

Л.А. Голубева  
А.Э. Черноков  
И.Л. Честнов

## СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

[www.gief.ru](http://www.gief.ru)



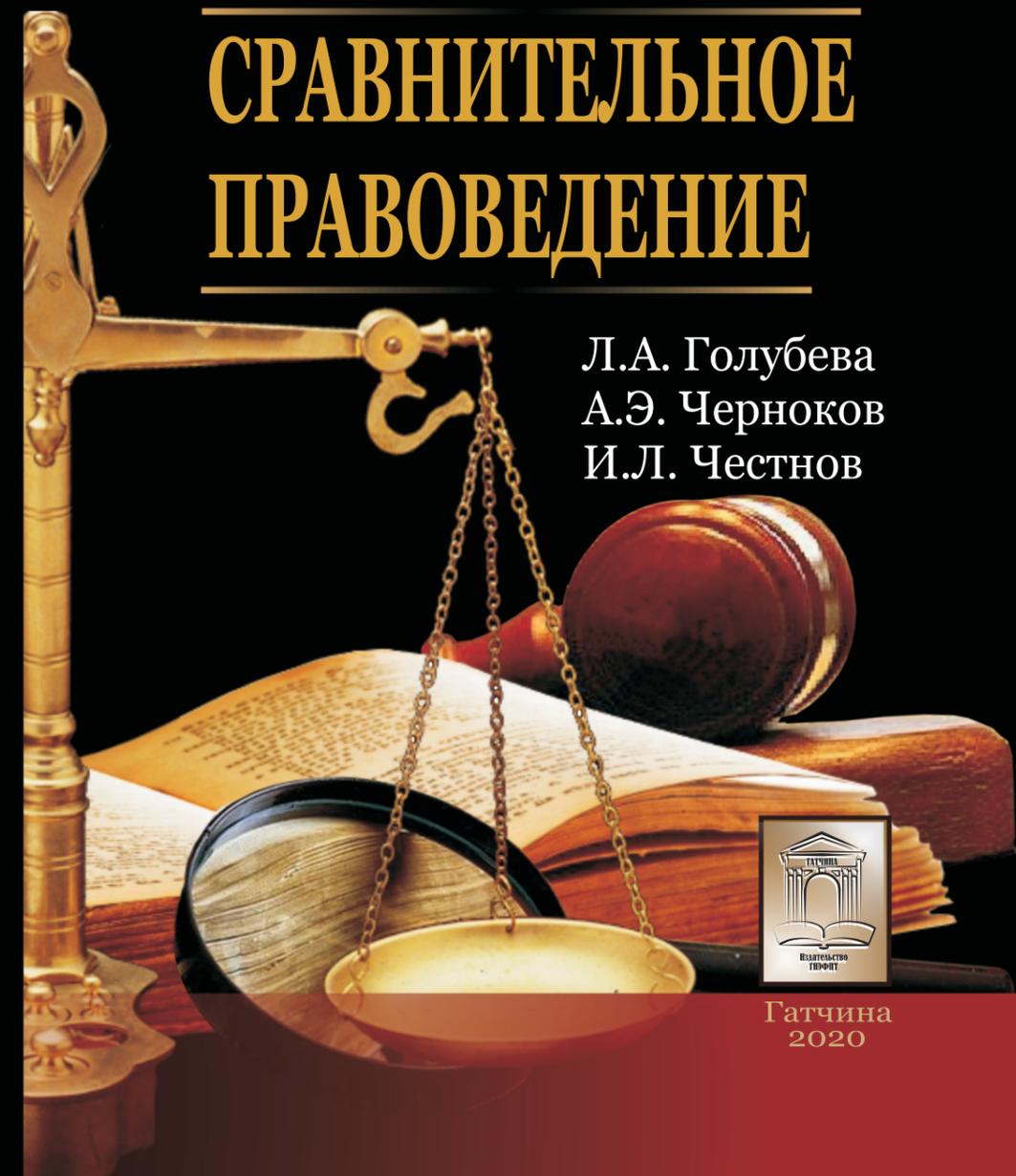
## СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

Л.А. Голубева  
А.Э. Черноков  
И.Л. Честнов

Государственный Институт Экономики, Финансов, Права и Технологий

## СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

Л.А. Голубева  
А.Э. Черноков  
И.Л. Честнов



Гатчина  
2020

Государственный институт экономики, финансов, права и технологий

**Л.А. Голубева  
А.Э. Черноков  
И.Л. Честнов**

# **СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ**

*Учебник для вузов*

*На основании Экспертного заключения  
Учебно-методического совета по социально-экономическому  
и правовому образованию (РГПУ им. А.И. Герцена)  
допущено Учебно-методическим объединением  
по направлению «Педагогическое образование»  
Министерства образования и науки РФ  
в качестве учебника для высших учебных заведений,  
ведущих подготовку по направлению  
44.03.01/44.04.01 «Педагогическое образование»*



Гатчина  
2020

**УДК 340.5**

**ББК 67**

**Г 62**

Рекомендовано к изданию Ученым советом  
АОУ ВО ЛО «Государственный институт экономики,  
финансов, права и технологий»

*Авторы*

Л.А. Голубева – к.ю.н., доц. – § 2.4; главы 8-17; раздел 5

А.Э. Черноков – к.ю.н., доц. – § 2.3; главы 3-11, 13-17

И.Л. Честнов – д.ю.н., проф. – глава 1; § 2.1; § 2.2

*Рецензенты*

доктор юридических наук, профессор С.Б. Глушаченко

кандидат юридических наук, доцент Л.А. Харитонов

**Голубева Л.А., Черноков А.Э., Честнов И.Л.**

**Г 62** Сравнительное правоведение: учебник для высших учебных заведений. – Гатчина: Изд-во ГИЭФПТ, 2020. – 597 с.

**ISBN 978-5-94895-136-2**

Учебник отражает основные положения дисциплины «Сравнительное правоведение» и представляет авторскую позицию по вопросам эпистемологии сравнительного правоведения, актуального в рамках постнеклассической науки. Авторами сформулирован новый подход к типологии правовых систем современности. В ракурсе данной концепции рассматриваются и традиционная для сравнительного правоведения проблематика, предусмотренная ФГОС.

Для студентов высших учебных заведений, обучающихся по программам магистратуры.

УДК 340.5

ББК 67

## СОДЕРЖАНИЕ

	Стр.
<b>ВВЕДЕНИЕ</b> .....	5
<b>РАЗДЕЛ 1. МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВО- ВЕДЕНИЯ</b> .....	6
<b>Глава 1. Теоретико-методологическое введение в сравнитель- ное правоведение</b> .....	6
1.1 Сравнительное правоведение как наука .....	6
1.2 Предмет сравнительного правоведения .....	32
1.3 Методология сравнительного правоведения .....	51
<b>Глава 2. Теоретические основания сравнительного правове- дения</b> .....	78
2.1 Глобализация и правовой мультикультурализм .....	78
2.2 Заимствование и аккультурация права .....	89
2.3 Понятие и типология правовых систем современного общест- ва .....	103
2.4 Систематизация и системность права .....	109
<b>РАЗДЕЛ 2. ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ ЗАПАДНОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ</b> .....	130
<b>Глава 3. Романо-германская правовая семья</b> .....	130
3.1 Формирование права и юридической науки в странах конти- нентальной Европы .....	130
3.2 Структура романо-германской правовой семьи .....	172
<b>Глава 4. Правовая система Великобритании</b> .....	195
4.1 Историческое развитие английского права .....	195
4.2 Формы английского права .....	202
4.3 Система английского права .....	216
4.4 Правовая система Шотландии .....	230
<b>Глава 5. Правовая система США</b> .....	234
5.1 Формирование американского права .....	234
5.2 Развитие правовой системы после обретения независимости ...	237
5.3 Источники и формы права США .....	239
5.4 Гражданское право .....	247
5.5 Уголовное право .....	251
5.6 Уголовный процесс .....	255
5.7 Гражданский процесс .....	261
<b>РАЗДЕЛ 3. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА РОССИИ</b> .....	265
<b>Глава 6. Эпоха формирования русского права</b> .....	265
<b>Глава 7. Эволюция права в эпоху Московского государства XIV-XVII столетий</b> .....	282
<b>Глава 8. Правовая система России периода Империи</b> .....	298
<b>Глава 9. Модернизация российского права в XIX – начале XX веков</b> .....	324

<b>Глава 10. Советское право</b> .....	399
<b>Глава 11. Российское право в переходном периоде</b> .....	426
<b>Глава 12. Особенности российской конституционности</b> .....	430
<b>РАЗДЕЛ 4. РЕЛИГИОЗНО-ТРАДИЦИОННЫЕ СИСТЕМЫ ПРАВА</b> .....	469
<b>Глава 13. Мусульманская правовая система</b> .....	472
13.1 Исламское право .....	472
13.2 Семейно-брачное право .....	481
13.3 Наследственное право .....	485
13.4 Обязательственное право .....	485
13.5 Уголовное право .....	487
13.6 Состояние современного мусульманского права .....	488
<b>Глава 14. Индусское право</b> .....	495
14.1 Формирование индусской политико-правовой доктрины .....	495
14.2 Право собственности .....	499
14.3 Обязательственное право .....	500
14.4 Семейно-брачное право .....	501
14.5 Эволюция индусского права .....	503
<b>Глава 15. Правовая система Китая</b> .....	511
15.1 Формирование традиционного китайского права .....	511
15.2 Общая характеристика традиционного китайского права .....	518
15.3 Право современного Китая .....	525
<b>Глава 16. Право Японии</b> .....	541
16.1 Историческое развитие японского права .....	541
16.2 Становление и развитие современной правовой системы Японии .....	545
<b>Глава 17. Обычное право Африки</b> .....	551
17.1 Основные черты социальной организации .....	551
17.2 Источники обычного права Африки .....	556
17.3 Брачно-семейное и наследственное право .....	562
17.4 Право собственности и обязательственное право .....	566
17.5 Способы разрешения конфликтов в обычном праве Африки ..	569
17.6 Формы внешнего воздействия на обычное право Африки .....	574
<b>РАЗДЕЛ 5. МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ ИНСТРУМЕНТАРИЙ</b> ..	579
<b>Глоссарий</b> .....	579
<b>Примерные темы научных исследований</b> .....	584
<b>Контрольные вопросы для промежуточной аттестации</b> .....	586
<b>Тестовые задания</b> .....	587
<b>Кроссворды</b> .....	591
<b>ЗАКЛЮЧЕНИЕ</b> .....	595
<b>Сведения об авторах</b> .....	597

## ВВЕДЕНИЕ

Начало третьего тысячелетия унаследовало от предшествующей эпохи старые проблемы и создало новые. Глобализация и противостояние с западным миром, унификация национальных правовых систем и стремление ряда стран сохранить свою самобытность, интегративные тенденции в современной юридической науке и сохранение противоположных типов понимания – все это только подчеркивает сложность происходящих процессов и неоднозначность (но отнюдь не абсолютность) любых практических рекомендаций. Истин, пригодных на все случаи жизни, в мире нет, да никогда и не было.

Правоведение как одна из основ гуманитарного знания в последние годы пребывает в состоянии кризиса (как в России, так и, в меньшей степени, на Западе). Кризис этот внешне выражается в нескольких формах. В отечественной правовой науке утеряны идейные ориентиры, и рассыпался в прах «государственный нормативизм», возродились концепции, считавшиеся давно устаревшими, и, наоборот, активно формируются новые научные школы и направления.

Юридическая мысль Запада, все еще основанная на идеях европоцентризма, также не смогла дать адекватные ответы на запросы времени. Право как регулятор общественных отношений достаточно консервативно, и сам социум должен контролировать его состояние и эволюцию. Разумеется, это не всегда удается.

Известный социолог А.А. Зиновьев, конечно, прав, констатируя тот факт, что «весь объем человеческих действий охватить юридическим нормированием практически невозможно, хотя общество и стремится к этому. Поток истории находит русло в обход юридическим плотинам. Происходит переориентация потока жизни, переход в иное измерение. И это новое измерение усиливается, приобретает доминирующее значение для людей, подчиняет себе прежнее измерение»<sup>1</sup>.

В принципе, это действительно так. Урегулировать правом все возникающие проблемы невозможно, да и ненужно. Общество само обычно находит пути разрешения сложных ситуаций, причем часто используются спонтанные решения, оформившиеся по воле случая.

Кроме того, значимую роль играет различное правопонимание, уникальное в рамках отдельных цивилизаций. Сравнительное правоведение практически не исследовало этот ракурс типологии правовых систем, что, конечно, обедняет наши знания об особом месте права в том или ином регионе. Возникшие противоречия между культурными стереотипами различных народов во многом порождены отсутствием достоверной информации о многообразии духовной жизни за пределами собственной страны. Особенно настораживает пренебрежительно-самодовольное отношение американской (и, в несколько меньшей степени, – европейской) юриспру-

---

<sup>1</sup> Зиновьев А.А. На пути к сверхобществу. М., 2000. С. 572.

денции к правовым системам незападного мира. Периодически слышатся поучения и стремление навязывать «единственно верный» путь развития.

В настоящее время в мире усиливаются интеграционные процессы во многих сферах общественной жизни. Это относится к правовой действительности. Мировое сообщество и отдельные государства признают важное значение общеправовых принципов и поддерживают сближение различных правовых систем. Возрастает интерес к изучению и взаимному использованию опыта развития национальных законодательств, обмену правовой информацией и научными идеями.

С одной стороны, полезные заимствования еще никому не приносили вреда и могут только приветствоваться; с другой же стороны, некритическое перенесение на неподготовленную почву реципированных норм и институтов ведет к их нежизнеспособности и кризису правопонимания и правосознания. Необходим длинный «юридический диалог» между различными правовыми культурами и типами мышления, а не назидательный монолог.

Предлагаемый труд излагает вопросы происхождения и эволюции основных правовых систем современности и ставит своей целью ознакомить студенческую аудиторию с различными подходами к восприятию права. Насколько это удалось авторам – судить взыскательным читателям.

## **РАЗДЕЛ 1**

### **МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ**

#### **Глава 1. Теоретико-методологическое введение в сравнительное правоведение**

##### **1.1 Сравнительное правоведение как наука**

Сравнительное правоведение – достаточно молодая юридическая наука. Ее институционализация приходится на середину XX в., хотя сравнительно-правовые исследования проводились гораздо раньше. Так, для удобства торговли и внешнеполитической деятельности в XVII–XVIII вв. существовала наука, которая в Англии называлась «Политическая арифметика», а в Германии – «Учение о государстве» или «Государствоведение» – прообраз, или предтеча сравнительного правоведения. Однако она же выступала одновременно и предшественницей сравнительной политологии, так как в то время разграничение между науками, изучавшими государство и право, не существовало. Собственно, до XIX в. юриспруденция не обладала четкой структурой своей дисциплинарной организации. Поэтому говорить о сравнительном правоведении как самостоятельной юридической науке не приходится.

Некоторые ученые полагают, что зарождение сравнительного правоведения датируется 1900 г. «Как известно, – пишут К. Цвайгерт и Х. Кетц, – сравнительное право «зародилось» в Париже в 1900 году в период прове-

дения там Всемирной выставки. Этот блестящий смотр человеческих достижений, естественно, сопровождался многочисленными конгрессами, что дало возможность ученым Эдуарду Ламберу и Раймону Салею провести Международный конгресс сравнительного права. Конгресс стал серьезным стимулом для развития науки сравнительного права или, по крайней мере, метода сравнительного права, а развернувшаяся на нем дискуссия дала толчок для продуктивных исследований в этой новой сфере правоведения»<sup>2</sup>. Однако это была скорее предпосылка для более активного, чем ранее, метода сравнительного права. Между тем, компаративистика как метод и наука сравнительного права – не одно и то же. Для того, чтобы научная дисциплина считалась самостоятельной, требуется, повторимся, ее институционализация: признание обществом важности и необходимости систематического воспроизводства знаний в соответствующей области. При этом сегодня невозможно привести объективные критерии для такого признания<sup>3</sup>. Показателями востребованности сравнительного правоведения (как и любой другой научной дисциплины) являются ее преподавание, активное систематическое использование этих знаний на практике (для практических нужд), наличие научных изданий по этой проблематике, возможность защиты диссертаций и др.

Уже в середине XIX в. появляются достаточно важные предпосылки такой институционализации сравнительного правоведения. Так, в 1829 г. в Германии был основан первый в мире сравнительно-правовой журнал «Критический журнал правоведения и законодательства зарубежных стран»; в 1834 году – «Журнал иностранного законодательства» во Франции, а в 1831 году в Коллеж де Франс была создана кафедра сравнительного правоведения<sup>4</sup>. Но только в середине XX в. в странах Западной Европы сравнительное правоведение начинает повсеместно преподаваться как самостоятельная дисциплина, защищаются диссертации, выходят учебники, создаются целые исследовательские институты по данной проблематике.

Эпистемологические (научоведческие) предпосылки сравнительного правоведения, определяющие содержание этой дисциплины, определяются практическими потребностями в сравнительно-правовых исследованиях. Главной из них является «привлечения иностранного права при создании новых национальных законов»<sup>5</sup>. При этом на первом этапе своего развития (приблизительно до 80-х гг. XX в.) основной акцент в сравнительно-правовых исследованиях делался на поиск сближения правовых систем мира. Это было связано с доминированием теории модернизации, частным слу-

---

<sup>2</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. Т. I. Основы. М., 1998. С. 9.

<sup>3</sup> Например, невозможно дать однозначный и убедительный ответ на вопрос, почему информационное право в нашей стране – официально признанная юридическая дисциплина, а философия права – нет.

<sup>4</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. Т. I. Основы. М., 1998. С. 85–87.

<sup>5</sup> Там же. С. 80.

чаем которой выступает конвергенция (сближение) разных систем права. Мир развивается по единым законам; разные страны (народы) в разное время проходят по этой «общей дороге», но само это движение универсально для всех и каждого. Отсюда стремление к унификации законодательства в разных странах мира, начиная от европейских (в том числе США, Канада, Австралия) и заканчивая Японией, которая пошла на механическое перенесение романо-германского законодательства в конце XIX в. Так, основные идеи многочисленных докладов, представленных на Международном конгрессе в 1900 году в Париже, «можно резюмировать следующим образом: создать всеобщее правовое регулирование (Салей) или набор единообразных решений (Циттельман) и тем самым сблизить различные правовые порядки»<sup>6</sup>. Собственно, эта же мысль прослеживается в работе Р. Давида «Основные правовые системы современности» (1965), ставшей классической.

Однако, начиная с 80-х гг. XX в., наметилась противоположная тенденция, связанная с приходом постмодернистского мировоззрения, в том числе, в сравнительное правоведение. Украинский исследователь А.Д. Тихомиров пишет: «Заслуга постмодернизма заключается в том, что он заставил по-иному взглянуть на мир всех мыслящих людей, переоценить традиционные ценности и нормы мышления»<sup>7</sup>. «Плюрализм, отказ от "европоцентризма", признание существования не только "других", но "иных" стран как равных, а тем самым – уникальности, а не единственности европейской цивилизации», – одна из важнейших идей постмодернизма.

«Эпоха постмодернизма, – пишет А.Д. Тихомиров, – абсолютизировала "различное", "иное", деперсонифицировала и виртуализировала всю реальность. На отрицании абсолютизаций как универсализма, так и плюрализма стали возникать, причем в разных формах мировоззрения (философии, религии, морали и т.д.) идеи компаративизма как отрицание любой абсолютизации и признание равноправия общего и различного, созидания "общего" в диалоге "различного", а тем самым отрицается необходимость всех заранее предустановленных программ и схем. Подобным образом сравнение как прием мышления, общенаучный метод уступает первенство сопоставлению, а последнее – компаративному подходу как исследованию "различного" в форме "одного", "другого" и "иного", не с помощью заранее установленных оснований, а путем "проникновения", "вчувствования" в "одно", "другое" и "иное", их исследованию с помощью методов адекватных их природе. Как восхождение "одного" к "другому" и "иному", так и движение в обратном направлении раскрывает особенности компаративистского познания»<sup>8</sup>. Не во всем разделяя изложенную позицию, отметим, что именно постмодернизм привнес в сравнительное правоведение акцент на

<sup>6</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. Т. I. Основы. М., 1998. С. 92.

<sup>7</sup> Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев, 2005. С. 151.

<sup>8</sup> Там же. С. 154.

различия, без которых, по большому счету, невозможно выживание человечества (для самосохранения системы требуется минимум разнообразия – аксиома системного подхода).

Современное мировоззрение начала XXI в. преодолело (или преодолевает) радикализм некоторых положений постмодернизма и именуется пост-постмодернизмом. Для сравнительного правоведения эпохи пост-постмодернизма характерен акцент на поиск общего и особенного в правовой реальности мира, а также в усложнении объекта сравнительного анализа. Таковым, по мнению А.Д. Тихомирова, должно стать «регулятивное пространство», включающее «всю совокупность феноменов (явлений, событий, идей, правил, ценностей, информации и т.д.), одной из функций которых является воздействие на сознание и поведение различных субъектов»<sup>9</sup>. Можно сказать, выполняющих функцию права – регулирования наиболее значимых в данном социуме общественных отношений.

Важным вопросом, относящимся к теоретико-методологическому введению в сравнительное правоведение, является определение **функций** этой научной дисциплины. Так как наука – это социальный институт по производству научных знаний, то ее функциями являются производство, фиксация, трансляция научных знаний и применение их на практике. Эти функции реализуются наукой во взаимодействии с социумом, который формулирует социальный заказ на производство научного знания, его постоянное воспроизводство и интериоризацию в практические действия членов социума.

Следует различать «внешние» (или экстерналистские) функции науки как таковой и юридической в частности, и «внутренние», интерналистские<sup>10</sup>. Это различие относительно, так как внешнее и внутреннее взаимобусловливают друг друга<sup>11</sup>. Первые характеризуют назначение юриспруденции в современном мире и вытекают из роли и значения права в социуме. Так как «генеральная» функция права (термин Л.И. Спиридонова) состоит в обеспечении целостности социума – в обеспечении его нормально-

---

<sup>9</sup> Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев, 2005. С. 180, 182–183.

<sup>10</sup> Несколько иначе подходит к выделению функций «научного теоретизирования» У. Твайнинг, не предлагая никакой их классификации: «В качестве научной деятельности теоретизирование имеет несколько функций: конструирование целостных представлений или тотальных картин (синтетическая, или «картографическая» функция); толкование, уточнение и дальнейшая проработка понятий; развитие нормативных теорий, выдвижение и развитие научных гипотез среднего уровня, а также развитие общих рабочих теорий для ученых этой дисциплины; построение научно-теоретических «мостов» между правоведением и другими науками (сопроводительная функция); исследование истории научной мысли и, что наиболее важно, критическое осмысление предпосылок, лежащих в основании споров о праве» (Твайнинг У. Общая теория права // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. СПб., 2011. С. 235).

<sup>11</sup> На выявление таковых, прежде всего, на анализ социальной обусловленности науки, направлена программа социальной эпистемологии (См.: Социальная эпистемология: идеи, методы, программы / под ред. И.Т. Касавина. М., 2010).

го функционирования с помощью нормирования меры свободы в наиболее функционально значимых общественных отношениях, то социальная функция юридической науки, в общем и целом, заключается в обосновании закрепления таких отношений в правовых формах (т.е. в обосновании права), в обосновании правоприменительной практики и трансляции такого рода знаний последующим поколениям<sup>12</sup>.

«Внутренние», или интерналистские функции юридической науки, как и функции науки как таковой, как считается в классическом науковедении, состоят в описании, объяснении, понимании и предсказании юридической реальности, а также в производстве нового знания. Функция трансляции научных знаний осуществляется наукой вместе с системой образования.

Условно говоря, «между» внешними и внутренними функциями располагается критико-преобразовательное воздействие юридической науки на правовую реальность. В этой функции в концентрированном виде сосредоточены все иные функции юриспруденции<sup>13</sup>. Рассмотрим сперва внутренние функции юридической науки, а затем покажем ее критико-преобразовательное воздействие на правовую реальность.

**Описание** представляет собой исходное начало научного исследования<sup>14</sup>. В то же время нельзя не признать, что описание всегда обусловлено исходной гипотезой (часто – теорией), которая им и проверяется. «Простое» описание, описание «само по себе» (по принципу акына: пою обо всем, что вижу) бессмысленно. Описание всегда избирательно, а эта изби-

---

<sup>12</sup> Юридическая наука не должна быть комментарием к действующему законодательству, как и служанкой власть предержащих. Поэтому она обязана критически воспринимать догму права, формулировать критерии обоснованности форм права с точки зрения их эффективности, т.е. с позиций социума. Такую программу социологизации юридической науки сформулировал в 70-е гг. XX в. Л.И. Спиридонов. См.: Спиридонов Л.И. Социология уголовного права. М., 1986. С. 80–95; Михайловская И.Б., Спиридонов Л.И. Основы социологических знаний. Часть 1: учеб. пособие. М., 1988 (Переизд.: Спиридонов Л.И. Избранные произведения: Философия и теория права. Социология уголовного права. Криминология. СПб., 2002. С. 45–58); Честнов И.Л. Научное наследие Л.И. Спиридонова // Правоведение. 2009. № 5.

<sup>13</sup> Несколько иначе подходит к этому вопросу В.М. Сырых. Он пишет: «Основные направления воздействия правовой науки на другие сферы гражданского общества понимаются как функции. В соответствии со сферами общества, на которые влияет правовая наука; выделяются функции: познавательная, теоретико-методологическая, практическая, идеологическая, социально-культурологическая» (Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М., 2014. С. 126).

<sup>14</sup> Описание, по мнению В.М. Сырых, представляет собой «процедуру по систематизации эмпирического материала с целью системного и целостного изложения сведений об исследуемом предмете (явлении, процессе)» (Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 2. Логика правового исследования (Как написать диссертацию). М., 2004. С. 295–296). В другой работе он отмечает: «Функция описания характеризуется тем, что категории, понятия (понятийный аппарат) правовой науки выступают основными средствами изложения (описания) новых знаний, полученных в ходе исследования» (Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М., 2014. С. 130).

рательность задается исходной теоретической установкой. Поэтому описание взаимосвязано с другими функциями науки: выдвижением гипотезы, интерпретацией, объяснением. Отдельной проблемой является соотношение описания и предписания, или оценочно-нормативного описания, о чем речь пойдет ниже<sup>15</sup>.

П. Рикер утверждает, что нарратив – это структура, сочетающая два процесса завязывания интриги: процесс действия и процесс персонажа. «"Рассказывать" означает "говорить, кто сделал, что, почему и как", располагая во времени связь между этими точками зрения»<sup>16</sup>. При этом нарративная функция не бывает без этических импликаций<sup>17</sup>. Поэтому любое описание включает приписывание оценки описываемому действию, событию, человеку. Ко всему прочему, атрибуция (приписывание) выражает интенцию автора, существующую в любом тексте. Так, текст закона содержит интенцию (иногда эксплицитно формулируемую как цель, чаще имплицитную как сохранение правопорядка) как намерение законодателя. Описание действия в юридическом документе в большинстве случаев содержит квалификацию – его юридическую оценку, даваемую от имени закона. В свое время Г. Харт предложил термин «аскрипция» – приписывание жизненным ситуациям юридического значения – как основу юридического языка<sup>18</sup>. По большому счету, описание всегда входит в другие функции науки: объяснение, предсказание и научное открытие не могут обходиться без нарративной формы их изложения (фиксации).

В то же время нарратив в ситуации постмодерна (крушения «великих нарративов» – метаописаний, по терминологии Ж.-Ф. Лиотара) становится

---

<sup>15</sup> По мнению Ф. Анкерсмита, существует принципиальное отличие между нарративом и нормативно-оценочными предложениями: «Всякая когерентная система предложений в обычном языке (или текстах) будет или повествовательным или неповествовательным текстом (проповедью, уставом, пасквилом, математическим доказательством). ... Нарратив состоит из предложений; я буду исходить из того, что все предложения в нарративе обладают пропозициональной структурой и содержат субъект и предикат. Я признаю, что, вероятно, можно ставить под сомнение или даже отрицать то, что нарративы состоят из такого рода предложений. Существует множество предложений, не обладающих этой пропозициональной структурой, например приказы, высказывания, выражающие научные теории; высказывания тождества и, возможно высказывания, содержащие предикаты, выражающие отношения. Я исхожу из того, что подобные предложения не являются необходимой составляющей частью нарратива и что все важные проблемы нарратива можно изучать удовлетворительным образом, принимая во внимание только те предложения, которые имеют пропозициональную структуру» (Анкерсмит Ф. Нарративная логика. Семантический анализ языка историков. М., 2003. С. 50). Однако описания нормы права, как и подавляющее большинство понятий общественных наук, включают описание и предписание.

<sup>16</sup> Рикер П. Я-сам как другой. М., 2008. С. 179.

<sup>17</sup> Там же. С. 198. В другом месте он утверждает: «... не бывает этически нейтральных повествований». Там же. С. 144.

<sup>18</sup> См.: Hart H.L.A. The Ascription of Responsibility and Rights // Essays on logic and language. Oxford, 1951. Vol. 7. Цит. по: Юриспруденция в поисках идентичности: сб. статей, переводов, рефератов / под общ. ред. С.Н. Касаткина. Самара, 2010. С. 242–271.

важным конституирующим аспектом права: доступ к бытию права, формирование субъекта права, фактически – всех правовых институтов, происходит посредством описаний ситуаций и действующих в них акторов<sup>19</sup>.

К описанию предъявляются определенные методологические и методические требования. По мнению В.М. Сырых, во-первых, описание имеет своим предметом какой-либо ограниченный фрагмент социально-правовой практики или юридической науки, обусловленный задачами исследования. Во-вторых, оно призвано вводить в научный оборот фактологический материал, так или иначе связанный с решением соответствующей научной проблемы и обоснованием положений, сформулированных автором исследования. Кроме того, описание должно быть ориентировано на изложение его сущности и содержания предмета исследования, проводиться с использованием понятийного аппарата правовой науки, быть объективным<sup>20</sup>.

**Объяснение** со времен Дж.С. Милля традиционно (в науковедении, ориентированном на естествознание) представляется в качестве дедуктивно-номологической модели. С этой точки зрения объяснить некоторое событие – значит дедуцировать описывающее его высказывание, используя в качестве посылок один или несколько универсальных законов вместе с определенными сингулярными высказываниями – начальными условиями<sup>21</sup>. К. Гемпель несколько позднее разработал индуктивно-вероятностную модель объяснения, в которой используемое для объяснения общее положение носит вероятностно-статистический характер, а вывод устанавливает лишь вероятность наступления события, описываемого экспланандумом (следствием). Общим в этих схемах объяснения является поиск (обнаружение) закономерной или вероятностной связи одного события (явления) с другим<sup>22</sup>. Однако применительно к человеческому поведению (и правово-

---

<sup>19</sup> См.: Элкинс Дж.З. В чем суть нарративной юриспруденции? (предисл. Е.Г. Самохиной) // Правоведение. 2011. № 6; Кравиц В. Нарративная юриспруденция или теория нормативной коммуникации? Размышления о феноменологии повседневности // Правоведение. 2012. № 1.

<sup>20</sup> Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 2. Логика правового исследования (Как написать диссертацию). М., 2004. С. 303–310.

<sup>21</sup> Таковую модель предложил в 30-е г.г. XX в. К. Поппер, а затем развил К. Гемпель. См. подробнее: Гемпель К. Логика объяснения. М., 1998; Огурцов А.П. От логики объяснения в исторических науках – к онтологии истории // Философия науки: двадцатый век: Концепции и проблемы: В 3 ч. Часть третья: Философия науки и историография. СПб., 2011. С. 142–147; Никифоров А.Л. Философия науки: История и методология. М., 1988. С. 173–189.

<sup>22</sup> Особенности модели объяснения, – пишет А.П. Огурцов, – предложенной Гемпелем, являются: 1) кардинальное различие процедур объяснения и понимания; 2) отказ от процедуры понимания в исторических науках; 3) наличие в экспланансе объяснения общих законов; 4) логический вывод экспланандума из эксплананса; 5) предметом объяснения являются предложения, описывающие событие, а не само событие; 6) эти предложения носят эмпирический характер; 7) логическая структура объяснения и предсказания идентична (Огурцов А.П. От логики объяснения в исторических науках – к онтологии истории // Философия науки: двадцатый век: Концепции и проблемы: В 3-х ч. Часть третья: Философия науки и историография. СПб., 2011. С. 146).

му, в том числе) достаточно проблематично вести речь о закономерной его связи с какими-то внешними факторами, принимаемыми в качестве переменной, в силу отягощенности человека свободой и амбивалентностью его жизнедеятельности. Поэтому, как показал в 50-е гг. XX в. У. Дрей, рациональное объяснение поведения человека должно включать мотивацию его как действующего субъекта<sup>23</sup>. Поэтому сегодня в социальных науках достаточно авторитетным является интенциональное объяснение, включающее в рассуждения мотивацию, целевую направленность или предрасположенность субъекта. Логической формой такого объяснения выступает практический силлогизм: субъект намеревается получить нечто, он знает, что для этого требуется совершить определенные действия, и поэтому он их совершает. При этом следует согласиться с мнением А.Л. Никифорова, полагающего, что интенциональная связь не является причинной, и поэтому следствие не вытекает с необходимостью из посылок<sup>24</sup>. Об этом же пишет П. Рикер: «Сказать, что нечто является действием, означает сказать, почему оно сделано. Такая связь одного вопроса с другим обязательна: мы едва ли можем информировать другого о том, что мы сделали, не говоря ему в то же время, почему мы это сделали; "описывать" означает "начинать объяснять"; а "больше объяснять" значит "лучше описывать". Именно так разверзается новая логическая бездна, на сей раз – между мотивом и причиной. Мотив как таковой, замечаем мы, есть мотив действия. Он логически подразумевается в понятии совершенного действия или действия, которое предстоит совершить, в том смысле, что мы не можем упомянуть мотив, не упоминая действия, мотивом которого он является. Понятие причины, по крайней мере, в юмовском смысле, обычно воспринимаемом как термин сравнения, имеет в виду, напротив, логическую гетерогенность между причиной и следствием – в той мере, в какой я могу упомянуть одну, не упоминая другого (таковы спичка, с одной стороны, и пожар – с другой). Внутренняя – необходимая и в этом смысле логическая – связь, характерная для мотивации, исключает связь внешнюю, случайную и в этом смысле эмпирическую, характерную для причинно-следственной связи»<sup>25</sup>. В то же время интенция включает в само действие (что?) причину как мотив (почему?) актора<sup>26</sup>.

Как раз в силу амбивалентности человеческой жизнедеятельности, неисчерпаемости стремлений и мотивов, одна и та же интенция может привести к различным действиям, так как один и тот же мотив, превращающий потребность в направление действия, можно реализовать разными способами (например, стремление к материальному благополучию может реализоваться в совершении кражи или поисках дополнительной работы).

Близкой позиции придерживается Ю. Эльстер. Он утверждает, что

---

<sup>23</sup> Dray W. *Laws and Explanation in History*. London, 1957.

<sup>24</sup> Никифоров А.Л. Указ. Соч. С. 185–186.

<sup>25</sup> Рикер П. *Я-сам как другой*. М., 2008. С. 85.

<sup>26</sup> Там же. С. 87–96.

«всякое объяснение каузально. Объяснить какое-то явление (экспланандум) – значит привести более раннее явление (эксплананс), которое стало его причиной. Ратуя за каузальные объяснения, я не отрицаю возможность интенционального объяснения поведения. Намерения могут выступать в качестве причин. Отдельная разновидность интенционального объяснения – объяснение через рациональный выбор...»<sup>27</sup>. Процедура объяснения, по его мнению, часто именуется гипотетико-дедуктивным методом и предполагает следующий алгоритм: 1. Выбрать теорию, которая предоставляет самые большие перспективы успешного объяснения. 2. Подобрать гипотезу, которая согласует теорию с головоломкой, то есть чтобы экспланандум логически вытекал из гипотезы. 3. Установить или представить себе надежные основания, которые могут дать альтернативные объяснения, снова таким образом, чтобы экспланандум логически вытекал из каждого из них. 4. Опровергнуть все конкурирующие объяснения, указав для каждого на дополнительные, поддающиеся проверке следствия, которые в действительности не наблюдаются. 5. Усилить предложенную гипотезу, показав, что она имеет дополнительные, поддающиеся проверке следствия, желательно новые факты, которые находят свое подтверждение в действительности<sup>28</sup>.

Так как в социальных науках, по убеждению американского социолога норвежского происхождения, объяснение должно основываться на принципе методологического индивидуализма<sup>29</sup>, включать индивидуальные предпочтения, которые невозможно однозначно измерить и сравнить<sup>30</sup>, то приходится констатировать, что объяснения в социальных науках всегда вероятностны, ситуативны (контекстуальны)<sup>31</sup> и ограничены<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Эльстер Ю. Объяснение социального поведения: еще раз об основах социальных наук. М., 2011. С. 19.

<sup>28</sup> Там же. С. 28.

<sup>29</sup> «Настойчивое обращение к объяснениям, фокусирующимся на событиях, чем-то сродни принципу методологического индивидуализма, который является одним из исходных условий этой книги.

В принципе, объяснения в социальных науках должны ссылаться только на индивидуумов и их действия. На практике социологи часто оперируют такими надындивидуальными общностями, как семья, фирма или нация как безобидными условными обозначениями, либо если отсутствие данных или надежной теории вынуждают к этому» (Там же. С. 25).

<sup>30</sup> «...нет общей процедуры, которая позволила бы сравнить степени интенсивности предпочтений или удовлетворения потребностей индивидов» (Там же. С. 421).

<sup>31</sup> Именно ситуация (обстоятельства), а не свойства личности определяют индивидуальное поведение (Там же. С. 188–198). В то же время «поведение не более стабильно, чем ситуации, которые его формируют» (Там же. С. 195).

<sup>32</sup> «В социальных науках попросту слишком мало твердо установленных (well supported) общих законов», – вынужден констатировать известный исследователь (Там же. С. 46). И далее: «В исследовании любого сложного социального явления, такого как доход, можно с легкостью перечислить дюжину переменных, которые могут оказывать свое влияние. Кроме того, есть, наверное, полдюжины способов концептуализировать доход. Крайне маловероятно, чтобы при каком-нибудь из определений дохода ни одна

Одной из самых важных и одновременно дискуссионных проблем является *объяснение социального действия*. Она имеет непосредственное отношение к юридической науке<sup>33</sup>: как можно и нужно объяснять правонарушение или преступность? Допустима ли редукция социального действия к индивидуальному? Можно ли говорить о причинах применительно к коллективным явлениям (поведению), если причиной индивидуального поведения выступает его мотивация, интериоризирующая ситуацию? Однозначного ответа на эти и подобного рода вопросы в современной (постсовременной) социальной науке нет и в ближайшей перспективе не предвидится, так как он (ответ) зависит от исходных социально-философских допущений. Не вдаваясь в дискуссию по поводу различий между методологическим индивидуализмом и холизмом (коллективизмом), следует заметить, что «постклассика» пытается найти «третий путь» между этими направлениями. Наиболее перспективными на сегодняшний день выглядят методологические программы социальной феноменологии (включающей «мягкую» версию социального конструктивизма), социальных представлений С. Московичи, дискурс-анализа, теория структуризации Э. Гидденса, концепция хабитуса П. Бурдьё. Несмотря на некоторые различия между ними, всех их объединяет стремление найти способ разрешения антиномии личности и структуры через их взаимодополнение.

Социальное действие с позиций приведенных постклассических методологических подходов образуется индивидуальными действиями, совершаемыми многократно, значительной частью социума. Эти действия предполагают координацию, ориентацию на социально значимого Другого, взаимное согласование интенций<sup>34</sup>. Социально значимый Другой (или ре-

---

из независимых переменных не показала корреляцию на 5%-м уровне. Теория вероятности гласит, что самым невероятным совпадением было бы полное отсутствие невероятных совпадений» (Там же. С. 58–59).

<sup>33</sup> Один из немногих, кто рефлексирует по данной проблеме в юриспруденции, является В.М. Сырых. Он, в частности, выделяет дедуктивную и индуктивную модели объяснения, а также нормативно-правовое, целевое или телеологическое, функциональное и системно-структурное объяснение (Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 2. С. 351–368).

<sup>34</sup> Одной из наиболее острых проблем, над которыми трудится теория рационального выбора, является координация совместной деятельности. Это связано с тем, что рациональные и эгоистичные индивиды в большинстве случаев не будут действовать в соответствии с явными целями и нормами группы, добиваться общих или групповых интересов. Они скорее предпочтут стратегию «безбилетника», если институциональный контроль отсутствует (как это происходит во многих случаях загрязнения окружающей среды в нашей стране) или не воспринимается как реальный. О теории рационального выбора см.: Нуреев Р.М. Теория общественного выбора. Курс лекций. М., 2005; применительно к политике современного государства: Хиллман А. Государство и экономическая политика: возможности и ограничения управления. М., 2009; Пути модернизации: траектории, развилки и тупики: сборник статей / под ред. В. Гельмана, О. Маргания. СПб., 2010; Малган Дж. Искусство государственной стратегии: Мобилизация власти и знания во имя всеобщего блага. М., 2011; Таллок Г. Общественные блага, перераспределение и поиск ренты. М., 2011.

ферентная группа)<sup>35</sup> вырабатывает образец поведения (в том числе, юридически значимый), который интериоризируется и воспроизводится индивидуальными практиками конкретных людей в квалифицируемых как благоприятные ситуации. Однако проблема неопределенности не исчезает в борьбе за социальное признание (в концепции П. Бурдье) или в интериоризации социального образца и ситуации в индивидуальную мотивацию и поведение, т.е. в том, как «работают» типизации и идеализации, изучаемые социальной феноменологией. Сложной и до конца не решенной проблемой является формирование социальной структуры, понимаемой, например, как социальное представление: ни концепция С. Московичи, ни дискурс-анализ ее не проясняют.

В связи с отмеченными проблемами научного объяснения социальных (и правовых) явлений весьма перспективной представляется стремление, наметившееся в современной философии, дополнить объяснение *пониманием, интерпретацией*. Долгое время понимание связывалось исключительно с постижением внутреннего мира творца интерпретируемого произведения искусства. В силу уникальности произведения и духовного мира его творца акт эмпатии также воспринимался в качестве уникального единичного действия и в силу нетиражируемости исключался из числа претендующих на научность. Однако постепенно (во многом благодаря активизации во второй половине XX в. герменевтики и другим гуманистическим методологиям) понимание стало проникать в науку<sup>36</sup>.

При множестве вариантов анализа понимания, общим местом является утверждение о том, что последнее представляет собой выявление смысла понимаемого (объекта, явления, события). Правда, дальше начинаются значительные трудности: какой смысл необходимо выявлять – приписываемый нами понимаемому, приписываемый ему автором, окружением автора или еще как-то<sup>37</sup>? Отдельной проблемой является контекстуальность интерпретации, вытекающей из значения как способа употребления слова. Со времен Л. Витгенштейна для выявления значения слова (выражения) необходимо определять: «кто именно употребляет слово? какие слова сопутствуют ему? что за реалии подразумеваются под ним? каковы предпосылки и последствия обращения к данному слову? каков внеязыковый контекст слова, наконец? В этом суть философской рефлексии, философского дискурса, который делает своим предметом понимание предметов культуры: понимание, задающее и создающее их смысл»<sup>38</sup>. Контекст играет

---

<sup>35</sup> О рефрентной группе см.: Мертон Р. Социальная теория и социальная структура. М., 2006. С. 360–561.

<sup>36</sup> В связи с этим возрождается интерес к идеям неокантианцев о специфике гуманитарной науки.

<sup>37</sup> В этой связи стоит вспомнить знаменитую фразу Л. Витгенштейна о том, что человек способен лишь отчасти выразить внешним образом свои духовные переживания. Цит. по: Никифоров А.Л. Указ. соч. С. 194.

<sup>38</sup> Касавин И.Т. Текст. Дискурс. Контекст. Введение в социальную эпистемологию языка. М., 2008. С. 186.

принципиально важную роль в процессе интерпретации. Он «индивидуализирует смысл высказывания, которое вне контекста обладает лишь абстрактным, всеобщим смыслом. Контекст дополняет смысл высказывания с помощью нюансов, адаптируя слово к некоторому предметному полю. Наконец, он сам создает смысл, если смысл слова неясен, утрачен, изменен – а ведь развитие языка предполагает постоянное изменение смысла слов. Поэтому первый шаг в интерпретации объекта культуры – это не поиск смысла обозначающего его, "внутренне присущего ему" термина, но анализ возможных контекстов его употребления. Контекст, словно лингвистический синхрофазотрон, придает слову динамику и заставляет его излучать оттенки смыслов, взрываться облаком метафор, аллюзий и коннотаций»<sup>39</sup>. В то же время, неисчерпаемое многообразие мира не дает возможность завершения процесса контекстуализации высказывания, превращая интерпретацию в перманентный процесс. Философская рефлексия, без которой невозможна научная интерпретация, «неизменно проблематизирует адекватность воссозданного контекста, требуя "пролиферации" (П. Фейерабенд) альтернативных реконструкций и все же лишь отчасти удовлетворяясь картиной, даваемой их многообразием»<sup>40</sup>.

На наш взгляд, научность понимания предполагает соотнесение приписываемого нами смысла интерпретируемого с господствующим сегодня представлением в отношении этого (или типичного этому) явления, события или процесса<sup>41</sup>. Тем самым происходит углубление понимания Другого через понимание себя и наоборот. При этом эвристическая значимость интерпретации может пойти дальше и продемонстрировать недостаточность традиционного понимания, но соотнесение с традиционной точкой зрения необходимо.

В результате приложения (и приложимости) научного измерения к герменевтической интерпретации возникает возможность взаимодополнения объяснения и понимания. Одним из первых такую, надо сказать, небезуспешную попытку предпринял П. Рикер. Нет надобности противопоставлять структурализм и герменевтику как «два способа понимания»; их надо соединить как «объективное понимание и экзистенциальное понимание». Герменевтика, будучи «работой по присвоению смысла», «выявление мышлением смысла, скрытого символом», должна воспринимать структурализм как поддержку, а не как помеху, ибо «присваивать можно лишь то, что прежде при изучении держалось на расстоянии»<sup>42</sup>. Поэтому конфликта понимания и объяснения нет и не должно быть; интерпретация

---

<sup>39</sup> Касавин И.Т. Текст. Дискурс. Контекст. Введение в социальную эпистемологию языка. М., 2008. С. 188–189.

<sup>40</sup> Там же. С. 191.

<sup>41</sup> «Никакая значительная интерпретация не могла сформироваться без заимствований и уже имеющихся в распоряжении данной эпохи способов понимания мифа, аллегии, метафоры, аналогии и т.п.», – пишет П. Рикер (Рикер П. Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике. М., 1995. С. 5).

<sup>42</sup> Там же. С. 42.

невозможна без стадии объяснения, но объяснение является основой интерпретации, так как включает структуру дискурса, в рамках которого осуществляется коммуникация (в том числе рефлексивная). Понимание предваряет, сопутствует и завершает объяснительные процедуры; оно «предполагает объяснение в той мере, в которой объяснение развивает понимание»<sup>43</sup>. Понять какое-либо событие, утверждал П. Рикер, означает не проникнуть силой вчувствования во внутреннюю жизнь агента, но скорее охарактеризовать его «предлагаемый мир», соотносящийся с ментальными структурами данной культуры<sup>44</sup>, в то время, как объяснить событие означает вписать его в структуру господствующих в данном обществе представлений. Поэтому объяснение и понимание находятся в состоянии диалектического соотношения, моменты в «нескончаемом процессе интерпретации», а исторический процесс, в таком случае, «развивается как непрерывная самоинтерпретация, в ходе которой "понимаемыми" поступками создаются "объяснимые" структуры и наоборот»<sup>45</sup>.

Близкую точку зрения по данному вопросу отстаивает Ю. Эльстер, по мнению которого интерпретировать – «это значит объяснять. Интерпретация – это не что иное, как особый случай гипотетико-дедуктивного метода»<sup>46</sup>.

Взаимосвязь объяснения и понимания проявляется уже в том, что социальный (и правовой) мир включает в себя как внешнее измерение, так и внутреннее. Другими словами, социальная реальность (и это полностью относится к сущности правовой реальности) включает в себя как институты, действия и другие поддающиеся внешней фиксации явления, включая материальные предметы, так и их осмысление действующими субъектами, которые измеряются интерпретационными методами<sup>47</sup>. Суть социальности как раз и состоит в осмысленности (психическом опосредовании, часто в виде образов-стереотипов) внешних проявлений активности человека и предметности мира.

Взаимодополнительность объяснения и понимания можно перевести в

---

<sup>43</sup> Рикер П. Герменевтика, этика, политика. Московские лекции и интервью. М., 1995. С. 5–9. См. также: Рикер П. Память, история, забвение. М., 2004. С. 255–328.

<sup>44</sup> Рикер П. Память, история, забвение. С. 112–113.

<sup>45</sup> Зенкин С. Социальное действие и его смысл (Историческая герменевтика после Рикера) // Работы о теории: Статьи. М., 2012. С. 40.

<sup>46</sup> Эльстер Ю. Указ. соч. С. 62.

<sup>47</sup> Можно согласиться с Д. Серлем, который проводит различие между институциональными фактами и «грубыми» фактами объективного мира. «Институциональные факты» – это такие, которые зависят от человеческого соглашения. В отличие от не институциональных или «грубых» фактов, «институциональные факты» называются так, потому что для их существования нужны человеческие институты. Чтобы этот кусок бумаги был пятью долларами, например, должен существовать человеческий институт денег. Существование грубых фактов не требует каких-либо человеческих институтов (Searle J. *The Construction of Social Reality*. N. Y., 1995). В то же время и те, и другие входят в социальный мир через их осмысление, наделение значением и смыслом, т.е. посредством «окультурирования».

плоскость взаимообусловленности структуры и действия, социального института и осмысливаемых действий индивидов, реализующих институт как систему упорядоченных общественных отношений<sup>48</sup>. То же самое касается и понятия должностного лица, в котором соединяется структура (должность) и конкретный носитель ее – человек. Описание и института, и должностного лица предполагает обезличенное объяснение (подведение под установленную ранее закономерность, в которой объясняется необходимость данного института или должности, как правило, через совокупность прав и обязанностей) и их восприятие конкретными людьми – носителями статусов, реализуемых в их образах (ментальных, психических явлениях) и действиях.

Несколько иначе решает эту проблему Г.С. Батыгин. Интерпретация, по его мнению, – это представление о конкретной ситуации, в которую вписан акт измерения. Знание же о внутренних характеристиках объекта вытекает из предшествующего опыта исследователя, включающего в себя «интерпретационную схему», которая априорна и предшествует фактам. Сама же интерпретационная схема не может не учитывать ситуативного характера измеряемых свойств и признаков<sup>49</sup>.

Таким образом, объяснение собранных данных предполагает использование объективирующих методов формальной логики и статистики, которые должны быть подвергнуты вторичной интерпретации с точки зрения их (собранных данных) смысловой нагруженности – как с позиций, например, участников опроса, так и господствующего в обществе смысла (если таковой можно обнаружить) объясняемого. Другими словами, обобщение эмпирических данных должно сопровождаться тем, как эти данные воспринимают действующие субъекты и, например, эксперты, а также каково господствующее общественное мнение по этому вопросу (возможно – сопоставление с мнением других возрастных групп, представителей других регионов, сравнение с уже имеющимися статистическими данными и т.п.).

Интерпретации или толкованию в юриспруденции посвящено огромное количество научных изысканий<sup>50</sup>. Однако немногие из отечественных (да и зарубежных тоже) авторов включают интерпретацию в онтологию права. Так, А.В. Поляков пишет: «Эйдетический смысл права предполагает не только наличие самого правила поведения, но, конечно же, и субъекта, которому это правило адресуется и которым оно интерпретируется как пра-

---

<sup>48</sup> П. Рикер в этой связи пишет о диалектике структуры и конкретной практики – *praxis*: структура предшествует конкретной практике, но *praxis* предшествует структуре (Рикер П. Конфликт интерпретаций. С. 80).

<sup>49</sup> Батыгин Г.С. Обоснование научного вывода в прикладной социологии. М., 1986. С. 183, 185, 197.

<sup>50</sup> Обзор отечественных работ см.: Малиновская Я.В. Юридическая герменевтика как новый подход к исследованию правовых текстов // Проблемы теории государства и права: учеб. пособие / В.В. Денисенко, Н.В. Малиновская, Ю.В. Сорокина; под общ. ред. Ю.В. Сорокиной, В.В. Ячевского. Воронеж, 2011. См. также: Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003.

вовое. Право, в отличие от чисто объективных феноменов, например, законов природы, не может существовать бессубъектно. Если представить себе гипотетический случай, когда на земле исчезнут все люди, то законы природы все равно будут действовать, их бытие не зависит от наличия или отсутствия воспринимающего их субъекта. Подобная ситуация применительно к праву исключена, так как действие права возможно только через субъектов, а не действующее право (не знающее правовых отношений) не есть право по своему смыслу (это может быть то, что когда-то было правом или то, что может стать правом, если будет действовать). Поэтому право предполагает наличие **воспринимающих право субъектов**, которые одновременно являются и **носителями** принадлежащих им прав и обязанностей, и их **интерпретаторами**»<sup>51</sup>.

*Предсказание*, как считалось в классическом науковедении, призвано дать научно обоснованный прогноз развития изучаемого объекта. Открытые, например, физикой законы позволяют предсказывать некоторые физические процессы и явления. Однако неклассическая, а тем более постклассическая наука (в том числе и естествознание), столкнувшись с кризисом классической рациональности, демонстрирует гораздо более скромные претензии на предсказание будущего. Открытие диссипативных структур И. Пригожиным в химии и зародившаяся во многом на основе его работ синергетика привели к радикальному сомнению в возможности прогнозирования более или менее сложных естественных (природных) процессов. Тем более это касается социальных наук, в которых неистребима свобода воли, а значит для них конститутивна случайность, вероятность социальных событий и процессов. Н.Н. Моисеев настаивает на непредсказуемости поведения социальной системы, что обуславливает «неспособность провести детальное и достаточно точное исследование возможных последствий принимаемых решений, а значит, и их сопоставления и рационального выбора. /.../ На определенной ступени сложности управляемой системы точный расчет необходимых команд, то есть то, на чем основывается вся теория управления техническими системами, становится принципиально невозможным»<sup>52</sup>.

Открытия в синергетике, в том числе, применительно к ограниченности научных предсказаний, постепенно проникают в юридическую науку<sup>53</sup>. Г.В. Мальцев пишет: «Синергетика оспаривает право науки упрощать и схематизировать. Во всяком случае, ученые не должны упрощать и схематизировать. Во всяком случае, ученые не должны делать это применительно-

---

<sup>51</sup> Поляков А.В. Общая теория права. 2-е изд. С. 593. Об этом же идет речь в монографии Г.А. Гаджиева «Онтология права»: Гаджиев Г.А. Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности): монография. М., 2012.

<sup>52</sup> Моисеев Н.Н. Расставаясь с простотой. М., 1998. С. 330.

<sup>53</sup> См. обзор отечественной литературы: Сорокина Ю.В. Синергетика как ответ на поиск новых методологий теоретико-правовой науки // Проблемы теории государства и права: учеб. пособие / В.В. Денисенко, Н.В. Малиновская, Ю.В. Сорокина; под общ. ред. Ю.В. Сорокиной, В.В. Ячевского. Воронеж, 2011.

но к сложным, открытым, динамическим системам, каковыми выступают огромное множество природных и все социальные системы. Отказ от простоты и точности знания, развенчание парадигм, направленных на линейность, обратимость, устойчивость, необходимость, законосообразность, причинность и т.п., – все это вместе взятое погружает науку в *атмосферу неопределенности*, возможно, уже идущей на смену оптимистической уверенности ученых в прогрессирующем развитии человеческого знания о мире, в благодетельных результатах освоения человеком природы. /.../ Синергетические выводы из анализа таких понятий, как «неустойчивость», "неопределенность", "неравновесность", "нелинейность", "необратимость", "многообразие" и "сложность развития мира" логически завершились принятием постулата, согласно которому порядок не указывает на направление мировой эволюции, реальность не является ареной господства императивов порядка и упорядочения. Господствует, собственно, только саморазвивающийся процесс, который способен созидать новое. /.../ Сама *синергетическая парадигма рождает сомнения в строгой императивности любых научных рекомендаций*<sup>54</sup>.

Тезис о том, что большее знание об общественной жизни, даже подкрепленное практическим опытом, равносильно большей предсказуемости, а значит и контролю над нашей судьбой, был опровергнут Ф. Хайеком, К. Поппером, Э. Гидденсом и другими философами. Расширение нашего понимания социального мира, считает Э. Гидденс, могло бы привести к все более ясному постижению человеческих инстинктов и, следовательно, к возрастающему технологическому контролю над ними, если бы это знание постоянно проникало в мотивы социального действия, производя шаг за шагом рост рациональности поведения в отношении специфических потребностей. Однако никакой объем накопленных знаний об общественной жизни не может охватить всех обстоятельств их применения<sup>55</sup>. К. Поппер, будучи сторонником «социальной инженерии», по этому поводу пишет: «<...> структура нашей социальной среды в некотором смысле продукт человеческой деятельности, наши институты и традиции не есть дело Бога или природы, а представляют собой результат человеческих действий и решений и изменяются под их влиянием. Однако это не означает, что все они сознательно спроектированы и их можно объяснить на основе человеческих потребностей, ожиданий или мотивов. Наоборот, даже те институты, которые возникают как результат сознательных и преднамеренных человеческих действий, оказываются, как правило, непрямыми, непреднамеренными и часто нежелательными побочными следствиями таких действий. Только немногие институты сознательно спроектированы, тогда как их абсолютное большинство просто "выросло" как неспроектированные результаты человеческих действий. /.../ Теперь мы можем добавить, что даже большинство тех немногих институтов, которые были сознательно и

---

<sup>54</sup> Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007. С. 91, 95, 99.

<sup>55</sup> Giddens A. The Consequences of Modernity. Stanford, 1990. P. 39–47.

успешно спроектированы (скажем, новый университет или профсоюз), никогда не функционируют в соответствии с планом их создания, и это обусловлено непреднамеренными социальными последствиями, которые неминуемо возникают в ходе их целенаправленного конструирования»<sup>56</sup>.

Ко всему прочему, ограниченность научных предсказаний обусловлена имманентностью непреднамеренных последствий у любого социального действия<sup>57</sup>, наличием дисфункций или латентных функций у любого социального института<sup>58</sup>, а также невозможностью однозначной квалификации социального действия как хорошего/плохого, полезного/вредного и т.д. Социальные явления и процессы не существуют вне (без) их интерпретации и обусловлены позицией наблюдателя. Поэтому их оценка исторически и социокультурно контекстуальна: зависит от обстоятельств места и времени, следовательно, релятивна<sup>59</sup>. Поэтому в глобальной перспективе невозможно дать однозначную оценку, например, научно-техническому процессу в плане его влияния на экологию. Как известно, Э. Дюркгейм<sup>60</sup> видел в преступности (девиантности) «позитивные» моменты.

В связи с вышеизложенным справедливым представляется пессимизм Л.И. Спиридонова и некоторых других юристов по поводу завышенных ожиданий в отношении возможности предсказательной функции юридической науки. «Люди, как бы высоко они сами не оценивали свою научно-техническую вооруженность, до сих пор по существу пользовались только одним методом, который в современной логике получил название "метод проб и ошибок"»<sup>61</sup>. При этом, как остроумно замечают Ю.Д. Блувштейн и А.В. Добрынин, «число ошибок очень близко к числу проб, что свидетельствует о крайней ненадежности этого метода»<sup>62</sup>. Поэтому даже в криминологии – науки с весьма развитым математическим аппаратом – считается, что наилучшим методом краткосрочного прогноза является экстраполяция<sup>63</sup>.

Вышеизложенное дает основание утверждать, что прогностическая

---

<sup>56</sup> Поппер К. Открытое общество и его враги. М., 1992. Т. 2. С. 111.

<sup>57</sup> См.: Лал Д. Непреднамеренные последствия. Влияние обеспеченности факторами производства, культуры и политики на долгосрочные экономические результаты. М., 2007.

<sup>58</sup> См.: Мертон Р. Социальная теория и социальная структура. М., 2006. С. 105–184.

<sup>59</sup> О зависимости социальных институтов от позиции наблюдателя, формирующего конститутивные нормы, а тем самым отчасти и сам институт см.: Searle J.R. The Reconstruction of Social Reality. N.Y., 1995. P. 24–33.

<sup>60</sup> По мнению Э. Дюркгейма, социальная патология необходима для поддержания целостности общества. Наличие девиации позволяет социуму собраться вместе и еще раз подтвердить свою не только социальную, но и моральную идентичность (Durheim E. The Division of Labor in Society. N.Y., 1947. P. 102).

<sup>61</sup> Спиридонов Л.И. Социология уголовного права. М., 1986. С. 84; Он же. Избранные произведения. СПб., 2002. С. 219.

<sup>62</sup> Блувштейн Ю.Д., Добрынин А.В. Основания криминологии. Опыт логико-философского исследования. Минск, 1990. С. 28.

<sup>63</sup> Там же. С. 33.

функция юридической науки, конечно, существует, но является ограниченной в связи с принципиальной неполнотой нашего знания о таком многогранном и постоянно изменчивом объекте, как право.

Функция *производства нового знания* является, пожалуй, самой парадоксальной с точки зрения постклассической методологии. Дело в том, что наука не может объяснить и рассчитать как, когда и почему произойдет новое научное открытие. Новое знание, если это действительно новое знание, никогда не является продолжением или экстраполяцией старого, существующего знания. Любое научное открытие принципиально неалгоритмизируемо: иначе все научные открытия были бы сделаны<sup>64</sup>. Поэтому контекст научного открытия со времен позитивизма отграничивают от контекста научного обоснования, а сегодня и от социального признания научного знания<sup>65</sup>. Однако можно и нужно исследовать факторы, стимулирующие работу «переднего края» науки, чем, собственно говоря, занимается социология знания<sup>66</sup>. Среди них важное место занимают такие социальные факторы как финансирование научных исследований, общественное признание, наличие институциональной инфраструктуры научных исследований, пропаганда результатов научной деятельности. К «внутриэпистемологическим» факторам следует отнести междисциплинарность<sup>67</sup>, а также метафоричный<sup>68</sup> и синтагматичный перенос знаний из одной области в другую – в данном случае – в юриспруденцию<sup>69</sup>. Это дает новый

---

<sup>64</sup> В этой связи отчасти справедливыми видятся замечания «эпистемологического анархиста» П. Фейерабенда, который полагает, что чем больше в науку будет привнесено «ненаучного», тем больше это будет стимулировать появление нового знания.

<sup>65</sup> В «Энциклопедии одаренности, креативности и таланта» (Encyclopedia of Giftedness. Creativity and Talent / Ed. by V. Kerr. Los Angeles, 2009. P. 200–201) говорится, что креативность включает в себя два аспекта. Во-первых, продукт творчества всегда оригинален, ему свойственна новизна, необычность, уникальность. Во-вторых, он не просто оригинален, но и действенен, эффективен, способен хорошо встроиться, найти свою когнитивную, культурную, социальную, рыночную нишу. Поэтому лишь немногим из творений суждено прижиться и получить признание и распространение в культуре, т.е. стать инновациями (Князева Е.Н. Предисловие // Эпистемология креативности / отв. ред. Е.Н. Князева. М., 2013. С. 4–5).

<sup>66</sup> Следует заметить, что социология науки и психология научного творчества не слишком продвинулись вперед в анализе научного творчества. А.П. Огурцов в этой связи заявляет: «Современная психология науки вообще и научного творчества в частности находится в кризисе» (Огурцов А.П. Междисциплинарные исследования творчества: итоги, поиски, перспективы // Философия науки: двадцатый век: Концепции и проблемы: В 3 ч. Часть вторая: Философия науки: Наука в социокультурной системе. СПб., 2011. С. 328).

<sup>67</sup> О том, как междисциплинарные исследования приводят к формированию инноваций, см.: Касавин И.Т. Социальная онтология, конструирование знания и междисциплинарные исследования // Онтологии артефактов. С. 166–174.

<sup>68</sup> Метафоре внутренне присущ эффект новизны, утверждает Д. Дэвидсон (Дэвидсон Д. Что означают метафоры // Теория метафоры. М., 1990. С. 179).

<sup>69</sup> «Философский дискурс, – пишет И.Т. Касавин, – требует теоретического воображения, позволяющего осуществлять нелогические, пробные, поисковые шаги, неочевидность и даже абсурдность которых иной раз бросается в глаза. Эпистемологическая

взгляд на старые проблемы, возможность увидеть их в новом свете. Во многом из такого «переноса» и рождается новое знание.

Путь к научному открытию, указывается в философии научного творчества, «начинается с обнаружения проблемной ситуации, проходит через ее формулировку и завершается разрешением этой ситуации». «Проблемная ситуация – это прежде всего познавательная ситуация, выражающаяся в невозможности объяснить имеющиеся факты в рамках существующего знания»<sup>70</sup>. Сложившееся на сегодняшний день значение термина «проблема» содержит, по мнению И.Т. Касавина, «указание на принадлежность к философской, метатеоретической, методологической рефлексии. Кроме этого, в проблеме неуничтожимо присутствует нормативный элемент, предписывающий определенную модель развития знания, в которой важное место отводится радикальному пересмотру фундаментальных теоретических допущений. И, наконец, под проблемой понимается вносимый в науку извне концептуальный инструмент, побуждающий ученых к более глубокому пониманию наличной познавательной ситуации»<sup>71</sup>.

По мнению Б.С. Грязнова, проблема – это такой вопрос, ответ на который может дать теория в целом, в отличие от задачи, для решения которой достаточно «части теории»<sup>72</sup>. И.Т. Касавин формулирует следующее определение проблемы (различая философские, научные, религиозные и повседневные по способу метатеоретической рефлексии, т.е. способу их анализа, используемому при этом концептуальному аппарату, методологическим подходам и отношению к определенной системе ценностей): это система из двух и более вопросительных суждений со строгой дизъюнкцией, содержащей исключают друг друга онтологические допущения. «Проблема фиксирует как раз дефект наличного знания (несоответствие между равно обоснованными тезисами, предпосылками и заключением, задачами исследования и его средствами, идеей и ее применением и т.п.). Тем самым проблема явно или неявно содержит знание весьма специфического, рефлексивного рода, знание, направленное на самого себя: это знание о знании, его сфере и границах»<sup>73</sup>. При этом «знание, содержащееся в проблеме, не может быть непосредственно увязано с практикой. Оно требует, скорее, определенных теоретико-познавательных процедур, позволяющих транс-

---

реконструкция предполагает сопоставление, казалось бы, несопоставимого – науки и мантики, техники и магии, политики и мифологии; повседневного и экстраординарного, банального и оригинального, профанного и сакрального, маргинальной сферы и сферы мейнстрима и т.д.» (Касавин И.Т. Текст. Дискурс. Контекст. Введение в социальную эпистемологию языка. М., 2008. С. 177).

<sup>70</sup> Котина С.В. Проблемная ситуация как аспект научного творчества // Природа научного открытия: философско-методологический анализ / отв. ред. В.С. Готт. М., 1986. С. 183–191.

<sup>71</sup> Касавин И.Т. Текст. Дискурс. Контекст. Введение в социальную эпистемологию языка. М., 2008. С. 176–177.

<sup>72</sup> Грязнов Б.С. Логика. Рациональность. Творчество. М., 1982. С. 114.

<sup>73</sup> Касавин И.Т. Текст. Дискурс. Контекст. Введение в социальную эпистемологию языка. М., 2008. С. 175–176.

формировать проблему в иной тип знания, например, в задачу, решение которой имеет отношение к реальности. Этому может служить введение новых методов исследования, переформулировка проблемы или критика ее оснований»<sup>74</sup>.

В социальных науках, в том числе, в юриспруденции, проблемная ситуация, из осмысления которой генерируются научные гипотезы<sup>75</sup>, могут относиться как к эпистемологическим, интрогенным проблемам, так и экстранаучным, экстрагенным<sup>76</sup>. Для формулирования как проблемной ситуации, так и научной гипотезы, требуется, по мнению А.А. Ивина, «парадоксальность мышления»<sup>77</sup>, которое в процессе социального признания превращается в "азбучную истину" и даже банальность. Подробнее о критериях научной новизны и ее оценки применительно к юриспруденции речь пойдет ниже. Сейчас же замечу, что научная новизна может быть фундаментальной, выходящей за рамки господствующей парадигмы (рассматриваемой расширительно – как общепринятые представления научного общества по тому или иному вопросу), так и "внутрипарадигмальной", уточняющей, вводящей новые дополнительные факты или аргументы в существующую концепцию, не подвергаемую сомнению. В то же время даже фундаментальная новизна не может быть "принципиально новой" – иначе она не будет воспринята научным сообществом. Ко всему прочему, научная инновация ограничена "сопротивлением вещей"<sup>78</sup> и контекстом социокультурной ситуации, включающей мировоззрение, потребности (представления о потребностях) и интересы основных социальных групп, статусом и ролью науки в данном социуме, в том числе, отношением к науке государства, включая ее финансирование, уровнем развития техники и технологии (т.е. возможностями использования научных инноваций на практике)<sup>79</sup>. Следовательно, новое знание – это всегда «разрыв» с существующим, при сохранении отдельных его сторон или аспектов<sup>80</sup>.

---

<sup>74</sup> Касавин И.Т. Текст. Дискурс. Контекст. Введение в социальную эпистемологию языка. М., 2008. С. 176.

<sup>75</sup> См. подробнее: Степин В.С. Становление теории как процесс открытия // Природа научного открытия: философско-методологический анализ / отв. ред. В.С. Готт. М., 1986. С. 130–144.

<sup>76</sup> Граница между ними всегда относительна: даже самая абстрактная научная проблема в социальных дисциплинах оказывает воздействие на социальную реальность.

<sup>77</sup> См. подробнее: Ивин А.А. «...И гений, парадоксов друг...» // Эпистемология креативности / отв. ред. Е.Н. Князева. М., 2013. С. 48–81.

<sup>78</sup> «Сопротивление вещей» – термин Р. Харре и Б. Латура. См.: Harre R. Social Being. 2nd end. Oxford, 1993; Latour B. When things strike back: a possible contribution of "science studies" to the social science // British Journal of Sociology. 2000. Vol. 51. № 1.

<sup>79</sup> См. подробнее: Столярова О.Е. Жизненный мир и баювые онтологические допущения: проблема генезиса // Онтологии артефактов: взаимодействие «естественных» и «искусственных» компонентов жизненного мира / под ред. О.Е. Столяровой. М., 2012. С. 113–161.

<sup>80</sup> «...творчество... предполагает работу с признанными кодами, укладами и теми ожиданиями, которые они генерируют. И действительно, большая часть творчества связана с объединением разнообразных слов, звуков, форм, цветов и жестов уже знакомым, лег-

**Критико-преобразовательная функция** юридической науки связана с принципиальной необходимостью изменений правовой реальности. Поэтому критическое отношение к действующему праву – чрезвычайно важное предприятие науки<sup>81</sup>. Только критический подход позволяет юридической науке занять позицию антидогматизма и перестать быть служанкой власти предрешающих. Поэтому призывы «вернуть догматические традиции из забвения»<sup>82</sup> равноценны комментаторству действующего законодательства без каких-либо попыток его оценки и предложений по совершенствованию. В то же время, несмотря на достаточную распространенность и популярность критической парадигмы в юриспруденции<sup>83</sup>, необходимо обратить внимание на методологические трудности ее реализации. Так, в связи с неустранимым теоретическим и методологическим плюрализмом в правоведении не может быть окончательного ответа на вопрос об оценке правовой реальности и единственно верного варианта ее преобразования. В связи с этим возникает необходимость в критике критики – рефлексии над собственными теоретическими изысканиями<sup>84</sup>.

Проблемы преобразовательной функции юридической науки связаны, прежде всего, с неопределенностью результативности воздействия права на общественные отношения. Во-первых, конечный результат правового (проявляющегося чаще всего как законодательного) воздействия, как и всякое социальное явление, является амбивалентным. Считать его положительным или отрицательным невозможно, так как одно всегда содержит

---

ко узнаваемым, но слегка другим способом» (Негус К., Пикеринг М. Креативность. Коммуникация и культурные ценности. Харьков, 2011. С. 136).

<sup>81</sup> В отечественной юридической науке, по замечанию А.Э. Жалинского, преобладает нарративная функция описания и комментирования действующего законодательства в ущерб критической (Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009. С. 143, 147–148 и след.). К. Осаке характеризует стиль научных трудов российской юриспруденции как нетворческое и некритическое описание и повторение действующего закона (глоссаторский стиль) (Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. М., 2000. С. 68).

<sup>82</sup> Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики: монография. М., 2012. С. 4. Никто не спорит, что юридическая догматика необходима для юридической практики и правового образования. Однако подменять юридическую науку догматикой недопустимо.

<sup>83</sup> К критической парадигме можно отнести коммуникативную теорию права, неомарксизм, школу критических правовых исследований, сторонников критического дискурса-анализа в праве, юридический постмодернизм П. Шлага, Г. Милза и др.

<sup>84</sup> В этой связи интересными представляются рассуждения Ю.Е. Пермякова: «...на этапе предварительной оценки научной концепции, т.е. еще до разговора о достоверности и обоснованности ее конкретных положений, критика представляет собой: 1) критику ценностных оснований (идеологическую борьбу в наукообразной форме), 2) критику философских оснований ради достижения онтологической достоверности научной теории, 3) критику прагматическую (поиск приемлемых политических решений с позиции частных интересов и социального целого) и 4) оценку научного результата на соответствие общим критериям научности» (Пермяков Ю.Е. Юриспруденция как строгая наука. С. 130–131).

другое и наоборот. Все дело в точке зрения, в системе координат, в которой оценивается этот результат: если правовая инновация, например, в области гражданского права, приводит к росту экономической активности, то она же, как правило, приводит к возрастанию экономической преступности; изменение социальной политики (которое невозможно без реформ законодательства социального обеспечения) может привести к увеличению деторождаемости, то есть положительному изменению демографической ситуации в стране, однако это же будет способствовать увеличению преступности, динамика которой четко коррелирует с ростом населения. Эта проблема дополняется непредвиденными и нежелательными последствиями (экстерналиями)<sup>85</sup>, которые сопровождают любое благое (считающееся таковым) начинание.

