburg state agrarian University

E-mail: tengiz_09@bk.ru

Received 20.12.2019

Abstract. The article analyzes the approach to the implementation of constitutional principles and values that has developed in the practice of judicial bodies of constitutional norm control, called the balance (proportionality) method. The author summarizes the doctrinal ideas about the peculiarities of this method in various legal systems, concludes that the doctrine and practice of Constitutional Law are not yet ready to resolve a number of contradictions related to the use of the balance (proportionality) method.

Key words: competition of constitutional principles, balance of values, constitutional norm control, justification of a court decision.

For citation: *Kemryugov, T. Kh. (2021).* Constitutional principles and values as a subject of balance (proportionality): to the question of the complexities of the theoretical and practical content // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 135–142.

Объективные потребности науки и практики по транслированию конституционных смыслов в правовую реальность стабильно актуализируют поиск такой методологии конституционного правопонимания и правоприменения, которая была бы адекватна многообразию учредительного, регулирующего, аксиологического, телеологического, гарантирующего, системообразующего воздействия конституции на общественные отношения. В силу ряда факторов на острие этого поиска в первую очередь оказываются судебные органы, осуществляющие конституционный нормоконтроль, деятельность которых непосредственно связана с рассмотрением конкретной правовой ситуации через призму конституционных принципов, ценностей и норм, выработкой конституционно-правового обоснования принимаемого судебного решения.

Контуры проблемного поля, возникающего в данной связи, в свое время описал Д.Д. Басу, указав, что «если относиться к Конституции серьёзно, толкование и осуществление этих общих положений вызовет большие трудности для органов законодательной власти, а эти трудности приведут Конституцию, суды и органы законодательной власти к конфликту и подорвут их репутацию. Если же рассматривать эти декларации как пустые обещания, это также приведёт к дискредитации»[1].

Мировой опыт показывает, что развитие правопорядка и социально-экономические, политические, идеологические аспекты трансформации первичного *"state of law"* в *"state of rights and freedoms"*, а затем в *"state of rights-claims"* (с последующим переходом к *"welfare-state"*) – процессы настолько же взаимосвязанные, насколько и противоречивые. И анализу посредством научного инструментария поддаются лишь до известной степени, особенно если учесть дефицит пригодных для юриспруденции методов, позволяющих эффективно решать задачи исследования на стыке политических, экономических, социальных, исторических и историко-культурных процессов. А иначе, надо сказать, многие исследовательские задачи в области конституционного права решать просто не имеет смысла.

Метод баланса (пропорциональности) в конституционном праве относительно нов. В Соединенных Штатах Америки он получил распространение во времена «Нового курса» Ф.Д. Рузвельта, в ряде европейских правопорядков – с 1950-х годов, по понятным причинам. Подход, согласно которому при рассмотрении «конституционных вопросов в суде» необходимо «отвергнуть механистическую юриспруденцию не отвергая идею закона»[2], был обусловлен «прорывом» в практику доктринальных положений об особой природе правовых принципов, что, перефразируя мысль Р. Паунда, не определяя детализированный результат, есть исходные начала юридической процедуры[3]. Именно к таким исходным началам, фундаментальным принципам, понимаемым через традиции народа, апеллировал О. Холмс в своем широко известном особом мнении к решению Верховного суда США по делу *Lochner v. New York (1905)*. Сформировавшаяся на фоне резонанса по делу *Lochner v. New York* убежденность в том, что в правовых принципах преломляются соображения философии, этики, общей пользы[4], предопределила понимание роли принципов как «посредников» между разнонаправленными соображениями политики и права, поставив перед юристами задачу вернуться к осмыслению того, что такое правосудие и какие методы (процедуры) позволят суду выразить в тексте решения надлежащее соотношение индивидуальных прав и интересов общества и государства в ситуации, когда законодатель этого не сделал или сделал вразрез с фундаментальными (конституционными) принципами[5].

Решения указанной задачи обусловливались различными факторами, вытекающими из конкретно-исторических условий. Так, Федеральному конституционному суду Германии требовалось обеспечивать прямое действие принципов и норм Основного закона ФРГ в условиях острых социальных, политических (межпартийных) противоречий, определять соотношение и взаимосвязи личных (основных), политических и социально-экономических прав и свобод, утверждать в общественном сознании, в политической и правовой практике концепцию о том, что «основные права создают объективный правопорядок, образованный вокруг некоторых общих ценностей и принципов»[6]. В этой связи становится понятной позиция Суда о том, что «традиционное подчинение судьи закону, основополагающая составная часть принципа разделения властей и тем самым правового государства, в Основном законе, во всяком случае в части формулировки, изменилось таким образом, что судебная власть связана "законом и правом" (абз. 3 ст. 20 Основного закона ФРГ). Таким образом, по общепринятому мнению, отвергается узкий позитивизм в отношении законов. Эта формула полностью поддерживает мысль, что хотя закон и право фактически идентичны в целом, однако не обязательно и не всегда. Право не идентично совокупности писаных законов. Наряду с писаными законами государственной власти при определенных обстоятельствах может существовать иное право, которое имеет свой источник в конституционном правопорядке в качестве смыслового целого и по отношению к писаному закону может действовать как средство исправления или

[1] *Басу Д.Д.* Основы конституционного права Индии. М., 1986. С. 245, 246.

[2] *Aleinikoff T.A.* Constitutional Law in the Age of Balancing, 96 Yale L.J. (1987). P. 949. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol96/iss5/1

[3] См.: *Pound R.* Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the individual special case // 35 N.Y. University Law Review. 925 (1960). P. 925.

[4] См.: *Dickinson J.* The Law behind the Law // Columbia Law Review. 1929. No. 3. P. 296–315.

[5] См.: Paradoxes of Legal Science by Benjamin N. Cardozo: Review / by Rousseau A. Burch // Michigan Law Review. Vol. 27. No. 6 (Apr., 1929). P. 637–649.

[6] *Benvindo J.Z.* Balancing Within the Context of German Constitutionalism: The Bundesverfassungsgericht's Shift to Activism / chapter from: On the limits of constitutional adjudication: Deconstructing balancing and judicial activism. 2010. P. 31–81; *Kommers Donald P.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press, 1997. P. 315–318.

улучшения. Найти его и применить в решении – задача судебной власти»[7].

Конституционный суд Германии руководствуется методом пропорциональности (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), который, как полагает Р. Алекси, представляет собой особый подход к применению конкурирующих правовых принципов, близкий по смыслу к Парето-оптимальности[8], поскольку принцип содержит не конкретное правило, а некоторую идею или стандарт. Соответственно, содержание принципа образует общий замысел, а не относительно точное предписание, поэтому он может быть реализован в той или иной степени, но не полностью претворен в жизнь как юридическое правило. Это значит, что для реализации принципа права необходима правовая интерпретация лежащей в его основании идеи, с тем чтобы, выведя из неё ряд относительно конкретных требований (т.е. сформулировав правило) и определив таким образов содержание принципа, затем применить его для урегулирования общественного отношения имея в виду, что в праве необходимо присутствуют одинаково действительные, но конкурирующие принципы, которые вводят в право и юридически формализуют в нём некоторые общие представления (идеи), из которых участники правоотношения должны исходить, принимая те или иные юридически значимые решения.

В практике Верховного суда США в качестве метода выработки и изложения судебных решений в 1930-е годы утвердилась доктрина баланса, ставшая, по мнению А. Алейникоффа, резким изменением в подходах Суда к Конституции и основанному на ней правосудию[9]. К середине 1930-х годов в адрес Верховного суда США часто раздавалась критика, связанная с формально-консервативной позицией по большинству социально острых проблем и с тем, что Суд навязывает свои политические взгляды под видом конституционного толкования[10]. Из уст Президента США Ф.Д. Рузвельта прозвучали слова о том, что «как государство, как нация, мы достигли той стадии, когда мы должны принять меры для спасения Конституции от Суда и Суда от самого себя. Мы должны найти способ дать возможность Верховному суду апеллировать к самой Конституции. Мы хотим Верховный суд, который будет судить по Конституции, а не над ней»[11]. Сам Верховный суд в своих решениях связывал свою позицию со спецификой регулирования отношений Конституцией и говорил о вполне определенной роли суда в данном регулировании[12]. Коллега и во многом единомышленник Б.Н. Кардозо по работе в Верховном суде Харлан Ф. Стоун следующим образом резюмировал свое видение деятельности судьи: «Судья часто занимается не столько извлечением права из прецедентов, как мы когда-то привыкли полагать, сколько проведением оценки и сопоставлением социальных ценностей, результат чего может иметь решающее значение при определении того, какое правило следует применять»[13]. Впрочем, судьи Верховного суда США существенно расходились во взглядах на право и правосудие, и эти расхождения оставались принципиальными вплоть до эпохи Э. Уоррена и не исчезли окончательно и в дальнейшем[14].

Безусловно, переход к методологии баланса неверно было бы рассматривать исходя только из факторов субъективного порядка. Как полагает А. Алейникофф, переход к новой методологии в деятельности Верховного суда США был вполне подготовлен развитием правовой доктрины, работами Р. Паунда, Д. Дьюи, О. Холмса, Б.Н. Кардозо и других сторонников юридического прагматизма и судебного активизма. Повышение роли государства и усиление государственного регулирования экономики требовали принципиально нового обоснования соотношения публичных и частных интересов, соотношения интересов федерального правительства и интересов штатов, причем обоснования именно конституционного. Важнейшим стал фактор повышения активности населения, процесс кристаллизации интересов американцев в политической (выборы, свобода слова, свобода собраний и объединений), экономической (занятость и трудовая миграция, налоги), социальной (свобода вероисповедания, равноправие) сферах и сформировавшееся у политических элит понимание того, что социальные интересы де факто стали частью той системы отношений, на которой основаны процессы управления и развития общества и государства. Данные суждения исчерпывающе обобщаются в мнении А. Скэнлана: «Мы санкционируем решения правления большинства, когда они исходят от должным образом и демократически избранных представителей народа. Когда это большинство будет пытаться подорвать или нарушить основные принципы, на которых оно основано... <...>. Тогда должен выступить Суд как хранитель Билля о правах. Мы не потерпим, чтобы демократия была уничтожена от своего имени»[15]. Показательно, что эволюцию метода баланса нагляднее всего видно по рассматриваемым Верховным судом США делам,

---

[7] Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Band 34 (1973). S. 286, 287 (цит. по: *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойера; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. М., 2011. С. 16).

[8] См.: *Alexy R.* Balancing, constitutional review, and representation // International Journal of Constitutional Law. Vol. 3. Issue 4. 1 October 2005. P. 573. URL: https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008

[9] См.: *Aleinikoff T.A.* Op. cit. P. 948.

[10] Различные аргументы и точки зрения современников того периода см.: *Haines C.G.* The American Doctrine of Judicial Supremacy. 2d ed. 1932; *Boudin Louis B.* Government by Judiciary, 2 vols. New York, 1932.

[11] *Gunther G.* Constitutional Law. 11th ed. 1985. P. 130.

[12] См.: United States v. Butler, 297 U.S. 1, 62 (1936).

[13] *Stone H.F.* The Common Law in the United States, 50 HARV. L. REV. 4, 10 (1936). P. 20.

[14] Непоследовательность практики Верховного суда США при рассмотрении схожих по существу дел, отражающая, очевидно, неопределенность собственной позиции ряда судей по ряду принципиальных вопросов конституционного правосудия, является предметом критики (см.: *Faigman David L.* Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication, 88 Nw. U.L. Rev. 641. 1994. URL: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/870).

В американской юридической литературе можно найти немало свидетельств того, что проблема остается актуальной и на современном этапе. В опубликованной в 2002 г. небольшой статье судья Верховного суда США (1975–2010) Дж. П. Стивенс описывает серию дел, которые обычно рассматриваются как пример судебного активизма, и делает вывод, что поскольку он не участвовал ни в одном из вышеупомянутых дел, то не может быть полностью уверен в том, как бы он проголосовал, но, оглядываясь назад, может сказать, что теперь согласен с каждым из этих решений (см.: *Stevens John Paul.* Judicial Activism: Ensuring the Powers and Freedoms Conceived by the Framers for Today's World // C.B.A. REC., Oct. 16, 2002, at 26).