Во-вторых, определить влияние на тот или иной результат (например, снижение преступности) отдельного нормативно-правового акта практически невозможно. Право действует в системе, когда одни нормы дополняют другие. В то же время действует не закон как таковой, а люди в соответствии с законом или вопреки ему. Поэтому, например, эффективность нормативно-правового акта невозможно «оторвать» от эффективности деятельности системы правосудия, правоохранительных органов и т.д. (для охранительного законодательства). Так, например, при скоротечном протекании криминогенной ситуации можно пренебречь воздействием на конечный результат (состояние преступности, в данном случае) всех иных факторов, как это, допустим, произошло 13 июля 1977 года, когда ударом молнии в провода высокого напряжения было прервано электроснабжение Нью-Йорка на 25 часов. «В результате, – как пишет газета "Таймс", – десятки тысяч афроамериканцев и испаноговорящих подвергли шестнадцать привилегированных районов города разграблению»<sup>86</sup>. Ущерб, причиненный городу (он официально не публиковался, по неофициальным данным оставил более 1 миллиарда долларов) – и есть показатель (отрицательный, определяемый методом от противного, в данном случае) эффективности уголовного кодекса штата Нью-Йорк вместе с эффективностью деятельности полиции, судов и пенитенциарной системы. Отделить одно от другого (как и эффективность норм уголовного права от уголовно-процессуального права) невозможно. С другой стороны, как справедливо отмечает Я.И. Гишинский, «различные виды девиантности имеют общий генезис, взаимосвязаны между собой»<sup>87</sup>, взаимовлияют друг на друга, что проявляется в

---

<sup>85</sup> Проблема экстерналий состоит также в том, что индивидуально рациональное поведение (с точки зрения теории рационального выбора – эгоиста *homo economicus*'а), например, чрезмерный вылов рыбы, вырубка леса и т.п., может быть пагубным (Эльстер Ю. Указ. соч. С. 315).

<sup>86</sup> "Time". 1977. July 25. P. 12.

<sup>87</sup> Гишинский Я.И. Девиантология: социология преступности, наркотизма, проституции, самоубийств и других «отклонений». СПб., 2004. С. 53. В другой работе он пишет: «Преступность – лишь один из видов девиантности. Анализ всех криминологических теорий приводит к выводу: какие бы "причины" преступности не выдвигались, они

синергетическом эффекте – результате, вычленив из которого одну-единственную составляющую не представляется возможным. Это же касается и права, являющегося «моментом», стороной общества.

В-третьих, конечный результат обуславливают практически все социальные факторы и даже природные (влияние солнечной активности на совершение преступлений, а также климата на экономику – доказанные факты). Сторонники теории факторов (факторного анализа) в свое время попытались установить возможно более полный перечень обстоятельств, который влияет на отношение людей к уголовно-правовым нормам, и математически определить удельный вес каждого из этих условий в их воздействии на поведение человека. Однако после того, как один социолог включил в свой перечень 170 различных моментов, каждый из которых побуждает к совершению проступков, а критики начали упрекать его в неполноте представленного перечня, стало ясно, что создание полной номенклатуры факторов отклоняющегося поведения – занятие безнадежное<sup>88</sup>.

В-четвертых, все социальные взаимосвязи являются принципиально вероятностными, подверженными случайным (флуктуационным) воздействиям, так что конечный результат всегда отличается от спрогнозированного<sup>89</sup>.

В-пятых, любая эмпирическая проверка какого-либо закона, и даже серия проверок всегда вероятностны, ограничены, не удовлетворяют критерию объективности, что не исключает расхождения результатов; одновременно совершенно не ясно, сколько таких проверок-подтверждений должно быть проведено для признания результата репрезентативным.

В-шестых, и это представляется принципиально важным, возникает сомнение в адекватности объективного измерения социального мира, являющегося по определению субъективным – не миром вещей, а миром значений и смыслов. Поэтому все внешние факторы воздействуют на человека не прямо, а опосредованно, преломляясь (интериоризируясь) через мир значений, составляющих содержание правовой культуры общества, в личностный смысл и мотивацию.

Ко всему прочему (это можно считать в-седьмых), само по себе научное исследование и особенно его обнаружение влияет (порой искажает)

---

всегда являются одновременно и «причинами» пьянства и наркотизма, самоубийств и проституции, административных проступков и гражданско-правовых деликтов, а то и просто аморального поведения» (Гилинский Я.И. Криминология. Теория, история, эмпирическая база, социальный контроль: курс лекций. СПб., 2002. С. 156).

<sup>88</sup> См.: Спиридонов Л.И. Социология уголовного права // Избранные произведения: Философия и теория права. Социология уголовного права. Криминология. СПб., 2002. С. 250.

<sup>89</sup> «Уже биологические, а тем более социальные системы и протекающие в них процессы столь сложны, вероятностны, нелинейны, стохастичны, что выделить "причину – следствие" оказывается принципиально невозможно. /.../ Вообще случайность в современной науке играет неизмеримо большую объяснительную роль, нежели причинность, жесткая детерминированность», – пишет Я.И. Гилинский (Гилинский Я.И. Криминология. С. 155, 156).

изучаемую социальную реальность. Иногда это именуется «самоосуществляющимся пророчеством» – термином, введенным в оборот Р. Мертоном): когда крупные экономисты начинают активно предсказывать экономический кризис, связанный с банкротством банковской системы, это подталкивает клиентов банков срочно изымать вклады, а тем самым ускоряет их разорение<sup>90</sup>. Известно, что предварительные результаты опросов общественного мнения влияют на результаты голосования. К самоосуществляющемуся пророчеству близка теория «социальных ярлыков» И. Гоффмана, как один из вариантов объяснения преступности.

Другая проблема касается субъекта инновационной деятельности и неизбежного искажения научной информации (рекомендации) при ее применении на практике. Кто осуществляет процесс внедрения разработанного предложения: его автор или руководитель – задает вопрос Г.С. Батыгин. По его мнению, ученый предлагает вариант принятия решения, в котором произведена трансформация научной информации в прескриптивную (в управленческое решение), но само решение принимает и несет ответственность за его последствия руководитель<sup>91</sup>. Эту же проблему затрагивает и Л.И. Спиридонов: «...может показаться правильным признание необходимости или, во всяком случае, целесообразным, чтобы функция оценки (юридических феноменов – И.Ч.) была возложена на ученых – экономистов и социологов, а формулировка закона – на юристов. Несмотря на всю соблазнительность такого предложения, <...> оно нигде не было реализовано. Законы повсеместно формулировались и издавались профессиональными политиками (другое дело, что по сложившейся традиции значительная их часть имела и имеет высшее юридическое образование). Подобно тому как цены товаров определяются не учеными-экономистами в научных трактатах, а рынком в прејскурантах, общественная опасность поступка устанавливается в процессе социального управления и фиксируется в издаваемых юридических нормах его участниками – субъектами политической деятельности. Политика – концентрированное выражение экономики. К тому же действительная жизнь настолько разнообразна, что не укладывается в рамки по необходимости абстрактной теоретической схемы, и поэтому политический деятель адекватнее воспроизводит в правовых нормах требования класса, интересы которого он представляет на политической арене. Руководствуется он при этом не методами научного познания объекта, а тем социальным опытом, который накоплен в процессе социальной практики...»<sup>92</sup>.

Таким образом, принимаемое решение не выводится автоматически из собранных данных, а представляет собой трансформацию научной информации в практические средства, позволяющие удовлетворять соответст-

---

<sup>90</sup> См. подробнее: Карлсен Я.Э. Самоосуществляющееся пророчество // Теория и методы в социальных науках / под ред. С. Ларсена. М., 2004. С. 102–113.

<sup>91</sup> Батыгин Г.С. Указ. соч. С. 218–219.

<sup>92</sup> Спиридонов Л.И. Избранные произведения. С. 239.

вующие интересы. Схема процедуры внедрения инновации включает следующие этапы: формулировка принятых решений (инноваций); – экспериментальная их апробация; – прогноз возможных проблемных ситуаций; – организационный регламент нововведения; – внедрение<sup>93</sup>. Как видим, рациональный компонент принятия решения и его реализации<sup>94</sup> состоит в том, что принимаемое решение, насколько это возможно, вводится первоначально на ограниченной территории и корректируется в ходе тщательного наблюдения за его реализацией по принципу метода проб и ошибок. В отношении же внедрения теоретических нововведений абстрактного уровня, которые применяются на практике опосредованно, производится экспертный отбор со стороны научного сообщества, которое признает или не признает то или иное научное открытие в качестве такового. Благодаря такому признанию (например, со стороны ВАК РФ) новые понятия, классификации, подходы, точки зрения и т.д. вводятся в теоретическое правосознание.

Сравнительное правоведение (или юридическая компаративистика<sup>95</sup>) как научная дисциплина выполняет перечисленные выше функции. Кроме того, по мнению А.Д. Тихомирова, к функциям этой дисциплины следует отнести: «систематизации компаративного знания и его трансляции в другие науки, культуру, практику, образование; формирования идеалов и норм юридических компаративных научных исследований, специальной научной картины мира; обеспечения идеи идентификации ученых-компаративистов с научным сообществом и научной профессией; фиксации ценностей и норм функционирования научного сообщества, системы принятых поощрений и санкций; обеспечения передачи научных знаний и образцов других элементов науки новым поколениям через систему образования и специальные учебные дисциплины; подготовки, повышения квалификации научных кадров; информирования о состоянии разработанности научных знаний, наличии проблем с использованием различных форм научной коммуникации и другие»<sup>96</sup>. Эти функции воплощают задачи юридической компаративистики. Следует заметить, что до середины XX в. они сводились к сравнению почти исключительно законодательства «ведущих»

---

<sup>93</sup> Батыгин Г.С. Указ. соч. С. 228. При этом процесс принятия решения включает такие стадии, как: определение количества и качества информации, необходимой для принятия решения; сбор и переработка (систематизация) информации; создание информационных моделей; определение альтернатив решения задачи, достижения цели; выбор критерия для оценки альтернатив; оценка альтернатив; выбор одной из альтернатив и принятие соответствующего решения; корректировка решения в процессе его реализации (Там же. С. 247).

<sup>94</sup> Вариант решения проблемы представляет собой внелогическое выдвижение гипотез о возможном решении проблемы и выходит за рамки научной рациональности, – по утверждению Г.С. Батыгина (Там же. С. 234).

<sup>95</sup> А.Д. Тихомиров полагает, что современное сравнительное правоведение принципиально отличается от «классического» и поэтому его следует именовать по-другому – как юридическая компаративистика.

<sup>96</sup> Там же. С. 238–239.

(наиболее развитых) государств мира для реформирования нормативной правовой системы в том, в котором производилось заимствование (или перенос) правового материала. Поэтому по справедливому заявлению А.Х. Саидова эту дисциплину следовало бы именовать «Теорией сравнительного законодательства»<sup>97</sup>. В начале XXI в. «сравнительное правоведение выступает как систематизированное изучение зарубежных правовых систем, цель которого состоит в том, чтобы ответить на вопросы: "Что происходит на правовой карте современного мира?", "Каковы закономерности и направления развития современного права в целом и основных сосуществующих правовых систем, а также основополагающих правовых институтов?"»<sup>98</sup>.

В рамках структуры сравнительного правоведения как научной дисциплины, рассматриваемой с точки зрения структуры научного знания, можно выделить, условно говоря, общую часть и особенную. К первой следует отнести теоретико-методологические основания сравнительного правоведения, в том числе, предпосылки и основания необходимости сравнительных исследований (в первую очередь – процессы глобализации и мультикультуризации современного социума) и критерии сравнения (выделение объектов и параметров сравнения – основных правовых систем современности). К особенной части, которую А.Х. Саидов называет «юридическая география», относится материал сравнения правовых систем<sup>99</sup>. В.С. Нерсесянц считает, что «**общая часть** сравнительного правоведения включает в себя освещение проблем истории, теории, предмета и методологии сравнительного правоведения, места и роли сравнительного правоведения в системе юридической науки и высшего образования, актуальные научные задачи и основные направления сравнительно-правовых исследований отечественной системы права с учетом ее места (правовых свойств, характеристик, меры правовой развитости) на правовой карте мира, опыта, достижения и тенденций развития зарубежной юридической компаративистики.

К **особенной части** относится вся тематика конкретных сравнительно-правовых исследований различных правовых (государственно-правовых) явлений – от сравнительного (синхронного или диахронного) анализа отдельных норм отечественного или зарубежного права до сравнительно-правовых исследований всех основных прошлых и современных систем национального права, сравнительно-правового изучения отдельных отраслей права (например, сравнительно-правового исследования конституционного права, трудового права, частного права) и т.д.»<sup>100</sup>. В этой связи не-

---

<sup>97</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и социология права // Ценности и образы права: сб. науч. статей / отв. ред. В.Н. Кудрявцева, Ю.А. Тихомирова. М., 2007. С. 120.

<sup>98</sup> Там же.

<sup>99</sup> По его мнению, «сравнительное правоведение – это самостоятельная наука, которая, во-первых, разрабатывает теорию применения сравнительного метода, обобщает и систематизирует итоги его применения и, во-вторых, изучает основные правовые системы современности, т.е. юридическую географию мира» (Там же).

<sup>100</sup> Нерсесянц В.С. Сравнительное правоведение: либертарно-юридическая концепция //

обходимо заметить, что диахронное сравнение относится в большей степени к дисциплине «История права», а сравнение отдельных отраслей или институтов права – к соответствующим отраслевым юридическим дисциплинам. В то же время, если отечественная правовая система относится к одной из правовых систем современности, то ее специальное выделение – это в большей степени решение конкретного автора, нежели объективная необходимость.

Материал настоящего учебника структурирован на основе разграничения общей части и особенной.

## 1.2 Предмет сравнительного правоведения

Прежде чем вести речь о предмете сравнительного правоведения, необходимо определиться с тем, что такое предмет науки в целом и юридической, в частности, и каково его соотношение с объектом науки, в том числе, юриспруденции.

Объект науки – это то, на что направлена познавательная активность субъекта<sup>101</sup>. Объект как некая данность противостоит, внеположен субъекту и не зависит от его знаний, действий, намерений и т.п. Именно в этой независимости от субъекта заключено основное свойство объекта<sup>102</sup>. В то же время для социальных наук существует определенная сложность в определении их объекта. Таковой выступает социальная реальность, которая «по определению» связана с человеком – его поведением, мышлением, языком. Как провести в таком случае различие между объектом и субъективностью человека, сформулировать ее независимость от сознания, языка, деятельности людей? В парадигме социального конструктивизма социальная реальность образуется социальными представлениями, верой, вымыслами<sup>103</sup>. Так как социальная реальность есть «продукт человеческих действий», то к ней "не применим тезис о предсуществовании объекта познания по отношению к познающим субъектам, который лежит в основе религиозного и естественнонаучного знания. С точки зрения феноменологической социологии, любое знание в некотором смысле тождественно самому объекту: объект – это существующие на данный момент коллективные представления о нем"<sup>104</sup>. «Современные теоретики, – пишет С.С. Гусев, – не разделяют идею об абсолютном противопоставлении субъекта и объекта, обращая внимание на необходимость связывать утверждение о существовании какого-то объекта с указанием на конкретный комплекс "субъект-

---

Ежегодник сравнительного правоведения. 2001 год. М., 2002. С. 23.

<sup>101</sup> Лекторский В.А. Объект // Новая философская энциклопедия. Т. 3. М., 2010. С. 136.

<sup>102</sup> «Объект – предметная область (реальная или воображаемая), на которую направлены интерес и внимание человека» (Гусев С.С. Объект // Энциклопедия эпистемологии и философии науки. М., 2009. С. 642).

<sup>103</sup> На это обращает внимание В.Ф. Петренко: Петренко В.Ф. Многомерное сознание: психосемантическая парадигма. М., 2010. С. 166.

<sup>104</sup> Савельева И.М., Полетаев А.В. Знание о прошлом. М., 2003. Т. 2. С. 97.

но-объектных отношений"»<sup>105</sup>. Об этом же пишет и В.А. Лекторский: «Исторически объективный мир жестко противопоставлялся субъективному. Сегодня во многих случаях ясна невозможность такого противопоставления».

1. Существуют серьезные основания считать, что субъективное возникает как результат коммуникативных взаимодействий субъекта с другими субъектами. *Коммуникация*, предполагая участвующих в ней субъектов и тем самым относясь к субъективному, в то же время осуществляется в пространстве и времени, т.е. в объективном мире и с помощью определенных материальных, т.е. объективных средств (знаки языка, жесты, действия и т.д.). Такого рода объект иногда называют интер-субъективным.

2. Объект может быть независимым от индивидуального субъекта с его сознанием по существованию, но не по происхождению. Это относится к вещам, созданным субъектом, а также к детям.

3. Предметы *культуры* и воплощенные в них смыслы (включая орудия, инструменты, приборы, произведения архитектуры, художественные, научные, философские и иные тексты) существуют объективно, но в то же время предполагают индивидуальных субъектов с их субъективным миром и субъектов коллективных. Во-первых, потому что именно субъекты создают предметы культуры и их смыслы. Во-вторых, объективные смыслы, в том числе и те, которые пока никем не осознаются, могут существовать лишь постольку, поскольку имеются субъекты, способные их выявить, сделать собственным субъективным достоянием (поэтому неправ К. Поппер, допуская возможность существования объективного знания без познающего субъекта). В том случае, если такие субъекты по каким-то причинам не имеются (они погибли, забыли язык, на котором написаны тексты и т.д.), объект предметов культуры превращается в объект физических вещей, а их объективные смыслы утрачиваются»<sup>106</sup>.

На эту же проблему обращает внимание В.П. Руднев. С его точки зрения, реальность – это (1) совокупность всего, что существует; (1.1) совокупность всего, что существует независимо от (1.1) совокупность все (1.2) совокупность всего материального. Реальность противоположна вымышленному, не существующему. Однако «разграничить реальное и вымышленное по признаку существования оказывается очень трудно. И здесь можно говорить скорее о некоем "совокупном опыте" восприятия реального и вымышленного»<sup>107</sup>. Второй признак – независимость реальности от сознания. «Феноменологическому сознанию человека конца XX века трудно представить, что нечто может существовать помимо чьего-либо сознания (тогда кто же засвидетельствует, что это нечто существует?). /.../ Третье свойство реальности – это ее материальность. Представляется, что

<sup>105</sup> Гусев С.С. Объект // Энциклопедия эпистемологии и философии науки. М., 2009. С. 643.

<sup>106</sup> Лекторский В.А. Объективное // Энциклопедия эпистемологии и философии науки. М., 2009. С. 644.

<sup>107</sup> Руднев В.П. Реальность как ошибка. М., 2011. С. 11.

здесь все обстоит так же сложно, как и с независимостью от сознания. Думается, что невозможно представить себе как неоформленную незнаковую материю (так сказать, просто материю в чистом виде), так и нематериализованный каким-либо образом знак (план выражения для функционирования знака не менее важен, чем план содержания)<sup>108</sup>. По мнению известного лингвиста, *«реальность есть не что иное, как знаковая система, состоящая из множества знаковых систем разного порядка, то есть настолько сложная знаковая система, что ее средние пользователи воспринимают ее как незнаковую»*<sup>109</sup>. Действительно, вне сознания и языка невозможно полагать, что что-то (какой-либо объект) реально существует. Поэтому социальная реальность есть, прежде всего, господствующие в данном социуме, в определенной культуре социальные представления о мире, структуру которых образуют «информация об объекте», существующая в знаковой форме, «поле представления» и «аттитюд» как общая ориентация по отношению к объекту социального представления<sup>110</sup>. Но это не означает субъективного произвола в содержании социальной реальности. Социальные представления объективны в том смысле, что не зависят от знаний, воли, желаний, поведения отдельно взятых людей, хотя обусловлены волей, желанием, поведением человечества<sup>111</sup>. Социальные представления, в свою очередь, репрезентируют (можно сказать моделируют, конструируют) практики людей, в том числе, предметные и их результаты, воплощающиеся в материальных и ментальных объектах. Таким образом, *социальную реальность образуют люди (человечество), их социальные представления и практики*<sup>112</sup>.

*Объектом юридической науки выступает право как социальное явление, или правовая реальность, т.е. люди, конструирующие господствующие сегодня социальные представления о праве*<sup>113</sup>, *включая знаковое их воплощение в законодательстве и других формах нормативности права, и их реализацию в юридически значимых практиках.* При этом знаковая форма социальных представлений взаимодополняет юридические практики: последние существуют только тогда, когда о них известно, а это возможно только если они опосредованы знаковой формой, за-

---

<sup>108</sup> Руднев В.П. Реальность как ошибка. М., 2011. С. 10–11.

<sup>109</sup> Там же. С. 12.

<sup>110</sup> Moscovici S. La psychanalyse son image et son public. Paris, 1976. P. 69.

<sup>111</sup> Наши знания о реальности всегда ограничены. Ю.М. Лотман писал, что знать, что такое реальность – это значит, во-первых, «знать, как она устроена, во-вторых, знать, чему она служит, в-третьих, знать, что с ней будет в будущем. Ни на один из этих вопросов относительно жизни мы ответить не можем» (Лотман Ю.М., Цивьян Ю.Г. Диалог с экраном. Таллинн, 1994. С. 7).

<sup>112</sup> Практики всегда опосредованы предметами деятельности и объективируются в результатах.

<sup>113</sup> Г.В. Мальцев утверждает, что «почти все политико-правовые категории и институты, начиная с понятий права и государства, относятся к такого рода идеальным предметам, создаваемым нашим сознанием в результате интенсивной "работы чувств" и представлений» (Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007. С. 130–131).

дающей значения и смыслы<sup>114</sup>.

Объект науки – это «первое приближение» к изучаемому, очерчивание того, что предполагается исследовать, «смутный образ» того, на что направляется познавательный интерес. *Предмет же науки – это систематическое, основанное на современных методах<sup>115</sup>, задаваемое потребностями и интересами субъекта, познание, в результате которого конструируется образ объекта.* Выбор объекта исследования, который превращается по ходу научного познания в предмет науки, обусловлен господствующей картиной мира, формулированием научной проблемы, опосредованной «социальным заказом», идеологическими и научными пристрастиями субъекта. Собственно, эти же (и другие) факторы влияют на конструирование предмета науки.

В классическом науковедении из идеи репрезентатизма и корреспондентской теории истины, сформулированной А. Тарским<sup>116</sup>, вытекает имеющее мифо-религиозную основу<sup>117</sup> представление о том, что предмет науки образуют объективные законы бытия (соответствующей формы материи). Однако с позиций постклассической эпистемологии, которая ставит под сомнение эти исходные постулаты классического науковедения, *предмет науки* следует рассматривать как *рефлексивное отношение субъекта и объекта, включенное в процесс интересубъективной коммуникации.* Предмет науки, следовательно, это не сама по себе объективная реальность (в таком случае предмет науки не отличим от объекта), и даже не ее рефлексивный образ<sup>118</sup>, а гносеологическое отношение познания (вос-

---

<sup>114</sup> Поэтому следует согласиться с изложенным выше тезисом В.П. Руднева, что реальность существует как система знаков. Вне знакового опосредования невозможно утверждать о чем-то, что оно существует.

<sup>115</sup> В.Ф. Петренко настаивает на том, что «предмет науки как идеальная модель задается методами (естественно, различными для указанных подходов) и специфическим языком описания, многие понятия которых операциональны, т.е. в свернутой форме содержат процедуру построения» (Петренко В.Ф. Многомерное сознание: психосемантическая парадигма. М., 2010. С. 92).

<sup>116</sup> См. подробнее: Никифоров А.Л. Понятие истины в теории познания // Понятие истины в социогуманитарном познании / отв. ред. А.Л. Никифоров. М., 2008. С. 5–29.

<sup>117</sup> Имеется в виду принимаемая на веру античная и христианская идея о том, что мир устроен разумно, гармонично.

<sup>118</sup> Одним из первых на это, казалось бы, очевидное различие объекта и предмета применительно к теории права обратил внимание В.А. Козлов (Козлов В.А. Проблемы предмета и методологии общей теории права. Л., 1989). Так же, в общем и целом, решают данную проблему В.С. Нерсесянц и Н.Н. Тарасов. Первый проводит различие между тем, что еще предстоит познать (объект науки) и познанными сущностными свойствами объектами (предмет науки). См.: Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998. С. 58. По мнению Н.Н. Тарасова, «Обращаясь к познанию законов мира, наука с помощью своих познавательных средств "выделяет" в данной картине мира некоторый фрагмент (объект науки) в процессе исследования которого и формируется теоретическая модель данного фрагмента реальности – предмет науки». См.: Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001. С. 156. Однако большинство теоретиков права про-

приятия, описания, объяснения, интерпретации и, насколько это возможно, предсказание) субъектом выделяемой из объекта его определенной части (стороны, аспекта) с последующей практической деятельностью по его использованию. Предмет юриспруденции (как науки) – это та сторона или момент объекта, который попадает в поле зрения субъекта познания в силу обстоятельств, о которых будет сказано ниже<sup>119</sup>.

Таким образом, предмет науки вообще, и юриспруденции в частности, определяется как объектом (в нашем случае – спецификой правовой реальности), так и субъектом (факторами, с субъектом связанными)<sup>120</sup>. Рассмотрим эти *факторы, определяющие предмет юридической науки*, подробнее.

Прежде всего, предмет юриспруденции зависит собственно от того, что изучается. Очевидно, что изучать правовую реальность – это одно, а звезды на небе – несколько иное. Однако образ права формируется «позднее» (после его описания, объяснения и интерпретации) и на основе тех обстоятельств, которые были обозначены как субъективные (относящиеся к субъекту, а не к креативной воле субъекта)<sup>121</sup>.

Предмет юридической науки, далее, зависит от уровня накопленных знаний, связанного с историей соответствующего общества. Очевидно, что по мере «взросления»<sup>122</sup> социума представления о праве изменяются в сторону их уточнения<sup>123</sup>. При этом изменяется акцент субъекта познания на те или иные стороны объекта в силу их актуальности для данного социокультурного контекста – соответствующего общества. Смена актуализации той

---

должают отождествлять предмет науки с закономерностями объекта. См. дискуссию по этому вопросу между Ю.И. Гревцовым и А.В. Поляковым: Коммуникативная концепция права: вопросы теории. Обсуждение монографии А.В. Полякова. СПб., 2003. С. 25, 102–103.

<sup>119</sup> Собственно так же определяет соотношение объекта и предмета общей теории права (а по большому счету – и всей юриспруденции) А.В. Поляков: «Объект науки – то, на что направлена познавательная деятельность. Предмет науки – совокупность знаний об объекте, заданных специфическим ракурсом его рассмотрения. ... **Предмет науки** можно охарактеризовать как результат тематизированной рефлексии об **объекте** науки, получивший текстуальную форму выражения» (Поляков А.В. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход. Курс лекций. 2-е изд., доп. СПб., 2003. С. 18).

<sup>120</sup> То, что познание (как процесс, так и результат) зависит от социокультурных и исторических, а также психологических факторов, считается доказанным в социологии знания и социальной психологии науки (и когнитивной психологии).

<sup>121</sup> О том, как возникают представления о праве, требуется специальный разговор. Сейчас же заметим, что они формируются субъектом (на основе его креативной воли), но к ней не сводятся, так как становятся социальными представлениями на основе процессов объективации и реификации.

<sup>122</sup> Термин «взросление» общества в эпоху постмодерна представляется более убедительным, чем традиционное слово «развитие» вследствие отсутствия на сегодняшний день общепризнанных критериев такового.

<sup>123</sup> В силу некумулятивности науки говорить о росте знаний достаточно проблематично. Более того, по мере накопления знаний (расширения, предположим, границ предмета науки) расширяется и граница непознанного.

или иной стороны объекта обусловлена как объективными обстоятельствами (спецификой состояния общества), так и сменой доминант (универсалий, по терминологии В.С. Степина, или эпистем, если следовать словарю М. Фуко) культуры – господствующих в данное время в данной цивилизации представлений о мире, человеке в нем и т.д. Так, например, эпистема Нового времени (эпохи Просвещения) определила юснатуралистическое представление в праве и, соответственно, предмет юридической науки. Позитивистская эпистема – это ориентация на внешние признаки права, вследствие чего изменяются и границы предмета юридической науки.

Предмет юридической науки исторически изменчив и обусловлен соответствующей исторической эпохой. Несмотря на сохраняющиеся юридические понятия и конструкции, образующие содержание юридической догматики и соответствующую традицию, «ремесло юристов», «способ юридического мышления»<sup>124</sup>, сформированные в эпоху средневековья, каждая эпоха их переформулирует и адаптирует к изменяющемуся историческому контексту. А.М. Михайлов правильно пишет: «Не требует особых доказательств утверждение *ex nihilo nihil* – ни одна идея, концепция, конструкция не рождается из вакуума, из абсолютного небытия. "Новые идеи, – писал Л. фон Мизес, – не возникают из идеологического вакуума. Они порождаются существующей идеологической структурой; они являются реакцией разума человека на идеи, разработанные его предшественниками". Все юридические гипотезы, аргументы и выводы формируются в определенном историкокультурном и профессиональном контексте – путем интегрирования частных или сугубо профильных теорий в более общую, комплексную, помещения их в более широкий контекст, при помощи количественного дополнения и качественной корректировки предшествующих теорий, через отрицание их базовых положений и предложения собственных гипотез, аргументов и выводов. /.../ Для правоведения время тоже "кожа, а не платье"; ни один профессиональный юрист не в состоянии отринуть те структуры, которые определяют его мышление и которые сформировались благодаря незримой корпоративной традиции»<sup>125</sup>. Об этом же писал в начале XX в. Г. Радбрух: «Каждая новая эпоха лишает факты, относящиеся к ценности прошлой эпохи, их существенности, и наоборот, выдвигает на первый план факты до сих пор малозначимые с точки зрения их отношения к ценности. Например, в каждую эпоху меняется разграничение между исторически значимыми и просто устаревшими фактами. Каждая эпоха переписывает историю по-новому. И поэтому нет ничего удивительного также и в том, что каждая эпоха должна заново создавать свою науку права»<sup>126</sup>.

Принципиальное значение для определения предмета юриспруденции

---

<sup>124</sup> О догматической юриспруденции см.: Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012; Тарасов Н.Н. Методологический проблемы юридической науки. Екатеринбург. 2001. С. 244 и след.

<sup>125</sup> Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012. С. 5–6.

<sup>126</sup> Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 139.

играет тип цивилизации, в которой существует эта дисциплина и к которой принадлежит субъект, его конструирующий. Разные типы цивилизаций обуславливают различные образы правовой реальности<sup>127</sup> и отличающиеся друг от друга правовые системы. В результате предмет юридической науки (как и ее существование) получает специфическое именно для данной культуры – цивилизации характерные черты. Несмотря на процессы глобализации, культурные различия продолжают (а может быть, и усиливают) оказывать определяющее воздействие на научную деятельность и ее предмет<sup>128</sup>. Это доказывается тем несомненным фактом, что наука не может существовать вне научного сообщества. А последнее является носителем специфических культурных особенностей соответствующего социума. Это же касается и специфики социальной стратификации данного общества, того места, которое в нем занимает наука (и юриспруденция в частности). В социальной психологии доказано, что классовая принадлежность во многом обуславливает специфику восприятия любого социального явления<sup>129</sup>, в том числе, и права. Вышеизложенное необходимо отличать от

---

<sup>127</sup> Несомненный интерес в этой связи представляют исследования Ю.М. Лотмана, Б.А. Успенского и Ю.С. Степанова, в которых показывается специфика русской культуры и ее отличия от западной культуры, прежде всего, в восприятии социально-политических явлений (Лотман Ю.М., Успенский Б.А. Роль дуальных моделей в динамике русской культуры (до конца XVIII века) // Успенский Б.А. Избранные труды. Т. 1. М., 1996; Степанов Ю.С. Константы. Словарь русской культуры. Опыт исследования. М., 1997). Небезынтересным является также российско-французское исследование восприятия образа права: Курильски-Ожвен Ш., Арутюнян М.Ю., Здравомыслова О.М. Образы права в России и Франции. М., 1996; Арутюнян М., Здравомыслова О., Курильски-Ожвен Ш. Образ и опыт права. Правовая социализация в изменяющейся России. М., 2008. См. также: Правовая культура современного российского общества // Материалы научно-практической конференции, посвященной 55-летию общества «Знание» (31 января 2002 г.). СПб., 2002; Место российской правовой системы среди правовых систем современности // Труды теоретического семинара юридического факультета СПб ИВЭСЭП / под ред. И.Л. Честнова. Вып. 6. Ч. 1–2. СПб., 2003. В то же время сторонники юридического либертаризма утверждают, что существует только одна правовая реальность и, соответственно, правовая культура как универсальные явления, а все иные типы реальностей и культур являются «неправовыми». В этом утверждении имплицитно (а у некоторых сторонников этой парадигмы – эксплицитно) содержится европоцентристская установка.

<sup>128</sup> На том, что именно культурные различия, вытекающие из религиозных оснований, являются определяющими в XXI веке, настаивает сегодня один из основоположников теории модернизации С. Хантингтон (Huntington S.P. *The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*. N.Y., 1996).

<sup>129</sup> Так, например, в серии ставших знаменитыми экспериментов Дж. Брунера показано, что дети из разных социальных групп по-разному воспринимают размер монет одного достоинства (менее обеспеченные явно его переоценивают) (Брунер Дж. Психология познания. М., 1977). В социальной психологии также доказано, что люди с более низким социально-экономическим статусом отличаются более низким локусом контроля: склонны относить происходящее с ними на счет причин внешнего порядка и что внешние обстоятельства определяют судьбу человека, а не он сам (Gurin P., Gurin G, Morrison B.M. *Personal and ideological aspects of internal and external control* // *Social Psychology*. № 41. P. 275–296).

вульгарного социологизма, коим страдают наиболее радикальные концепции социологии знания. Социальный контекст, несомненно, оказывает значительное влияние как на отдельного представителя научного сообщества, так и на всю совокупность ученых. Однако это воздействие не прямое, а опосредованное, в частности, существующими ценностями и нормами науки, ее внутренней структурой, категориальным аппаратом и др., преломляющими и адаптирующими социокультурное воздействие. В то же время нельзя не обращать внимание и на процесс трансляции и даже переноса и заимствования научных знаний, как в исторической ретроспективе, так и в кросс-культурном аспекте (речь идет о навязывании образцов науки, в том числе юридической, Западом всем остальным регионам мира). В любом случае отрицать влияние социокультурного контекста на формирование предмета теории права (юриспруденции) невозможно, как и не следует его переоценивать, считать, что он прямо и непосредственно его (предмет) определяет<sup>130</sup>.

На предмет юриспруденции влияет также отношение социума к данной дисциплине, выражающееся как в применимости соответствующих знаний на практике, так и в институционализации этой дисциплины. Важным показателем востребованности научной дисциплины в этой связи выступает ее престиж в общественном сознании и как следствие – ее выбор абитуриентами и процесс образования. Парадоксальным образом возникновение юридической науки самым непосредственным образом было связано с преподаванием римского права в первых средневековых университетах<sup>131</sup>, что свидетельствовало о востребованности юридических знаний.

Необходимо обратить внимание и на зависимость предмета науки (а, следовательно, и юридической) от господствующих социальных и научных представлений, существующих в данном обществе. Эта зависимость прекрасно показана представителями школы П. Бурдьё, продемонстрировавших, что даже статистика, казалось бы, неангажированная наука, оперирующая «объективными» данными, является «ставкой в борьбе за символическое доминирование». Выбор объекта социологического исследования, способ классификации явлений внешнего мира и их номинации всегда избирательны и зависят от позиции субъекта в поле символического капитала<sup>132</sup>. Тем самым очевидно влияние идеологии<sup>133</sup> и политики в области права (правовой политики) на формирование предмета юриспруденции.

---

<sup>130</sup> Следует заметить, что проблема социокультурной детерминации научного познания, несмотря на многочисленные публикации, далека от разрешения.

<sup>131</sup> См. подробнее: Берман Г. Западная традиция права. Эпоха формирования. М., 1994; Честнов И.Л. Общество и юриспруденция на исходе второго тысячелетия. СПб., 1999. Глава 1.

<sup>132</sup> Так, например, от того, каков официальный возраст выхода на пенсию, подсчитывается количество пенсионеров. То же самое касается уголовной статистики: она напрямую зависит от того, что закон объявляет преступным. См. Ленуар Р., Мерлье Д., Пэнто Л., Шампань П. Начала практической социологии. М.; СПб., 2001.

<sup>133</sup> См. подробнее: Радбрух Г. Указ. соч. С. 74–86.

Философия политики изучает, а тем самым во многом определяют границы юридикации социума – пределы правового регулирования – на основе государственной идеологии<sup>134</sup>.

Предмет юриспруденции зависит и от того, какой тип правопонимания господствует в данную эпоху, в данной культуре и в данном научном сообществе<sup>135</sup>. Представитель юснатурализма основной акцент будет делать на природу человека или принципы морали, обуславливающие вечные и неотчуждаемые права личности; сторонник позитивизма – на внешние формы права; социолог права – на влияние общества на право и права на общество. Между этими подходами к определению предмета юриспруденции, несомненно, существуют точки соприкосновения. Все они, например, не могут не включать в предмет этой дисциплины нормы права. Однако воспринимаются нормы права сторонниками различных концепций правопонимания по-разному: как «природа человека», статья нормативно-правового акта или обычай.

Таким образом, вышеизложенное позволяет сформулировать промежуточный вывод: *предмет юридической науки не является заданным, но конструируется*<sup>136</sup> *субъектом в рамках объекта*. Определение предмета науки – это активная деятельность субъекта, но отнюдь не произвольная: она обусловлена как объектом, так и историческим и социокультурным контекстом, о котором речь шла выше.

После рассмотрения контекста предмета юриспруденции необходимо обратиться к анализу субъекта, конструирующего предмет. Проблема субъекта социальной (и правовой) реальности и ее познания актуализируется в конце 60-х гг. XX в. в постструктурализме, а затем в постмодернизме и связывается с утратой субъектом социокультурной идентичности. В 1968 г. Р. Барт провозгласил «смерть субъекта (автора текста)»<sup>137</sup>, а в 1969 г. эту же мысль развил М. Фуко<sup>138</sup>. Постструктуралисты и постмодернисты показывают, что субъект обусловлен (жестко детерминирован) социокультурной и исторической ситуацией, за пределы которой ему не вырваться.

---

<sup>134</sup> См. подробнее: Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010.

<sup>135</sup> О связи правопонимания и эпистемологической проблематики см.: Поляков А.В. Общая теория права. 1-е изд. С. 14–108.

<sup>136</sup> Характеристика и содержание социального конструирования применительно к правовой реальности будут даны ниже.

<sup>137</sup> «Кто говорит посредством письма: конкретный человек, писатель, исповедующий определенные представления, или общечеловеческая мудрость? Узнать нам это никогда не удастся, – утверждает Р. Барт, по той причине, что в письме как раз и уничтожается всякое понятие о голосе, об источнике» (Барт Р. Смерть автора // Барт Р. Избранные работы: Семиотика: Поэтика. М., 1989. С. 384).

<sup>138</sup> Суть знаменитого выступления М. Фуко в Коллеж де Франс не в заявлении, что автора не существует, а в том, что в современной тематике, проявляющейся как в произведениях, так и в критике, автор «стирается» в пользу форм, свойственных дискурсу (Фуко М. Что такое автор? // Фуко М. Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности. Работы разных лет. М., 1996. С. 7–47).

Насилие структуры над субъектом – главный мотив исследований Р. Барта, Ж. Делеза, М. Фуко и других основоположников постмодернизма<sup>139</sup>.

Вышесказанное имеет самое непосредственное отношение к юриспруденции: кто создает и познает право, кто ответствен за последствия того и другого? Насколько депутаты Государственной Думы являются действительными авторами познанной необходимости в законотворчестве и ее реализации в нормативно-правовом акте? Насколько произволен судья в принятии судебного прецедента? По мнению Ю. Батлер, автономность субъекта – иллюзия, так как он является продуктом социальности<sup>140</sup>. Эту же мысль несколько иначе выразил Л.И. Спиридонов в работе «Социология уголовного права»<sup>141</sup>. Общественные отношения, по его мнению, определяют социальную обусловленность уголовного права, как и всего правового порядка, и, следовательно, любого социально-значимого поступка каждого отдельного индивида и, в конечном счете, даже его биографические особенности. Это не означает, что индивид «запрограммирован» ими на конкретные поступки. Они (господствующий тип социальных связей) определяют рамки поведения, выйти за которые индивид не может (как нельзя быть тем, статус кого еще не возник), но можно выбирать из практически неисчислимого множества вариантов внутри данных рамок. Свобода воли существует только внутри этих рамок. Изменить их отдельному человеку, даже харизматическому лидеру, не под силу.

Субъект права и его познания, конструирующий предмет юриспруденции, внутренне диалогичен. Диалогичность субъекта состоит не просто в его противоречивости, но в постоянном воспроизведении им взаимообусловленности и взаимного перехода противоположных его моментов, сторон. Главной характеристикой так понимаемого субъекта выступает диалог индивидуального и общественного, являющийся главным противоречием социального мира. М.М. Бахтин выразил это термином «полифонич-

---

<sup>139</sup> Сегодня произошло обезличивание письма и, как следствие, язык встает на место автора. Сам же текст – это многомерное пространство, сотканное из цитат, отсылающих к многочисленным источникам (Барт Р. Указ. соч. С. 388). Эту же идею выразила в концепции интертекста Ю. Кристева (Кристева Ю. Избр. труды: разрушение поэтики. М., 2004).

<sup>140</sup> Butler J. Contingent Foundations: Feminism and the Question of Postmodernism // *Feminists Theorize the Political* / Ed. by J. Butler, J. Scott. N.Y., 1992. P. 15. Ю.Е. Пермяков по этому поводу замечает: «У правового мышления и языка нет ни собственника, ни автора...» (Пермяков Ю.Е. Юриспруденция как строгая наука // Юриспруденция в поисках идентичности: сборник статей, переводов, рефератов / под ред. С.Н. Касаткина. Самара, 2010. С. 154–155).

<sup>141</sup> Спиридонов Л.И. Социология уголовного права. М., 1986. В последней, оставшейся неопубликованной при жизни, работе под условным названием «Философия права» Л.И. Спиридонов пишет: «Проблема «единицы» в изучении того или иного предмета: общество изучает человека или человек изучает общество; человек овладевает языком, или язык овладевает человеком; человек овладевает правом, или право овладевает человеком?» // Спиридонов Л.И. Избранные произведения. С. 25 (см. комментарий с. 33–34).

ность» (многоголосие субъекта), включающий, как минимум, два «голоса» – личности и общества. Напряжение (диалог) между ними является основанием нетождественности индивида самому себе<sup>142</sup>, и, добавим от себя, трансцендентности – выхода за собственные (обусловленные социумом) рамки.

Эта диалогичность раскрывается Л.И. Спиридоновым применительно к диалектике индивидуального и общественного правосознания<sup>143</sup>. В процессе индивидуальной социализации общественное правосознание – господствующие идеи и представления – доминируют над индивидуальным, формируя его. После завершения правовой социализации, когда правосознание, принадлежащее выдающимся мыслителям, религиозным, политическим деятелям сформировалось, оно «опережает» общепринятые концепции и представления, если в них вносится нечто новое. Внесение правовой инновации и есть проявление процесса трансцендирования субъекта правотворчества. Таким образом, автономность субъекта познания права состоит в его «опережающей рефлексивности» по отношению к господствующей точке зрения.

В общем и целом, можно утверждать, что субъект, конструирующий предмет юриспруденции, – это диалог конкретного исследователя с опытом человечества и научного сообщества данного социума, интериоризируемый в его индивидуальном сознании. В то же время конструирование предмета производит не отдельный, пусть даже гениальный, мыслитель. Он вырабатывает инновацию по поводу рамок предмета. Будет ли принята его инновация – зависит от множества факторов, и прежде всего, от реакции научного сообщества и научной политики государства. На этот процесс влияют опыт других государств, экономическая ситуация в стране, культурные традиции и т.д. Тем самым, вышеназванные воображаемые сообщества в персонифицированном облике (эксперты УМО и ВАКа, чиновники министерств и ведомств и т.п.) также являются субъектом, определяющим предмет юридической науки. Персональный же человек интериоризирует эти внешние факторы, выступая, в определенном смысле, интертекстом относительно полифонии этих внешних «голосов» (по терминологии М.М. Бахтина).

Каково *содержание предмета юридической науки*, теоретической ча-

---

<sup>142</sup> «Я... становлюсь самим собою, только раскрывая себя для другого, через другого и с помощью другого» (Бахтин М.М. Эстетика словесного творчества. М., 1979. С. 311). (Об интерпретации этой идеи М.М. Бахтина см.: Махлин В.Л. «Из революции выходящий»: Программа // Бахтинский сборник. Вып. 3. М., 1997. С. 199 и след.) При этом другой – это не просто второй субъект общения, а вообще внешняя социальная реальность, которая обращается к «Я» с определенными императивными требованиями и вынуждает адекватным образом реагировать на него, преобразуя в то же время самого себя. Так понимает «другого» (Ты) О. Розеншток-Хюсси (Розеншток-Хюсси О. Речь и действительность. М., 1994. С. 55 и след.).

<sup>143</sup> Спиридонов Л.И. Теория государства и права. Курс лекций. СПб., 1995. С. 122–124.

стью которой выступает теория права<sup>144</sup>, определяющей границы юридического, в том числе и предмета юриспруденции? Классическое науковедение, как уже отмечалось, одно из главных отличий науки от «ненаучных» форм знаний видит в том, что именно наука изучает закономерности соответствующего объекта. Другими словами, предмет науки, с этой точки зрения, образуют закономерности, изучаемые наукой. Поэтому предмет юриспруденции образуют закономерности возникновения, развития и функционирования правовых явлений. При этом закономерность (или закон) – это связь сущностей явлений, процессов, порядок или последовательность их возникновения, изменения и развития, действующие при определенных условиях<sup>145</sup>.

По поводу приведенной точки зрения следует заметить, во-первых, что предмет юридической науки образуют не сами по себе, допустим, закономерности, но *знания, представления о них субъекта*. Не случайно В.М. Сырых говорит о «познанных закономерностях», утверждая далее, что структуру правовой науки образует не юридическая практика, а знания<sup>146</sup>. Во-вторых, большинство сложных систем (а право, несомненно, относится к числу таковых) являются диссипативными<sup>147</sup>, то есть, открытыми (постоянно обменивающимися веществом и энергией со средой), неравновесными (характеризующимися неустойчивой внутренней структурой) и нели-

---

<sup>144</sup> Именно так определяет теорию права У. Твайнинг: «Теория права, как теоретическая часть правоведения, в качестве самостоятельной научной дисциплины имеет определенный набор заданий или функций, которые позволяют обеспечивать научное «здоровье» науки о праве» (Твайнинг У. Общая теория права // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. СПб., 2011. С. 235).

<sup>145</sup> Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 1. Элементный состав. М., 2000. С. 49. Ниже он (что весьма симптоматично) указывает не только на условность законов, но и на их вероятностный, статистический характер (С. 53). При этом в предмет общей теории права, по мнению В.М. Сырых, входят закономерные связи права с неправовыми явлениями (С. 63). См. также: «... объект теории государства и права как основа, начальный пункт научного познания должен включать не только политико-правовые феномены (государство, право, правоотношения, правонарушения), но и конкретно-исторические условия их существования. Особое внимание следует уделять реальному поведению индивидов и иных субъектов права, направленному на реализацию норм права в конкретных правоотношениях, а также правовой психологии граждан, должностных лиц, их оценкам действующего права, деятельности государственных органов и мотивам правомерного или противоправного поведения. Именно в этих реальных процессах определяется способность действующего права быть эффективным регулятором общественных отношений, равно как и способность государства обеспечивать эффективное управление делами общества» (Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М., 2012. С. 37). И далее: «...все законы природы, подобно социальным законам, действуют при наличии строго определенных условий. /.../ Социальные законы не действуют с математической точностью, как законы физики или химии, а проявляются в виде тенденции, предрасположенности определенных событий, явлений, процессов к определенному результату. Такой результат в каждом отдельном случае может быть, а может и не быть» (Там же. С. 432–433).

<sup>146</sup> Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 1. С. 296.

<sup>147</sup> «Диссипация» – рассеяние вещества и энергии.

нейными (способными к самоорганизации). Устойчивое состояние в таких системах образуется из синтеза порядка и хаоса, которые не могут существовать один без другого, так как являются условиями существования друг друга<sup>148</sup>. Такие системы можно представить также в виде аутопойетических<sup>149</sup>, характеризующихся постоянным самосозиданием, осуществляющимся в процессе коммуникации. В них нет заранее predetermined единства и иерархичности (ее элементы – не атомы, а события – не объединены в фундаментальную целостность)<sup>150</sup>. Идеи аутопойезиса использовал в своих исследованиях Н. Луман. В частности, его знаменитое определение права как «продолжение коммуникации другими способами» свидетельствует о том, что задача права состоит в редуцировании до минимума сложности (контингентности) перенасыщенного возможностями мира через разрешение конфликтов<sup>151</sup>. Все это свидетельствует о том, что признание существования законов (по крайней мере, в их классическом варианте), наиболее важным из которых является причинно-следственная зависимость, сегодня достаточно проблематично. Н.Н. Моисеев в этой связи пишет, что закон причинности «нельзя доказать логически и вывести из каких-либо других аксиом. Или даже четко определить! <...> Нам следует набраться мужества отказаться от тривиального представления о причинности, когда нам кажется, что одни и те же «причины», действующие на один и тот же «объект», обязательно должны породить одни и те же следствия»<sup>152</sup>. Р. Будон небезосновательно заявляет, что крах теорий социального изменения, которые строились на основе прогнозов и были опровергнуты самой жизнью, произошел из-за господства в классической науке закономерностей, рассматривавшихся как универсальные и вневременные. Это заставляет пересмотреть теорию причинности и, соответственно, представление о социальных (добавим от себя – и правовых) закономерностях<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> Порядок в такой системе сопровождается снижением в ней энтропии. Но это происходит за счет увеличения беспорядка в окружающей среде, что оказывает на систему обратное воздействие в силу ее «оперативной открытости». См.: Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса. Новый диалог человека с природой. М., 1986.

<sup>149</sup> Этот термин, буквально означающий самотворчество, самопроизводство, введен в научный оборот чилийским биологом У. Матураной (Матурана У. Биология познания // Язык и интеллект. М., 1995).

<sup>150</sup> См. подробнее: Чичнева Е.А. Философия права в эпоху постмодернизма, или новое правовое мышление // Историко-философский ежегодник' 99. М., 2001. С. 416 и след.

<sup>151</sup> Luhman N. Ausdifferenzierung des Rechts. Beitrage zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt am Main. 1981. S. 511.

<sup>152</sup> Моисеев Н.Н. Расставание с простотой. М., 1998. С. 61. В 1986 году сэр Д. Лайтхил, ставший позже президентом Международного союза чистой и прикладной математики, сделал удивительное заявление: он извинился от имени своих коллег за то, что в течение трех веков образованная публика вводилась в заблуждение апологией детерминизма, основанного на законах Ньютона, тогда как можно считать доказанным, по крайней мере с 1960 года, что этот детерминизм оказался ошибочной позицией (Пригожин И. Философия нестабильности // Вопросы философии. 1991. № 6. С. 48).

<sup>153</sup> Будон Р. Место беспорядка. Критика теорий социального изменения. М., 1998. С. 5,

Если можно говорить о правовых закономерностях, знания о которых образуют предмет теории права, как и всей (всех) юридической науки, то лишь как об условных и вероятностных тенденциях. Такого рода тенденции, несомненно, существуют в науке (собственно этим наука отличается от собрания нарративов – рассказов). Но они действуют только при определенных исторических и социокультурных условиях и проявляются как закон больших чисел. В.М. Сырых по этому поводу пишет: «Одна и та же объективная закономерность в различных конкретно-исторических условиях проявляет себя по-разному, действует инвариантно. И доказать преимущество какого-либо одного варианта перед другим, апеллируя к познанным объективным закономерностям, не представляется возможным... Методом проб и ошибок, последовательно проверяя научные теории, государство устанавливает более или менее эффективную систему действующего права»<sup>154</sup>. Тенденции функционирования правовой реальности, описываемые, объясняемые и интерпретируемые категориями юридической науки и образуют содержание ее предмета.

Предмет юриспруденции, если подходить к нему с позиций постклассической эпистемологии, как уже отмечалось выше, является внутренне *диалогичным*. Классическая наука, в том числе и юридическая, исходила из примата одной стороны наиболее важной антиномии социального мира (личность – общество). В результате господствовал либо методологический (превращающийся в онтологический) индивидуализм, представленный, например, индивидуалистическими теориями естественного права<sup>155</sup> или общественного договора, либо органицизм, выраженный в концепциях исторической школы права или институционализма. Первые постулировали приоритет самоволящего индивида, который по своему разумению устанавливает социальные институты, тогда как вторые в качестве основания утверждали социальное целое, выводя его из постулируемой объективной потребности (духа нации или солидарности)<sup>156</sup>.

Диалогическая эпистемология (и онтология) в качестве основания считает не один из аспектов (сторон) социального образования, а процесс их взаимообусловленности и взаимоперехода. В то же время диалог возможен только между людьми. Однако люди как социальные существа являются носителями социального статуса (всегда во множественном числе). Поэтому в диалоге всегда присутствуют два (как минимум) человека (не обязательно реально – всегда фактический диалог – интеракцию дополняет внутренний, мыслительный диалог с социальной ролью) и их социальные статусы (даже такие личностные, как муж, друг, коллега, пассажир в

---

216 и др.

<sup>154</sup> Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 1. С. 325.

<sup>155</sup> Имеются в виду западные теории естественного права Г. Гроция или Д. Локка, но не концепции Б.Н. Чичерина или В.С. Соловьева.

<sup>156</sup> Проблема оснований социальной теории созвучна герменевтическому «кругу» – проблеме того, что должно изучаться вначале: части, из которых складывается целое, или само целое?

транспорте и т.д.). Суть диалога – принятие точки зрения Другого как носителя соответствующего социального положения. Через такое принятие происходит упорядочение экспектаций – взаимных ожиданий должного в соответствующей ситуации поведения, т.е. правовое регулирование (если это поведение и ситуация юридически значимы). Тем самым обезличенный Другой (обобщенный или социально значимый Другой – в терминологии социальной феноменологии) выступает в роли социальной структуры – совокупности социальных ролей. Так, социальный (и правовой) институт есть безличностная связь между социальными (правовыми) статусами (характеристика органицизма), воспринимаемая в правосознании и воспроизводимая конкретными действиями персонифицированных субъектов. Государственный служащий, например, в таком случае – это «диалог» (взаимообусловленность) юридического статуса и конкретного человека – носителя должностной компетенции. При этом взаимообусловленность социальных (и правовых) явлений предполагает их взаимную зависимость, а также связь с социумом как целым.

Другой не менее важной антиномией социального мира является противоречие идеального и материального. Их диалогичность проявляется в том, что любое социальное (и правовое) действие, процесс, явление «сопровождается» (воспроизводится, моделируется, при этом всегда частично, но включая характеристики, не присущие материальному объекту) его идеальным образом. Последний всегда «домысливает» те стороны и аспекты социального явления, которые остаются непосредственно не наблюдаемы<sup>157</sup>. Так как любой образ (знак) имеет материальный референт, объективированный хотя бы словесно (когда речь идет, например, о симулякрах), то, следовательно, право – это не фикция, но система знаков, которая реализуется в определенных объективированных и потому материальных формах и фактических действиях, производящих изменения в материальном мире<sup>158</sup>. Все это свидетельствует о необходимости учитывать (вводить

---

<sup>157</sup> Активный характер идеального (психического, знакового) – отличительная черта постклассической эпистемологии и онтологии. Он проявляется в так называемом «опережающем отражении», то есть в восприятии социального явления на основе уже существующей категориальной «сетки», которая формулирует образ объекта (возможно на основе принципа ассоциативной связи, то есть по аналогии) исходя из принципиально неполной о нем информации. «...настоящее детерминировано будущим», – указывал Л.И. Спиридонов (Спиридонов Л.И. *Философия права*. С. 22), воспроизводя синергетическую идею об определяющей роли потенциальности (возможного будущего состояния системы) в определении актуального. В социальной феноменологии общетеоретическое значение приобрела теорема У. Томаса (как назвал один из его афоризмов Р. Мертон): «Если ситуация определяется как реальная, то она является реальной по своим последствиям» (Thomas W. *Das Kind in Amerika // Person und Sozialverhalten / Hrsg. von E. Volkart*. Neuwied, 1965), подчеркивая активность наших представлений относительно материального аспекта реальности.

<sup>158</sup> По мнению А.С. Александрова, право – это не действующий закон с раз и навсегда установленным смыслом, а дискурс, текст, т.е. совокупность самопроизводных, сменяющих друг друга, конкурирующих друг с другом речевых практик, опосредующих,

в предмет юриспруденции) как объективные (материальные) характеристики права, так и представления о них субъекта правовой реальности.

Пожалуй, наиболее важным и одновременно дискуссионным вопросом, относящимся к обсуждаемой теме, является *самостоятельность* права. Является ли оно самодостаточным, автономным, замкнутым и непротиворечивым явлением? Эту проблему, в частности, поднимают аргентинские теоретики К. Альчуррон и Е. Булыгин в книге «Нормативные системы» (1971 г.), ставшей классической<sup>159</sup>. В ней обсуждается принципиально важная проблема полноты правовой системы, вместе с ее непротиворечивостью и независимостью. Авторы пишут: «Так называемый постулат герметической (или необходимой) полноты права – а он представляет собой юридическую версию того же самого логического постулата – необоснован в утверждении о том, что любая правовая система является полной. Важно подчеркнуть различие между постулатом полноты, согласно которому все правовые системы фактически являются полными, и требованием того, что этим системам следует быть полными. Первый постулат в лучшем случае оказывается всего лишь иллюзией, которая, тем не менее, играет решающую идеологическую роль в правовом мышлении, тогда как второе утверждение – чисто рациональный идеал, независимый от какой-либо политической направленности»<sup>160</sup>. Обоснованию этого положения посвящена IX (заключительная) глава их работы. В ней они заключают, что «верить в то, что все системы являются полными, потому что они должны быть таковыми, – это иллюзия; делать выводы о существовании полноты, исходя из требования полноты, – заблуждение. Несмотря на то что это требование является рациональным, разум не может обосновать такой вывод. /.../ Постулат Полноты – это фикция, созданная для того, чтобы скрыть тот факт, что требования, воплощенные в принципах неизбежности, обоснованности и правомерности, взятые в совокупности, выражают противоречивые притязания, так как накладывают на судей обязательства, которые невозможно выполнить. Но эти принципы коренятся глубоко в правовой мысли, и именно это объясняет поразительную живучесть Постулата Полноты»<sup>161</sup>. Если правовая система является неполной, то очевидно, что она относится к числу открытых систем. Собственно говоря, все реально существующие системы являются открытыми, т.е. взаимодействуют (обмениваются веществом и энергией со средой, т.к. иначе, в соответствие со вторым законом термодинамики, они неизбежно саморазрушаются из-за возрастания в них энтропии. Другими словами, право – это открытая система, находящаяся в диалогическом взаимодействии с други-

---

легитимизирующих применение насилия в обществе (Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. Н. Новгород, 2003. С. 5). И далее: «Эффект «права» производится языком, речью» (Там же. С. 20).

<sup>159</sup> Альчуррон К.Е., Булыгин Е.В. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3.

<sup>160</sup> Там же. С. 314.

<sup>161</sup> Там же. С. 450, 452–453.

ми социальными системами и обществом как целым. По поводу самостоятельности права можно говорить только об относительности таковой, или об оперативной замкнутости<sup>162</sup>. Оперативная замкнутость или автономность системы права определяется известным немецким теоретиком В. Кравицем как ее способность «квалифицировать свои внутренние операции как право/неправо, юридически действительные/ юридически недействительные, легальные/нелегальные, правомерные/неправомерные, правильные/неправильные, справедливые/несправедливые и т.п.» с помощью «бинарного кода»<sup>163</sup>. Однако этот бинарный код задает политика права, исходя из политической конъюнктуры, экономической ситуации, социокультурного контекста. Тем самым доказывается взаимовлияние, взаимообусловленность и взаимодействие права с другими социальными явлениями<sup>164</sup>.

«Право, – неоднократно повторял вслед за Гегелем и Марксом Л.И. Спиридонов, – лишь момент общества, реально существующий как элемент (сторона) социально-экономической формации. Оно не имеет собственной истории, отдельной от истории социальной»<sup>165</sup>. В другом месте он отмечает: «Право, нравственность, искусство или религия не могут быть воспроизведены в самостоятельной, т.е. несоциологической, а лишь юридической, этической и т.д. теории, не признающей общество непрременной

---

<sup>162</sup> Это, ко всему прочему, вытекает из ограничительных теорем К. Геделя. Первая из них гласит, что множество (система) не может быть одновременно полной и непротиворечивой. Вторая утверждает, что система не может быть доказана методами, которыми она формализована. Для этого требуется выход в «метаязык» – за рамки системы. Следовательно, замкнутых, самодостаточных, полностью автономных систем быть не может, как и невозможно доказательство их существования. См.: Гедель К. Об одном еще не использованном расширении финитной точки зрения // Математическая теория логического вывода. М., 1967.

<sup>163</sup> Кравиц В. Пересмотр понятия права // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 440; Кравиц В. Современное право и правовая система в перспективе коммуникативной теории // Выступление на международном симпозиуме NorSy 2011. СПб., 9-10 сентября, 2011.

<sup>164</sup> Известнейший американский социолог И. Уоллерстайн пишет, что мы получили в наследство от социальной науки XIX в. нелепую и ужасную по своим последствиям идею о том, что социальная реальность существует в трех особых, обособленных сферах: экономики, политики и в социокультурной сфере. Однако фактически мир функционирует как единое целое. Нет особых экономических явлений, отличающихся от политических и социальных, как нет субъективно обособленных друг от друга экономических, политических и социокультурных мотиваций. Нет и реальных институтов, которые являются только экономическими и т.д. На самом деле система производства, например, это совокупность социальных отношений, регулируемых политически на основе системы ценностей. Поэтому и наш анализ их должен быть целостным. «Святая троица» экономики, политики и культуры не имеет сегодня никакой эвристической ценности – таков общий вывод известного социолога (Wallerstein I. Historical systems as complex systems // European journal of operational research. Amsterdam. 1987. Vol. 30. № 2. P. 203–207).

<sup>165</sup> Денисов Ю.А., Спиридонов Л.И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л., 1987. С. 11.

предпосылкой всех своих последующих рассуждений. Не обладает такой "самостоятельностью" и экономика. Все общественные науки социологичны по самому своему существу...»<sup>166</sup>. Это говорит о том, что право (и предмет юриспруденции) обладает лишь относительной самостоятельностью и не может быть отгорожен «китайской стеной» от политики, экономики и других социальных явлений. Или можно сказать по-другому: не существует «чистых» правовых явлений, которые не были бы одновременно психическими<sup>167</sup>, экономическими, политическими и т.д. феноменами. Право – это границы поведения человека, а потому представляет собой рамки для иных социальных связей и отношений. Не случайно В.М. Сырых к предмету юриспруденции относит и неправовые явления: «Невозможно познание предмета общей теории права без системного и целенаправленного вторжения в сферу неюридического»<sup>168</sup>. Значительный интерес в этой связи представляют исследования американской школы «Правового реализма» и их продолжателей, показавших, что на принятие судебного решения оказывают огромное влияние политика, экономика, биографические особенности судьи, его личностные пристрастия и другие обстоятельства «человеческого фактора»<sup>169</sup>.

Единственным объектом юридической науки является право<sup>170</sup>. Поскольку оно не существует как самостоятельное явление (таковым его можно представить лишь аналитически, абстрагируясь от множества социальных связей, в которые право вплетено), а всегда проявляется вместе с политикой, экономикой и другими социальными явлениями, процессами, постольку в предмет юриспруденции неизбежно входят представления о государстве, экономике, демографических процессах и т.д. Однако неюридические явления (представления о них) входят в предмет юриспруденции не в «полном объеме», и не непосредственно, а опосредованно и в том объеме, в каком они влияют на право. Каков этот объем – решает научное сообщество.

Подводя итог вышеизложенному, представляется возможным и необходимым заметить следующее. Предмет любой науки, и юридической, в частности, не есть некая объективная данность, непонятно кем и когда соз-

---

<sup>166</sup> Денисов Ю.А., Спиридонов Л.И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л., 1987. С. 91.

<sup>167</sup> О роли психической регуляции в праве подробно и обстоятельно пишет Г.В. Мальцев (Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007. С. 116–250).

<sup>168</sup> Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 1. С. 75. Особую роль он придает связи права с экономикой и социальной психологией. (С. 66–72, 74 и др.).

<sup>169</sup> American court system: Readings in judicial process and behavior / Ed. By S. Goldman, A. Sarat. San Francisco, 1978.

<sup>170</sup> В этой связи дискуссионным является вопрос о том, входит ли в объект и предмет юридической науки государство. В.С. Нерсисянц в одной из своих работ отвечает на этот вопрос положительно (Нерсисянц В.С. Сравнительное правоведение: либертарно-юридическая концепция // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001 год. М., 2002. С. 17). Однако с этим можно согласиться, если рассматривать государство исключительно как правовое явление.

данная, а представляет собой конструкт, обусловленный объектом, потребностями социума (точнее – представлениями о потребностях социума), господствующими представлениями, включая мировоззрение, картину мира данной культуры, а также научными предпочтениями субъекта, прежде всего, принятой им методологией, конструирующего предмет научного исследования<sup>171</sup>. Акцент на ту или иную сторону объекта со временем изменяется вместе с трансформацией философских, методологических, мировоззренческих оснований науки и может предстать в виде социологически ориентированной теории права, антропологической или культурологической, лингвистической или какой-либо другой; хотя возможно, что усилия ученых по переформулировке предмета теории права приведут к возникновению новых научных дисциплин – антропологии, культурологии или семиотики права. Наиболее перспективна, как представляется, такая переформулировка предмета юридической науки<sup>172</sup> в связи с приходом постклассической картины мира, которая предполагает акцент на междисциплинарности и сравнительном правоведении и наполнении новым содержанием основных категорий теории права, которые достались ей в наследство юридической догматики как реификация человеческой жизнедеятельности в безличностную объективную данность<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Предмет научного исследования превращается в предмет науки, инкорпорируется в него тогда, когда референтная группа (например, экспертный совет министерства науки и образования или представители «Лиги плюща» в США) признают, что сконструированный этим субъектом – ученым (или группой ученых) предмет научного исследования актуален, перспективен, а потому заслуживает социальной поддержки.

<sup>172</sup> «Теория права ищет свой предмет, ищет лениво и пока не находит», – несколько эпатирующее заявляет Ю.Е. Пермяков, и добавляет: «Признание того обстоятельства, что у теории права имеется свой предмет, к сожалению, не вызывает у правоведов интереса к вопросу о том, каким образом предмет ограничивает и организует научный спор и научное исследование. Сам предмет молчит, и о нем, как об ушедшем, говорят безбоязненно. Опровержения не последует. Рассуждения об эмпирических основаниях юридической науки и предметности утвердительных суждений ученых теряются в дискуссии о специфике юридической науки и невозможности эмпирической проверки гуманитарного знания» (Пермяков Ю.Е. Стандарты научности в современной юридической теории // Стандарты научности и homo juridicus в свете философии права: материалы пятых и шестых философ.-правовых чтений памяти акад. В.С. Нерсесянца / отв. ред. В.Г. Графский. М., 2011. С. 26, 21–22).

<sup>173</sup> См. подробнее: Честнов И.Л. Теория права: постклассическое измерение // Российская наука теории и истории государства и права в начале XXI века: сб. научных статей / сост. А.А. Дорская, Н.Ю. Иванова. СПб., 2010. С. 10 и след. О принципиальной важности сравнительно-правовых исследований в рамках теории права (как ее методологии), предполагающей анализ «незападных» правовых систем и концепций права, пишет У. Твайнинг. «Видение права в масштабах мира, сфокусированное только на праве национальных государств и публичном международном праве, было бы по многим причинам слишком узким. Например, достаточно трудно оправдать исключение исламского права или других более важных традиций религиозного права из такой перспективы. /.../ Движение в направлении расширения концепции права за счет расширения круга тех основных социальных феноменов, которые традиционно рассматривались в качестве предмета нашей научной дисциплины, несомненно, вызывает ряд концептуальных за-

После несколько затянувшегося обзора объекта и предмета юридической науки как таковой, перейдем к определению объекта и предмета сравнительного правоведения. Можно согласиться с позицией В.С. Нерсесянца, по мнению которого «**Объект сравнительного правоведения** – это любые сопоставляемые (сравниваемые) друг с другом государственно-правовые явления. Речь при этом идет о любых явлениях, относящихся к объектам юридической науки»<sup>174</sup>. Сделаем только одно уточнение – к объекту сравнительного правоведения (в отличие от сравнительного государственного правоведения) относятся государственные явления как правовые явления. **Предмет сравнительного правоведения**, по мнению В.С. Нерсесянца, – это «понятийно-правовые свойства и значения сравниваемых государственно-правовых явлений, их сходство и различие как форм выражения принципа формального равенства»<sup>175</sup>. По поводу так понимаемого предмета сравнительного правоведения следует заметить следующее. Предмет сравнительного правоведения, как следует из различения, проводимого В.С. Нерсесянцем<sup>176</sup>, с объектом науки, – это результат применения сравнительного метода к изучению правовых систем современности. Другими словами, – это *картина правового мира с точки зрения общего и особенного в нем*<sup>177</sup>.

### 1.3 Методология сравнительного правоведения

Методология – учение о методах научного познания, о том, как происходит процесс научного познания, в каких формах он воплощается. Научное познание во всех юридических науках, в том числе, и в сравнительном правоведении, обусловлено спецификой научного познания как такового. Поэтому сперва рассмотрим вопрос о методологии юриспруденции как таковой, имея в виду теоретико-методологические подходы и проблемы в юриспруденции<sup>178</sup>, а затем – об особенностях методологии сравнительного

---

труднении. Однако эти обстоятельства не являются достаточным основанием для возвращения к знакомому уже кругу внутригосударственного права, дополненного несколькими «правообразными» аналогиями» (Твайнинг У. Общая теория права // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. СПб., 2011. С. 256–257).

<sup>174</sup> Нерсесянц В.С. Сравнительное правоведение: либертарно-юридическая концепция. С. 23.

<sup>175</sup> Там же.

<sup>176</sup> «В весьма упрощенном виде объект науки – это то, что мы о нем знаем до его научного изучения, а предмет – это изученный объект, то что мы знаем о нем после научного познания. Речь идет о различении познаваемого объекта (явления) и его понятия (теоретического смысла, мыслительного образа, идеи, логической модели познанного объекта как единства сущности и явления)» (Там же. С. 17).

<sup>177</sup> Именно так определяет предмет сравнительного правоведения А.Д. Тихомиров (Тихомиров А.Д. Указ. соч. С. 103–104).

<sup>178</sup> Именно так трактуется методология в современной западной теории права, например, Б. Лайтером: «Спор о методологии <...> обещает продемонстрировать то, что есть значимый смысл, в котором право и мораль неразделимы, и тем самым оспаривает методологические допущения позитивистов. ... Методология неразрывно связана с содер-

правоведения.

Современная постклассическая методология отличается от классической указанием на принципиально важной роли внешних – социокультурных – факторов, обуславливающих научное познание, признанием контекстуальности, то есть, исторической и социокультурной изменчивостью научного знания, его принципиальной неполноты. Более того, современная наука не в состоянии ответить на вопрос, как именно происходит научное открытие, но может пролить свет на способы фиксации нового знания, его распространения и применения.

Методы, как и предмет науки, имеют сложную объект-субъектную структуру<sup>179</sup>. Они объективны, так как обусловлены предметом и контекстом познания. Но в то же время в данном конкретном исследовании они выбираются конкретным субъектом (хотя выбор как таковой не является произвольным, но его результат, в свою очередь, не может быть заранее предопределен)<sup>180</sup>. Так, сторонник юридического позитивизма и представитель социологии права, скорее всего, выберут разные методы исследования права.

Методы науки, в том числе и юридической<sup>181</sup>, обусловлены историческим и социокультурным контекстом<sup>182</sup>. Они предопределены господствующим в данную эпоху в конкретной культуре-цивилизации мировоззрением<sup>183</sup>. Структурно универсалии культуры (мировоззрение) можно

---

жанием, т.е. с правильностью любой содержательной теории права...» (Лайтер Б. За пределами спора Харта и Дворкина: проблема методологии в юриспруденции // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. СПб., 2011. С. 118). В то же время необходимо констатировать, что в современной западной юриспруденции методологию рассматривают гораздо более инструментально, как анализ «правовой аргументации», «точного правового рассуждения» или действий, направленных на «понимание и применение закона» (Ван Хук М. Право как коммуникация. СПб., 2012. С. 172).

<sup>179</sup> Как указывалось выше, с позиций постклассической эпистемологии, субъект-объектное (познавательное) отношение включается в исторический и социокультурный контекст.

<sup>180</sup> Более того, метод – это не просто наблюдение за чем-либо, но и самонаблюдение – наблюдение за собственным наблюдением (Luhman N. *Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main, 1990. S. 413).

<sup>181</sup> Более того, если согласиться с тем, что право – это социальное явление, момент, «сторона» общества, то нельзя не признать правомерным и тезис о том, что методы юридической науки – это трансформация общенаучных методов применительно к исследованию правовой реальности. О классификации научных методов речь пойдет ниже.

<sup>182</sup> Историческая обусловленность методов научного познания блестяще показана в курсе лекций Л.И. Спиридонова (Спиридонов Л.И. Теория государства и права. Гл. 1).

<sup>183</sup> В.С. Степин по этому поводу пишет, что тип культуры задает «способ видения реальности в науке, стили мышления, которые формируются в контексте культуры и испытывают воздействие самых разных ее феноменов» (Степин В.С. Специфика научного познания // Наука: возможности и границы. М., 2003. С. 11). В другой работе он отмечает, что у каждого типа культуры существует специфический для него категориальный строй сознания, соединяющий в себе моменты абсолютного и относительного, изменчивого – присущие именно этому типу общества формы и способы общения и дея-

представить в виде эпистемы (если использовать в несколько видоизмененной интерпретации термин М. Фуко<sup>184</sup>), то есть господствующих представлений о мире и человеке в нем. Именно они задают соответствующую картину мира и специфику методов его (мира) восприятия – описания, объяснения и интерпретации. Так, например, для античности характерно целостное восприятие мира, вытекающее из постулата предзаданной гармонии (отсюда античный юснатурализм, в котором право воспринимается буквально как право природы, природы вещей). То же самое, в принципе, свойственно и для средневекового мировоззрения: это та же целостность, но являющаяся божественным творением. Новое время в западной культуре-цивилизации отличается атомистической картиной мира, обуславливающей метод индукции, конкретизируемый количественным измерением реальности. Эпистема нового времени задает господствующий индивидуалистический тип правопонимания, четко согласующийся с атомистической картиной социального мира. Новейшее время сохраняет атомизм как тип мировоззрения и радикализирует его в основной научно-исследовательской программе<sup>185</sup> – *позитивизме*.

Позитивизм, сыгравший принципиально важную роль в деле становления и институционализации теории права<sup>186</sup>, исходил из наиболее радикальной версии сциентизма. Сторонники этого направления, начиная от О.

---

тельности, хранения и передачи социального опыта, принятую в нем шкалу ценностей. Каждый тип культуры, другими словами, характеризуется специфическими для него универсалиями, которые обеспечивают квантификацию и сортировку социального опыта, выступают базисной структурой человеческого сознания и образуют обобщенную картину человеческого мира (мировоззрение) (Степин В.С. *Философия как рефлексия над основаниями культуры // Субъект, познание, деятельность. К 70-летию В.А. Лекторского / науч. ред. И.Т. Касавин. М., 2002. С. 145–146, 149*).

<sup>184</sup> См.: Фуко М. *Слова и вещи. Археология гуманитарных наук*. СПб., 1994. Эпистема, с его точки зрения, – это исторически конкретная дискурсивная практика, позволяющая представить соответствующую систему мышления: эпистема обуславливает всевозможные формы эмпирического познания, задает условия формирования рассуждений об объектах знания, снабжает наблюдателя определенными теоретическими возможностями, устанавливает способ бытия объектов в пространстве знания, вычленяет в сфере опыта пространство возможного.

<sup>185</sup> Последние, по мнению автора этого термина И. Лакатоса, представляют собой связанную последовательность теорий, обусловленных единством нормативных правил. Структуру научно-исследовательской программы образуют положительная эвристика (способы новых исследований), отрицательная эвристика (определение того, каких путей следует избегать), жесткое ядро (исходные фундаментальные допущения) и защитный пояс (вспомогательные гипотезы, которые могут пересматриваться) (Лакатос И. *Методология научных исследовательских программ // Вопросы философии. 1995. № 4*). Другими словами, научно-исследовательская программа – это трансформация эпистемы в конкретно-научное исследование, обусловленное, в том числе, определенным методом познания.

<sup>186</sup> А у права – точнее у юридической науки – нет «собственных» методов научного познания, как и нет «собственной» «природы», принципиально отличающей его от других социальных явлений. Поэтому методы юриспруденции обладают лишь относительной автономией.

Конта, проводили резкое противопоставление науки и ненаучных форм восприятия мира. Это отличие для позитивистов касается, прежде всего, метода научного познания (не случайно сам термин «позитивизм» впервые был предложен К.А. де Сен-Симоном именно для обозначения метода науки). Суть позитивистского метода состоит в требовании подтверждения научных суждений фактами – эмпирическими данными. Так как последние выражают внешние признаки изучаемого объекта, то исследовать что-либо (например, право) необходимо именно по его внешним проявлениям<sup>187</sup>.

Эта программа способствовала бурному росту наук, в том числе и общественных, которые строились по образу и подобию естественных, прежде всего, физики. Однако в начале XX века позитивистская программа (методология) столкнулась с целым рядом серьезных проблем, поставивших под сомнение ее эвристическую ценность. Главной из них можно считать недостаточность фактического подтверждения как единственного (и единственно возможного для позитивистов) критерия научности. Проникновение физики в микромир (мир элементарных частиц) поставило под сомнение возможность описать любое явление (как, например, электрон, так и более сложный объект) одним единственным (единственно верным) способом. Другими словами, любое описание (и объяснение, а также интерпретация) всегда неполно и избирательно. В этом суть принципа неопределенности, сформулированного В. Гейзенбергом<sup>188</sup>, имеющего значение не только для физики, но и для науки как таковой. Столкнувшись с проблемами квантовой механики (прежде всего, с корпускулярно-волновым дуализмом электрона), Н. Бор выдвинул знаменитый принцип дополнительности, утверждая, что понятия частицы и волны, используемые для описания электрона, не противоречат, а дополняют друг друга. Этот принцип также утверждает зависимость результата исследования от избираемых средств и методов<sup>189</sup>. Поэтому ни одна научная теория не может считаться оконча-

---

<sup>187</sup> Анализ позитивизма посвящена огромная философская литература. Из работ, в которых рассматривается позитивизм в юриспруденции, следует особо отметить: Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978; Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2008.

<sup>188</sup> Принцип неопределенности гласит, что относительно микрочастицы никогда нельзя знать все ее параметры, а можно только какой-то один. То есть, если установлена скорость движения микрочастицы, то невозможно установить ее координаты, и наоборот. Вся совокупность параметров микрочастицы оказывается принципиально неопределенной и неопределяемой.

<sup>189</sup> Первоначально этот принцип имел узко-специальную направленность на решение проблемы, вытекающей из определения неопределенности В. Гейзенберга (точность определения координаты частицы и точность определения соответствующей компоненты ее импульса обратно пропорциональны). Н. Бор не был согласен ни с континуально-волновой позицией Э. Шредингера, ни с корпускулярной позицией В. Гейзенберга. Для него исходным пунктом анализа была парадоксальная неотделимость двух аспектов, которые в классической физике исключали друг друга. (См.: Кузнецов Б.Г. Принцип дополнительности. М., 1968. С. 6–8). В более широком контексте (чем определение кванта как волны и частицы) этот принцип включает и онтологический, и методологический аспекты: «Нельзя сколько-нибудь сложное явление микромира описать с по-

тельной, непогрешимой, аподиктической. А научные факты, с одной стороны, всегда частично подтверждают научную теорию и, с другой стороны, зависят, в свою очередь, от интерпретации с точки зрения той или иной теории<sup>190</sup>. Все это заставило позитивистов пересмотреть основные положения своей программы. В результате в начале XX века формулируется *неопозитивистская* научно-исследовательская программа с соответствующей методологией. Взяв за основной критерий научности формальную логику и проводя на ее основе демаркацию науки и метафизики (последняя использует псевдопонятия, не поддающиеся проверке логическими нормами языка<sup>191</sup>), представители неопозитивизма сформулировали в качестве основы своей методологии принцип верификации.

---

мощью одного языка» (Моисеев Н.Н. Расставаясь с простотой. М., 1998. С. 51–52). Можно согласиться и с мнением В.В. Налимова о том, что «принцип дополнительности меняет наше научное видение Мира – постепенно оно становится все более и более полиморфным. Мы готовы одно и то же явление видеть в разных ракурсах – описывая его теперь не конкурирующими друг с другом моделями. Даже математическая статистика, традиционно устремленная на выбор лучшей – истинной – модели, готова теперь согласиться на существование множества равноправных моделей» (Налимов В.В., Дрогалина Ж.А. Реальность нереального. Вероятностная модель бессознательного. М., 1995. С. 355). Применительно к социальной реальности (а право – момент, сторона социальной реальности – неоднократно подчеркивал Л.И. Спиридонов) принцип дополнительности означает контекстуальность смысла, а также доминирующее положение целого относительно частей (принцип холизма), проявляющееся, например, в теории поля К. Левина, гештальтпсихологии М. Вертгеймера или системном подходе (элементы системы не существуют вне системного – социального – контекста).

В юриспруденции принцип дополнительности пока не получил должествующего ему применения. Косвенно он используется одним из лидеров критических исследований в юриспруденции США, профессором школы права университета Колорадо П. Шлагом (См.: Schlag P. The Problem of the Subject // Tex. L. Rev. 1991. № 69; Schlag P. Normativity and the Politics of Form // U. Pa. L. Rev. 1991. № 139). В частности, американский юрист поднимает проблему субъекта права и «взгляда изнутри» на право (с точки зрения судьбы). Такой взгляд, по его мнению, неизбежно является односторонним, и ведет к радикальному упрощению права. (Schlag P. Normativity... P. 1115). Из одной-единственной перспективы вытекает вера в то, что существует единственно верная онтология права, которая не зависит от всех субъектов права (за исключением судей) (Ibid. P. 1116–1117). Принцип дополнительности включает в методологию современной криминологии Я.И. Гишинский (Гишинский Я.И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. 2-е изд. СПб., 2009. С. 25–26).

Признавая справедливость многих положений, связанных с принципом дополнительности, тем не менее отметим, что пока он несет в себе преимущественно критический заряд. Позитивный же его аспект представляется (пока, по крайней мере), достаточно ограниченным, так как смена «гештальтов» (других описаний) не может привести к исчерпывающему представлению объекта (квант – и волна, и частица, и еще что-то третье, пятое, десятое...).

<sup>190</sup> Подробнее о недостаточности научных фактов в качестве единственного критерия научности будет сказано ниже.

<sup>191</sup> Метафизические пропозиции (высказывания), по мнению неопозитивистов, не являются истинными или ложными, но бессмысленными. См.: Айер А.Дж. Язык, истина и логика. М., 2010. С. 10–11.

Принцип верификации – это требование сведения теоретических суждений к совокупности протокольных предложений, фиксирующих опытные эмпирические данные<sup>192</sup>. При этом верификация бывает прямая, под которой понимается проверка утверждений, формулирующих данные наблюдения, и косвенная, предполагающая установление теоретических (логических) отношений между несколькими верифицируемыми утверждениями. Верифицированные суждения (утверждения) являются основой для построения логически истинной, непротиворечивой теории. Именно так – на основе логической непротиворечивости – пытался построить «чистую» (основанную исключительно на логике) систему права и науку о праве Г. Кельзен<sup>193</sup>.

Однако претензии неопозитивистов на обнаружение единственно истинного метода научного исследования оказались тщетными. Наиболее серьезная критика, которая, по сути, развенчала неопозитивистскую методологию, была высказана К. Геделем, который был участником Венского кружка, сформулировавшего неопозитивистскую программу. В 1931–1932 гг. им были доказаны знаменитые теоремы неполноты и непротиворечивости формальных систем. Согласно первой из них, если арифметическая формальная система непротиворечива, то она неполна. Если же она полна – то она противоречива<sup>194</sup>. Вторая теорема гласит, что если формальная система непротиворечива, то невозможно доказать ее непротиворечивость средствами, формализуемыми в этой системе. Все это свидетельствует о том, что право не может быть замкнутой непротиворечивой формальной системой, и, соответственно, юридическая наука, изучающая право, тем более.

Другим вариантом развития позитивизма в XX веке выступил *структурализм* как еще одна авторитетная научно-исследовательская программа. Его становление приходится на 30–50 гг. прежде всего в лингвистике. В 50–60 гг. структуралистская методология распространяется на другие области знаний, в частности, антропологию<sup>195</sup>.

Суть структурализма состоит в поиске инвариантной универсальной

---

<sup>192</sup> См. подробнее: Айер А. Дж. Язык, истина и логика. М., 2010. С. 13–29.

<sup>193</sup> См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. М., 1987. Вып. 2. М., 1988. Интерпретацию его учения см.: Нерсесянц В.С. Философия права. С. 586–606.

<sup>194</sup> Первая теорема о неполноте формальных систем была впервые сформулирована им в статье «О формально неразрешимых предложениях Principia Mathematica и родственных систем» в 1931 г. в качестве отклика на знаменитую одноименную работу А.Н. Уайтхеда и Б. Рассела. Она формулируется следующим образом: существует такое суждение  $A$  в  $X$ , что ни  $A$ , ни  $\neg A$  (отрицание  $A$ ) не могут быть доказаны посредством аксиом из  $X$ , если эта система непротиворечива. Другими словами, в содержательных формальных системах имеются неразрешимые или мнимые предложения, то есть такие, которые одновременно являются недоказуемыми и неопровержимыми. См.: Гедель К. Об одном еще не использованном расширении финитной точки зрения // Математическая теория логического вывода. М., 1967.

<sup>195</sup> «Структурная антропология» К. Леви-Строса считается классической работой, излагаемой и реализуемой структуралистской программой.

структуры, которая выражается во внешней форме объекта. В связи с этим может создаться впечатление, что структуралистская методология является разновидностью диалектики, напоминающей, например, поиск эйдосов Платона или знаменитый тезис Парменида. Однако структурализм рассматривается как статичное образование, представляющее собой внутреннюю форму объекта. Поэтому можно обнаружить схожесть исходных установок структурализма и позитивизма<sup>196</sup>.

Структура – это целое, образованное взаимосвязанными элементами таким образом, что каждый зависит от других и целого как такового; именно целое определяет место, роль, значение и основные характеристики отдельного элемента. Структура выступает формообразующим механизмом, порождающим внешний символический уровень объекта. «Структура – это инвариантно-статичное, замкнутое в себе абстрактное и императивное по отношению к своим пользователям целое, обладающее уровневой организацией и образованное конечным числом составляющих и правил их комбинирования, поддающихся систематизации и инвентаризации»<sup>197</sup>. Тем самым обнаруживается, несомненно, сходство структурализма и неопозитивизма, представленного, например, «чистой» системой права Г. Кельзена, так как обе они ориентированы на текст как главный объект анализа.

В структурализме (прежде всего, в структуралистской лингвистике) под текстом понимается связанная и полная последовательность знаков. При этом в структурализме акцент делается именно на внешней связанности знаков, в результате чего происходит обособление языка в систему, существующую «в себе и для себя». В «позднем» структурализме текст понимается несколько шире – как культурный код, в соответствии с которым организуется знаковое многообразие культуры<sup>198</sup>. Наиболее существенным в структурализме представляется идея Ф. Соссюра, восходящая к классическому разграничению в картезианстве субъекта и объекта, то есть установка на однозначную номинативность или референцию языка (и любую другую знаковую систему, например, право) и его упорядоченность – включение в систему отношений с другими элементами. При этом акцент делается на синхронном аспекте языка (структуры), а не на диахронном. Из связи означающего и означаемого вытекают смысл и значение текста (через анализ смысла и значения знака), рассматриваемые в структурализме исключительно формально: отношение знака (означающего) и означаемого выступает значением знака (шире – текста), а отношение знака и кон-

---

<sup>196</sup> Если же позитивизм отождествлять исключительно с атомизмом, как это делает, например, Г.К. Косиков (см.: Косиков Г.К. «Структура» и/или «текст» (стратегии современной семиотики) // Французская семиотика: От структурализма к постструктурализму. М., 2000. С. 13), тогда различие между этими программами несомненно, так как в структурализме целое доминирует над отдельным элементом.

<sup>197</sup> Косиков Г.К. Указ. соч. С. 25.

<sup>198</sup> См. подробнее: Усманова А.Р. Текст // Постмодернизм. Энциклопедия. Минск, 2001. С. 822.

текста или объема понятия, включающего совокупность означаемых, отнесенных к одному классу, выступает смыслом знака (текста)<sup>199</sup>. Иногда значение обозначается термином десигнат, а смысл – денотат.

Главная проблема, с которой сталкивается структурализм в этом аспекте, является конвенциональный характер знаков, из которых состоит текст. Если означаемое условно, то его связь с означаемым также является условной<sup>200</sup>. Отсюда проблематизируется существование универсальной и замкнутой структуры, репрезентируемой в «план выражения». Письменная фиксация права создает «возможность расхождения действительного права и его официальной формы», – справедливо утверждает И. Грязин<sup>201</sup>. Это же свидетельствует о невозможности однозначного толкования (интерпретации) знака (текста), что доказывается полисемией многих знаков<sup>202</sup> и открытостью текстов. Ко всему прочему следует добавить, что семантическая концепция текста, его смысла и значения в праве должна быть дополнена прагматическим его (текста) аспектом<sup>203</sup>. А это доказывает контексту-

---

<sup>199</sup> По поводу определения смысла и значения знака существуют различные подходы. Так, уже стоики пытались учесть роль знака, опосредующего субъект-объектные отношения в своем «семантическом треугольнике». В нем выделялись телесное обозначающее, бестелесное (мыслимое) обозначаемое и телесный предмет, на который указывает знак. Этот треугольник получил второе рождение в XX в. благодаря усилиям Ч. Огдена и А. Ричардса. Г. Фреге несколько изменил эту исходную посылку определяя смысл знака как особый способ включения понятия о предмете в систему других понятий, не зависящий ни от индивидуальных особенностей мышления субъекта, ни от того, принимает ли он данную систему понятий, или нет. По мнению Ч. Морриса, смысл знака (или интенционал) играет роль правила, определяющего при каких условиях знак применим к объекту или ситуации. Класс объектов, удовлетворяющих этим условиям, он назвал условием означивания или десигнатом. См.: Чертов Л.Ф. Знаковость. Опыт теоретического синтеза идей о знаковом способе информационной связи. СПб., 1993. С. 269–271.

<sup>200</sup> По мнению Ж. Деррида, «в нынешней ситуации обнаружилось, что всякий знак (и устный, и письменный) есть лишь знак знака, след следа, означающее означающего, звено в бесконечной цепи отсылок, никогда не достигающей означаемого» (Автономова Н. Деррида и грамматология // Деррида Ж. О грамматологии. М., 2000. С. 33).

<sup>201</sup> Грязин И. Текст права (Опыт методологического анализа конкурирующих теорий). Таллинн, 1983. С. 32.

<sup>202</sup> О полисемии юридических понятий, проявляющихся в форме метонимии, метафоры, катахрезы и синекдохи см.: Власенко Н.А. Проблемы точности выражения формы права (лингво-логический анализ): дис. в форме научного доклада ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1997. С. 24–26.

<sup>203</sup> Так как право (правовая система) в любом случае включает взаимное поведение субъектов (например, правоотношения), следовательно, прагматический аспект в нем занимает значительное, если не доминирующее положение. Более того, сама семантика невозможна вне отношения лиц в процессе коммуникации – вне отношения знака к означаемому. Признавая, что язык (как и любая знаковая система) является средством коммуникации, нельзя не признать, что семантический треугольник (знак – означаемое – носитель знака) должен быть вписан в коммуникативное отношение производитель знака – воспринимающий знак. См. об этом: Смирнова Е.Д. Логика и философия. М., 1996. С. 26–27. Если рассматривать знак (и текст) в прагматическом аспекте, то его значением будет способ практического использования знака. Значимость идеи «языковых

альность и смысла и значения текста<sup>204</sup>. По мнению У. Куайна, смысл языкового выражения нельзя рассматривать вне определенной аналитической гипотезы, как и истинность положений научной теории вне самой теории, вне определенной концептуальной системы. В этом состоит суть его теории онтологической относительности<sup>205</sup>.

Все вышеизложенное свидетельствует о явной недостаточности структуралистской методологической программы и претензиях аналитической юриспруденции, или догматической методологии права, сформированной на ее основе<sup>206</sup>. Догматический метод – или «доктринальное изучение права (Rechtsdogmatik) – предстает не более (и не менее), чем как строгая понятийная проработка любых определений в юридических целях (по крайней мере, в некоторой степени) – посредством дефиниции, классификации и систематизации»<sup>207</sup>. Сам по себе – это метод, прежде всего, не научного

---

игр» «позднего» Л. Витгенштейна состоит именно в этом: слова означают лишь то, что они означают в данной «языковой игре», то есть в процессе их практического употребления. (Wittgenstein L. *Philosophical Investigations*. Oxford, 1953).

<sup>204</sup> Контекстуальность – важнейшая характеристика «лингвистического поворота» в аналитической философии, ознаменовавшего формирование «постметафизической философии». См.: Dummett M. *Origins of Analytical Philosophy*. Cambridge (Mass.), 1996. На контекстуальность права как текста обращает внимание И. Грязин и отмечает, что смысл правового текста может быть различным в различных культурах (Грязин И. Указ. соч. С. 36). То или иное прочтение одного и того же предложения естественного языка, та или иная его интерпретация как приписывание ему одних или других условий истинности существенно зависит от контекста употребления предложения, – утверждает П. Строссон (Strawson P. *Entity and Identity // Contemporary British Philosophy / Ed. H. Lewis. L., 1976*).

<sup>205</sup> См.: Quine V.W.O. *Ontological Relativity and Other Essays*. N.Y., 1969.

<sup>206</sup> Известный английский антрополог Э. Лич в этой связи пишет, что любое социальное (в том числе, юридическое – например, законность или преступность) понятие наделяются различным смыслом в разных контекстах: преступным может стать законное и наоборот. Поэтому, по его мнению, не может быть вечных законов человеческого общежития и неотъемлемых прав человека. См.: Leach E. *Fundamentals of structuralism theory // Sociological approaches to law / Ed. By A. Podgorecki, Ch.J. Whelan. London, 1981. P. 30*. Критическое отношение к аналитической теории права высказывает немецкий исследователь К.-Л. Кунц. Он утверждает, что структуралисты не в состоянии объяснить право потому, что не принимают в расчет его ценностную природу, а также субъективность в построении любой научной теории; более того, они не принимают в расчет и принципиальное различие социальной теории от естественнонаучной. По мнению К.-Л. Кунца адекватной может быть только герменевтическая теория права, акцентирующая внимание на intersubъективном анализе правовой реальности. См.: Kunz K.-L. *Die analitische Rechtstheorie: Eine "Rechts" theorie ohne Rechts? Systematische Darstellung und Kritik*. Berlin, 1977. Н.Н. Тарасов, полагающий, что сегодня «нет достаточных рациональных оснований полагать данный методологический подход (догматический – И.Ч.) единственно пригодным для юридической науки, равно как и считать его в современных условиях, как это иногда делается, устаревшим», тем не менее, вынужден признать, что на сегодняшний день «метод юриспруденции как система особых, строгих правил научного мышления по поводу права в нашей науке существовать не может» (Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 91, 93).

<sup>207</sup> Варга Ч. *Природа права и правовое мышление // Российский ежегодник теории пра-*

познания права, а практической деятельности юриста<sup>208</sup>. Даже если относить формально-логические способы описания, систематизации нормативно-правового материала к научной деятельности, как и решение «трудных дел»<sup>209</sup>, то ограниченность юридической догматики, тем не менее, несомненна: она оперирует с уже существующим правом<sup>210</sup> и ничего не говорит о том, каково это право<sup>211</sup>. Отсюда вытекает невозможность догмати-

---

ва. 2008. № 1. С. 354.

<sup>208</sup> Об этом подробно и обстоятельно пишет А.М. Михайлов (Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012. С. 51 и след.).

<sup>209</sup> Практически ориентированный вариант юридической догматики в свое время предложил С.А. Муромцев, полагавший, что «догма права есть часть юридического искусства». Она «описывает, обобщает, определяет и классифицирует, т.е. занимается теми процессами, которые ничего общего с исследованием законов не имеют. В догме нет ничего индуктивного и ее обобщения суть не более как обобщения понятий и предложений; в самой догме нет и силлогизма, и строить силлогизмы приходится лишь юристу-практику, когда отдельные догматические положения он применяет к разрешению казусов» (Муромцев С.А. Что такое догма права? // Юриспруденция в поисках идентичности. С. 165). Практическая интенция юридической догматики обнаруживается и у Н.Н. Тарасова, который включает в ее состав фундаментальные правовые установления и конструкции, средства и методы правового регулирования, формы и правила юридической деятельности, формирующиеся в процессе исторического развития права и воплощающиеся в конкретных правовых системах (Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001. С. 83).

<sup>210</sup> Даже если признать справедливость позиции А.М. Михайлова, что «для догматической юриспруденции право не выступает социальным явлением. Его природа – духовная, и его содержание заложено в авторитетных книгах» (Михайлов А.М. Указ. соч. С. 37.), то остается открытым вопрос о том, как и кем, почему и т.д. были созданы эти «авторитетные книги». Кроме того, объявлять духовность «несоциальным» феноменом представляется сомнительным. Справедливости ради надо заметить, что А.М. Михайлов несколько непоследовательно идет на попятную в своих рассуждениях (собственно это и есть предмет его исследования в цитируемой работе) относительно отсутствия оснований у юридической догмы и пишет, что изменения в юридической догматике и юридическом мышлении профессионального сообщества и интеллектуальной элиты в целом претерпевали значимые изменения, которые соотносимы с изменениями господствующих «картин мира» (Там же. С. 79). И далее: «При всей значимости проблематики профессионального юридического мышления и юридической догмы для развития теории права и сравнительного правоведения нельзя считать их генезис незримым «внутренним вызреванием», механизм которого заложен исключительно внутри и может быть полноценно рассмотрен без привлечения социокультурного контекста. Полноценное научное исследование континентальной юридической догматики не должно ограничиваться интерналистской исследовательской установкой, воспринимать источник воспроизводства и развития мысленного содержания положительного права как исключительно внутренний, заложенный в структуры самого *ius positivum* и развиваемый исключительно юристами-догматиками. Будучи относительно самостоятельным социокультурным институтом, право вместе с тем неразрывно связано с определенным типом культуры, историческим временем, господствующим философским мировоззрением» (Там же. С. 81). Тем самым автор волей-неволей встает на позиции релятивизма и контекстуализма, с которыми он ведет непримиримую борьбу на страницах своего исследования.

<sup>211</sup> «Догматическое правовое исследование, – утверждает В.М. Сырых, – является наи-

чески выверенного «тотального» (пытающегося охватить все стороны жизни) законодательства, что стало предметом критики нормативизма в середине XX в. Более того, ограничительные теоремы К. Геделя развенчали претензии догматики права на его (права, как и теории права) завершенность и непротиворечивость<sup>212</sup>. Не случайно К. Альчуррон и Е. Булыгин в «Нормативных системах» – работе, ставшей классической, утверждают, что полнота и непротиворечивость системы права – не более чем идеал, в то время, как реально существующие системы права всегда и неполны и противоречивы<sup>213</sup>. В любом случае, обосновать догматику права догматически невозможно. Поэтому сегодня многими современными учеными, которые непредвзято пытаются исследовать состояние теории права (и всей юридической науки), высказывается озабоченность ее догматичностью<sup>214</sup>. При этом критика в гораздо большей степени должна быть отнесе-

---

более распространенным в правовой науке, поскольку именно оно обеспечивает правоведов достоверными и полными знаниями о системе действующего права, ее отдельных отраслях, институтах и нормах права. Изучение же названных явлений составляет начальную задачу данной науки» (Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М. 2014. С. 327).

<sup>212</sup> Ограничительные теоремы, о которых уже упоминалось выше, сыграли принципиально важную роль в формировании постклассической методологии, для которой, как уже отмечалось, характерны неполнота, относительность (релятивность) и контекстуальность знания об объекте, неисчерпаемом в своих проявлениях. Кроме того, вторая теорема К. Геделя говорит о невозможности выведения знания об объекте из самого объекта. Поэтому несбыточными мечтами разума эпохи просвещения можно считать требование «строгости» юридической науки отвечать на вопросы исключительно юридические, ограничивая пространство юриспруденции «пределами легитимных суждений» (Пермяков Ю.Е. Юриспруденция как строгая наука // Юриспруденция в поисках идентичности. С. 157–158). Это же характерно и для высказывания В.П. Малахова: «...выразить природу, содержание и логику правосознания в предельной глубине можно только средствами самого правосознания» (Малахов В.П. Концепция философии права. М., 2007. С. 12).

<sup>213</sup> Альчуррон К.Э., Булыгин Е.Н. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. 2010. Вып. 3. С. 420, 424 и др.

<sup>214</sup> Н.В. Варламова, например, утверждает, что «вся учебная литература по теории права и государства» может быть отнесена к легистской догматике (Дискуссия. Первые философско-правовые чтения памяти В.С. Нерсесянца (либертарно-юридический проект) // Ежегодник либертарно-юридической теории. 2007. Вып. 1. С. 77). Об этом же пишет В.А. Четвернин, по мнению которого полному пересмотру подлежит старая легистско-потестарная догматика, начиная с вопроса о том, что такое норма права и кончая юридической ответственностью. Необходимо «заново создавать юридическую догматику вместо той, которой уже – 150 лет, которая в какой-то мере отражает российскую реальность, поскольку эта реальность имеет мало отношения к праву, но которая в Европе по существу устарела еще 100 лет назад» (Четвернин В.А. Вторые философско-правовые чтения памяти В.С. Нерсесянца (либертарно-юридический проект) // Ежегодник либертарно-юридической теории. 2008. Вып. 2. С. 6). В другом месте он высказывается вместе с А.В. Яковлевым еще резче: «...при формалистическом "подходе" ... происходит подмена понятия. В якобы юридическом сообществе о том, чего нет, принято рассуждать так, как будто оно есть, ибо это выгодно группам, захватившим власть и ощущающим правовую ущербность своего положения. А те, кто идеологи-

на к отраслевым юридическим наукам, нежели к теории права<sup>215</sup>. Это связано с тем, что если в общетеоретическом правоведении имеет место многообразие подходов, направлений и школ, то в отраслевых дисциплинах принципиальных столкновений точек зрения практически нет, так как последним аргументом в них практически всегда выступает «воля законодателя», а точнее – буква закона. Расхождения позиций, конечно, в науках уголовного права, в цивилистике или среди конституционалистов имеют место. Но подавляющее большинство из них касаются не принципиальных вопросов правопонимания, возможности судебного усмотрения или полноты правоприменения кодифицированного акта, либо даже статуса решений высших судебных инстанций как источника права, а затрагивает вопросы преимущественно специфики квалификации того или иного состава преступления, гражданско-правового договора или полномочий государственного служащего<sup>216</sup>. В любом случае основной аргумент, который кладут

---

чески обслуживают интересы этих групп, продуцируют правовой нигилизм, определенную его разновидность представление о праве как о фикции» (Четвернин В.А., Яковлев А.В. Институциональная теория и юридический либертаризм // Там же. С. 216). А.В. Кашанин и Ю.А. Тихомиров отмечают, что господствующее в отечественной теории права позитивистско-догматическое понятие права не может быть априорно принято из-за «излишнего формализма данной позиции, которая отрывает теорию права от реальных проблем правоприменения» (Правоприменение: теория и практика / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2008. С. 8). А.В. Кашанин в соавторстве с С.В. Третьяковым утверждают: «Формальный подход игнорирует необходимое влияние ряда факторов, влияющих на принятие правовых решений, что определяет их частую неадекватность, выражающуюся в том числе в принятии «мертворожденных» либо неприемлемых с общественной точки зрения нормативных актов, а также решений по конкретным делам, возмущающих общественные представления о справедливости» (Там же. С. 69).

<sup>215</sup> Применительно к науке уголовного права об этом, в частности, пишет А.Э. Жалинский: «**Консервация уголовно-правовой науки** приводит к отставанию в логике социального развития, а быть может, осознанному или неосознанному сопротивлению происходящим переменам, вместо их понимания и научно-информационного сопровождения, что противоречит самой роли науки как социального института на службе общества. Во многом это обусловлено природой уголовно-правовой мысли, ее осторожностью и инерционностью. Но так или иначе теория уголовного права и ее носители, как мне кажется, во многих случаях просто не заметили или не пожелали заметить, что они оказались в иной эпохе, в иной экономико-социальной и политической ситуации. Возникновение новых проблем без какой-либо аргументации, а ее в науке уголовного права и не может не быть, объявляется "глубоким экономическим, социально-политическим и духовным кризисом"» (Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009. С. 107–108).

<sup>216</sup> Можно на пальцах одной руки пересчитать действительно серьезные научные исследования в отраслевых юридических дисциплинах, в которых затрагиваются фундаментальные проблемы соответствующей науки. К ним я бы отнес работы А.С. Александрова, В.А. Белова, К.И. Скловского, К.А. Арановского, А.Э. Жалинского. Особняком в этом ряду располагаются научные исследования таких отечественных криминологов, как Я.И. Гилянский и Д.А. Шестаков в связи с особым статусом криминологии в уголовно-правовом цикле наук: криминология, на мой взгляд, должна быть (и в лучших примерах таковой и является) теоретическим основанием этих дисциплин, (например,

в обоснование своих «теорий» представители отраслевых дисциплин, сводится к законодательству – высшей догме, принимаемой в качестве аксиомы.

Однако главная проблема структурализма и, соответственно, аналитической (догматической) теории права (и юриспруденции), для которой характерны наивные натурализм, универсальность, вера в причинность и предсказуемость – **реификация** или гипостазирование общеюридических понятий (возможно, это относится и к категориям отраслевых юридических наук). Суть **реификации** состоит в овеществлении абстрактных понятий, в представлении их как некой материальной сущности, обладающей самостоятельными бытийными свойствами, в т.ч. воздействия на отношения между людьми. Если вспомнить марксизм, то овеществление (реификация) состоит в том, что отношения между людьми принимают видимость отношений между вещами, в чем состоит, в частности, товарный фетишизм. Гипостазирование – это приписывание свойств существования идеальным объектам, понятиям и теориям, т.е. их онтологизация. К этим категориям социальных наук примыкает антропоморфизм (по терминологии Ф. Хайека<sup>217</sup>) или персонификационные метафоры или метонимии (по терминологии Дж. Лакоффа и М. Джонсона<sup>218</sup>) – перенесение человеческих характеристик на неодушевленные предметы. Ф. Хайек пишет: «Современному человеку кажется неприемлемой идея, что мы не вполне вольны как угодно комбинировать свойства, которые мы находим желательными для нашего общества, и что не любой набор таких свойств окажется жизнеспособным целым; иными словами, что мы не имеем возможности создавать желательный общественный порядок из особенно привлекательных для нас элементов на манер некой мозаики и что многие благонамеренные начинания могут тянуть за собой длинный хвост непредвидимых и нежелательных последствий»<sup>219</sup>.

***Практически все понятия классической юриспруденции – норма права, система права, субъект права, действие права и т.д. – суть реифицированные категории, коим приписывается (атрибутируется) свойство объективного надличностного (безличностного) бытия. А ученый-юрист олицетворяется юридическим Гераклом (по У. Блекстону), знающим ответы на все вопросы. В связи с этим насущной задачей постклассической теории права становится переописание юридической догматики: не отказ от нее, но наполнение человекаразмерностью и***

---

обосновывая основания уголовного запрета, разрабатывая проблемы уголовной политики и социального контроля за преступностью), что вытекает, в частности, из программы социологии уголовного права Л.И. Спиридонова. При этом следует заметить, что многие оригинальные размышления приведенных выше авторов относятся как к теории права, так и философии права.

<sup>217</sup> Хайек Ф. Право, законодательство и свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 45, 462.

<sup>218</sup> Lakoff G., Jonson M. Metaphors we live by. Chicago, London, 1980.

<sup>219</sup> Хайек Ф. Указ. соч. С. 77–78.

*практической ориентированностью*<sup>220</sup>.

Конец XX в. совпал с будоражающим многие умы ощущением смены господствующего мировоззрения, по крайней мере, западного общества. В философии, шире – в гуманитарном знании – это умонастроение получило наименование сперва постпозитивизма, затем постмодернизма и постструктурализма. Параллельно – будучи во многом обусловленным этим процессом – происходили и продолжают изменяться философские основания науки. Если постмодернизм – это радикальная критика исходных положений культуры (в самом широком смысле слова) эпохи модерна (индустриального общества), то очевидна необходимость переформулировки оснований науковедения, выработка позитивной (но не позитивистской) программы науки.

Что же изменяется в мировоззрении (пост)современного общества? Главное – проблематизируются понятия «общество» и «человек». Из самоочевидных данностей, на которых строился каркас всех общественных наук, они превратились в самые спорные, не поддающиеся референции многомерные, постоянно изменчивые феномены<sup>221</sup>. Так, крупнейший немецкий социолог XX в. Н. Луман основное и непреодолимое противоречие видит в невозможности соотнести человека и общество в одном целом (в системе)<sup>222</sup> и приходит к выводу о необходимости сформулировать кон-

---

<sup>220</sup> Об этом же, в принципе, пишет и С.Н. Касаткин: «Одними из ключевых проблем современной российской юриспруденции представляются эссенциалистская трактовка права и правовых явлений, а также связанная с этим непроясненность методологических оснований собственного правового теоретизирования. В ее сегодняшнем состоянии отечественную юриспруденцию можно во многом уподобить классической физике, наблюдающей за объектами («вещами»), очевидность которых несомненна. Право мыслится здесь как данность *suī generis* с четкими границами, свойствами, функциями, закономерностями и пр., данность, по отношению к которой миссия исследователя и социального деятеля заключается в ее открытии, (достоверном) описании, (положительной) оценке и принятии, воплощении в жизнь» (Касаткин С.Н. Юриспруденция и словоупотребление. Проект юридической догматики // Юриспруденция в поисках идентичности. С. 10). В связи с этим он и формулирует программу юридической догматики в качестве проекта юридического языка.

<sup>221</sup> «...современная культурная ситуация заставляет с подозрением относиться к самой идее общества. Размывание территориальных границ, формирование общей информационной среды, унификация норм и стандартов жизни делают проблематичным то, что с конца XIX столетия и до недавнего времени оставалось аксиомой социологии, – неколебимость общества как самостоятельной суверенной реальности. Социология вынужденно адаптируется к такой трансформации своего объекта. Чтобы преодолеть разрыв между базовыми социологическими концептуализациями и изменяющимся объектом исследования энной теории, приходится либо прибегнуть к радикальному переосмыслению этого объекта («переопределить общество»), либо произвести рефокусировку своего исследовательского интереса («уйти от общества») (Вахштайн В.С. Социология повседневности и теория фреймов. СПб., 2011. С. 8).

<sup>222</sup> «Если исходить из различения система/окружающий мир, то человека – как живое и осознано переживающее существо – следует локализовать либо в системе, либо в окружающем его мире. (Его разделение на две, три и т.д. части и соответствующее распределение между системой и окружающим миром эмпирически неосуществимо).

цепт общества без индивидов. При этом коммуникация, выступающая содержанием социальности<sup>223</sup>, объявляется аутопойетическим феноменом, способным к самовоспроизведению без какого-либо участия человека, его сознания<sup>224</sup>. Возникает вопрос: кто и как производит сообщение, его передачу, расшифровку и другие операции, традиционно относящиеся к коммуникации? Такой подход представляется радикальной версией структурализма, против которого как раз и восстали постмодернизм и постструктурализм, через демонстрацию всемогущества подчиняющих человека структур<sup>225</sup>.

Об отказе от самодостаточного (аутопойетического) образования – об-

---

Если человека можно было бы рассматривать как часть системы общества, то теорию дифференциации пришлось бы формулировать как теорию распределения людей – будь то слои, нации, этносы или группы. Это привело бы к вопиющему противоречию с концепцией прав человека, в особенности – с пониманием равенства. Подобный «гуманизм» рухнул бы, следовательно, не вынеся собственных идей. Остается лишь возможность рассматривать человека в его целостности, с его душой и телом, как часть окружающего мира системы общества» (Луман Н. Общество как социальная система. М., 2004. С. 26).

<sup>223</sup> Для Н. Лумана все проявления социального объемлются понятием «общество»: «В социологии должно иметься понятие единства всего социального – называют его ныне (в зависимости от теоретических предпочтений) совокупностью социальных связей, процессов, действий или совокупностью коммуникаций. Мы используем для этого понятие общества. Общество есть всеобъемлющая социальная система, включающая в себя все социальное и поэтому не имеющая какого-либо социального окружающего мира. Если сюда привходит еще что-либо социальное, если возникают новые партнеры или темы коммуникации, то общество разрастается вместе с ними» (Луман Н. Социальные системы. Очерк общей теории. СПб., 2007. С. 531). Однако если индивид выводится за рамки общества – как можно увидеть далее – то, следовательно, он не может быть социальным существом. Такой подход представляется малоубедительным. Поэтому более предпочтительно все проявления социального именовать социальностью.

<sup>224</sup> Необходимо заметить, что Н. Луман провозглашает «структурную сопряженность коммуникации с сознанием» (Общество..., С. 109), но далее утверждает: «И все-таки, сознание не является ни «субъектом» коммуникации, ни ее «носителем» в каком-то ином смысле. Оно не привносит в коммуникацию никаких операций (скажем, в смысле некоторой последовательности мысль-речь-мысль-речь). /.../ Поэтому мы должны отказаться от классической метафоры, где коммуникация предстает в виде «перенесения» семантического содержания из одной психической системы, которая ими уже обладает, в другую. /.../»

Не человек способен коммуницировать – коммуницировать способна лишь коммуникация» (Там же. С. 109, 110).

<sup>225</sup> Против «бессубъективности» правовой коммуникации выступает М. ван Хук, постулирующий ее зависимость от нормоотправителя, нормополучателя, смысла, вкладываемого в сообщение и тем и другим, ценностей, господствующих в данной правовой культуре, от «психических элементов» – «особенно это касается общественного признания законов и их интерпретации. Указанные психологические аспекты в значительной степени детерминированы социально и формируются посредством экстенсивного процесса социетальной коммуникации. Коммуникация по поводу права является не только рациональным процессом, но и во многом процессом психологическим» (Ван Хук М. Право как коммуникация. СПб., 2012. С. 270).

щества – как основной категории классической социологии пишет Д. Урри. В эпоху глобализации общество можно понять только через различие с другими обществами. Поэтому понятие «общество» должно быть, по мнению английского социолога, заменено социальностью, базовыми метафорами которой сегодня являются мобильность, сети, перемещения<sup>226</sup>.

Не лучше обстоит дело и с другим вариантом переформулировки понятия общества, предложенного либеральными контрактуалистами. Сторонники новой теории общественного договора – от Д. Ролза до либертарианцев, включая представителей неонституциональной теории общественного выбора, – исходят из первичности человека, который по своему усмотрению в целях максимизации собственной индивидуальной выгоды заключают политический контракт об исходных принципах устройства общества. Не вдаваясь в детали так понимаемого общественного договора<sup>227</sup>, следует заметить, что эта позиция не выдерживает критики с позиций коммунитаризма. Последние справедливо заявляют, что индивидуальные суждения о благе зависят от коллективной оценки общих практик. Эти суждения становятся субъективными и произвольными, будучи оторваны от коллективного обсуждения. Самореализация, формирование индивидуальной идентичности и чувства ориентации в мире зависят от деятельности сообщества. Этот общий процесс есть гражданская жизнь, и корень ее – взаимодействие с другими: другими поколениями, другими типами личности, чьи отличия важны, потому что они делают свой вклад в целое, от которого зависит наше частное самоощущение<sup>228</sup>. Лидер коммунитаризма Ч. Тейлор утверждает, что либеральные теории основаны на «атомизме», на «крайне поверхностной моральной психологии», согласно которой индивиды самодостаточны вне общества. Индивиды, в соответствии с атомистическими теориями не нуждаются ни в каком социальном контексте для того, чтобы реализовывать и развивать свою способность к самоопределению. Ч. Тейлор вместо этого выдвигает «социальный тезис», утверждающий, что эта способность может проявляться только в обществе определенного типа с определенной социальной средой<sup>229</sup>.

Таким образом, возникает антиномия индивида и структуры, или основной вопрос социальной философии: что первично – общество или человек? На него пытались ответить все сколько-нибудь значимые философы, начиная с Античности (или – может быть – Древнего мира) и до наших

---

<sup>226</sup> Урри Дж. Социология за пределами обществ: виды мобильности для XXI столетия. М., 2012.

<sup>227</sup> Из последних публикаций см.: Кукатас Ч. Либеральный архипелаг: теория разнообразия и свободы. М., 2011; Таллок Г. Общественные блага, перераспределение и поиск ренты. М., 2011. Критический обзор неонституционализма, теории рационального выбора и экономического анализа права см.: Шапиро И. Бегство от реальности в гуманитарных науках. М., 2011.

<sup>228</sup> Sullivan W. *Reconstructing Public Philosophy*. Berkeley; Los Angeles, 1982. P. 158.

<sup>229</sup> Taylor Ch. *Philosophy and the Human Science*. *Philosophical Papers*. Cambridge, 1985. P. 190–191.

дней. При этом практически все придерживались монистической точки зрения, аргументируя в пользу либо одной позиции, именуемой методологическим холизмом, либо другой – методологический индивидуализм. Представляется, что постклассика вносит свою лепту в решение этого вопроса, отказываясь от противопоставления этих полярных позиций в пользу их взаимной дополнительности, взаимообусловленности или диалога. Индивида невозможно вынести за пределы общества, как это делает Н. Луман, как и невозможно обособить интеракцию и рамку (фрейм), речь от языка и т.д. Необходимо показать, как первичное действие (в широком смысле слова, включая ментальную активность человека) порождает коллективные представления (или социальные представления по С. Московичи), в которых закрепляются социальные статусы и связи между ними, и которые, в свою очередь, реализуются в последующих действиях людей как некоторая традиция. Такую программу в свое время предложил П. Бурдьё: «Единственно возможное основание закона – в истории, которая, если быть точным, уничтожает любое основание. Б. Паскаль напоминает, что *история есть идеальное оружие против абсолютизма любого сорта*, поскольку абсолютизм всегда базируется на абсолютизации или натурализации исторических принципов. Какими бы ни были принципы, включая и самые рациональные принципы самого "чистого" разума, например, математического, логического или физического, они всегда сводимы в конечном итоге к их происхождению, а значит – к произвольному истоку. **Основа закона есть** ни что иное как **произвол**, т.е. по Б. Паскалю, – "правда узурпации". А видимость естественности, необходимости закону придает то, что я называю "амнезией происхождения". Рожденная из привыкания к обычаю, она скрывает то, что формулируется приведенной выше тавтологией "Закон есть закон, и больше ничего". А как только мы хотим докопаться до корней, как писал Б. Паскаль, рассмотреть смысл существования закона и идем к самому его истоку, возвращаемся к его началу, то обнаруживаем один лишь произвол. У истока закона нет ничего, кроме обычая, т.е. исторического произвола исторического разума»<sup>230</sup>. Социальная реальность, порождаемая первичным произволом, есть «множество невидимых связей, тех самых, что формируют пространство позиций, внешних по отношению друг к другу, определенных одни через другие по их близости, соседству или по дистанции между ними, а также по относительному положению: сверху, снизу или между, посередине»<sup>231</sup>. «Социальный мир в значительной мере есть то, что делают в каждый момент его агенты; но разрушить и переделать сделанное можно лишь на основе реального знания о том, что из себя представляет социальный мир и какое влияние аген-

---

<sup>230</sup> Бурдьё П. За рационалистический историзм // Социологос постмодернизма'97. Альманах Российско-французского центра социологических исследований Института социологии Российской Академии наук. М., 1996. С. 15.

<sup>231</sup> Бурдьё П. Социальное пространство и символическая власть // Социология социального пространства. М.–СПб., 2005. С. 68.

ты оказывают на него в зависимости от занимаемой ими позиции»<sup>232</sup>.

Социальные статусы или классы, по мысли выдающегося французского социолога, не могут быть сведены ни к объективной данности, ни к субъективному произволу: «...субъективизм предрасположен редуцировать структуры к взаимодействиям, объективизм стремится выводить действия и взаимодействия из структуры. Таким образом, главная ошибка, ошибка теоретизирования, которую мы находим у Маркса, заключается в рассмотрении классов на бумаге как реальных классов, в выведении из объективной однородности условий, обусловленностей и, следовательно, диспозиций, которые вытекают из идентичности позиций в социальном пространстве, их существования в качестве единой группы, в качестве класса»<sup>233</sup>. Все социальные группы суть позиции в социальном поле, порожденные борьбой за «монополию легитимной *номинации* как официального – эксплицитного и публичного – благословения легитимного видения социального мира»<sup>234</sup> и процессом «пресуществования», «узурпации делегирования» и «самоосуществления доверенных лиц»<sup>235</sup>. «Чтобы изучить, как создается и учреждается власть создавать и учреждать, власть, имеющая официального представителя, например руководителя партии или профсоюза, недостаточно учитывать специфические интересы теоретиков или представителей и структурное сходство, которое их объединяет на основе полномочий. Необходимо также анализировать логику, обыкновенно воспринимаемую и описываемую как процесс делегирования, в котором уполномоченное лицо получает от группы власть образовывать группу. Здесь можно следовать, преобразовывая их анализ, историкам права (Канторович, Пос и др.), когда они описывают мистерию министерства – любезную юристам канонического права игру слов *mysterium* и *ministerium*. Тайна процесса пресуществования, которая совершается через превращение официального представителя в группу, чье мнение он выражает, не может быть разгадана иначе, как в историческом анализе генезиса и функционирования *представления*, при помощи которого представитель образует группу, которая произвела его самого. Официальный представитель, обладающий полной властью говорить и действовать во имя группы, и, вначале, властью над группой с помощью магии слова приказа, замещает груп-

---

<sup>232</sup> Бурдьё П. Социальное пространство и генезис «классов» // Социология социального пространства. М.–СПб., 2005. С. 32.

<sup>233</sup> Там же. С. 71–72. Важно заметить, что П. Бурдьё, придерживающийся позиции социального конструктивизма, подчеркивает: «Но это не означает, что можно сконструировать все что угодно и неважно каким способом: ни в теории, ни на практике» (Там же. С. 72).

<sup>234</sup> Там же. С. 27.

<sup>235</sup> Для этого используется «эффект оракула»: «Эффект оракула являет собой предельную форму результативности; это то, что позволяет уполномоченному представителю, опираясь на авторитет уполномочившей его группы, применять по отношению к каждому отдельному члену группы признанную форму принуждения, символическое насилие» (Бурдьё П. Делегирование и политический фетишизм // Социология политики. М., 1993. С. 248).

пу, существующую только через эту доверенность. Персонифицируя одно условное лицо, социальный вымысел, официальный представитель выхватывает тех, кого он намерен представлять как изолированных индивидов, позволяя им действовать и говорить через его посредство, как один человек. Взамен он получает право рассматривать себя в качестве группы, говорить и действовать, как целая группа в одном человеке: «Status est magistratus», «Государство – это я», «Профсоюз думает, что...» и т.п.<sup>236</sup>

Сложность определения общества, как и любого социального явления, института, состоит в том, что социальность не имеет непосредственной референции (указания на что-то материальное, фактическое, представляющее собой «общество»). Любое единичное проявление социальности никогда полностью не объемлет ее. Но в то же время без воплощения в единичном – можно сказать в «человеческом субстрате» – социальное не существует.

Вышеизложенное дает основание заключить, что *общество – это сложившиеся на основе первичного действия представителя элиты и/или референтной группы социальные статусы (роли, позиции) и их воспроизводство (в том числе, и видоизменение) конкретными людьми – широкими народными массами, социализированными в рамках данной культуры, выступающей содержанием общества*. Это же касается и социальных образований более «мелких», по сравнению с обществом, охватывающим все формы социальности шире сообщества (общины)<sup>237</sup>: социального института, малой группы, субкультуры. Акцент здесь делается на механизме воспроизводства социальных (в том числе и правовых) статусов, конструирования социальных институтов и социализации индивидов. Конечно, при этом остаются сложные и до конца не решенные проблемы, например, границ общества, критериев или оснований объединения индивидов в социальное «целое» – общество и др. Однако без хотя бы абстрактного понятия общества невозможны исследования во всех социальных науках, ибо анализ экономики, политики или права не может не опираться на представление об обществе<sup>238</sup>.

В чем же бытие социальности как того общего, что разделяют и воспроизводят своими действиями отдельные индивидуумы? Тут мы подходим ко второй антиномии общественного бытия (первой выступала дихо-

---

<sup>236</sup> Бурдые П. Социальное пространство и генезис «классов» // Социология социального пространства. М.–СПб., 2005. С. 40–41.

<sup>237</sup> Об обществе позволительно говорить применительно к нации, локальной культуре-цивилизации, человечеству как таковому, в то время как сообщество, по терминологии Ф. Тенниса, имманентно общине, близким клановым или семейно-родственным связям.

<sup>238</sup> Интересно, что критик традиционного понятия общества Д. Урри в работе с характерным названием «Социология за пределами общества», полагающий, что современной (постсовременной) социологии пора расстаться с этим бессмысленным (сегодня) понятием, не может обойтись без метафор «сети, потока и перемещения», описывающих глобальный мир, т.е. производящий переосмысление понятия общества (Урри Д. Социология за пределами обществ: виды мобильности для XXI столетия. М., 2012. С. 39).

томия структуры и человека, включая его единичное действие) – взаимодополнительность материального и идеального (психического). Специфика социального состоит в его знаково-символическом опосредовании: это не мир людей, их действий и вещей, а значений и смыслов, которые приписываются людям, действиям и вещам. Означивание и осмысление выступает содержанием культуры, которая, в свою очередь, и есть содержание социальности.

Человек в постклассической картине мира – не вынесенная за скобки субстанция, а активное начало всех социальных образований. При этом человек, в свою очередь, есть продукт социализаторской деятельности общества – социально значимого Другого или референтной группы.

Переход от классической картины мира к неклассической и постклассической (постнеклассической) связан, ко всему прочему, с изменением типов рациональности<sup>239</sup>. Классическая рациональность, соединяющая познавательный и онтологический аспекты<sup>240</sup>, ориентирована на объективность познания внешнего мира трансцендентным субъектом, воплощающим научный разум как таковой, а тем самым постулирует универсальность и аподиктичность научного знания. Она четко описывается схемой субъект-объект. Неклассическая рациональность проблематизирует объективность познания, признавая зависимость представления об объекте от используемого метода (шире – позиции субъекта). Она вписывает в субъект-объектное отношение опосредующий его метод. Постклассическая (или постнеклассическая) рациональность вводит субъект-объектное отношение в социокультурный контекст, определяемый историей, ценностями, интересами и потребностями субъекта<sup>241</sup>. Ближе всего к постклассическому типу рациональности, как представляется, примыкает парадигма социальной эпистемологии<sup>242</sup>, а также социологии знания<sup>243</sup>.

---

<sup>239</sup> См. подробнее: Постнеклассика: философия, наука, культура: колл. монография / отв. ред. Л.П. Киященко, В.С. Степин. СПб., 2009.

<sup>240</sup> «Научный Метод должен обеспечивать взаимное соответствие мышления и социальной действительности», – описывает Декартову установку Ю.Л. Качанов (Качанов Ю.Л. Социология социологии: антитезисы. М.–СПб., 2001. С. 39).

<sup>241</sup> Отличия классической, неклассической и постнеклассической научной картины мира, включающей соответствующий тип рациональности, связаны также с типами объектов исследования (конструируемые научной картиной мира): простые механистические системы, сложные саморегулирующиеся системы и сложные саморазвивающиеся системы (Степин В.С. Классика, неклассика, постнеклассика: критерии различения // Постнеклассика. С. 250 и след.).

<sup>242</sup> См.: Социальная эпистемология: идеи, методы, программы / под ред. И.Т. Касавина. М., 2010.

<sup>243</sup> По мнению сторонников социологии знаний, научная деятельность не обладает привилегированным эпистемологическим статусом, а обусловлена теми же целями и мотивами, что и любая другая деятельность, например, культурными и идеологическими ценностями, конкурентной борьбой за финансирование и социальное признание и т.д. Так, Б. Барнс рассматривает науку как одну из институционализированных систем естественных – культурно обусловленных и поддерживаемых – верований, но не как уникальный и безусловно высший по отношению ко всем другим способ получения

Таким образом, можно резюмировать, что «человекоцентристское» измерение социальности, сформированное постклассической картиной мира, основанное на методологии социального конструктивизма<sup>244</sup>, а также близких ему теоретических направлениях дискурс-анализ<sup>245</sup> и теории социальных представлений<sup>246</sup> предлагает следующую «картину» социальной реальности: *1) любое социальное явление (процесс, норма, институт) существует в трех модусах бытия – в виде массового поведения, знаковой формы и ментального образа, включая индивидуальные, групповые и коллективные (социальные, общественные) формы проявления, взаимодействующие друг с другом; 2) социальное явление является результатом предшествующей практики, в том числе, означивания, в определенном смысле результатом произвола (по отношению к предшествующим явлениям и практикам), который, впрочем, не может быть каким угодно, выступая, в то же время, относительно устойчивой структурой – массово повторяющимся поведением, зафиксированным знаком и общепринятым ментальным образом; 3) социальное явление (институт) не есть некая данность, объективная сущность, открываемая в «природе вещей», а представляет собой социальный конструкт, обусловленный и ограниченный хабиитуализацией (опривы-*

---

достоверного знания. (Barnes B. Scientific knowledge and sociological theory. London, Boston, 1974). Д. Блур, один из лидеров «Эдинбургской школы социологии знания» сформулировал «сильную программу социологии знания». Эта программа включает четыре требования: 1) казуальность, что предполагает необходимость установления причин верования, т.е. общих законов, которые связывают верования с необходимым и достаточным образом детерминирующими их условиями; 2) беспристрастность, согласно которой программа должна объяснить как успех научной теории, так и ее неудачу – программа должна быть беспристрастной относительно истинности или ложности; 3) рефлексивность – создаваемые социологической теорией модели обязаны быть применимыми и к интерпретации самих социологических объяснений; 4) симметричность, что предполагает объяснение содержания всякого (научного и ненаучного, истинного и ложного) знания из порождающих его социальных условий и вне зависимости от его оценки познающим субъектом, иными словами, истинные и ложные верования должны анализироваться симметрично, с помощью одного и того же концептуального аппарата. (Bloor D. Knowledge and social imagery. London, 1976).

Не все из приведенного выше является бесспорным (тем более, что ничего бесспорного быть не может в принципе). Однако представляется очевидным, что социальные факторы влияют на научную деятельность – на производство, фиксацию, трансляцию и применение знания. Более того, сам элементарный акт перцепции, как доказано в современной социальной психологии, социально детерминирован.

<sup>244</sup> Честнов И.Л. Конструирование социально и правовой реальности // Конструирование девиантности: монография / под ред. Я.И. Гилинского. СПб., 2011; Gergen K. Realities and relationships: soundings in social construction. Cambridge (Mass.); London, 1994. P. 184.

<sup>245</sup> Fairclough N. Critical Discourse Analysis. London, 1995; Laclau E. Discourse // The Blackwell Companion to Contemporary Culture / Ed. By R. Goodin, P. Pettit. Oxford, 1993; Laclau E, Mouffe C. Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics. London, 1985.

<sup>246</sup> Moscovici S, Farr R. (eds.) Social Representations. Cambridge, 1984.

чиванием) предшествующих практик; 4) оно никогда не является окончательно завершенным, а находится в состоянии постоянного переосмысления, а тем самым, трансформации; 5) любое социальное явление контекстуально и релятивно: оно зависит от исторического и социокультурного контекста, то есть, его содержание определяется связью с другими социальными явлениями и обществом как целым.

Если суммировать многочисленные высказывания современных мыслителей о том, чем *современная методологическая ситуация* отличается от классической, то можно выделить следующие ее характеристики<sup>247</sup>. Во-первых, наука уже не занимает того положения, которое ей приписывалось в «эпоху сциентизма». После работ постпозитивистов (прежде всего, «методологического анархиста» П. Фейерабенда), социологов знания, социальной феноменологии и исследований Римского клуба стало очевидно, что наука не обладает привилегированным эпистемологическим статусом, не является основной формой знания, а наоборот ответственна за многие (если не за все) глобальные проблемы современности. Во-вторых, «антропологический поворот»<sup>248</sup>, произошедший во второй половине XX в., привел к важнейшему (и до конца не осознанному в науковедении) изменению основного гносеологического отношения: от субъект-объектного к субъект-субъектному, включающему в себя субъект-объектное. Это говорит о том, что научное познание является социокультурно и исторически обусловленным, как сам процесс познания, так и использование знания (все элементы воспроизведения научного знания)<sup>249</sup>. Отсюда перенос интереса

---

<sup>247</sup> О постклассической эпистемологии см.: Лекторский В.А. Эпистемология классическая и неклассическая. М., 2001; его же. Научное и вненаучное...; Микешина Л.А. Философия познания. Полемические главы. М., 2002; Степин В.С. Научное познание и ценности техногенной цивилизации // Вопросы философии. 1989. № 10; его же. От классической к постклассической науке (изменение оснований и ценностных ориентаций) // Ценностные аспекты развития науки. М., 1990; его же. Теоретические знания. М., 2000. В «Энциклопедии эпистемологии и философии науки» приводятся следующие характеристики неклассической эпистемологии, которая постепенно складывается в последние десятилетия XX в.: пост-критицизм; отказ от фундаментализма; отказ от субъектоцентризма; отказ от наукоцентризма (Энциклопедия эпистемологии и философии науки. С. 1164–1165). Как видим, выделенные признаки во многом соответствуют тому, о чем речь идет в настоящей работе. Замечу, что В.С. Степин и некоторые другие философы предпочитают проводить отличие неклассической эпистемологии и постнеклассической.

<sup>248</sup> «Этот поворот к новому философскому обоснованию гуманитарных и социальных наук, в котором произошла не только апелляция к проблематике человека во всей ее широте, но и произошла радикальная смена методологического оснащения гуманитарных и социальных наук, потребовал и от самой философии кардинальной перестройки своего объекта и средств рефлексивного анализа сознания и знания» (Огурцов А.П. Философия науки: двадцатый век: Концепции и проблемы: В 3 ч. Часть третья: Философия науки и историографии. СПб., 2011. С. 259–260). Об антропо-экзистенциальной эпистемологии см.: Микешина Л.А. Философия познания. Полемические главы. М., 2002. С. 52 и след.

<sup>249</sup> На это важное положение обращается внимание в социальной психологии науки и

современных исследователей от знания как такового к процессу его воспроизводства и к научному сообществу – главному субъекту производства знания, а также опосредующим его социокультурным и историческим условиям (контексту).

Для постклассической методологии характерна также проблематизация познаваемости мира и шире – референтности (отношения знака и предмета, опосредованного означаемым)<sup>250</sup>. Отсюда вытекает знаменитый тезис Ж.-Ф. Лиотара о том, что современность (постмодерн) – это недоверие к метанарративам<sup>251</sup>, которые сегодня утратили свое легитимирующее зна-

---

социологии знания, утверждая, что на результаты научной деятельности влияет историческая эпоха, специфика культуры среды обитания ученого, научная политика государства, биографические особенности ученого, его ближайшее окружение (малая группа) и другие социокультурные и психологические факторы. Так, на первой конференции по социологии научного знания, состоявшейся в 1972 г. утверждалось, что наука – это разновидность культурной деятельности (Social processes of scientific development / Ed. By R. Whitley. London; Boston, 1974. P. 1). Социология науки должна отказаться от образа нормативной науки в пользу интерпретативной и обратиться к изучению культурных образцов, которые детерминируют поведение ученых (Law J. Theories and methods in the sociology of science: an interpretative approach // Social science inform. 1974. Vol. 13. № 2). По мнению одного из лидеров социологии знания Б. Барнса наука – не что иное, как система культурно обусловленных верований, а теория представляет собой метафору понимания новых объектов (Barnes B. Scientific knowledge and social theory. L.; Boston, 1974. P. 43, 49). М. Фуко редуцирует науку к отношениям власти, пронизывающим все ткани общества. Воля к знанию, по мнению одного из идеологов постмодернизма, есть выражение воли к власти, а действия науки, направленные на овладение истиной, являются одновременно и действиями власти (Foucault M. Die gesellschaftliche Ausweitung der Norm // Mikrophysik der Macht. Berlin, 1976. S. 87). Многие идеи представителей социологии знания и иже с ними представляются чрезвычайно радикальными, так как не учитывают относительной самостоятельности «поля науки», но это не свидетельствует о бесперспективности анализа науки в рамках историко-социокультурного контекста.

<sup>250</sup> Постструктуралисты – предшественники постмодернистов – утверждают, что между знаком и означаемым нет и не может быть однозначной связи (Барт Р. Из книги «О Расине» // Барт Р. Избранные работы. Семиотика. Поэтика. М., 1989; Деррида Ж. Голос и феномен и другие работы по теории знака Гуссерля. СПб., 1999). Поэтому социальное бытие все больше и больше превращается в «игру означающих», в бытие симулякров – копий без оригиналов, существующих сами по себе, без соотнесения с оригиналом. Другими словами, это «пустая форма», которая принимает форму идеологии и заставляет человека видеть, например, государство и право как реально существующие объекты (вещи), в то время, как их реальность – магически-ритуальный язык системы (Baudrillard J. Simulations. N.Y., 1983).

<sup>251</sup> Метанарративы – это концепции предельной общности (теории К. Маркса, Т. Парсонса, П. Сорокина и др.), которые легитимируют общественный порядок эпохи модерна (Лиотар Ж.-Ф. Состояние постмодерна. СПб., 1998). В связи с утратой ими своего легитимирующего значения радикализуется проблема «короткого замыкания» – перехода от философских конструкций к эмпирическому уровню научного исследования и практическим действиям. «Социальная прагматика, пишет Ж.-Ф. Лиотар, – не обладает "простотой" научной прагматики. Это чудовище, образованное наложением сетей гетероморфных классов высказываний (денотативных, прескриптивных, перформативных, технических, оценочных и т.д.). Нет никаких оснований считать, что можно опре-

чение. На вопрос о том, существует ли объективный мир, «природа вещей», с которой должно быть соотнесено научное знание, представители постклассической эпистемологии отвечают в большинстве своем отрицательно. Образ мира для них – это скорее конвенции, соглашения научного сообщества, хотя и не произвольные, а такие, которые демонстрируют большую познавательную эффективность.

Постклассическая методология акцентирует внимание на росте знаний и предлагает некумулятивную концепцию его приращения. Одним из первых такую точку зрения высказал Т. Кун в знаменитой работе «Структура научных революций», в которой показал, что нет поступательного (кумулятивного) развития научного знания; оно растет (изменяется) «революционно», в силу наукой не эксплицируемой креативности. Между научными революциями осуществляется всего лишь «подгонка» новых фактов под парадигму – образец. К. Поппер, выдвинув принцип фаллибилизма (опровержимости) в качестве критерия научности, утверждал тем самым что наука – это собрание заблуждений, так как каждое научное открытие неизбежно когда-нибудь будет опровергнуто. Это, как минимум, заставляет критически относиться к самым казалось бы очевидным истинам.

Постклассическая методология также развенчала догму эмпиризма, то есть требование верификации (подтверждаемости теории опытом). Ни одна теория не является полностью верифицируемой, так и невозможна ее окончательная фальсификация, – утверждает У. Куайн<sup>252</sup>. Активное развитие синергетики привело к тому, что современное науковедение отказалось от краеугольного принципа классической науки – принципа причинности. Все это, как будет показано ниже, имеет самое непосредственное отношение и к познанию государства и права.

И еще одно отличие постклассической методологии от классической. Последняя основывалась на дихотомических антиномиях индивидуализм – холизм, идеализм – материализм (реализм), сущее – должное и т.д. При этом все классические теории познания исходили из принятия в качестве основания какого-либо одного из двух полюсов антиномий доказывая недостаточность противоположной точки зрения. Современная (постклассическая) теория познания в качестве своего основания берет не одну из двух противоположностей, а процесс их снятия, то, что, условно говоря, располагается между ними, демонстрируя их взаимообусловленность. Такая методология может быть названа диалогической<sup>253</sup>, и ее интенции применительно к юриспруденции будут раскрыты ниже.

---

делить метапрескрипции общие для всех языковых игр, и что один обновляемый консенсус (тот, что в определенные моменты главенствует в научном сообществе) может охватить совокупность метапрескрипций, упорядочивающих совокупность высказываний, циркулирующих в обществе» (Лиотар Ж.-Ф. Состояние постмодерна. СПб., 1998. С. 155).

<sup>252</sup> Quine V.W.O. *Ontological Relativity and Other Essays*. N.Y., 1969.

<sup>253</sup> Косвенно эта проблематика раскрывается в работе: Честнов И.Л. *Право как диалог. К формированию новой онтологии правовой реальности*. СПб., 2000.

В общем и целом посткласическая методология предполагает «переоценку фундаментализма, признание многомерного образа реальности, а также неустранимой множественности описаний и "точек зрения", отношения дополнительности и взаимодействия между ними. Преодоление тотального господства одной (любой) доктрины – это, по существу, не только идеологическое, но и методологическое требование для философии познания XXI века. Мы уже работаем в контексте многих постмодернистских принципов, не всегда осознавая, как известный герой Мольера, что "говорим прозой"»<sup>254</sup>.

Переходя собственно к методологии сравнительного правоведения, необходимо отметить, что для нее характерны все изложенные выше проблемы<sup>255</sup>. В принципе, единственное отличие методологии сравнительного правоведения – преимущественное использование всеобщего научного метода – сравнения. При этом юридическая компаративистика использует все иные методы правоведения для наполнения сравнительно-правового анализа конкретным содержанием.

Структуру юридической компаративистики можно вслед за А.Д. Тихомировым описать как единство и взаимодополнение доминирующего мировоззрения, типа научного мышления, существующих общенаучных и частнонаучных парадигм философских и других оснований, методологических подходов, теории и других научных знаний, потенциально возможных и используемых методов, методик конкретных юридических компаративных исследований<sup>256</sup>.

**Сравнительный метод** позволяет соотнести изучаемое явление с другими явлениями и тем самым гораздо лучше выявить его существенные характеристики. Однако, несмотря на многочисленную литературу по сравнительному правоведению, приходится констатировать, что этот метод (точнее – методика, основанная на всеобщем методе сравнения) в юриспруденции разработан крайне недостаточно. Поэтому обратимся к социологической и политологической литературе, в которой методологические проблемы сравнительного анализа изучены гораздо лучше<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> Микешина Л.А. Философия познания... С. 53–54. Авторы коллективной монографии «Социальная эпистемология», которую смело можно квалифицировать как посткласическую, выделяют следующие ее характерные черты: контекстуализм, герменевтическую истолковательность, дискурсивность, интерсубъективность, смысловую направленность, релятивизм, акцент на практическое знание и экзистенциальный опыт, категориальные сдвиги в неклассическом мышлении (Социальная эпистемология: идеи, методы, программа / под ред. И.Т. Касавина. М., 2010. С. 15–257).

<sup>255</sup> См. подробнее: Тихомиров А.Д. Указ. соч. С. 187–261.

<sup>256</sup> Там же. С. 253.

<sup>257</sup> Алмонд Г., Пауэлл Дж., Стром К., Далтон Р. Сравнительная политология сегодня. Мировой обзор. М., 2002; Доган М., Пеласси Д. Сравнительная политическая социология. М., 1994; Сморгунов Л.В. Сравнительная политология: Теория и методология измерения демократии. СПб., 1999; Он же. Современная сравнительная политология: учебник. М., 2002; Чилкот Р.Х. Теории сравнительной политологии. В поисках парадигмы. М., 2001. Обращаем внимание, что в этих работах рассматриваются именно ме-

Сравнение как таковое – это выявление общего и особенного в сравниваемых объектах, явлениях. В результате можно обнаружить эмпирические законы соответствия (корреляции), последовательности условий и явлений (каузации) или отношения подобия, хотя само по себе сравнение – не более чем описание, иллюстрация, средство подтверждения некоторой гипотезы<sup>258</sup>.

В основе методики сравнения лежит выявление отношений между заранее выделенными переменными. При этом выделяются зависимые переменные (выступающие как результат воздействия некоторых условий, обстоятельств) и независимые (характеризующие эти условия и обстоятельства), а также вмешивающиеся (оказывающие определенное воздействие на связь зависимых и независимых переменных). Важное значение при сравнительных исследованиях придается также выбору параметров – постоянных характеристик (качеств) объекта.

При проведении сравнения возникают достаточно серьезные методологические проблемы, на которых следует остановиться подробнее.

1. Проблема сравнимости. Условием сравнения является некоторая относительная схожесть и различие исследуемых объектов, явлений. Тожественные и абсолютно несхожие явления сравнительному анализу не поддаются. Поэтому необходимо найти «золотую середину» того и другого. При исследовании отношения зависимых и независимых переменных рекомендуется выбирать объекты, схожие по большинству параметров, хотя можно использовать максимальное различие для выявления их контрастности.

2. Проблема эквивалентности понятий и процедур, используемых в исследовании. Она связана с проблемой лингвистической относительности<sup>259</sup>, то есть невозможности адекватного перевода содержательных понятий с языка одной культуры на язык другой<sup>260</sup>. Поэтому перед проведением

---

тодологические проблемы сравнения, а не просто приводятся результаты сравнительных исследований. Из юридических исследований метода сравнительного правоведения можно выделить: Ансель М. Методологические проблемы сравнительного правоведения // Очерки сравнительного права / отв. ред. В.А. Туманов. М., 1981; Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. I: Основы. М., 1998; Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть: учебник для юрид. вузов. М., 2001. Пожалуй единственным монографическим исследованием методологии сравнительного правоведения на постсоветском пространстве является монография А.Д. Тихомирова: Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев, 2005.

<sup>258</sup> Сморгун Л.В. Сравнительная политология. С. 35.

<sup>259</sup> О лингвистической и онтологической относительности см. подробнее: Честнов И.Л. Право как диалог: К формированию новой онтологии правовой реальности. СПб., 2000. С. 5–9.

<sup>260</sup> С этой проблемой столкнулись, в частности, японцы, когда в конце XIX в. Проводили реформы своего законодательства по образу и подобию западноевропейского: оказалось, что в японском языке не адекватного эквивалента английскому freedom, так как соответствующий японский термин означает эгоизм, что для японцев высшей цен-

ем сравнительного исследования необходима концептуализация и по возможности операционализация основных понятий, терминов, на основе которых оно будет производиться. При этом желательно сходство индексов и индикаторов сравниваемых объектов. Для установления единства используемых в разных культурных контекстах понятий рекомендуется процедура обратного перевода, предварительного зондажа используемых понятий.

3. Проблема универсальности: отражают ли общие понятия реальное содержание правовых процессов и явлений в различных культурно-исторических контекстах? Для преодоления этой, вытекающей из предыдущей, проблемы рекомендуется сравнение, проводимое по нескольким уровням абстрактности выделяемых процессов.

4. Проблема интерпретации сравниваемых явлений: одно и то же правовое явление имеет разные смыслы в различных культурно-исторических контекстах. Способом преодоления этой проблемы может быть идея, высказанная Л. Витгенштейном, состоящая в том, что смысл слова может быть обнаружен только в контексте его использования, применения. Поэтому сравнительный анализ, например, демократического политического режима или прав человека в различных странах должен быть конкретизирован условиями (способами) их практического воплощения и анализом значений, им придаваемых в соответствующей культуре.