[15] *Scanlan Alfred L.* The Passing of Justice Murphy-The Conscience of a Court // 25 NOTRE DAME L. REV. 7, 38 (1949).

связанным с применением I и IV поправок (к Конституции США), а в научной литературе можно найти указание на то, что сложившееся в США конституционное обоснование судебных актов является «юриспруденцией интересов»[16].

Сколько-нибудь сложившегося определения баланса как способа (метода) принятия юридического решения в научной литературе выделить не удается, хотя подходы, сложившиеся в разное время и в различных правопорядках демонстрируют сущностное единство (это утверждение мы считаем справедливым и в том случае, когда авторы пытаются выразить идею баланса с привлечением символических или формульных выражений[17]). В англоязычной литературе удачным признается определение А. Алейникоффа, полагающего, что метод баланса относится к методам конституционного толкования, которые основаны на идентификации, оценке и сравнении конкурирующих интересов. Данный метод получает свое выражение в судебном мнении, в котором имеющий конституционное значение вопрос рассматривается путем определения интересов, связанных с данным делом, явного или не явного определения ценности выявленных интересов и формирования на этой основе конкретного решения или имеющего общее (конституционное) значение правила[18]. По мнению Р. Алекси, баланс необходим именно тогда, когда имеются противоположные основания (ценности), которые по отдельности представляют собой базу для принятия решения и лишь постольку не ведут к определенному решению напрямую, поскольку существуют другие основания (ценности), требующие иного решения[19]. Соответственно, балансировка в применении двух конкурирующих принципов или ценностей может быть разбита на три этапа. Первый этап заключается в установлении степени возможного ущерба первому принципу или ценности при реализации конкурирующего с ним. Затем следует второй этап, на котором устанавливается важность реализации конкурирующего (второго) принципа. Наконец, на третьем этапе устанавливается, оправдывает ли важность соблюдения второго принципа возможный или реальный ущерб первому[20]. Рассматривая метод баланса как важную составляющую (критерий) общей методологии пропорциональности при регулировании прав и свобод человека и принятии юридически значимых решений в сфере прав человека, А. Барак полагает, что этот методологический инструмент состоит из следующих компонентов: надлежащая цель регулирования (не каждая цель оправдывает вторжение в сферу конституционных прав), рациональная связь между целью и средствами, которые закон установил для достижения цели (есть рациональные основания тому, что использование данных средств приведет к реализации цели закона) и правильная связь между выгодой, полученной от реализации цели, и ущербом, причиненным конституционному праву (достижение надлежащей цели рациональными средствами, которые должны быть наименее ограничивающими в достижении цели и не должны привести к несоразмерному ограничению прав человека)[21]. В практике ЕСПЧ встречаются позиции о том, что правовая защита прав и законных интересов субъектов правоотношений должна осуществляться на основе баланса конституционных ценностей. Баланс можно считать справедливым, когда ни одной из этих ценностей не отдается безусловный приоритет, а действие одного принципа (ценности, права) создает имманентные пределы для другого принципа (права или конституционной ценности). Такой подход можно видеть, к примеру, в Постановлении и Европейского Суда по правам человека от 19 февраля 1998 г. по делу «Боуман против Соединенного Королевства» *(Bowman v. U.K.)*, к которому иногда апеллирует и Конституционный Суд РФ. Председатель (1985–1998 гг.) Европейского Суда по правам человека Ролв Риссдал писал о том, что «темой, которая проходит через Конвенцию и ее прецедентное право, является необходимость достижения баланса между общими интересами общества и защитой основных прав человека»[22]. Таким образом, баланс приобрел статус общего принципа как метод толкования положений Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и как метод выработки судебного решения Европейским Судом по правам человека. В отечественной правовой мысли следует сослаться на позицию Н.С. Бондаря, который в своем особом мнении по Постановлению Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П отмечает: «Идея баланса конституционных ценностей, которая как конституционный принцип и как методологический прием... предполагает, в частности, необходимость взвешивания вступивших в противоречие (конфликт) в рамках конституционно-правового спора конституционных ценностей и определение сообразно их конституционному весу соотношения, которым и обусловливается содержание правового регулирования конкретной сферы общественных отношений. При этом каждая из конституционных ценностей, между которыми возникла коллизия, должна быть сохранена в рамках существующего конституционно-правового противоречия, которое не обязательно должно преодолеваться путем устранения данного противоречия»[23].

В конституционном праве Российской Федерации метод баланса также эволюционировал, причем стремительно. Появившись в середине 90-х годов в решениях Конституционного Суда РФ в своем изначальном «узком» смысле как один из методологических приемов разрешения правового спора в порядке конституционного нормоконтроля, баланс в XXI в. приобрел в практике Конституционного Суда РФ значение едва ли не фундаментальной идеи, обладающей самостоятельным правовым значением,

---

[16] *Antieau Chester James.* The Jurisprudence of Interests as a Method of Constitutional Adjudication, 27 Case W. Res. L. Rev. 823 (1977). URL: https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol27/iss4/10

[17] Помимо известной «формулы взвешивания» Р. Алекси есть и иные схожие разработки. К примеру, см.: *Veel Paul-Erik N.* Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making // Law and Ethics of Human Rights. Is. 4 (2), 2010. P. 178–228.

[18] См.: *Aleinikoff T.A.* Op. cit. P. 945.

[19] См.: *Алекси Р.* Указ. соч. С. 103.

[20] См.: *Alexy R.* Op. cit. P. 575.

[21] Последний компонент у А. Барака и рассматривается как собственно balancing (см.: *Barak Aharon.* Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge, 2012. P. 340–349).

[22] *Ryssdal R.* Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights // EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW. 1996. P. 26.

[23] Особое мнение судьи Н.С. Бондаря к Постановлению Конституционного Суда РФ от 23.01.2007 г. № 1-П по делу о проверке конституционности положений п. 1 ст. 779 и п. 1 ст. 781 ГК РФ в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В. Макеева.

формирующей особый предмет деятельности органа конституционного правосудия[24] и, по мнению некоторых ученых, претендующей на статус системообразующей для целей формирования конституционной идеологии[25]. В определенной степени обоснованность таких претензий связана с тем, что концептом понятия «баланс» охватываются ключевые элементы конституционного правопорядка, в т.ч. его «несущие конструкции» – принципы, ценности, нормы. В научной литературе можно встретить мнение, что баланс общественных отношений отражает миссию права в целом (в её наиболее предельном, философско-правовом, понимании)[26].

Между тем в отечественной и зарубежной юридической мысли метод баланса подвергается существенной критике. С формальной точки зрения следует ответить на вопрос: дает ли сама конституция достаточно оснований для балансировки в понимании и применении ее принципов? Ответ на данный вопрос в любом случае будет иметь субъективный характер, но сошлемся на мнения судей, представляющих различные правопорядки. Так, судья А.Л. Кононов в особом мнении к Постановлению Конституционного Суда РФ от 14 июля 2005 г. № 9-П подчеркивает: «Употребляемая неоднократно Конституционным Судом РФ формула о балансе частных и публичных интересов, по нашему мнению, искажает шкалу конституционных ценностей, поскольку баланс предполагает нивелирование, уравновешивание, равнозначность интересов отдельной личности и государства, что заведомо ставит личность в подчиненное и незащищенное положение, деформирует само понятие правового государства. Конституция РФ говорит не о балансе, а о предпочтении гуманитарных ценностей»[27].

В свою очередь, судья Верховного суда США П. Стюарт в особом мнении по делу *Pittsburgh Press v. Pittsburgh Human Relations Commission* отмечает: «До тех пор, пока члены этого Суда рассматривают Первую поправку как не более чем набор “ценностей”, которые должны быть сбалансированы с другими “ценностями”, эта Поправка будет оставаться под серьезной угрозой... <...>. Те, кто считает, что Первая поправка может и должна быть подчинена другим общественным интересам, будут приветствовать сегодняшнее решение. Но я нахожу такой подход опасным»[28].

Парадокс конституционного балансирования, пожалуй, лучше всего выразил А. Скалиа в своем известном высказывании о том, что балансировка, уравновешивание конкурирующих конституционных ценностей похоже на определение «является ли данная конкретная линия длиннее, чем тот конкретный камень тяжелее»[29]. Собственно, тезис о том, что балансирование конституционных принципов и ценностей требует от суда «измерить неизмеримое и сравнивать несравнимое»[30], есть основной аргумент противников метода балансировки.

Сам по себе подход, основанный на ценностных сопоставлениях и измерениях в связи с целями конституционного правоприменения, вызывает большие затруднения хотя бы по той причине, что понятие ценности относится к числу междисциплинарных, причем понимаемых по-разному не только в разных дисциплинах (философии, социологии, психологии, экономике, юриспруденции и т.д.), но и в рамках каждой из них, и чтобы хоть как-то операционализировать понятие ценности, необходима работа по определению «системы координат»[31].

Как подчеркивает С.А. Белов, ценностный выбор между применяемыми правовыми принципами может быть аргументирован определенными доводами, ссылками на конкретные обстоятельства, но он не может быть доказан. В конституционном судебном процессе предмет рассмотрения конституционного суда главным образом сводится к вопросу о содержании норм конституции и того акта, который проверяется на соответствие конституции. В результате стороны и другие участники конституционного процесса лишены необходимости представления доказательств, подтверждающих фактические обстоятельства. Они излагают свою правовую позицию, могут приводить аргументы, свидетельствующие об определенном толковании оспариваемого нормативного положения при его утверждении или при его применении, и даже представлять материалы, обосновывающие необходимость придания конкретного смысла положениям конституции (например, материалы толкования аналогичных положений международными судами). Таким образом,

---

[24] См.: *Сивицкий В.А.* Баланс конституционных ценностей как предмет и метод деятельности Конституционного Суда Российской Федерации // Компромисс в праве: теория, практика, техника: сб. ст. по материалам Междунар. науч.-практ. конф. (г. Н. Новгород, 29–30 мая 2014 года). Н. Новгород, 2014. Т. 2. С. 290–299.

[25] См.: *Хорунжий С.Н.* Конституционная идеология баланса конституционных ценностей // Юридическая гносеология. 2016. № 3. С. 78–85.

[26] См.: *Шугуров М.В.* Баланс и дисбаланс как категории правовой реальности: системно-синергетический подход // Росс. журнал правовых исследований. 2016. № 1(6). С. 88.

[27] Особое мнение судьи А.Л. Кононова к Постановлению Конституционного Суда РФ от 14.07.2005 г. № 9-П по делу о проверке конституционности положений ст. 113 НК РФ в связи с жалобой гражданки Г.А. Поляковой и запросом ФАС Московского округа.

[28] Pittsburgh Press v. Pittsburgh Human Relations Commission. 413 U.S. 376 (1973). P. 402, 403.

[29] Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enter., Inc., 486 U.S. 888, 897 (1988).

[30] *Laurent B. Frantz.* Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson // 51 CALIF. L. REV. 729, 748 (1963); *Urbina, Francisco J.* A Critique of Proportionality and Balancing. Cambridge, 2017.

[31] Д.А. Леонтьев выделяет шесть эвристических развилок в построении понятия ценности: а) ценность может выступать как объект или как атрибут объекта, соответственно, объект может быть ценностью или иметь ценность; б) ценностью признаются объекты, обладающие какой-либо полезностью (экономический, утилитаристский взгляд) либо ценностью признаются особые объекты, обладающие (в представлениях людей) неким статусом; в) ценности являются индивидуальными или надындивидуальными (впрочем, эти два смысла не обязательно должны исключать друг друга); г) признание надындивидуальной природы ценностей ставит вопрос о том, онтологизируются ли они как трансцедентные сущности или социологизируются как порождение социальных общностей; д) признание индивидуальной формы существования ценностей ставит вопрос о том, являются ли они структурами сознания (представлений) или личности (и мотивации). Эта дихотомия проявляется, в частности, в терминологическом разведении ценностей и ценностных ориентаций; е) социальная трактовка ценностей ставит вопрос об их понимании как неких эталонов (норм, стандартов) или идеалов (векторов, задающих направление, но не конкретные цели и тем более содержание действий) (см.: *Леонтьев Д.А.* Ценности общества и ценности личности. Тезисы доклада. URL: http://iphras.ru/page52169422.htm).