Существуют и другие проблемы методологического свойства, относящиеся к сравнительному анализу<sup>261</sup>. При проведении конкретных сравнений используются следующие методики: 1) case study – анализ отдельного случая, одного конкретного правового института, явления и его сравнение с другим отдельным конкретным явлением. Используется для интерпретации данного явления с точки зрения определенной теории, для проверки (подтверждения) теории, гипотезы, для изучения отклоняющихся от нормы явлений; 2) бинарное сравнение – исследование двух явлений для выявления общего и особенного в них; 3) региональное сравнение – сравнение групп регионов, государств с точки зрения схожести и различия их некоторых параметров (например, уровня преступности); 4) глобальное сравнение – анализ некоторых параметров (например, преступности) в мировом масштабе (в большинстве стран мира, в регионах мира). Эти исследования стали наиболее популярными в 60-е гг. XX в. в связи с появлением «глобальной» статистики, однако в 90-е гг. их интенсивность несколько упала из-за проблемы сравнимости; 5) кросс-темпоральное исследование – включающее переменную времени, то есть динамический анализ: динамику изменения какого-либо явления, свойства изучаемого объекта в определенный промежуток времени. Это может быть как локальный уровень сравнения, так и глобальный<sup>262</sup>.

---

ностью не является. В каком же смысле тогда можно говорить о правах человека в Японии? См.: Doi T. *The anatomy of dependence*. Tokyo, 1981. P. 84–85; White M. *The Japanese educational challenge: A commitment to children*. N.Y., 1987. P. 24.

<sup>261</sup> См.: Сморгун Л.В. *Сравнительная политология*. С. 40–48.

<sup>262</sup> О видах сравнительных исследований см. подробнее: там же. С. 49–53.

Методика сравнительного правового исследования как применение сравнительного метода на практике включает, по мнению В.М. Сырых, четыре процедуры: 1) разработка критериев (оснований) сходства и различия сравниваемых правовых норм; 2) сравнительный анализ; 3) объяснение и оценка полученных результатов сравнения; 4) изложение и опубликование результатов исследования<sup>263</sup>.

«Для того, чтобы признать исследуемые правовые нормы, институты или отрасли права двух государств и более сходными или различными, – пишет известный теоретик права, – необходимо предварительно установить, какие конкретно свойства исследуемых правовых явлений позволяют достоверно судить об их сходстве или различии. В теории сравнительного правоведения свойства, на основании которых делается вывод о сходстве или различии сравниваемых правовых явлений, называются *критериями, или основаниями, сравнения*»<sup>264</sup>. А для этого необходимо прояснить теоретические основания сравнительного правоведения. Именно этому посвящена вторая глава учебника.

## **Глава 2. Теоретические основания сравнительного правоведения**

Наиболее значимыми процессами, обуславливающими содержание сравнительного правоведения, сегодня выступает процесс «глокализации», сочетающий противоречивое единство глобализации и одновременно локализации, проявляющийся, прежде всего, в таком явлении, как мультикультурализм. Учет в законодательстве и правоприменении особенностей множества культур и субкультур – важная особенность (пост)современности. Это влияет на процессы заимствования и аккультурации (принятия) правовых институтов и норм, происходящие сегодня повсеместно. Все это сказывается на способе выделения основных правовых систем современности – теоретическом основании проведения сравнительных исследований.

### **2.1 Глобализация и правовой мультикультурализм**

Конец XX – начало XXI вв. в социальной науке именуется эпохой глобализации. Содержание этого исторического этапа эволюции человечества вызывает споры и дискуссии в науке, как и отношение к нему политиков, а также широких народных масс: от полной поддержки до не менее радикального неприятия. Действительно, сам процесс глобализации противоречив и неоднозначен, впрочем, как и любое другое сложное социальное явление. В любом случае, глобализация выступает социокультурным и историческим контекстом функционирования и научного анализа всех соци-

---

<sup>263</sup> Сырых В. М. История и методология юридической науки: учебник. М., 2012. С. 339.

<sup>264</sup> Там же.

альных феноменов, в том числе государства и права.

Глобализация – сложный, противоречивый, амбивалентный (поливалентный) процесс, который сложно, если не невозможно, описать и объяснить «единственно правильным» способом, а тем более оценить. Очевидно, что глобализация – в первую очередь – это интенсификация связей, как межгосударственных, межрегиональных, так и межличностных<sup>265</sup>. Отсюда рост взаимосвязанности, взаимообусловленности людей, культур, регионов, экономик и т.д. в современном мире. По праву можно сказать: мир стал единым целым, когда изменения в одном его регионе (сегменте) влияют на все другие.

Глобализация, с одной стороны, представляет собой процесс универсализации, можно сказать, унификации в политико-правовой сфере, что проявляется в проблематизации государственного суверенитета и дивергенции правовых систем (точнее – законодательных систем)<sup>266</sup>. В современном глобализирующемся обществе размываются «очертания», признаки, основные характеристики государства эпохи модерна, государства-нации. Государство постепенно превращается в аморфное образование с неопределенными границами в силу «растворения» его функций в надгосударственных и негосударственных образованиях. Так, Мартин ван Кревельд в работе с весьма звучным названием «Расцвет и упадок государства» небезосновательно утверждает, что по мере того, как «современное государство оставляет командные высоты, которые оно достигло между 1945 и 1975 гг., некоторые из его наиболее характерных институтов с большой вероятностью приходят в упадок. К их числу относятся, что довольно естественно, находящиеся в государственной собственности хозяйственные предприятия (которые от Китая до Британии либо ликвидируются, либо распродаются); системы социального страхования (чья доля в ВВП падает повсеместно); система правосудия (в некоторых странах частное правосудие, так же известное как "аренда судьи", начинает одерживать верх, поскольку работает быстрее и дешевле, чем та, которую представляет государство); тюремная система (все развитые страны, от Австралии и Британии до США, в отчаянии ищут более дешевой альтернативы тюремному заключению и

---

<sup>265</sup> У. Бекк, один из наиболее вдумчивых исследователей глобализации, в этой связи пишет: «Сплошь и рядом аннулируется... преставление о том, что мы живем и действуем в закрытых, отграниченных друг от друга пространствах и национальных государствах и, соответственно, в национальных обществах. Глобализация означает познаваемое на опыте уничтожение границ повседневной деятельности в разных сферах хозяйствования, информации, экологии, техники, транскультурных конфликтов и гражданского общества, означает, таким образом, нечто в принципе давно знакомое и одновременно непонятное, трудом понимаемое, нечто такое, то с неодолимой силой меняет нашу повседневную жизнь и принуждает всех приспособляться и отвечать на эти изменения» (Бекк У. Что такое глобализация? Ошибки глобализма – ответы на глобализация. М., 2001. С. 42–43).

<sup>266</sup> См. подробнее: Право и глобализация: вопросы теории и истории: труды международной научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 28 ноября 2008 г. / сост. С.В. Волкова, Н.И. Малышева; под общ. ред. Д.И. Луковской. СПб., 2009.

экспериментируют с частными тюрьмами); вооруженные силы (многие из которых, сильно сокращенные после окончания "холодной войны", до сих пор стремятся найти себе новые задачи, от поисково-спасательных работ до ведения войны с наркотиками); полиция (которая дополняется, а часто заменяется частными службами безопасности); государственные школы (которые превращаются в учебные заведения для детей низших классов, поскольку состоятельные родители либо посылают своих детей в частные школы, либо обращаются к домашнему обучению); государственные средства массовой информации (которые, помимо того, что требуют значительных субсидий, зачастую являются прекрасной иллюстрацией словосочетания "тоска зеленая"); и статистический аппарат (который в той мере, в какой он оперирует в терминах отдельных государств, становится все более бессмысленным). Так или иначе, но все эти и другие государственные службы сокращаются по всему миру»<sup>267</sup>. Известный политолог Ф. Шмиттер в этой связи утверждает, что европейская действительность оставляет позади фазу нации-государства, поскольку «современный контекст неуклонно благоприятствует преобразованию государств либо в конфедерации, либо в кондоминиумы, либо в федерации разного состава и структуры»<sup>268</sup>.

Анализируя современные тенденции в области глобализации, один из крупнейших юристов современности О. Хеффе приходит к выводу, что эпоха суверенного государства закончилась или приближается к своему завершению вследствие перехода реальных властных полномочий к надгосударственным органам, совокупность которых образует «федеративную, субсидиарную, комплементарную мировую республику»<sup>269</sup>. По мнению М. Манна, современное государство больше не может принимать самостоятельные решения по вопросам, относящимся к его «внутренним делам», что означает эрозию его суверенитета<sup>270</sup>. По мнению Д. Хелда международные соглашения, интернационализация процессов принятия политических решений, растущая зависимость в обеспечении безопасности (включая далеко зашедшую интернационализацию производства вооружений), а также международное обращение товаров и разделение труда приводит к тому, что теряет то, что государство теряет свой суверенитет. «Суверенитет сегодня следует понимать и изучать как расчлененную власть, расчлененную между целым рядом национальных, региональных и интернациональных акторов и являющуюся – по причине этой имманентной множественности – ограниченной и скованной»<sup>271</sup>.

В то же время, нельзя не заметить, что тенденция к глобализации со-

---

<sup>267</sup> Ван Кревельд М. Расцвет и упадок государства. М., 2006. С. 512.

<sup>268</sup> Schmitter P. The European Community as an Emergent and Novel Form of Political Domination // Instituto Juan March, Working Paper. 1991. № 26. P. 15.

<sup>269</sup> Hoeffe O. Demokratie im Zeitalter der Globalisierung. 2 Aufl. Muenchen, 2002.

<sup>270</sup> Mann M. Nation-States in Europe and Other Continents: Diversifying, Development, not Dying // Daedalus. 122, 3, summer 1993.

<sup>271</sup> Held D. Demokratie, Nationalstaat und die globale Weltordnung // Politik der Globalisierung. / Hrsg. von U. Beck. Frankfurt am Main, 1998. S. 89.

проводится противоположным вектором – локализацией<sup>272</sup>. Возможно, движение социальных групп, культур и обществ к локализации представляет собой ответную реакцию на глобализацию, шагающую темпами, опережающими возможности психологической адаптации. Нивелирование различий вызывает вполне оправданное стремление сохранить свою самобытность.

Особое значение при этом придается сфере культуры – культурной самобытности наций, этносов и даже отдельных групп. При этом движение к культурной автономии обнаруживается все в большей степени на локальном уровне – местного самоуправления<sup>273</sup>. С одной стороны эта тенденция не может не приветствоваться, хотя бы в силу важности, ценности любой культуры. Более того, для выживания человечества унификация, сопровождаемая процессом глобализации, должна быть уравновешена минимумом разнообразия. Но, с другой стороны, чрезмерное развитие локализации ставит под сомнение не только существование национальной культуры, существующей на уровне отдельного социума, но и их управляемость.

Обозначенная проблема имеет прямое отношение к праву, выступающему формой фактически существующих общественных отношений. Одновременно реформирование законодательства должно учитывать тенденции, происходящие, в том числе, в культурной автономизации и сегментации современного общества.

Фактическая мультикультурность возникает уже в 70-е гг. XX в. вследствие динамики коммуникаций и перемещений народов. Рост культурных контактов приводит к формированию плюралистических обществ, прежде всего, в границах крупных государств. Параллельно, во многом стимулируя этот процесс, в некоторых государствах формируется политика мультикультурализма, призванная способствовать сохранению культурной самобытности культур и их толерантность во взаимоотношениях. Так, в 1971 г. Канадское федеральное правительство провозгласило национальную мультикультурную политику, которая породила криминационные установки и культурное соперничество. Эта политическая концепция устанавливает, что в Канаде, «хотя и существуют два официальных языка, нет никакой официальной культуры, и никакая этническая группа не имеет превосходства над любой другой». Далее политическая концепция утверждает, что другие культурные общины «представляют собой существенные элементы в Канаде и заслуживают правительственной поддержки, чтобы вносить свой вклад в региональную и национальную жизнь теми способами, которые происходят из их наследия, но все же являются определенно канад-

---

<sup>272</sup> Английский социолог Р. Робертсон ввел новое понятие «глокализация» для фиксации происходящих в глобальном мире двух взаимосвязанных процессов – гомогенизации и гетерогенизации (Robertson R. *Glocalization: Time-space and homogeneity – heterogeneity* // *Global Modernities*. 1995. P. 40).

<sup>273</sup> По данным на середину 90-х гг. XX в. 11% жителей государств Европы и Сев. Америки отождествляли себя с миром или континентом, 29% со страной и 57% с городом или провинцией (Global Civil Society 2001. Oxford, 2001).

скими»<sup>274</sup>.

Осмыслением очерченной проблемы в 80–90-х гг. XX в. занялись, прежде всего, социальные философы. Наиболее перспективным направлением их исследований явилась концепция мультикультурализма, сформулированная одним из первых Ч. Тейлором<sup>275</sup>. Представители мультикультурализма небезосновательно утверждают, что содержание современного общества образовано множеством культур, отличающихся разнородными, порой противоречащими друг другу ценностями. Важно то, что человек существует сразу одновременно в нескольких культурных сферах-пространствах<sup>276</sup>. Поэтому сегодня не существует замкнутых, самодостаточных, целостных культур. Любая культура, очерчиваемая привязкой к социуму, языковой нации или территории, характеризуется множественностью значений, ей приписываемых, различающимися (может быть не противоположными, но разными) ценностными ориентациями<sup>277</sup>.

Подобная стратегия была предложена в других плюралистических обществах. В Австралии прежние взгляды были, в значительной степени, ассимиляционистскими, но они эволюционировали в сторону интеграционистских представлений. В начале 1970-х годов правительство направило страну по мультикультурному курсу, заявляя, что «Австралия – мультикультурное общество <...> – одно из наиболее космополитических обществ на земле». Позже, в 1978 г., политика мультикультурализма была формально подтверждена австралийским правительством<sup>278</sup>. Аналогичная политика была провозглашена в Швеции, ФРГ, Нидерландах и других западных государствах.

Мультикультурализм в области права утверждает, что поскольку отсутствует единая для всех времен и народов культура, выражающаяся как законченная система ценностей, а также рационально обоснованная иерар-

---

<sup>274</sup> Кросс-культурная психология. Исследования и применение. Харьков, 2007. С. 406.

<sup>275</sup> Taylor Ch. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton (NJ), 1994. (нем. пер.) Taylor Ch. *Multikulturalismus und die Politik der Erkennung*. Frankfurt am Main, 1993.

<sup>276</sup> Отсюда вытекает знаменитый тезис постмодернизма о «расколотости Я-сознания» или в более умеренной версии «многомерности личности». См.: Gillet G. *A Discursive Account of Multiple Personality Disorder // Philosophy, Psychiatry and Psychology*. 1997. № 4; Kolak D., Martin R. (eds.) *Self and Identity: Contemporary Philosophical Issue*. N.Y., 1991.

<sup>277</sup> В этой связи С. Бенхабиб заявляет: «Всякое сложное человеческое общество в любой момент времени состоит из множества материальных и символических практик со своей собственной историей. В этой истории запечатлены следы борьбы за власть, за некие символы и обозначения – короче, за культурную и политическую гегемонию, которой добиваются группы, классы и представители разных полов. Никогда не бывает единой культуры, одной логически выверенной системы верований, символов и обычаев, которая распространялась бы по всему кругу человеческой деятельности» (Бенхабиб С. *Притязания культуры. Равенство и разнообразие в глобальную эпоху*. М., 2003. С. 71).

<sup>278</sup> Там же.

хия ценностей<sup>279</sup>, постольку каждая культурная группа имеет или должна иметь свою систему правовых норм и руководствоваться только ею. При этом культурные различия объявляются основополагающими, фундаментальными (так как именно они обеспечивают идентичность людей), всякое внешнее воздействие на эти различия должны оцениваться как величайшая несправедливость<sup>280</sup>.

Правовая политика, выражающаяся в законодательстве, реагирует в странах Запада на претензии все большего числа групп на юридические закрепление их автономии и предоставления особого правового статуса двояко. Политика ФРГ, например, состоит в интегрировании гастарбайтеров в правовую систему, но не в силу их членства в конкретной этнической группе, а на основании их правового статуса как индивидов. Отдельные права им предоставляются как работникам и личностям. Конституция ФРГ, таким образом, предоставляет отдельным индивидам определенные права просто потому, что они человеческие существа. Именно эта корпоративная статусная идентичность обеспечивает таким людям определенные наборы прав и льгот<sup>281</sup>. Иная система существует в Нидерландах. С 1982 г. там законодательно определена группа этнических «официальных меньшинств». Когда этническая группа добивается статуса официального меньшинства, получают удовлетворение ее претензии на социальную поддержку в жилищной и образовательной областях, в сфере занятости и др. Одновременно эти группы приобретают права на учреждение культурных, религиозных и образовательных организаций, а также обучение своим родным языком в качестве второго языка. Таким образом, голландцы практикуют модель «культурных анклавов» и «сохранения культур»<sup>282</sup>.

Эту двойственность политики мультикультурализма анализирует Н. Рулан. Юристы, по его мнению, вырабатывают некоторое число категорий, отнесение к которой индивида означает для него определенные правовые последствия. Их формирование и многократное увеличение ставит под сомнение «республиканский принцип» – принцип равенства. Другими словами, наделение отдельных лиц или групп особым правовым статусом свидетельствует о том, что в равенстве могут быть различия<sup>283</sup>. Так, на-

---

<sup>279</sup> В этой связи уместным представляется привести мнение А. Макинтайра о том, что не существует теоретически нейтральной, дотеоретической основы, позволяющей рас судить спор конкурирующих мнений, особенно в области морали (MacIntyre A. Three Rival Versions of Moral Inquiry: Encyclopaedia, Genealogy and Tradition. L., 1990. P. 173).

<sup>280</sup> См.: Чукин С.Г. Плюрализм, солидарность, справедливость. К проблеме идентичности философско-правового дискурса в ситуации постмодерна. СПб., 2000. С. 248 и след.

<sup>281</sup> Бенхабиб С. Указ. соч. С. 92. Заметим, что в ФРГ существуют отдельные группы (а не отдельные индивиды), отличающиеся особым правовым статусом. Так, например, государство в ФРГ, занимая в принципе, нейтральную позицию, тем не менее поддерживает связи с религией и оказывает ей прямую или косвенную помощь, одинаково относясь к официально зарегистрированным конфессиям (Рулан Н. Историческое введение в право. М., 2006. С. 548–549).

<sup>282</sup> Там же. С. 93.

<sup>283</sup> Рулан Н. Указ. соч. С. 556–557.

пример, французское законодательство не признает особый статус (а значит юридическое существование) корсиканцев как нации<sup>284</sup> или даже этноса, хотя признает таковой за коренными народами «заморских территорий»<sup>285</sup>.

В общем и целом принцип формального равенства предполагает, что права человека относятся исключительно к отдельным индивидам, а не отдельным группам<sup>286</sup>. Поэтому «позитивная дискриминация» (особый правовой статус) допускается, как, например, формулируется в решениях Конституционного совета Франции, только исходя из разницы в социальном положении или в целях общественного интереса<sup>287</sup>. Однако очевидно, что граница (мера) разницы в социальном (и культурном) положении, признаваемом дискриминационным, весьма относительна и контекстуальна: в одни исторические эпохи и у одних культур-цивилизаций это одни критерии отнесения различий к «нетерпимым», а значит – дискриминационным, а в другие (и у других) – иные. В любом случае универсальных критериев такого выделения и, следовательно, наделения определенных групп, категорий населения определенным правовым статусом, не существует. Это зависит, прежде всего, от господствующего в данную эпоху и в данной культуре мировоззрения, формирующего общественное мнение.

Это же касается и такой категории, как «общественный интерес» или «общее благо». По мнению либералов, общественного интереса как реально существующей целостности не существует, а следует вести речь об интересах отдельных личностей. Поэтому, как утверждает Р. Дворкин, ограничения прав человека ссылками на общественный интерес, общественную безопасность и т.п. недопустимо<sup>288</sup>. Проблематичность такого подхода состоит в том, что мера (ограничения) прав человека определяется свободой другого. Другими словами, объем моих прав ограничен правами другого. Но ограниченность ресурсов, объектов притязаний (например, государственных должностей, льгот и пособий) неизбежно приводит к конфликту притязаний одного индивида и другого. Либеральная конструкция

---

<sup>284</sup> Во Франции нация понимается как воля к совместному проживанию – «ежедневный плебисцит», благодаря которому удается подняться выше частных разногласий. Поэтому Конституция Франции отрицает происхождение как основу нации и вытекающую отсюда дискриминацию (Рулан Н. Указ. соч. С. 572–573).

<sup>285</sup> Там же. С. 592 и след. При этом Н. Рулан отмечает, что французское законодательство в этом вопросе находится в противоречии с международным правом, «которое в течение последних двадцати лет стало более открытым к правам коренных народов, и потому время от времени она (Франция) навлекает на себя его санкции» (Там же. С. 596).

<sup>286</sup> Поэтому «как отдельная личность, каждый представитель коренного населения имеет право на уважение местных особенностей в рамках, установленных французским правом, но они не могут составлять подмножества внутри нации» (Там же. С. 595).

<sup>287</sup> Там же. С. 563.

<sup>288</sup> «Главная суть требования того или иного права... состоит в том, что индивид имеет основания требовать защиты от большинства, пусть даже в ущерб общим интересам» (Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 206).

меры прав человека разрешить этот конфликт не в состоянии.

По мнению же сторонников коммунитаризма, мера прав человека определяется господствующими в обществе убеждениями<sup>289</sup>. Такой подход представляется гораздо более предпочтительным по сравнению с красивой утопией либерализма, уповающих на «золотое правило». Именно признание, выражающееся в массовом поведении и ментальном образе-оценке соответствующего института, должно определять (и определяет на уровне обычаев) отношение населения к социальным (и правовым, в том числе) институтам, которые суть мера возможного, должного или запрещенного поведения. Одновременно господствующие в социуме предпочтения и оценки должны определять категории населения, которые могут претендовать на особый статус (в том числе, и правовой)<sup>290</sup>. Выявление критериев признания множества фактически существующих и требующих юридического оформления социокультурных групп (категорий) населения – важнейшая задача социальной антропологии права, которая настоятельно требует серьезных научных исследований.

Правовой мультикультурализм в уголовном праве многих западных государств выражается в учете специфики культуры виновных при квалификации деяния и вынесения решения по делу. Сторонниками мультикультурализма оспаривается справедливость наказания представителя культуры меньшинства в соответствии с законами, отражающими культуру большинства. По их мнению, справедливость по отношению к конкретному обвиняемому означает, что незнание закона должно быть основанием защиты для лиц, выросших в чужой культуре. Делается вывод, что учет культурных особенностей ничем не отличается от учета других социальных признаков личности, в том числе пола, возраста, психического состояния<sup>291</sup>.

Для обоснования уголовно-правовой политики мультикультурализма сформулирован термин «преступление (правонарушение), обусловленное культурой» – поступок представителя культуры меньшинства, который считается преступлением в правовой системе доминирующей культуры. Этот же поступок в культуре преступника выглядит как нормальное поведение (например, насилие, обусловленное защитой чести). В качестве культурно обусловленных могут выступать деяния, совершенные согласно традициям, обычаям, которые продолжают неофициально существовать,

---

<sup>289</sup> Walzer M. Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality. Oxford, 1983.

<sup>290</sup> В этой связи антиномия «личность – социальная группа» (и, соответственно, права личности и права коллективного образования) представляется мнимой, так как личность и социальная группа взаимообуславливают, взаимодополняют друг друга. Более того, закрепление в норме права особого статуса автоматически делает его безличностной, «неединичной» категорией, так как норма права по определению распространяется на неопределенный круг лиц. Поэтому норма права сама по себе очерчивает группу лиц, которые соблюдая, исполняя или используя ее, превращаются в юридическую групповую категорию (например, учащихся, военнослужащих и т.д.).

<sup>291</sup> Бибик О.Н. Введение в культурологию уголовного права: монография. М., 2012. С. 187.

несмотря на уголовные запреты (например, убийство ведьмы или уплата выкупа за невесту)<sup>292</sup>.

Так, американка японского происхождения утопила двоих малолетних детей и сама пыталась (неудачно) покончить жизнь самоубийством из-за измены мужа. Суд признал эти действия соответствующими древнему японскому обычаю и практически оправдал ее, назначив один год тюремного наказания, который она провела, находясь под следствием. По другому уголовному делу суд оправдал американца китайского происхождения за убийство жены вследствие ее неверности, сочтя эти действия согласующимися с китайским обычаем смывать позор. В третьем уголовном деле американка лаосского происхождения была похищена с места работы и принуждена к вступлению в половой акт. Насильник-иммигрант лаосского происхождения был приговорен к 120 дням тюрьмы и 900 долларам возмещения нанесенного ущерба, так как его племя такой способ выбора невесты считает обычным<sup>293</sup>.

Очевидно, что критерии правовой политики (и уголовно-правовой, в частности) исторически изменчивы и зависят от господствующего в соответствующем социуме мировоззрения, учитывающего «общемировые» тенденции, устанавливаемые доминирующими на мировой арене субъектами. «Деяние характеризуется в качестве преступного именно с точки зрения культуры», – справедливо замечает О.Н. Бибик<sup>294</sup>. Именно те социальные группы, которые выдают себя за носителей господствующей или официальной культуры, и осуществляют правовую политику – номинацию деяний как правовых (правомерных или противоправных).

Другая проблема практического свойства, относящаяся к мультикультурализму на международном уровне, состоит в теоретическом осмыслении правомерности вмешательства в дела другого государства (то есть, правомерности нарушения государственного суверенитета) в связи с нарушением в нем прав человека. В 2001 г. Международной комиссией по интервенции и государственному суверенитету во главе с известным теоретиком-международником Ф. Дэнгом была разработана концепция суверенитета как ответственности. Суть ее в том, что если государственная власть грубо нарушает права подданных (населения, проживающего в данном государстве), осуществляет внутреннее управление, не соответствующее международным стандартам, то другие нации имеют право и обязаны вмешаться в дела этого государства, а также предотвратить негативные по-

---

<sup>292</sup> Бибик О.Н. Введение в культурологию уголовного права: монография. М., 2012. С. 187.

<sup>293</sup> Coleman D.L. Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma // Columbia Law Review. 1996. Vol. 96. № 5. Другие примеры «преступлений, обусловленных культурой» и «культурно обоснованной защиты от уголовного преследования», см.: Бибик О.Н. Указ. соч. С. 190–247. Об учете культурных особенностей в российском уголовном праве см.: Там же. С. 222–247.

<sup>294</sup> Там же. С. 117.

следствия такой интервенции<sup>295</sup>. Тем самым правительства, не осознающие своей ответственности перед народом (с точки зрения международного права), расплачиваются суверенитетом. Известный социолог, ныне профессор факультета международных отношений университета Дж. Вашингтона А. Этциони, лидер коммуитаризма и автор теории «Хорошее общество», утверждает, что в таком социуме провозглашается ответственность членов общества как друг перед другом, так и перед общим процветанием. Поэтому народ – активные граждане – в определенных случаях сохраняют за собой право обратиться в международные органы для наведения порядка и предотвращения геноцида, этнических чисток, массовых убийств, насилия. При этом тот, кто намеревается предпринять гуманитарную интервенцию, должен получить одобрение как собственного народа, так и населения, выступающего объектом интервенции<sup>296</sup>. Соглашаясь в принципе с мнением известного ученого, хотелось бы заметить, во-первых, что достаточно проблематичным остается механизм определения согласия населения на проведение интервенции. Во-вторых, содержание прав человека и их нарушения должны определяться не европоцентристскими стандартами, выдаваемыми за универсальные, а региональными конвенциями, которые достаточно активно формируются в современном «глокализирующемся» мире.

Сегодня все чаще раздаются голоса о том, что политика мультикультурализма потерпела крах. «Последние неудачи мультикультурализма, – пишет О.Н. Бибик, – все больше ставят под сомнение возможности учета культурных различий в уголовном праве в интересах виновного. Можно констатировать, что указанная политика потерпела крах, о чем официально заявили лидеры ведущих европейских стран. Отмечается, что мигранты должны больше интегрироваться в доминирующие культуры. Причем особый акцент делается на проблеме исламского экстремизма»<sup>297</sup>. Однако если под политикой мультикультурализма понимать необходимость учета того, что современное общество является сложно-организованным, часто многосоставным (по терминологии А. Лейпхарта), в любом случае плюралистическим, т.е. мультикультурным<sup>298</sup>, то какая-то политика, учитываю-

---

<sup>295</sup> Цит. по: Etzioni A. Sovereignty as responsibility // *Orbis*. Oxford. 2006. Vol. 50. № 1. P. 71–73.

<sup>296</sup> *Ibid.* P. 74–82.

<sup>297</sup> Бибик О.Н. Указ. соч. С. 221.

<sup>298</sup> Именно так трактовался термин «мультикультурализм» изначально – в конце 80-х гг. XX в., когда он возник: «<...> уважение большинства к меньшинствам, равный статус различных культурных традиций, право индивидов на выбор собственной идентичности» (Малахов В. «Скромное обаяние расизма» и другие статьи. М., 2001. С. 29). Совсем не обязательно понимать мультикультурализм как эссенциализм, т.е. признание культурных различий как всегда-уже-данных (именно так трактует мультикультурализм как тип дискурса и идеологии В. Малахов (Малахов В. Понаехали тут... Очерки о национализме, расизме и культурном плюрализме. М., 2007. С. 158). В духе «постмодернистского» мультикультурализма вполне уместна его трактовка как конструктивистского или конструируемого мультикультурализма.

щая эту реальность, неизбежно должна проводиться. Это может быть стратегия «плавильного котла», господствовавшая в США в XIX – нач. XX вв., которую можно именовать ассимиляционной; это может быть политика сегрегации или маргинализации тех социокультурных групп, которые признаются «меньшинствами»<sup>299</sup>; наконец, это может быть стратегия диалога (в разных его вариантах) или интеграции, выражающаяся в делиберативной политике. От того, что мультикультурализм будет объявлен несуществующим, он никуда не исчезнет. Поэтому все равно все государства, в том числе и международные организации, не могут не заниматься этой проблемой.

Главная проблема политики правового мультикультурализма, как и правовой политики вообще, – это определение меры правовых различий. Право закрепляет социальные статусы, складывающиеся и существующие в данном социуме, и тем самым определяет меру различий между ними (людьми, идентифицирующими себя с данным статусом). Юридическая категория правосубъектности и есть юридическая форма социального статуса. Но отношения между социальными статусами зависят от множества факторов, не поддающихся рациональному расчету. Они конструируются тем же «первичным произволом», что и любой социальный институт (собственно, социальный институт можно рассматривать как совокупность социальных статусов) во взаимодействии с потенциально безграничным количеством обстоятельств и, в конечном счете, складываются спонтанно. Поэтому научно доказать, что такая-то социальная группа должна обладать таким-то правовым статусом, невозможно. Поэтому прав О.Н. Бибик, утверждающий, что «ни одна система наказаний в мире не имеет под собой какого-либо точного расчета и обоснования. <...> Метод определения вида и размера наказания – это terra incognita уголовного права, а также права вообще. Кроме общих ориентиров, система наказаний оказывается обусловленной культурой, субъективными представлениями, пусть и опирающимися на объективные последствия преступных деяний»<sup>300</sup>.

Именно господствующая правовая культура (правовая культура госу-

---

<sup>299</sup> Если начальный – «оптимистический» – этап мультикультурализма был ориентирован на сближение культур (культур меньшинств с доминирующей культурой), то сегодня – с 90-х гг. XX в. – наблюдается радикализация инаковости. «Если раньше индивиды, принадлежащие этническим и культурным меньшинствам, скорее противились выделению себя в особую группу, то теперь они подчеркивают свою особость. Если афроамериканцы 50-х из кожи вон лезли, чтобы стать неотличимыми от соотечественников англосаксонского происхождения, то в 80-е колоссальную силу набирает тенденция *black is beautiful*. Если вплоть до конца 70-х иммигранты из Азии и Латинской Америки предпочитали «стусеваться» и активно вовлекались в процесс ассимиляции, то с середины 80-х они энергично и даже агрессивно подчеркивают свою культурную несхожесть с большинством американского населения. Происходит демонстративный возврат к прежней, «до-иммигрантской» идентичности» (Малахов В. «Скромное обаяние расизма» и другие статьи. М., 2001. С. 25).

<sup>300</sup> Бибик О.П. Культурная обусловленность уголовного наказания: монография. М., 2013. С. 134.

дарствующей социальной группы) задает критерии различения правого (правомерного и противоправного). Но правовая культура – это не эссенциалистская сущность, как представлялось в эпоху Нового времени, когда культуру отождествляли с артефактами «высокой» элитарной культуры, а процесс воспроизводства правовой реальности<sup>301</sup>. Поэтому изменения в «политическом поле» с неизбежностью приводят не только к изменению законодательства, но и представлений о праве широких масс населения и правовых практик. Поэтому политика правового мультикультурализма постоянно изменяется и будет изменяться.

Очевидно, что теория сравнительного правоведения не может не учитывать процесс глобализации и мультикультурализации – особенности плюралистичности законодательства и правоприменения. Множественность нормативно-правовых регуляторов у представителей разных социальных групп в одном обществе сегодня является скорее нормальным явлением, нежели девиацией. В результате неизбежен конфликт норм и, как следствие, практик правоприменения. В связи с этим проблематизируется стабильность и единство правопорядка.

## 2.2 Заимствование и аккультурация права

Проблема заимствования и аккультурации права чрезвычайно актуальна как для юридической науки, так и для политики права, которые очевидным образом взаимообуславливают друг друга. Особую актуальность этот вопрос приобретает сегодня, когда складывается постклассическое мировоззрение и соответствующая научная картина мира. Как разумно проводить правовую политику, соблюдая меру преемственности и новаторства, заимствования зарубежного опыта и умеренного консерватизма, может ли история и рефлексия над прошлым помочь в этом – вопросы, принципиально важные для современной юриспруденции.

Правовое заимствование и аккультурация права связаны, прежде всего, с проблематизацией политико-правовой идентичности, ставящей под сомнение не только сохранение государства-нации и привязанной к ней правовой системы, но и воспроизводство самого социума. Кризис легитимности угрожает сегодня не только политико-правовым институтам, но и социальным образованиям. Поэтому в связи с интенсификацией коммуникации во всех сферах общества – главной характеристикой глобализации – принципиально важно попытаться выяснить механизм правового «переноса» (заимствования) и правовой аккультурации.

Приблизительно до второй половины XX в. в общественных науках

---

<sup>301</sup> В этой связи уместно привести высказывание С. Бенхабиб: «<...> культура <...> не является данностью, а формируется и меняется с течением времени через обычаи. Культуры не выступают целостностями с четко обозначенными границами; они представляют собой смысловые сети, вновь и вновь переопределяемые через слова и дела своих носителей» (Бенхабиб С. Притязания культуры. Равенство и разнообразие в глобальную эру. М., 2003. С. XXXV).

преобладало представление, сложившееся еще в эпоху Просвещения, о том, что заимствование (перенос) социальных (и правовых) институтов не только возможен, но и желателен. Оно вытекало как из здравого смысла – зачем «изобретать велосипед», так и из господствующей научной картины мира, в которой доминировало учение об универсальной природе человека и единых, объективных законах мироздания (действующих с необходимостью как надындивидуальная реальность и в природе, и в обществе, и в каждом отдельном человеке)<sup>302</sup>. Отсюда же вытекает просветительская программа о «миссии белого человека» по «окультуриванию» «недоразвитых» народов других – неевропейских – регионов. Она опиралась на познанные (как представлялось) законы общества, которые с жертвенностью Прометея навязывались остальному миру. Если же реципиенты оказывали почему-то сопротивление этой политике (как думали представители просвещенного континента – от незнания), то допускалось, конечно же, в благих целях, насильственное принуждение с целью направления неразумных аборигенов к их счастью<sup>303</sup>.

На практике либерально-просветительский проект, основанный на вере во всемогущество человеческого разума, обернулся прямым и косвенным колониализмом, продолжающимся в более «цивилизованных» формах (неэквивалентного информационного обмена)<sup>304</sup> и сегодня. При этом мифология просветительского универсализма оказала чрезвычайно сильное манипулятивное влияние<sup>305</sup>, основанное как на эффекте подражания, так и эф-

---

<sup>302</sup> Отсюда, в частности, вытекает знаменитая идея лапласовского детерминизма о причинной взаимообусловленности (связанности) всех явлений, заменившей веру в Демиурга.

<sup>303</sup> Один из наиболее знаменитых либералов XIX в. Д.Ст. Милль утверждал, что свобода «неприменима как принцип при таком порядке вещей, когда люди еще не способны к саморазвитию путем свободы; в таком случае самое лучшее, что они могут сделать для достижения прогресса, это безусловно повиноваться какому-нибудь Акбару или Карлу Великому, если только так будут счастливы, что в среде их найдутся подобные личности. /.../ Деспотизм может быть оправдан, когда идет дело о народах варварских и когда при этом его действия имеют целью прогресс и на самом деле приводят к прогрессу» (Милль Д.Ст. Утилитаризм. О свободе. СПб., 1990. С. 210).

<sup>304</sup> «Современная мировая гегемония больше основывается на экономическом и культурном завоевании, чем на традиционном военном. Речь идет о практике глобального *неэквивалентного обмена*, предполагающей не только экономическое ограбление мировой периферии, но и *духовную власть* над ней – ту самую власть, которой дано надеяться авторитетом и престижем или дискредитировать, освящать или отлучать, легитимировать или лишать легитимности», – пишет А.С. Панарин (См.: Панарин А.С. Искусшение глобализмом. М., 2000. С. 181).

<sup>305</sup> О манипулятивном влиянии либеральной терминологии, используемой в современной геополитике см.: Панарин А.С. Указ. соч. С. 7 и след. См. также: Кара-Мурза С.Г. Манипуляция сознанием. М., 2000. О том, что политика – это борьба за символический капитал, навязывающий населению номинации (обозначения, представления) социальных явлений и процессов, убеждает своих читателей П. Бурдьё (См.: Бурдьё П. Социология политики. М., 1993; см. также работу представителя «школы Бурдьё»: Шампань П. Делать мнение: Новая политическая игра. М., 1997).

фекте относительной депривации<sup>306</sup>, не только на правящую элиту западных государств, но и на широкие массы населения. В результате формируется устойчивое убеждение о том, что как только мы (например, страны третьего мира) примем «правильные» – европейские – законы, то и станем жить как в Европе. Если под правом понимать исключительно его форму, в частности, нормативно-правовые акты, то оказывается, что большинство государств мира живет по европейскому, преимущественно романо-германскому, законодательству. Однако в подавляющем большинстве случаев оно имеет в западных странах очень ограниченную сферу применения – среди иностранцев и местных чиновников при наличии жесткого контроля за ними.

Отмеченный формализм в праве представляет собой исключительно западный феномен: со времен средневековых университетов возобладало представление о том, что право (римское право, изучавшееся глоссаторами) освящено высшим разумом и представляет собой субстанциональный, объективный, самодостаточный феномен. Именно потому, что право объективируется в четко фиксированной форме, оно получает возможность обособливаться от своего автора – творца, а потому может быть пригодно для разных исторических эпох и разных народов<sup>307</sup>. Однако в других обществах доминирует иное представление о господствующем типе социально-нормативного регулирования (о праве). Поэтому успех может сопутствовать только такому переносу права, если он осуществляется в близких по «самопониманию» обществах<sup>308</sup>.

В условиях политики модернизации, связанной с заимствованием западных правовых форм, наиболее часто встречается практика некритического переноса права. Это было характерно даже для Японии, которая достаточно успешно провела модернизацию, опираясь на достижения собственной культуры: в конце XIX в. практически были переписаны на японский язык французский УК и германское Гражданское уложение. Однако подавляющее большинство японцев продолжали (и с некоторыми оговорками продолжают до сих пор) пользоваться в своей практической жизнедеятельности нормами-гири – обычаями и традициями, связанными, например, с примирительными процедурами, которые общественному менталитету страны Восходящего Солнца представляются гораздо более предпочтительными, нежели судебная тяжба. Поэтому при анализе процессов правовой аккультурации недостаточно рассматривать только законодательство страны-реципиента, но самое пристальное внимание необхо-

---

<sup>306</sup> Относительная депривация – это чувство неудовлетворенности своим положением при сравнении себя с представителем такого же социального слоя в другой (более развитой) стране. Именно такое сравнение, а не объективные условия жизни, приводит к осознанию необходимости реформ, к революционным ситуациям. См.: Gurr T. *Why Men Rebel*. Princeton, 1970.

<sup>307</sup> См.: Alliot M. *Ueber die Arten des "Rechts-Transfers" // Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*. Hrsg. von W. Fikentscher. Muenchen, 1980. S. 161. S. 198 und and.

<sup>308</sup> *Ibid.* S. 229.

димо уделять содержанию, скрывающемуся за внешней формой права – реальному правопорядку. При этом очень часто оказывается, что переносится одна форма (название) правового института, а его содержание наполняется другим, порой противоположным, смыслом<sup>309</sup>. Это связано с тем, что инновация не может быть «принципиально новой» – иначе она не будет принята современниками. Поэтому новый институт (повторяющиеся общественные отношения) облекается, как правило, в старые формы<sup>310</sup>.

Аккультурация и, соответственно, **аккультурация права** – это частный случай заимствования и преемственности социальных (и правовых) институтов, явлений и процессов. Особую актуальность проблема аккультурации права приобретает в современном мультикультурном обществе, в котором происходит постоянный процесс взаимодействия культур. Собственно, аккультурация и есть одна из форм культурного изменения, т.е. преемственности, которое происходит в результате контакта с другими культурами<sup>311</sup>.

Традиционно, с позиций классического науковедения, преемственность в социальных науках трактуется как «связь между явлениями в процессе развития, когда новое, снимая старое, сохраняет в себе некоторые его элементы. **Преемственность** есть одно из проявлений диалектики закона отрицания отрицания и перехода количественных изменений в качественные. **Преемственность** носит объективный и всеобщий характер, проявляясь в природе, обществе и познании. Применительно к обществу различают две

---

<sup>309</sup> На возможность изменения содержания права при сохранении старой формы со ссылкой на авторитет О.У. Холмса обращает внимание известный американский социолог права Б. Нельсон. См.: Nelson B. Traditionen und Innovationen in Recht und Gesellschaft: vergleichende, historische und kulturwissenschaftliche Perspektiven // Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen. S. 155.

<sup>310</sup> См. подробнее: Степанов Ю.С. Протей: Очерки хаотической эволюции. М., 2004; Ионин Л.Г. Социология культуры. М., 1996.

<sup>311</sup> М. Герсковиц, родоначальник понятия аккультурация, определяет его следующим образом: аккультурация охватывает явления, которые происходят, когда группы индивидуумов с различными культурами вступают в длительный непосредственный контакт с последующими изменениями культурных паттернов одной или обеих групп (Redfield R., Linton R., Herskovits M.J., Memorandum on the study of acculturation // American Anthropologist. 1936. № 38. P. 149–152). Правовая аккультурация, в таком случае, – это «прививка» одной правовой системы (точнее – некоторых ее элементов) к другой. Близким является понятие «рецепция», отличающееся от правовой аккультурации большей глобальностью, когда происходит полная интеграция зарубежной правовой системы. См.: Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 198–199. В данном случае правовая система (как и право) понимается преимущественно позитивистски. О влиянии одних правовых систем на другие см. также: Рулан Н. Юридическая антропология. М., 1999. С. 184 и след. Крупнейший французский антрополог права М. Алио предпочитает использовать для описания и объяснения аналогичных процессов термин «перенос права», под которым он понимает все формы преемственности, заимствования и перенесения права из одной правовой системы в другую. См.: Alliot M. Ueber die Arten des “Rechts-Transfers” // Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen. Hrsg. von W. Fikentscher. Muenchen, 1980. S. 161–231.

стороны **Преемственности**: передачу социальных и культурных ценностей от поколения к поколению, от формации к формации и усвоение этих ценностей каждым новым поколением, каждой новой социальной системой. **Преемственность** – особый механизм «памяти общества», осуществляющий накопление и хранение культурной информации прошлого, на основе которой создаются новые ценности. **Преемственность** может быть непрерывной, когда культурные ценности прошлого постоянно функционируют в жизни общества, и прерывной, когда какие-либо ценности на время исчезают из культурного обихода. **Преемственность** обозначает также всю совокупность действия *традиций*, воспроизводящих нормы социального поведения, характерные для исторически прошедшей общественной реальности. При этом следует различать наследование подлинных ценностей культуры и сохранение *пережитков* прошлого. <...> На принципе **Преемственности** основаны все социальные институты обучения и воспитания»<sup>312</sup>.

С.К. Бондырева и Д.В. Колесов преемственность рассматривают как «Ненасильственное заимствование чего-либо одним индивидом у другого (или одним сообществом у другого) с последующим воспроизведением этого (заимствованного) в своей жизнедеятельности <...>. Преемственность предполагает повторение заимствованного и его развитие, а также продолжение участия в процессе и поддержание этого процесса, если заимствован процесс. Таким образом, **преемственность – это явление, сущность которого заключается в усвоении опыта (действий) одних индивидов другими и воспроизведении его в собственной деятельности**». По их мнению, традиция теснейшим образом связана с преемственностью: «Традиция реализует именно отношения преемственности, но обязательно между поколениями. Акты преемственности происходят постоянно и в пределах одного поколения: учение всегда предполагает реализацию полученных знаний, и такая реализация – это тоже проявление преемственности»<sup>313</sup>.

Известный антрополог М. Мид рассматривает проблему преемственности между поколения применительно к классификации культур. «Разграничение, которое я делаю между тремя типами культур – **постфигуративной**, где дети прежде всего учатся у своих предшественников, **кофигуративной**, где и дети и взрослые учатся у сверстников, и **префигуративной**, где взрослые учатся также у своих детей, – отражает время, в котором мы живем. Примитивные общества, маленькие религиозные или идеологические анклавные главным образом постфигуративны, основывая свою власть на прошлом. Великие цивилизации, по необходимости разработавшие процедуры внедрения новшеств, обращаются к каким-то формам кофигуративного обучения у сверстников, товарищей по играм, у своих коллег по учебе и труду. Теперь же мы вступаем в период, новый для истории, когда

<sup>312</sup> Большая Советская Энциклопедия. URL: [www.bse.sci-lib.com/article092423.html](http://www.bse.sci-lib.com/article092423.html).

<sup>313</sup> Бондырева С.К., Колесов Д.В. Традиции: стабильность и преемственность в жизни общества: учеб. пособие. М.–Воронеж, 2004. С. 10.

молодежь с ее префигуративным схватыванием еще неизвестного будущего наделяется новыми правами»<sup>314</sup>. «Постфигуративные культуры, культуры, в которых взрослые не могут вообразить себе никаких перемен и потому передают своим потомкам лишь чувство неизменной преемственности жизни, по современным данным, были характерны для человеческих сообществ в течение тысячелетий или же до начала цивилизации»<sup>315</sup>.

Характеризуя постфигуративную культуру, М. Мид пишет: «... преемственность в каждой культуре зависит от одновременного проживания в ней по крайней мере представителей трех поколений. Существенная черта постфигуративных культур – это постулат, находящий свое выражение в каждом деянии представителей старшего поколения, постулат, гласящий, что их образ жизни, сколь много бы изменений в нем в действительности ни содержалось, неизменен и остается вечно одним и тем же»<sup>316</sup>. Тем самым преемственность традиционного общества противопоставляется инновационному типу современной культуры.

Собственно, эти же мотивы господствуют и в немногочисленных юридических работах, посвященных преемственности в праве.

Ф.Ф. Литвинович актуальной задачей современной юриспруденции видит «исправление некоторого методологического искривления, которое проявилось на предыдущем этапе развития права и государства в России – в разрыве конструктивной преемственности с дореволюционной российской юридической мыслью, многие положения которой становятся актуальными именно сегодня, на новом витке истории России»<sup>317</sup>. При этом постулируется, что до автора диссертационного исследования «преемственность в праве исследовалась с позиций одномерного, линейного, прогрессивного развития, анализ преемственной связи осуществлялся лишь по глубине и степени влияния правового наследия на современное право и государство. По нашему мнению, преемственность в праве – это неизмеримо более сложная связь, чем просто одномерная и линейная, требующая для раскрытия своего сложного содержания сущностных оснований нелинейного развития. Именно поэтому исследование проблемы преемственности в праве с позиций не абсолютного линейного, прогрессивного развития, а под углом относительности снятия, предполагающего бесконечное возвращение субъекта деятельности к прошлому правовому наследию в свете новых задач, позволит в цепи многоактных отрицаний и "снятий" обнаружить соотношение непреходящего и преходящего в развитии права и на основе этого выработать научно обоснованные рекомендации для правотворчества и государственного строительства»<sup>318</sup>. Развивая идеи синерге-

---

<sup>314</sup> Мид М. Культура и мир детства. М., 1983. С. 1. URL: [www.countries.ru/library/texts/mid.htm](http://www.countries.ru/library/texts/mid.htm)

<sup>315</sup> Там же.

<sup>316</sup> Там же. С. 2.

<sup>317</sup> Литвинович Ф.Ф. Преемственность в праве: Вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2000. С. 3–4. URL: [www.dissercat.com/.../preemstvennost-v-prave](http://www.dissercat.com/.../preemstvennost-v-prave).

<sup>318</sup> Там же. С. 4–5.

тики, преемственность в праве трактуется автором «как проявление объективной существенной связи между различными этапами развития права, связи, которая реализует себя не в одноактном отрицании и "снятии", а в бесконечной цепи "снятий", вбирающих в себя непреходящие формы и ценности правового бытия»<sup>319</sup>.

Анализируя соотношение понятия преемственность с другими близкими понятиями, Ф.Ф. Литвинович полагает, что, имея объектную общность, понятия «преемственность в праве» и «повторяемость» различаются в аспекте соотношения их как сущность и явление. Понятие «преемственность» выражает объективную связь явлений, в то время как понятие «наследование» отражает деятельно-субъективный момент этой связи, заключающий в себе ее осознание, критическую оценку, но в онтологическом плане можно говорить об определенном совпадении этих понятий. Наследование исторического правового опыта поколений является специфической формой действия закона преемственности в развитии права. Понятие «заимствование» характеризует преемственность в праве со стороны влияния и взаимовлияния сосуществующих правовых культур, причем уровень развития субъекта заимствования должен не только соответствовать уровню развития заимствуемого содержания, но и быть способным к приумножению, обогащению этой правовой культуры. Если же заимствование не соответствует этому критерию, оно превращается в простое повторение предыдущих результатов, в иллюзорную видимость преемственности. Рецепция правовых ценностей предшествующей культуры и перенос ее достижений в актуальную деятельность реализуется как заимствование, которое должно быть приумножено и обогащено, в противном случае оно превращается в простое повторение предыдущих результатов и только видимость преемственности и рецепции<sup>320</sup>.

В другой работе он пишет: «Преемственная связь, выступая важнейшим элементом механизма переходных ситуаций развития права, выражает в этом механизме тот момент, который обуславливает целостность развивающейся системы права не только за счет генетического единства, но и за счет единства связей сосуществования, что находит свое отражение в понятиях "наследование", "заимствование", "рецепция права", с разных сторон выражающих процесс преемственности в праве»<sup>321</sup>.

Собственно, об этом же идет речь в диссертации В.А. Рыбакова, содержащей несколько поразительных совпадений с работами Ф.Ф. Литвиновича, в которой автор дает «обоснование оригинального понимания преемственности в праве. Из него исключаются рецепция права, правовой

---

<sup>319</sup> Литвинович Ф.Ф. Преемственность в праве: Вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2000. С. 5. URL: [www.dissercat.com/.../preemstvennost-v-prave](http://www.dissercat.com/.../preemstvennost-v-prave).

<sup>320</sup> Там же. С. 13–14.

<sup>321</sup> Литвинович Ф.Ф. Преемственность в праве и методология права // Вестник ВЭГУ. 2010. № 5 (49). С. 21–22. Справедливости ради заметим, что некоторые идеи автора, например, о нелинейности процесса преемственности права, могут быть квалифицированы как неклассические.

опыт, правовое наследство, повторения в праве, которые представляют собой самостоятельные правовые явления»<sup>322</sup>.

Известный французский историк и антрополог права Н. Рулан использует несколько иную терминологию: перенесение права, заимствование, аккультурация, рецепция, включающая возрождение старого права, трансплантацию и привнесение права извне<sup>323</sup>. Им, в частности, выделяется два типа перемещения права: добровольное и принудительное (последнее подразделяется на перемещение как результат аннексии и результат колонизации). Отсюда вытекает и две разновидности результата перемещений права: принятие и сопротивление. При этом чаще всего встречается взаимное проникновение перенесенного и туземного права. «Перенесенные права вообще присваиваются элитами или некоторыми этническими группами. Те, что держат в своих руках политическую и экономическую власть, пользуются ими, чтобы истолковать по-своему туземные права. Но возможно и обратное соотношение»<sup>324</sup>. Интересно, что «принятие римского права в средневековой Франции произошло условно. Оно испытало многочисленные повторные толкования и урезания под влиянием ученых юристов, а иногда даже фальсификации (превосходство суверена над законом, смешение имущества, принадлежащего жене, с римским приданым и т.д.) Но также под влиянием практики (оговорки об отказе от римского права): нравы к этому не были готовы. В Германии отмечается то же явление, которое позднее должно было послужить предлогом для нацистов, чтобы разоблачить "иностраный" характер этого права»<sup>325</sup>.

М. де Серто показывает активность использования «потребителями культуры», «продукции, навязываемой господствующим порядком»: «... давно изучена та двойственность, которая подтачивала изнутри "успех" испанских колонизаторов, завоевавших индейские народности: эти индейцы, подчиненные и даже изъявляющие согласие, *делали* из ритуальных действий, репрезентаций и законов, которые им навязывались, нечто иное, нежели то, что изначально рассчитывали получить завоеватели. Ничего не отвергая и не меняя, индейцы подрывали все это изнутри самым способом использования, связанным с целями и референциями, чуждыми той системе, от которой они не могли ускользнуть. Они были другими, даже находясь внутри колонизации, которая "ассимилировала" их внешним образом; использование ими господствующего порядка осуществлялось в обход власти, которую у них не было средств отвергнуть: они уклонялись от нее, оставаясь внутри сферы ее действия. Сила вносимого ими отличия состояла в процедурах "потребления". Схожая, хотя и менее выраженная двойственность пронизывает наши общества благодаря использованию "народ-

---

<sup>322</sup> Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: Общетеоретические вопросы: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Омск, 2009. С. 6.

<sup>323</sup> Рулан Н. Историческое введение в право: учеб. пособие для вузов. М., 2005. С. 360–402.

<sup>324</sup> Там же. С. 390.

<sup>325</sup> Там же. С. 389.

ной" средой тех культурных форм, которые распространяются и навязываются "элитами" – производителями культурных языков»<sup>326</sup>.

Таким образом, в современной юридической науке постулируется важность преемственности права и показывается отличие этого процесса от таких явлений (процессов), как заимствование, рецепция, перенос, аккультурация и др. В то же время граница между этими явлениями – процессами остается дискуссионной: преемственность включает развитие (эволюционное), но любое развитие всегда предполагает в определенном смысле разрыв с прошлым. Преемственность – это сохранение ядра прошлого при изменении «периферийных» элементов. Но что считать ядром и периферией? Существуют ли объективные критерии этих аспектов традиции? Каковы критерии инновации? Сколько статей в новом уголовном кодексе должно быть сохранено из старого, чтобы полагать преемственность в эволюции уголовного права? Допустимы ли здесь количественные подсчеты? На эти и подобные вопросы классическое науковедение дать вразумительный ответ не в состоянии<sup>327</sup>. Это связано с осознанием ограниченности человеческого разума, невозможности открыть и описать якобы объективно существующие законы истории. В общем и целом, это связано с признанием неадекватности классического науковедения изменившимся социокультурным и историческим условиям. Таким образом, проблема относительности различия преемственности и инновации все более остро осознается в связи с приходом постклассического мировоззрения.

Классическая научная картина мира, сформированная идеями лапласовского детерминазма и декартовского рационализма исходит из объективности законов природы и общества и возможности их аподиктического

---

<sup>326</sup> Серто М. де. Изобретение повседневности. 1. Искусство делать. М., 2013. С. 41–42, 104.

<sup>327</sup> С позиций классического науковедения можно доказать, что любое изменение – это одновременно и преемственность, и разрыв с прошлым. Элементы преемственности можно найти в современном праве, взятые из римского права, а его – из ритуалов жрецов-понтификов и т.д. В то же время, как справедливо замечает Р. Кабриак, кодификация как рационализация права маскирует историческую обусловленность и человеческий произвол, находящийся в сердцевине любой юридической конструкции и «сопровождается «эффектом разрыва», отделяющим право от собственных корней и скорее осложняющим, нежели облегчающим, его понимание» (Кабриак Р. Кодификации. М., 2007. С. 215, 216, 221). В другом месте по этому же поводу он пишет: «...всякая кодификация вызывает эффект разрыва, т.е. она прекращает действие старого юридического порядка и дает рождение новому юридическому порядку. <...> Сопровождающая любую кодификацию отмена ранее действовавших правовых норм, подчас имеющая почти тотальный характер, является техническим воплощением интересующего нас эффекта разрыва, что, впрочем, вовсе не подразумевает отсутствие немалого числа положений старого права, переходящих в право новое.

Прямая отмена предшествующих правовых норм тем самым одновременно играет как политическую роль, подчеркивая разрыв с прошлым и утверждая авторитет новой власти, так и роль техническую, помогая избежать трудностей, неизбежно вызываемых наложением друг на друга двух сводов правовых норм – старого и нового». (Там же. С. 146–147).

описания для однозначного целесообразного использования в практической деятельности. Уже начало XX в., совпавшее с квантовой революцией в физике, перечеркнуло многие надежды «законодательного разума» (термин И. Канта), продемонстрировав зависимость представления о бытии от позиции наблюдателя, его описывающего. Ограничительные теоремы К. Геделя, имеющие междисциплинарное (семиотическое) значение, показали ограниченность классической рациональности в плане невозможности формализовать более или менее сложные системы (множества или системы знаков) непротиворечивым способом и обосновать систему ее же методами. Тем самым доказывается неполнота и противоречивость описаний, объяснений и тем более предсказаний реальности. Открытия диссипативных структур И. Пригожина в химии, демонстрирующих сложнейшую зависимость случайности, вытекающей из «точек бифуркации» и необходимости, поставили крест на причинности как содержании принципа детерминизма<sup>328</sup>. Эти идеи, именуемые в философии науки как неклассическая эпистемология, были радикализованы постмодернистами в конце XX в. и вынудили многих мыслителей искать ответы на вызовы нового образа (пост)современности. Таким ответом и стала концепция постклассической или постнеклассической (по терминологии В.С. Степина) эпистемология, которая постепенно проникает и в юридическую науку.

Теория социального конструктивизма, принятая в качестве методологии настоящего исследования, говорит о том, что в основе любого социального института лежит «первичный произвол» и последующая «социальная амнезия» (по терминологии П. Бурдье, воспринявшего ее у Б. Паскаля). Отсюда идея «созданности традиций» Э. Хобсбаума<sup>329</sup> и концепция «воображаемого сообщества» Б. Андерсона<sup>330</sup>.

Что все это означает применительно к проблеме **аккультурации и заимствования права**? Во-первых, то, что нет универсальных объективных критериев определения «переноса», преемственности или инновационности в развитии права<sup>331</sup>, хотя можно говорить о косвенных признаках пре-

---

<sup>328</sup> «Ныне мы знаем, что человеческое общество представляет собой необычайно сложную систему, способную претерпевать огромное число бифуркаций, что подтверждается множеством культур, сложившихся на протяжении сравнительно короткого периода в истории человечества. Мы знаем, что столь сложные системы обладают высокой чувствительностью по отношению к флуктуациям. Это вселяет в нас одновременно и надежду и тревогу; надежду на то, что даже малые флуктуации могут усиливаться и изменить всю их структуру (это означает, в частности, что индивидуальная активность вовсе не обречена на бессмысленность); тревогу – потому, что наш мир, по-видимому, навсегда лишился гарантий стабильных, непреходящих законов», – пишут И. Пригожин и И. Стенгерс (Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса: Новый диалог человека с природой. М., 1986. С. 386).

<sup>329</sup> Hobsbawm E., Ranger T. (eds.) The Invention of Tradition. Cambridge, 1983.

<sup>330</sup> Андерсен Б. Воображаемые сообщества. Размышления об истоках и распространении национализма. М., 2001.

<sup>331</sup> Это связано с тем, что индивидуальные артикуляции (термин Э. Лакло и Ш. Муфф) и действия никогда не бывают точными копиями сложившегося образца; они, исходя из

обладания либо первого, либо второго. И то, и другое определяется наблюдателем – властью, референтной группой и легитимируется населением (которое соглашается с навязанным представлением)<sup>332</sup>. Так, например, революционность Кодекса Наполеона для развития правовой системы Запада может быть поставлена под сомнение его консервативностью и эклектичностью<sup>333</sup>. Доказать либо одну точку зрения, либо другую «полностью»

---

изменяющегося контекста, постоянно видоизменяют его сперва в рамках допустимого «люфта», а затем могут трансформировать в новый институт. Эта потенциальная изменчивость любой устойчивой структуры (института) обусловлена тем, что всякий знак (следовательно, и всякий институт как совокупность знаков с семиотической точки зрения) не имеет однозначного объективного значения. Каждая конкретная фиксация значения знака условна, поэтому дискурс никогда не бывает зафиксированным настолько, чтобы не изменяться из-за разнообразия значений из области дискурсивности, – пишут Э. Лакло и Ш. Муфф. (Laclau E., Mouffe C. *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*. London, 1985. P. 110). Социальная практика, оперирующая знаками, переопределяет их значения, как в рамках структуры, так и выходя за ее границы и создавая тем самым новую структуру. Так формируется представление об объективности социальной структуры (института), ее естественности. Однако так понимаемая объективность – это исторический результат политических процессов и борьбы за гегемонию навязывания своего символического видения мира. Объективность, как утверждает Э. Лакло, – это маскировка изменчивости, сокрытие альтернативных возможностей иных значений. (Laclau E. *New Reflections on the Revolution of Our Time*. London, 1990. P. 89).

<sup>332</sup> Следует заметить, что социальный релятивизм в постклассической методологии трактуется не как вседозволенность, но как относимость каждого общественного явления к социальному целому и к другим общественным явлениям. Только через сопоставление права с культурой, экономикой, политикой и т.д. можно выявить их взаимозависимость, которая в соотношении с функциональным назначением права в обществе и выражает его сущность.

Универсальность социальных институтов опровергается теорией онтологической относительности, частным случаем которой можно считать теорию лингвистической относительности, принципом несоизмеримости ценностей современного гуманитарного знания. По мнению У. Куайна, смысл языкового выражения нельзя рассматривать вне определенной аналитической гипотезы, как и истинность положений научной теории – вне самой теории, вне определенной концептуальной системы. В этом состоит суть его теории онтологической относительности. См.: Quine V.W.O. *Ontological Relativity and Other Essays*. N.Y., 1969.

Известный английский антрополог Э. Лич в этой связи пишет, что любое социальное (в том числе, юридическое – например, законность или преступность) понятие наделяется различным смыслом в разных контекстах: преступным может стать законное и наоборот. Поэтому, по его мнению, не может быть вечных законов человеческого общежития и неотъемлемых прав человека. (Leach E. *Fundamentals of structuralism theory // Sociological approaches to law / Ed. by A. Podgorecki Ch.J. Whelan*. London, 1981. P. 30). Таким образом, можно сделать вывод, что любой социальный институт исторически и социокультурно контекстуален: его содержание задается эпохой и особенностями культуры данного социума.

<sup>333</sup> «С точки зрения содержания Гражданский кодекс несет на себе явные отпечатки политического консерватизма и экономического либерализма, господствовавших во Франции в начале XIX столетия», и выражает «технический компромисс между юристами писаного права и юристами обычного права, политический компромисс между

и «окончательно» (однозначно) невозможно, хотя можно привести более весомые с точки зрения научного сообщества аргументы (которые, впрочем, со временем как правило пересматриваются). Поэтому история – это не события прошлого, но их интерпретация с позиций сегодняшнего дня властью, научным сообществом, широкими слоями населения и седиментация в исторической памяти социума. Это связано с тем, что прошлое дано нам не «само по себе», но как образы, представления о прошлом, всегда неполные, огрубляющие прошедшие события.

Важно заметить, что аккультурация, как и преемственность – это социальный конструкт, создаваемый властью номинации и воспроизводимый практиками людей. На этом аспекте следует остановиться несколько подробнее. Антропологический тип правопонимания, включающий упоминавшийся выше прагматический поворот, методологию социального конструктивизма, социальных представлений и дискурс-анализа, предполагает «человекоцентристское» измерение права: право предстает в виде практик и социальных представлений по формированию и воспроизведению общеобязательных образцов поведения<sup>334</sup>. Именно человек создает право – новый общеобязательный образец (образцы) поведения. В силу авторитета и власти номинации (по терминологии П. Бурдьё) этот (эти) образец распространяется среди широких слоев населения, которые легитимируют его (их) своими практиками и представлениями. Поэтому право как социальный институт существует и действует только тогда, когда оно обладает трансцендентным критерием – объективно служит самосохранению социума и когда воспроизводится населением (как правоприменителями, так и обывателями). Эти два аспекта очевидным образом взаимообуславливают друг друга, демонстрируя диалог трансцендентного и имманентного: самосохранение общества (или целостность – по терминологии Л.И. Спиридонова) возможно только тогда, когда большинство населения (или, по крайней мере, значимая его часть) совершает действия и имеет об этом определенное представление, которые самосохранение и обеспечивают (без действий и их оценки, шире – ментального образа достичь целостность невозможно); массовые действия и ментальные представления только тогда могут считаться правовыми (с трансцендентной точки зрения), если они достигают цели – самосохранение общественного целого: в противном случае, если эти действия приведут к аномии, то правовыми они названы

---

идеями Старого режима и идеями Революции», – пишет Р. Кабриак (Кабриак Р. Указ. соч. С. 67, 65).

<sup>334</sup> При этом общеобязательность включает как его имманентный аспект – представление об общеобязательности, навязываемое населению правящей элитой и референтной группой, так и трансцендентный – обеспечиваемость самосохранения социума. Общеобязательность во втором смысле полагал сущностным признаком права Л.И. Спиридонов. См.: Спиридонов Л.И. Теория государства и права: курс лекций. СПб., 1995. С. 93–94. См. также: Честнов И.Л. Наследие Льва Ивановича Спиридонова в контексте постклассического науковедения // История государства и права. 2010. № 24. С. 13–15; Честнов И.Л. Научное наследие Л.И. Спиридонова // Правоведение. 2009. № 5. С. 208.

не могут быть ни при каком типе правопонимания.

Исходя из антропологической методологии дискурс-анализа можно констатировать, что право существует и действует только через людей, воспроизводящих его своими практическими действиями и ментальными представлениями. Поэтому норма права – это не только ее формулировка в статье нормативного правового акта, но ее интерпретация субъектом, соотнесение с индивидуальной интенцией и реализация в соответствующих действиях<sup>335</sup>. Другими словами, норма права – это модель юридически значимого с точки зрения данного социума поведения, включающая так называемое личностное, практическое знание (умения и навыки) юридической квалификации и принятия решения в конкретной жизненной ситуации. Причем это личностное, неявное знание, формирующееся в процессе юридической социализации, свойственно как для правоприменителя, облакающего официальными формулировками законодательства в профессиональные стереотипы<sup>336</sup>, так и для широких слоев населения, не отягощенных специальными юридическими знаниями, но обладающими ментальными обыденными (доксическими) представлениями о юридически значимых ситуациях и правильном типичном поведении в них<sup>337</sup>.

Таким образом, ***аккультурацию и заимствование права нельзя сводить только к формальной стороне законотворчества***. Если нормативные правовые акты по какой-либо причине не воспринимаются населением (а иногда и правоприменителем) как важные, социально значимые, не оцениваются положительно населением и не воспроизводятся их многократными действиями, то они не могут быть названы правовыми в антропологическом смысле<sup>338</sup>. Это, как правило, свидетельствует о «мертворожден-

---

<sup>335</sup> Значение понятия – перефразируя Л. Витгенштейна – это его использование в дискурсивных практиках конкретными субъектами.

<sup>336</sup> Например, навыки и умения проведения осмотра места происшествия, допроса, вынесения постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, юридической оценки действий и событий и т.п.

<sup>337</sup> Обыденное мышление также осуществляет процесс юридической квалификации – соотнесение ситуации с ее типизацией в доксических стереотипах здравого смысла и установках. В этой вязи представляется перспективным анализ обыденного правосознания в прагматическом аспекте с помощью типизаций и идеализаций, разрабатываемых социальной феноменологией.

<sup>338</sup> В большинстве случаев имеет место относительная легитимация правовой инновации. Интересный пример в этой связи демонстрирует история реформы законодательства Японии в конце XIX в.: принятые в эпоху Мэйдзи Уголовный кодекс и Кодекс Уголовного Следствия, гражданский и Гражданский процессуальный и Торговый кодексы по образу и подобию европейских, не стали, тем не менее, органической частью правовой системы Японии, хотя и нельзя сказать, что они были «мертворожденными» нормативными правовыми актами. Еще в большей степени это характерно для законодательства бывших колоний, обретших в XX в. независимость и мусульманских государств, отличающихся правовой культурой от законоцентристской культуры Запада, выступающей образцом для правовых заимствований (Рулан Н. Указ. соч.). Р. Кабрйак по этому поводу пишет: «Впрочем, все эти кодексы не должны вводить в заблуждение: для японцев, как и для китайцев, в праве заложен риск смятения и неопределенности.

ности» такого нормативного правового акта, который фактически не вошел в правовую культуру (и правовую систему) данного общества, и об отсутствии преемственности в правовой политике. «Вообще-то правовые передачи проходят удовлетворительно, – пишет Н. Рулан, то есть без особых потрясений в обществе – рецепторе, только тогда, когда это общество побуждается к изменениям, которые делают необходимым принятие нового права, и когда передовое право исходит от общества, основные черты которого больше не отличаются от черт общества – рецептора <...>, или рассматривается им как независимое от общества, в котором оно родилось, и возможное для принятия любым другим обществом <...> Итак, если колонизация вызвала глубокие изменения в традиционных обществах, то два других условия не могут быть выполнены. Так что в большинстве случаев <...> либо передача права не что иное, как иллюзия, либо цена этой передачи очень высока: это может быть распад структуры общества-рецептора либо искажение сути передаваемого права»<sup>339</sup>. С другой стороны, любой нормативный правовой акт всегда адаптируется практикой его правоприменения и реализации обывателем. Так, например, судебная практика, давая расширительное толкование нормативному правовому акту, адаптированное к запросам социума, обеспечивает тем самым «продолжение жизни» такому устаревшему акту<sup>340</sup>.

Подводя итог, можно заключить, что аккультурация и преемственность права играют принципиально важную роль в правовой политике. Последняя может быть успешна только в том случае, если сумеет обеспечить легитимацию населением нововведений, неизбежных в современном мире перманентных социальных изменений. Это отдельная проблема, требующая специального изучения. Сейчас же заметим, что успех правовой ак-

---

Социальные отношения прежде всего регулируются *giri* – традиционными правилами поведения, обеспечивающими гармонию. Такая духовная гармония смогла даже устоять перед натиском западных кодексов, заимствование которых началось в конце XIX столетия» (Кабрияк Р. Указ. соч. С. 39–40).

<sup>339</sup> Рулан Н. Юридическая антропология: учебник для вузов. М., 1999. С. 190–191.

<sup>340</sup> См. подробнее: Кабрияк Р. Указ. соч. С. 184–193. В частности, он пишет: «Современные кодификаторы прекрасно поняли важность свободы, которую необходимо оставить тем, кому предстоит толковать кодекс, обеспечивая его планомерное развитие. Об этом свидетельствует опыт Гражданского кодекса Квебека. В сопровождающих его комментариях уточняется, что «роль Кодекса заключается в том, чтобы установить правила, способные адаптироваться к самым разнообразным человеческим и социальным ситуациям, а также способные интегрировать научные и общественные достижения». Здесь же добавляется, что «так или иначе, но ни кодекс, ни какой-либо иной закон никогда не заменят человеческий разум, необходимый, чтобы толковать законодательные тексты и открывать перед ними новые пути развития». Если говорить конкретнее, то, согласно преамбуле к Гражданскому кодексу Квебека, «Кодекс составляет совокупность норм, являющихся общим правом для всех сфер, которые, как может прямо указываться или подразумеваться, подпадают под букву, дух или объект соответствующих положений Кодекса». Цель данного принципа заключается в том, чтобы создать благоприятные условия для динамического толкования новой квебекской кодификации» (Там же. С. 193).

культурации, а значит и вводимых нововведений в правовую систему общества, зависит от эффективности действий правящей элиты и референтной группы при учете обратной связи с населением.

### **2.3 Понятие и типология правовых систем современного общества**

Понятие правовой системы общества поливариантно. К нему можно подходить как с узкой (позитивистской), так и широкой (социально-антропологической) позиций. В первом случае под правовой системой будет признаваться «совокупность внутренне согласованных, социально однородных юридических средств, методов, процедур, с помощью которых публичная власть оказывает регулятивно-организующее и стабилизирующее воздействие на общественные отношения, реализует меры юридической ответственности»<sup>341</sup>. Подобный подход, на наш взгляд, страдает односторонностью. Правовые системы ряда стран неевропейского мира (Африка, арабский Восток, Южная Азия) формировались и до сих пор во многом функционируют без существенного вмешательства государства. Кроме того, государственная власть некоторых стран крайне слабо использует, в силу традиции, свои правотворческие полномочия в целях изменения и, тем более, формирования совершенно новых направлений движения правовой материи (Великобритания и большая часть стран общего права).

Гораздо более адекватно отражает реальность социально-антропологический подход, согласно которому правовая система «представляет собой совокупность взаимосвязанных, согласованных и взаимодействующих правовых средств, регулирующих взаимоотношения в обществе и характеризующих уровень и особенности его правового развития»<sup>342</sup>. Подобный «широкий взгляд» позволяет принять во внимание не только правотворческую деятельность государства, но и отдать должное «живому праву» («духу народа»), также оказывающему свое (часто-решающее) воздействие на эволюцию права и его бытие.

По своей структуре правовая система состоит из следующих элементов:

- господствующий тип правопонимания;
- действующее законодательство;
- официально признанная система источников права;
- юридическая практика;
- правовые технологии, используемые в законотворчестве, правоприменении толковании права и правоохранительной деятельности в целях нормативного и индивидуального правового воздействия на сознание и поведение людей;

---

<sup>341</sup> Ромашов Р.А. Теория государства и права. СПб., 2006. С.240.

<sup>342</sup> Гойман-Калинский И.В., Иванец Г.И., Червонюк В.И. Элементарные начала общей теории права. М., 2003. С. 499.

- господствующая правовая идеология, национальный правовой менталитет;
- правовая инфраструктура;
- механизм реализации права;
- правопорядок<sup>343</sup>.

Следует при этом согласиться с позицией А.М. Яковлева, считающего, что «только осознавая, что любая норма права становится реальностью в поведении людей, а поведение это неразрывно связано с разделяемыми ими взглядами, мнениями, убеждениями (и предубеждениями, предрассудками), можно судить, в какой степени норма закона обретает социальный эффект, т.е. становится реальной социальной силой»<sup>344</sup>. Существует несколько уровней познания правовой системы общества:

1. Субъектно-сущностный уровень, указывающий на роль субъектов права в качестве системообразующих материальных факторов правовой системы.

2. Интеллектуально-психологический уровень, формирующий правовое понимание отдельного человека.

3. Нормативно-регулятивный уровень, указывающий на принципы регулирования общественных отношений, а также на основные цели и направления правового воздействия на развитие общества.

4. Организационно-деятельностный уровень, охватывающий все юридически оформленные связи и отношения, формы реализации права, виды правового поведения людей, а также правотворческую и правоприменительную деятельность государства и общества.

5. Социально-результативный уровень, определяющий качество освоения человеком правовой реальности, а также соответствие интересам индивидов и общества различных правовых режимов регулирования.

Совокупность и комплексность использования вышеназванных уровней позволяют сделать вывод о том, что «особенности правовой материи (с ее строгими юридическими конструкциями, структурными подразделениями, нормативным построением и т.д.) – это ее качество жесткого стабильного организма. И именно отсюда – уникальные функции права, обеспечивающие нормальную упорядоченную жизнь общества, его постоянство, стабильность, функционирование в соответствии с «вечными» и принятыми в данном обществе ценностями, а также основными ценностями цивилизации перспективного порядка (понятно, насколько это оказывается возможным в данной экономической, политической и социальной среде)»<sup>345</sup>.

Закономерности развития правовой системы современного общества обусловлены множеством факторов. Среди них – как внутренние, так и внешние противоречия. Формы их проявления самые различные, в том

---

<sup>343</sup> Червонюк В.И. Теория государства и права. М., 2006. С. 597.

<sup>344</sup> Яковлев А.М. Социальная структура общества и право. М., 2009. С. 21.

<sup>345</sup> Алексеев С.С. Восхождение к праву. М., 2001. С. 303.

числе скрытые, накапливающиеся постепенно. Правовые явления должны соответствовать фактическим отношениям, в противном случае возникает большое количество норм, которые не смогут быть реализованы. Любая правовая система должна обладать особым организационно-правовым механизмом, который включает в себя:

- новые фактические отношения, требующие правового оформления;
- правовые экспериментальные нормы;
- оценку правового эксперимента на основе данных социологии и статистики;
- подготовку и издание нормативного акта компетентным органом;
- изучение эффективности действия правовых актов;
- внесение в правовые акты изменения и дополнений или их отмену.

Значение правовой системы для формирования и развития современного гражданского общества также постоянно возрастает в связи с последовательным накоплением новых знаний. Как отмечает в связи с этим А.К. Черненко, «эффективность юридической науки и ее методов в построении правовой системы в наше время выступает как потребность преодоления противоречий сегодняшнего состояния в правовой сфере, решения острых проблем в построении новой правовой системы. Эта потребность опирается в немалой степени на нравственные и интеллектуальные установки юристов, как исследователей, так и практиков, – установки на то, что юриспруденция как наука и как система знаний должна играть значительно большую роль в создании новой правовой системы»<sup>346</sup>. Любая правовая система предполагает наличие значительного числа людей, обладающих правовым мировоззрением (безотносительно к форме его внешнего выражения: обычное, позитивное или естественное право). Правовое мировоззрение характеризуется следующими чертами:

- это основа и условие формирования правовой личности, ее социально-правовой активности;
- мировоззрение играет большую роль в познании и разрешении различных социально-правовых конфликтов;
- мировоззренческие установки и их роль в формировании рациональной правовой системы имеют аксиологическое значение<sup>347</sup>.

Право, как социальный регулятор, предназначено для решения следующих проблем:

- право есть результат деятельности человека, общества и государства, показатель свободы личности;
- ценность права определяется его значимостью для людей и их политических институтов.

Проявления ценности права различны и многообразны, однако в целом их можно свести к следующим:

---

<sup>346</sup> Черненко А.К. Теоретико-методологические проблемы формирования правовой системы общества. Новосибирск, 2004. С. 67.

<sup>347</sup> Там же. С. 68–69.

- инструментальная ценность – внесение правом рациональных начал в общественную жизнь, учреждение и охрана общего масштаба и единых правил поведения;

- общесоциальная ценность, т.е. способствование развитию тех отношений, в которых заинтересованы как отдельные индивиды, так и общество в целом;

- собственная ценность – гарантирование возможности нормальной деятельности индивидов и организаций с помощью специфических юридических средств;

- гуманистическая ценность, т.е. действенная защита личности<sup>348</sup>.

В странах романо-германского и общего права его ценность не подвергается сомнению и является, по сути, одним из показателей «духа народа», визитной карточкой этих обществ. Для уяснения места той или иной правовой системы в развитии цивилизации крайне важной является типология правовых систем и ее критерии. Первичный элемент подобной классификации – национальная правовая система, под которой понимается «конкретно-историческая совокупность источников права, механизмов правового воздействия, юридической практики и господствующей правовой идеологии, сформировавшееся в пределах юрисдикционной территории конкретного государства»<sup>349</sup>. Каждая национальная правовая система уникальна. Тем не менее, все существующие системы можно свести к нескольким большим группам, называемым в компаративистике правовыми семьями. Они представляют собой совокупность национальных правовых систем, объединенных общностью исторического развития, структуры, источников ведущих отраслей и правовых институтов, правоприменения, понятийно-категориального аппарата юридической науки. Сами же критерии типологии различны, и среди исследователей этой проблематики единства во взглядах нет. Например, Р. Давид классифицирует правовые системы в зависимости от идеологии и юридической техники. В результате им признаются следующие семьи:

- романо-германская;
- семья общего права;
- социалистическая;
- религиозно-традиционная.

Эта классификация, на наш взгляд, утрачивает свое значение, т.к. идеологический критерий, бывший актуальным в эпоху существования биполярного мира, в настоящее время «размывается» в связи с глобализацией общественных отношений и постоянно усиливающейся интеграцией. Кроме того, выделение лишь четырех правовых семей создает определенные трудности в распределении национальных правовых систем. К какой семье отнести право скандинавских стран? Оно обладает рядом особенностей (главная из них – отсутствие кодификации), не позволяющих включать его

---

<sup>348</sup> Чевонюк В.И. Теория государства и права. С. 253–254.

<sup>349</sup> Ромашов Р.А. Указ. соч. С. 240.

в романо-германскую группу. Самых критериев типологии должно быть достаточно много, чтобы с учетом всех факторов сделать более правильный выбор.

Так, К. Цвайгерт и Х. Кетц вводят следующие критерии типологии правовых семей: происхождение и эволюция правовой семьи, своеобразие юридического мышления, специфика правовых институтов, природа источников права, идеология. Все эти критерии исследователи объединили в особое понятие, именуемое «правовой стиль». Согласно утверждению известных немецких компаративистов, «в сравнительно-правовом исследовании надо стремиться к тому, чтобы научиться распознавать правовые стили и определять правовые семьи и входящие в них отдельные правопорядки в соответствии с индивидуализированными элементами стиля, другими факторами, отражающими стилевые особенности правовой семьи или правопорядка»<sup>350</sup>. Исходя из такой «дробной» классификации элементов правовых семей, ученые выделили следующие семьи или «круги»:

- романский круг (Франция);
- германский круг (Австрия, Германия);
- англо-американское право;
- скандинавский правовой круг;
- социалистическое право;
- мусульманское право;
- индусское право.

Выделение К. Цвайгертом и Х. Кетцем отдельных романской и германской правовых систем, по нашему мнению, нецелесообразно. Историческое развитие права Германии и Франции, несмотря на определенные различия, шло по одному пути. Рецепция римского права создала единый понятийный аппарат юриспруденции, а особенности, присущие любой национальной правовой системе, не могут быть положены в основу классификации, и тем более гипертрофированы: в противном случае мы рискуем раздробить правовую карту мира на множество автономных частиц, ничем не связанных друг с другом.

Известный компаративист А.Х. Саидов также предложил собственную типологию правовых семей. Она основывается на особенностях исторического развития той или иной правовой системы, роли источников права и специфики структуры права. В результате представленная классификация выглядит следующим образом:

- романо-германская семья;
- скандинавская правовая семья;
- латиноамериканская правовая семья;
- семья общего права;
- мусульманское право;
- индусское право;

---

<sup>350</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. М., 1998. Т. 1. С. 107.

- семья обычного права (страны Африки);
- дальневосточная правовая семья (Китай, Япония).

В принципе, подобный вариант классификации правовых семей наиболее предпочтителен, однако следует уточнить некоторые спорные моменты. Прежде всего, целесообразно включить страны Латинской Америки в романо-германскую правовую семью, так как принципиальных отличий от нее не просматривается<sup>351</sup>. Допущение в некоторых государствах региона судебного прецедента в качестве формы права или копирование американской модели построения высших органов власти не изменяют сущности их правовых систем. К тому же, сам А.Х. Саидов полагает: «Характерно, что даже страны географически более других тяготеющие к США, тем не менее также оказались привержены европейским континентальным моделям. В качестве примера можно указать на Мексику, где сформировавшаяся после завоевывания государственной независимости правовая система восприняла правовые идеи и юридическую технику, свойственные романо-германской правовой семье. Романские традиции в Мексике проявились также в том, что первые ее кодексы и многие законы, принятые в XIX веке, испытали на себе заметное влияние французского и испанского права»<sup>352</sup>.

Собственную типологию правовых систем современности разрабатывает и М.Н. Марченко. В его изложении критериями различения семей права должны выступать факторы культуры, идеологии и экономико-политического развития тех или иных стран. Известный ученый предлагает выделять следующие правовые семьи:

- романо-германская правовая семья;
- семья общего права (англосаксонская);
- правовая семья социалистических и постсоциалистических стран;
- религиозная правовая семья (иудейское и мусульманское право).

Насколько целесообразно выделять социалистические и постсоциалистические страны в одну семью, если по своим цивилизационным основам в ней оказываются диаметрально противоположные общества (Китай, Россия, страны Центральной Европы)? Ведь сам М.Н. Марченко справедливо отмечает: «В процессе классификации правовых систем весьма важным представляется учитывать, что в реальной действительности нет и не может быть законченной правовой или любой другой классификации и что любая выделяющаяся при этом правовая семья с неизбежностью будет иметь относительный характер»<sup>353</sup>.

Действительно, необходимым представляется выделение смешанных правовых систем (Нидерланды, ЮАР). Они существенно отличаются от романо-германского права, и это следует подчеркнуть. В итоге всех наших рассуждений позволим изложить собственное представление о критериях типологии правовых семей, основанное на социально-антропологическом

<sup>351</sup> Жидков О.А. Избранные труды. М., 2006. С. 273–293.

<sup>352</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М., 2000. С. 195.

<sup>353</sup> Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. М., 2002. С. 453.

и цивилизационным принципам. Именно эти принципы позволяют, по нашему мнению, наиболее полно отразить все богатство правовой картины современного правового сообщества. Предлагаемая нами типология состоит из следующих семей:

- романо-германская правовая семья;
- семья общего права;
- российская правовая система;
- мусульманское право;
- индусское право;
- китайское право;
- право Японии;
- обычное право Африки.

Кроме того, правовые системы многих стран неевропейской правовой традиции можно объединять в один крупный блок религиозно-традиционного права.

## **2.4 Систематизация и системность права**

Достижением науки является признание за явлениями свойства системности: с точки зрения синергетики любое явление одновременно представляет собой систему и является элементом какой-либо другой системы (а чаще – нескольких систем одновременно). При этом системы в процессе своей эволюции периодически входят в критическое состояние – так называемые точки бифуркации, когда дальнейшее развитие системы неизвестно в момент нахождения внутри этой точки. Глобально рассматривая данную особенность системного качества явления, можно, конечно, обратить внимание на то, что любой момент состояния системы можно считать точкой бифуркации: так, система может в любой момент саморазвиться, и варианты путей развития обычно можно только прогнозировать. Однако, под точкой бифуркации все же принято понимать чрезмерно-редкое, исключительное состояние системы. Так, для социальных систем в качестве точки бифуркации можно определить, например, революции, войны и т.п.

В отношении взаимозависимости государственных и правовых систем необходимо учитывать взаимовлияние социума и специфики права, которое в этом социуме формируется. В истории общества право, развиваясь сообразно требованиям эволюционирующих отношений, в некоторый момент перестало быть интуитивно понятным и фактически доступным (так, правовые обычаи в начале пути правовой эволюции по своему количеству не составляли столь значимой трудности в использовании, поскольку формировались «снизу», путем закрепления уже сложившихся в данном обществе правил поведения, т.е. уже известных данному социуму. Однако в связи с увеличением количества таких правил поведения возникает необходимость в их фиксации – так, по мнению некоторых исследователей, появилась «Русская Правда» – как способ обобщения существующих правил поведения на конкретном этапе развития данного общества.

По мнению Г.В. Вернадского, «правовая жизнь Русского государства до XVIII в. покоилась в значительной степени на обычае, сквозь который, однако, к XVIII в. все энергичнее пробивалось влияние права римско-византийского (при посредстве кормчих, законодательных сборников византийских императоров и Литовского Статута). Начиная с Петра Великого, единственным источником права делается воля законодателя; это период правотворчества императорских указов; лишь в толщу крестьянской жизни медленно проникают новые начала. При этом (особенно в XVIII веке) законодатель усиленно ищет образцы правовых норм на Западе – в Швеции, немецких государствах, отчасти во Франции и Англии»<sup>354</sup>.

Действительно, с начала XVIII века количество нормативных актов, исходящих от верховной государственной власти, возрастает во много раз, что приводит к образованию новой системы русского права, построенной по иерархическому принципу.

В современном праве ситуация с доступностью правовых норм чрезвычайно усложнена в связи с их количеством. Если в сфере воздействия правовых норм на правоотношения они самоорганизовались в систему права, то в сфере ознакомления с ними субъектам права приходится осуществлять уже самостоятельную деятельность путем систематизации правовых актов.

Систематизация законодательства представляет собой непрерывную форму развития и упорядочения действующей правовой системы. На сегодняшний день в большинстве государств присутствует огромный объем нормативно-правовых актов, создаваемых в процессе правотворчества различными органами государственной власти. В связи с постоянным изменением социально-значимых отношений, требующих правового регулирования, правотворчество не может остановиться на определенном этапе. Следовательно, возникает необходимость упорядочения этой постоянно меняющейся совокупности нормативно-правовых актов в целях удобства их использования.

В современной Российской Федерации в связи с необходимостью создания правовых норм, регулирующих социально-значимые общественные отношения (новых – например, в сфере информационного права, – или вектор регулирования которых изменен – например, в спекуляции на предпринимательскую деятельность), процесс правотворчества (в частности – законотворчества) осуществляется практически непрерывно. Следовательно, постоянно увеличивается число нормативно-правовых актов. При отсутствии эффективной деятельности по систематизации законодательства использование новых и/или измененных нормативных актов становится невозможным из-за возникающих коллизий и – одновременно – пробелов в праве.

Деятельность по систематизации законодательства необходима и в современной Российской Федерации, так как число действующих норматив-

---

<sup>354</sup> Вернадский Г.В. История права. СПб., 1999. С. 11.

ных актов всех уровней постоянно растет. В связи с многоуровневостью правовой системы (из-за федеративного устройства территории государства, наличия иных субъектов правотворчества – поскольку правотворчество нельзя ограничить лишь законодательством) в современной Российской Федерации создается большое количество новых нормативных актов, постоянно изменяющих процесс правового регулирования, но которые при этом должны находиться в четкой иерархии. По этой причине необходимым становится упорядочение совокупности действующих нормативно-правовых актов, преобразования этой «совокупности» в «систему». Однако, критерии системности в связи с недостаточностью теории систем до сих пор продолжают находиться в стадии разработки, что ведет к логичному вопросу: какими особыми качествами должна обладать система правовых актов? Достаточно ли лишь использования критерия распределения юридической силы (в грубой форме: «Конституция обладает высшей юридической силой, никакие законы не могут ей противоречить, никакие подзаконные акты не должны противоречить законам»?).

В связи с делящейся правовой реформой в современной Российской Федерации процесс увеличения нормативно-правовых актов всех уровней и внесение изменений в действующие имеет более интенсивный характер, чем в периоды стагнации государства. В настоящее время Российская Федерация находится в стадии переходного государства, что влечет за собой формирование новой правовой системы в Российской Федерации в связи с изменением конституционного строя государства.

В настоящее время содержание термина «законодательство» не имеет однозначно определенного содержания, а в нормативно-правовых актах и юридической литературе данный термин принято рассматривать с двух точек зрения<sup>355</sup>. В «широком смысле» под законодательством понимается вся совокупность нормативно-правовых актов, издаваемых в государстве. В рамках «узкого» подхода можно выделить позицию, согласно которой «законодательство» есть лишь совокупность законов<sup>356</sup>. Единственным критерием для отнесения принятых на различном уровне актов к законодательству в этих случаях является их нормативный характер. Закон, тем самым, теряет свою особую значимость. Неслучайно на практике появилась попытка разграничить понятие «законодательный акт» и «акт законодательства». Как замечают М.И. Брагинский и В.В. Витрянский: «Без указания в каких-либо источниках молчаливо признавалось, если закон предусмотрел принятие "законодательного акта", то это означало решение вопроса непременно в законе или приравненном к нему акте. Под "актами законодательства" подразумевались подзаконные акты – от указов Президента РФ до актов местных органов власти»<sup>357</sup>.

---

<sup>355</sup> Российское законодательство: проблемы и перспективы. М., 2005. 478 с.

<sup>356</sup> Тихомиров Ю.А., Котелевская И.В. Правовые акты. М., 2005. С. 11.

<sup>357</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: рекомендации. М., 1998. С. 26–27.

Понятие систематизации законодательства, как и самого законодательства, не имеет единого определения в юридической литературе. Так, предлагаются варианты, кроме устоявшегося термина «систематизация законодательства» еще: «систематизация правовых актов» или «систематизация нормативно-правовых актов». В том числе, можно встретить вариант «систематизация права», «которая, в силу его осуществления законодательными или другими органами государства выступает как субъективное явление» – данная формулировка позволяет предположить, что речь все же идет о систематизации законодательства (или систематизации правовых актов), а не права как такового<sup>358</sup>. Система права и система законодательства имеют своим предметом приращение системности различных объекты: воздействующие на реально существующие отношения правила поведения – для системы права и закрепленные в письменном виде правила поведения – для систематизации законодательства. Вопрос о систематизации, например, устных правовых обычаев в процессе осуществления такой деятельности автоматически будет сопровождаться их фиксацией, поскольку иначе сгруппировать такие правила поведения невозможно – в правосознании как «хранилище» данных обычаев «полочек» и «рубрикаторов» природой не предусмотрено, несмотря на все достижения нейролингвистического программирования.

Термин «систематизация законодательства» сформировался достаточно давно, и в процессе развития форм права в настоящее время включает в себя уже обработку не только норм законов, но и подзаконных актов. Необходимо обратить внимание и на то, что в связи с развитием письменности и укреплением требования современного права к форме некоторых видов сделок и документов, некоторые качества систематизации законодательства (естественно, с соответствующими ограничениями и оговорками), могут быть применимы (и применяются на практике) к ненормативным актам. Таким образом, в споре исследователей о содержании термина «систематизация законодательства»<sup>359</sup> пора (по примеру Т.В. Кашаниной<sup>360</sup>) «сделать паузу» и понимать под систематизацией законодательства систематизацию правовых актов, выделяя свою специфику для законов, подзаконных актов и ненормативных актов. Несмотря на большую содержательность термина «систематизация правовой информации», он отнюдь не заслуживает насильственного внедрения, поскольку расширительное толкование терминов вполне может быть обеспечено и на уровне его понимания, не вдаваясь в правовой идеализм с требованиями законодательно закрепить понятие «систематизации».

---

<sup>358</sup> Марченко М.Н. О признаках «системы» и системном характере права // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2010. № 1. С. 42.

<sup>359</sup> См.: Болдырев С.Н. Теоретико-правовая характеристика юридической техники // Юристъ-Правоведъ. 2014. № 2 (63). С. 7.

<sup>360</sup> См.: Кашанина Т.В. Юридическая техника или законодательная техника? // Журнал российского права. 2010. № 3 (159). С. 171–179.

Однако принципиально учитывать различия содержания понятий «система права» и «систематизации законодательства / правовых актов». Мысль, что «системность права обеспечивается усилиями юридически грамотного, высокопрофессионального законодателя», конечно, имеет право на существование, но с учетом далее изложенного «Формулируя право <...>, законодатель "по определению" не может не стремиться к его системности <...> В противном случае неизбежно возникают риск и угроза снижения или полной утраты эффективности права, превращения его в неупорядоченное нагромождение оторванного от жизни и невостребованного обществом формально-юридического материала»<sup>361</sup>, речь, все же, скорее идет о формировании идеальной системы законодательства (или системе нормативно-правовых актов), а не о системе права как таковой, поскольку «право как сложное, многогранное явление не может быть выражено в законченной системе знаков, последняя всегда огрубляет, искажает бытие права, хотя постижение права без определения его формы (как первичного этапа изучения) невозможно»<sup>362</sup>.

Несмотря на оптимизм, что право «создается <...> в значительной степени профессионалами»<sup>363</sup>, качество результатов даже федерального правотворчества вызывает в некоторых случаях недоумение. Ярким примером подобной ситуации сегодня выступает ст. 95 Конституции РФ: включение в правовую формулу<sup>364</sup> элемента «не более» в отношении представителей от Президента РФ, входящих в состав Совета Федерации, при отсутствии указания на то, от какого числа определять эти «не более 10%» – от удвоенного числа субъектов РФ? Или от суммы удвоенного числа субъектов РФ с этими «не более 10%»?

В истории России известны периоды, когда какое-либо упорядочение законодательства носило только характер неудачных попыток (со времён Соборного Уложения 1649 года до кодификационных работ под руководством М.М. Сперанского в 1826–1833 гг.). Отсутствие работы по приведению законодательства в систему затрудняет его эффективное практическое использование, снижает уровень правовых знаний граждан, и, как следствие, негативно влияет на их правовую культуру. Следовательно, целью систематизации является создание именно системы. Системность законодательства заложена в самой природе форм права, нормативно-правовых актов, правовых норм.

В общетеоретическом плане сам термин «система» остается открытым для определения его содержания – «существует множество различных

---

<sup>361</sup> Марченко О признаках «системы» и системном характере права // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2010. № 1. С. 43.

<sup>362</sup> Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 504.

<sup>363</sup> Там же. С. 486.

<sup>364</sup> См. Голубева Л.А. Формула права: постановка вопроса // Журнал правовых и экономических исследований. Journal of Legal and Economic Studies. 2013. № 4. С. 104–106.

смысловых в той или иной мере определения понятий»<sup>365</sup>, она может быть рассмотрена и как «определенная совокупность элементов, находящихся в определённой взаимосвязи, которая придаёт данной совокупности целостный характер»<sup>366</sup>; как «отграниченное множество взаимодействующих элементов»<sup>367</sup> и т.д. Упрощенно можно принять в качестве системы совокупность элементов структуры этой системы с учетом их взаимовлияния и взаимодействия, обеспечивающих выполнение самой системой определенных функций. Таким образом, в качестве основообразующих элементов структуры права можно обозначить реально воздействующие на общественные отношения правовые нормы, а системы законодательства – правовую информацию, содержащуюся в существующем объеме зафиксированных правовых предписаний<sup>368</sup>. Самое главное – не ограничивать систему только совокупностью элементов, а учитывать их реальное функционирование путем взаимодействия и взаимовлияния. Именно в таком случае вопрос, в частности, о системности законодательства будет учитывать признак иерархичности, по умолчанию включаемый подавляющим большинством исследователей, но воздерживающихся от аргументации данного включения.

В качестве принципиальных отличий системы права и систематизации можно остановиться на трех наиболее ярких чертах:

1) по отношению к существующей действительности система права объективно отражает существующую правовую действительность (иначе – «правовую реальность»), а система законодательства выражает субъективно необходимую конкретному субъекту, исходя из его разумений о такой необходимости, структуру правовых предписаний;

2) по отношению к внутренним элементам система права оперирует всеми нормами права, а система правовых актов (или система законодательства) оперирует только зафиксированными (письменными) правовыми предписаниями, которые не всегда выступают в качестве нормы права;

3) по выражению в реальном мире система права всегда оперирует не только и не столько выраженными в материальной форме нормами (т.е. не обязательно зафиксированными на материальных носителях – как, например, в случае правового обычая), а система законодательства может оперировать только закрепленными предписаниями.

Сходства же системы права и системы законодательства, порождающие необходимость осуществления систематизации правовых актов, таким образом, выражаются в возможности эффективной<sup>369</sup> реализации правовых

---

<sup>365</sup> Марченко М.Н. О признаках «системы» и системном характере права // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2010. № 1. С. 41–42.

<sup>366</sup> Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 98.

<sup>367</sup> Краткий философский словарь / под ред. А.П. Алексеева. М., 2000. С. 279.

<sup>368</sup> Так, например, при «мертворожденном праве» говорить о существовании нормы права будет невозможно.

<sup>369</sup> См., например: Жинкин С.А. Психологические проблемы эффективности права.

норм в правовой реальности.

Системе законодательства свойственно и еще одно особое свойство: регулирование множества сфер жизнедеятельности общества ведет не только к количеству, но и к разнообразию правовых предписаний, входящих в данную систему. В связи с этим внутри совокупности множества правовых актов неизбежно возникают противоречия – так называемые правовые коллизии. Одновременно при отсутствии четкости и логичности такой системы остаются незамеченными до определенного момента пробелы в праве, восполнение которых и есть одна из первостепенных задач правотворчества.

В зависимости от того, на что направлена деятельность по упорядочению законодательства – на совершенствование содержания новых нормативных актов или совершенствование форм изложения правовых предписаний без изменения их внутреннего содержания – выделяют внутреннюю и внешнюю систематизацию.

Для достижения целей систематизации законодательства могут быть использованы различные способы в зависимости от цели, поставленной конкретным субъектом, осуществляющим систематизацию. В качестве самостоятельных способов систематизации можно выделить<sup>370</sup>: учет; инкорпорацию; консолидацию; кодификацию. Также выделяют общие и отраслевые формы систематизации<sup>371</sup>. В первом случае проводят упорядочение нормативных актов однородных по значению или юридической силе. Во втором случае – нормативных актов по отдельным отраслям хозяйствования или права.

Учет правовых актов как способ его систематизации способствует эффективному использованию закрепленных в них правовых предписаний в процессе правового регулирования. Данная необходимость существует при регулировании всех сфер жизнедеятельности общества прежде всего внутри уполномоченных субъектов (органов государственной власти, органов местного самоуправления и юридических лиц), обладающих правом создания нормативно-правовых актов. Естественно, что учет будет информативен и при работе с ненормативными актами – в этом случае, в круг субъектов, осуществляющих такой учет, могут быть включены абсолютно любые, которые осуществляют работу с юридическими документами. При отсутствии учета внутри объема нормативно-правовых актов могут возникнуть (и возникают) коллизии, что приведет к снижению эффективности правового регулирования. В настоящее время все более активно используется так называемый автоматизированный учет законодательства на базе применения современной компьютерной техники и новейших достижений информатики. В Российской Федерации такого рода автоматизированные

---

СПб., 2009.

<sup>370</sup> Систематизация законодательства в Российской Федерации / под ред. А.С. Пиголкина. СПб., 2003. С. 20–21.

<sup>371</sup> Керимов Д.А. Законодательная техника. М., 1998. С. 91.

системы созданы в различных федеральных органах государственной власти. Одновременно функционируют и негосударственные автоматизированные информационно-поисковые системы («КонсультантПлюс», «Гарант», «Кодекс» и др.). Принципиальной характеристикой учета как способа систематизации является оперирование фактически не самими нормативными предписаниями, а реквизитами тех документов, которые содержат необходимую (в зависимости от цели в конкретный момент) субъекту учета правовую информацию.

Инкорпорация представляет собой такую форму систематизации законодательства, при которой сами правовые акты объединяются полностью либо частично в сборники или собрания в определенном порядке. Инкорпорация нормативных актов, по сути, может являться предпосылкой для последующей консолидации или кодификации, но, одновременно, инкорпорация связана с учетом, поскольку базируется на определенном объеме соответствующих конкретному требованию субъекта актов. Особенность инкорпорации состоит в том, что в нормативно-правовое содержание определяемых в сборники актов какие-либо изменения не вносятся, а, значит, и содержание правового регулирования по существу не меняется. Именно это свойство инкорпорации – сохранение неизменным содержания нормативного регулирования – отличает ее от кодификации и консолидации.

Вместе с тем изложение содержания нормативных актов претерпевает определенные, а иногда довольно существенные изменения, поскольку инкорпорация не сводится к простому воспроизведению актов в их первоначальной редакции. Обычно в сборниках действующих нормативных актов тексты таких актов печатаются с учетом последующих официальных изменений и дополнений, с указанием официальных реквизитов тех актов, которыми внесены соответствующие коррективы, удаляются сведения о лицах, подписавших нормативный акт, также вносятся изменения редакционного или технического характера.

Деление инкорпорации на отдельные виды можно производить по различным основаниям (например, по юридической силе результатов инкорпорации она может быть официальной и неофициальной; по способу объединения нормативного материала – хронологическая и систематическая и т.д.). Например, ярким примером официальной инкорпорации в российском государстве может служить издание инкорпорированных сборников, собраний, сводов (Свод законов РФ 1832 г., Собрание законодательства РФ).

В процессе правотворческой деятельности любое государство сталкивается с проблемой в виде множества правовых документов, регулирующих одну и ту же группу общественных отношений. Для устранения противоречий внутри такой совокупности правовых актов возможно использование определенного способа систематизации законодательства – его консолидации. В процессе консолидации законодательства множество нормативно-правовых актов, регулирующих одну и ту же сферу правоотношений, подлежит объединению в единый нормативно-правовой акт,

принимаемый правотворческим органом в соответствии с процедурой правотворчества, характерной для данного вида нормативно-правового акта. Акты, действовавшие ранее, утрачивают юридическую силу с момента вступления в действие нового, объединенного нормативно-правового акта.

Таким образом, консолидацию можно рассматривать как своеобразный вид правотворчества<sup>372</sup>, специфика которого заключается в отсутствии изменения правил правового регулирования отношений при изменении формы такого регулирования. Чрезмерной представляется категорическая позиция авторов, что «консолидация и кодификация <...> однозначно включены в сферу правотворчества и являются особыми видами (а, точнее, подвидами) законотворческого процесса. <...> Учитывая их вспомогательный характер, техника кодификации и консолидации права, на наш взгляд, также не являются самостоятельными видами юридической техники, а представляют собой подвиды правотворческой техники»<sup>373</sup>. Несмотря на свою явно правотворческую специфику, консолидация совершенно не обязательно будет осуществлена в результате законотворческой деятельности, поскольку консолидировать можно и подзаконные акты. Вполне заслуживает внимания точка зрения, что «Систематизация законодательства относится как к правотворческой, так и к информационно-правовой деятельности»<sup>374</sup>.

Мировая практика принятия укрупненных актов достаточно обширна. В Великобритании, например, издаются десятки актов такого рода, объединяющих акты парламента, принятых по одному и тому же предмету регулирования за все время его существования, и в конце XIX в. английский парламент вынужден был принять специальный закон о консолидации статутного права.

Принципиальным качеством консолидации, таким образом, выступает не только снижение количества правовых актов, но и исключение устаревших норм (в частности, когда нормативный акт в результате внесенных в него изменений представляет собой «швейцарский сыр» и пестрит пометками «Статья отменена», «Статья исключена» и т.п.).

Под кодификацией можно понимать такую форму систематизации законодательства, в результате которой создается новый, сводный акт, заменяющий прежнее регулирование и приводящий его в единую систему. Кодификация действительно осуществляется непосредственно в самом процессе законотворчества. Это дало основание ряду российских исследователей считать, что «кодификация не укладывается в рамки систематизации, а представляет собой самостоятельную, причем основную форму совершенствования законодательства», что она «осуществляется только в официальном порядке», а наиболее интенсивные ее проявления связаны с суще-

---

<sup>372</sup> Общая теория права / под ред. А.С. Пиголкина. М., 1998. С. 228.

<sup>373</sup> Соловьев О.Г., Санташов А.Л. Дискуссионные вопросы определения видов юридической техники в теории права // Юридическая наука. 2013. № 4. С. 35–36.

<sup>374</sup> Петров Е.П. Юридическая терминология в процессе правотворчества и систематизации нормативных правовых актов // Science Time. 2014. № 10 (10). С. 315.

ственными изменениями общественных отношений, требующими иной, «принципиально новой юридической оценки»<sup>375</sup>. Например, некоторые исследователи, рассматривая вопросы систематизации, даже используют союз «и» при перечислении «техника систематизации и кодификации», создавая, таким образом, смысловую дизъюнкцию путем разобщения перечисления и выделяя этим кодификацию в самостоятельный вид юридической техники (впрочем, точно также авторы обошлись с «техникой систематизации и техникой учета»)<sup>376</sup>.

В процессе кодификации составитель стремится не только объединить и систематизировать «зарекомендовавшие себя» действующие нормы, но и переработать их содержание, изложить нормативные предписания стройно и внутренне согласованно, обеспечить максимальную полноту регулирования соответствующей сферы отношений. Кодификация направлена на то, чтобы критически переосмыслить действующие нормы, устранить противоречия и несогласованности между ними, ликвидировать повторения, устаревшие положения, пробелы, дублирование норм. Наиболее ярким примером современной кодификации в Российской Федерации является Гражданский кодекс РФ, который с 1994 года принимался Федеральным Собранием РФ по частям: в частности, часть 4 ГК РФ содержит кодифицированные нормы в сфере интеллектуального права, что упрощает их использование для регулирования правоотношений в этой сфере<sup>377</sup>.

Наличие в государстве четкой и логичной системы законодательства отражает не только степень удобства пользования этими нормативными актами, но и характеризует само государство и отражает определенное состояние юридической науки и практики.

В современной теории права вполне верно указывается, что «систематизация нормативных правовых актов может развиваться в двух направлениях. Можно выделить нисходящее и восходящее направление в процессе систематизации какой-либо правовой системы. При нисходящем направлении систематизация законодательства проходит путь от общего к конкретному, например, принимаются Основы законодательства, затем отраслевые кодексы и, далее, специализированные кодексы. При восходящем направлении систематизация законодательства проходит путь от конкретного к общему, например, вначале отдельные законы учитываются, затем инкорпорируются, далее принимается ряд консолидированных актов, за которыми идет принятие кодификационных актов, завершается развитие принятием Свода законов»<sup>378</sup>.

---

<sup>375</sup> Пиголкин А. С. Общая теория государства и права. Академический курс. М., 1998. Т. 2. С. 211–212.

<sup>376</sup> См.: Соловьев О.Г., Санташов А.Л. Дискуссионные вопросы определения видов юридической техники в теории права // Юридическая наука. 2013. № 4. С. 35.

<sup>377</sup> В целях настоящего исследования автор не ставит целью разъяснение всех характеристик различных видов систематизации, а лишь оперирует необходимым минимумом предпосылок для дальнейших выводов.

<sup>378</sup> Чашин А.Н. Теория государства и права. М., 2008. С. 464.

В соответствии положениями Конституции Российской Федерации Л.А. Морозова выделяет трехуровневую систему законодательства в современной России: федеральные акты, акты субъектов РФ и муниципальные нормативно-правовые акты<sup>379</sup>. Однако возникает вопрос о корпоративных актах, принимаемых в рамках локального правотворчества, незаслуженно лишенных своего места в системе правовых актов. В том числе, именно к таким актам вполне правомерно отнести, например, Регламенты палат Федерального Собрания РФ: специалисты почему-то относят их чуть ли не к федеральному законодательству – хотя несмотря на кажущуюся «глобальность» этих актов, предназначение данных документов состоит в регулировании внутреннего процедурного порядка осуществления деятельности лишь данного органа государственной власти и не может быть применено ни к какому другому субъекту.

Главной особенностью систематизации законодательства является сочетание упорядочения законодательства с его обновлением, совершенствованием. Идеальная цель систематизации – создание строгой и эффективно работающей системы. Однако возникает проблема в невозможности достижения этой конечной цели, поскольку объем правовых предписаний – явление, находящееся в постоянной динамике.

В настоящее время в современном мире при систематизации законодательства используются информационные технологии, позволяющие осуществлять непрерывный контроль за изменением системы законодательства, при этом обеспечивая возможность оперативного поиска необходимой информации. Дополнительно применение современных видов электронных носителей способствует более широкому распространению правовой информации, обеспечивая повышение правовой культуры общества.

Систематизация законодательства должна быть непрерывной деятельностью. В разные периоды развития государства степень потребности в систематизации законодательства может представляться различной. Когда накапливается в течение многих лет большой объем нормативно-правового материала, когда существует значительное число нормативных актов, принятых в разное время и к тому же «перекрывающих» друг друга, действующих в усеченном объеме или попросту устаревших, фактически утративших силу, – именно тогда систематизация законодательства особенно необходима. В условиях же преобразования правовой системы, когда отменяются целые нормативные блоки, регулирующие отживающие, подлежащие существенному реформированию отношения, когда по сути дела создается качественно новая общественно-экономическая система, объективно требующая обновленных законов, систематизация законодательства *как бы* уходит на второй план.

Ключевым здесь является «как бы» – несвоевременность<sup>380</sup> приведения

---

<sup>379</sup> Морозова Л.А. Теория государства и права. М., 2013. С. 261.

<sup>380</sup> Петров Е.П. Юридическая терминология в процессе правотворчества и систематизации нормативных правовых актов // Science Time. 2014. № 10 (10). С. 314.

актов в соответствие с требованиями действительного времени (например, если изменения уже внесены в акт или он отменен) фактически приведет к невозможности превращения правового предписания в правовую норму. При этом необходимо согласиться с мнением, что «стремление переложить работу по анализу применяемых нормативных актов, выполняемую с целью проверки их соответствия новым законодательным актам, на участников регулируемых этими актами правоотношений <...> является недопустимым, поскольку такой анализ требует специальных знаний и не должен зависеть от субъективного фактора»<sup>381</sup>. Так, в порядке реализации ч. 2 Раздела II Конституции РФ объем часто «формально действующих»<sup>382</sup> актов, имевших юридическую силу на территории РФ до 25 декабря 1993 года, не только нуждается в самой систематизации, но и в сопровождающих ее технических действиях в виде оцифровки бумажных носителей<sup>383</sup>. При этом необходимо учитывать, что право – это все же не только в английском праве искусство<sup>384</sup>. Юриспруденция не только наука, но и искусство – искусство обращения со словом<sup>385</sup>, а в рамках систематизации – со словесным выражением, материальной фиксацией этого слова, оказывающим непосредственное влияние на объем прав и обязанностей субъектов правоотношений.

Официальная инкорпорация, в том числе, служит основанием для вступления в действие закона или подзаконного акта, затрагивающего права и свободы и человека – в соответствии с требованиями ст. 15 Конституции РФ неопубликованный (в официальных изданиях – «Собрание законодательства РФ» как один из официальных источников опубликования в РФ представляет собой результат хронологической инкорпорации; Официальный портал правовой информации же по своей сущности – результат глобального учета федерального законодательства путем привязки «учтенных» реквизитов к содержанию конкретного правового акта). Таким образом, такая официальная инкорпорация фактически представляет собой точку отсчета для начала воздействия правового предписания на реальные

---

<sup>381</sup> Петров Е.П. Юридическая терминология в процессе правотворчества и систематизации нормативных правовых актов // Science Time. 2014. № 10 (10). С. 314.

<sup>382</sup> Фадеева Н.А. Актуальные вопросы систематизации законодательства Российской Федерации // Правовая информатика. 2013. № 3. С. 52.

<sup>383</sup> См.: Петров Е.П. Юридическая терминология в процессе правотворчества и систематизации нормативных правовых актов // Science Time. 2014. № 10 (10). С. 315; Фадеева Н.А. Актуальные вопросы систематизации законодательства Российской Федерации // Правовая информатика. 2013. № 3. С. 51–52.

<sup>384</sup> См.: Паламарчук А.А. Эдвард Кок и особенности систематизации английского общего права в начале XVII в. // Проблемы социальной истории и культуры средних веков и раннего нового времени. 2012. № 9. С. 188.

<sup>385</sup> См. Голубева Л.А. Орудие юриста – это слово // Современные проблемы профессионального образования: перспективные идеи и технологии (к 15-летию Санкт-Петербургского университета МВД России): материалы всероссийской научно-практической конференции Санкт-Петербург, 28 июня 2013 г. В 2 ч. Часть I / сост. А.С. Душкин, В.А. Юренкова. СПб., 2013. С. 108–111.

отношения, а смежный вид юридической техники – техника опубликования – позволяет логично предположить за данным видом обеспечительную функцию по отношению к систематизации<sup>386</sup>.

Систематизация правовых актов, таким образом, может быть рассмотрена как субъективная деятельность, обеспечивающая объективно существующие в конкретный момент субъективные потребности какого-либо субъекта в правовой информации. При этом под правовой информацией понимаем ту, которая влияет (или может повлиять) на правовой статус (т.е. систему прав и обязанностей конкретного субъекта, реализуемых им в конкретном правоотношении). Следовательно, система правовых актов (иначе – «система законодательства») автоматически нуждается в достижении цели любой информационной системы – полноты и актуальности (для конкретной цели конкретного субъекта) содержащейся информации, поскольку «социальный конструктивизм, отрицая заданность социального мира, утверждает его многообразие, возможность изменения к лучшему и, следовательно, личную ответственность за его современное состояние. Выступая в оппозиции «наивному социальному реализму», он запрещает выдавать частные, индивидуальные интересы и стремления за общественные, и, тем самым, говорить от имени социального целого»<sup>387</sup>.

Полнота информации должна быть достаточной для требуемого воздействия на правовой статус субъекта, и актуальность этой правовой информации должна привести к «попаданию» субъекта в правовую именно реальность, а не оказаться предписанием из отмененного закона или расторгнутого договора и т.п. Следовательно, в задачи систематизации первично будет входить ревизия (т.е. «правовой мониторинг») правовых актов как возможность для реализации «чистки» правовых документов от устаревших или мертворожденных предписаний, а также возможность устранения коллизий и обеспечения восполнения пробелов в праве.

В условиях современного общества правовая информация должна обладать еще одним качеством: доступностью данной информации для субъекта. Однако, несмотря на развитие научно-технического прогресса и повышение технической культуры граждан по пользованию различными сервисами, обеспечивающими доступ к правовой информации (от Официального портала правовой информации до сервисов ГИБДД, содержащих информацию по штрафам, от справочных правовых систем с нормативно-правовыми актами до онлайн-сервисов заключения сделок, например, покупки авиа- или железнодорожных билетов. При неосуществлении, например, учета реквизитов купленного билета с помощью онлайн сервисов реализация права воспользоваться по фактически уже оплаченному договору перевозки пассажира будет невозможна), система правовых предписаний

---

<sup>386</sup> См.: Макаренко Т.Н., Сарапкина Е.Н. Актуальные вопросы систематизации правовых актов // Правовая информатика. 2014. № 2. С. 32–38.

<sup>387</sup> См.: Социокультурная антропология права / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. СПб., 2015. С. 242.

«самовозвратилась» путем дальнейшего усложнения юридического языка и доступность правовой информации превратилась в «псевдодоступность». Т.е. система сбалансировала техническую доступность усложнением самих правил-предписаний и, несмотря на то, что неюрисст получил возможность быстрого и удобного доступа к правовой информации, для значимых случаев ему все равно потребуется помощь юриста.

Таким образом, именно учет становится основообразующим, первичным способом<sup>388</sup> систематизации правовых актов (в том числе ненормативных) для целей обеспечения действия правовых норм системы права: только учет путем фиксации реквизитов всех уже существующих (и принимаемых новых) правовых актов позволяет поддерживать правовую информацию в актуальном виде, своевременно, во-первых, соотнося содержание изменяющего правового акта с реквизитами первичного акта, а во-вторых, обеспечения примечания к реквизитам этого ранее существующего акта о внесенных изменениях.

Способы систематизации носят и взаимодополняющий характер – так, учтенные правовые документы возможно объединить в инкорпорированный комплекс, что позволит обнаружить возможные коллизии правового регулирования или наличие коллизии при дублировании правового акта. По результатам такого обнаружения может быть принято решение о необходимости консолидации или кодификации.

Так, представляется интересным опыт С.Б. Полякова<sup>389</sup> в отношении использования научного экспертного заключения и, таким образом, воздействия доктрины на практику. Возможно ли при проведении официальных форм систематизации осуществлять совместную работу ученых и уполномоченных государством субъектов такой официальной систематизации? Обращает на себя внимание и стремление исследователей к необходимости, а не только желанию и возможности систематизировать: «отдельные законы, к которым уже привыкли... <...> Для административного законодательства на современном этапе его развития более подходят другие формы систематизации»<sup>390</sup>. Видится перспективным направление и присоединения к инструментам систематизации института конституционного надзора посредством расширения круга лиц, указанных в ч. 4 ст. 125 Конституции РФ (например, возможность обращения по результатам научных исследований, т.е. в рамках абстрактного, а не только конкретного конституционного надзора).

С вопросом систематизации законодательства способами консолидации и кодификации связан и вопрос обеспечения единства юридической тер-

---

<sup>388</sup> Хотя представление учета как «деятельности правотворческих органов» все же явно излишня. См.: Усманова Е.Ф., Г.В. Майорова. Юридическая техника в процессе систематизации нормативных правовых актов // Новый университет. 2013. № 12 (34). С. 105.

<sup>389</sup> См.: Поляков С.Б. О влиянии юридической науки на юридическую практику // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2009. Вып. 3 (5). С. 118–124.

<sup>390</sup> Подопригора Р.А. Проблемы систематизации и кодификации административного законодательства // Право и государство. 2013. № 3 (60). С. 18–19.

минологии. При этом, при осуществлении такой правотворческой деятельности, необходимо осуществлять данный процесс терминологического единства в разумных пределах. Нельзя не обратить внимание на высказывание: «<...> Кок настаивает на сохранении терминологического аппарата «юридического французского», который в силу длительного использования выработал именно те понятия, которые наиболее точно отражали, например, все тонкости феодальных держаний. Критерием вновь становится практика <...>, слова <...> настолько прочно вплелись в само право, что изменить их невозможно. Посему и не должно изменять юридические термины»<sup>391</sup>.

Однако исследователи незаслуженно обходят вниманием (за редким исключением<sup>392</sup>) еще одно предназначение систематизации правовых актов, а именно формирование фундамента для проведения последующих историко-правовых исследований. История формируется сегодня, именно с помощью учета и инкорпорации общество создает массив для дальнейшей обработки последующими поколениями ученых. Памятники права (а ведь объективно именно таковыми действующие правовые акты становятся) представляют собой одно из фундаментальных оснований изучения государственно-правовой истории. Конечно, необъективным фундаментом – закрепленное правовое предписание, как уже упоминалось, не обязательно будет нормой права, но тем не менее, определенный объем бывшей правовой информации такие акты передадут. Учет и последующая инкорпорация ненормативных актов (например, с привязкой к статьям исследуемого памятника права), в частности, судебных решений (речь идет, в первую очередь, о российской правовой системе, а не какой-либо иной, поскольку «в различных правовых системах право формируется разными способами, определяет и соответствующие особенности юридической техники»<sup>393</sup>) – это будет уже почти реальная история. Почти – поскольку, как показывает практика, «мало выиграть суд, надо еще взыскать присужденное», т.е. право-то на возмещение причиненного ущерба получено, а вот само возмещение действующая правовая реальность отнюдь не гарантирует, поскольку суды редко удовлетворяют ходатайства о наложении обеспечительных мер при разрешении споров «рядовых» граждан. Различие правовых предписаний и действующих правовых норм правовой реальности будет, в первую очередь, видно именно из соотнесения закрепленного, например, в законе предписания – и его практической реализации<sup>394</sup>.

---

<sup>391</sup> См.: Паламарчук А.А. Эдвард Кок и особенности систематизации английского общего права в начале XVII в. // Проблемы социальной истории и культуры средних веков и раннего нового времени. 2012. № 9. С. 195.

<sup>392</sup> См.: Фадеева Н.А. Актуальные вопросы систематизации законодательства Российской Федерации // Правовая информатика. 2013. № 3. С. 55.

<sup>393</sup> См.: Болдырев С.Н. Юридическая техника в системе теоретико-правовых категорий // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2010. № 2. С. 110.

<sup>394</sup> Например, ч. 2 ст. 199 ГПК РК указывает, что составление мотивированного решения по рассмотренному иску не может превышать 5 дней со дня окончания разбира-

Таким образом, сегодня качественная систематизация закрепленной в письменной форме правовой информации (приравниваем к систематизации законодательства в связи с устоявшейся терминологией) предназначена для обеспечения единства и эффективной функциональности правового пространства современного общества. Т.е. систематизация осуществляет внешнее преобразование внутреннего содержания системы права (в ограниченном письменной формой объеме).

В качестве проблем повышения степени информатизации в процессе систематизации необходимо обозначить проблемы системности в целом: система, разрастаясь, перестает функционировать так, как было задумано, поскольку повышается уровень самоорганизации данной системы. Современный объем документов, содержащих правовую информацию, превращается в лавину, и чем больше элементов в системе – тем сложнее просчитать их взаимодействие и взаимовлияние. В результате этого повышается самоорганизация системы, а влияние субъекта систематизации на нее – минимизируется. Таким образом, консолидация и кодификация, направленные на снижение количества нормативно-правовых актов и уменьшение объема правовых предписаний путем повышения их модельности и абстрактности, могут оказать влияние на объем преимущественно законов. Но подзаконные акты кодифицировать ведь невозможно – на то они и подзаконные, чтобы содержать процессуальные (процедурные) предписания, необходимые для реализации закрепленных в законах материальных предписаний.

Таким образом, система правовых актов в настоящее время приближается к точке бифуркации, т.е. тому моменту, когда количество правовых актов превысит возможности системы их обработать. Варианты выхода неизвестны: максимально кодифицировать/консолидировать акты – мало-реально. Провести максимально полную ревизию правовых актов с целью снижения их количества путем исключения из возможно воздействующих на правовую реальность – бессмысленно из-за их относительно малой доли. Не принимать новые акты – нереально, т.к. общественные отношения не стоят на месте, а качество законодательства оставляет желать лучшего.

С другой стороны, можно уповать, что система стабилизируется путем дальнейшего развития информационных технологий, что обеспечит возможность создания единой базы правовых актов (хотя бы нормативных)

---

тельства. Сложившийся «антиправовой» обычай – ожидать решение в течение месяца со дня вынесения решения – судьи при оглашении резолютивной части уже вслух это добавляют «от себя». При этом даже по истечении месяца никакой гарантии, что решение будет готово – нет: отсутствие в канцелярии решения по истечении четырех месяцев (реальный случай) никого даже уже не удивляет. Сюда же можно отнести ст. 333 ГК РФ в смысле ее толкования ВС РФ и КС РФ о взыскания неустойки по делам о защите прав потребителя в полном размере, если ответчик не заявлял мотивированное требование о снижении размера неустойки – суды же в подавляющем большинстве самостоятельно снижают размер неустойки, не принимая во внимание указания высших судов о необходимости обращения ответчика.

всей российской правовой системы на всех уровнях правотворчества – федеральном, субъектов федерации, муниципальном. Но уровень локального правотворчества данная система не сможет учитывать в реальном времени ни при каких условиях в связи с высоким динамизмом самого существования данных субъектов правотворчества.

Необходимо обратить внимание и на излишнюю «доверчивость» современного человека к информационным технологиям: какова вероятность, что автоматическая система учета правовых актов срабатывает должным образом, если даже единый классификатор правовых актов требует настоящего внимания систематизаторов в связи со своим несоответствием существующих рубрик требованиям систематизаторов. Так, справочные правовые системы часто не позволяют обратиться к акту по поиску с помощью составного термина (из нескольких слов), поскольку каждое из этих слов учитывается рубрикаторм как самостоятельный термин.

Одновременно автоматизированная система в любой момент может дать сбой – что делать, например, при утрате базы данных на электронном носителе (или отключении электричества, при иных технических неполадках), если версий «на бумаге» нет (не было – при электронной услуге – или документ утрачен в связи с ветхостью либо по иным причинам)? Современные юристы сегодняшнего поколения не представляют себе, как обходиться без справочных правовых систем – желание приобретать навык «самостоятельного учета» практически утрачено. Таким образом, система правовых актов действительно самокомпенсирует<sup>395</sup> сама себя: упрощение технической правовой работы автоматически компенсируется путем более безответственного отношения как к содержанию создаваемого нормативного акта, так и к обеспечению возможности обращения к нему. Напрашивается вывод Т.В. Кашаниной о стабильности объема нервной энергии вне способов ее распределения между элементами системы, повторяющий третий «закон» Дж. Галла, что приводит к осуществлению «принципа Ле Шателье: сложные системы имеют тенденцию противопоставлять себя своим же функциям». Так, в Трудовой кодекс РФ от 30.12.2001 г. первые изменения были внесены уже 24.07.2002 г.; в Кодекс об административных правонарушениях от 30.12.2001 г. – 25.04.2002 г.; в Гражданский процессуальный кодекс от 14.11.2002 г. – 30.06.2003 г.; в ФЗ «Об образовании в РФ» от 29.12.2012 г. – 07.05.2013 г. В еще фактически не реализованный ФЗ «О выборах депутатов ГД ФС РФ» от 22.02.2014 г. уже 24.11.2014 г. были внесены изменения! Вспоминается указание Петра Великого: «Кто прожекты будет абы как ляпать, того чина лишу и кнутом драть велю»<sup>396</sup>.

Систематизация правового материала набирает обороты не только в рамках внутригосударственного права, но и в международном праве – с

---

<sup>395</sup> См.: Кашанина Т.В. Структура права. С. 428; John Gall. Systemantics. How systems work and especially how they fail. NY, 1975.

<sup>396</sup> См.: Пиголкин А.С. Законотворчество в Российской Федерации. М., 2000. С. 242.

целью обеспечения единства комплекса правил, выступающих в качестве основополагающих принципов права. Современное международное право представляет собой достаточно сложную систему, охватывающую правовые нормы, признаваемые и принимаемые государствами, международными межправительственными организациями, иными субъектами международного права. Одной из целей создания информационно-правовой системы «Международное право» явилась систематизация норм международного права, являющихся обязательными для Российской Федерации, а также вспомогательных международных документов, принятых в рамках международных межправительственных организаций, конференций и раскрывающих содержание норм международного права, которые действуют в той или иной сфере общественных отношений. Система в настоящее время доступна для судов общей юрисдикции через Государственную автоматизированную систему «Правосудие»<sup>397</sup>. Система продолжает расширяться, но принципы построения этой системы не удовлетворяют уже требованиям современности в связи со все расширяющимся объемом, а ценность права продолжает растворяться во все увеличивающемся объеме правовых документов.

Современный мир стремительно набирает скорость, что влечет за собой и изменение существующих общественных отношений. Информация на сегодняшний день представляет собой главный товар, спекуляция которым осуществляется как на высшем государственном, так и на межгосударственном уровнях. Сведения, предоставляемые независимо от формы их внешнего выражения, выполняют функцию не просто «данных», а именно «информационных», т.е. уже переработанных – передаются не сами данные, а их отражение в сознании людей. Таким образом, информация изменяет свое содержание в условиях конкретного контекста.

Одним из самых обсуждаемых в последнее десятилетие политико-правовых вопросов выступает аспект все повышающейся роли информатизации общества. Исследователи чаще анализируют техническую сторону информатизации (вопросы передачи информации через различные каналы с помощью современных технологий) либо обращают внимание на институциональные моменты данного этапа эволюции мирового сообщества. Однако несправедливо малое внимание уделяется праву как основному внешнему регулятору общественных отношений, максимально распространенному именно в тех обществах, которые подверглись воздействию последствий стремительного развития информационных технологий XX века.

Ни одна информационная война, которых в мировой истории было достаточно, не обошла своим вниманием процесс формирования новых семиотических единиц путем наделения «революционным» смысловым со-

---

<sup>397</sup> См.: Зименко Б.Л. Систематизация норм международного права как средство повышения эффективности реализации этих норм судами общей юрисдикции // Российское правосудие. 2013. № 6 (86). С. 76–88.

держанием банальных категорий (а именно простота здесь имеет важнейшее значение, поскольку работа манипулятора ведется с обыденным уровнем правосознания). Основная задача любой информационной войны – дискредитировать тот смысл, который вложен правящей (или господствующей) элитой в данный момент в конкретном обществе, подвергающемуся воздействию информационных атак.

Современный уровень развития информационных технологий определенной части населения совершенно различных государств позволяет получить доступ к существующим данным. Однако информация – это не сами «данные», это отражение этих данных (т.е. юридических фактов) в восприятии субъектов, осуществляющих коммуникацию. Т.е. не столь важно становится истинное содержание информации, сколь значимым выступает аспект подачи этой информации или одновременная ее подача с абсолютно противоположных точек зрения, что также позволяет дискредитировать ее содержание.

Однако существует определенный объем информации, который в целом не должен быть подвергнут информационным атакам манипуляторов в силу своего предназначения – обеспечения стабильности общества. Такой объем информации несут в себе именно правовые нормы, существующие в государстве и предназначенные для регулирования возникающих общественных отношений. В образе «современного» государства «западного глобализирующегося мира» такие нормы зафиксированы в виде правовых предписаний (своего рода «правовых пожеланий государства») и закреплены (в пределах континентальной правовой системы) преимущественно в виде правовых актов. В результате такой правотворческой деятельности государства путем трансляции информации через правовые нормы оно информирует граждан о возможном, должном и запрещенном поведении.

Однако фокусирование внимания только на функции государства в данном вопросе не является достаточным для полноты рассмотрения вопроса трансляции таких «правовых» категорий. Правовое предписание, зафиксированное в нормативном акте, еще не является нормой права до тех пор, пока не воплощено в конкретном поведении субъектов и не получило должного распространения в данном обществе.

Таким образом, через фиксацию в правовых формулах субъекты-адресаты правовых предписаний получают сведения о политике государства в данный момент (так, показательным будет вопрос о «кардинальном повороте» точки зрения Конституционного Суда Российской Федерации в отношении федерального закона № 184-ФЗ в свете внесенных в него изменений в 2005 году в отношении порядка назначения высших должностных лиц субъектов РФ парламентами этих субъектов – тогда как ранее такой порядок был признан Судом противоречащим Конституции) и о приоритетных направлениях эволюции общественных отношений (здесь иллюстрацией послужит федеральный закон об ОСАГО, принятие которого ознаменовало внедрение в финансовый механизм российского государства страховой деятельности, до этого момента носившей характер фрагмен-

тарной).

Несмотря на кажущуюся превалирующую роль государства в данном вопросе осуществления правового регулирования, все же приходится признать, что право, как объективно существующее явление, выполняет и собственную информационную функцию, а не только посреднически позволяет выполнять информационную функцию государству. Выражается это, прежде всего, в частом несовпадении идеи формулирования правового предписания – и фактической реализации нормы права, вынуждая правотворческие органы корректировать принятые правовые акты в целях их сближения с ожиданиями общества. Однако данный процесс носит двусторонний характер: как законодатель стремится трансформировать регулирование общественных отношений в целях (в идеале) достижения социального компромисса, так и общество постепенно «дотягивается» до должного уровня разрешения конфликтов правовыми средствами.

Право, представляя собой объем моделей должного поведения, информирует общество о необходимом уровне правовой культуры для понимания и дальнейшей трансляции в реальность закрепленной в правовых предписаниях правовой информации. Так, ранее неразумно растиражированный средствами кино и телевидения образ в настоящее время активно с помощью федерального законодательства и введенных санкций за нарушение ограничений как продажи, так и употребления табачных изделий и алкогольной продукции фактически сформировал обратную модель позитивного поведения, свойственную предыдущей стадии развития российского общества.

Исходя из правовых предпосылок, общество формирует те краеугольные камни своего менталитета, которые способствуют (естественно, не 100% охватом субъектов-адресатов, но тем не менее) его устойчивости. Несмотря на существующие проблемы, право все же (в рамках континентальной правовой культуры) несет тот заряд правовых данных, которые, путем превращения их в информацию (т.е. путем их восприятия субъектами правоотношений), позволяет на территории одного из самых многонациональных государств – российского – пытаться сформировать единый фундамент мироустройства.

Процесс информационных атак, в этом случае, начинает приобретать не только политическую, но и правовую направленность – задача манипуляторов не столько дискредитировать конкретных политических субъектов, сколько обесценить существующие правовые предписания. Так, периодически возникающие «слухи» о грядущем принятии новой Конституции России, с точки зрения правовых механизмов регулирования такой сложнейшей правотворческой процедуры, наталкиваются на отсутствие федерального конституционного закона о Конституционном Собрании, которому ст. 135 действующей Конституции Российской Федерации предоставлено право (и обязанность) разработки проекта новой конституции. Таким образом, владение правовой информацией о наличии пробела в правовом регулировании процедуры принятия нового Основного закона факти-

чески позволяет нивелировать подобные «слухи» до момента принятия такого ФКЗ.

Сегодняшнее «общество потребления» при изобилии доступной информации порождает и новую социальную мотивацию – представление нового объема информации как очередного товара. Причем стоимость такого товара сегодня далеко не всегда измеряется в денежном эквиваленте – часто «стоимостью» выступает нематериальное «признание» (например, количеством «лайков» или «подписчиков»). Виртуальная реальность порождает «псевдопризнанность» каждой единицы человеческого общества, в результате переносимую на «реальную» жизнь – таким образом, виртуальность проникает в реальность. Исходя из этого, процесс манипулирования информацией в виртуальном пространстве приносит свою пользу манипуляторам и в реальности.

Таким образом, правовое регулирование «информационных» отношений на сегодняшний день представляет собой максимально актуальную сферу деятельности государства. И здесь возникает вопрос не только обеспечения безопасности самого объекта (персональных данных, коммерческой и государственной тайны и т.п.), но и непосредственное регулирование содержания казалось бы «открытой» информации – обсуждения политических решений, реакции на те или иные высказывания мировых и внутригосударственных политических лидеров, выражение мнений о различных событиях. На сегодняшний день государство, во-первых, пытается разработать систему контроля за процессами информационного контроля (как «нашумевший» «пакет Яровой»), а, во-вторых, непосредственно само осуществляет информационный обмен со своими гражданами.

Следовательно, несмотря на не столь значительную роль права по сравнению с политическими инструментами управления обществом, именно право позволяет создать тот «мостик», с помощью которого обеспечивается рациональное взаимодействие как внутри общества, так и общества и государства. В связи с формирующимся новым типом культуры – «человекоцентризмом»<sup>398</sup>, и в силу прогресса информационных технологий время и пространство в вопросе распространения информации сегодня перестают иметь хоть сколько-нибудь существенное значение – реальное содержание законопроектов и принятых законов можно увидеть практически в «онлайн-режиме», что не позволяет манипуляторам превращать правовые предписания в доступный инструмент.

Проблемой остается качество формулировок правовых предписаний – язык закона (а подзаконных актов – тем более) все усложняется, однако при должном внимании как правотворческих органов, так и адресатов-субъектов правоотношений, формулировки правовых актов, возможно, нуждаются в корректуре. Специфика информации заключается в том, что это нематериальный объект – в отличие от самих данных, которые могут быть зафиксированы на материальном носителе – поэтому язык права,

---

<sup>398</sup> Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 25.

язык правовых актов приобретает все большую значимость в целях обеспечения информационной правовой безопасности – в вопросе защиты от искажения при трансляции правовых предписаний принятых законов, например, средствами массовой информации, нередко «переворачивающих с ног на голову» саму идею принятого закона.

Именно должный уровень воздействия права в вопросе передачи правовых данных, а не искаженной информации, позволит праву в должной мере реализовать и остальные функции, реализуя, таким образом, свою сущность – обеспечение социального компромисса – путем распределения социальных ролей между возможным, должным и социальным поведением субъектов в одном и том же правоотношении, в чем, собственно, и заключается смысл правовой нормы. При толковании же такой правовой нормы толкующий субъект вкладывает в этот процесс весь имеющийся к данному моменту опыт разрешения тех конфликтов, которые возникали ранее. Именно поэтому основное направление воздействия права на общественные отношения – вовсе не регулятивная (как принципиально указывают позитивисты), а превентивная функция – именно путем информирования субъектов правоотношений о мерах поведения право может позволить предупредить возникающие конфликты, а не только регулировать уже возникшие.

## **РАЗДЕЛ 2**

### **ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ ЗАПАДНОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ**

#### **Глава 3. Романо-германская правовая семья**

##### **3.1 Формирование права и юридической науки в странах континентальной Европы**

Одним из первоисточников романо-германского права являлось римское право, оформившееся в I–III вв. н.э. в целостную и логически непротиворечивую систему. Первоначально, в период формирования римской цивилизации и менталитета населения, юридически значимые действия совершались жрецами и само право носило сакральный характер. Как отмечал С.А. Муромцев, «дар свободной, творческой мысли составлял прерогативу немногих лиц; он – особый божественный дар. Всезнание принимало религиозную окраску, каждый акт приобретения, обнаружения и передачи знания представлялся чем-то таинственным и божественным. Избранники, обладатели этого знания, пользовались особенным почетом и уважением на всей территории соединенных общин, может быть, даже за границами этой территории. К ним-то и обращались за разрешением сложных вопросов»<sup>399</sup>.

---

<sup>399</sup> Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 95.

Таким образом, жреческая корпорация получала возможность накапливать правовые знания, передавать их последующим поколениям и постепенно совершенствовать логическую сторону применения существовавших правил. Практическая составляющая такого типа бытия права господствовала над зарождающейся теорией достаточно долго. Сама необходимость существования права вызывалась экономическим развитием Рима, трансформировавшегося из маленькой городской общины в мировую империю. На экономический аспект развития права следует обращать особое внимание по очень простой причине: право развивается только в тех условиях, которые способствуют росту обменных отношений и появлению городов. Право, с точки зрения излагаемого нами социально-антропологического подхода, является сугубо городским «продуктом», т.к. в крупных поселениях, формировавшихся на торговых путях, население было разнородным и, следовательно, нормативное регулирование на основе обычаев не давало эффективных результатов. С.А. Муромцев верно отмечал: «Обычный порядок отношений в широком объеме служит подкладкой действующих юридических норм и, в свою очередь, находится постоянно под их влиянием; но обычным правом мы называем только ту часть этого порядка, которая непосредственно, в качестве общепризнанного высшего авторитета, влияет на судью (в широком смысле) при постановлении им судебного решения. Такое беспрекословное повиновение суд склонен оказывать по преимуществу тем обычаям, которые созданы его же влиянием. Во всяком случае, такое отношение к обычаю постепенно ограничивается с одной стороны, вследствие того, что между обычаем и судьей становится законодатель, с другой же стороны, вследствие роста критической способности судьи. Наконец, при расширении государственной территории и усложнении отношений в обществе, при постепенном развитии разнородностей в составе данного общества, остается все менее и менее условий, благоприятствующих образованию таких обычаев, которые одинаково признавались бы всеми и повсюду»<sup>400</sup>.

Соответственно, процесс становления права сопровождался и ростом потребностей в его толкователях и применителях. В III в. до н.э. жреческая корпорация Рима утратила монополию на правовые знания, и начался светский период их развития. Если говорить о вкладе римских юристов в процесс становления юридической науки, то единства мнений исследователей по этому вопросу в настоящее время не наблюдается. Так, по убеждению О.С. Иоффе, «творчество римских юристов не содержит теоретического обобщения законодательства и практики. Оно носило сугубо казуистический характер, осуществляясь в форме обсуждения конкретных споров, в связи с которыми предлагались соответствующие решения частных правовых вопросов. Тем не менее и в этой своей форме их творчество вполне удовлетворяло потребностям развитой экономической жизни, связанным со значительным усложнением способов юридического опосредст-

---

<sup>400</sup> Муромцев С.А. Указ. соч. С. 106.

вованя отношений оборота...»<sup>401</sup>.

Римское частное право органически выросло из потребностей реальной социальной практики и в этом смысле оно вполне «антропологично». Его казуистичность опиралась на тот факт, что само право принадлежало частным лицам. Система римского права не была окончательно «достроена» по сравнению с современными правовыми системами западного мира. Однако именно эта «недостроенность» позволяла достаточно оперативно реагировать на изменения в обществе и создавать правовые конструкции, в которых возникала потребность без заметного участия государства. Если прибегнуть к современной терминологии, то нормативные акты, принимаемые различными комициями и Сенатом, можно отнести к «рамочному» или «модельному» законодательству. Текст закона не охватывал всей сложности жизни, да и не должен был этого делать. Основная цель закона – предотвращение правонарушений, а также гармонизация отношений между *jus* (правом) и *aequitas* (справедливостью). Поэтому «соответствие юстиции и позитивного права, когда первое действует через второе и посредством его свидетельствует о том, что позитивное право есть необходимая форма реализации в государстве идей и принципов справедливости, представлений о юридическом. Тем самым превалировало юридическое мировоззрение, а ценности юстиции тесно увязывались с практическими задачами совершенствования институтов, источников и норм права в соответствии с изменяющимися условиями жизни»<sup>402</sup>.

Соответственно реалиям жизни формировались и основные принципы римского права, к которым можно отнести следующие:

- принцип непрекращающегося развития права и правовой системы в целом;

- идея единения (право рассматривалось юристами как средство обеспечения жизнеспособности римской общины);

- идея гармонии (стремление к истине и справедливости)<sup>403</sup>.

Кроме того, допустимо выделение и таких черт римского права, как:

- универсальность;

- открытость всем самым лучшим образцам и приемам правового регулирования;

- защита прав и интересов римского гражданина<sup>404</sup>.

Римские юристы оказывали существенное воздействие на развитие права по нескольким направлениям:

- из отдельных норм права выводились общие принципы, на которых были основаны сами нормы и, наоборот, из общих принципов умозрительным путем выводились правовоположения, непосредственно применяемые на практике;

---

<sup>401</sup> Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 14.

<sup>402</sup> Азаркин Н.М. Всеобщая история юриспруденции. Курс лекций. М., 2003. С. 134.

<sup>403</sup> Рассолов М.М., Горбунов М.А. Римское право. М., 2009. С. 31–37.

<sup>404</sup> Иванов А.А. Римское право. М., 2008. С. 104–105.

- восполнение пробелов в действующем праве путем применения аналогии<sup>405</sup>.

Система римского права, сформировавшаяся под воздействием потребностей общества, характеризовалась следующими признаками:

- объективность;
- единство и взаимосвязь составляющих ее норм.

Следует, разумеется, учитывать тот факт, что «система римского права существенно отличалась от ее современного видения и понимания, и это вполне объяснимо: как и само право, так и его система находились тогда еще только в первоначальном, формирующемся состоянии. Хотя, конечно, все необходимые элементы-нормы, институты и отрасли права уже имелись. Правда, отраслевое деление римского права присутствовало только в своем начальном состоянии и поэтому характеризовалось явной незавершенностью, так как далее теоретической дифференциации отраслей на частные и публичные римская юриспруденция не пошла»<sup>406</sup>. Римское право, как целостное явление, постепенно, под воздействием профессиональных юристов, обрело четкие границы и стало подразделяться на следующие элементы:

- публичное право (*jus publicum*);
- частное право (*jus privatum*);
- естественное право (*jus naturale*);
- право народов (*jus gentium*);
- преторское право (*jus honorarium*)<sup>407</sup>.

Данная типология достаточно четко просматривается в «Институциях» Гая, по мнению которого, «все народы, которые управляются законами и обычаями, пользуются частью своим собственным правом, частью общим правом всех людей: и так, то право, которое каждый народ сам для себя установил, есть его собственное право и называется правом гражданским, как бы собственным правом, свойственным самим гражданам. А то право, которое между всеми людьми установил естественный разум, применяется и защищается одинаково у всех народов и называется правом общенародным, как бы правом, которым пользуются все народы»<sup>408</sup>.

Можно ли в такой ситуации говорить о существовании в Риме юридической науки? С современной точки зрения, «наука – это систематическое воспроизводство знаний. Но она не может быть сведена только к знаниям, а представляет собой еще и социальный институт, аккумулирующий потребности общества в определенном рода знаниях, систему научных учреждений, научное сообщество, систему трансляции знаний и применения их на практике. Таким образом, знания о юридической действительности

<sup>405</sup> Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб., 2005. С. 66–67.

<sup>406</sup> Иванов А.А. Римское право. С.95.

<sup>407</sup> Яковлев В.Н. Древнеримское частное право и современное российское гражданское право. М., 2010. С. 5.

<sup>408</sup> Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997. С. 17.

были в принципе всегда (по крайней мере с той поры, как эта действительность сформировалась), а вот юридическая наука – образование достаточно позднее»<sup>409</sup>.

Исходя из реалий жизни, видимо, можно констатировать факт начального этапа становления юридической науки в Риме. В республиканскую эпоху римский юрист, являвшийся, как правило, представителем патрициата, занимался правом в качестве «хобби», по склонностям души. Как отмечает известный романист М. Гарридо, «процесс обучения немногочисленных учеников проходил в небольшой аудитории; ученики присутствовали на консультациях, которые давал их учитель. Ученики усваивали особый стиль жизни, методы рассуждений, запоминали краткие и простые правила *jus civile*, необходимые для разрешения трудных юридических ситуаций, возникавших в жизни их сограждан. Право, как и *prudentia*, фундаментом которого она служит, – это не юридическая техника и не наука, которые можно усвоить по книгам, но искусство, которое передается непосредственно от наставника ученику посредством личного примера. Юриспруденция есть прежде всего *prudentia juris*, то есть искусство и умение выбирать»<sup>410</sup>.