никакое толкование не будет истинным или ложным *in abstracto* за пределами мнения конституционного суда, поддерживающего тот или иной вариант толкования. Не существует никакого способа верификации правильности мнения конституционного суда, следовательно, его выбор не может быть ни истинным, ни ложным, и конституция становится исключительно тем, «что о ней скажут судьи»[32].

Практика Конституционного Суда РФ дает немало поводов согласиться с представленными выше суждениями. Будь то баланс между интересами несовершеннолетнего-получателя алиментных выплат и его родителя-плательщика[33], баланс между ценностями образования и долга защиты Отечества[34], баланс между обязанностью воспитывать детей и воинской службой[35] – применяемые Конституционным Судом РФ алгоритмы поиска ценностного баланса более чем оспоримы, тем более что в ряде случаев мы можем видеть убедительное обоснование альтернативной логики поиска баланса[36].

Подчеркнем, что предпосылкой поиска баланса конституционных ценностей выступает обоснованная уверенность в объективном ценностном значении тех социальных факторов, которые кладутся судом «на чашу весов». Как минимум презумпция конституционно-правового измерения социальных ценностей предполагает ответ на возникающие в этой связи предметные вопросы: в какой форме таковая ценность получила закрепление или признание в социальных практиках (ведь если есть содержание в виде определенных алгоритмов социального поведения, значит, у этого содержания не может не быть той или иной социальной формы) с учетом многонациональной и многоконфессиональной природы российского народа? Каковы социальные (подчеркнем – не юридические) механизмы распространения и воспроизводства данной ценностной модели в обществе и механизмы, посредством которых при необходимости можно было бы апеллировать к понуждению следовать данной модели (без этого содержащийся в судебном решении ценностный баланс рискует оказаться в положении *nudum jus*)? Как представляется, ответ на указанные вопросы не может иметь метаюридического характера, наподобие «это общепризнанно».

По всей видимости, в полемике между Р. Алекси и А. Бараком следует признать обоснованность позиции о дискуссионности перенесения баланса (пропорциональности) ценностей в сугубо конституционную плоскость (А. Барак)[37] хотя бы по той причине, что конституционное право пока не готово к ответственности за констатацию ценностного баланса и обеспечение его легитимности в обществе. Очевидно, что проблема дефицита теоретической и методологической проработки рассматриваемых вопросов требует консолидации усилий юридического сообщества по поиску решений.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойера; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. М., 2011. С. 16, 103.
2. *Басу Д.Д.* Основы конституционного права Индии. М., 1986. С. 245, 246.
3. *Белов С.А.* Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве // Правоведение. 2014. № 5 (316). С. 232.
4. *Леонтьев Д.А.* Ценности общества и ценности личности. Тезисы доклада. URL: http://iphras.ru/page52169422.htm
5. *Сивицкий В.А.* Баланс конституционных ценностей как предмет и метод деятельности Конституционного Суда Российской Федерации // Компромисс в праве: теория, практика, техника: сб. ст. по материалам Междунар. науч.-практ. конф. (г. Н. Новгород, 29–30 мая 2014 года). Н. Новгород, 2014. Т. 2. С. 290–299.
6. *Хорунжий С.Н.* Конституционная идеология баланса конституционных ценностей // Юридическая гносеология. 2016. № 3. С. 78–85.
7. *Шугуров М.В.* Баланс и дисбаланс как категории правовой реальности: системно-синергетический подход // Росс. журнал правовых исследований. 2016. № 1(6). С. 88.
8. *Aleinikoff T.A.* Constitutional Law in the Age of Balancing, 96 Yale L.J. (1987). P. 945, 948, 949. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol96/iss5/1
9. *Alexy R.* Balancing, constitutional review, and representation // International Journal of Constitutional Law. Vol. 3. Issue 4. 1 October 2005. P. 573, 575. URL: https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008
10. *Alexy R.* Proportionality, constitutional law, and subconstitutional law: A reply to Aharon Barak // International Journal of Constitutional Law. Vol. 16. Issue 3. 9 November 2018. P. 871–879.
11. *Antieau Chester James.* The Jurisprudence of Interests as a Method of Constitutional Adjudication, 27 Case W. Res.

[32] *Белов С.А.* Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве // Правоведение. 2014. № 5 (316). С. 232.

[33] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20.07.2010 г. № 17-П по делу о проверке конституционности п/п. «з» п. 2 Перечня видов заработной платы и иного дохода, из которых производится удержание алиментов на несовершеннолетних детей, в связи с жалобой гражданина Л.Р. Амаякяна // Росс. газ. 2010. 28 июля.

[34] См.: Определение Конституционного Суда РФ от 05.03.2013 г. № 353-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Капаева Александра Владимировича и Цветкова Александра Олеговича на нарушение их конституционных прав положением п/п. «а» п. 2 ст. 24 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» // В официальных документах не публиковалось.

[35] См.: Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 г. № 187-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Маркина Константина Александровича на нарушение его конституционных прав положениями ст. 13 и 15 Федерального закона «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей», ст. 10 и 11 Федерального закона «О статусе военнослужащих», ст. 32 Положения о порядке прохождения военной службы и п. 35 и 44 Положения о назначении и выплате государственных пособий гражданам, имеющим детей // В официальных документах не публиковалось.

[36] См.: Особое мнение судей Конституционного Суда РФ К.В. Арановского и Г.А. Гаджиева на Определение Конституционного Суда РФ от 05.03.2013 г. № 353-О // В официальных документах не публиковалось.

[37] См.: *Alexy R.* Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak // International Journal of Constitutional Law. Vol. 16. Issue 3. 9 November 2018. P. 871–879.

L. Rev. 823 (1977). URL: https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol27/iss4/10

12. *Barak Aharon*. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge, 2012. P. 340–349.
13. *Benvindo J.Z.* Balancing Within the Context of German Constitutionalism: The Bundesverfassungsgericht's Shift to Activism / chapter from: On the limits of constitutional adjudication: Deconstructing balancing and judicial activism. 2010. P. 31–81.
14. *Dickinson J.* The Law behind the Law // Columbia Law Review. 1929. No. 3. P. 296–315.
15. *Faigman David L.* Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication, 88 Nw. U.L. Rev. 641. 1994. URL: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/870 .
16. *Gunther G.* Constitutional Law. 11th ed. 1985. P. 130.
17. *Haines C.G.* The American Doctrine of Judicial Supremacy. 2d ed. 1932; *Boudin Louis B.* Government by Judiciary, 2 vols. New York, 1932.
18. *Kommers Donald P.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press, 1997. P. 315–318.
19. *Laurent B. Frantz.* Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson // 51 CALIF. L. REV. 729, 748 (1963).
20. Paradoxes of Legal Science by Benjamin N. Cardozo: Review / by Rousseau A. Burch // Michigan Law Review. Vol. 27. No. 6 (Apr., 1929). P. 637–649.
21. *Pound R.* Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the individual special case // 35 N.Y. University Law Review. 925 (1960). P. 925.
22. *Ryssdal R.* Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights // EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW. 1996. P. 26.
23. *Scanlan Alfred L.* The Passing of Justice Murphy-The Conscience of a Court // 25 NOTRE DAME L. REV. 7, 38 (1949).
24. *Stevens John Paul.* Judicial Activism: Ensuring the Powers and Freedoms Conceived by the Framers for Today's World // C.B.A. REC., Oct. 16, 2002, at 26.
25. *Stone H.F.* The Common Law in the United States, 50 HARV. L. REV. 4, 10 (1936). P. 20.
26. *Urbina, Francisco J.* A Critique of Proportionality and Balancing. Cambridge, 2017.
27. *Veel Paul-Erik N.* Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making // Law and Ethics of Human Rights . Is. 4 (2), 2010. P. 178–228.

REFERENCES

1. *Alexy R.* The concept and reality of law (reply to legal positivism) / transl. from German A.N. Laptev, F. Kalshoyer; scientific. ed. by T.F. Yakovleva. M., 2011. P. 16, 103 (in Russ.).
2. *Basu D.D.* Constitutional Law of India. M., 1986. P. 245, 246 (in Russ.).
3. *Belov S.A.* Whether rational discourse to justify the value choice in law // Jurisprudence. 2014. No. 5 (316). P. 232 (in Russ.).
4. *Leontiev D.A.* Values of society and values of the individual. Thesis of reports. URL: http://iphras.ru/page52169422.htm (in Russ.).
5. *Sivitsky V.A.* Balance of constitutional values as a subject and method of activity of the Constitutional Court of the Russian Federation // Compromise in law: theory, practice, technique: collection of articles based on the materials of the international scientific and practical conference (Nizhny Novgorod, May 29–30, 2014). N. Novgorod, 2014. Vol. 2. P. 290–299 (in Russ.).
6. *Khorunzhiy S.N.* Constitutional ideology of the balance of constitutional values // Legal epistemology. 2016. No. 3. P. 78–85 (in Russ.).
7. *Shugurov M.V.* Balance and disbalance as categories of legal reality: system-synergetic approach // Russ. journal of legal research. 2016. No. 1(6). P. 88 (in Russ.).
8. *Aleinikoff T.A.* Constitutional Law in the Age of Balancing, 96 Yale L.J. (1987). P. 945, 948, 949. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol96/iss5/1
9. *Alexy R.* Balancing, constitutional review, and representation // International Journal of Constitutional Law. Vol. 3. Issue 4. 1 October 2005. P. 573, 575. URL: https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008
10. *Alexy R.* Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak // International Journal of Constitutional Law. Vol. 16. Issue 3. 9 November 2018. P. 871–879.
11. *Antieau Chester James.* The Jurisprudence of Interests as a Method of Constitutional Adjudication, 27 Case W. Res. L. Rev. 823 (1977). URL: https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol27/iss4/10
12. *Barak Aharon.* Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge, 2012. P. 340–349.
13. *Benvindo J.Z.* Balancing Within the Context of German Constitutionalism: The Bundesverfassungsgericht's Shift to Activism / chapter from: On the limits of constitutional adjudication: Deconstructing balancing and judicial activism . 2010. P. 31–81.
14. *Dickinson J.* The Law behind the Law // Columbia Law Review. 1929. No. 3. P. 296–315.
15. *Faigman David L.* Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication, 88 Nw. U.L. Rev. 641. 1994. URL: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/870.
16. *Gunther G.* Constitutional Law. 11th ed. 1985. P. 130.
17. *Haines C.G.* The American Doctrine of Judicial Supremacy. 2d ed. 1932; *Boudin Louis B.* Government by Judiciary, 2 vols. New York, 1932.
18. *Kommers Donald P.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press, 1997. P. 315–318.
19. *Laurent B. Frantz.* Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson // 51 CALIF. L. REV. 729, 748 (1963).
20. Paradoxes of Legal Science by Benjamin N. Cardozo: Review / by Rousseau A. Burch // Michigan Law Review. Vol. 27. No. 6 (Apr., 1929). P. 637–649.

21. *Pound R.* Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the individual special case // 35 N.Y. University Law Review. 925 (1960). P. 925.

22. *Ryssdal R.* Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights // EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW. 1996. P. 26.

23. *Scanlan Alfred L.* The Passing of Justice Murphy-The Conscience of a Court // 25 NOTRE DAME L. REV. 7, 38 (1949).

24. *Stevens John Paul.* Judicial Activism: Ensuring the Powers and Freedoms Conceived by the Framers for Today's World // C.B.A. REC., Oct. 16, 2002, at 26.

25. *Stone H. F.* The Common Law in the United States, 50 HARV. L. REV. 4, 10 (1936). P. 20.

26. *Urbina, Francisco J.* A Critique of Proportionality and Balancing. Cambridge, 2017.

27. *Veel Paul-Erik N.* Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making // Law and Ethics of Human Rights. Is. 4 (2), 2010. P. 178–228.