Конечно, говорить о процессе обучения праву как массовом явлении в римскую эпоху бессмысленно, но научные школы уже в этот период начинают складываться вокруг крупнейших представителей юриспруденции. Целями преподавания права являлись:

- начальное обучение слушателей основам права, его базовым принципам и правилам;
- углубленное преподавание практического характера,
- подготовка к овладению искусством давать ответы.

Таким образом, по верному суждению Ч. Санфилиппо, «вследствие особых свойств римского духа, столь крепко привязанного к традиции как в политической области, так и в юридической, религиозной, семейной сферах и столь чуждого всяким внезапным изменениям, все римское право, как публичное, так и частное, развивается без явных реформ и резких потрясений, постоянно, но неспешно идя путем внутренней эволюции. Не отказываясь от древних принципов, даже если они оказываются архаическими и не соответствующими новым социальным условиям, на основе этого древнего костяка выстраивается целая усложненная система отступлений, поправок, исключений, расширительных или ограничительных толкований, однако в любом случае эволюционных и даже приспособляющих древние учреждения к новым функциям»<sup>411</sup>. Римское частное право, таким образом, во многом развивалось с опорой на герменевтические принципы, которые могут быть очень успешно к нему применимы. Кон-

---

<sup>409</sup> Сапельников А.Б., Честнов И.Л. Теория государства и права. СПб., 2006. С. 8.

<sup>410</sup> Гарридо М.Х.Г. Римское частное право: Казусы, иски, институты. М., 2005. С. 76–77.

<sup>411</sup> Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. М., 2007. С. 44–45.

текст эпохи, в которую происходит функционирование правовой системы, непосредственно оказывает определяющее воздействие на любое социальное явление, в том числе и право.

Отметим еще один значимый аспект деятельности римских юристов. Консультирование и составление письменных ответов осуществлялись на том же языке, на котором говорили широкие массы населения. Какого-либо «метаязыка» права создано не было, поэтому смысл консультаций и ответов юристов был понятен простому человеку. Практически все юристы основное внимание уделяли разрешению казусов. Именно подобный род занятий приводил к значительной степени традиционализма и даже консерватизма. Причем последний носил весьма специфический характер. По утверждению С.А. Муромцева, «римский юрист был консерватором не на практике, а лишь в теории, и в этом-то несоответствии теории практике и заключается консерватизм юриспруденции. Содержание относящихся сюда процессов мышления определяется предложением: сознание юриста отставало от явлений юридической жизни, или: инстинкт самосохранения юридических понятий действовал сильнее инстинкта самосохранения институтов, на которых основаны были понятия. Такое несовершенство процессов юридической мысли обуславливалось прежде всего конкретностью мышления древних юристов-практиков, отсюда проистекала нерасторжимость связи юридических понятий с конкретными представлениями, лежащими в их основании»<sup>412</sup>.

Эта специфика юридического мышления объективно способствовала длительному существованию римского права как открытой системы, не поддающейся систематизации (и тем более кодификации). Однако значительный консервативный элемент мировоззрения римских юристов ни в коей мере не препятствовал созданию достаточно разнообразной юридической литературы, что позволяет говорить о наличии элементов правовой науки. Следуя классификации источников наших знаний о римской юриспруденции, предложенной М. Гарридо, можно представить ее в виде следующей системы:

- труды по казуистике, или по юридической проблематике. Они посвящены анализу и способам решения казусов, возникающих в процессе юридической практики. К числу таких трудов относятся:

- устные ответы, высказанные юристами ученикам и (или) опубликованные;

- письменные ответы по запросам частных лиц, магистратов или судей;

- вопросы или гипотетические казусы, выработанные с дидактическими или научными целями;

- обсуждения или споры по поводу юридических решений, принятых в судах или высказанных в учебной аудитории юристом;

- книги правил или изложения принципов, которым необходимо следо-

---

<sup>412</sup> Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004. С. 69–70.

вать при анализе данного казуса, установленных в процессе упрощения обстоятельств того или иного казуса.

Труды по систематике, в которых автор следовал определенному порядку изложения казусов и их решений:

- дигесты, т.е. систематически полное изложение гражданского права, основой которого является анализ правовых институтов, а не рассмотрение казусов;

- монографии, посвященные описанию отдельных правовых институтов или отдельных законов и конституций.

Комментарии:

- труды по гражданскому праву, созданные выдающимися юристами и прокомментированные последующими поколениями правоведов;

- комментарии к преторскому эдикту и к эдикту курульных эдилов;

- комментарии к законам и постановлениям Сената;

- комментарии к эдикту наместника провинции.

Институции и пособия учебного характера (прежде всего – Институции Гая).

Книги: «Мнений», «Определений» и «Сентенций», излагающие максимы и принципы, составленные на основе судебных решений<sup>413</sup>.

Все вышеизложенное позволяет говорить о том, что «уже при Августе, а может быть, несколько позднее появились юридические училища или школы (*stationes, scholae*), т.е. юридическое преподавание стали вести в особых, для того назначенных учреждениях. Положение наставника юридической школы пользовалось особым уважением»<sup>414</sup>. Таким образом, существенные элементы юридической науки уже возникли. Однако, и на это следует обратить внимание, отсутствовала одна важная составляющая в лице специально-юридической теории (учения о догме права, правоотношениях и правоприменении). М. Гарридо справедливо отмечает: «Нельзя утверждать, что в римской юриспруденции существовала какая-либо правовая догматика; ведь римляне никогда не создавали ни науку, ни доктрину права, которая не была бы непосредственно направлена на практику. Систематизация, которая предполагает создание специального категориального аппарата и внимание к элементам, общим для всей совокупности правовых институтов, применялась римскими юристами в той мере, в какой служила их попыткам описать конкретные проблемы и выработать правила и принципы, выразив их в точных и однородных категориях»<sup>415</sup>. В качестве способов обоснования суждений юристов использовались:

- аргументация логического или грамматического характера (различные методы, созданные философскими школами, прежде всего, греческими);

- обоснования, основанные на аргументах, заимствованных у предше-

---

<sup>413</sup> Гарридо М.Х.Г. Указ. соч. С. 102–105.

<sup>414</sup> Морев М.П. Римское право. М., 2008. С. 39–40.

<sup>415</sup> Гарридо М.Х.Г. Указ. соч. С. 105.

ственников, которые рассматривались как общепринятое мнение;

- обоснование своих решений юридическими правилами, понимаемыми в широком смысле как формулировки общих принципов, применявшихся для разрешения конкретных казусов;

- обоснования, основанные на спорных мнениях других юристов;

- толкование слов обыденного языка, а также воли лица, совершившего какой-либо юридический акт;

- обоснования, основанные на применении метода аналогии или логические приемы (доказательство от противного, расширительное толкование);

- обоснование, опирающееся на моральные категории (справедливость, добрая воля, правосудие)<sup>416</sup>.

В результате «римские юристы классического и постклассического периодов воспринимали правовую норму как обобщение общих элементов решений по ограниченному классу дел. Только ограничив таким образом сферу действия правовых норм, они надеялись достичь своей цели – применить греческие методы классификации и обобщения как рациональную базу для решений по делам»<sup>417</sup>.

Структура римского права, сложившаяся в классический период его развития, оставалась ориентированной на чисто практическое использование. Отсутствовала какая-либо кодификация или более «мягкая» форма систематизации правового материала (вплоть до появления Свода Законов Юстиниана в 529 г. н.э.). Как верно замечает в связи с этим В.С. Нерсесянц, «хотя римские юристы и сформулировали принцип различения публичного и частного права, однако ни система самого римского права, ни римская юриспруденция не строились в соответствии с данным принципом, т.е. не были структурированы и оформлены в виде двух областей (подсистем) права или двух разделов учения о праве. Такое разделение было осуществлено много позже, в буржуазную эпоху, конечно, под римским влиянием, но на более развитом и дифференцированном в соответствии с названным принципом правовом материале стран Западной Европы»<sup>418</sup>.

Если обратиться к формам позитивного права в римском обществе, то они предстанут перед нами в большом разнообразии. К таковым относились:

- общие принципы доброго и правильного (*mores maiorum*);

- законы (*leges*);

- плебисциты (*plebiscita*);

- законные иски (*legis actiones*);

- ответы знатоков права (*responsa prudentium*);

- судебный прецедент (*iudicatum*);

- постановление Сената (*senatusconsultum*);

---

<sup>416</sup> Гарридо М.Х.Т. Указ. соч. С. 111–112.

<sup>417</sup> Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 141–142.

<sup>418</sup> Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2006. С. 531–532.

- эдикты магистратов (*edicta magistratuuum*);
- конституции принцепсов (*constitutiones principum*).

Как замечает В.В. Бибихин, анализируя сущность римского права, «законы движутся, меняются внутри жесткой структуры, пока она не начинается сминаться принципатом и еще больше доминатом, правда, не до полного уничтожения и в основном только в части публичного права. Отказавшись от великой государственности, старый Рим, расширившийся к тому времени на весь Запад, сохранил основные навыки частного права»<sup>419</sup>.

После распада Западной части римской империи место позитивного права заняли локальные обычаи германских племен, господствовавшие несколько последующих столетий. Юриспруденция как система знаний о праве оказалась вытесненной на периферию общественного сознания и сохранилась только в рамках христианской (католической) церкви, использовавшей латынь как язык богослужения и выступавшей в качестве хранительницы античного наследия<sup>420</sup>.

В контексте излагаемой нами проблематики нельзя обойти вниманием такой вопрос, как место канонического права в системе юридической науки и его роль в становлении европейской правовой теории и системы права. Римское право являлось «антропологичным» в смысле действия только в отношении римских граждан, по сути, выступая в качестве коллективной привилегии. Каноническое же право Запада охватывало весь «христианский мир» и закладывало основы культурно-политического единства Европы. Стремление к созданию универсального государства и единого мировоззрения опиралось на античную традицию. Как отмечает О. Розеншток-Хюсси, «"римское" означало единство, давшее возможность европейским провинциям быть вместе, как детям, выросшим в одной колыбели, – колыбели Вечного Рима, *Roma aeterna*. "Публичное" – латинское слово, поскольку только латынь могла сделать Европу полем единого публичного права, общественного духа и общественного мнения. <...> Каждая европейская нация по-своему откликнулась на единый призыв, обращенный ко всем. Но нации не могут выстроить память столетий без соответствующих институтов. Сам призыв мог стать действенным и постоянным только посредством соответствующего института. Этот постоянный призыв к возрождению выражался и сохранялся католической церковью в ее богослужениях и молитвах. Молитвы и богослужения этой церкви были квинтэссенцией античности»<sup>421</sup>. Политическая раздробленность раннего Средневековья объективно способствовала оформлению руководящей роли католической церкви в жизни социума и сохранению в ее структурах «духа римского права». Уже в VII столетии юристы, нашедшие себе приют в стенах монастырей Италии, сформулировали один из важнейших прин-

<sup>419</sup> Бибихин В.В. Введение в философию права. М., 2005. С. 223.

<sup>420</sup> Вудс Т. Как католическая церковь создала западную цивилизацию. М., 2010.

<sup>421</sup> Розеншток-Хюсси О. Великие революции. Автобиография западного человека. М., 2002. С. 405.

ципов эпохи: «Ecclesia vivit lege romana» (церковь живет по римскому закону).

Наука канонического права начала складываться уже в X веке и к настоящему времени опирается на огромный корпус трудов и комментариев к церковному законодательству. В российской же юриспруденции ситуация оказывается прямо противоположной. По справедливому суждению А.А. Вишневого, «каноническое право церковного Запада всегда оставалось в отечественной науке пасынком. Работы, посвященные этой проблематике, появлялись изредка, посвящались либо отдельным аспектам, либо подавались исключительно в сравнении с церковным правом на Востоке, а печальнее всего обстояло дело с историей канонического права на Западе, поскольку даже доступные сейчас работы посвящены в основном современному Кодексу канонического права, Римско-Католической церкви 1983 г.»<sup>422</sup>. Каким же образом каноническое право оказывало воздействие на практическую юриспруденцию Средневековья и западную науку права? Прежде всего, отметим тот бесспорный факт, что плодотворные научные изыскания возможны в политически устойчивом обществе, могущем гарантировать безопасность личности и собственности. Феодалная раздробленность Запада объективно способствовала формированию «*Rex Christiana*» (христианского мира) в силу отсутствия какой-либо централизованной светской власти. Ее место достаточно быстро заняла духовная власть римских пап, претендовавших несколько столетий на исключительную роль в политической и культурной жизни своего времени<sup>423</sup>. Охватить же все сферы деятельности средневекового человека можно было только в случае создания универсальной системы нормативного регулирования. Римская традиция оказалась здесь как нельзя кстати, с ее помощью церковь и формировала тот корпус правил, который и получил название «каноническое право». Мир средневекового человека существенным образом отличался от восприятия окружающей действительности современным человеком. По верному суждению классика отечественной медиевистики А.Я. Гуревича, «философия, мораль, юриспруденция, законодательство не были полностью отделены, переплетались, образуя систему, части которой, возможно, не всегда гармонически согласованные между собой, активно взаимодействовали и в большей или меньшей степени имели богословскую окраску, пронизывались религиозными представлениями. Все формы человеческой деятельности в феодальном обществе были подчинены правилам, отступление от которых возбранялось и осуждалось. Традиционализм общественной практики средневековья, зависимость ее от религии порождали всеобщую нормативность социального поведения человека. В силу этой нормативности право приобретало значение универсального и

---

<sup>422</sup> Вишневский А.А. Каноническое право. Древняя Церковь и Западная традиция. М., 2006. С. 9.

<sup>423</sup> Чичерин Б.Н. История политических учений. Т. 1. СПб., 2006. С. 139–158.

всеохватывающего регулятора социальных отношений»<sup>424</sup>.

Традиционное общество, которым, бесспорно, являлась средневековая Европа, обладает определенным набором черт, отражающих его сущность. Такowymi чертами можно признать:

- преобладание натурального хозяйства и слабую развитость рыночных отношений;

- устойчивость социальных структур, институтов и типовых моделей межсубъектных отношений;

- консервативность общественной психологии и индивидуального мышления, негативное отношение субъектов к большей части социальных инноваций;

- доминирование в ранних его фазах духа патриархальной общинности, предполагающей слабую развитость личностного начала;

- высокий социокультурный статус ценностей и норм корпоративной морали и одновременно низкую социальную оценку попыток обретения личностной автономии;

- отсутствие специальных общественных механизмов по культивированию пространства социальной и духовной свободы;

- жесткую иерархическую поляризованность структуры социума, состоящего из противоположных сословий и слоев, а также наличие правовых ограничений, препятствующих переходам индивидов с одного уровня на другой;

- преимущественную опору институтов государственной власти на механизмы внеэкономического принуждения;

- сакрализованный характер абсолютного большинства политико-правовых акций, осуществляемых государственными институтами;

- высокий авторитет духовенства и важная роль института церковного суда в социальной жизни;

- преобладание монархического типа властвования над всеми остальными в силу его близости стереотипам патриархального мировосприятия и мироотношения<sup>425</sup>.

Патриархальность и традиционализм несколько столетий не позволяли осуществить переход к централизованной государственности и четко структурированной правовой системе. Как отмечает Ж.Ле Гофф, «варварские законы <...> наделяли разных людей разными правами и имели ярко выраженный этнический характер. К франкам, бургундам, лангобардам и готам применялись разные законы. Карл Великий хотел заменить весь этот юридический разнобой единым законодательством, применимым ко всем людям, живущим на территории империи. Хотя эта попытка и не была до конца реализована, она остается одним из самых революционных начинаний Карла, и к тому же она помогла осознать принципиальную возмож-

---

<sup>424</sup> Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры // Избранные труды в 4-х томах. Т. 2. Средневековый мир. СПб., 1999. С. 132.

<sup>425</sup> Бачинин В.А. Социология. Академический курс. СПб., 2004. С. 65–66.

ность введения единого европейского права»<sup>426</sup>. Власть традиции, довлеющая над средневековым обществом, вынуждала обращаться к прошлому в случае необходимости доказывания обоснованности каких-либо притязаний на первенство духовного или светского авторитета (папы или императора). Неудивительно поэтому, что «в течение последних десятилетий XI в. партия папы начала искать в хрониках истории церкви тот правовой авторитет, который поддержал бы главенство папы над всем духовенством, а также независимость духовенства от всей светской сферы, а по возможности и превосходство над ней. Партия папы побуждала ученых развивать науку права, которая дала бы рабочую основу для претворения в жизнь основных целей политики папы. В то же самое время партия императора также начала разыскивать древние тексты, которые поддержали бы дело императора против узурпаторства папы»<sup>427</sup>. В результате насущной политической необходимости произошла централизация церковной администрации (папы с 1059 г. избирались пожизненно) и началось становление основ канонического права, в рамках которого функционирует церковь как институциональное образование и юрисдикции которого подчинены миряне (семейно-брачные отношения и определенная часть имущественных отношений, а также религиозные преступления). Основными источниками канонического права выступали:

- Священное Писание (Ветхий и Новый Заветы);
- произведения отцов церкви (Августин, Василий Великий, Климент Александрийский);
- постановления церковных соборов;
- римское право;
- Апостольские конституции – сборник правил, приписываемых первым 12 апостолам<sup>428</sup>.

Влияние канонического права на становление романо-германской правовой семьи осуществлялось, прежде всего, в сфере судебного процесса. В период с VI по XI вв. господствовали племенные обычаи, совокупность которых образовывала обычное право. Как отмечает О.А. Омельченко, «основы общественно-юридического быта германских народов были в основном едиными, поэтому формирующееся право к середине I тыс. составило целостную систему особого германского типа. Это германское право стало вторым по важности, наряду с римским правом, источником всей позднейшей европейской юридической культуры»<sup>429</sup>. Обычное право как соционормативная система обладает определенными чертами:

- продолжительность правовой практики, многократное применение;
- однообразии характера практики;
- отражением мировоззрения небольших групп людей и локальное зна-

---

<sup>426</sup> Ле Гофф Ж. Рождение Европы. СПб., 2007. С. 59.

<sup>427</sup> Берман Г. Западная традиция права. С. 102.

<sup>428</sup> Омельченко О.А. Всеобщая история государства и права в 2-х томах. М., 2005. Т. 1. С. 484–485.

<sup>429</sup> Там же. С. 282–283.

чение;

- отражение нравов данного общества<sup>430</sup>.

В свою очередь, нормы обычного права могут быть классифицированы по самым различным критериям.

По способу выражения:

- императивные;

- диспозитивные.

По функциям:

- регулятивные;

- охранительные.

По предмету правового регулирования:

- общеродовые;

- частнородовые;

- условно-индивидуалистические.

По времени формирования:

- ретроспективные (стародавние);

- перспективные (новообразованные)<sup>431</sup>.

Первоначально соприкосновение обычного и канонического права произошло в сфере судопроизводства. Как отмечают исследователи, «постепенно вышли из употребления ордалии. Судебные поединки не допускались в церковных судах. Развилась так называемая формальная теория доказательств, делившаяся на полноценные и неполноценные. Были выработаны казуистичные правила, какие именно обвинительные доказательства и при каких обстоятельствах должны считаться полноценными. Наличие полноценного доказательства исключало возможность оправдания обвиняемого. Были выработаны также сложные правила о порядке пользования неполноценными доказательствами: когда и в какой мере возможно ими пользоваться. Постепенно внедряются элементы письменной формы процесса»<sup>432</sup>.

Особое место среди форм канонического права занимали декреталии римских пап, устанавливавшие правила внутрицерковной жизни и определяющие права и обязанности мирян и клира. Декреталии – говоря современным юридическим языком – играли роль делегированного законодательства, постепенно охватывая своим действием все более широкие сферы церковной жизни и поведения мирян. С помощью декреталий папы изменяли различные действовавшие ранее узаконения, апеллируя при этом к авторитету апостолов и самого Христа. Изменения осуществлялись путем введения в повседневную практику различных положений римского права. Последнее, как мы уже отмечали выше, обладало универсальной природой и могло применяться в совершенно различных условиях. Требовалось только корректно осуществлять рецепцию его норм. А.А. Вишневский

---

<sup>430</sup> Червонюк В.И. Теория государства и права. М., 2006. С. 258.

<sup>431</sup> Ломакина И.Б. Обычное право: институциональный аспект. СПб., 2005. С. 203–206.

<sup>432</sup> Всеобщая история государства и права. В 2-х т. М., 2002. Т. 1. С. 453.

справедливо обращает внимание на тот факт, что «несколько печалит то, как понимается, как обнаруживается исследователями влияние римского права на каноническое: это влияние усматривается в том, что те или иные канонические тексты содержат выдержки из римского права, следовательно, здесь мы имеем влияние римского права и т.п. Но это только поверхностное проявление влияния римского права на каноническое. Настоящее влияние одной правовой системы на другую имеет место тогда, когда правовая система воспринимает стиль мышления другой правовой системы»<sup>433</sup>.

Действительно, одного внешнего заимствования недостаточно. Необходимо изменение менталитета создателей новых узаконений и правоприменителей. Для этого должно пройти достаточно много времени с момента первого (часто – поверхностного) знакомства с римским правом до восприятия его в качестве естественного («от века существующего») регулятора общественных отношений. Как отмечает Е.И. Темнов, «прочность античного правового порядка объясняется не в последнюю очередь тем, что правосознание людей еще не сводилось к известному запасу сведений из области положительного права, к умению эгоистически пользоваться им. И высшие, и низшие слои народа одинаково верили в объективную ценность права, добровольно и искренне уважали его предписания. В праве еще не видели неприятного стеснения или удобного средства защиты и нападения»<sup>434</sup>.

С позиций социально-антропологического подхода к праву, период «внутреннего освоения» античного наследия германскими народами продолжался с VI по XI вв. Раннее Средневековье характеризовалось тем, что интерес к праву сохранился в немногочисленных монастырях, где находились библиотеки и образованные монахи, из числа которых вышли первые европейские профессиональные юристы-практики и ученые. К последним по праву может быть причислен и Грациан – создатель концептуально выверенной и логически строгой системы канонического права. Разработанный им «Декрет» (около 1140 г.) оказал огромное влияние на средневековую юриспруденцию прежде всего тем, что во многом опирался на *Corpus Iuris Civilis* (Кодекс Юстиниана), открытый интеллектуалами Запада в XI столетии. В этом фундаментальном памятнике позднеимперского права была достаточно четко проведена граница между светской и церковной властью. Как верно пишет М. Суини, «римское понятие естественного права значительно способствовало как разграничению сфер Церкви и государства, так и установлению гармонии между ними. Естественный закон не установлен непосредственно Богом и не дан Им в Откровении, но в то же время он не является и человеческим установлением. Он универсален, обязателен и разумен, поскольку укоренен в самой природе. На основании этого Грациану удалось более четко разграничить гражданское и церковное право в своем

---

<sup>433</sup> Вишневецкий А.А. Указ. соч. С. 96.

<sup>434</sup> Темнов Е.И. Звучащая юриспруденция. М., 2010. С. 502.

Decretum. Другими словами, гражданское право касается в основном естественного закона, а каноническое право – сверхъестественного закона, хотя естественному закону уделено место и в каноническом праве. Поэтому естественный закон позволяет более тонко дифференцировать гражданское и церковное право, а также дает рациональное обоснование гармонии между ними»<sup>435</sup>. Декрет Грациана систематизировал существовавшие на тот период церковные узаконения и позволил следующим поколениям правоведов более глубоко исследовать сущность права и его соотносимость со справедливостью (диалектика *jus* и *aeguitas*). По мнению самого Грациана, «естественное право достоинством прямо превосходит обычай или установление. Что бы ни было усвоено обычаями или содержалось в рескриптах, если будет противоречить естественному праву, должно восприниматься как лживое и ошибочное»<sup>436</sup>.

Потребность в развитом праве стала ощущаться в Западной Европе в XI–XII веках, что было связано с постепенным ростом торговли (в том числе и транзитной) и возрождением городов. Внешне незаметное, но постоянное повышение производительности труда привело к последующему ускорению социально-политического развития и частичному распаду прежних родовых связей<sup>437</sup>. Торговля предполагает мобильность субъектов товарообмена и наличие определенных правил взаимодействия, соблюдаемых всеми участниками рыночных отношений. Именно подобная модель становления западного общества позволила крупнейшему отечественному юристу-социологу последней трети XX века Л.И. Спиридонову дать следующее определение права, которое, на наш взгляд, наиболее адекватно отражает действительность: «Право – система исторически возникших правил поведения, являющихся масштабом свободы равных субъектов, отношения между которыми социально значимы, являются частью общественного порядка и потому обеспечиваются государством при выполнении им общих дел населения»<sup>438</sup>.

В результате роста интереса к римскому юридическому наследию и практических потребностей в XI веке появляются университеты – первоначально в Италии (Болонья и Павия), а затем и по всей Европе. Произошло совмещение нескольких факторов, способствовавших возрождению юриспруденции: рост городов, постепенная централизация национальных государств, развитие торговли. Нововозникшие и сохранившиеся с античных времен города, по нашему мнению, сыграли важную роль в процессе становления западного права, что связано, в свою очередь, с особым мен-

---

<sup>435</sup> Суини М. Лекции по средневековой философии. Вып. 2. Средневековая политическая философия Запада. М., 2006. С. 81.

<sup>436</sup> Декрет Грациана о согласовании несогласных канонов // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Т. 1. Древний мир и Средние века / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. М., 2007. С. 726.

<sup>437</sup> Кулишер И.М. История экономического быта Западной Европы. Т. 1-2. Челябинск, 2004. Т. 1. С. 280–367.

<sup>438</sup> Спиридонов Л.И. Теория государства и права. М., 1995. С. 101.

талитетом городских жителей и родом их занятий. Ремесленное производство, основанное на узкой специализации, породило профессионализм как составную часть личности. Основными признаками ремесленного производства являлись:

- традиционализм (личная передача ученику приобретенных знаний);
- солидарность (цеховая организация производства и досуга)<sup>439</sup>.

Осознание собственной индивидуальности и значимости привело к потребности в большей свободе, чем в сельской общине, где коллективизм сохранялся до начала XX века. Феодалские повинности, опутывавшие ремесленников и купцов, препятствовали их производственной и торговой деятельности, а отсутствие строгих правил, обязательных для сеньоров, породило произвол со стороны последних. В результате начинается борьба за самоуправление, которая «первоначально решала экономические задачи: освободиться от наиболее тяжелых форм сеньориальной зависимости, получить рыночные привилегии. Но потом эта борьба переросла в политическую – за городское самоуправление и правовую организацию»<sup>440</sup>.

Средневековый город, как самоуправляющаяся корпорация, нуждался в значительном количестве юристов, скреплявших договоры, завещания и иные многочисленные документы, требовавшие какой-либо формализации. Усложнение организации социума вело к повышению значимости письменных документов и росту их количества. Как отмечает в связи с этим Р. Барлетт, эволюция письменных документов в Европе прошла несколько последовательных стадий:

- Земельные пожалования или предоставление прав в границах определенной территории от лица верховного правителя (императора или папы);
- пожалования земли или прав от лица местного епископа;
- издание актов от лица местного духовенства (аббатов и руководителей церковных орденов);
- разработка и принятие различных документов церковными канцеляриями от имени верховного правителя или местного феодала<sup>441</sup>.

Процесс формализации устной традиции и письменной фиксации определенных отношений носил двойственный характер. Ж.Ле Гофф точно подмечает, что усиление роли юристов в повседневной жизни средневекового города породит крючкотворческую, бюрократическую Европу. Однако в нравах и обычаях утвердился результат грандиозных изменений в юриспруденции, которые в XII и XIII веках приведут к перевороту в правовой системе христианского мира: начнется, во-первых, выработка канонического права (за ним останутся такие важные сферы жизни, как ростовщичество и вступление в брак, и кроме того, будут зафиксированы на письме феодальные обычаи и вольности, существовавшие до того лишь в

---

<sup>439</sup> Зомбарт В. Избранные работы. М., 2005. С. 76.

<sup>440</sup> Тавлинов С.В. Западноевропейская средневековая государственность. М., 1995. С. 82.

<sup>441</sup> Барлетт Р. Становление Европы: Экспансия, колонизация, изменения в сфере культуры 950–1350 гг. М., 2007. С. 309.

изустной форме»<sup>442</sup>. Кроме всего прочего, отметим и тот факт, что городские суды также комплектовались из горожан, изучавших право в университетах или хотя бы знакомых с ним в силу профессиональных занятий торговлей. Следовательно, одна из важнейших функций города – создание и поддержка университета. Уже в IX веке появляется первая школа права в Ровенне, основной задачей которой было изучение римского права и его систематизация, исходящая из потребностей практики. В дальнейшем, «эта систематизаторская тенденция проявляется в творчестве глоссаторов, которые группировались вокруг возникшего в XI веке Болонского университета и родоначальником которых считается Ирнерий, средневековый юрист первой половины XII века. К этому времени относится также деятельность таких видных представителей школы глоссаторов, какими являются Якоб, Гуго, Гозна и Булгар – «четыре доктора», творчество которых, как и творчество их учителя Ирнерия, было посвящено изучению и систематизации источников римского права»<sup>443</sup>.

Первоначально юридическая литература этого периода представляла собой заметки на полях текста *Corpus Iuris Civilis* (Кодекса Юстиниана) о тех или иных казусах, т.е. движение юридической мысли шло от частного к общему. Ирнерий в своей практической деятельности, будучи не только ученым, но и судьей, пытался бороться с произвольностью выносимых решений, требуя от судей отказаться от собственного усмотрения и руководствоваться положениями Кодекса Юстиниана. Все противоречия между законом (*jus*) и справедливостью (*aeguitas*) должны были разрешаться главой государства в законодательном порядке. Законодательство же должно опираться на принципы римского права. Поэтому, как верно отмечает Д.Ю. Полдников, «установление точного смысла римского закона стало главной задачей, объединившей усилия глоссаторов. В процессе ее решения – в силу ряда объективных и субъективных причин – глоссаторами была выработана собственная доктрина как совокупность теоретических представлений о римском праве в целом и о римских контрактах и пактах в частности. Эта доктрина стала результатом сочетания трех основных элементов: позднеантичного текста (Свода Юстиниана), средневекового метода его толкования (схоластического метода) и своеобразной научной среды – Болонской правовой школы первого университета Западной Европы»<sup>444</sup>. Отметим еще одну характерную деталь: юриспруденция с XI века отделяется от религии и начинает развиваться самостоятельно, хотя, разумеется, связь светского и канонического права продолжала существовать еще длительное время, да и действовавшее в средневековье уголовное законодательство фиксировало достаточно много составов религиозных преступлений, наказания за совершение которых могло быть достаточно жестким. В принципе, «средневековая правовая наука совершила серьезный

---

<sup>442</sup> Ле Гофф Ж. Рождение Европы. С. 164–165.

<sup>443</sup> Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. С. 43.

<sup>444</sup> Полдников Д.Ю. Договорные теории глоссаторов. М., 2008. С. 12.

шаг вперед. Отвлеченные правовые принципы, или юридические максимы, были призваны решить задачу систематизации права. Западноевропейские юристы XI–XII вв. пытались систематизировать нормы так, чтобы получилось единое целое, т.е. определить не просто общие для определенного рода прецедентов элементы, но и систематизировать нормы в принципы, а сами принципы – в цельную систему, совокупность права, или *corpus juris*»<sup>445</sup>.

Развитие школы глоссаторов продолжилось и в XIII веке, когда ее представители начали составлять суммы – юридические обзоры отдельных частей *Corpus Juris Civilis*. Кроме того, глоссаторы выполнили еще одну важную научную задачу: воссоздали первоначальный текст Кодекса Юстиниана, освободив его от позднейших наслоений. Поэтому, на наш взгляд, односторонними и необоснованными выглядят утверждения крупнейшего представителя юридического позитивизма в России начала XX в. Г.Ф. Шершеневича о том, что средневековые юристы были малообразованными людьми и ничего не дали для науки права и правовой политики своего времени<sup>446</sup>. Скорее всего, было как раз наоборот. Юриспруденция, восприняв схоластические методы познания, приобрела логически выверенные основания для своего дальнейшего развития. Изучение текста Кодекса Юстиниана также способствовало совершенствованию как науки, так и правоприменительной практики. Для осуществления комментаторских задач «глоссаторы прибегали к экзегетическому методу – методу филологического исследования текстов в целях выявления их подлинного первоначального содержания. Критическая экзегеза, направленная на установление подлинных текстов источников, сочетается у них с законной экзегезой (*exsegesa legalis*), направленной на уяснение смысла текстов, их истолкование и расположение по определенной системе»<sup>447</sup>. Вершиной творчества представителей школы глоссаторов была деятельность Аккурсия, издавшего в 1258 году фундаментальный труд *Clossa Ordinaria*, представлявший собой комментарий ко всему тексту Кодекса Юстиниана. После этого иные сборники глосс быстро выходят из употребления, и разработка римского права осуществляется на основе труда Аккурсия. Как замечает в связи с этим Д.Ю. Полдников, «большая глосса представляет собой одновременно и кульминацию, и кризис метода школы, основанной Ирнерием. С одной стороны, Аккурсий переработал и упорядочил огромное количество глосс. Прежнее беспорядочное их состояние препятствовало работе и с ними, и с текстом источника, который буквально тонул в пометках и приписках. С другой стороны, после появления Глоссы римское право изучалось исключительно "в тени ее толкования". Студенты и даже профессора постепенно перестали читать текст Свода Юстиниана и превратили в объ-

---

<sup>445</sup> Царьков И.И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. СПб., 2006. С. 45.

<sup>446</sup> Шершеневич Г.Ф. История философии права. СПб., 2001. С. 174–175.

<sup>447</sup> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 44.

ект изучения Большую глоссу. Так стали возникать глоссы на глоссы»<sup>448</sup>.

Возвращаясь к роли университетов в развитии юриспруденции на Западе, отметим, что деятельность в них профессоров осуществлялась вне национальных рамок (признавалась лишь принадлежность к христианскому сообществу) и, соответственно, право изучалось, исходя из того, каким оно должно быть, а не каким оно являлось в реальности. Таким образом, университеты оказались «кузницей кадров» для формировавшихся королевских судов и администрации национальных европейских монархий, стремившихся к территориальной централизации и консолидации правового поля. Кроме того, университеты выступали и как центры изучения естественного права, сопряженного со справедливостью. Одновременно шло становление системы позитивного права, однако университеты не ориентировались на законодательство какой-либо конкретной страны, а исходили из духа и принципов римского права, не признававшего местных обычаев и противостоявшего последним. Как отмечают Л.М. Волосникова и Г.Н. Чеботарев, «римское право являлось универсальным и уже в этом смысле подходило для интегрирующейся христианской Европы. В нем были развиты торговое и вещное право, институты частной собственности и владения, т.е. оно являлось именно такой правовой системой, которая соответствовала складывавшемуся товарно-денежному хозяйству. В возрождении римского права и использовании его для оправдания и защиты своих политических притязаний была заинтересована и королевская власть, особенно в период своего усиления»<sup>449</sup>.

Действительно, римское право сыграло значительную роль в процессе фактического становления европейских монархий и легитимации притязаний верховной власти. Отметим также и то обстоятельство, что менталитет средневекового человека во многом носил традиционалистский и консервативный характер (в контексте нашей проблематики знаменательной будет апелляция средневековых юристов к античному наследию, а не к будущим эпохам, т.е. поиск «золотого века» и эталона права – в прошлом, а не в грядущем). По словам Г. Бермана, «римское право предоставило перспективу для анализа господствующих законов и идеала для проверки истинности господствующих законов <...> Оно господствовало наряду с более новыми законами и в каком-то смысле – над ними. Однако у него было такое фундаментальное качество, которого не доставало новым законам. Новые законы были в процессе становления, нормы римского права уже существовали, чтобы комментировать их»<sup>450</sup>. Справедливость – универсальная категория, и обращение к ней допустимо и возможно в рамках рассмотрения любого спора и разрешения конфликтной ситуации. Именно ее использование позволяет установить истину, которая, в свою очередь, яв-

---

<sup>448</sup> Полдников Д.Ю. Договорные теории глоссаторов. С. 31.

<sup>449</sup> Волосникова Л.М., Чеботарев Г.Н. Правовой статус университетов: история и современность. М., 2007. С. 28.

<sup>450</sup> Берман Г. Указ. соч. С. 134.

ляется высшей целью правосудия<sup>451</sup>. Средневековые университеты сами могли выступить в качестве суда при наличии запроса королевской власти или городского Совета.

Примем во внимание также и то, что университеты пользовались значительным самоуправлением и были независимы от местных властей. Как констатирует Н.С. Суворов, «привилегия особой подсудности, с изъятием из круга ведомства общих судов, давалась членам университета отчасти папами (насколько дело шло о предметах, принадлежавших к ведомству общих средневековых церковных судов), отчасти императорами, королями или князьями (по предметам, входившим в компетенцию общего светского суда) и давалась при том не только членам университета в собственном смысле, т.е. учащим и учащимся, <...> но и прислуге магистров и школяров <...>, – мало того – всем посторонним лицам, которые по своей профессии или по роду деятельности входили в соприкосновение с университетским миром»<sup>452</sup>. Именно эти обстоятельства наряду со схоластическими методами преподавания (длительное и всестороннее обсуждение проблемы, основанное на логических умозаключениях) привели к постепенному становлению индивидуализма и, уже гораздо позднее (в XVIII столетии), либерального правопонимания, основанного на признании незыблемости естественных прав личности. Следовательно, именно «университеты заложили основу западной традиции права, позволяющие идентифицировать ее как самостоятельную правовую семью и отличать от других правовых семей. Римское право, преподававшееся в них, способствовало интеграции Европы в единую, в том числе правовую общность – цивилизацию»<sup>453</sup>.

Дальнейшее движение юриспруденции Запада было связано с возникновением и развитием школы постглоссаторов (комментаторов) в XIII столетии, представители которой уже не только писали учебники римского права в форме определенной совокупности глосс, но создавали и внедряли новые методы познания права. Основатели этого направления – Раймунд Луллий и Якоб де Раван – использовали метод выведения из общих принципов права его частных положений. Все материалы, изложенные в глоссах предшествующими поколениями правоведов, были систематизированы и приведены в определенный логический порядок. По мысли О.С. Иоффе, «прилагая все усилия к тому, чтобы превратить римское право в закон, имеющий полное и исключительное действие, постглоссаторы не только преобразуют его нормы применительно к условиям своего времени, но и увязывают последние с нормами канонического и обычного права, а также с нормами местного законодательства»<sup>454</sup>.

Эпоха, в которую творили постглоссаторы, была связана с практиче-

---

<sup>451</sup> Тогоева О.И. «Истинная правда»: языки средневекового правосудия. М., 2006.; Цатурова С.К. Офицеры власти: Парижский Парламент в первой трети XV века. М., 2002.

<sup>452</sup> Суворов Н.С. Средневековые университеты. М., 1898. С. 83.

<sup>453</sup> Честнов И.Л. Общество и юриспруденция на исходе второго тысячелетия. СПб., 1999. С. 38.

<sup>454</sup> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 46.

ской рецепцией римского права, начавшейся уже в XII веке. Проводниками этого процесса также являлись университеты. В них «достаточно быстро формируются черты особой университетской культуры. Не только профессиональные преподаватели, но и большинство биографически связанных с университетом людей отличались особым складом мышления, особой ценностной системой. Константами университетской культуры были не только рационализм, приверженность цитированию авторитетов и препарированию проблем, но и необычайно высокая самооценка»<sup>455</sup>. Значимость образования позволяла выпускнику университета претендовать на высокие должности и статус в обществе. Соответственно, возрастала и возможность оказывать влияние на продвижение новых идей. Существенным был и тот факт, что в средневековой Европе началось возрождение естественного права, увязываемого постглоссаторами со справедливостью. Для этой доктрины самым важным является то, что носитель субъективных притязаний получает легальную возможность их реализации (пусть даже в усеченном виде). Естественно-правовой подход к оценке законодательства подразумевает, что все субъекты позитивного права находятся, с формально-юридической точки зрения, в равном положении (хотя бы внутри сословия или корпорации). Общим принципам права комментаторы придали универсальное значение. Вместе с тем, как отмечает В.Г. Графский, «полной рецепции римского права нигде никогда не было и не могло быть по той причине, что и сам Свод Юстиниана не был ни полным, ни полностью адекватным собранием римских узаконений всех времен. Некоторые важнейшие положения римского права были восприняты в сильно искаженном или заново перетолкованном виде»<sup>456</sup>. Постглоссаторы же, выдвигая на первое место именно общие принципы, считали, что нормы позитивного права имели для себя оправдание лишь постольку, поскольку они являлись логическим выводом из положений естественного права. Таким образом, «руководствуясь идеей *jus naturale*, комментаторы незаметно приспособляли римское право к потребностям и условиям современной им жизни и в этом отношении оказывали огромную практическую услугу своему времени. Нужно добавить, что они в гораздо большей степени, чем глоссаторы, участвовали в практической жизни как консультанты, и очень часто их диалектика имела своей целью сделать из положений римского права тот вывод, которого требовала новая жизнь»<sup>457</sup>. Эта «новая жизнь» означала централизацию государственной власти и, одновременно, рецепцию римского права.

Какое же место занимало право в повседневной жизни средневекового человека Запада? Мы уже говорили о том, что нормативная система Средневековья отличалась жесткостью и статичностью. С позиции социально-антропологического подхода к обществу и праву наличие и значимость та-

---

<sup>455</sup> Словарь средневековой культуры / под ред. А.Я. Гуревича. М., 2003. С. 549.

<sup>456</sup> Графский В.Г. Всеобщая история права и государства. М., 2010. С. 377.

<sup>457</sup> Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С. 261.

кой жесткости вполне объяснимы. Картина мира средневекового европейца отличалась значительной степенью символичности и, одновременно, иерархичностью. Вершиной мироздания выступал Бог, оказывавший на судьбу отдельного человека самое существенное воздействие. Его присутствие было заметно во всем: проявление сил природы, ход истории, политические события – все они находились в сфере действия божественной воли. Как отмечает известный исследователь европейского Средневековья Ж.Ле Гофф, «высшим авторитетом являлось Писание; к нему прибавлялся авторитет отцов церкви. На практике этот всеобщий авторитет воплощался в цитатах, которые как бы превращались в "достоверные" точки зрения и сами начинали в конце концов играть роль "авторитетов". Поскольку суждения авторитетов часто были темны и неясны, они прояснялись глоссами, толкованиями, которые, в свою очередь, должны были исходить от "достоверного автора". Нередко глоссы заменяли собой оригинальный текст. Из всех сборников текстов, отражавших интеллектуальную деятельность Средневековья, больше всего обращались к онтологиям глосс и из них чаще всего делали заимствования»<sup>458</sup>. Подобная литература активно использовалась и в правовой сфере, особенно после начавшегося в XII веке процесса систематизации обычаев и рецепции римского права. Прежде всего, внедрение норм римского права в повседневную практику шло в рамках трансформации судебного процесса. При этом, по верному суждению В.А. Томсинова, «рецепция норм, возникающих в практике судопроизводства, оказывается возможной лишь после того, как эти нормы получают письменную форму выражения и при этом приобретают качество абстрактности. Судебное решение является казуистическим по своему характеру, оно неразрывно связано с рассмотренным в суде конкретным конфликтом между определенными лицами. Поэтому предметом рецепции, как показывает исторический опыт, становится не само по себе судебное решение, а извлеченный из него принцип решения конфликтов определенного рода»<sup>459</sup>.

Именно в судах первоначально нашли себе применение выпускники средневековых университетов. Они всячески поддерживали усиливающуюся королевскую власть и, соответственно, централизацию сферы правосудия. Первоначально короли лишь использовали свое право рассмотрения апелляций на решения сословных судов и поручали своим юристам систематизацию обычного права. Например, относительно средневековой Норвегии этот процесс происходил следующим образом: «Записи областных законов, вероятно, производились по инициативе королевской власти, но по своему содержанию они отражали не столько законодательную инициативу норвежских государей, сколько народный обычай. Его особенностью была чрезвычайная традиционность, неизменяемость. К нормам обычая относились как к общеобязательным, нерушимым, а иногда и сакраль-

---

<sup>458</sup> Ле Гофф Ж. Цивилизация средневекового Запада. Екатеринбург, 2005. С. 394.

<sup>459</sup> Общая теория государства и права. Академический курс. В 3-х т. 3-е изд. / под ред. М.Н. Марченко. М., 2007. Т. 2. С. 535.

ным установлениям, которые пользовались тем большим авторитетом, чем древнее они казались. Старина обычая придавала ему силу»<sup>460</sup>.

В процессе централизации государства и роста могущества королевской власти её правотворческая функция проявляет себя все более энергично и зримо, а римское право как нельзя лучше подходит на роль универсального средства легитимации власти монархов. Рецепция римского права прошла в странах Западной Европы несколько последовательных этапов. Первоначально юристы осваивали его основы в учебных заведениях (университетах и церковных школах), а затем, в силу своих профессиональных познаний, стремились внедрить принципы римского права в повседневную юридическую практику. Как мы уже отмечали ранее, рецепция прежде всего коснулась процессуального права, используемого в королевских судах и практике церковной юстиции. Клятвы и ордалии были заменены формальным письменным разбирательством, заимствованным светскими судами из практики канонического судопроизводства. Например, если в рассмотрении дела участвовали присяжные, то события развивались следующим образом (в интерпретации М.А. Чельцова-Бебутова): «созывались люди, которые могли иметь сведения о совершенном преступлении. Их должно быть не менее двадцати четырех; они не должны быть пристрастны из-за любви или ненависти. Это должны быть самые честные и разумные люди из местности, где произошло преступление. Бальи поочередно допрашивает их перед четырьмя рыцарями и записывает их показания. Затем приводят заподозренного, предъявляют ему всех "присяжных" и спрашивают, не заявляет ли он против кого-либо из них отвода. Потом вызывают присяжных всех вместе; сказанное ими сообщается подозреваемому. Они подтверждают присягой сказанное. И на основании этого состав суда выносит приговор»<sup>461</sup>.

Кроме того, многие нормы римского частного права были непосредственно включены в сборники обычаев (например – в кутюмы Бовези во Франции, составленные Ф. де Бомануаром). Влияние римского права на обычай прежде всего выразилось в четком определении юридической силы последних. Ф. де Бомануар, которого ряд ученых справедливо считает основоположником теоретической юриспруденции во Франции, однозначно утверждал: «Никакие обычаи, которые использовались бы вопреки генеральной кутюме страны, не имеют силы, если не разрешены и не подтверждены сувереном, за исключением вопросов о ренте сеньора или каких-либо его правах на цензы и повинности»<sup>462</sup>. Обычаи практически всегда носили локальный характер и действовали на небольшой территории, по-

---

<sup>460</sup> Закс В.А. Особенности формирования норвежского средневекового права // Право в средневековом мире. СПб., 2001. С. 30.

<sup>461</sup> Чельцов-Бебутов М.А. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. СПб., 1995. С. 219.

<sup>462</sup> Кутюмы Бовези // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. В 2-х т. / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. М., 2007. Т. 1. Древний мир и Средние века. С. 577.

этому в процессе образования национальных государств потребовалась их консолидация.

Если обратиться к конкретным вариантам рецепции римского права, то, применив страноведческий подход, мы получим следующую (весьма мозаичную и неоднозначную) картину:

1. В Италии уже в XI веке юристы-выходцы из церковных школ провозгласили, что римское право есть *lex generalis omnium* (высший закон) и, следовательно, только оно является источником для восполнения пробелов в местном обычном и позитивном праве. Кроме того, именно юристы итальянских средневековых университетов, как мы уже отмечали ранее, явились основоположниками ряда методов познания права. Например, «усилиями глоссаторов были заложены основы юридико-догматической трактовки действующего законодательства, которая включала в себя экзегетику, собственно догматику и систематическую обработку. Законная экзегеза включала в себя объяснение смысла отдельных законов, догматический метод включал в себя логически связанное изложение учений юристов относительно определенного набора источников права. Наконец, попытки изучения римского права в целом, не придерживаясь порядка титулов и книг Свода законов Юстиниана, содержали элементы метода систематического изложения, которое присуще юриспруденции как науке»<sup>463</sup>.

2. В Испании римское право в основном использовалось для восполнения пробелов. Справедливость (*aeguitas*) признавалась общим субсидиарным (дополнительным) источником права, а основные положения римского права исходили из справедливости. Комментарии к *Corpus Juris Civilis*, составленные известным юристом Бартоло де Сассоферрато, использовались испанскими судами в качестве самостоятельного источника права. Кроме того, на территории Испании (средневековых Арагона, Леона и Кастилии) продолжали действовать местное обычное право и мусульманское право. Как отмечает А.В. Марей, «рецепция права, мыслимая как заимствование норм из чужой действующей системы права, современной той, которая проводит заимствование, никогда не бывает односторонней. Местное право и правовые обычаи страны, проводящей политику рецепции, неминуемо сопротивляется новому праву, что, на уровне языка, выражается в диффузном распространении заимствуемой терминологии в местной языковой среде и, естественно, в изменении, а, зачастую, и в потере первоначального смысла многими рецепируемыми терминами и понятиями»<sup>464</sup>. Учтем и тот факт, что в Испании достаточно долго (до XVI столетия включительно) существовала определенная веротерпимость по отношению к мусульманам и иудеям, и их общины практически беспрепятственно применяли собственное право. Кроме того, существовало достаточно выраженное неравенство субъектов права за пределами определенной

---

<sup>463</sup> Графский В.Г. История политических и правовых учений. М., 2009. С. 266–267.

<sup>464</sup> Марей А.В. Язык права средневековой Испании. От Законов XII Таблиц до Семи Партид. М., 2008. С. 13.

общности. Например, «законы/обычай города предусматривают одно и то же наказание за одно преступление для всех жителей города, но чужак будет отвечать уже по другой мерке. Римское по происхождению понятие, включенное в иной социальный и правовой контекст, приобретало несомненно средневековые очертания»<sup>465</sup>. Разумеется, в средневековой Испании, как и в целом, в Западной Европе XI–XVII вв., право являлось частью сословного статуса и речь не могла идти о равенстве «вообще».

3. Меньше всего сложностей рецепция римского права испытала в Германии. По мнению Г.Ф. Шершеневича, эта особенность была связана с тем, что «германские государи смотрели на себя как на непосредственных преемников римских императоров, а потому считали своей обязанностью покровительствовать римскому императорскому законодательству. Склонности государей европейских к римскому праву способствовало немало и то, что законодательство Юстиниана проникнуто монархическими идеями и в нем можно было найти много оправданий для появившегося в то время стремления усилить верховную власть»<sup>466</sup>. Рецепция римского права в Германии была осуществлена в максимально возможной степени и выразилась в том, что Кодекс Юстиниана был непосредственно включен в правовую систему страны. Его практическое использование усилилось после реформ императора Максимилиана Габсбурга в конце XV – начале XVI столетий. В 1495 г. был создан общеимперский суд, половина состава которого комплектовалась из профессиональных юристов, а другая половина – из лиц, знакомых с римским правом в силу профессиональных занятий (купцы).

4. Во Франции и Скандинавии сложностей с рецепцией оказалось достаточно много, в связи с чем процесс «романизации» права проходил медленнее. Особенностью рецепции во Франции было то, что её территория в правовом отношении делилась на две части. Север страны находился во власти обычаев, сведённых в XII–XV веках в сборники (кутюмы). Южная Франция оставалась в сфере влияния римского права и активно осваивала античную юридическую традицию. В этой части страны до кодификации Наполеона никогда не прекращалось действие Свода Юстиниана, а комментарии к нему использовались судьями в качестве дополнительного источника права. Северная же Франция шла к систематизации законодательства и освоению римского права несколько столетий. С усилением королевской власти монарх был провозглашен единственным источником правосудия. По словам Ф. де Бомануара, «следует понимать, что король является сувереном над всеми и на основании своего права охраняет всё своё королевство, в силу чего он может создать всякие учреждения, какие ему угодно для общей пользы, и то, что он устанавливает, должно соблюдать»

---

<sup>465</sup> Варьяш О.И. Пиренейские тетради: право, общество, власть и человек в средние века. М., 2006. С. 138.

<sup>466</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 30.

ся»<sup>467</sup>.

Распространение идеи единства государства и единого для всех права исходило от населения городов, которое раньше, чем остальные социальные группы осознало собственные интересы и смогло их эффективно отстаивать. В связи с особой значимостью городов в истории европейского правопонимания и правосознания нам следует более подробно, с позиций социальной антропологии, рассмотреть юридические и в целом ментальные установки горожан.

Правовая организация средневекового европейского города предполагала создание собственных законодательных, исполнительных и судебных органов. В частности, возможность судиться в собственном городе, а не в суде феодала означала для горожанина большую степень защиты его личности, так как судьи сами являлись выходцами из высших и средних слоев города и им были прекрасно знакомы проблемы сограждан. Формируя определенную судебную практику, города (так же, как и в античную эпоху) стали распространять свою юрисдикцию и на тяготевшую к ним сельскую местность: ведь само право, с позиций излагаемого нами социально-антропологического подхода к нему, явление чисто городское. По мнению А.Л. Рогачевского, «формирование судов, а в значительной мере и городских советов из профессиональных юристов имело далеко идущие последствия. Правоведы новой школы способствовали широкому применению римского права и в конечном счете – унификации судебной практики. Городские суды поддерживали постоянную связь с юридическими факультетами, профессора которых нередко давали заключения по сложным делам. Эти заключения, как правило, ложились в основу судебных приговоров и решений»<sup>468</sup>.

Основные черты современного права (социальная значимость, непersonифицированность, формальная определенность) восходят именно к средневековому городскому праву. В значительном количестве городов (особенно – в нововозникших на торговых путях) отсутствие у горожан родовых связей было заменено корпоративностью, основанной на личном членстве в какой-либо профессиональной гильдии, предоставлявшей определенные права и подтверждавшей статус индивида. Известный ученый Г. Берман даёт достаточно обширный перечень черт городского права, позволяющий говорить о его особой роли в жизни горожан. Черты эти – светскость, коммунитарность (договорный характер), конституционность (наличие писаных хартий), способность к росту (гибкость и приспособляемость к обстоятельствам). Сам Г. Берман исходит из факта признания религиозной первоосновы формирующегося европейского права в целом и потому вступает в полемику с концепцией М. Вебера о причинах самобытности города как социальной общности. По мысли амери-

---

<sup>467</sup> Кутюмы Бовези // Указ. соч. С. 584.

<sup>468</sup> Рогачевский А.Л. Меч Роланда: Правовые взгляды немецких горожан XIII–XVII вв. СПб., 1996. С. 19–20.

канского ученого, «Вебер не сделал вывода, что возникновение городских вольностей на Западе было частью революционных религиозных перемен, в ходе которых, с одной стороны, церковная политика провозгласила свою независимость от всех светских политических образований, а с другой – впервые было выработано само понятие светских политических образований, которые теперь считались поддающимися реформе и спасению»<sup>469</sup>.

Действительно, М. Вебер прямо не говорит о религиозном факторе как первооснове городского права, однако, если мы обратимся к воззрениям этого крупнейшего социолога на роль религии в любом обществе, то как раз и получится, что, например, протестантизм как религиозное направление в христианстве теснейшим образом связан со становлением и развитием современного западного правопонимания<sup>470</sup>. По словам такого крупного протестантского теолога, как К. Барт, «можно вспомнить, что право и оправдание, или царство Христа и другие царства, или церковь и государство в исповедании реформаторов когда-то стояли рядом, что под богослужением в духе и истине реформаторы понимали жизнь в обеих сферах. Но если в скором времени дело не должно вновь дойти до этих бесплодных и опасных разделений, то сегодня недостаточно вспоминать о Реформации, повторять формулы, в которых она поставила рядом эти сферы <...>. Если свойственной нашему времени динамике суждено стать для нас спасением, а не гибелью, то необходимо поставить сформулированный в начале вопрос – вопрос о существенной, а значит, внутренней и необходимой связи обеих сфер»<sup>471</sup>.

Ориентация европейцев (и тем более – американцев) на индивидуальный успех, практичность в делах и укоренившаяся привычка разрешать споры правовым путем (в суде) исходят из протестантских представлений о труде, успехе и Спасении. Как справедливо утверждает Я.Э. Карлсен, «отправной точкой для Вебера было то, что сверхъестественные и религиозные силы, а также идеи этического призвания, основанного на этих силах, всегда представляли собой факторы, которые в наиболее значительной степени определяют поведение человека. Вебер показывает, как протестантская этика создала мотивационное основание для духа капитализма через интеллектуально секуляризованный аскетизм»<sup>472</sup>. Другой вопрос, что веберовская концепция протестантизма применима к Европе более позднего времени (XV–XVII столетий), а не к периоду XI–XIV вв., когда капитализм только формировался в некоторых городах Северной Италии и юга Франции, и до появления протестантизма как целостного вероучения было еще очень далеко. Однако в целом, на наш взгляд, М. Вебер ясно утвер-

---

<sup>469</sup> Берман Г. Западная традиция права. С. 375.

<sup>470</sup> Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма // Избранные произведения. М., 1990. С. 20–272.

<sup>471</sup> Барт К. Оправдание и право. М., 2006. С. 12–13.

<sup>472</sup> Карлсен Я.Э. Протестантская этика и дух капитализма. Предпосылки для прорыва капиталистической системы // Теория и методы в современной политической науке: Первая попытка теоретического синтеза / под ред. С.У. Ларсена. М., 2009. С. 283.

ждал, что решающим отличием средневекового западного города по сравнению с городами Востока было то, что «эти города представляли собой общественную организацию официального характера, обладающую особыми органами, союз "бюргеров", подчиненных в качестве таковых общему для всех них праву, следовательно, равных по своему правовому положению»<sup>473</sup>. Правовая организация городской жизни, как уже было сказано выше, основывалась на принятии особой хартии, фиксировавшей статус жителя города и закреплявшей объем его прав и обязанностей. Прежде всего, горожанин являлся юридически свободным человеком. Так, в Указе, данном императором Фридрихом II городу Бремену, в ст. 1 говорилось: «Если какой-либо мужчина или женщина пробудет беспрепятственно в городе Бремене в пределах того, что в просторечье называется городской черта, в течение года и дня, и если кто-либо после этого вздумает оспаривать его свободу, то, наложив молчание на жалобщика, пусть будет представлено тому доказать свою свободу ссылкой на вышеуказанный срок...»<sup>474</sup>.

Получив на основании хартий и императорских указов право на самоуправление и независимый суд, средневековые города в течение жизни нескольких поколений сформировали специфическое правосознание и ментальные установки своих жителей. Конечно, города развивались не в безвоздушном пространстве. Средневековое мышление в целом носило религиозный характер (особенно у городских низов), но под воздействием развивающейся науки и роста (пусть медленного) количества грамотных людей, повседневная жизнь городов менялась. Разумеется, не всё городское население пользовалось выгодами правового статуса города, его покровительством и защитой, так как «в силу особенностей феодальной эпохи и городское право было строго сословным, именно через него формировалось сословие горожан. Однако богатство экономической и социально-культурной жизни города делало городское право более сложной и "открытой" для новых отношений системой, чем земское феодальное право»<sup>475</sup>. Большая открытость горожан к инновациям, в том числе и в сфере права, подтверждается многообразием источников городского права. К таковым следует отнести:

- местные обычаи и вольности;
- хартии, пожалованные городам их сеньорами;
- статуты городских властей;
- рецепированное римское право;
- ленное и каноническое право;
- торговое, морское, вексельное и цеховое право.

Исходя из признания факта господства религиозного сознания в сред-

---

<sup>473</sup> Вебер М. Город // Избранное. Образ общества. М., 1994. С. 334.

<sup>474</sup> Указ Бремена // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Т. 1. Древний мир и Средние века. М.: Норма, 2007. С. 747.

<sup>475</sup> Омельченко О.А. Всеобщая история государства и права. В 2-х т. М., 2005. Т. 1. С. 473.

невековом обществе, следует как к данности относиться к наличию целостного, «мононормативного» восприятия окружающего мира, во главе которого находился всемогущий Бог. Поэтому «право воспринималось не только как выражение божественной воли, но и как составная часть миропорядка, своего рода элемент мировой гармонии. Отсюда – стремление представить право в виде целостного, законченного по форме свода»<sup>476</sup>. Именно специфика мировоззрения средневековых людей (и юристов в том числе) позволила столь высоко подняться в их глазах Кодексу Юстиниана (вышедшему из употребления в самой Византии уже к IX веку). Западно-европейские города, особенно те, в которых функционировали университеты, использовали ряд положений Кодекса, наряду с Декретом Грациана (предшественником Кодексов канонического права). Следовательно, в структуре миропорядка значительное место занимало право и, несколько осовременивая понятие – «правовая власть».

Обеспечение стабильности социума внутри городских стен опиралось на фиксацию определенных принципов. По наблюдениям ряда современных исследователей Средневековья, «нормальная жизнь горожан обеспечивалась правовым оформлением власти и службы в их сообществе, которые должны были, как указывают статуты, отправляться согласно статутам, законам и обычаям, указаниям властей и права, справедливости и нравственности, а также строгим соблюдением требований клятвы-присяги. Провозглашение принципов правовой власти всегда сопровождалось указанием главных целей, которыми статуты обязывали руководствоваться городских правителей и администраторов»<sup>477</sup>. Например, Статуты Коммуны Падуи детально регламентировали клятву юстициариев (советников), на которых возлагались многообразные обязанности по надзору за порядком на городском рынке и иных местах торговли (ст. 156). Само вступление в должность юстициария предполагало ряд символических действий (с отголосками магического характера), таких как клятва на Библии (сохранившаяся и в настоящее время в процессуальном праве ряда стран Европы и Америки)<sup>478</sup>.

С позиций социальной антропологии существенное значение приобретает наличие «правового чувства» или даже «этоса права» в действиях должностных лиц средневековых городов. Осуществление властных функций опиралось на значительную самостоятельность магистратов. По верному наблюдению Г.М. Тушиной, «разумность, пользу, решительность и легитимность власти предоставлялось осуществлять достойным лицам из числа лучших людей города, которым предъявлялись требования обладать обязательным набором личных качеств, многократно перечислявшихся в

---

<sup>476</sup> Рогачевский А.Л. Меч Роланда. С. 36.

<sup>477</sup> Тушина Г.М. Городская власть и горожане в зеркале статуты XII–XIII веков // Город в средневековой цивилизации Западной Европы. Т. 3. Человек внутри городских стен. Формы общественных связей. М., 2000. С. 41.

<sup>478</sup> Статуты Коммуны Падуи // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Т. 1. С. 751–752.

статутах. Признаки "хорошего человека", достойного управлять другими людьми и способного действовать "как можно лучше", тщательно разъяснялись. Для этих "лучших и полезных людей" из среды самых "мудрых", "верных", "законопослушных", "честных", предусматривались личная инициатива и личная ответственность. Они должны были уметь действовать со знанием дела, добросовестно и честно, быстро и эффективно, беспристрастно и бесстрашно, разумно и сознательно»<sup>479</sup>. Все вышеназванные качества могли присутствовать (в разном, разумеется, объеме) у представителей городского патрициата и выходцев из средних слоев, располагавших значительными средствами для осуществления соответствующих функций, а также обладавших образованием и жизненным опытом (прежде всего – в коммерческой деятельности, так как она занимала ведущее место в профессиональной принадлежности должностных лиц городского самоуправления).

Кроме всего прочего, человек, избранный на выборную должность, был обязан вести соответствующий образ жизни, т.е. включаться в систему «демонстративного» или «престижного» потребления (в том числе жертвовать значительные суммы на нужды города и той корпорации, представителем которой являлся сам магистрат).

Какова же была роль права в жизни города? Исходя из значимости юридической составляющей мировоззрения горожан, эта роль представляется весьма значительной. Регламентация городского уклада носила детализированный характер (в ряде статутов фиксировались форма одежды и домов). Значительный объем правовых норм вырабатывался различными корпоративными объединениями горожан, прежде всего профессиональными (цехи, гильдии). По верному суждению Г. Бермана, «там, где гильдии существовали, а они были не во всех городах, они выступали и как законодательные органы. Каждая из различных гильдий (цехов) купцов и ремесленников имела собственные правила. Содержание их варьировалось в зависимости от типа гильдии: купцов, ремесленников, лиц свободных профессий, банкиров, моряков и др. <...> правила всех многочисленных гильдий, которые могли существовать в городе, имели много общего, и эти черты были общими для всего Запада. Так, все гильдии были братскими ассоциациями, в которые, между прочим, обычно входили и женщины, в соответствии со своими занятиями. Они налагали на своих членов обязанность помогать товарищам, которые заболели, впали в бедность или судятся, обеспечивать похороны мертвых и заботу об их душах, а также создавать школы для детей членов гильдии, строить часовни, устраивать религиозные действия, предоставлять гостеприимство и организовывать духовное общение. Члены гильдии периодически присягали на братство и клялись никогда не выходить из гильдии и верно соблюдать её статуты»<sup>480</sup>. По сути, гильдейские статуты, городские хартии и судебная практика образо-

---

<sup>479</sup> Тушина Г.М. Указ. соч. С. 42.

<sup>480</sup> Берман Г. Указ. соч. С. 366.

вывали в совокупности «конституцию» города, хотя, разумеется, по отношению к средневековому мышлению и правосознанию этот термин может применяться лишь иносказательно и в высшей степени условно. Скорее, более значимым для горожан оказывалось их единение перед внешним миром, действенность и эффективность коммуникативных связей, подкрепленных, разумеется, правовыми актами городских властей. В рамках западного правопонимания отнесение начала конституционализма в эпоху расцвета средневековых городов является «общим местом», как, впрочем, и выведение истоков правовой государственности из эпохи античных полисов. В реальном же измерении, как мы уже не раз упоминали выше, религиозное сознание и связь права и веры значили гораздо больше, нежели «конституционализм». Межличностная коммуникация носила в значительной степени «персональный» характер, так как людей жестко связывали корпоративные узы. По наблюдениям А.Я. Гуревича, «каждый тип социальной группы имел и свои моральные установки, социально-политические идеалы. Группа, в которую включался индивид, давала ему не только занятие, гарантировала соблюдение определенного образа жизни, а в ряде случаев даже и обеспечивала его материальное существование, – группа предлагала, более того, навязывала ему поведение, строй мысли и взглядов. Социальный корпоративизм средневековья был вместе с тем и духовным конформизмом»<sup>481</sup>.

Например, ряд корпоративных правовых актов фиксировал привилегированное положение мастеров по отношению к подмастерьям. Так, Устав о подмастерьях г. Страсбурга (1465 г.) устанавливал следующие ограничения свободы учеников:

- запрет любых соглашений и союзов подмастерьев;
- запрет всех форм стачек и забастовок;
- все разногласия с мастером разрешаются только судом мастеров;
- любое нарушение Устава вело к утрате подмастерьем работы<sup>482</sup>.

Если же следовать концепции Г. Бермана, то конституционный характер городского права проявлялся в следующих его чертах:

- писанные хартии устанавливали основы организации управления и систему прав, свобод и обязанностей горожан;
- функциональное выделение законодательной, исполнительной и судебной ветвей власти;
- четкое фиксирование в хартиях объема прав и обязанностей горожан, а также гарантии соблюдения этих прав;
- наличие различных привилегий у города как самоуправляющейся корпорации (освобождение от уплаты налогов в королевскую казну);
- право горожан на участие в управлении городом (коммуной)<sup>483</sup>.

---

<sup>481</sup> Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры // Избранные труды. В 4-х т. М.–СПб., 1999. Т. 2. С. 155.

<sup>482</sup> Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права. М., 1973. С. 149.

<sup>483</sup> Берман Г. Указ. соч. С. 370–371.

Следует, разумеется, принять во внимание то обстоятельство, что городское средневековое самоуправление – достаточно жесткая, иерархически построенная система, однако, по мнению ряда исследователей, она – «явление уже более высокого порядка, нежели система феодальных повинностей, поскольку более полно учитывает коллективный и личный интересы, а потому обеспечивает и более эффективное управление. Коммуна позволяла сохранить и другие формы ассоциативной жизни средневекового города: профессиональные (цехи), религиозные (монастыри, братства), студенческие (там, где зарождались университеты). Эти ассоциации также имели иерархическую структуру, правила приема, способы поощрения и меры наказания. В системе коммунального самоуправления они играли важную роль передаточного механизма между городской властью и населением, позволяли учитывать коллективные интересы определенных, хотя далеко не всех, социальных и профессиональных групп»<sup>484</sup>.

Коллективистские начала организации коммун в средневековых европейских городах не носили всеобъемлющего характера, и сфера свободного усмотрения личности была существенно выше, чем в сельской общине или феодальном поместье. По своему глубинному содержанию городское право регулировало следующие отношения:

- отношения между горожанами и населением других территориальных образований;
- отношения между жителями города и владельцами земли на его территории;
- отношения между жителями города как равными субъектами.

Управление городом предполагало четкую фиксацию в хартиях объема правомочий органов самоуправления (коммуны). К таковым, по общему правилу, относились:

- установление налогов;
- чеканка собственной монеты;
- определение собственной системы мер и весов;
- установление правил торговли и наказаний за их нарушение;
- право на создание городского ополчения и самостоятельность в вопросах войны и мира;
- право на независимую внешнюю политику;
- организация полицейской и пожарной охраны города.

С позиций социально-антропологического подхода к праву следует обратить внимание на тот факт, что городское право, фиксируя ряд свобод жителей, требовало их буквального соблюдения. Как отмечает А.Я. Гуревич, «корпорация отвергает нетрадиционное поведение своих членов, расходящееся с принятым ею стандартом. Нарушители регламентов и кодексов осуждаются морально, наказуются, изгоняются из групп. При этом не столь существенно, в какую сторону отклоняется поведение данного инди-

---

<sup>484</sup> Институты самоуправления: историко-правовое исследование / отв. ред. Л.С. Мамут. М., 1995. С. 67.

вида от нормы. Ремесленника, изготовлявшего изделия лучшего качества, чем было принято в цехе, или работавшего рациональнее и быстрее по сравнению с коллегами, наказывали, как и нерадивого мастера. И дело не в угрозе конкуренции, а в самом факте отхода от установленного стандарта поведения»<sup>485</sup>.

Практически все городские хартии устанавливали следующий перечень прав жителей:

- участие в законотворческой деятельности;
- право на мир и спокойствие;
- освобождение от феодальных налогов и иных натуральных повинностей;
- пользование пастбищами, лесами, водными объектами города;
- свободная продажа собственной земли;
- право на завещание своего имущества и любые сделки с ним.

Если говорить об участии горожан в законотворческой деятельности, то далеко не всегда это право реально соблюдалось (в том числе и по объективным причинам). Для эффективного управления нужны грамотно и логически выверенно составленные правовые акты, и сделать это могли лишь те горожане, которые обладали определенными юридическими познаниями и практическим опытом по применению норм городского права. По наблюдениям А.Л. Рогачевского, «систематизация городского права и судебной практики <...> осуществлялась преимущественно городскими судебными секретарями, а зачастую и по их инициативе. Это не могло не наложить своего отпечатка на правовые памятники, и те в большей или меньшей степени несут на себе черты авторства. О своих целях составители правовых записей нередко заявляют сами. В ряде случаев они обосновывали свой труд преимущественно практическими соображениями. <...> Но гораздо чаще составители рассматривали свой труд не только как некую техническую операцию, но и как богоугодное дело»<sup>486</sup>.

Систематизация городского права, кроме всего прочего, была вызвана необходимостью четкого изложения действующего законодательства, устранением двусмысленностей и противоречий в нем, а также определением обязанностей горожан как членов коммуны. В самом общем виде обязанности жителей города предусматривали:

- уплату налогов (в том числе на содержание городской стражи);
- уплату пошлин и сборов в сфере производства и услуг;
- соблюдение правил купли-продажи товаров;
- соблюдение общественного порядка;
- выполнение санитарно-гигиенических правил.

Каждый член коммуны обязан был достаточно хорошо знать городское законодательство и пресекать любые попытки с чьей-либо стороны нарушить его. Данное положение позволяло жителям города самостоятельно

---

<sup>485</sup> Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. С. 155–156.

<sup>486</sup> Рогачевский А.Л. Меч Роланда. С. 36.

задерживать преступников и доставлять их в ратушу для дальнейшего наказания. Вовлеченность значительной части жителей в дела города способствовала развитию чувства сопричастности к общему делу и высокой самооценке собственной личности. По замечанию Ж. Ле Гоффа, «расцвету городского менталитета благоприятствовало скорое появление городского патриотизма. Без сомнения, город был ареной борьбы классов, и правящие слои, стоявшие у истоков этого городского духа, первыми и воспользовались его выгодами. <...> Если сельская сеньория не могла внушить массам живущих в ней крестьян ничего, кроме чувства угнетенности, если укрепленный замок хотя и предоставлял крестьянам защиту и убежище, но отбрасывал ненавистную тень на их жизнь, то силуэт величественных городских зданий, инструмент и символ господства богачей в городе, рождал у городского люда смешанные чувства, в коих преобладали гордость и восхищение. Городское общество сумело создать ценности, в известной мере общие для всех жителей, – ценности эстетические, культурные, духовные»<sup>487</sup>.

Горожанин достаточно четко представлял себе собственное место в системе внутригородских связей и мог противопоставить себя остальным людям (особенно в случае принадлежности к городскому нобилитету). Именно в городской среде стало активно формироваться торговое право, которое, как нам представляется, является воплощением естественного развития права в целом, причем не только как объективной реальности и части общественных отношений, но и в качестве науки права (в дальнейшем, разработки в сфере торгового права привели к становлению не только собственно гражданского права, наиболее «антропологичной» части юриспруденции в силу приближенности к реальным интересам личности, но и международного частного права, опиравшегося изначально на правовые обычаи и деловые обыкновения, т.е. на субъективный аспект юриспруденции). Как раз на субъективную сторону торгового права обращал в свое время внимание такой ученый, как А.И. Каминка. Он справедливо подчеркивал тот факт, что «деятельность купца как такового определяла характер торговых его действий. Торговое отношение подлежало юрисдикции гильдейского суда, как сословный спор между лицами, принадлежащими к одной корпорации. Компетенция гильдейских судов определялась сословными признаками принадлежности к союзу, записью в его матрикулы. Именно поэтому вопрос о судебной компетенции носил <...> политический характер. Корпоративные суды обнаруживали тенденцию распространять свою компетенцию и на лиц, не принадлежащих к их корпорации, но сталкивались при этом с борьбой со стороны общин и государства»<sup>488</sup>. Общими предпосылками формирования торгового права выступали:

- расширение сельскохозяйственного производства;
- повышение производительности труда в сельском хозяйстве;

---

<sup>487</sup> Ле Гофф Ж. Цивилизация средневекового Запада. С. 358.