Сведения об авторе

КЕМРЮГОВ Тенгиз Хатызович –
кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой конституционного и административного права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного аграрного университета; 196601 г. Санкт-Петербург, г. Пушкин, Петербургское шоссе, д. 2

Authors' information

KEMRYUGOV Tengiz Kh. –
PhD in Law, associate Professor, head of the Department of Constitutional and Administrative Law, faculty of law, Saint Petersburg state agrarian University; 2 Peterburgskoe shosse, 196601 Saint Petersburg, Pushkin, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 143–148
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 143–148

АРХЕТИП ГОСУДАРСТВЕННОСТИ В ПРИРОДЕ ЧЕЛОВЕКА И ОБЩЕСТВА

© 2021 г. А. Л. Панищев

Славяно-Греко-Латинская академия, г. Москва

E-mail: Alexeipl1980@mail.ru

Поступила в редакцию 20.06.2020 г.

Аннотация. В статье исследуется государство в качестве формы и способа бытия человека и общества. Государство архетипично человеку, что человек и государство составляют акциденцию (в аристотелевском понимании). Даже деградация государственной власти не должна девальвировать само государство. Вместе с тем отрыв государства от культуры приводит к его вырождению, к критическому разрыву между естественным и позитивным правом. При таком положении дел возникает угроза крушения государства. Между тем альтернативы государству ещё не существует. Крушение государства приведёт к невозможности интенсивного развития человека, поскольку именно государство обеспечивает его возможностями для духовного и интеллектуального роста, превосходящего витальные потребности, обеспечивающие надбиологический уровень развития общества.

Ключевые слова: человек, общество, культура, государство, право.

Цитирование: *Панищев А.Л.* Архетип государственности в природе человека и общества // Государство и право. 2021. № 1. С. 143–148.

DOI: 10.31857/S102694520013279-7

THE ARCHETYPE OF STATEHOOD IN THE NATURE OF MAN AND SOCIETY

© 2021 A. L. Panishchev

The Slavonic-Greek-Latin Academy, Moscow

E-mail: Alexeipl1980@mail.ru

Received 20.06.2020

Abstract. This paper examines the state as a form and method of man and society existence. The main idea of the article is that the state is archetypal to man, that man and state constitute an accident (in the Aristotelian sense). Even the degradation of state power should not devalue the state itself. At the same time, the separation of the state from culture leads to its degeneration, to a critical gap between natural and positive law. In this state of Affairs, there is a serious threat to the collapse of the state as a form and method of anthropological existence. Meanwhile, there is no alternative to the state yet. The collapse of the state will lead to the impossibility of intensive human development, since it is the state that provides him with opportunities for spiritual and intellectual growth that exceeds the vital needs that ensure the supra-biological level of development of society.

Key words: man, society, culture, state, law.

For citation: *Panishchev, A.L. (2021).* The archetype of statehood in the nature of man and society // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 143–148.

Тема государственности как формы и способа бытия человека и общества имеет антропологический смысл. Её актуальность очевидна, причём не только на примере научных работ, в которых рассматривается данный вопрос, но также и в массовой культуре, например, в индустрии кино, где моделируются ситуации деструкции государственных институтов и осуществляется попытка найти или выработать иную форму социального устройства. Надо признать то, что альтернативного государству полноценного пути цивилизационного развития на данный период времени не выявлено. Однако в последние десятилетия обозначилась тенденция к снижению роли государства в жизни общества и вытеснению его транснациональными и клановыми корпорациями. Угроза распада государства как формы и способа бытия человеческого общества оставляет незащищёнными национальные культуры и собственно природу человека. Стало быть, необходимо укреплять и развивать тот способ антропологического бытия, который уже существует, но вместе с тем испытывающий кризисные явления культурологического и антропологического характера.

Категория архетипа для философской антропологии является значимой, поскольку претендует на отображение в себе образов, имеющих антропологический и социальный характер. Понятие архетипа сформировалось в психологии и изначально являлось одним из ключевых в трудах К.Г. Юнга. Данный термин учёный впервые употребил в 1919 г. Под ним он понимал изначальный образ, одинаково присущий целым народам в любые исторические периоды. В некоторых случаях архетип тождествен идее, что позволяет провести некоторую параллель между психоанализом в учении Юнга и учением Платона. Юнг полагал, что архетип есть некий «осадок в памяти.., образовавшийся путём уплотнения сходных между собой процессов»[1]. В работе «Психология бессознательного» автор определяет архетипы как изначальные образы, укоренённые в глубоких слоях бессознательного. Причём эти же образы он называет и доминантами[2]. Архетипы всегда в большей или меньшей степени связаны с социальной жизнью человека, например, архетип *persona*. Несмотря на констатацию коллективного характера архетипов, те, о которых пишет К.Г. Юнг, ориентированы на результат межперсонального взаимодействия и связаны с ориентацией человека в социальном пространстве. Нам представляется это недостаточным для целостного понимания природы человека и феноменов его бытия. Среди таких феноменов следует выделить государство как форму и способ осуществления человеческого бытия. Соответственно, постараемся обосновать государственность в качестве архетипа, т.е. изначального образа, задающего вектор социального развития человеческого общества. Причём последнее рассматривается как социальный организм, что ориентирует нас на понимание всякой человеческой общности как единого целого. Холистичность восприятия общества подразумевает также видение его антропологических составляющих.

Исследование антропологических характеристик государства как формы и способа бытия человека связано с темой жизнеспособности государств, а следовательно, наций как значимого элемента социальной материи. Обратной стороной данного научного поиска является детекция архетипа государственности в природе человека.

Обоснование антропологического характера государства – важная и актуальная задача, связанная с возможностью будущего развития человечества в целом. В последние полтора столетия нередко стали звучать речи, согласно которым государство представляется некой жестокой, беспощадной машиной, усилия каковой главным образом направлены на изъятие у народа как можно больше физических, моральных сил и финансовых средств. Такого рода политические идеи, являющиеся основным, исходным принципом мировоззрения, со всей очевидностью выражаются в работах К. Маркса, Ф. Энгельса. Подоплёкой таких марксистских идей стала классовая борьба за власть, в ходе отстаивания которой теоретики марксизма стремились обратить внимание на несостоятельность того государства, в котором средства производства принадлежали буржуазии. Взамен существующей капиталистической формации марксизм предлагал более развитую форму общественного бытия – социализм, ориентированный на построение справедливых, бескорыстных отношений между людьми. Причём в период становления социализма не исключалось первоначальное разделение общества на классы; в будущем предполагалось построить коммунистическое бесклассовое общество. По сути, на этом завершающем этапе становления антропологического бытия считалось возможным упразднение государства как института. Однако, допуская вероятность исчезновения государства, теоретики марксизма прогнозировали то, что дезинтеграция государства произойдёт в далёком будущем[3]. Следует констатировать: в XXI в. перспектива исчезновения государства обострилась; и это объективное обстоятельство ставит общество перед необходимостью задавать требующий ответа вопрос о дальнейшем пути развития человеческого социума. Скажем так, задаваемый реальной действительностью вопрос об отмене государственных границ уже находится в активной фазе обсуждения и теоретически обосновывается[4]. Французский исследователь Ж. Аттали пишет о высокой вероятности распада и гибели государства, которое окажется выдавленным частными корпорациями[5].

С конца XX столетия идея социализма оказалась искусственно дискредитирована, активное возвращение к ней видится уже маловероятным. Вместе с тем отказ от социалистического устройства вовсе не означает решения или облегчения «болезней» капиталистического общества. Напротив, эти «болезни» подчас принимают масштабный, изощрённый характер; при этом угрожая уничтожением национальных культур, вовлекая в свою порочную орбиту новые общности людей. В результате в значительной части общества складывается негативное отношение к государству как форме общественного бытия; в социуме негласно формируются установки, предполагающие враждебное отношение ко всему тому, что связано с государством и его институтами. Такого плана установки несут в себе немалую опасность, ибо в борьбе с проявлениями наличествующей коррупционности среди отдельных государственных служащих ни в коем случае нельзя допустить девальвации самого государства как формы общественного бытия людей. Крайне опасно подменять понятие государственности,

[1] *Юнг К.Г.* Психология бессознательного. М., 1998.

[2] См.: *Юнг К.Г.* Психологические типы. Мн., 2003.

[3] См.: *Косолапов Н.* Ещё раз о перспективах государства // Мировая экономика и международные отношения. 2013. № 1. С. 98–108.

[4] См.: *Шперлик К.* Семь причин, почему мир должен отказаться от государственных границ. URL: http://apparat.cc/world/open-borders/ (дата обращения: 31.05.2020).

[5] См.: *Аттали Ж.* Краткая история будущего. СПб., 2014.

всегда обращённого к праву, а значит – к высшим нравственным качествам человека, понятием отдельного должностного лица, способным предложить руководствоваться тем или иным нормативным правовым актом. Такого рода социально-правовые антагонизмы могут поставить под вопрос само существование государства, причём на фоне отсутствия ясной концепции негосударственного развития человечества. Антисоциальное законодательство может принять настолько критические масштабы, что произойдёт трансформация самого права и государства, их сущностное искажение, формирование такого состояния, для обозначения которого введём термин «прайдовое право»[6]. Такой вид права являет собой опасность для государства и права в традиционном смысле слова. При этом общество оказывается дробным и организованным на тех законах, которые являются антисоциальными. Угроза государству и неопределённость будущего бытия человека осознаётся многими современными государственными, общественными деятелями и научными исследователями[7]. Вместе с тем опасные тенденции, разлагающие государственное сознание наций, осознавались уже в начале XX столетия. Испанский философ-экзистенциалист Х. Ортега-и-Гассет писал, что массовый человек «гордится государством и знает, что именно оно гарантирует ему жизнь, но не сознаёт, что это творение человеческих рук, что оно создано определёнными людьми и держится на определённых человеческих ценностях.., массовый человек видит в государстве безликую силу, а поскольку он ощущает его безликим, то считает его своим»[8].

Примечательно, что по вполне понятным причинам трактуется то или иное обстоятельство, когда в процессе устроения нового государственного строя провозглашаются актуальные, внешне привлекательные для народных масс лозунги. Тем не менее приходится констатировать: самые справедливые лозунги, претворяемые в жизнь на честных, объективных основаниях, не всегда могут использоваться в конструктивных целях. В конечном счете мы сталкиваемся с феноменом *ложной справедливости*, когда общественность ради уничтожения государственного строя, который, по мнению большинства граждан, не эффективен, допускают, принимают в качестве нормы криминальные формы поведения и очевидную безнравственность. Так, в начале XX в. многие члены террористических организаций имели широкую общественную известность; некоторые из них считались почти национальными героями, нередко привлекавшими внимание современников и воспетыми мыслителями и поэтами серебряного века (А. Блоком, О. Мандельштамом, З. Гиппиус, Д. Мережковским, М. Волошиным)[9]. Разве не справедливы были призывы, требования части общества, подвергавших критике царскую власть, тогдашнее правительство, полностью себя дискредитировавших неудачной политикой, поражениями в русско-японской и в Первой мировой войнах?! Однако эти призывы расшатали основы Русского государства, стали фоном для предательства и отстранения от власти царя и условием начала Гражданской войны, которую весной 1918 г. спровоцировала Антанта[10]. Такая справедливость не оказалась в действительности человеческой, ибо в итоге русский народ получил революцию, повлёкшую за собой диктатуру пролетариата, Гражданскую войну, голод, террор и разруху. Лишь ценой неимоверных усилий, многих тысяч жертв в 20-е годы была восстановлена государственность русского народа. П.А. Флоренский в марте 1933 г. писал, что «всякая революция подаёт повод развитию анархии», которая была допущена слабой властью Временного правительства и подавлена лишь длительными усилиями советской власти (и то не сполна)[11]. Поэтому в борьбе за государственную справедливость следует различать грань, отделяющую стол государственного чиновника от самого государства, которое он по своим должностным полномочиям призван оберегать, создавать условия для его благополучного развития. В этом отношении представляет большой интерес опыт Китая, где выработался специальный обряд «коутоу»[12], при котором иностранный дипломат или просто проситель при дворе Поднебесной первоначально обязан поклониться «незаполненному» трону богдыхана, а потом – «заполненному». Сам по себе придворный церемониал имеет схожие качества с ритуалом, часто воспринимаемым в религиозном контексте, но в силу ряда причин выхолощенном, обмирщённом[13]. В этом церемониальном обряде подчёркивается уважение к самому институту государственной власти, ибо чиновник есть временное лицо, после ухода которого приходят другие люди, призванные поддерживать постоянство государственного порядка и защищать общенациональные и общечеловеческие интересы. В следовании таким интересам человек преодолевает свою замкнутость, выходит за пределы своих частных потребностей, задумывается о глобальных задачах, связанных с интенсивным интеллектуальным и духовным ростом, но при этом решаемых только при условии концентрации сил всей нации. Механизмы же разумной концентрации этих сил обеспечиваются государством. Вследствие этого так важно понимать неприкосновенность государства, его святость; святость не в смысле благонравия нации в практической жизни (это есть только то, к чему надобно всем стремиться), а в смысле того, что в государстве раскрывается полнота человеческой природы во всём величии духа человеческого. Благодаря государству человек может реализовывать свою социальную полезность, участвовать в проектах, через осуществление которых мог бы реализоваться его духовный и интеллектуальный потенциал. «Человек, проживающий в нормальной стране, должен иметь возможность участвовать в великих предприятиях, создавать коллективные ценности, развивать великие идеи»[14]. Именно государство есть то сущностное тело, которое продолжает природу людей, выражает её в практической, материально зримой, плодоносящей форме. Развитое нравственное и правовое сознание граждан предрасполагает к построению сильного государства; в то время как общество, в котором распространены негативные девиации, не способно к положительной

---

[6] *Панищев А.Л.* Проблема деструкции государственности. Прайдовое право животного мира и закон человеческого общества // Вопросы культурологии. 2010. № 1. С. 50–55.

[7] См.: *Шишков Ю.В.* Национальное государство: становление, развитие, закат. Что дальше? М., 2011.

[8] *Ортега-и-Гассет Х.* Восстание масс. М., 2002.

[9] См.: *Петухов В.Б.* Героизация и оправдание террористов в общественном мнении россиян в конце XIX – начале XX века // Вопросы культурологии. 2013. № 7. С. 49–53.

[10] См.: *Ушаков А.И.* Гражданская война в России. 1917–1929: учеб. пособие. М., 2002.

[11] См.: *Флоренский П.А.* Предполагаемое государственное устройство в будущем // Литературная учёба. Май-июнь 1991. С. 95–115.

[12] *Коутоу* – обряд тройного коленопреклонения и девятикратного челобитья (поэтому также описательно «саньгуйцзюкоу»).

[13] О природе и сущности ритуала см.: *Емельянов В.В.* Ритуал в Древней Месопотамии. СПб., 2003.

[14] *Ортега-и-Гассет Х.* Указ. соч.

динамике правового и государственного развития. Однако и без государства (в т.ч. и слабого, экономически бедного) потенциал человеческого интеллекта и души остаётся невостребованным, образно говоря, – вечным эмбрионом, которому не дано видеть ни дневного света, ни ночной темноты. Не зная, как проявить себя, человек обращается к самым разным негосударственным формам общежития, которые, как правило, не способны полноценно заменить государство, предоставляющее человеку возможность обрести благодатное поле для интеллектуального и духовного роста своей личности.

Научным сообществом неоднократно предпринимались попытки найти альтернативные пути к цивилизации, так сказать, в обход государства с его принуждением, контролем, фискальной системой, но видимого успеха в этом направлении достигнуто не было. Не случайно Н.А. Бердяев утверждал, что «мечтательное отрицание государства во имя утопии земного рая и блаженства есть разврат в жизни общественной...»[15]. Всякая попытка увидеть нечто более эффективное, чем государство, в действительности оказывается прельщением в угоду собственному нежеланию трудиться и нести ответственность. По этой причине многие современные исследователи признают государства в качестве основных функциональных единиц в динамике международных отношений. Так, С. Хантингтон (1927–2008 гг.) утверждает: «Государства являются основными, даже единственными важными игроками на международной сцене»[16]. Надо полагать, на данный период исторического развития человечества нет более эффективной, чем государство, формы бытия человека и социума, в пределах которой общественные силы столь быстро и действенно могут мобилизоваться и достигать поставленной цели. Бесспорно, вне культуры немыслимо функционирование никакого государства, однако и существование культуры и народа вне государства представляется маловероятным. Именно государство призвано обеспечить защиту культуры, что одновременно является выражением заботы государства о себе самом, поскольку без культуры оно обречено на вырождение и распад. «Любое объединение, как правило, требует внешней силы, которая поддерживала бы это единство: Русская Православная Церковь поддерживает православных, государство – русских, государство и армия – казачества...»[17]. Для многонационального объединения государство является принципиально важной формой сосуществования и конструктивной интеграции. Надо признать то, что человек, как социальное существо, всегда стремится к упорядочиванию общественных отношений, к формированию определённой понятной ему структуре социального взаимодействия. «Непреложной истиной становится допущение, согласно которому властное упорядочивание, приведение общественных отношений к какой-либо “норме” актуально в любую историческую эпоху, сохраняет непреходящую значимость для каждого государственно-цивилизационного образования (сообщества)», – пишет В.А. Носков[18]. Стало быть, человек по своей природе неизбежно стремится к созданию определённой системы социальных отношений, вида коллективного бытия, принявшего форму государства, основным регулятором которого является право. Государственное бытие общества детерминировало и аксиологический ряд, принятый в социальном организме, предопределило характер требований к духовному и интеллектуальному уровню развития человека. «Социальные качества и свойства атрибутивно предполагают естественно-правовую оболочку, так как они осознаются как *правовые нормы*, *взращенные “снизу”, рождённые самой природой человека*, а не дарованной “сверху”, по желанию и воле государства»[19]. Такое понимание природы государства предопределяет признание его антропологической и, следовательно, социальной сущности, его самодовлеющей естественности для человека, вне которой он не сможет разумно устроить своё бытие.

В представленной работе государство рассматривается как форма и способ бытия человека и общества. Между природой человека и содержанием государственности, им [человеком] создаваемой, существует взаимосвязь. Государственность кардинально влияет на границы бытия человека. По сути, речь идёт о *метафизике государства и права*. Несмотря на простой перевод термина «метафизика» («то, что за физикой»), он имеет нравственно-духовный смысл. Выглядит закономерным то, что в философской традиции, начиная с эпохи античного мира, обозначилась тенденция, предрасполагающая к пониманию категории *метафизики*, прежде всего в религиозно-этическом смысле слова. В период эллинизма и в Средние века эта тенденция лишь усиливалась[20]. Соответственно, будет обращено внимание на духовно-религиозные основы государственности как формы и способа бытия человека и общества. Здесь уместно поставить вопрос о границах и пределах бытия человека. Полагается, что границы бытия человека выражают его возможности в плане развёртывания свойств человеческой природы, в то время как пределы очерчивают те грани, переступив или преодолев которые индивид качественно преобразует свою человеческую природу или теряет её. В случае нравственного и социального развития, преодоления пределов бытия человека предполагается качественно новая жизнь. В православном богословии такая жизнь рассматривается в смысле теозиса. В случае нравственной деградации мы столкнёмся с вырождением человеческой природы, распадом социальных отношений. При расширении границ бытия человека проистекает и развитие государственности его народа, а при преодолении пределов бытия человека государственность меняет свою сущность. Причём если происходит утрата корреляций между бытием человека и культурой, то выход за пределы человеческого бытия чреват антропологической катастрофой и дезинтеграцией правовых отношений в социуме. Ввиду этого государственность может эволюционировать только в условиях целостности живой связи с национальной культурой и сохранения природы человека.

Государство само по себе не строится человеком исключительно на образах, свойственных ему самому. Чувство

---

[15] *Бердяев Н.А.* Философия свободы. М., 2002.

[16] *Хантингтон С.* Столкновение цивилизаций. М., 2003.

[17] *Бережнова М.Л.* Загадка челдонов. История формирования и особенности культуры старожильческого населения Сибири. М., 2012.

[18] См.: *Носков В.А.* Политико-культурное развитие российского общества: социально-философский анализ: автореф. дис. ... д-ра филос. наук. Белгород, 2001.

[19] *Борисов Г.А., Носков В.А.* Проблемы современного правопонимания: интегративный тип в системе научной трактовки социальной и правовой реальности // Научные ведомости. 2012. Вып. 19. № 2(121). С. 81–86.

[20] См.: *Ковалёва Г.П.* Представления о духовности в трансцендентном онто-антропокосмизме Оригена: философско-культурологический анализ // Вопросы культурологии. 2012. № 10. С. 45–52.

неполноты своей природы вне государственности обращает человека к преодолению себя и к конструированию в своём ментальном мире таких миров, каковые превосходят его естественное состояние. Такого рода представления нередко носят в большей степени религиозный характер и включают в себя образ должного бытия, который эксплицируется на божественный мир. Именно по образцу такого божественного мира люди чаще всего стремились строить свою государственность, организовывать свою социальную жизнь.

Исследование антропологического характера государства как формы и способа бытия человека и общества актуально и в смысле развития самой философско-антропологической и социологической мысли, в которой (начиная с эпохи Просвещения) предлагалось осмысливать суть человека в контексте его разумности, причём разум нередко сводился к рассудочной деятельности. Такая установка была закономерна для атеистического мировоззрения, в котором основное отличие человека от животного виделось в разнице умственного развития и социальной организации. Однако этологические исследования доказывают то, что животные обладают достаточно высоким уровнем социальной организации и умственным развитием, поэтому важно не сводить человека к особо умному и социально развитому животному, а увидеть его онтологическую отличимость. Вместе с тем «антропология по-прежнему питается мифами о ею излюбленном “становлении разума”», а с этой «весьма распространённой в среде позитивно настроенных антропологов точки зрения, принципиально ничто не отличает человека от прочих животных...»[21]. Ввиду этого разумность рассматривается прежде всего в духовном контексте, с неизбежным обращением к этическим категориям, имеющим антропологический смысл. Соответственно, исследование природы и сущности человека и общества осуществляется через призму культурных традиций. Следовательно, государство как форма и способ бытия человека также рассматриваются в контексте культурных традиций, в которых осмысливается обычное право.

* * *

Взаимосвязь государства с природой человека и общества естественным образом подводит нас к умозаключению, согласно которому сущность государства раскрываема именно в антропологическом и, стало быть, социологическом контекстах, а государственность свойственна человеку и обществу. В определённом смысле уместно говорить, что государственность архетипична человеку и охватывает его социальные стороны бытия.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Аттали Ж.* Краткая история будущего. СПб., 2014.
2. *Бердяев Н.А.* Философия свободы. М., 2002.
3. *Бережнова М.Л.* Загадка челдонов. История формирования и особенности культуры старожильческого населения Сибири. М., 2012.
4. *Борисов Г.А., Носков В.А.* Проблемы современного правопонимания: интегративный тип в системе научной трактовки социальной и правовой реальности // Научные ведомости. 2012. Вып. 19. № 2 (121). С. 81–86.
5. *Емельянов В.В.* Ритуал в Древней Месопотамии. СПб., 2003.
6. *Ковалёва Г.П.* Представления о духовности в трансцендентном онто-антропокосмизме Оригена: философско-культурологический анализ // Вопросы культурологии. 2012. № 10. С. 45–52.
7. *Косолапов Н.* Ещё раз о перспективах государства // Мировая экономика и международные отношения. 2013. № 1. С. 98–108.
8. *Носков В.А.* Политико-культурное развитие российского общества: социально-философский анализ: автореф. дис. ... д-ра филос. наук. Белгород, 2001.
9. *Ортега-и-Гассет Х.* Восстание масс. М., 2002.
10. *Панищев А.Л.* Проблема деструкции государственности. Прайдовое право животного мира и закон человеческого общества // Вопросы культурологии. 2010. № 1. С. 50–55.
11. *Петухов В.Б.* Героизация и оправдание террористов в общественном мнении россиян в конце XIX – начале XX века // Вопросы культурологии. 2013. № 7. С. 49–53.
12. *Спектор Д.М.* Окультуривание антропологической модели homo sapiens (к альтернативной модели homo emotionalis) // Вопросы культурологии. 2015. № 2. С. 26–30.
13. *Ушаков А.И.* Гражданская война в России. 1917–1929: учеб. пособие. М., 2002.
14. *Флоренский П.А.* Предполагаемое государственное устройство в будущем // Литературная учёба. Май-июнь 1991. С. 95–115.
15. *Хантингтон С.* Столкновение цивилизаций. М., 2003.
16. *Шишков Ю.В.* Национальное государство: становление, развитие, закат. Что дальше? М., 2011.
17. *Шперлик К.* Семь причин, почему мир должен отказаться от государственных границ. URL: http://apparat.cc/world/open-borders/ (дата обращения: 31.05.2020).
18. *Юнг К.Г.* Психологические типы. Мн., 2003.
19. *Юнг К.Г.* Психология бессознательного. М., 1998.