<sup>488</sup> Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002. С. 40–41.

- увеличение численности населения;
- рост числа ремесленников и купцов;
- распространение христианства и увеличение объема обменных отношений;
- колонизация и завоевание новых территорий.

Первичные принципы торгового права фиксировали следующие положения:

- вступление в правоотношения без принуждения, обмана или злоупотребления с чьей-либо стороны;
- распределение расходов пропорционально;
- ненанесение вреда третьим лицам.

Изначально развитие торгового права началось в Италии в силу экономического подъема городов и роста товарооборота. Соответственно, необходимость разрешения коллизий порождала и правовые нормы. Как отмечает В.А. Канашевский, у истоков изучения проблем торгового права и юридических коллизий была школа статуариев во главе с известнейшим юристом Средневековья Бартоло де Сассоферрато. Представители этой школы «концентрировали свое внимание на анализе различных статутов, которым подчиняется отношение. Статуты делились на реальные, которые действуют только на территории принявшего их государства, и персональные, которые всегда следуют за лицом, даже когда оно находится в другом государстве. Например, закон места нахождения вещи (реальный статут) определяет права на эту вещь, а закон местожительства лица (персональный статут) регулирует право – дееспособность лица. Статуарии полагали, что эта классификация способна решить все потенциально возможные конфликты, поскольку все статуты – и национальные, и иностранные – принадлежат к одной из двух категорий, и, таким образом, исключается всякий возможный между ними конфликт»<sup>489</sup>.

По своему содержанию нормы торгового права имели самое различное предназначение, зависевшее от тех корпоративных организаций, которые их формулировали и применяли. К таковым нормам относились:

1. Правовые основы взаимодействия купцов между собой. Например, «с помощью института торговой гильдии, как и ремесленной гильдии (цеха), решались вопросы об уравнивании возможностей торговцев и о контроле над их деятельностью. В частности, ни один из членов гильдии не имел права монополизировать торговые выгоды, поэтому в некоторых объединениях любой из членов, узнавший о готовящейся сделке другого члена гильдии, мог заявить о своем желании участвовать в ней, если имел надлежащее поручительство о том, что в состоянии заплатить свою долю»<sup>490</sup>.

2. Выработка правил, смягчающих конкуренцию.

<sup>489</sup> Канашевский В.А. Международное частное право. М., 2009. С. 30.

<sup>490</sup> Функ Я.И., Михальченко В.А., Хвалец В.В. Акционерное общество: история и теория. Минск, 1999. С. 165.

3. Правила ведения торговых операций.

4. Получение привилегий от государственной власти.

Формы внешнего выражения норм торгового права также могли быть самыми разнообразными и зависели от конкретно-исторических условий своего возникновения и использования. Основными из них являлись следующие:

- торговые обыкновения – правила поведения, сложившиеся в практической торговой деятельности, осуществляемой купцами и регулирующие отношения по поводу купли-продажи товаров, а также другие, связанные с ними отношения;

- торговые обычаи, являвшиеся правилами поведения, сложившимися в сфере осуществления торговых операций на основе постоянного и единообразного повторения каких-либо фактических отношений на протяжении жизни нескольких поколений;

- коммерческий договор, т.е. документ, в котором содержится соглашение продавца и покупателя по поводу купли-продажи конкретной вещи, а также определяются в связи с этим их права и обязанности;

- торговые прецеденты, т.е. решения торговых судов, разрешающих коммерческие споры, становившиеся образцами для разрешения аналогичных торговых дел в будущем;

- торговое законодательство, представляющее собой систему нормативных актов, регулирующих отдельные вопросы торгового оборота, издаваемых органами власти городов<sup>491</sup>.

Кроме всего прочего, «в свободных городах магистрат осуществлял полную финансовую власть в городской черте и на подвластной территории – взимал прямые и косвенные налоги с населения, ведал монетным делом, вел казну, расходовал городские средства. Прямые налоги были обычно поимущественными, что, однако, не мешало богатой патрицианской верхушке перекладывать всю их тяжесть на плечи ремесленников и других мелких собственников. Наиболее распространенной формой косвенного обложения были акцизы на разные товары. Торговля такими необходимыми продуктами питания, как хлеб и соль, была монополией магистрата. Значительные доходы поступали от дорожных и рыночных пошлин и чеканки монеты»<sup>492</sup>. Связь торгового права со средневековыми городами носила самый тесный и непосредственный характер. Только город мог предоставить купцу гарантии безопасности и сохранности товаров. Власти города были кровно заинтересованы в притоке товаров и денег, так как это значительно увеличивало налоговые поступления и повышало престижность данного города.

Эпоха Возрождения внесла свой существенный вклад в правовую теорию и практическую юриспруденцию. Прежде всего изменяются представления о месте человека в мире и его внутренняя самооценка (разумеет-

---

<sup>491</sup> Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. М., 2008. С. 291–295.

<sup>492</sup> Колесницкий Н.Ф. Феодалное государство. М., 1967. С. 258.

ся, эти процессы вызревают постепенно, но в XIV–XV вв. новые веяния начинают зримо проявляться). Как отмечает В.А. Бачинин, «на протяжении Ренессанса совершался переход от феодального средневековья к современному типу западной цивилизации, происходила смена типов культуры, систем ценностей и форм мирозерцания. Это была переходная и потому чрезвычайно противоречивая эпоха, когда совершался целый ряд радикальных социокультурных метаморфоз в европейском нормативно-ценностном сознании»<sup>493</sup>. Основными чертами новой эпохи можно признать следующие:

- вера в самодвижение космической материи, в бесконечный Космос, приведшая к исчезновению необходимости в Боге как перводвигателе и первоисточнике миропорядка;
- теоцентризм уступил место антропоцентризму;
- формирование нового типа личности, стремящейся к самореализации и самоутверждению;
- раздвигается пространство социальной свободы<sup>494</sup>.

Действительно, как обоснованно считает К.А. Сергеев, «в историческом и культуротворческом сознании, присущем нам ныне, когда происходит освобождение от идеологизации человеческого бытия и мышления, когда осуществляется поиск новой формы социальности с акцентом на самоценность каждой отдельной личности в аспекте правового порядка, период итальянского Возрождения вновь становится для нас Ренессансом именно как восстановлением общечеловеческого измерения, провозглашенного впервые христианством и имеющего с тех пор непреходящее значение»<sup>495</sup>. Личностное начало в эпоху Возрождения вело к значительному раскрепощению человеческого сознания и формированию концепции о свободном индивиде, которому «не чуждо ничто человеческое». Расширение масштабов свободы выразилось в том, что «сильные личности могли достичь полного расцвета своих способностей, и их насчитывалось куда больше, чем прежде. Кровавые повторяющиеся войны, открытое обсуждение догматики и власти римской церкви, восстановление в полной мере идеалов Античности в искусстве и литературе, прогресс в сфере экономики и распространение роскоши, урбанизация, стремительный рост культуры, общение с экзотическими мирами – все эти факты действовали в одном направлении. Это предоставляло наиболее предприимчивым людям такие шансы на успех, которые ранее менее подвижное, более иерархизированное, более дисциплинированное, в основном крестьянское общество предлагало крайне скупо»<sup>496</sup>.

Разумеется, отметим тот немаловажный факт, что образованность и культурный уровень большинства населения Европы эпохи Возрождения

---

<sup>493</sup> Бачинин В.А. Социология. С. 67.

<sup>494</sup> Там же.

<sup>495</sup> Сергеев К.А. Ренессансные основания антропоцентризма. СПб., 2007. С. 53.

<sup>496</sup> Делюмо Ж. Цивилизация Возрождения. Екатеринбург, 2006. С. 392.

были крайне низкими, а пользоваться «плодами мудрости» могли лишь немногие интеллектуалы Запада, объединившиеся в своеобразные «кружки», носившие достаточно замкнутый характер. Тем не менее, и в среде сельского населения, наименее затронутого интеллектуальными поисками, происходили примечательные случаи самостоятельного осмысления реальности и поиски духовных ориентиров. Этот процесс блестяще показан известным итальянским историком К. Гинзбургом. Описание и реконструкция всей противоречивости и мозаичности «картины мира» представителя народных низов сопряжены, как констатирует сам исследователь, со значительными трудностями. По словам ученого, «историки лишь недавно и с известной недоверчивостью стали рассматривать такого рода проблематику. Отчасти это объясняется тем, что взгляд на культуру как на явление сугубо аристократическое далеко не утратил своего влияния. Еще слишком часто оригинальные идеи и представления в обязательном порядке связываются с культурной деятельностью высших классов, а их появление в народной среде в лучшем случае отмечается как факт и не вызывает никакого интереса: разве что указываются "искажения" и "деформации", которые они претерпели в ходе своей миграции. Но у недоверчивости историков есть и другая, более веская причина – методологическая скорее, чем идеологическая. По отношению к антропологам и исследователям народных традиций историки находят, что ясно само собой, в невыгодном положении. Вплоть до сегодняшнего дня культура угнетенных классов продолжает оставаться в значительной части культурой устной – какой она и была на протяжении веков»<sup>497</sup>. Разумеется, реконструкция мировоззрения обычного человека эпохи Возрождения не дает нам четких представлений о «правовой картине мира» этого человека, и мы вынуждены обратиться к идеям представителей высших слоев, располагавших временем для интеллектуальных занятий, и к деятельности профессиональных юристов.

Как же эволюционировали представления о праве в рассматриваемую нами эпоху? Началось становление исторического и филологического методов исследования законодательства (в частности, известный ученый-гуманист Лоренцо Валла доказал подложность так называемого «Константинова дара», на основании которого несколько столетий римские первосвященники считали себя легитимными правителями Запада). Представители юриспруденции эпохи Возрождения (Донелл, Куяций) отошли от господствовавших ранее естественно-правовых идей и основное внимание сосредоточили на изучении позитивного права, объем которого существенно возрастал в процессе правотворческой деятельности монархов и вольных городов. Началась работа по воссозданию первоначального текста Кодекса Юстиниана, освобожденного от позднейших вставок и дополнений, сделанных глоссаторами и постглоссаторами. По мнению Э. Аннерса, «для

---

<sup>497</sup> Гинзбург К. Сыр и черви. Картина мира одного мельника, жившего в XVI в. М., 2000. С. 32–33.

гуманистов Свод законов Юстиниана являлся всего лишь проявлением истинно римского духа, а не собранием всевозможного рода предписаний и запретов, которые в ту эпоху могли бы притязать на абсолютную законность. Если же подходить к римскому праву как к чисто правовому источнику, то в этом случае оценка его, вне всякого сомнения, зависела не от того высокого авторитета, который оно имело, а прежде всего от того, что с точки зрения юридической техники римское право представляло собой совершенное во всех отношениях национальное право»<sup>498</sup>.

Изложение правового материала в эпоху Возрождения стало осуществляться по определенным правилам, заимствованным из «Институций» Гая (деление текста на три раздела: Лица, Вещи, Обязательства). Именно отсюда берет свое начало институционная система построения нормативных актов, примером которой уже в начале XIX столетия явился ГК Франции 1804 г. (Кодекс Наполеона). Римское частное право в XV–XVI вв. оставалось крайне востребованным и непосредственно действовало в ряде стран, что объективно вело к последующему возрождению идей естественного права, системно изложенных в трудах Г. Гроция и Дж. Локка. Немаловажное значение в правовой истории Возрождения принадлежало античной традиции. Практически все ученые, писатели, художники в своем творчестве воспевали гражданские добродетели давно ушедшего времени в противовес разложению и непросвещенности Средневековья. Как отмечают современные исследователи, «идеологи Возрождения и Реформации не просто черпали требовавшиеся им представления о государстве, политике, праве, законе из сокровищницы духовной культуры античной цивилизации. Демонстративное обращение к эпохе античности являлось у них прежде всего выражением неприятия, отрицания господствовавших и санкционированных католицизмом политико-юридических порядков и доктрин феодального общества. Именно эта социальная позиция определяла в конечном счете направление поиска в античном наследии государствоведческих идей, теоретико-правовых построений, нужных для решения исторических задач, которые встали перед деятелями Возрождения и Реформации. Данная позиция обуславливала и характер трактовок соответствующих политико-юридических воззрений, влияла на выбор форм практического приложения последних»<sup>499</sup>. Основными принципами новой эпохи выступали:

- необходимость утверждения самоценности личности;
- признание достоинства и автономии всякого индивида;
- предоставление каждому возможности собственными силами добиваться своего счастья.

В сфере же практической юриспруденции процессы трансформации шли не настолько интенсивно, чтобы быть признанными революционными

---

<sup>498</sup> Аннерс Э. История европейского права. М., 1994. С. 180–181.

<sup>499</sup> История политических и правовых учений. Средние века и Возрождение / отв. ред. В.С. Нерсесянц. М., 1986. С. 259.

ми. В рассматриваемом нами контексте правовая материя отличается консервативностью. Менталитет подавляющего большинства профессиональных юристов эпохи Возрождения вряд ли изменялся также радикально, как общеправовые принципы. Исследователи европейской правовой традиции вполне определенно говорят о том, что «гуманизм не отбросил достижения средневековых христианских мыслителей в сфере правового знания. Несмотря на то, что изменение идеологии от "человека, сотворенного Богом", к "творящему самого себя" привело к существенному пересмотру знания о праве, средневековая правовая традиция не исчезла без следа, она не была преодолена как ненужная и утратившая научную ценность. Тот идеал права, который выработали реформаторы в период "правового ренессанса" XI–XIII вв., с его достаточно строгими критериями, сохранил свою силу и в последующие времена»<sup>500</sup>.

Неизменной частью юриспруденции по-прежнему оставались следующие положения:

- правовая система (*corpus juris*) обладает основаниями для собственного развития и совершенствования;
- правовая система должна состоять из норм, соединенных и различаемых не только по отраслевому, но и по иерархическому принципу;
- законотворческая деятельность предполагает регулярность и сознательность.

Все эти положения самым непосредственным образом связаны с юридической практикой, которой активно занимались многие правоведы XV–XVII столетий. Римское право, лежащее в основе ряда законоположений рассматриваемой эпохи, соотносилось с принципом справедливости. Поэтому многие интеллектуалы эпохи Возрождения «утверждали, что место человека в социуме должно определяться заслугами индивида, приобретаемыми исключительно его собственной деятельностью, и не должно зависеть от каких-либо иных факторов, непосредственно не связанных с этой деятельностью (происхождение, сословная принадлежность, доставшиеся имущественные блага и т.д.). Отсюда оставалось совсем немного до признания равенства людей как граждан. И оно произошло – в виде признания за ними возможности принимать участие в государственном управлении и суде (сообразно материальному и моральному достоинству субъекта) на основе и в рамках закона, обеспечивающего нормальные условия для деловой и политической активности»<sup>501</sup>.

Таким образом, эпоха Возрождения усиливала формализацию юридической сферы и её рационализацию. Новая научная картина мира, сформировавшаяся в XV–XVII вв. обладала несколькими основополагающими чертами:

- научным знанием может считаться только такое знание, которое получено с использованием истинного метода познания, т.е. обосновано и

---

<sup>500</sup> Царьков И.И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. С. 71.

<sup>501</sup> История политических и правовых учений. Средние века и Возрождение. С. 264.

продемонстрировано в присущих ему границах;

- научным признается только такое знание, когда индивид полностью уверен в его достоверности;

- любое научное знание должно быть общезначимым, т.е. одинаково восприниматься любыми субъектами вне зависимости от различных их особенностей.

В рассматриваемую нами эпоху как раз происходила очередная «научная революция», осуществлялся переход от умозрительных, схоластических построений к опытному знанию. Опыт (эксперимент) обладает следующими характеристиками:

- размещение объекта познания в искусственно созданные экспериментатором условия, в которых могут быть обнаружены новые свойства вещей;

- эксперимент открывает такие свойства объекта познания, какие не могут появиться в обычных условиях;

- результат эксперимента может быть четко зафиксирован;

- эксперимент есть способ демонстрации знания, его можно воспроизвести в любой момент и получить такой же результат<sup>502</sup>.

Как отмечает Р. Смит, анализируя специфику знания эпохи Возрождения, «юристы также практиковали эти приемы, когда проводили различия между свидетелями, которые непосредственно наблюдали события, и теми, кто не имел такой возможности. Суды пытались сформулировать правила восстановления событий рассматриваемых дел, и академическая юриспруденция определила эти правила в формальном порядке. Судьи стремились восстановить прошедшие события настолько реально, насколько это возможно, с тем, чтобы придать вес своим решениям в момент вынесения ими оправдания или осуждения также и в качестве руководства для будущих действий»<sup>503</sup>. Однако не все было так безоблачно. Эпоха Возрождения причудливо соединяла в себе рационализм гуманизма с неистовостью религиозных проповедей основателей протестантизма – течения мысли, во многом сформировавшего современное западное правовое мышление. По мнению Г. Бермана, «нравственный закон, как и закон гражданского общества, установлены, во-первых, с целью привить людям представление о своих обязанностях и, следовательно, о покаянии в грехах ("теологическое применение" закона), и, во-вторых, с целью отвратить непокорных от совершения неблагоприятных поступков под угрозой наказания ("светское применение" закона). А некоторые лютеране и большинство кальвинистов признавали и третью форму применения закона, называемую "дидактической" или "педагогической", а именно наставлявшую людей на путь благочестивой жизни»<sup>504</sup>. Действительно, протестантизм как религиозное течение в христианстве во многом обязан своему возникновению как реакции

---

<sup>502</sup> Царьков И.И. Указ. соч. С. 83–84.

<sup>503</sup> Смит Р. История гуманитарных наук. М., 2008. С. 57.

<sup>504</sup> Берман Г. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. С. 110–111.

«среднего класса» на нравственное разложение католицизма в XIV–XV вв. Образ жизни значительного количества служителей церкви и представителей социальных верхов становился все более далеким от христианского идеала. Как отмечал в связи с этим А.Ф. Лосев, «Возрождение прославилось своими бытовыми типами коварства, вероломства, убийства из-за угла, невероятной мстительности и жестокости, авантюризма и всякого разгула страстей. Здесь уже не было никакой неоплатонической эстетики. Однако здесь, несомненно, сказался стихийный индивидуализм эпохи, эта уже обнаженная от всяких теорий человеческая личность, в основе своей аморальная, но зато в своем бесконечном самоутверждении и в своей ничем не сдерживаемой стихийности любых страстей, любых аффектов и любых капризов доходившая до какого-то самолюбования и до какой-то дикой и звериной эстетики»<sup>505</sup>.

Именно против этой, «обратной стороны» эпохи Возрождения и выступили основатели протестантизма. По своему психологическому типу приверженцы нового мировоззрения относились к так называемым «интровертам» (в трактовке этого термина К.Г. Юнгом). В массе своей протестанты – выходцы из «среднего класса» горожан и землевладельцев, люди уравновешенные, целеустремленные, бережливые и очень трудолюбивые (именно эта сторона протестантизма позволила достаточно быстро совершить «экономический прорыв» тем странам, где приверженцы новой веры составили большинство – Англия, Германия, Голландия, Швеция. Как справедливо утверждает известный историк и религиовед Л.С. Васильев, «суть тезисов лютеранства, быстро завоевавшего симпатии многих сторонников, была в общем и целом весьма несложной. Лютеране не отрицали ни символов христианской веры, ни – за редкими исключениями – веками накопленной мудрости церкви. По своей структуре это была все та же христианская церковь. Но в то же время она выглядела совершенно по-иному. Главным отличием была восходящая к античности и эпохе Возрождения свобода, которую обрели люди, прежде всего бюргеры, в условиях новоевропейской жизни, последовательно отвергавшие устаревшие и уходявшие в прошлое феодальные порядки. Свободный человек должен иметь право лично, без посредника, обращаться к Богу, свободно читать переведенную на его родной язык Библию. Кроме того, не какие-то "добрые дела" и тем более не выплаты церковникам за индульгенции, но только твердая внутренняя вера каждого откроет человеку путь к спасению»<sup>506</sup>.

В этом земном и грешном мире человек должен достойно пройти свой путь, опираясь на понимание своих целей, самодисциплину и веру в собственное предопределение к Спасению. Право же в такой системе воззрений есть универсальное средство обустройства «земного пребывания», позволяющее минимизировать возможные конфликты и выстроить определенную формализованную схему взаимоотношений субъектов общения. Фор-

---

<sup>505</sup> Лосев А.Ф. Эстетика Возрождения. М., 1982. С. 120.

<sup>506</sup> Васильев Л.С. История религий. М., 2008. С. 391–392.

мализация же отношений предполагает фиксацию в какой-либо форме прав и обязанностей сторон. Таким образом, значительный импульс получает правотворческая деятельность высших органов государственной власти. Разумеется, этот процесс носил не одномоментный характер, а был растянут во времени на несколько столетий. Очень долго сохранялось значение обычного права. В связи с этим представляется ценным замечание известного социолога и историка Н.И. Кареева о том, что обычное право «творит сам народ. Конечно, это не следует понимать так, как понималось оно в старой исторической школе юриспруденции, полагавшей, что в народном духе изначально заложены какие-то высшие начала правды, составляющие содержание всего народного правосознания и лишь постепенно раскрывающиеся с дальнейшим движением жизни. Нет, данное положение нужно понимать в том смысле, что творчество права здесь еще не оторвано от деятельности самого народа и не сосредоточилось в каком-либо совершенно от него обособленном и вне его поставленном органе»<sup>507</sup>.

### 3.2 Структура романо-германской правовой семьи

Усиление значимости государства в повседневной жизни человека объективно вело к росту количества нормативных актов и постепенному формированию позитивного права. Необходимость регулирования взаимоотношений между человеком и государством привела, в свою очередь, к становлению публичного права как относительно самостоятельной сферы юридической жизни общества. Как отмечает Ю.А. Тихомиров, «публичное право есть функционально-структурная подсистема права, выражающая публичные интересы и регулирующая преимущественно базовые, властные, управленческие, экономические, социальные и межгосударственные отношения»<sup>508</sup>. В качестве предмета публичного права выступают:

- устройство и функционирование государства и его институтов;
- институты гражданского общества;
- механизм и уровни самоуправления;
- основы правовой системы, правотворчества и правоприменения;
- принципы, нормы и институты межгосударственных объединений и международных организаций.

Основными признаками публичного права выступают:

- выражение интересов государства;
- регулирование отношений между государственной властью и гражданами;
- присутствие подчиненности;
- жестко централизованное регулирование общественных отношений государственной властью;
- сущность регулируемых отношений образует коллективное начало;

<sup>507</sup> Кареев Н.И. Западноевропейская абсолютная монархия XVI–XVIII веков. М., 2009. С. 125–126.

<sup>508</sup> Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М., 2008. С. 35.

- инициатива защиты прав личности исходит от государства.

По своей структуре публичное право объединяет следующие отрасли:

- конституционное право;
- административное право;
- финансовое право;
- административный процесс;
- уголовное право;
- уголовный процесс;
- арбитражный процесс;
- международное публичное право;
- международное гуманитарное право;
- экономическое право.

Разумеется, вышеприведенная типология сложилась только во второй половине XX столетия. Первоначально сфера публичного права была представлена двумя основными отраслями: административным (полицейским) и уголовным правом. Как отмечают современные исследователи, «начало развитию науки административного права положила камералистика – наука о финансах, экономике, хозяйстве, управлении (так называемая старая камералистика). Корни этой старейшей науки уходят в XVI столетие. Повышенная потребность в финансах для содержания двора (государства), чиновничества и военных, а также развитие меркантильной экономической политики послужили главными причинами становления научных знаний и представлений в областях, изучаемых камералистикой»<sup>509</sup>. Затем камералистика разделилась на финансовое и административное (полицейское) право, к которым уже в конце XVIII в. прибавилось конституционное право, возникшее под воздействием хода истории западного общества. Разумеется, «романо-германская правовая семья изначально набирала силу и развивалась безотносительно тенденций усиления централизации власти и осуществления каких бы то ни было политических целей. Её фундаментом с самого начала служила общность культуры и традиций западноевропейских стран. Основными средствами углубления и распространения идей, лежащих в основе романо-германского права, стали европейские университеты. Именно в них впервые была осознана и проведена в жизнь идея рецепции римского права, его нового осмысления, "очищения" и приспособления к радикально изменившимся условиям. Была выработана университетская концепция права, практиковавшая его как должное (то, что нужно делать), а не как сущее (то, что делается на самом деле)»<sup>510</sup>.

Процесс усиления значимости законодательства в XVIII столетии привел к появлению первых современных конституций (Франция 1791 г., США 1787 г., Польша 1791 г.), в которых одновременно закреплялась система разделения властей и основы правового статуса личности, что в итоге привело к формированию правовой государственности. Развитие же юри-

---

<sup>509</sup> Россинский Б.В., Стариков Ю.Н. Административное право. М., 2009. С. 104.

<sup>510</sup> Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 427–428.

дической науки в университетах и совершенствование законодательной техники дали возможность ученым непосредственно участвовать в правотворческой деятельности (период кодификации права континентальной Европы). В юридической науке активно шел процесс синтеза идей естественного права, права университетов и римского права, что в практической плоскости вело к укреплению свободы личности. С социально-антропологических позиций существенную роль в процессе усиления значимости права играла ярко выраженная дифференциация общества. Основные социально-экономические группы достаточно ясно осознавали свои интересы и боролись за них. Показательным примером такого развития событий является эволюция избирательного права. Оно проделало долгий путь от цензового (не более 10% населения) до всеобщего примерно за два столетия (с конца XVII до начала XX вв.), причем различные группы «подталкивали» власть к реформистским действиям<sup>511</sup>.

Европейский «средний класс», окончательно сложившийся к началу XIX в., постоянно боролся за свои права и собственность. Вероятно, поэтому такую известность приобрели в станах Запада (да и в России) идеи Р. Иеринга. Этот крупнейший немецкий юрист XIX столетия писал: «Право есть непрерывная работа и притом не только государственной власти, но и всего народа. Вся жизнь права, если окинуть взором всю её в целом, представляет нам то же зрелище неустанной борьбы и работы целой нации, какое являет её деятельность в области экономического и духовного творчества. Каждый отдельный человек, встречающийся с необходимостью отстаивать своё право, принимает участие в этой национальной работе, вносит свою скромную лепту в дело осуществления правовой идеи на земле»<sup>512</sup>.

В течение нескольких столетий юридическая наука континентальной Европы разрабатывала и совершенствовала теорию естественного права, являвшуюся, в свою очередь, основой нарождавшегося конституционного строя и правовой государственности. В целях лучшего отражения «естественных прав» в действующем законодательстве представители университетской науки начинают уже с XVII века (прежде всего во Франции) пропагандировать идею кодификации накопленного правового материала. Первоначально, правда, речь шла о создании крупных нормативных актов в различных сферах регулирования, т.е. – по сути – о консолидации (в современном значении этого термина). Кардинально изменять действующее право было сложно в силу господства убеждения о том, что суверен (монарх) лишь указывает на то, как его применять, а само право создается исторически, постепенно. Однако, по замечанию Р. Давида, «школа естественного права в XVIII веке порывает с этой традиционной концепцией. Она далека от того, чтобы признавать всемогущего суверена и считать за-

---

<sup>511</sup> Очерки по истории выборов и избирательного права / под ред. Ю.А. Веденеева, Н.А. Богодаровой. М., 2002. С. 205–392.

<sup>512</sup> Иеринг Р. фон. Борьба за право // Избранные труды. В 2-х т. СПб., 2007. Т. 1. С. 24.

конами приказы, принятые им единолично. Но она готова видеть в суверене законодателя; она признает за ним полномочия изменять право для исправления прошлых ошибок и придавать авторитет нормам, полностью соответствующим естественному праву. Под влиянием этих идей страны европейского континента стали ориентироваться на новую форму кодификации, весьма отличавшуюся от предшествовавших компиляций»<sup>513</sup>.

Идея кодификации во многом была подготовлена общим мировоззрением образованных слоев европейского общества. Предполагалось, что закон имеет универсальный характер и с его помощью можно реформировать любую сферу общественных отношений. Этот настрой эпохи позволил И.А. Покровскому, характеризуя ГК Франции 1804 г., утверждать о том, что «естественноправовая основа в Code civil настолько сильна, что он открывает собою в истории западноевропейского законодательства новую эру. Провозглашая уничтожение всяких привилегий и всяких стеснений личности, он завершает ту борьбу за свободу индивидуальной самодетельности, которую вело со времен своей рецепции римское право»<sup>514</sup>. Эпоха кодификации окончательно закрыла проблему наднационального права, ставшим исключительно принадлежностью конкретного государства со всеми своими особенностями и нюансами. Активная правотворческая деятельность органов государства привела к возникновению и длительному господству в правовой науке юридического позитивизма. Его основоположниками стали И. Бентам и Дж. Остин. Это был объективный и во многом необходимый процесс, так как общество должно было привыкнуть к наличию множества узаконений и научиться их строго соблюдать. Например, концепция «правового утилитаризма» И. Бентама основывалась на рационализме поведения человека. Если совершение преступления не имеет больших личных выгод, то оно не состоится. И наоборот, получение каких-либо значительных выгод незаконным путем ведет к росту количества преступлений. Отсюда следует отказ от признания какой-либо значимости естественного права. Оно, по мысли И. Бентама, фиктивное понятие, не имеющее никакого внутреннего содержания. Приоритет должен принадлежать позитивному праву (закону), четко и ясно изложенному и, особенно, верно понятому субъектами, которым оно адресовано. Одновременно с изложением теории позитивного права И. Бентам признает тот факт, что «из бесконечного разнообразия наций, существующих на земле, нет двух, которые бы вполне были согласны в своих законах, конечно, нет двух, которые были бы согласны в целом, быть может, даже и в одной статье; и, если бы даже они были согласны сегодня, они не будут согласны завтра. Это довольно ясно относительно сущности законов; и было бы еще более удивительно, если бы они соглашались в форме, т.е. если бы они выражались именно теми же оборотами фраз. Этого мало: так как языки наций

---

<sup>513</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 48.

<sup>514</sup> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 65.

обыкновенно различны, как и их законы, то, строго говоря, они редко имеют даже одно общее слово»<sup>515</sup>.

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

Кроме того, уже в начале XIX столетия естественное право было признано субъективным явлением, не позволяющим эффективно осуществлять правовое регулирование. Г.Ф. Шершеневич, объясняя эту ситуацию, полагал, что «последствия рецепции римского права обнаружились во всей последующей истории европейского права и до сих пор не утратили своей силы. Признание за римским правом значения положительного права имело влияние на теоретическую и практическую юриспруденцию. Научная разработка права не шла далее положений, признанных римским правом, как писаным разумом. Все мировоззрение юристов получило римский отпечаток»<sup>516</sup>.

Этот аспект исторической эволюции европейского правопонимания следует рассматривать в контексте эпохи, т.е. антропологично. Бурное развитие законодательства оттеснило на второй план теорию естественного права. Позитивисты, опираясь на достижения современной им науки, исходили из возможности отказа от «метафизических» компонентов восприятия права. Однако, как показывает реальная общественная практика, невозможно обойтись без соотнесения правовых норм с нравственностью и религией (особенно во внеевропейском мире). Характеризуя содержание юридического позитивизма, И.И. Царьков справедливо отмечает тот факт, что «на место понятия первичных прав позитивисты поставили понятие обязанности. Права – это лишь отражение обязанностей, которые субъект должен выполнять во избежание санкций суверена. Человек собственник не по "природе", не в силу первичного права на собственность, а в силу того, что суверен делает его собственником. Вследствие повиновения суверену собственник становится обладателем объекта, что, по существу, и означает субъективное право»<sup>517</sup>. В таком случае основной формой права признается нормативный акт, а обычное право и судебная практика оказываются вторичными и малозначительными. Сложившееся положение от-

---

<sup>515</sup> Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. С. 388–389.

<sup>516</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. М.–Тула, 2001. С. 32.

<sup>517</sup> Царьков И.И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. С. 281.

ражается и на структуре права.

В романо-германском мире оно четко подразделяется на публичное и частное. Эти общности различаются по предмету и методу правового регулирования, хотя, разумеется, непреодолимой границы между ними нет. Элементы публичного права мы уже рассматривали выше. Что касается частного права, то оно представляет собой совокупность норм различных отраслей права, регулирующих отношения, обеспечивающие частные интересы, автономию и инициативу индивидуальных юридически равноправных собственников в их имущественной деятельности и в личных отношениях. Можно привести и более узкое определение частного права, данное Т.В. Кашаниной и сводимое к тому, что оно – «совокупность формулируемых организациями и гражданами правил поведения для реализации собственных интересов обязательных для суда и других государственных органов, куда они могут обращаться за их защитой»<sup>518</sup>.

Основными признаками частного права являются следующие:

- выражение частных интересов отдельных лиц;
- регулирование отношений граждан и их частных объединений между собой;
- участники отношений юридически равноправны;
- децентрализованное регулирование из многих независимых друг от друга центров;
- сущность регулируемых отношений образует индивидуальное начало;
- инициатива защиты прав личности исходит от заинтересованных частных лиц.

Если говорить о структуре частного права в континентальной Европе, то её элементами выступают:

- гражданское право;
- торговое право;
- трудовое право.

Можно отметить тот факт, что частное право понимается в романо-германском мире неоднозначно. Как отмечают современные российские ученые, «наблюдается интересное явление, когда в государстве для регулирования, казалось бы, однотипных имущественных отношений в области частного права применяются два закона – гражданский и торговый, имеет место своеобразная двойственность в законодательстве, регулирующем частноправовые отношения. Это явление описывается термином "дуализм частного права", а страны, последовавшие примеру Франции, относятся к группе стран с дуалистической системой частного права. К этой группе относятся Германия, Испания, Португалия, а за пределами Европы – Япония и целый ряд других стран»<sup>519</sup>. Подобное положение сложилось исторически и вызвано тем фактом, что в Германии и Франции торговая (ком-

---

<sup>518</sup> Кашанина Т.В. Частное право. М., 2009. С. 43.

<sup>519</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств. В 2-х т. / под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. Т. 1. М., 2004. С. 22.

мерческая) деятельность очень долгое время носила цеховой характер и опиралась на соответствующие узаконения. В настоящее время зримым проявлением дуализма частного права является специфика гражданского законодательства. Так, концепция единого гражданского права господствует в Италии, ГК которой строится по пандектной системе (наличие Общей части), а в Германии и Франции мирно сосуществуют гражданское и торговое право (ГК Франции не имеет Общей части и строится по институциональному принципу, включая в себя такие разделы, как «Лица», «Вещи» и «Обязательства»). Торговое законодательство (в тех странах, где оно обособлено от собственно гражданского) действует в тех сферах, которые не охватываются нормами ГК. Однако принципы гражданского и торгового права, а также их методы совпадают, являясь общими для частного права в целом. Принципы эти следующие:

- формальное равенство граждан перед законом;
- неприкосновенность частной собственности;
- свобода договора.

Отметим также и то обстоятельство, что если гражданское законодательство в романо-германских странах полностью кодифицировано, то торговое законодательство включает в себя не только соответствующие кодексы, но и ряд законов, количество которых может быть значительным<sup>520</sup>.

Отличительной чертой частноправового метода регулирования общественных отношений является диспозитивность. Существующие предписания предоставляют субъектам частного права достаточно большую степень собственного усмотрения, ограничивая её лишь рамочными правилами. Известные компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кетц отмечают, что «ГК Франции избежал также опасности изоцированной казуистики. Его авторы четко осознали, что законодатель даже при буйной фантазии не сможет ни выявить, ни урегулировать все многообразие возникающих проблем, а потому должно остаться место и для судебной практики, которая конкретизирует применение закона в отношении непредусмотренных отдельных случаев и адаптирует его к меняющимся потребностям общества»<sup>521</sup>. В целях недопущения пробельности в правоприменении французский законодатель в ст. 4 ГК прямо указывает: «судья, который откажется рассматривать дело под предлогом пробела в законе, неясности или недостаточности закона, может быть признан виновным в отказе в правосудии»<sup>522</sup>.

Однако, – и это также непреложный факт, – существует значительная «мифологизация» действующего права, о которой обоснованно пишет Н. Рулан. Логика развития правовых систем романо-германского мира (и в первую очередь Франции) ведёт к тому, что нормативные акты приобре-

<sup>520</sup> Коммерческое право зарубежных стран / под ред. В.Ф. Попондопуло. СПб., 2005. С. 20–25.

<sup>521</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. М., 1998. Т. 1. С. 139.

<sup>522</sup> Французский Гражданский Кодекс: учебно-практический комментарий. М., 2008.

тают знаковый характер. По мнению Н. Рулана, «гражданин (неюрисист) знает, что Кодекс содержит законы; он знает также, что должен подчиняться государству, и Кодекс есть не что иное, как осязаемый символ этого подчинения. Сами же по себе нормы Кодекса остаются в целом для него неведомыми»<sup>523</sup>.

Если оценивать романо-германское право как целостную систему, то оно существенным образом отличается от семьи общего права. Нормы романо-германского права основаны на общих положениях и должном поведении. Именно такова позиция известного французского теоретика права Ж.-Л. Бержеля, согласно которому «объективное право главным образом определяется как совокупность правил поведения, регулирующих отношения, которые могут установиться в более или менее организованном обществе. Юридические нормы всегда сопоставимы с предписанием, предназначенным для упорядочения социальных отношений путем введения четких правил поведения, соблюдение которых гарантируется государственной властью»<sup>524</sup>. Соответственно, и система форм романо-германского права предстает перед нами логически строгой и иерархически структурированной. Она включает в себя следующие элементы: законы, подзаконные акты, судебную практику и правовые обычаи (последние допускаются в качестве субсидиарной формы права наряду с доктриной и общими принципами права). Собственно законы также состоят из большого количества специализированных правовых актов, обладающих различной юридической силой. Крупнейший французский компаративист Р. Давид выделяет в качестве видов закона конституцию, международные договоры, кодексы, простые законы, декреты и административные циркуляры. Этот перечень позволяет с достаточной степенью уверенности говорить о том, что континентальное право оказало существенное влияние и на правовую систему России, так как основные формы права в обеих системах достаточно близки. Само определение закона исходит из того факта, что им «является всякая норма писаного права, которую органы, уполномоченные Конституцией, постановляют для всей совокупности граждан или по крайней мере для значительного их числа. Конечно, есть более точный смысл, определяемый конституционным правом (закон в формальном смысле представляет собой акт, принятый законодательным собранием). В теории источников права независимо от названия акта (закон, ордонанс, декрет-закон, декрет) внимание обращается на его происхождение (уполномоченный конституцией орган) и объект (распоряжение всеобщего значения)»<sup>525</sup>.

Господствующая роль закона в континентальном праве объясняется активной правотворческой деятельностью органов государства, оказывающей влияние на многие общественные отношения, требующие строгой регламентации. По мнению Р. Давида, «закон в силу самой строгости его

---

<sup>523</sup> Рулан Н. Юридическая антропология. М., 1999. С. 248.

<sup>524</sup> Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 78.

<sup>525</sup> Леже Р. Великие правовые системы современности. С. 79–80.

изложения представляется лучшим техническим способом установления четких норм в эпоху, когда сложность общественных отношений выдвигает на первый план среди всех аспектов правильного решения его точность и ясность»<sup>526</sup>. В целом, закон в романо-германском праве обладает следующими характеристиками:

- является ведущим нормативно-правовым актом в рамках национальной правовой системы;
- опирается на принципы справедливости и разума;
- понимается не только в узком, но и в широком смысле;
- не отождествляется с правом;
- принимается не только национальным парламентом, но и высшими органами исполнительной власти в порядке делегирования законотворческих полномочий;
- издание и применение закона сопровождается судебным контролем за его конституционностью;
- является высшим нормативно-правовым актом в действующей системе законодательства<sup>527</sup>.

Из всего вышеизложенного тем не менее нельзя делать вывод о том, что иные формы права не оказывают воздействия на правовую семью романо-германских стран. В качестве примера рассмотрим правовой обычай, положение которого в современном праве континентальной Европы носит противоречивый и неоднозначный характер. Эта форма права по-разному воспринимается и в юридической науке, и в правоприменительной практике. Мы уже отмечали то обстоятельство, что с позиции юридического позитивизма нормотворческая деятельность государственных органов (как законодательных, так и исполнительных) является основным способом правотворчества. С точки зрения же социологии и антропологии права картина «юридического бытия» современного общества представляется гораздо более многоплановой. Как справедливо утверждает Ж. Карбонье, «в одно и то же время, на одном и том же социальном пространстве могут сосуществовать несколько правовых систем; разумеется, прежде всего государственная, но наряду с ней и другие, независимые от неё и даже эвентуально соперничающие с ней. Такова исходная гипотеза юридического плюрализма, стремящаяся опереться на факты. Она может быть понята и как теория законодательной политики, критикующая правотворческую монополию государства, требующая децентрализации законодательной деятельности, расширения круга источников права»<sup>528</sup>. Например, немецкие юристы исходят из равнозначности нормативного акта и обычая. Последний может применяться в трех случаях:

- действие в дополнение к закону (*secundum legem*). Это использование принципов естественного права, справедливости и добрых нравов;

---

<sup>526</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 78.

<sup>527</sup> Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. М., 2002. С. 537–548.

<sup>528</sup> Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 179.

- действие кроме закона (*praeter legem*). Сфера применения данного варианта допустима только в судебной практике. Она крайне ограничена, и само её использование возможно только в случае отсутствия норм позитивного права;

- действие против закона (*contra legem*). Обычай действует в случае противоречия с нормативным актом, если последний вышел за пределы своей компетенции. Подобное применение обычая возможно только в судебной практике.

Эта позиция в немецкой юриспруденции, с нашей точки зрения, вполне логична и обоснованна: правовые обычаи отражают «дух народа» и потому соотноситься с ними должны законодатели, чувствующие ответственность за свою страну. Правовые обычаи отражают длительную общественную практику, вобравшую в себя опыт многих поколений. Значимость правового обычая в Германии связана с деятельностью представителей исторической школы права (Гуго, Савиньи, Пухта) в первой половине XIX столетия. Именно тогда и появилось само понятие «дух народа», основанное на убеждении в необходимости всестороннего учета традиций. По мысли Г.Ф. Пухты, «предполагается, что законодатель действительно выражает общее убеждение народа, под влиянием которого он должен находиться, – всё равно принимает ли он в свой закон уже установившееся юридическое воззрение или согласно истинному духу народа содействует образованию его»<sup>529</sup>. Идеи исторической школы права опирались на свойственную Германии многовековую политическую раздробленность и отсутствие правового единства немецких государств.

В принципе, позиция сторонников самобытного юридического развития народа достаточно устойчива и аргументирована. Законодательство должно соответствовать уровню правосознания людей, должно быть понято и осознано, в противном случае юридические установления не смогут отразить «дух народа», создать гармонию между сущим и должным в праве. Само право, по мысли К.Ф. Савиньи, проходит несколько последовательных стадий развития:

1. Природное право, не выделявшееся из общей массы мифов, легенд и обычаев.

2. Ученое право, создаваемое сословием профессиональных юристов и ими же развиваемое и комментируемое.

3. Кодифицированное право, возникающее после осуществления общей систематизации права на началах науки<sup>530</sup>.

Сам Ф.К. Савиньи придерживался мнения о том, что «всякое позитивное право изначально есть народное право и что законодательство дополняет и поддерживает это исконное правотворчество (часто уже в древние

---

<sup>529</sup> Пухта Г.Ф. Из работы «Энциклопедия права» // История философии права. СПб., 1998. С. 341.

<sup>530</sup> Дамирли М.А. Право и История: эпистемологические проблемы (Опыт комплексного исследования проблем предмета и структуры историко-правового познания. СПб., 2002. С. 70.

времена). Если за тем благодаря непрерывному развитию народа к этому добавляется наука о праве, то народное право обретает в законе и науке два органа, каждый из которых существует самостоятельно. Наконец, когда впоследствии ослабевает целостный характер правотворческой силы народа, то она продолжает жить в этих органах»<sup>531</sup>.

По сути, перед нами исторически первая концепция антропологии права, только не имеющая этого названия, но отвечающая методологическим требованиям данного направления. Прежде всего, как верно отмечают современные отечественные исследователи, «право рассматривается представителями исторической школы как часть национальной культуры, органично связанная с другими её частями, своеобразие каждой из которых и культуры в целом определяется духом народа. По мнению Савиньи, история свидетельствует о том, что право, подобно языку, общественным нравам и государственному устройству, всегда несет на себе печать национального своеобразия. При этом все части национальной культуры не имеют обособленного бытия, они являются нераздельно связанными, представая отдельными друг от друга только в научном рассмотрении»<sup>532</sup>. Антропологизм и социологизм исторической школы права выразался и в том, что её приверженцы выводили сущность современного им права из опыта юридического развития предшествующих эпох, показывая направления преемственности в праве. Именно поэтому Гуго, Савиньи и Пухта отрицательно воспринимали идеи кодификации юридического материала. Кодификация, по их мнению, ведет к утрате самобытности и торжеству обезличенной толпы. Можно поэтому согласиться с позицией И.Л. Честнова о том, что «историческая школа права выражала негативную реакцию на идею всемогущества сознательных человеческих действий, основанных на рационализме. Несмотря на некоторые слабые стороны <...>, ей удалось предвосхитить наиболее существенные положения социологии права»<sup>533</sup>.

Во Франции же ситуация с правовыми обычаями сложилась совершенно иная. После кодификации законодательства в начале XIX столетия окончательно завершилась централизация страны, а новое административно-территориальное устройство покончило со многими местными традициями. Они могли приниматься во внимание только в случае непосредственного указания закона, либо в случае отсутствия норм позитивного права. Сфера использования обычаев во французском праве очень невелика и в основном относится к предпринимательской деятельности. Так, статья 1160 ГК Франции закрепляет положение о том, что «договор должен быть дополнен условиями, которые являются обычными, хотя бы они не были в

---

<sup>531</sup> Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. 1. М., 2011. С. 301–302.

<sup>532</sup> Козлихин И.Ю., Поляков А.В., Тимошина Е.В. История политических и правовых учений. СПб., 2007. С. 318.

<sup>533</sup> Честнов И.Л. История политических и правовых учений: теоретико-методологическое введение. СПб., 2009. С. 184.

нем выражены»<sup>534</sup>.

Своеобразное положение в качестве формы права в романо-германской правовой семье занимает судебная практика. Не во всех странах континентальной Европы она воспринимается как полноценная форма права. Согласно действующему конституционному законодательству судьи независимы и подчиняются только закону. Они не связаны прежними решениями по аналогичным делам, однако фактически поощряется единообразие судебной практики, которая, в основном, формируется в процессе деятельности высших судебных инстанций.

Например, в статье 1 ГК Швейцарии говорится о том, что в случае отсутствия закона и обычая судья должен решить дело на основании такого правила, которое он установил бы, если бы был законодателем, следуя традиции и судебной практике. Формально судьи могут создавать первичные нормы, но подобные факты во Франции крайне немногочисленны и критически воспринимаются научным сообществом, среди которого преобладают позитивисты. Так, по Ж.-Л. Бержелю, «справедливо утверждение, что судебные решения не являются правилами, обладающими обязательной юридической силой для кого бы то ни было помимо сторон, действовавших в процессе, даже в ситуациях, когда в силу иерархии судебных инстанций прецеденты могут самым существенным образом влиять на решения, принимаемые инстанциями более низкого уровня»<sup>535</sup>. ГК Франции закрепляет в статье 5 положение о том, что судья должен мотивировать свое решение со ссылкой на нормативные акты и не ограничиваться лишь решениями по уже рассмотренным делам. Судьям запрещено выносить решения в виде общего распоряжения. Применяемые нормы должны быть максимально конкретизированы.

Насколько реальная правоприменительная практика соответствует теоретическим постулатам? Как отмечает Р. Давид, «сегодня все с большей и большей охотой признают, что закон представляет собой только рамки, внутри которых надо давать возможность судьям самим решать, какой приговор наиболее справедлив. Мысль о том, что право является всего лишь сводом норм, в прежние времена весьма распространенная, ныне подвергается критике с разных точек зрения; даже наиболее рьяные сторонники позитивного права признают, что роль судов важна и неоспорима не только в толковании правовых норм, но – во многом – и в их создании. Здесь мы близко подходим к концепции, которая видит в праве не столько совокупность норм, сколько метод поиска и утверждения справедливых решений»<sup>536</sup>. Одновременно Р. Давид, как и Ж.-Л. Бержель, в целом отрицательно относится к возможности признания судебной практики в качестве полноценной формы права и придания ей прецедентного характера.

---

<sup>534</sup> Французский гражданский кодекс. М., 2008.

<sup>535</sup> Бержель Ж.-Л. Общая теория права. С. 136.

<sup>536</sup> Давид Р. Различные концепции общественного порядка и права // Отечественные записки. 2003. № 2. С. 51.

Практика же отчасти идет по иному пути. Так, принятый в 2000 г. Кодекс административной юстиции Франции в ст.113 – 1 закрепляет положение о том, что административный трибунал или административный апелляционный суд «могут вынести не подлежащее обжалованию решение о передаче дела в Государственный совет, который изучает поднятый вопрос в течение трех месяцев. Любое решение дела по существу откладывается до вынесения Государственным советом заключения или, если оно не вынесено, до истечения указанного срока»<sup>537</sup>. Решения Государственного совета являются обязательными и носят прецедентный характер.

В Германии же более благожелательное отношение к прецеденту как форме действующего права. Оно связано во многом с деятельностью Федерального Конституционного Суда, который на основании ст. 100 Конституции ФРГ может признать незаконным любой нормативный акт. Решения ФКС обязательны для исполнения всеми субъектами права и, следовательно, являются прецедентами. Основные полномочия ФКС сводятся к следующим:

- разбирательства по спорам между конституционными органами власти;
- споры по проблемам федерации;
- проверка действительности правовых предписаний;
- разбирательства по защите Конституции;
- проверка правильности выборов;
- рассмотрение конституционных жалоб граждан<sup>538</sup>.

Узко-нормативное понимание функций судебной власти в такой ситуации не может быть продуктивным. Более актуальным нам представляется вариант понимания роли суда и судебной практики, предлагаемый сторонниками социологии права и юридической антропологии (Ж. Карбонье, Н. Рулан) и сводящийся к признанию правового плюрализма как данности. Судья при вынесении решения подвержен самым различным влияниям как субъективного, так и объективного свойства. Именно последние (объективные причины) являются теми факторами, «которые данная судебная инстанция не может не принять во внимание и судить о которых она компетентна. Если даже судьи происходят не из этой социальной среды, тем не менее есть все основания предполагать, что они испытывают воздействие окружения и господствующего общественного мнения. В этих обстоятельствах местный и региональный партикуляризм при реализации национальных законов становится достаточно стабильным и данная ситуация может быть охарактеризована как возникновение правовой подсистемы»<sup>539</sup>. В принципе, говоря об особенностях судебной практики, можно выделить следующие ее характерные черты:

---

<sup>537</sup> Маклаков В.В. Административная юстиция во Франции. М., 2006. С. 24–25.

<sup>538</sup> Государственное право Германии. В 2-х т. / под ред. Й. Изензее, П. Кирххофа. М., 1994. Т. 1. С. 291–310.

<sup>539</sup> Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 185.

- многозначность самого явления;
- вторичный характер по сравнению с законом;
- двойственное положение в системе форм права;
- избирательный характер применительно к различным отраслям права;
- разнородность правовой основы судебной практики в разных странах континентальной Европы и дифференцированный подход к признанию за ней юридической силы<sup>540</sup>.

Кроме всего прочего, нужно учесть и тот факт, что «общественная действенность правовых правил в значительной степени зависит от того, что они могут восприниматься в качестве действующих для всех социальных норм или по крайней мере согласовываться с ними. Однако в современных обществах правовые правила не всегда соответствуют традиционным для членов общества социальным нормам. Право – это важный инструмент, служащий для направления общественного развития и изменения общества. Правовые нормы часто опережают социальные нормы, которые по большей части изменяются постепенно...»<sup>541</sup>.

Еще одной значимой формой права, используемой в романо-германской правовой семье, являются общие принципы права. Они применяются в двух вариантах:

- общие формулы закона (наличие отсылки к принципам естественного права);
- общие принципы, не предусмотренные законом (злоупотребление правом, а также фактические отношения, требующие правового регулирования в период действия режима чрезвычайного положения).

Например, ст. 6 ГК Испании предусматривает правило о том, что нельзя оспорить последствия действия, совершенного самим собой и к своей собственной выгоде. Кроме того, § 226 ГГУ прямо вводит запрет на осуществление права только с целью причинения вреда другому лицу<sup>542</sup>.

Разумеется, не все страны континентальной Европы отличаются единообразием системы и форм действующего права. Определенные государства используют смешанные системы права. К таковым, в частности, относятся Нидерланды. Становление правовой системы этой страны происходило в эпоху борьбы за независимость от Испании (XVI–XVII вв.). Особенностью Нидерландов как государства была децентрализация власти и развитое самоуправление, что объясняется высоким уровнем торговой деятельности и промышленного производства. Кроме того, статус великой морской державы в XVII–XVIII столетиях способствовал формированию многочисленных торговых обычаев и различных арбитражных процедур (не забудем о том факте, что Нидерланды являются родиной биржи). В течение XIX–XX вв. к особенностям голландского права прибавилось и своеобразное поло-

<sup>540</sup> Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2007. С. 264–279.

<sup>541</sup> Видерштайн Н. Общественная действенность права: тенденции развития и эффективность права // Социология права в Германии. М., 2008. С. 81.

<sup>542</sup> Гражданское уложение Германии. М., 2008.

жение судов. Исследователи отмечают, что «голландское право включает в себя толкование законодательства судами ("вторичные правовые нормы"). Судьи в Нидерландах, как и их коллеги в других странах континентального права, используют казуистический подход. В рамках законодательства, сформулированного очень широко, иногда напоминающего доктринальные труды, открыт простор для применения дискреционных полномочий расширительного толкования и творчества. Суды нередко выступают "заемщиками" законодателя, заполняя пробелы в праве, принимая решения, содержащие общие нормы для будущих дел»<sup>543</sup>.

Все это как раз и показывает, что «открытые» правовые системы, эволюционируя под воздействием политических, экономических и иных факторов, осуществляют заимствования в различных сферах законодательства и правовой идеологии. На Нидерланды наибольшее влияние оказали две семьи права: романо-германская и английская. Воздействие континентального права основано на давнем использовании его основных принципов голландскими университетами. Из Франции, в частности, заимствованы элементы национальной правовой системы (кодифицированное законодательство, четырехуровневая система судов, трехинстанционная судебная процедура с кассацией, централизованная администрация, служба публичного обвинения). С другой стороны, в компаративистской литературе отмечается и иное направление рецепции и аккультурации. Так, «родство юридических систем Нидерландов и Германии основывается, в частности, на кровном родстве наций. В конце XIX века и в XX веке голландское право (в том числе и прецедентное) ощутило воздействие Германской правовой традиции и школы <...> Уголовный кодекс 1885 года разрабатывался с использованием французского и немецкого образцов. Нидерланды и Германия принадлежат к одной правовой семье с точки зрения гражданского, уголовного права и системы обычных судов. <...> В XX веке отсылки к немецкому праву (в том числе в гражданско-правовой сфере, особенно в общей части наследственного права) стали еще более частыми»<sup>544</sup>.

Воздействие же общего права Англии проявляется в существовании такой формы права, как судебный прецедент, активно используемый голландскими судьями. Он, в отличие от своего английского аналога, не обладает обязательностью для последующего применения и менее значим, чем законодательство. Тем не менее, широта судейского усмотрения в Нидерландах значительно превосходит соответствующие полномочия судей во Франции. По мысли Х. Ленсинга, с которым мы вполне можем согласиться, «уголовный кодекс не определяет четких принципов, которыми должны руководствоваться суды при толковании его положений. В нем есть только статья 1(1), предусматривающая, что ни одно действие, которое не составляло уголовного правонарушения в соответствии с законом (т.е. статутом или ордонансом) в момент его совершения, не является наказуемым.

---

<sup>543</sup> Правовая система Нидерландов. М., 1998. С. 28.

<sup>544</sup> Там же. С. 341.

Это положение, также сформулированное в статье 16 Конституции, воплощает принцип законности. Из этого принципа можно сделать вывод, что применение по аналогии положений, определяющих смысл преступлений, запрещено. Но резкого разграничения между аналогией и широким толкованием термина не существует»<sup>545</sup>.

Для сравнения можно привести суждения о роли судебной практики во Франции двух видных юристов: теоретика права Ж.-Л. Бержелю и компаративиста Р. Давида. Так, согласно Ж.-Л. Бержелю, «в настоящее время представляется невозможным оспорить тот факт, что судебная система, а следовательно, и судьи выполняют роль творцов права. Тем не менее эта концепция динамичной и "святой" миссии судьи не может привести к признанию за ним права сделать из судебной системы инструмент преобразования общества путем предвосхищения возможных реформ или путем создания благоприятных условий для некоторых категорий подсудных»<sup>546</sup>. Еще более категорично высказывается Р. Давид: «Каким бы ни был вклад судебной практики в эволюцию права, этот вклад в странах романо-германской правовой семьи имеет иной характер, чем вклад законодателя. Последний, определяя в нашу эпоху рамки правопорядка, делает это путем особой техники, которая состоит в установлении правовых норм. Судебной практики лишь в исключительных случаях разрешается использовать подобную технику. Положению французского Гражданского кодекса (ст. 5), которым запрещается судьям выносить решения по делам в виде общего распоряжения, соответствуют аналогичные положения и в других романо-германских правовых системах»<sup>547</sup>. Данная трактовка рассматриваемой проблематики основана на позитивистской иерархии форм действующего права. Приоритет закона (и кодекса, как его разновидности) привел, на наш взгляд, к одностороннему представлению о «прогрессивности» романо-германской правовой семьи и «консервативности» и ущербности семьи общего права и других, неевропейских, правовых семей. В российской юридической науке эту точку зрения наиболее четко сформулировал В.С. Нерсесянц. По его мнению, «к числу существенных моментов единства разных национальных систем романо-германской правовой семьи относится одинаковое понимание природы, смысла и значения нормы права как абстрактно-всеобщего правила поведения, регулирующего однородную совокупность общественных отношений. Этой своей абстрактной всеобщностью норма романо-германского права отличается от казуистического правила (правила для данного казуса, отдельного случая), определяющего судебное решение по конкретному делу в системе прецедентного права (в правовой семье общего права)»<sup>548</sup>. Высокая степень нормативности романо-германского права должна положительно оцениваться только в контек-

---

<sup>545</sup> Ленсинг Х. Голландский уголовный кодекс в сравнительном аспекте // Уголовный кодекс Голландии. СПб., 2000. С. 15.

<sup>546</sup> Бержелю Ж.-Л. Общая теория права. С. 536.

<sup>547</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 97–98.

<sup>548</sup> Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 456.

сте конкретного исторического периода и конкретной страны. В юридической практике отступлений от общих норм достаточно много как в материальном, так и в процессуальном праве. Ряд правил создан в ходе реализации действующих общих норм, но остро стоит проблема их официального признания и включения в состав позитивного права. По верному суждению А. Гарапона, «во Франции, как и в других романских странах, принято считать, что норма не столько воспроизводит регулярность поведенческих форм, сколько выражает обязанность (для нормы) быть идеалом. Закон, наделенный подобной миссией – выражать желание жить коллективно – не может не быть общим. Его ввод в действие неизбежно повлечет за собой многочисленные соглашения, которые, однако, должны остаться скрытыми. Неизбежным следствием культа закона является неприятие закулисных переговоров, приравнивание реального права к "тайному праву". Для французской публики нет ничего более чуждого, чем возможность пойти на мировую с правосудием, дабы избежать приговора и уйти таким образом от конфронтации с законом. Недавнее отклонение парламентом проекта закона о мировых соглашениях по уголовным делам гармонично вплетается в правовую нить такой культуры. Мы не можем обойтись без соглашений, но мы также не осмеливаемся признать это из страха за судьбу правовой системы в целом»<sup>549</sup>.

Опасения по поводу искажения действующего позитивного права в случае расширения судейского усмотрения, по нашему мнению, беспочвенны. Правовая реальность – многоуровневая и очень сложная материя, несводимая к одному лишь закону. Проведенная в XIX столетии кодификация на самом деле усилила осознание того факта, что позитивное право не может охватить собой все фактические общественные отношения, особенно в ситуации возникновения мультикультурного общества, предполагающего уважительное отношение к национальной специфике. Кроме того, мультикультурализм в значительной степени разрушает рациональную картину мира. Как отмечает Н. Рулан, «в целом можно полагать, что современное видение рационального мира, организуемого общими и даже универсальными категориями, сегодня требует серьезной корректировки. Несмотря на успехи науки, а может быть, как раз благодаря им, контуры мира и человека вдруг оказались на удивление размытыми. Человек конца XX в. выглядит трагически обнаженным. Становясь все более чужим миру, из которого он вышел, не зная смысла своего существования, он завоевал бесспорную индивидуальную свободу ценой разрушения общественных связей, которые, конечно же, его стесняли, но одновременно и защищали»<sup>550</sup>.

Кодификация права континентальной Европы с формально-юридических позиций была, бесспорно, существенным достижением правовой науки и практики. Кодекс, как форма нормативного акта, обладает рядом пози-

---

<sup>549</sup> Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. М., 2004. С. 297–298.

<sup>550</sup> Рулан Н. Историческое введение в право. С. 525.

тивных качеств, по сравнению с несистематизированной массой правовых актов, конкурирующих друг с другом. В современной теории права вполне обоснованно оказывается на две главные функции кодекса:

- обеспечение создания обобщенной нормативной базы для законов и иных правовых актов в соответствующей отрасли законодательства;
- собирание вокруг себя множества правовых актов, детализирующих положения кодекса<sup>551</sup>.

Основными чертами кодекса выступают следующие:

- это принципиально новый правотворческий акт;
- он принимается с целью существенной переработки и упорядочения накопленного правового материала;
- придание накопленным правовым положениям систематизированной и логически четкой формы изложения;
- выработка и закрепление общих положений данной сферы правового регулирования;
- более четкая дифференциация правовых норм, относящихся к различным сферам правового регулирования;
- упрочение стабильности законодательства, его доступности для населения и повышения его эффективности<sup>552</sup>.

Вместе с тем, по утверждению Р. Кабрийяка, «согласно сложившемуся в XIX в. позитивистскому подходу, кодекс выглядит неотделимым от идеи закона, причем неотделимым до такой степени, что кодекс и закон отличаются друг от друга исключительно с точки зрения объема, поскольку кодекс представляет собой совокупность законов. Столь пристрастное и, надо признать, искаженное понимание кодекса появилось после триумфа юридического позитивизма, когда закон занял в романо-германской системе господствующее место среди других источников права. Данная ситуация лишней раз подтверждает, что содержание кодекса зеркально отражает то положение, которое занимает каждый источник права в соответствующей правовой системе»<sup>553</sup>.

В контексте рассматриваемой проблематики следует, безусловно, определить характерные черты нормативной сферы как таковой, т.е. ответить на вопрос о ее необходимости и направленности. Важность этого диктуется тесным взаимопроникновением сферы юридического и морального в природе человека. В трактовке известного философа П. Рикера «законное» (юридическое) характеризуется такими чертами, как:

- структурирующая роль завета;
- притязание на универсальную действенность;
- упорядочение отношений множества людей<sup>554</sup>.

Приложение общей нормы к частному, конкретному случаю со всей

<sup>551</sup> Систематизация законодательства в Российской Федерации / под ред. А.С. Пиголкина. СПб., 2003. С. 148.

<sup>552</sup> Там же. С. 152–153.

<sup>553</sup> Кабрийяк Р. Кодификации. М., 2007. С. 397.

<sup>554</sup> Рикер П. Справедливое. М., 2005. С. 174–175.

очевидностью показывает, что позитивистская концепция права не может быть эффективно использована. Разрешение большинства споров осуществляется в судебном порядке, что предполагает анализ конкретной ситуации, причем перед судьей может оказаться «сложное дело» с неочевидными доказательствами и разнонаправленными интересами сторон (в том числе и моральными). В таком случае, как отмечает П. Рикер, «сложный процесс, по завершении которого случай подводится под некую норму, включает в себя две взаимнопереплетенных процесса интерпретации. С одной стороны рассматриваемого случая проблема состоит в том, чтобы восстановить убедительную, правдоподобную историю из истории или скорее из переплетения историй, образующих то, что мы называем случаем или, точнее говоря, делом. <...> Со стороны нормы трудность не меньше: не всегда сразу становится ясным, что такой-то случай следует расположить под такой-то нормой. То, что мы называем квалификацией дела, рассматриваемого в тяжбе, является результатом работы по интерпретации самой нормы»<sup>555</sup>.

Действительно, в данной ситуации позитивистское понимание права, приравнивающее его к закону (а если несколько шире – то к нормативному акту) ничем не может нам помочь. Каждое дело уникально и, несмотря на то, что судья не связан (в континентальном праве) предыдущими решениями, а действует строго в рамках закона, ему никуда не уйти от определенного субъективизма при вынесении решения. Как считает известный ученый Х.-Г. Гадамер, разработавший целостную концепцию философской герменевтики и не обошедший своим вниманием также сферу юридического, «судья, который приспособливает закон, дошедший до него из прошлого, к потребностям современности, старается, конечно, решить некую практическую задачу. Однако это вовсе не значит, что он его произвольно перетолковывает. И в данном случае тоже понять и истолковать – значит познать и признать действующий смысл закона. Судья стремится здесь соответствовать "правовой мысли" закона, опосредуя ее современностью. Разумеется, речь идет при этом о юридическом опосредовании. Он стремится познать именно правовое значение закона, а не – к примеру – историческое значение законодательного акта, которым этот закон был введен в действие, или какого-либо случая его применения»<sup>556</sup>.

Следовательно, в своих действиях судья подчиняется не только букве, но и духу закона. Именно об этом правиле говорится в ч. 3 ст. 20 Конституции ФРГ. Юридическая практика, включающая в себя не только правоприменение в узком смысле слова, но и судебское правотворчество, как мы уже говорили выше, вполне спокойно допускает восполнение пробелов не только законодателем, но и самими судьями. Известный немецкий цивилист Я. Шапп выделяет две формы судебного правотворчества:

- восполнение пробелов в законе по аналогии одного или нескольких

---

<sup>555</sup> Рикер П. Указ. соч. С. 179.

<sup>556</sup> Гадамер Х.-Г. Истина и метод: основы философской герменевтики. М., 1988. С. 387.

нормативных актов;

- развитие права за рамками непосредственного или соответствующего применения закона в границах широкого понимания права<sup>557</sup>.

Во втором случае применяется так называемое «экстралегальное правотворчество», вызванное объективными обстоятельствами. По мнению Я. Шаппа, «там, где для образования новой нормы права судья не располагает в качестве масштаба общими правовыми идеями отдельных законодательных предписаний, ему приходится ориентироваться по еще более абстрактным принципам права, основным положениям конституции и, наконец, правовой системе в целом. Новая норма права должна быть открыта для интеграции в правовое целое. Поэтому формулировка этой нормы осуществляется в режиме "intra jus" ("внутри права")»<sup>558</sup>. С позиций социально-антропологического подхода к праву необходимо достаточно ясно понимать его (права) несводимость к закону. Несмотря на тот бесспорный факт, что нормативные акты остаются ведущей формой романо-германского права, судебная практика представляется с научной точки зрения, да и с точки зрения здравого смысла, более динамичной формой правового регулирования. Учитывая же усиливающееся взаимопроникновение и взаимовлияние различных правовых семей и национальных правовых систем, можно говорить о повышении значимости сравнительных исследований в правовой сфере и о все более зримых проявлениях юридического плюрализма в правопонимании и правоприменении. Как верно подчеркивает А.Х. Саидов, исследуя процессы глобализации с компаративистских позиций, необходимо «исходить не из презумпции возможной всемирной унификации права (как было прежде), а из презумпции адекватного понимания и согласования правовых ценностей различных юридических культур. Каждая национальная правовая система уникальна и неповторима по-своему и представляет собой закономерный итог правового развития каждого общества. При этом очень важно не умалять значения особенностей национальных правовых систем и признать их исключительное равноправие»<sup>559</sup>.

Возвращаясь к проблеме судейского правотворчества в романо-германской правовой семье, укажем еще раз на различное отношение к ней в Германии и во Франции. Юридический позитивизм, как мы старались показать, в большей степени укоренен во французской юридической науке и практике, а в Германии правовой плюрализм развит значительно сильнее, причем не только в теории права, но и в отраслевых юридических науках. Подтверждением нашего мнения может быть позиция Я. Шаппа. По его убеждению, «нередко обстоятельства, которые лежали в основе того или иного закона, с течением времени основательно изменялись. Судья, кото-

---

<sup>557</sup> Шапп Я. Система германского гражданского права. М., 2008. С. 30.

<sup>558</sup> Там же. С. 32–33.

<sup>559</sup> Саидов А.Х. Юридическая глобалистика – новое направление правовых исследований // Правовая система России в условиях глобализации / под ред. Н.П. Колдаевой, Е.Г. Лукьяновой. М., 2005. С. 35.

рый желает это учесть, стоит перед вопросом, не вправе ли он не только преодолеть пространство законодательного регулирования, но также и формулировать и применять нормы права в режиме "contra legem" (против закона). Подобная процедура была недопустимой. Судебная практика в ходе рассмотрения ряда важных дел разрешила эту проблему. В этих делах посредством объективно-телеологического толкования соответствующим законам был придан смысл, совместимый с необходимыми вновь образованными нормами права»<sup>560</sup>.

Мы остановились на вопросе значимости судейского правотворчества для того, чтобы показать необходимость плюралистического подхода к построению иерархии форм действующего права. Не существует какого-либо единственного, раз и навсегда данного и неизменного внешнего выражения нормы права. В контексте исторического развития права как части социума, его восприятие людьми меняется и приоритет получает та или иная форма права. Кроме всего прочего, существенно варьируется понимание и количество форм действующего права в различных отраслях права стран континентальной Европы. Плюралистический подход к сущности форм права является само собой разумеющимся в частном (прежде всего – гражданском) праве романо-германского мира. Так, формами германского гражданского права являются:

- кодифицированные нормативные акты;
- судебная практика;
- правовые обычаи<sup>561</sup>.

Если обратиться к трудовому праву Германии, то его основными формами выступают:

- конституция ФРГ и конституции земель;
- кодифицированные акты;
- законы;
- постановления правительства и других государственных органов;
- коллективные договоры;
- заводские соглашения;
- правила внутреннего трудового распорядка;
- судебная практика;
- правовые обычаи;
- ратифицированные международные конвенции по труду<sup>562</sup>.

Отметим при этом, опираясь на данные И.Я. Киселева, тот факт, что «значительная роль в правовом регулировании труда в ФРГ принадлежит руководящим решениям Федерального Суда по трудовым делам. Они не только ориентируют судебную практику, но и дополняют действующее право и даже вносят в него изменения. Так, многие общие положения, оп-

<sup>560</sup> Шапп Я. Указ. соч. С. 33.

<sup>561</sup> Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 291–292; Гражданское и торговое право зарубежных стран / под ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. М., 2004. С. 18–20, 36–39.

<sup>562</sup> Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 48.

ределяющие права и обязанности сторон трудового договора, конкретизируются в решениях судов»<sup>563</sup>.

В сфере же публичного права (особенно его уголовно-правовой составляющей) ситуация выглядит более сложной и неоднозначной. Антропологическое правопонимание, как мы постоянно подчеркиваем, предполагает наличие множества форм действующего права, что находит подтверждение в немецком административном и уголовном праве (в различном, разумеется, соотношении форм действующего права в этих отраслях). Так, формами административного права Германии признаются на уровне доктрины и практики:

- административные акты (любое распоряжение, решение или иная властная мера, которые принимаются ведомством для урегулирования какого-либо отдельного случая в области публичного права и которые направлены на оказание непосредственного внешнего правового воздействия);
- публично-правовой договор;
- простое административное действие (действие администрации, вызывающее фактические последствия);
- решения в сфере планирования<sup>564</sup>.

В сфере уголовно-правового регулирования также официально признается множественность форм права. Иерархия этих форм следующая:

- Основной Закон (Конституция) ФРГ;
- Уголовный кодекс 1871 г. (с изменениями и дополнениями);
- федеральные уголовные и иные законы;
- законодательство федеральных земель;
- международное право;
- судебная практика;
- обычное право<sup>565</sup>.

Приоритет, разумеется, принадлежит законодательству, однако и иные формы права признаются в последнее время в качестве полноправных в уголовно-правовой доктрине и практике Германии. Как отмечает А.Э. Жалинский, исследуя роль обычного права в системе уголовно-правового регулирования общественных отношений, «в соответствии с принятой доктриной и решениями Конституционного Суда и Верховного Суда ФРГ обычное право возникает на основе длительной, постоянной и последовательной практики, признаваемой ее участниками в качестве обязательных правовых норм. Оно не может быть использовано для ухудшения положения субъекта деяния. <...> Это положение имеет принципиальное значение. Недопустимо, когда доктрина и практика берут на себя функции парламента, усиливая наказание, основываясь на незаконной процедуре»<sup>566</sup>. Таким образом, плюралистический подход к типологии форм права зримо

<sup>563</sup> Киселев И.Я. Указ. соч. С. 51.

<sup>564</sup> Административное право зарубежных стран / аод ред. А.Н. Козырина, М.А. Шатиной. М., 2003. С. 294–306.

<sup>565</sup> Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М., 2004. С. 74–87.

<sup>566</sup> Там же. С. 87.

присутствует в романо-германской правовой семье, особенно в ее германской составляющей. Именно в Германии исследователи отмечают наличие значительного количества подзаконных актов, признаваемых в качестве форм действующего права (в том числе и уголовного). В связи с этим А.А. Малиновский считает, что «использование подзаконных актов в качестве источника уголовного права противоречит основополагающему правовому принципу: "нет преступления, нет наказания, не указанного в законе". Под законом, разумеется, необходимо понимать акт, принимаемый высшим представительным органом государственной власти»<sup>567</sup>.