REFERENCES

1. *Attali Zh.* A brief history of the future. SPb., 2014 (in Russ.).
2. *Berdyaev N.A.* Philosophy of freedom. M., 2002 (in Russ).
3. *Berezhnova M.L.* Riddle of cheldons. History of formation and features of the culture of the old-resident population of Siberia. M., 2012 (in Russ.).
4. *Borisov G.A., Noskov V.A.* Problems of modern legal understanding: an integrative type in the system of scientific interpretation of social and legal reality. 2012. Issue 19. No. 2 (121). P. 81–86 (in Russ.).
5. *Emelyanov V.V.* Ritual in Ancient Mesopotamia. SPb., 2003 (in Russ.).
6. *Kovaleva G.P.* Representations of spirituality in the transcendent onto-anthropocosmism of Origen: philosophical and cultural analysis. 2012. No. 10. P. 45–52 (in Russ.).

[21] *Спектор Д.М.* Окультуривание антропологической модели homo sapiens (к альтернативной модели homo emotionalis) // Вопросы культурологии. 2015. № 2. С. 26–30.

7. *Kosolapov N.* Once again about the prospects of the state // World economy and international relations. 2013. No. 1. P. 98–108 (in Russ.).

8. *Noskov V.A.* Political and cultural development of Russian society: socio-philosophical analysis: abstract ... Doctor of Philosophy. Belgorod, 2001 (in Russ.).

9. *Ortega-y-Gasset H.* Revolt of the masses. M., 2002 (in Russ.).

10. *Panishchev A.L.* The problem of destruction of statehood. Pride law of the animal world and the law of human society // Questions of cultural studies. 2010. No. 1. P. 50–55 (in Russ.).

11. *Petukhov V.B.* Heroization and justification of terrorists in the public opinion of Russians in the late XIX – early XX century // Questions of cultural studies. 2013. No. 7. P. 49–53 (in Russ.).

12. *Spector D.M.* Cultivation of the anthropological model of homo sapiens (to the alternative model of homo emotionalis) // Questions of cultural studies. 2015. No. 2. P. 26–30 (in Russ.).

13. *Ushakov A.I.* The Civil war in Russia. 1917–1929: textbook. M., 2002 (in Russ.).

14. *Florensky P.A.* The supposed state structure in the future // Literary studies. May-June 1991. P. 95–115 (in Russ.).

15. *Khuntington P.* Clash of civilizations. M., 2003 (in Russ.).

16. *Shishkov Yu. V.* National state: formation, development, sunset. What's next? M., 2011 (in Russ.).

17. *Shperlik K.* Seven reasons why the world should abandon state borders. URL: http://apparat.cc/world/open-borders/ (accessed: 31.05.2020) (in Russ.).

18. *Jung K.G.* Psychological types. Mn., 2003 (in Russ.).

19. *Jung K.G.* Psychology of the unconscious. M., 1998 (in Russ.).

Сведения об авторе

ПАНИЩЕВ Алексей Леонидович –
кандидат философских наук, доцент,
профессор РАЕ, профессор кафедры теологии
Славяно-Греко-Латинской академии;
105005 г. Москва, ул. Радио, д. 20
ORCID 0000-0003-4327-1225

Authors' information

PANISHCHEV Alexey L. –
candidate of philosophy, associate Professor,
Professor of RAE, associate Professor of the
Department of Theology, the Slavonic-Greek-Latin
Academy; 20 Radio str., 105005 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 149–150
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 149–150

КРИТИКА И БИБЛИОГРАФИЯ

Д.А. Пашенцев, М.В. Залоило, А.А. Дорская. СМЕНА ТЕХНОЛОГИЧЕСКИХ УКЛАДОВ И ПРАВОВОЕ РАЗВИТИЕ РОССИИ. М.: ИЗиСП при Правительстве РФ: Норма : ИНФРА-М, 2021. — 184 с.

© 2021 г. Л. Ю. Грудцына

г. Москва

E-mail: ludmilagr@mail.ru

Поступила в редакцию 10.12.2020 г.

Аннотация. Дана рецензия на монографию Д.А. Пашенцева, М.В. Залоило, А.А. Дорской «Смена технологических укладов и правовое развитие России». Рецензируемая работа является фактически первой, в которой предпринята попытка проанализировать правовую динамику с позиций теории технологических укладов. Смена технологических укладов рассмотрена последовательно, в хронологическом порядке, что позволило выявить некоторые закономерности и обосновать проявляющиеся на тех или иных исторических этапах особенности правового развития.
По итогам проведенного исследования авторы монографии делают вывод, что использование теории технологических укладов определяет целесообразность стремиться к опережающему развитию новых технологий, а не пытаться догнать другие страны в развитии технологий уже уходящего уклада. Стимулирование развития новых технологий требует принятия соответствующих правовых норм в рамках опережающего правового регулирования. Из этого вытекает потребность в приоритетном развитии образования и науки, без которых масштабное внедрение технологий нового уклада становится невозможным.

Ключевые слова: смена технологических укладов, правовое развитие России, новые технологии, правовое регулирование, образование и наука.

Цитирование: *Грудцына Л.Ю.* Д.А. Пашенцев, М.В. Залоило, А.А. Дорская. Смена технологических укладов и правовое развитие России // Государство и право. 2021. № 1. С. 149–150.

DOI: 10.31857/S102694520013237-1

D.A. Pashentsev, M.V. Zaloilo, A.A. Dorskaya. CHANGE OF TECHNOLOGICAL STRUCTURES AND LEGAL DEVELOPMENT OF RUSSIA. M.: Institute of legislation and comparative law under the Government of the RF: Norma: INFRA-M, 2021. – 184 pp.

© 2021 L. Y. Grudtsyna

Moscow

E-mail: ludmilagr@mail.ru

Received 10.12.2020

Abstract. A review of the monograph by D.A. Pashentsev, M.V. Zaloilo, and A.A. Dorskaya “Change of technological structures and legal development of Russia” is given. Reviewed work is actually the first in which an attempt was made to analyze the legal dynamics from the standpoint of the theory of technological structures. The

change of technological structures is considered in the work sequentially, in chronological order, which allowed us to identify some patterns and justify the features of legal development that appear at certain historical stages. Based on the results of the research, the authors of the monograph conclude that the use of the theory of technological structures determines the feasibility of striving for the advanced development of new technologies, and not trying to catch up with other countries in the development of technologies of the outgoing structures. Stimulating the development of new technologies requires the adoption of appropriate legal norms within the framework of advanced legal regulation. This implies the need for priority development of education and science, without which the large-scale introduction of new technologies becomes impossible.

Key words: change of technological structures, legal development of Russia, new technologies, legal regulation, education and science.

For citation: *Grudtsyna, L. Yu. (2021).* D.A. Pashentsev, M.V. Zaloilo, A.A. Dorskaya. Change of technological structures and legal development of Russia // Gosudarstvo i parvo=State and Law, No. 1, pp. 149–150.

Вопросы взаимосвязи правового и экономического развития, а также цикличности права привлекают ученых-правоведов в силу их научной и практической значимости. Тем не менее недавно вышедшая монография Д.А. Пашенцева, М.В. Залоило и А.А. Дорской «Смена технологических укладов и правовое развитие России» является фактически первой, в которой предпринята попытка проанализировать правовую динамику с позиций теории технологических укладов. В современных условиях, когда новая технологическая революция стала объективной реальностью, зависимость развития общественных отношений и их правового регулирования от появления и внедрения новых технологий не вызывает сомнений. Но формы такой зависимости и особенности ее влияния на правовую сферу общества требуют тщательного научного исследования.

В рецензируемой работе предпринята успешная попытка выявить и обосновать взаимосвязь между сменой технологических укладов в России и развитием отечественного права. Такой подход, основанный на использовании современной методологии в рамках постнеклассической научной парадигмы, позволил сделать новые выводы о закономерностях правового и экономического развития как в историческом аспекте, так и в современных условиях.

В монографии на конкретном историко-правовом и современном материале подробно и убедительно показано, как новые технологии влияли на изменение правового регулирования, включая законодательство и практику его применения. Особое внимание при этом обращено на те нормы и акты, которые имели непосредственное отношение к регулированию экономической сферы. В рецензируемой книге авторы наглядно показали, как развитие и внедрение новых технологий сказывалось на принятии конкретных законодательных актов в торговой, промышленной, налоговой, банковской сферах.

Смена технологических укладов рассмотрена последовательно, в хронологическом порядке, что позволило выявить некоторые закономерности и обосновать проявляющиеся на тех или иных исторических этапах особенности правового развития.

Представляет научный интерес вывод о том, что отставание России от западных стран в период первого и второго технологических укладов проявилось не только в экономике, но и сказалось на политической и государственно-правовой сферах. Авторы монографии обосновывают его на примере идей конституционализма, которые не получили сколько-нибудь широкого распространения в России ни в период первого, ни в период второго технологического уклада. Поэтому важные государственные реформы осуществлялись с существенным опозданием, что создавало новые социально-политические проблемы.

От исторического прошлого авторы логично переходят к современности. Отдельная глава посвящена правовым факторам перехода к постиндустриальному технологическому укладу, который наблюдается в наше время. Новые технологии изменяют весь характер социально-экономических процессов, что влечет за собой переход к новому этапу правового развития. В рецензируемой работе показано, как меняются законодательство и правоприменительная практика под влиянием новых технологий.

По итогам проведенного исследования авторы делают вывод, что использование теории технологических укладов определяет целесообразность стремиться к опережающему развитию новых технологий, а не пытаться догнать другие страны в развитии технологий уже уходящего уклада. Стимулирование развития новых технологий требует принятия соответствующих правовых норм в рамках опережающего правового регулирования. Из этого вытекает потребность в приоритетном развитии образования и науки, без которых масштабное внедрение технологий нового уклада становится невозможным.

В целом рецензируемая монография «Смена технологических укладов и правовое развитие России» представляет собой интересный научный труд, выполненный на актуальную тему. Вместе с тем в связи с обширностью затронутой проблематики работа над ней вполне может быть продолжена в рамках новых исследований.

Сведения об авторе

ГРУДЦЫНА Людмила Юрьевна –
доктор юридических наук, профессор,
почетный адвокат России; г. Москва

Authors' information

GRUDTSYNA Lyudmila Yu. –
Doctor of Law, Professor, honorary advocate
of Russia; Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 151–154
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 151–154

ПРАВОВАЯ ИСТОРИЯ РОССИЙСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА И КАК ЕЕ ПИСАТЬ[1]

© 2021 г. К. П. Краковский

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (РАНХиГС), г. Москва

E-mail: frelena@mail.ru

Поступила в редакцию 13.11.2020 г.

Аннотация. Дана рецензия на монографию известного специалиста в области истории российского гражданского общества и его отношений с публичной властью, профессора Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктора юридических наук, доктора исторических наук А.С. Тумановой «Общественные организации в России: правовое положение. 1860–1930-е гг.». Отмечается, что рецензируемая работа вносит существенный вклад в формирование современных направлений исторических и историко-правовых исследований социальной истории России. Эта книга весьма своевременна, актуальна и, несомненно, будет востребована. Она окажется полезной для научных работников, проводящих исследования по истории государства и права, а также социальной истории России.

Ключевые слова: А.С. Туманова, монография, гражданское общество, общественные организации, социальная история России.

Цитирование: *Краковский К.П.* Правовая история российского гражданского общества и как ее писать // Государство и право. 2021. № 1. С. 151–154.

DOI: 10.31857/S102694520013238-2

LEGAL HISTORY OF RUSSIAN CIVIL SOCIETY AND HOW TO WRITE IT[2]

© 2021 K. P. Krakovsky

Russian presidential Academy of national economy and public administration (RANEPA), Moscow

E-mail: frelena@mail.ru

Received 13.11.2020

Abstract. A review of the monograph by A.S. Tumanova, a well-known expert in the history of Russian civil society and its relations with public authorities, Professor of the National research University Higher school of Economics, Doctor of Law, Doctor of historical Sciences, "Public organizations in Russia: the legal situation. 1860–1930s". It is noted that the reviewed work makes a significant contribution to the formation of modern trends in historical and historical-legal research of the social history of Russia. This book is very timely, relevant and will undoubtedly be in demand. It will be useful for researchers who conduct research on the history of state and law, as well as the social history of Russia.

Key words: A.S. Tumanova, monograph, civil society, public organizations, social history of Russia.

For citation: *Krakovsky, K.P. (2021).* Legal history of Russian civil society and how to write it // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 151–154.

[1] См.: *Туманова А.С.* Общественные организации в России: правовое положение. 1860–1930-е гг. М.: Проспект, 2019. 479 с.

[2] See: *Tumanova A.S.* Public organizations in Russia: the legal situation. 1860–1930s. M.: PROSPECT, 2019. 479 pp.

Осенью 2019 г. в издательстве «Проспект» вышла в свет монография Анастасии Сергеевны Тумановой «Общественные организации в России: правовое положение. 1860–1930-е гг.». По формату это достаточно объемная книга (30 п.л.), которая подводит итог многолетним исследованиям автора – известного специалиста в области истории российского гражданского общества и его отношений с публичной властью, профессора Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики, д-ра юрид. наук, д-ра ист. наук.

Предшествующие исследования названного автора были посвящены преимущественно периоду начала XX столетия, когда институты гражданского общества активно формировались и встраивались в развивавшееся публичное пространство и модернизационный процесс. В данном случае ученый выходит за рамки известной эпохи, существенно расширяет хронологические рамки книги включением в научный оборот периодов реформ и контрреформ, а также государственно-правовых преобразований в СССР.

Следует прежде всего отметить обширный источниковый материал. А.С. Туманова обнаружила, извлекла и использовала многочисленные документы российских архивов: РГИА, ГАРФ, РГАЛИ ЦИАМ и ГАТО, а также ею были использованы материалы Бахметевского архива русской и восточноевропейской истории и культуры Колумбийского университета (США). Она ввела в научный оборот значительное число источников различных категорий, начиная с материалов общественных организаций и делопроизводства государственных учреждений, координировавших их работу.

Принимая во внимание широту хронологического «замаха», автор выделяет комплекс заглавных рубрикаторов, интересующих его. Главный сюжет данной работы – это правовая история российского гражданского обществ. На каждом из значимых этапов функционирования общественных организаций автор показывает, что представляла собой правовая рамка отношений правительственной власти и общественных организаций и как она видоизменялась, какое новое содержание приобретала вместе с нею практика отношений правительственной власти и добровольных обществ.

Рецензируемая монография имеет черты сравнительно-правового исследования, поскольку автор рассматривает модели государственно-общественных отношений, складывавшиеся в периоды либеральных реформ и менявшиеся в годы контрреформ, а также на этапе эволюции самодержавия в дуалистическую монархию в начале XX в., а также становления демократической республики в 1917 г. и республики Советов после 1917 г.

Первая глава книги – «Процессы гражданской самоорганизации в контексте современных теорий гражданского общества» – посвящена анализу ключевых подходов к гражданскому обществу классических и постклассических западных теоретиков. В их числе А. де Токвиль, Ю. Хабермас, Дж.Л. Коэн, Э. Арато, Э. Геллнер, М. Ховард, Э. Внук-Липиньский, Д. Грин и др. Исследуя гражданское общество как крупный политико-правовой институт, А.С. Туманова встраивает свое исследование в контекст обществоведческих исследований XX – XXI вв.

Постановочный характер носит также раздел монографии, посвященный анализу вклада в разработку концепта гражданского общества исторических и историко-правовых исследований. В нем упомянуты имена и подходы видных западных историков Ш.-Л. Хоффманна, Дж. Брэдли, Л. Хэфнера, авторитетных российских специалистов Б.Н. Миронова, А.Д. Степанского, И.С. Розенталя, А.Н. Медушевского, В.В. Шелохаева, К.А. Соловьева и многих других.

А.С. Туманова основательно работает с понятием «общественные организации», именуемые в разные периоды «обществами частной инициативы», «ассоциациями», «добровольными обществами» и, наконец, «общественными организациями».

Сердцевиной модели правового обеспечения функционирования общественных организаций выступает, по мнению автора, порядок (или система) их образования. В теории известны такие порядки образования общественных организаций, как разрешительный (концессионный), регистрационный, заявительный (явочный, уведомительный) и нормативный. Представление о них разрабатывалось сначала дореволюционными, затем советскими и российскими правоведами. В книге характеризуется существо этих правовых порядков и выявляются специфические черты политико-правового положения общественных организаций при каждом из них. Указанные порядки образования общественных организаций осуществлялись в Российской Империи, РСФСР и СССР, сменяя друг друга.

В XIX – начале XX в. господствующей тенденцией было противопоставление общественных организаций государству. Публичная власть видела в добровольных обществах конкурента и ставила преграды многим их начинаниям. В то же время она стремилась оказать поддержку конструктивным с ее точки зрения инициативам общественных организаций (благотворительных, научных, культуртрегерских), способствовавшим удовлетворению материальных и культурных нужд населения.

А.С. Туманова показывает различные инварианты и многоцветие правительственной политики по отношению к обществам в имперский период. Отношения общественных организаций с государством в последней трети XIX в. она именует «нестабильным партнерством», когда наряду с конфликтами обществ и власти (закрытие комитетов грамотности при Вольном экономическом обществе и Московском обществе сельского хозяйства, а также Московского юридического общества, нападки на Вольное экономическое общество и пр.) существовали определенные возможности и для диалога. Они возникали вследствие количественного роста и качественного развития добровольных ассоциаций, упрощения бюрократической процедуры создания новых обществ в 1880–1890-е гг. и осознания отдельными прагматично настроенными бюрократами важности общественных инициатив для развития культуры, хозяйства и управления.

В начале XX столетия законодательство об общественных организациях развивалось в направлении установления регистрационного режима в годы Первой русской революции и его последующей адаптации в условиях третьеиюньской монархии. Жизнедеятельность общественных организаций впервые приобрела правовые основания и была определена в едином юридическом документе – Временных правилах об обществах и союзах 4 марта 1906 г. Ассоциации вели свое существование уже не с момента разрешения органами власти, а со времени внесения в реестр коллегиальными административно-судебными учреждениями – губернскими (областными) по делам об обществах и союзах присутствиями. По словам С.А. Корфа, их

деятельность касалась «самого интимного круга субъективных публичных прав граждан – политических прав»[3].

Процедуре от подачи ими заявления до регистрации было придано правовое содержание, и от чиновника, не готового разрешить ту или иную ассоциацию, требовалось юридическое обоснование. Это был явно «ранний отблеск» правового государства.

Автор пытается разобраться с историческим контекстом, приведшим к принципиальным новеллам в положении общественных организаций. Она показывает предпосылки и условия для складывания нового юридического этоса (данный термин использовался ранее видным американским русистом Р. Уортманом[4]), приведшего к утверждению в обществе значимости прав человека и их разработке в политико-правовом дискурсе. Участие в этом принимали ведущие российские правоведы и политики того периода. Причем принадлежность к различным юридическим школам не разделяла юристов в данном вопросе на различные «лагеря». В разработке политико-правового содержания прав и свобод личности, а также в формулировании возможного автономного пространства российских подданных от государства участвовали с одинаковым успехом, как показывает А.С. Туманова, представители школы «возрожденного» естественного права, социологической юриспруденции, а также юридического позитивизма.

Автор монографии рассматривает правовые новеллы, вносимые в разрабатывавшийся правительством П.А. Столыпина постоянно действующий закон об обществах и союзах. Существенное внимание она уделяет институциональным и правовым новеллам существования общественных организаций в условиях Первой мировой войны. Публичное пространство расширилось тогда за счет общественных организаций, имевших публично-правовой статус (Всероссийский земский союз, Всероссийский союз городов, Военно-промышленный комитет). Гражданское общество России активно участвовало в военной мобилизации: оказывало помощь фронту, а также многочисленным «жертвам войны»: беженцам, выселенцам, лицам, получившим ранения, членам их семей и проч.

Война сформировала новые горизонты для развития российской публичной сферы. Участие в совместной деятельности по мобилизации ресурсов упрочивало горизонтальные связи внутри организаций, помогавших фронту и тылу, порождало взаимодействие между организациями публичной сферы и государственными учреждениями. В то же время общественные организации и их лидеры продвигались от реализации конкретных социальных проектов к требованиям правительства доверия и ответственного министерства.

С приходом к власти Временного правительства в феврале 1917 г. возникли условия для создания союзнического типа отношений между государственной властью и гражданским обществом. Министры Временного правительства, недавно сами принадлежавшие к «лагерю» общественников и понимавшие их нужды, постарались отмежеваться от характерного для прежнего режима недоверия к общественности. Они подвергли пересмотру систему взаимоотношений власти и общественности, сложившуюся ранее. Весной 1917 г. общества и союзы стали учреждаться явочным порядком, а летом 1917 г. их регистрация была отнесена к полномочиям судебной власти.

Последняя глава монографии посвящена принципиально новой странице «жития» общественных организаций после 1917 г. Автору удалось показать двойственное отношение к этому проявлению общественной инициативы: «старые общества» вытеснялись, а новые создавались в качестве пособника социалистического строительства. В первую очередь это комсомол и «школа коммунизма» (профсоюзы).

С начала 20-х годов Советское государство взяло курс на формирование административно-командной системы управления, базировавшейся на чрезвычайных законах, росте значения управленческого аппарата, в особенности контрольных и карательных органов, организации всеобщего административного надзора. Все это не предвещало гражданскому обществу перемен к лучшему. Постановлением Президиума ВЦИК от 12 июня 1922 г. регистрацию обществ и союзов было поручено провести НКВД. При НКВД в мае 1921 г. было образовано подразделение административного надзора, которому вменялось в обязанность давать разрешение на созыв всероссийских съездов организаций и регулировать образование обществ. Уставы вновь образуемых союзов присылались в НКВД «для сведения».

В 1922–1924 гг. исследуемый процесс пошел в обратном направлении и был окончательно прерван на рубеже 20–30-х годов по мере складывания административно-командной системы управления и осуществления идеологического диктата над обществом в рамках «культурной революции». Вектор политики советской власти в отношении добровольных обществ состоял в замене регистрационного порядка их основания разрешительным (концессионным) порядком, окончательно утвердившимся в начале 30-х годов.

Очевидно, что и в последующие десятилетия добровольные общества, разного рода общественные организации находились под контролем государства.

Жанр рецензии требует указать автору и на недостатки. Так, гл. 4 «Права человека в политико-правовом дискурсе периода Первой русской революции: складывание нового юридического этоса» несколько выбивается из основного русла повествования о правовом статусе общественных организаций. Не хватило обычного для исторических, историко-правовых работ обоснования хронологических рамок работы: почему нижняя граница 1860-е годы, если правовое регулирование статуса общественных организаций имело место раньше? Почему верхняя граница 1930-е годы? Автор, разумеется, вправе самоограничиться, установить рамки своего исследования, но должен объяснить читателю, почему именно так.

Монография А.С. Тумановой вносит существенный вклад в формирование современных направлений исторических и историко-правовых исследований социальной истории России.

Эта книга весьма своевременна, актуальна и, несомненно, будет востребована и найдет своего читателя. Она окажется полезной для научных работников, проводящих исследования по истории государства и права, а также социальной истории России.

---

[3] *Корф С.А.* Административная юстиция. СПб., 1910. Т. 2. С. 246.

[4] См.: *Уортман Р.С.* Властители и судии. Развитие правового сознания в императорской России / авториз. пер. с англ. М.Д. Долбилова при участии Ф.Л. Севастьянова. М., 2004. С. 479–482.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Корф С.А.* Административная юстиция. СПб., 1910. Т. 2. С. 246.
2. *Туманова А.С.* Общественные организации в России: правовое положение. 1860–1930-е гг. М., 2019.
3. *Уортман Р.С.* Властители и судии. Развитие правового сознания в императорской России / авториз. пер. с англ. М.Д. Долбилова при участии Ф.Л. Севастьянова. М., 2004. С. 479–482.

REFERENCES

1. *Korf S.A.* Administrative justice. SPb., 1910. Vol. 2. P. 246 (in Russ.).
2. *Tumanova A.S.* Public organizations in Russia: the legal situation. 1860–1930s. M., 2019 (in Russ.).
3. *Wortman R.S.* Rulers and judges. Development of legal consciousness in Imperial Russia / author's transl. from English by M.D. Dolbilova with the participation of F.L. Sevastyanov. M., 2004. P. 479–482. (in Russ.).

Сведения об авторе

КРАКОВСКИЙ Константин Петрович – доктор юридических наук, профессор кафедры государствоведения Института государственной службы и управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (РАНХиГС); 119571 г. Москва, пр-т Вернадского, д. 82

Authors' information

KRAKOVSKY Konstantin P. – Doctor of Law, Professor of the Department of state studies at the Institute of public service and management of the Russian Academy of Sciences of the Russian presidential Academy of national economy and public administration (RANEPA); 82 Vernadskogo ave., 119571 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 1, с. 155–156
STATE AND LAW, 2021, № 1, pp. 155–156

ПЕРСОНАЛИИ

ЮБИЛЕЙ ПРОФЕССОРА В.Н. ЖУКОВА

В декабре 2020 г. отметил 60-летний юбилей Вячеслав Николаевич Жуков, доктор юридических наук, доктор философских наук, профессор юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, видный специалист в области философии права, социологии права, общей теории права, истории философской и политико-правовой мысли.

В.Н. Жуков родился 30 декабря 1960 г. в Москве. В 1986 г. окончил дневное отделение юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова. С 1986 по 1994 г. работал в системе исполнительной и представительной власти г. Москвы: инструктор исполкома, заведующий юридическим отделом Перовского райсовета, помощник народного депутата СССР, советник заместителя премьера Правительства Москвы.

С 1994 г. – на преподавательской работе. Работал в ряде вузов Москвы (в т.ч. в МГЮА). С 2007 г. – профессор кафедры теории государства и права и политологии юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова. Занимал должность главного научного сотрудника сектора философии права, истории и теории государства и права Института государства и права РАН.

Практически вся научная деятельность В.Н. Жукова связана с Московским университетом. Поскольку его интересы находятся на стыке философии и юриспруденции, он тесно сотрудничает с философским факультетом МГУ (кафедра истории русской философии), где защитил две диссертации: в 1993 г. – кандидатскую («Социальная философия П.И. Новгородцева»), в 2002 г. – докторскую («Философия естественного права в русской мысли первой половины XX века»). В 2016 г. на юридическом факультете МГУ защитил вторую докторскую диссертацию на тему «Социология права в России: вторая половина XIX – первая треть XX в. (теоретико-методологический аспект)».

В.Н. Жуков – автор свыше 600 научных публикаций. Среди них ряд монографий: «Русская философия права: естественно-правовая школа первой половины XX века» (М., 2001); «Философия права П.И. Новгородцева» (М., 2004); «Русская философия права: от рационализма к мистицизму» (М., 2013); «Философия и социология права: опыт плюралистического подхода» (М., 2013); «Государство. Право. Власть: философия и социология» (М., 2015); «Социология права в России (вторая половина XIX – первая треть XX в.» (М., 2015, 2017); «Философия права» (М., 2019, 2020).

В.Н. Жуков – соавтор многих учебников и учебных пособий: «История русской философии: учебник для вузов / редколл.: М.А. Маслин и др.» (М., 2001, 2008, 2013); «История политических учений: учебник для вузов / под ред. О.В. Мартышина» (М., 2002); «История политических и правовых учений: учебник для вузов / под ред. О.В. Мартышина» (М., 2004, 2006–2008, 2010, 2012, 2016); «Теория государства и права: учебник для вузов / под ред. О.В. Мартышина» (М., 2007, 2012, 2016); «Введение в философию: учебное пособие для вузов / авт. колл. 5-е изд., перераб. и доп.» (М., 2012); «История политических и правовых учений: учебник для вузов / под ред. М.Н. Марченко» (М., 2012, 2014–2016); «Философия права. Курс лекций: учебное пособие: в 2 т. / отв. ред. М.Н. Марченко» (М., 2013, 2015); «Социология права. Курс лекций: в 2 т. / отв. ред. М.Н. Марченко» (М., 2015); «Современное правопонимание. Курс лекций / отв. ред. М.Н. Марченко» (М., 2016); «Философия. История и теория: учебное пособие для вузов / под общ. ред. А.А. Гусейнова и Ю.Н. Солодухина» (М., 2016).

В.Н. Жуков является главным редактором, составителем и одним из основных авторов словаря «Философия права» (М., 2020). Кроме того, он один из авторов других справочных изданий (в некоторых из них – член редколлегии): «Русская философия: словарь (М., 1995, 1999); «Новая философская энциклопедия: в 4 т.» (М., 2001); «Русская философия: энциклопедия» (М., 2007, 2014, 2020); «Розановская энциклопедия» (М., 2008); «Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова» (М., 2009); «Большая Российская Энциклопедия» (М., 2017. Т. 35); «Философский словарь / под ред. А.А. Гусейнова и Ю.Н. Солодухина» (М., 2021); "Dictionnaire de la philosophie Russe. Sous la direction de Mikhail Maslin" (Ed. Respublica, 1995; Ed. Komplex, 2007); "Енциклопедија. Руске философије / у ред. М. Маслина" (Београд, 2009); "Edition francaise sous la direction de Francoise Lesourd. L'Age d'Homme, Lausanne, Suisse" (Paris, France, 2010); "Енциклопедија. Руске философије / у ред. М. Маслина" (Београд, 2014. Допунски том). В издательстве «Республика» участвовал в подготовке трудов Д.С. Мережковского, П.Б. Струве, Б.Н. Чичерина, В.В. Зеньковского и др.

В.Н. Жуков внес весомый вклад в развитие историко-философской и юридической науки. В своих работах он дал системный анализ философско-правовых учений основных представителей школы естественного права в России (С.И. Гессен, И.А. Ильин, Б.А. Кистяковский, П.И. Новгородцев, Е.Н. Трубецкой, П.Б. Струве и др.), ее влияния на формирование либерализма в России начала XX в., который к тому времени получил программное и организационное оформление (партии кадетов, октябристов и др.), а его теоретики стремились доказать, что идеи правового государства и правовой защищенности личности вполне осуществимы в условиях социального неравенства. Им выявлена идейная связь философии естественного права с умонастроениями русской либеральной интеллигенции после революции 1905 г. (поворот от неокантианства, позитивизма и «легального марксизма» к мистическому идеализму и религии).

В.Н. Жуков один из первых системно рассмотрел основные направления русской социологии права, показал их в контексте отечественной философии, юридической науки и политической жизни. По его утверждению, социология права – комплексная междисциплинарная отрасль знания, возникшая благодаря исследовательской деятельности социологов, юристов, философов, историков, антропологов, этнологов, психологов, экономистов. Делается вывод, что социология права в России, развиваясь на основе различных философских школ (позитивизма, кантианства, неокантианства, гегельянства, марксизма, фрейдизма, феноменологии, религиозной метафизики), оказалась рассредоточенной по различным отраслям знания, между разными направлениями и школами.

В своей философско-правовой концепции В.Н. Жуков дает анализ политико-правовой действительности, рассматривает традиционные философско-правовые проблемы в контексте различных культур, исследует методологию и историю философии права. Согласно его позиции, всю философию права (на Западе и в России) можно разделить на две основные разновидности: метафизическую и юридико-догматическую (юридический позитивизм). Метафизическая философия права вырастает из философии и является ее частью, юридико-догматическая философия права берет свои основные свойства у догматической юриспруденции (прежде всего догматический метод), тождественна общей теории права и является частью юридической науки.

В разные годы В.Н. Жуков – член диссертационных советов на юридическом и философском факультетах МГУ, в Институте государства и права РАН. Руководит научно-исследовательской работой аспирантов.

В.Н. Жуков входит в состав редколлегии журнала «Государство и право» РАН, редсовета научных журналов «Законодательство», «Право и государство: теория и практика», «Образование и право», «Экономика и право. XXI век».

Преданность науке, профессиональная эрудиция, уважение других точек зрения – все это снискало авторитет у коллег и научной общественности. Несмотря на принципиальность, весьма доброжелателен, отзывчив, всегда готов прийти на помощь. Его трудолюбие и целеустремленность восхищают.

Вячеслав Николаевич обладает широким кругозором. Он ценитель художественной литературы, классической музыки, оперного пения, живописи.

* * *

Редакция журнала «Государство и право» Российской академии наук поздравляет члена редколлегии журнала и его давнего автора Вячеслава Николаевича Жукова с юбилеем и желает крепкого здоровья, семейного счастья, благополучия, новых ярких научных работ!

ГАУГН-ПРЕСС

«ГАУГН-ПРЕСС» осуществляет свою деятельность на базе Государственного академического университета гуманитарных наук (ГАУГН) и научно-исследовательских институтов Российской академии наук социогуманитарного профиля в рамках их сетевого взаимодействия.

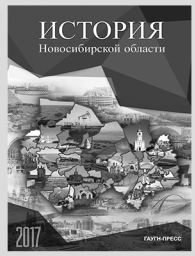
КЛЮЧЕВЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ

- **формирование учебно-методических комплексов**
- **развитие научной периодики**
- **внедрение новых стандартов научной коммуникации**

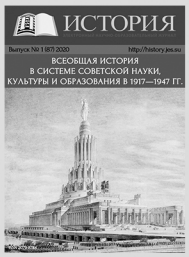
ПРИНЦИПЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

- **интеграция науки и образования**
- **модульный характер актуализации гуманитарного знания**
- **сетевое взаимодействие научных и методических центров**

НАУЧНАЯ И УЧЕБНАЯ ЛИТЕРАТУРА



СЕТЕВАЯ ПЕРИОДИКА



По вопросам приобретения научной и учебной литературы, печатных изданий журналов Российской академии наук, а также оформления подписки на сетевую периодику обращаться по адресу **press@gaugn.ru**

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ГАУГН

БАКАЛАВРИАТ
40.03.01
Юриспруденция (гражданско-правовой профиль)

МАГИСТРАТУРА
40.04.01
Правовое обеспечение предпринимательской деятельности

АСПИРАНТУРА
40.06.01
Теория и история права и государства; история правовых учений

Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право

Юридический факультет ГАУГН осуществляет подготовку юристов на классической академической основе с ориентацией на практическое обучение. Студенты изучают базовые и специальные дисциплины, отражающие современный уровень теоретической и практической юриспруденции в России и в мире.

Изучение обширного комплекса правовых дисциплин в совокупности со стажировкой в юридической клинике факультета и овладением современными информационными технологиями готовит выпускника к правоприменительной деятельности во всех сферах бизнеса, гражданского общества и государства, позволяет быть конкурентоспособным юристом-профессионалом.

Занятия на юридическом факультете проходят в самом центре Москвы, у метро Октябрьская, рядом с парком «Музеон».

5 ПРИЧИН ПОСТУПИТЬ В ГАУГН

ВЫДАЮЩИЕСЯ ПРЕПОДАВАТЕЛИ

Костяк преподавателей составляют ученые научно-исследовательских институтов РАН, включая академиков, членов-корреспондентов, докторов и кандидатов наук.

ИНДИВИДУАЛЬНЫЙ ПОДХОД

На каждом курсе учится не более 60 студентов. Преподаватель общается с каждым индивидуально, помогает в выборе вектора профессионального развития.

МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО

Отдельные лекции читают приглашенные специалисты из других ведущих вузов России и зарубежных стран. Большое внимание уделяется языковой подготовке.

УДОБСТВО

Факультеты находятся в Москве в непосредственной близости от метро. Обучение в магистратуре и аспирантуре в основном проходит в вечернее время. Подать документы можно онлайн.

СТУДЕНЧЕСКАЯ ЖИЗНЬ

Студенты ГАУГН участвуют в многочисленных студенческих клубах («Что? Где? Когда?», Клуб политического анализа, Китайский разговорный клуб и др.).