Следует отметить, что отношение германских юристов к юридическому позитивизму (догме права) в целом более взвешенное, нежели во Франции и опирается на объективное положение вещей. Так, по мнению Я. Шаппа, «не в последнюю очередь ввиду необходимости вовлекать все новые и новые случаи в наличную систематику юридическая догматика не представляет собой исчерпывающий инвентарь доктрин, установленный раз и навсегда. Напротив, она находится в постоянном развитии, она живет. В этом смысле в задачи научной деятельности входит не столько толкование юридических норм, сколько постоянное развитие догматики. <...> Поскольку научная дискуссия не является прерогативой только ученых, но законодатели и судьи также вносят существенный вклад в дальнейшее развитие догматики. Постоянное движение догматики приводит к тому, что она каждый раз заново должна доказывать свою жизнеспособность, чтобы отстоять свое право выступать в качестве учителя действующего правопорядка. В этом заключается большое значение т.н. мнения меньшинства в праве, еще не получившего признания. Такое мнение является критерием господствующей доктрины и необходимо в качестве движущей силы науки»<sup>568</sup>.

Вместе с тем, в германской теоретической юриспруденции помимо юридического позитивизма, достаточно прочные позиции удерживают теория естественного права, феноменология права и социологическое правопонимание. Как отмечает О. Хёффе, «серьезное теоретическое размежевание с правовым позитивизмом предполагает обсуждение вопроса, следует ли проводить различие между относительным и абсолютным разведением права и морали и можно ли при дефинировании права отказаться от его соотношения со справедливостью, если предварительно оговорить условия, при которых такой отказ считается допустимым»<sup>569</sup>.

---

<sup>567</sup> Малиновский А.А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. М., 2002. С. 25.

<sup>568</sup> Шапп Я. Указ. соч. С. 42–43.

<sup>569</sup> Хёффе О. Политика. Право. Справедливость. М., 1994. С. 78.

## Глава 4. Правовая система Великобритании

### 4.1 Историческое развитие английского права

Изначально на территории Англии основой социального регулирования являлись обычаи населявших ее племен. Главной ячейкой общества в VI–XI веках выступала община, ведущая натуральное хозяйство. Территориально-политические объединения местных племен (королевства-вождества) использовали в качестве источников права многочисленные судебники, включавшие в себя местные обычаи и королевские указы. Тексты судебныхников были изложены на староанглийском языке, что позволяет говорить об отсутствии существенного влияния римского права. Основой римского владычества в Англии (I–V вв.) являлись укрепленные военные лагеря и города, в которых проживали носители латинской культуры. После ухода римских войск и колонистов с территории Британии в 410 г., страна достаточно быстро была захвачена германскими племенами англов и саксов, не оставивших от римского наследия практически ничего. По верному суждению М.М. Ковалевского, «англо-саксы были, по преимуществу, сельскими поселенцами; на первых порах они не знали, что делать с городами, основанными римлянами – они только грабили и жгли их, предоставляя им затем лежать в развалинах»<sup>570</sup>.

К VII столетию в отдельных англосаксонских королевствах судебники играли достаточно значимую роль, несмотря на то, что записывались не все обычаи, а только те, которые затрагивали сферу уголовного преследования (например, Правда Этельберта). Кроме того, сами составители судебныхников указывали на то, что записи подлежали только проверенные временем правила. В частности, об этом прямо говорится в Правде Альфреда: «Ныне я, король Альфред, собрал эти законы, приказал записать многие из тех, которых придерживались наши предшественники и которые понравились мне, и многие из тех, которые мне не понравились, я отверг по совету моих мудрых, а прочие приказал выполнять; далее, не решился я предать записи большое количество собственных своих постановлений, ибо неизвестно мне, придется ли они по душе тем, кто будет после нас»<sup>571</sup>. По материалам судебныхников можно отчетливо проследить эволюцию представлений о субъектах права от персонального статуса лица к территориальному. Как практически все «варварские Правды», эти судебники были направлены на замену кровной мести штрафом («вергельд») и упорядочение судебного процесса. Так, судебник Этельберта (VII в.) вводил деление людей на знатных, свободных и слуг-рабов, а законы Кнута (начало XI века) уже основывались на территориальном делении населения. Еще один немаловажный факт заключался в том, что на территории Англии несколько сто-

<sup>570</sup> Ковалевский М.М. История Великобритании. СПб., 1911. С. 234.

<sup>571</sup> Правда короля Альфреда // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Т. 1. Древний мир и Средние века. С. 472–473.

летий проживали датчане, образовавшие полунезависимую область («Денло» – область датского права). По словам А.Я. Гуревича, «датские области стояли особняком и в правовой системе Англии: переселенцы из скандинавских стран продолжали здесь придерживаться многих обычаев, которые принесли с собой. В этих правовых различиях проявлялись существенные особенности общественного положения датчан в феодальной Англии. Так, на всей территории страны лорд должен был получать возмещение за своего убитого подданного. Но в англосаксонских областях размеры этой компенсации устанавливались в соответствии со статусом лорда, тогда как в Денло они определялись статусом убитого. Иначе говоря, общественное положение зависимого человека в Денло имело гораздо большее значение, чем в остальной Англии»<sup>572</sup>. До норманнского завоевания обычай был господствующим регулятором общественных отношений и отстаивание своего права являлось частным делом сторон. Кроме того, обычай носил локальный характер и никакого его единообразного применения не могло существовать. Так, при отсутствии очевидности совершения преступления определенным лицом дело разбиралось обычным для германских племен обвинительным порядком, публичным, устным, подчиненным требованиям формализма в приведении доказательств сторонами»<sup>573</sup>.

Норманнское завоевание Англии в 1066 г. резко ускорило развитие права. Завоеватели принесли с собой централизованную систему государственной власти, писаное право и королевские суды. Исследователи отмечают, что архаическое право англосаксов не отвечало потребностям становления феодальных отношений, развитию производящего хозяйства, стремительным экономическим, социальным и общественным переменам, которые начались сразу же после норманнского завоевания, да и сами правовые обычаи и судебники англосаксов устарели во времена правления Вильгельма Завоевателя. Поэтому исторически очень быстро укрепляется новая система права, которая была введена норманнами в противовес местным правовым обычаям англосаксов<sup>574</sup>. Нужно учесть то обстоятельство, что архаическое право обладает рядом особенностей, не позволяющих применять его в рамках централизованного государства. Особенности эти сводились к следующим:

- нормы архаического права носили преимущественно устный характер;
- существовало большое разнообразие норм архаического права;
- архаическое право носило казуистический характер;
- архаическое право имело несистематизированный характер;
- архаическое право было объективистским, т.е. правом, в котором акцент делался на то, что именно произошло и произошло ли вообще;

---

<sup>572</sup> Гуревич А.Я. Древние германцы. Викинги // Избранные труды. В 4-х т. Т. 1. М.–СПб., 1999. С. 155.

<sup>573</sup> Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. СПб., 1995. С. 296.

<sup>574</sup> Романов А.К. Правовая система Англии. М., 2000. С. 61.

- архаическому праву была присуща необязательность, оно имело альтернативный характер;
- целью архаического права было примирение сторон;
- ответственность по архаическому праву носило коллективный характер;
- архаическое право отражало зачатки социального неравенства;
- доказательства, используемые в архаическом праве, отличались символичностью, демонстративностью, церемониальностью и красочностью;
- в архаическом обществе не существовало специальных юридических учреждений;
- архаическое право было пронизано религиозным духом<sup>575</sup>.

Вместе с тем, как отмечает Р. Уолкер, «было бы ошибочным полагать, что Вильгельм I одним законодательным актом создал централизованную систему судов, передав им все полномочия различных местных судов и снабдив их сводом законов, изданных королем. Это было невозможно не только ввиду неизбежных трудностей в управлении судами, но и потому, что деятельность местных судов являлась важным источником доходов для землевладельцев и баронов, постоянно сопротивлявшихся попыткам урезать их юрисдикцию. На самом же деле королевская власть лишь по истечении определенного времени установила с помощью судей контроль над отправлением правосудия по всей стране и создала систему центральных судов»<sup>576</sup>.

После 1066 г. начинает формироваться общее право Англии («общее» – в смысле охвата своим действием территории всей страны). Основная роль в этом процессе принадлежала королевским судам, с момента своего создания обладавшим достаточно обширной юрисдикцией. Эти суды рассматривали все споры между землевладельцами, активно применяя местные обычаи. Значимость королевской юстиции усиливалась в результате централизации страны, производившейся норманнами. Кроме того, вся система вассальных связей непосредственно замыкалась на монархе, которому присягали на верность все феодалы. Окончательно королевские суды закрепили свое положение в результате реформ короля Генриха II. Этот монарх, по словам Г. Бермана, «революционизировал систему права в Англии главным образом путем создания королевской юрисдикции и королевского права по уголовным и гражданским делам, прежде находившимся под местной и феодальной юрисдикцией и регулировавшимся местным и феодальным правом»<sup>577</sup>. В эпоху Генриха II начинается активная законотворческая деятельность королевской власти. Она опирается на принципы римского права и поэтому отличается более высоким уровнем юридической техники. Причинами активного законотворчества являлись необходимость упорядочения судопроизводства и ограничение иммуни-

<sup>575</sup> Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. М., 2008. С. 239–252.

<sup>576</sup> Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1980. С. 24–25.

<sup>577</sup> Берман Г. Западная традиция права. С. 417.

тетных прав землевладельцев. Основной формой нормативного акта выступали ассизы. Как считает Ш. Пти-Дютайи, «эти ассизы систематически заменяют царство насилия царством закона и они дают истцам возможность избежать волокиты феодального суда и варварских приемов судопроизводства. Они, однако, не ставят себе непосредственной целью уничтожение феодального суда. Они предоставляют всем скорую и рациональную процедуру, которой при случае может воспользоваться и сама знать»<sup>578</sup>. Существенными элементами судебной реформы Генриха II являлись введение института разъездных судей и формирование суда присяжных. В практическом плане эти процессы означали, что «посланные из столицы судьи, регулярно объезжавшие графства (административные округа), так называемые разъездные судьи, явившись на место, вызывали к себе 12 местных помещиков (рыцарей) и по 4 свободных крестьянина от каждой деревни. Все эти люди должны были под присягой сообщить о преступлениях, совершенных в округе или деревне за время, прошедшее с момента предыдущей сессии суда, указать на виновных. На основании их показаний выносился приговор»<sup>579</sup>.

С XIII века в связи с дальнейшей централизацией английской монархии значение королевской юстиции опять возрастает и начинается процесс становления «права справедливости». Первоначально, как отмечают исследователи, «королевские суды разбирали дела только свободных людей. Причем <...> рассмотрение дела в этих судах являлось привилегией, которую нужно было испрашивать у королевской власти в лице канцлера. За право получить такую привилегию необходимо было уплачивать определенную пошлину. Поскольку рассмотрение дел в других судах сопровождалось применением ордалий и судебных поединков, все большее количество свободных людей обращалось в королевский суд»<sup>580</sup>. Необходимость права справедливости вызывалась во многом неудовлетворенностью свободного населения решениями судов «общего права». Многие такие решения опирались на устаревшие обычаи и не отвечали духу времени. Кроме того, сеньориальные суды часто вставали на защиту феодальных привилегий крупных землевладельцев, что вело к явной несправедливости.

Изначально «право справедливости» существовало только в качестве уже упоминавшейся привилегии, которая выдавалась от имени монарха судом лорда-канцлера в виде особого предписания. Свободные подданные получили право подавать в королевские суды прямые жалобы (билли). На основании Второго Вестминстерского статута 1285 г. лорд-канцлер был обязан выдавать предписания в случае «подобия», в результате чего возникла особая форма иска «*super casum*», опираясь на которую суд сам признавал свою компетенцию по данному делу. Во время такого разбиратель-

---

<sup>578</sup> Пти-Дютайи Ш. Феодальная монархия во Франции и в Англии X–XIII в. М., 1938. С. 120.

<sup>579</sup> Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права. М., 1973. С. 132–133.

<sup>580</sup> История государства и права зарубежных стран (рабовладельческое и феодальное государство и право) / под ред. П.Н. Галанзы, Б.С. Громакова. М., 1980. С. 340.

ства в суде на первом месте находились вопросы процедуры. Судебная защита предшествовала праву. Степень публичности такого процесса была очень высокой. Исследователи отмечают ряд существенных недостатков общего права, выявившихся уже в XIII–XIV вв. К их числу относятся:

- чрезвычайная строгость, формализм и негибкость норм;
- признание единственной санкции в гражданском праве – денежной компенсации, а в уголовном праве единственного наказания – смертной казни;
- отсутствие средств обеспечения явки свидетелей в суд;
- медлительность и дороговизна судебной процедуры;
- система судебных приказов препятствовала демократизации суда и не учитывала потребности правового развития страны<sup>581</sup>.

Основным вопросом в королевском суде было выяснение законности выдачи судебного предписания. Истец должен был последовательно пройти несколько стадий реализации своего права, к которым относились:

- приказ короля судебному чиновнику предложить ответчику не нарушать прав истца и удовлетворить его требования;
- если ответчик не исполнил обязательства, то ему предъявлялся иск и дело рассматривалось королевским судом.

Изданный в 1278 г. Глостерский статут предусматривал: «И если случится, что ответчики возразят в суде, что они не должны отвечать без первоначального судебного приказа, и если станет известно, что они с помощью произвольных действий захватили и узурпировали какие-либо привилегии в ущерб королю или его предшественникам, то им следует ответить, что они должны отвечать в суде без всякого приказа, и пусть по этому поводу королевский суд вынесет такое решение, которое сочтет нужным»<sup>582</sup>. Само рассмотрение дела основывалось на факте отказа выполнить распоряжение властей, что, по сути, приравнивалось к правонарушению. Именно данная особенность судопроизводства позволила Р. Давиду утверждать, что «при этих условиях первенствующая роль оказалась отведенной процессу. На континенте юристы уделяли основное внимание установлению прав и обязанностей субъектов (норм материального права). Английские юристы были сосредоточены на вопросах процедуры»<sup>583</sup>. Английские суды изначально очень строго соблюдали процедурные правила, что исключало какое-либо существенное влияние римского права на общее право.

Другое дело, что воздействие римской правовой традиции на право справедливости невозможно отрицать. С 1485 по 1875 гг. общее право существовало одновременно с правом справедливости. Компетенция суда лорда-канцлера в эту эпоху (особенно до середины XVII в.) значительно расширилась. Для практического удобства и по причине частого занятия поста лорда-канцлера духовными лицами, в его суде началось использова-

<sup>581</sup> Романов А.К. Право и правовая система Великобритании. М., 2010. С. 75–76.

<sup>582</sup> Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Т. 1. С. 535.

<sup>583</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 214.

ние правил канонического и римского права (введение письменного закрытого процесса). Кроме того, существенное значение имел и тот факт, что в Англии XV–XVII столетий был достигнут пик развития королевского абсолютизма. Для усиления своей власти монархи новых династий Тюдоров и Стюартов последовательно расширяли королевскую прерогативу и противодействовали попыткам парламента отстаивать неприкосновенность компетенции судов общего права. Как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кетц, «то была эпоха великого противостояния королей, стремившихся к абсолютной монархии, и парламента. В этом споре римское право и сыскало симпатии правителей, так как лишь оно давало возможность обосновать легитимность политических притязаний и придать королевской воле абсолютный и юридически обязательный характер»<sup>584</sup>. Процесс усиления влияния римского права был прерван фактически насильственным путем – гражданской войной 1641–1649 гг.

Вместе с казнью Карла I окончился и период абсолютизма, а общее право, быстро восстановив свои позиции, сохранило их до сих пор. Разумеется, на значимость общего права и его укорененность в ментальных установках профессионального сообщества (юристов) оказывала воздействие не только на необходимость противодействия росту королевской прерогативы. Свою роль сыграл и географический фактор. Островное положение Англии способствовало ее обособлению в правовом развитии. После норманнского вторжения 1066 г. страну никто не завоевывал и не приносил с собой собственных традиций и форм правового регулирования. Кроме того, нужно учесть и наличие определенных обстоятельств, способствовавших росту противоречий между частями английского права. По верному суждению Р. Уолкера, «право справедливости дополняло общее право и исправляло его недостатки. Когда право справедливости дополняло общее право, например, посредством признания доверительной собственности и дарования средств защиты при нарушении законных прав, оно не слишком мешало юристам общего права, поскольку не шло в разрез с их полномочиями. Однако дело обстояло иначе, когда право справедливости исправляло общее право. В таких случаях происходили прямые столкновения между судами общего права и канцлером. Так, случалось, что канцлер расторгал договор или исправлял формулировку документа, а суды общего права принудительно приводили его в исполнение согласно первоначальным условиям»<sup>585</sup>.

В 1616 г. юристы общего права, представленные в парламенте, добились введения в действие определенных правил деятельности суда лорда-канцлера. Правила эти предусматривали следующее:

- юрисдикция суда лорда-канцлера не должна расширяться за счет общего права;

---

<sup>584</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. С. 294.

<sup>585</sup> Уолкер Р. Английская судебная система. С. 73–74.

- суд лорда-канцлера осуществляет юрисдикцию в соответствии с прецедентами права справедливости;
- король не должен использовать свою власть для создания новых судов.

С 1621 г. Палата лордов начала осуществлять контроль за деятельностью суда лорда-канцлера. При этом значимость общего права не подвергалась в целом сомнению в английском обществе. Его высокому статусу способствовала и деятельность профессиональных юристов-практиков, объединившихся еще в XIV веке в несколько корпораций (судебных иннов), жестко отстаивавших права своих членов перед короной. Роль практикующих юристов и судей стала столь внушительной, что монархи вынуждены были с ними считаться. На мировых судей были возложены функции представителей короны на местах, сохранявшиеся до 1832 г., когда Парламент осуществил реорганизацию системы местного самоуправления в Англии. Новый муниципальный закон, «несмотря на свой радикализм, соответствовал исторически сложившемуся мнению, согласно которому, заведование общественными интересами в пределах городских общин должно принадлежать организации самих граждан. Специфический английский принцип независимости местного управления, его административной автономии был впервые законодательно подтвержден, исходя из демократической идеи равноправия всех занятых производственной деятельностью граждан. Муниципальная реформа вернула местному управлению форму, соответствующую исторически сложившемуся правосознанию»<sup>586</sup>.

Значимость юридической профессии в Англии на протяжении многих столетий сохранялась не в последнюю очередь и потому, что английская юриспруденция отталкивалась от «сущего», а не от «должного» и, следовательно, использовала те положения «живого права», которые не отличались высокой степенью абстрактности, в том числе правило, гласящее: «право есть там, где есть его защита». Это положение как раз основано на чисто эмпирических началах. С позиций социальной антропологии права бытие юридической профессии определяется следующими факторами:

- природа и специфика права страны, ее правовой системы, которая по существу выступает как объект профессиональной деятельности юристов и одновременно как ее программа;
- потребности и возможности данного общества, страны как специфического заказчика профессиональной юридической деятельности;
- потребности и позиции самих юристов как группы людей, реально осуществляющих важнейшие функции правореализации, но имеющих собственные корпоративные и частные интересы<sup>587</sup>.

<sup>586</sup> Институты самоуправления: историко-правовое исследование / отв. ред. Л.С. Мамут. М., 1995. С. 169.

<sup>587</sup> Жалинский А.Э. Введение в специальность «юриспруденция». Профессиональная деятельность юриста. М., 2007. С. 28.

Кроме того, корпоративные организации английских юристов монополизировали систему подготовки будущих правоведов-практиков и не испытывали нужды в поддержке университетов. Потому-то и борьба с королевской прерогативой в отдельные периоды принимала острый характер. По словам известного историка А.Н. Савина, «при Генрихе VIII непомерный рост "справедливой" юстиции возбудил сильную тревогу в юристах общего права, перед которыми стал носиться грозный призрак рецепции. Вскоре после смерти Генриха VIII выясняется, что правительство не хочет и не может порвать со старым судебным порядком. Юристы общего права успокаиваются, снова начинают писать отчеты о своей судебной практике, а в конце XVI в. даже переходят в наступление»<sup>588</sup>.

В результате проведения судебной реформы 1872–1875 гг. формально были ликвидированы различия между общим правом и правом справедливости, хотя их фактические различия и специфическая структура сохраняются до настоящего времени. С конца XIX века Парламент начал осуществлять консолидацию норм материального и процессуального права. Исторические традиции, несомненно, оказали самое непосредственное воздействие на эволюцию права и его понимание (причем не только на профессиональном уровне). Как констатирует Н. Рулан, «тот факт, что английское право носит судебный характер (а не характер обычая), объясняет то обстоятельство, что законодательное право рассматривалось на протяжении всей истории страны как относительно вторичное. Его предписания становились действительно правовыми лишь после того, как судебные ведомства повторяли, а порой и по-своему интерпретировали их. Именно это обстоятельство и служит причиной того, что в Англии не смогла осуществиться идея кодификации на французский манер. В наши дни эта черта не так явно выражена: многие виды регламентаций по своей сути являются законодательными. Однако не существует кодификации (не написана сама конституция), а английский закон не обладает теми чертами, которые мы придаем закону в нашей правовой культуре»<sup>589</sup>. Ведущая роль судебной практики самым существенным образом повлияла на эволюцию форм английского права и их соотношение между собой.

## 4.2 Формы английского права

Господство социологической юриспруденции и концепции естественного права на уровне теоретического осмысления сущности права весьма способствовало процессу «антропологизации» правовой реальности в Англии. Как считает Д. Ллойд, «судьи, как и все другие люди, не могут игнорировать систему ценностей, существующую в обществе, к которому они принадлежат. И никакая вполне осознанная объективность или судейская беспристрастность не могут свести на нет влияние подобных факторов.

---

<sup>588</sup> Савин А.Н. Лекции по истории Английской революции. М., 2000. С. 159.

<sup>589</sup> Рулан Н. Историческое введение в право. С. 265.

Если, к примеру, проанализировать, каким образом в настоящее время различные сферы права постепенно меняются посредством судебного правотворчества с целью приспособить их к потребностям современных индустриально развитых государств социального благоденствия, то можно проследить, как от решения к решению медленный и не всегда равномерный прогресс в развитии права воздействует на эволюцию системы ценностей<sup>590</sup>. В принципе, приоритет судебного права не оспаривается. Значимость этой формы права вполне очевидна и не специалистам. Деятельность английских судей уже с XV века основывается на их независимости и несменяемости. Созданное судебной практикой особое правило прецедента включает в себя следующие положения:

- решения, вынесенные палатой лордов, составляют обязательные прецеденты для всех судов (сама палата лордов отошла от этого правила в 1966 г.);

- решения, принятые апелляционным судом, обязательны для всех нижестоящих судов и, кроме вопросов уголовной ответственности, для самого Апелляционного суда;

- решения, принятые Высоким судом, обязательны для низших судов и являются необязательными рекомендациями для Высокого суда и Суда Короны;

- все решения низших судов и квазисудебных органов (трибуналов) не являются обязательными.

Судейское (судебное) право, основанное на прецедентах, обладает, по мнению М.Н. Марченко, следующими характеристиками:

- позитивистский характер форм и содержащихся в них норм судейского права;

- содержание в актах (формах) судейского права не только общеобязательных норм, но и правовых принципов;

- возникновение и развитие форм судейского права на основе юридически установленных и иных жизненных факторов;

- ретроспективный характер форм судейского права и их содержания (формирование судейского права в процессе правотворческой деятельности судебных органов на основе и по поводу уже свершившихся, или состоявшихся, факторов);

- приоритетный характер форм судейского права по отношению к другим источникам англосаксонского права и их подчиненный характер в системе источников романо-германского права;

- формирование и развитие форм судейского права не только под влиянием действующего законодательства, но и на основе правосознания судейского корпуса<sup>591</sup>.

С позиций социальной антропологии права, судебная практика наиболее приближена к реальным нуждам населения и позволяет достаточно

---

<sup>590</sup> Ллойд Д. Идея права. М., 2002. С. 299–300.

<sup>591</sup> Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М., 2007. С. 85–97.

оперативно реагировать на вызовы времени. Поэтому и значим один из важнейших принципов английского права, о котором мы уже упоминали выше: «право есть там, где есть его защита». Следовательно, защита субъективного права возможна только в суде, так как именно суд предоставляет возможность скорого и беспристрастного рассмотрения дела. По верному суждению А.Ф. Закомлистова, «при условии дефицита знания у большинства людей относительно правильного использования закона при обращении за судебной защитой возникает особое качество власти – юридическое как вид публичной рациональной деятельности, внутреннее существо которой освобождается от тайного религиозного содержания. Дистанция между судом и населением также приобретает рациональное и вполне доступное для повседневного понимания качество досудебной процедуры. При ее осуществлении происходит доведение искового формуляра до надлежащего удобоваримого для судебного разбирательства состояния – приемлемости заявления суду в двух измерениях: возможности его рассмотрения судом как компетентным органом и принятия его к рассмотрению тем судом, к подсудности которого оно отнесено по закону. Именно на этой стадии реализуется первичная стадия доступа к правосудию»<sup>592</sup>.

Значимость правосудия в Англии определяется основными принципами процессуального права, обеспечивающего реальный доступ к суду и его эффективность. Принципы эти сводятся к следующим:

- гласность судопроизводства;
- равенство прав сторон;
- диспозитивность процесса;
- состязательность процесса;
- процессуальный формализм судопроизводства<sup>593</sup>.

Разумеется, прецедент не является идеальной формой права. У него есть как достоинства, так и недостатки. По мнению А.К. Романова, преимуществами прецедента можно признать следующие его черты:

- определенность (обеспечение необходимой степени единообразия в решениях судов, на которую можно положиться);
- способность к развитию (с помощью прецедента могут устанавливаться новые положения права, а старые положения приспособляются к новым условиям и обстоятельствам);
- учет конкретных обстоятельств; практичность (нормы права конструируются с учетом реальных дел и уже существующих в действительности обстоятельств);
- гибкость (общая правовая норма может быть распространена на значительное количество реальных ситуаций).

Недостатками же прецедента, по утверждению А.К. Романова, выступают:

---

<sup>592</sup> Закомлистов А.Ф. Юридическая философия. СПб., 2003. С. 429.

<sup>593</sup> Пучинский В.К. Гражданский процесс зарубежных стран. М., 2007. С. 119–136.

- строгость (прецедент строг в том смысле, что он не допускает никаких отклонений, если был признан имеющим силу закона);

- опасность непоследовательности (те судьи, которые не хотят следовать конкретному решению, могут впасть в соблазн мотивировать это наличием весьма тонких и незначительных различий, якобы обнаруженных ими);

- громоздкость и сложность (благодаря системе прецедента объем правовых норм настолько велик, что отдельный человек не может претендовать на то, чтобы знать их все);

- медлительность изменений в праве (поскольку судебные тяжбы имеют тенденцию к затягиванию на годы, формирование нового права нередко не поспевает за стремительностью изменений в жизни общества);

- изолированность (собственно право оказывается изолированным от того судебного контекста, в котором оно развивается)<sup>594</sup>.

Как отмечает Р. Уолкер, «каждая норма права должна иметь свой источник. Если она не создана статутом, то она должна быть создана судом. Так, при отсутствии прецедента нарушается доктрина, и судья обязан прийти к решению по делу в соответствии с общими принципами. Даже в настоящее время бывают дела, для которых не находится прецедента. О таких делах говорят как о делах "по первому впечатлению" и от судьи требуется в этом случае создавать право, а не применять его»<sup>595</sup>.

Помимо судебного прецедента значимой формой права в Англии выступает законодательство (статуты), восприятие которого носит весьма своеобразный характер. На протяжении многих столетий английские высшие органы власти (монарх и парламент) не часто прибегали к изданию крупных нормативных актов. Большая часть общественных отношений регулировалась судебными прецедентами и правовыми обычаями, и лишь «начиная с 30-х годов XIX века английское законодательство подверглось последовательным преобразованиям во многих его важнейших отраслях. На протяжении нескольких десятилетий были изданы законодательные акты, консолидирующие правовые нормы по наиболее значительным институтам гражданского и уголовного права. При издании такого рода актов не ставилась задача кодификации целых отраслей права: они вбирали в себя (в упорядоченном виде) нормы отдельных правовых институтов, прежде рассыпанные в многочисленных законодательных актах, а нередко и сформулированные в нормах прецедентного права»<sup>596</sup>.

Согласно общему правилу, закон лишь вносит поправки и дополнения к судебной практике, хотя формально принятый Парламентом статут может изменить или отменить любое решение суда. Приоритет судебной практики обусловлен во многом незначительной ролью юридического по-

---

<sup>594</sup> Романов А.К. Правовая система Англии. М., 2000. С. 176–178.

<sup>595</sup> Уолкер Р. Указ. соч. С. 158.

<sup>596</sup> Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / под ред. А.Я. Сухарева. М., 2000. С. 108.

зитивизма в структуре английского правопонимания. Концептуально значимое место занимают в нем теория естественного права (в трактовке Дж. Локка) и социологическая юриспруденция. Кроме того, учтем и тот значимый факт, что Англия является родиной современной антропологии права (в силу наличия в XVIII – первой половине XX веков колониальной империи, управлять которой эффективно можно было лишь зная – хотя бы в общих чертах – традиции и обычаи подвластных народов)<sup>597</sup>. Восприятие той или иной формы права населением и ее действительное место в правовой системе самым тесным образом связано с ментальными особенностями того или иного народа и его исторической судьбой. Как отмечает Д. Ллойд, «вряд ли кто-то будет оспаривать обоснованность утверждений о необходимости вводить в человеческих сообществах определенные ограничения, например, в целях предотвращения убийств и воровства с тем, чтобы обеспечить само их существование. Но стоит лишь отвлечься от этих общих предпосылок и повнимательнее присмотреться к огромному разнообразию стандартов и правил поведения, принятых в разных обществах, как становится ясно, что с помощью подобных аргументов далеко не уйти»<sup>598</sup>.

Каково же реальное место статутов в английском праве? В самом общем виде акты, принимаемые Парламентом, могут быть подразделены на два вида:

1. Акты общего, публичного характера (определяют политическую линию, адресуются всему народу или его значительной части).
2. Акты индивидуального характера (адресованы определенной территории или конкретной организации либо группе частных лиц).

По содержанию все статуты можно подразделить на следующие категории:

1. Акты реформы права (принимаются в форме постановлений Палаты лордов или рекомендаций правовой комиссии).
2. Консолидированные акты (в рамках этих законодательных актов Парламента объединяются в одном законе несколько отдельных статутов, принятых ранее).
3. Кодифицированные акты (в этих законах делается попытка объединить все нормы права, относящиеся к одному вопросу или институту). Спецификой этого вида статутов является соединение норм материального и процессуального права в едином законе, что отличает именно английскую правовую систему от континентального права.
4. Акты о взимании доходов (это ежегодно принимаемые Парламентом финансовые акты, на основании которых вносятся предложения в бюджет).
5. Текущее законодательство (законы, принимаемые для решения повседневных вопросов жизни страны).

По субъекту принятия статутов действующее английское законодательство подразделяется на два вида: во-первых, это традиционное законо-

---

<sup>597</sup> Никишенков А. История британской социальной антропологии. СПб., 2008.

<sup>598</sup> Ллойд Д. Идея права. С. 129.

дательство (акты, принимаемые Парламентом), во-вторых, это акты органов Евросоюза, включенные в правовую систему Англии. Как отмечают современные компаративисты, «по мере расширения правового регулирования, осуществляемого с помощью норм, содержащихся в актах институтов Европейского союза, все больше набирает обороты процесс "европеизации" английского права, процесс "проникновения" и адаптации многих норм и институтов общеевропейского (континентального) права в систему англосаксонского (общего) права»<sup>599</sup>. Включение права ЕС в правовую систему Англии основывается на принципе верховенства права Союза по отношению к национальным правовым системам. Внешнее выражение верховенства права ЕС заключается в следующих положениях:

- если возникает коллизия между правом ЕС и национальным правом, то суд конкретной страны обязан руководствоваться при разрешении спора правом ЕС;

- национальные суды и трибуналы должны осуществлять толкование норм внутригосударственного права в соответствии с правом Союза;

- если возникли противоречия между учредительными актами ЕС и его текущим законодательством, то национальные суды, разрешая подобный спор, должны обратиться в Суд ЕС<sup>600</sup>.

Как отмечает А.К. Романов, «современное законодательство позволяет формировать, изменять или отменять положения действующего общего права. Во всяком случае в пределах, допускаемых системой представительной демократии, могут приниматься законы, положения которых в некоторой степени могут расходиться с требованиями морали и религиозными представлениями»<sup>601</sup>.

Большое значение в последние десятилетия приобрел принцип верховенства статутов, подтвержденный следующими положениями действующего права:

1. Никакой суд не в праве подвергать сомнению законность принятых Парламентом актов.

2. Статут, принятый Парламентом, может прямо отменять статут, принятый им ранее, или это может подразумеваться.

3. Целью принятия статута может быть внесение изменений, или отмена нормы общего права, или даже пересмотр уже состоявшегося судебного решения.

Особым видом статутов является делегированное законодательство, под которым понимаются изданные правительством по уполномочию (делегации) Парламента нормативные акты, фактически обладающие силой закона. Делегированное законодательство подразделяется на несколько видов:

---

<sup>599</sup> Марченко М.Н., Дерябина Е.М. Право Европейского Союза. Вопросы истории и теории. М., 2010. С. 123.

<sup>600</sup> Право Европейского Союза / под ред. С.Ю. Кашкина. М., 2010. С. 126.

<sup>601</sup> Романов А.К. Правовая система Англии. С. 131.

- приказы в Совете (распоряжения, принимаемые от имени монарха Тайным Советом);

- постановления и инструкции, принимаемые министрами или соответствующими департаментами правительства, если они наделены этими правами;

- подзаконные нормативные акты, принимаемые на местном уровне управления и действующие только на определенной территории.

Наличие обширного законодательства ни в коей мере не подрывает господствующего положения судебной практики. Судьи ведут себя достаточно независимо по отношению к статутам, не только осуществляя их толкование, но и создавая первичные нормы, могущие не соответствовать либо изменять законы. Как верно отмечает А.И. Ковлер, «самым большим пороком позитивизма, особенно наглядным на фоне других правовых систем, является фрагментарность правового бытия человека, плата за далеко зашедшую специализацию отраслей позитивного права. В результате "человек юридический" лишен той цельности, которая присуща, скажем, традиционным правовым системам или в определенной мере системе общего права. Отсюда и наиболее высокая степень отчуждения "человека европейского" от позитивного права <...>. В результате, имея в идеале самую совершенную и изощренную в нюансах правовую систему координат своего бытия, человек европейский все чаще вынужден уходить в зону "неправа"»<sup>602</sup>.

В Англии действуют устоявшиеся правила толкования статутов. В основном этот процесс осуществляется судьями, и ими были выработаны определенные презумпции судебного толкования законодательства:

1. Запрет фундаментальных изменений общего права.
2. Запрет установления уголовной ответственности без вины.
3. Недопустимость лишения собственности или вмешательства в законные субъективные права граждан.
4. Запрет сужения юрисдикции суда.
5. Закон не имеет обязательной силы для монарха, если иное прямо не определено в законе.
6. Запрет произвола и злоупотребления властью.
7. Запрет отмены естественных прав<sup>603</sup>.

Помимо презумпций, в процессе толкования используются определенные каноны, основное назначение которых – «определять пределы, в которых английские судьи могут считать себя свободными и не опасаться своими решениями вступить в конфликт с законодательной властью»<sup>604</sup>.

Каноны толкования подразделяются на следующие категории:

- грамматическое толкование;
- логическое толкование;

<sup>602</sup> Ковлер А.И. Антропология права. М., 2002. С. 312–313.

<sup>603</sup> Романов А.К. Право и правовая система Великобритании. С. 211–215.

<sup>604</sup> Там же. С. 216.

- историческое толкование;
- толкование на основе законодательства о правах человека.

Кроме того, активно используются специальные правила, выработанные многолетней судебной практикой. Эти правила следующие:

1. Правило буквального толкования, означающее, что если закон не содержит неясностей, словам, из которых состоит текст закона, следует придавать их обычный смысл и значение, несмотря на то, что это может поставить суд в затруднительное положение с точки зрения требований права и справедливости.

2. «Золотое правило», рассчитанное на те случаи, когда в тексте закона используются слова и выражения, которые могут пониматься по-разному. Оно позволяет суду избежать принятия абсурдных решений и допускает буквальное толкование лишь в тех пределах, в каких это не приводит к искажению смысла закона в целом.

3. Правило «устранения зла». Оно связано с целевым подходом в толковании законов и предусматривает, что в случае обнаружения какой-либо неясности текста или отдельных слов в законодательном акте суд имеет право обратиться к праву, действовавшему до принятия толкуемого закона.

Как справедливо писал крупнейший знаток английского права П.Г. Виноградов, «законодательство, как источник права, неотделимо от процесса интерпретации, осуществляемого судами, и что, следовательно, сам по себе процесс этот является подчиненным источником права. Невозможно на самом деле стеснять право судей анализировать казусы и применять к ним общие нормы, хотя бы то или другое конкретное применение не указывалось в самой норме и не имелось в виду законодателями»<sup>605</sup>.

В целом приоритет отдается ограничительному толкованию. Оно осуществляется на основании закона «Об объединении законодательных актов, касающихся толкования актов парламента, и о дальнейшем сокращении языка, используемого в актах парламента» от 30 августа 1889 г. Данный закон ввел определенный порядок осуществления процесса толкования.

1. Норма Закона о толковании применяется только в том случае, если в законах не предусмотрено специальное значение какого-либо термина или понятия или из их текста не следует иное их значение.

2. Принцип обратного действия толкования предусматривает, что в каждой норме Закона о толковании указывается, к толкованию каких законов, принятых до или после его вступления в силу, она применяется. При этом необходимо учитывать следующее:

- если закон предусматривает принятие нормативного подзаконного акта, то его терминология должна совпадать с законом, если сам закон не предусматривает иного (ст. 31 Закона о толковании);

---

<sup>605</sup> Виноградов П.Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе. М., 2010. С. 130.

- если какой-либо закон предоставляет кому-либо право издавать нормативные акты, то это право должно толковаться так же, как право отменять, отзывать, дополнять или изменять существующие нормативные акты, если иное не предусмотрено законом (ст. 32);

- лицо, совершившее деяние, признаваемое правонарушением одновременно по нескольким законам или одновременно по закону и обычному праву, будет нести ответственность либо по закону, либо по обычному праву и не будет наказано дважды за одно деяние (ст. 33);

- подзаконные акты, издание которых предусмотрено принятым, но не вступившим в силу законом, могут издаваться до вступления в силу данного закона, если издание таких актов является условием вступления закона в силу (ст. 37).

Как отмечает Ю.А. Митрофанов, «Закон о толковании отличается тщательным, доскональным описанием различных терминов, понятий и норм, используемых в законах. Кроме этого, Закон о толковании определяет правила использования этих терминов и понятий, а также устанавливает нормы права, регулирующие толкование законов. Естественно, что Закон о толковании устанавливает только самые существенные правила интерпретации в силу того факта, что урегулировать все ситуации, которые возникают при толковании норм права, просто невозможно»<sup>606</sup>.

Закон о толковании сформулировал основные принципы толкования обычного права, которые сводятся к следующим:

1. При толковании словам должно придаваться наиболее распространенное, обыденное значение.

2. Если имеется легальная дефиниция термина или если законодательством иным образом определено его значение, то в этом значении он и должен пониматься.

3. Если в законе используются специальные технические термины, то они должны пониматься так, как используются в соответствующей сфере.

4. Запрещается придание разных значений идентичным формулировкам в рамках одного и того же нормативного акта при отсутствии специальной оговорки об этом в самом нормативном акте.

5. При толковании любого статута должны быть получены ответы на следующие вопросы:

- какое обычное право существовало до принятия соответствующего статута?

- в чем состоял недостаток обычного права?

- какое средство статут предусмотрел для преодоления этого недостатка?

- в чем состоит причина использования именно этого средства?

В рамках английской правовой системы существуют различные приемы толкования статутов и обычного права. К таковым относятся:

---

<sup>606</sup> Митрофанов Ю.А. Толкование закона в Великобритании и его нормативное регулирование // Закон: создание и толкование. М., 1998. С. 207.

1. Толкование из контекста (смысл сказанного в законе определяется в контексте закона).

2. Прием «такой же, как другие с ним связанные» (слова закона должны одинаково пониматься во всем тексте закона, если в законе прямо не предусмотрено иное).

3. Прием «следуй тому же роду» – это установление конкретного значения слова в ряду других, когда существует неопределенность.

4. Прием «указание на одно исключает другое» (в отсутствие общего термина в перечислении список является закрытым).

5. Прием «все сомнения – в пользу обвиняемого» (если в статуте обнаружена неясность и неконкретность терминов, то все сомнения надлежит толковать в пользу обвиняемого)<sup>607</sup>.

Помимо статутов, значимой формой английского права продолжают оставаться правовые обычаи, широко применявшиеся до формирования общего права. На практике основная сложность их использования заключалась в том, что их нормы сильно различались в зависимости от конкретной местности, кроме того, обычное право было разным у горожан и сельских жителей. Это положение объясняется прежде всего тем, что «обычное право не было письменным, поэтому могло применяться местными судами, т.е. теми, кто непосредственно был знаком с существованием того или иного обычая. С введением королевского суда и монаршего правосудия на территории всей Англии распространяется единое общее право. Значение обычного права как источника правовых норм стремительно падает»<sup>608</sup>. Противоречия между правовыми обычаями и общим правом отмечены рядом ученых, изучающих аграрные отношения в Англии. Так, М.В. Винокурова констатирует тот факт, что крестьяне уже в XIV–XV вв. оказались перед выбором: обращаться в случае возникновения споров в суд лорда или руководствоваться правом справедливости. Выбирали обычно последнее, так как степень доверия к суду канцлера была несколько выше, чем к суду своего лорда<sup>609</sup>.

В настоящее время правовые обычаи применяются только в ограниченных масштабах и понимаются как особые правила, существующие с незапамятных времен. Основными признаками правовых обычаев являются следующие:

1. Существование обычая с незапамятных времен (на основании Первого Вестминстерского статута 1275 г. старинным считается обычай, существовавший с 1189 г.).

2. Разумность обычая (это требование предполагает, что данный обычай не будет поддержан, если он не имеет правового смысла).

3. Определенность обычая. Это правило раскрывается в точном обозначении:

---

<sup>607</sup> Романов А.К. Право и правовая система Великобритании. С. 226–232.

<sup>608</sup> Романов А.К. Правовая система Англии. С. 180.

<sup>609</sup> Винокурова М.В. Мир английского манора. М., 2004. С. 202–205.

- природы обычая;
- круга лиц, в отношении которых должен действовать обычай;
- местности, в пределах которой действует обычай.

4. Обязательность обычая (если обычай не обнаруживает обязательного для исполнения характера предусматриваемых им положений, он не может быть поддержан судом).

5. Непрерывность действия обычая (для того, чтобы обладать юридической силой, обычай должен сохранять своё действие без каких-либо перерывов «с незапамятных времен»).

6. Использование обычая с общего миролюбивого согласия (признание его положений жителями конкретной местности).

7. Согласованность обычая (в пределах данной местности все положения обычая должны логически не противоречить друг другу)<sup>610</sup>.

Все действующие правовые обычаи Англии можно сгруппировать в несколько определенно выраженных видов.

1. Местные обычаи. Такой обычай «может быть признан имеющим юридическую силу как источник конкретных субъективных прав, подлежащих защите в суде. Английское право, признавая обычай источником права, допускает его в ограниченных масштабах на местном уровне»<sup>611</sup>.

2. Обычай торгового оборота. Действующая практика допускает, что условия торгового контракта могут быть признаны не противоречащими праву ввиду существования того или иного обыкновения торгового оборота, а также на том основании, что их включение в контракт определяется уже устоявшимися торговыми взаимоотношениями и мотивируется разумно необходимыми требованиями эффективной коммерческой деятельности в данной отрасли. Под самим торговым обыкновением «понимается правило, фактически установившееся между участниками договора, которое используется для определения воли сторон, не нашедшей прямого выражения в договоре. Если обычай является источником права, то обыкновение им не признается. Это лишь способ толкования договора, исходя из предшествующего поведению участников договорных отношений»<sup>612</sup>. Непризнание М.И. Кулагиным деловых обыкновений в качестве вида правового обычая представляется нам необоснованным и существующим лишь (во многом) на уровне доктрины (причем доктрины не английского, а российского права). Очень многие правила ведения бизнеса в английском праве (как и в праве США) строятся на неписанных положениях, добровольно выполняемых сторонами. В противном случае сомнению подвергается деловая репутация субъектов права, что недопустимо с этических позиций. Деловые обыкновения признаются английской судебной практикой. Именно поэтому «существенной особенностью применения судами обычаев,

---

<sup>610</sup> Уолкер Р. Указ. соч. С. 84–87.

<sup>611</sup> Романов А.К. Правовая система Англии. С. 180.

<sup>612</sup> Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада // Избранные труды. М., 1997. С. 211.

возникающих в торговом обороте, является то, что суды не требуют доказательства существования такого правила с незапамятных времен. По существу, такие правила не являются, строго говоря, обычаями, а скорее торговым обыкновением, общеизвестными правилами поведения в определенной сфере деловой жизни, которым стороны должны следовать. Применение судом таких правил делает их частью прецедентного права»<sup>613</sup>. С позиций антропологического подхода к праву роль подобных форм взаимодействия между людьми весьма значима. Далеко не все формализованные правила пользуются авторитетом в глазах населения и не настолько сгущает краски А.И. Ковлер, говоря о повышенном стремлении европейского человека к сфере «неправа».

3. Конституционные обычаи. Особенностью Англии является отсутствие писаной конституции, которая заменяется множеством отдельных статутов, прецедентов и норм обычного права. Основные черты фактической конституции сложились естественно-историческим путем в процессе устоявшейся за несколько столетий конституционной практики. Например, королевская прерогатива юридически никогда не ограничивалась, но в реальности после «Славной революции» 1689 г. всё более и более сокращалась. Количество конституционных обычаев весьма велико<sup>614</sup>. По мнению ряда государствоведов, «конституционные соглашения – весьма своеобразный источник британского конституционного права. С одной стороны, они реально действуют как важное звено правовой системы, без которого последняя не сможет функционировать. С другой – большинство обычаев (за исключением так называемых древних, сложившихся до образования Англии как единого государства) не признается судами, т.е. нарушение конституционных соглашений не влечет юридической ответственности. Однако их несоблюдение в стране с высоким уровнем политической и правовой культуры может привести к серьёзным политическим последствиям для лиц, допустивших нарушение»<sup>615</sup>.

Также формой действующего английского права, помимо правовых обычаев, является каноническое право. Оно обрело собственный предмет регулирования в эпоху «папского абсолютизма» XI–XIII вв. Согласно Г. Берману, «новая система канонического права <...> охватывала только такие виды правовых отношений, которые подпадали под юрисдикцию церкви как корпоративного правового образования. Другие правовые отношения подпадали под соответствующие перекрывающие друг друга юрисдикции различных светских государств, включая королевства, феодальные домены, самостоятельные города. Каждый человек в западном христианском мире жил под управлением и канонического права, и одной или более светских систем. Плюрализм правовых систем внутри общего правового

---

<sup>613</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств. Т. 1. С. 71.

<sup>614</sup> Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть. М., 2006. С. 44–45.

<sup>615</sup> Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Особенная часть / отв. ред. Б.А. Страшун. М., 2006. С. 169–170.

порядка был существенной чертой структуры каждой из них»<sup>616</sup>.

Каноническое право на протяжении значительного исторического периода (до церковной реформы Генриха VIII 1534 г.) занимало существенную часть наличного «правового пространства» Англии. Религия была целостным мировоззренческим явлением, объяснявшим человеку его предназначение и готовившим его к переходу в «град небесный». Как следствие такого положения вещей – особый правовой статус служителей церкви, занимавших долгое время посты лорда-канцлера, высших судей и советников Короны. Для католической церкви «так называемое каноническое право – *jus canonicum* – на всем протяжении своего развития всегда имело своим последним материальным источником божественное право. Отсюда проистекало не только само его существование, но и его юридический характер»<sup>617</sup>.

На современное право Англии каноническое право оказывает существенное воздействие по двум направлениям.

Во-первых, нормы права справедливости по своему морально-нравственному содержанию опираются на каноническое право и в целом христианскую традицию (гуманизация наказаний и нравственное освящение брачно-семейных отношений)<sup>618</sup>.

Во-вторых, церковные суды до настоящего времени используют процедуры, разработанные средневековыми канонистами, а юрисдикция этих судов до середины XIX века охватывала значительную категорию дел, прежде всего – утверждение завещаний и регистрацию браков. Кроме того, церковные суды могли уполномочивать субъектов права на управление имуществом лиц, не оставивших завещаний. Вместе с тем, «споры о действительности завещаний на недвижимое имущество могли разрешаться только судами общего права. Несмотря на то, что вопросы, относящиеся к действительности завещаний, охватывались церковной юрисдикцией, всё, что относилось к толкованию завещаний и управлению именными, было из неё исключено. Эти вопросы входили в компетенцию Суда канцлера. Такое досадное раздвоение юрисдикции было закреплено Законами о судоустройстве и просуществовало до 1970 года, пока Закон об отправлении правосудия не переименовал Отделение по делам о наследствах, о разводах и по морским делам в Отделение по семейным делам и не передал все спорные вопросы, относящиеся к утверждению завещаний, в Канцлерское отделение»<sup>619</sup>.

Говоря о месте римского права в системе форм английского права, следует отметить тот факт, что его влияние ощущается в сфере деятельности церковных судов и в наследственном праве. Связано это с тем, что вопросы законности завещаний длительное время находились в руках церкви. В

---

<sup>616</sup> Берман Г. Западная традиция права. С. 218.

<sup>617</sup> Джероза Л. Каноническое право. М., 1999. С. 72.

<sup>618</sup> Лексикон: дискуссионные темы и неоднозначные термины в сфере семьи, жизни и этики. М., 2009.

<sup>619</sup> Уолтер Р. Указ. соч. С. 95.

качестве примера рецепции римского права в правовую систему Англии можно привести положения английского права о завещании воина (возможность завещания в устной форме в условиях военных действий).

С позиций социальной антропологии интерес представляет и такая форма английского права как разум. Его строгого (легального) определения в юридической литературе нет, что объясняется многогранностью этого явления. С формально-юридической (позитивистской) точки зрения, разум играет вспомогательную роль при вынесении решения суда в случае отсутствия статута, прецедента или правового обычая. В практическом же плане роль разума неоспорима. Широта судебского усмотрения настолько велика, что субъективные представления судьи зачастую играют определяющую роль при прочих равных условиях. По замечанию известного израильского судьи и учёного А. Барака, с мнением которого наша позиция совпадает, «процедурные ограничения (справедливость) и материальные ограничения (разумность) сокращают свободу судьи в производстве выбора, причем все они делают это с учётом способа выбора и с учётом природы факторов, которые судья может принять во внимание. Однако после того, как к ним всем прибегли, будут всё ещё случаи, наверняка немногие, в которых судья будет свободен выбирать из ряда возможностей без того, чтобы его выбор управлялся правовой системой»<sup>620</sup>. В принципе, затрагиваемая А. Бараксом проблема пределов и необходимости (неизбежности) судебского усмотрения актуальна не только относительно английской правовой системы, но и российской. Реформы судебного процесса в нашем Отечестве усилили интерес ученых к вышеозначенной тематике. Как отмечает Э.М. Мурадян, судья, в силу своего положения, осуществляет ряд необходимых процессуальных действий, к которым относятся:

- контроль за соблюдением сторонами правил распределения обязанностей по доказыванию;
- недопущение соглашений о процессуальных действиях, в нарушение императивных процессуальных правил;
- контроль за процессуальной добросовестностью участников процесса;
- определение относимости фактов и доказательств;
- исключение незаконных доказательств;
- определение, с опорой на мнение сторон, порядка исследования судебных доказательств;
- решение о допустимости доказательств;
- рассмотрение обращений и ходатайств сторон;
- обеспечение оптимального режима для установления истины и законности процесса<sup>621</sup>.

Английскими судами фактически созданы нормы права, которые представляют собой положения основной части (*ratio decidendi*) решения, вынесенного высшими судебными инстанциями (например, Палатой лордов).

---

<sup>620</sup> Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 39.

<sup>621</sup> Мурадян Э.М. Истина как проблема судебного права. М., 2004. С. 50.

Все то, что не является строго необходимым для разрешения конкретного спора, становится «попутно сказанным» (*obiter dicta*). Английское право, по своей сущности, является открытой системой, которая обладает только определенными методами применения норм, а каждое новое дело порождает и новые нормы. Эта открытость основана на особом положении суда как такового. Как справедливо отмечают Н.А. Колоколов и С.Г. Павликов, «в идеале предназначение судебной власти по отношению к гражданскому обществу можно обозначить как юридическое обслуживание, предоставление судебных услуг субъектам права (персонифицированным и неперсонифицированным) по разрешению возникающих между ними конфликтов. Судебные услуги, в отличие от обычных юридических, являются публичными. Здесь нет начал возмездности, нет отношений "клиент – представитель", и судья, олицетворяющий власть, не становится участником какого бы то ни было соглашения с субъектами процесса, а потому он не может иметь статуса ни стороны, ни представителя, ни посредника. Статус судьи исключает любую иную его роль, кроме судьи»<sup>622</sup>.

С позиции антропологической теории права, высокий статус суда опирается как на исторические традиции социума, так и на высокий уровень английской правовой культуры, обладающей своеобразной «плюралистичностью» и толерантностью.

### 4.3 Система английского права

По своему структурному построению современное английское право существенно отличается от романо-германской правовой семьи. Оно не приемлет отраслевую классификацию правовых норм и не предусматривает деления права на публичное и частное. Постоянно развиваются только отдельные институты права, большую роль в реализации права играет справедливость, основанная на праве, которое, в свою очередь, как уже указывалось выше, «есть там, где есть его защита». Кроме того, несмотря на формальное единство, право Англии по-прежнему можно подразделять на общее право и право справедливости. Первая из этих общностей обладает, по мнению А.Х. Саидова, специфическими чертами:

- английское общее право в отличие от романо-германского права развивалось не в университетах, не учеными-юристами, а юристами-практиками;

- нормы общего права рождались при рассмотрении королевскими судами конкретных дел, поэтому они менее абстрактны и рассчитаны на разрешение конкретных споров, а не на установление общих правил поведения на будущее;

- в странах англо-американской правовой семьи господствует судебный прецедент;

---

<sup>622</sup> Колоколов Н.А., Павликов С.Г. Теория судебных систем: особенности конституционного регулирования, судебного строительства и судебной деятельности в федеративном государстве. М., 2007. С. 101.

- между судебным прецедентом и сложившейся судебной практикой нельзя ставить знак равенства;

- судебный прецедент – интересный феномен, обеспечивающий эффективность, предсказуемость и единообразие судебной практики;

- законодательство как источник права постепенно занимает более важное, чем ранее, место в правовой системе стран англо-американской правовой семьи;

- современное правовое регулирование процесса рассмотрения дел в судах, хотя и закреплено на уровне закона, разрабатывалось судьями;

- современное соотношение судебной практики и законодательства меняет и роль юридической науки;

- для стран правовой семьи общего права не характерна кодификация;

- для правовой семьи общего права характерно наличие суда присяжных;

- в Англии сохраняют значение и старинные обычаи, отличающиеся многовековой стабильностью и всеобщим общественным признанием<sup>623</sup>.

В свою очередь, продолжающее действовать право справедливости также сохранило ряд особенностей (слияния с общим правом не произошло). К ним можно отнести следующие:

- нормы, созданные судом лорда-канцлера, опираются на справедливость;

- право справедливости может применяться только судом лорда-канцлера;

- процедура права справедливости не предусматривает суда присяжных;

- в суде лорда-канцлера можно просить вынесения решения, не предусмотренного общим правом;

- приказ, вынесенный лордом-канцлером, носит дискреционный характер, т.е. вмешательство лорда-канцлера допускается только при определенных обстоятельствах.

В настоящее время общее право включает в себя следующие институты:

- уголовная ответственность;

- договорные обязательства;

- гражданская ответственность.

Право справедливости, в свою очередь, состоит из следующих институтов:

- споры о недвижимости;

- траст (доверительная собственность);

- правовое положение торговых товариществ;

- дела о несостоятельности (банкротство);

- наследственное право.

Переходя к краткой характеристике отдельных институтов английского

---

<sup>623</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. С. 248–251.

права, остановимся на современном состоянии материального и процессуального права. К первому относятся (разумеется, условно) гражданское и уголовное право (хотя самих отраслей с такими названиями в английском праве нет), а ко второму – гражданский и уголовный процесс.

### **Гражданское право**

Источниками гражданского права в Англии во многом являются стату-ты, принятые в XIX–XX веках. Ими регулируются отношения собственности, найма на работу, семейно-брачные отношения. Структура английского гражданского права сложная и, в отличие от стран романо-германской правовой семьи, состоит из гораздо большего числа крупных правовых массивов (в терминологии, более привычной для российских юристов – подотраслей права). Традиционно к ним относятся:

1. Контрактное право (его нормы определяют, подлежит ли принудительному обеспечению выполнение обязательства, взятого на себя тем или иным лицом добровольно).

2. Обязательства из причинения вреда. Этот комплекс правовых норм (так называемое деликтное право) регламентирует обязательства по возмещению ущерба, возникающее в сфере невыполнения лицом общих обязанностей, лежащих на каждом (например – обязанность воздерживаться от нарушения границ частной собственности). В цивилистической литературе отмечается, что «в соответствии с общим правом Великобритании действие (или упущение) является правонарушением только в случае, если оно причиняет прямой ущерб, поддающийся денежной оценке. Не требуется, однако, доказательств вреда, поддающегося денежной оценке, в исках о нарушении владения как недвижимостью (*trespass to land*), так и движимым имуществом (*trespass to goods*), насилия над личностью, включая незаконное лишение свободы (*false imprisonment*), в исках из незаконного осуществления права собственности в отношении чужой вещи (*conversion of chattels*), из оскорбления – письменного (*libel*) или устного (*slander*)»<sup>624</sup>. По общему правилу, возмещение морального вреда осуществляется в двойном размере.

3. Право собственности. Это часть гражданского права, связанная с правовыми нормами, определяющими режим собственности на движимое и недвижимое имущество, аренду, а также на обращение товаров. Наибольший интерес представляет такая конструкция английского права собственности, как траст (доверительная собственность). Отечественные историки-юристы отмечают, что «возникновение этого института связано с ограничениями распоряжения землей, установленное "общим правом". Особенно большая роль в его возникновении принадлежит орденам нищенствующих монахов, дававших обет бедности, который лишал их права приобретать недвижимость, и церкви, которой было запрещено приобретать земли по Статуту о мертвой руке. Для обхода всех этих ограничений

---

<sup>624</sup> Основные институты гражданского права зарубежных стран / отв. ред. В.В. Залесский. М., 2009. С. 891.

церковь и монастыри стали передавать земли светским лицам, с тем чтобы последние управляли этими землями в их интересах. К такому же средству стали прибегать и отправлявшиеся в крестовые походы рыцари, которые передавали свои земельные владения доверенным лицам, с тем чтобы они управляли ими в интересах их жен или детей»<sup>625</sup>.

В настоящее время траст достаточно широко применяется. Сущность этого института сводится к тому, что собственник имущества назначает для управления им доверительного собственника. Последний также признается собственником, но часть получаемого дохода должен отдавать выгодоприобретателю – бенефициару и действовать в его интересах. Каждый из участников этих отношений является субъектом права собственности, однако не обладает всей совокупностью прав, его составляющих, т.е. единое право собственности расщепляется<sup>626</sup>.

1. Акционерное право. Нормы этого правового массива охватывают отношения, складывающиеся в связи с созданием и деятельностью акционерных обществ, отношений АО с их директорами, акционерами, кредиторами и служащими. Основными признаками корпорации (компании) выступают:

- ограниченная ответственность участников компании, заключающаяся в том, что никто не несет ответственности за долги другого лица, если данные лица не договорились об ином;

- переменный личный состав (перманентность деятельности компании независимо от выбытия акционеров);

- централизованное управление, отделенное от самих акционеров<sup>627</sup>.

Основными видами компаний являются:

- компании с ограниченной ответственностью (ответственность участников ограничена номинальной стоимостью акции);

- компании с ответственностью, ограниченной участниками суммой гарантии (в случае недостаточности имущества компании при ее ликвидации участники компании обязуются внести сумму такой гарантии);

- компании с неограниченной ответственностью участников по долгам компании<sup>628</sup>.

Кроме того, «в английском праве различают компании частные и публичные. По сравнению с континентальной Европой различие между этими двумя видами компаний носит скорее экономический характер. Частные компании – это прежде всего компании, относящиеся к сфере малого бизнеса, управляемые минимальным количеством лиц и не имеющие акционерного капитала. Публичные компании функционируют в сфере среднего и крупного бизнеса, как правило, имеют акционерный капитал и выпуска-

---

<sup>625</sup> История государства и права зарубежных стран (рабовладельческое и феодальное государство и право) / под ред. П.Н. Галанзы, Б.С. Громакова. С. 344.

<sup>626</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран / под ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. С. 220.

<sup>627</sup> Коммерческое право зарубежных стран / под ред. В.Ф. Попондополо. С. 86.

<sup>628</sup> Там же. С. 88.

ют акции по публичной (открытой) подписке. Управляют такими компаниями профессиональные менеджеры и директора, а не сами учредители»<sup>629</sup>.

2. Коммерческое право. Эта область гражданского права регулирует порядок заключения и расторжения контрактов. Сам контракт (договор) понимается в английском праве как обещание – сделанное другому лицу заявление или заверение, устанавливающее, что обещавший исполнит или воздержится от исполнения какого-либо действия, предоставляющее другому лицу право требовать исполнения этого заявления или заверения<sup>630</sup>. Основными признаками договора являются:

- связывание договорным обязательством двух субъектов (должника и кредитора);
- согласие должника считать себя связанным своим заявлением;
- намерение кредитора принять предложение.

В праве Англии договоры существуют в двух формах:

- договор за печатью (действителен независимо от встречного удовлетворения);
- простой договор (действителен только при наличии встречного удовлетворения).

3. Трудовое право регламентирует договорные отношения в процессе труда между работодателем и работником. Основными формами английского трудового права являются:

- статутное право (законы о труде);
- подзаконные акты;
- решения судов;
- коллективные договоры;
- акты предпринимателей;
- правовые обычаи;
- ратифицированные Парламентом конвенции МОТ.

Как отмечает И.Я. Киселев, «особенность британского трудового права состоит в том, что в результате вековой борьбы рабочий класс добился принятия парламентом законодательных актов, отменивших некоторые положения общего права, которое в целом враждебно работникам. Например, легализация профсоюзов и забастовок произошла в результате принятия законов, отменивших или ограничивших применение против профсоюзов и их деятельности доктрин общего права, судебных прецедентов, направленных против права на объединение и коллективные действия»<sup>631</sup>. В Англии очень сильные позиции в структуре гражданского общества занимают профсоюзы, являющиеся частью лейбористской партии.

4. Семейное право охватывает нормы, регулирующие вступление в

---

<sup>629</sup> Коммерческое право зарубежных стран. С. 88.

<sup>630</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран / под ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. С. 280.

<sup>631</sup> Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. С. 45.

брак, развод, ничтожные акты, опеку и попечительство, признание законности рождения. Основными формами семейного права являются:

- Закон о браке 1949 г.;
- Закон о реформе семейного права 1969 г.;
- Закон о признании брака недействительным 1971 г.;
- Закон о разводе и раздельном проживании супругов 1971 г.;
- Закон об имущественных отношениях супругов 1973 г.;
- Закон о реформе семейного права 1987 г.

Форм брака в Англии – две: гражданский (светский) брак и церковный. Фактические брачные отношения перестали признаваться общим правом с 1753 г. Законодательно определяются условия заключения брака, к которым относятся:

- вступающие в брак должны принадлежать к лицам разного пола;
- лица, вступающие в брак, должны достигнуть определенного возраста или брачного совершеннолетия (16 лет);
- наличие добровольного согласия вступающих в брак.

В свою очередь, препятствиями к заключению брака являются:

- запрет заключения последующего брака, пока не расторгнут предыдущий (принцип моногамии);
- запрет браков между лицами, находящимися в близкой степени родства (родственники по прямой восходящей и нисходящей линиям, полнородные и неполнородные, братья и сестры, двоюродные братья и сестры);
- наличие некоторых заболеваний (психические расстройства);
- запрет женщине на вступление в новый брак после прекращения предыдущего брака в течение определенного законом срока.

Основаниями для развода признаются:

- обоюдное согласие супругов;
- супружеская измена одного из супругов и невозможность в связи с этим совместного проживания;
- иное поведение супруга, исключающее возможность продолжения совместной жизни (душевное заболевание);
- оставление супругом семьи на срок не менее двух лет, непосредственно предшествующих подаче заявления;
- раздельное проживание супругов не менее двух лет, непосредственно предшествующих подаче заявления, при условии согласия супругов на развод;
- раздельное проживание супругов в течение не менее пяти лет, непосредственно предшествующих подаче заявления при отсутствии согласия одного из них на развод.

Как отмечают исследователи, «в Великобритании процедура развода состоит из двух частей. После принятия супругами решения о разводе они должны предпринять определенные шаги, направленные на сохранение брака (например, консультации с независимым советником). Если супруги все же считают необходимым расторгнуть брак, то сделать они это могут не ранее чем через три месяца после подачи заявления. Если у супругов

имеются дети в возрасте до 16 лет, то период раздумий автоматически удлинится на шесть месяцев. Бракоразводный процесс не может быть начат в течение первого года совместной жизни»<sup>632</sup>.

Специфическим является правовой статус детей в Англии. Они могут быть законнорожденными (появившимися в браке) и внебрачными. Законнорожденные дети имеют право на фамилию отца и наследование его имущества. Если же ребенок рожден вне брака, то фактический отец может признать его путем подачи в суд соответствующего иска.

Характерной чертой английского права, в том числе и гражданского (в широком смысле), является отсутствие кодификации и даже консолидации соответствующих норм. По наблюдениям компаративистов, «до сих пор не осуществлена всеобъемлющая кодификация семейного или наследственного, договорного или деликтного права. В этих областях в Англии предпочитают довольствоваться специальными законами, посредством которых регулируются отдельные вопросы. И все эти законы также рассматриваются как часть неписаного общего права, так как принимаются они на его основе, с использованием его понятий и категорий. И, соответственно, безусловно предполагается предварительное существование прав и доктрины, разработанных в рамках прецедентного права»<sup>633</sup>.

### **Уголовное право**

Эта сфера английской правовой системы состоит из большого количества отдельных консолидированных нормативных актов, включающих в себя нормы как материального, так и процессуального права. Попытки создать единый УК до сих пор не увенчались успехом в силу значительного «юридического традиционализма» населения и законодателей. По последним данным общее количество составов преступлений насчитывает более 7 тысяч. Если давать общую характеристику английскому уголовному праву, то оно отличается от романо-германского аналога одной очень важной чертой. Компаративисты справедливо отмечают, что «среди действующих уголовных законов подавляющую часть составляют акты, принятые в ходе реформы 1830–1880 гг. и после нее; хотя имеются и более ранние (старейший из действующих – Закон о государственной измене 1351 г.). Законодательство в сфере уголовного права в соответствии с нормами общего права ныне охватывает почти все основные институты Общей части, за исключением определения конкретных форм виновности и критериев в неменяемости, сформулированных в судебных прецедентах...»<sup>634</sup>. Основными статутными источниками английского уголовного права выступают:

1. Закон об уголовном праве 1957 года, в котором определена классификация преступлений.

---

<sup>632</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран / под ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. С. 633–634.

<sup>633</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 303.

<sup>634</sup> Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник. С. 113.

2. Закон об уголовном праве 1977 года с последующими дополнениями, определяющий ответственность за сговор и решающий некоторые другие вопросы общей части.

3. Закон о преступном покушении 1981 года, изменивший порядок привлечения к ответственности за предварительную преступную деятельность.

4. Закон о компетенции уголовных судов 1973 года, регламентирующий вопросы назначения наказания.

5. Закон о наказаниях за преступления 1997 года, усиливший уголовную ответственность за совершение наиболее тяжких преступлений.

6. Закон об исправлении правонарушителей 1974 года, излагающий проблемы целей и применения наказаний.

Как отмечает известный английский ученый К. Кенни, характеризуя значимость уголовного права, «притягательная сила этой отрасли знания для каждого вдумчивого человека объясняется непосредственной связью уголовного права с самыми животрепещущими социальными вопросами нашего времени и с глубочайшими этическими проблемами всех времен. Да и почти всякий человек, вдумчивый или легкомысленный, неизбежно подпадает под влияние драматической силы уголовного права, жизненной и бурной природы тех событий, на которые направляются внимание и репрессия уголовных судов, а также тех средств, при помощи которых эти суды осуществляют репрессию»<sup>635</sup>.

Ответственность за совершение конкретных преступлений определяется в ряде особых нормативных актов, в числе которых следует указать:

1. Закон об убийстве 1957 года.
2. Закон о преступлениях против личности 1961 года.
3. Закон о похищении детей 1984 года.
4. Закон о преступном причинении ущерба имуществу 1971 года.
5. Закон о государственной измене 1351 года.
6. Закон о расовых отношениях 1976 года.

Говоря о субъекте преступления, следует отметить тот факт, что «специальным статутом установлен возраст уголовной ответственности в Англии. На основании Закона о детях и молодых людях 1933 г. (действующего в редакции 1968 г.) к уголовной ответственности могут привлекаться лица, достигшие 10-летнего возраста»<sup>636</sup>.

Все преступления в Англии можно классифицировать по нескольким критериям:

1. Арестные и неарестные преступления. Арестными являются преступления, за совершение которых назначается наказание в виде лишения свободы на срок свыше 5 лет. Среди них законодателем выделяются:

- тяжкие преступления (убийство, государственная измена);

---

<sup>635</sup> Кенни К. Основы уголовного права. М., 1949. С. 2.

<sup>636</sup> Малиновский А.А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. М., 2002. С. 69.

- преступления, наказуемые по законам о предупреждении терроризма, а также транспортные преступления, повлекшие смерть человека;
- все другие преступления, совершение которых привело или должно было привести к ущербу для государства, публичного порядка и отправления правосудия;
- любое преступление, содержащее угрозу наступления тяжких последствий.

Арест по таким преступлениям допускается без приказа судьи (на основании ст.116 Закона о полиции и доказательствах по уголовным делам 1984 г.).

2. Суммарные преступления и преступления, преследуемые по обвинительному акту. К ним относятся:

- а) суммарные преступления (дела о них рассматриваются магистратскими судами в упрощенном порядке);
- б) преступления, преследуемые по обвинительному акту (разбираются в Суде Короны с участием присяжных заседателей);
- в) преступления «смешанной юрисдикции», которые могут преследоваться в любом из вышеназванных порядков.

Основными видами наказаний по английскому уголовному праву выступают:

- лишение свободы;
- ограничение прав и свобод лица, совершившего преступление (пробация);
- штраф (в отношении физических и юридических лиц).

Основными целями наказания считаются:

- публичное возмездие за совершенное преступление;
- изоляция лиц, совершивших преступление, от законопослушных граждан;
- исправление лица, совершившего преступление;
- предотвращение совершения новых преступлений потенциальными правонарушителями<sup>637</sup>.

### **Уголовный процесс**

Английское законодательство предусматривает возможность существования нескольких последовательных стадий уголовного процесса. Этими стадиями являются:

- досудебные действия по выявлению и собиранию доказательств (полицейское расследование);
- предварительное рассмотрение материалов дела магистратским судом;
- разбирательство дела по существу в магистратском суде или Суде Короны;

---

<sup>637</sup> Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебrenникова А.В. Уголовное право зарубежных стран. М., 2008. С. 260–261.

- оспаривание законности осуждения (апелляция)<sup>638</sup>.

Если определять круг источников английского уголовного процесса, то, прежде всего, «Англию вполне можно отнести к числу государств т.н. англосаксонского мира, где в последние десятилетия сделано много для обновления "правового хозяйства" путем принятия законов, существенно корректирующих и консолидирующих складывавшиеся в течение веков правовые предписания, в том числе в сфере уголовного судопроизводства. Одновременно обновлялись и не менее многочисленные подзаконные акты, конкретизирующие законы и тем самым способствующие их правильному уяснению и соответственно – применению. Характерное свойство писаных источников уголовно-процессуального права Англии состоит в том, что в этой стране никогда не было уголовно-процессуального кодекса или иного подобного закона, который всесторонне и полно регламентировал бы производство по уголовным делам»<sup>639</sup>. К числу позитивных источников уголовного процесса в Англии относятся:

- Закон о присяжных 1974 г.;
- Закон о юридической помощи 1974 г.;
- Закон о магистратских судах 1980 г.;
- Закон о преследовании преступлений 1985 г.;
- Закон о коронерах 1988 г.;
- Закон об апелляции по уголовным делам 1995 г.;
- Закон о мировых судьях 1997 г.;
- Закон о правах человека 1998 г.;
- Закон о правосудии для несовершеннолетних и доказательствах по уголовным делам 1999 г.

Исследователи обращают внимание и на тот факт, что, «несмотря на обилие законов и иных актов писаного права, а также на <...> значительное повышение их роли в правовой системе Англии, нормы неписаного права не сдали позиций полностью. Они сохранили свое регламентирующее значение. <...> Продолжают они жить и в сфере уголовного судопроизводства. Правда, не везде (не во всех стадиях и процессуальных институтах) в одинаковой мере. Пожалуй, наиболее отчетливо существенная роль норм неписаного права в настоящее время прослеживается в регламентации вопросов общей части уголовного процесса, в первую очередь вопросов доказывания...»<sup>640</sup>.

Характеризуя конкретные стадии английского уголовного процесса, следует обратить внимание на то обстоятельство, что внесудебное расследование обладает следующими чертами:

- носит состязательный характер;
- исходит из принципа частного преследования;

---

<sup>638</sup> Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М., 2002. С. 48–49.

<sup>639</sup> Там же. С. 49–50.

<sup>640</sup> Там же. С. 57–58.

- ведется от имени Короны.

По мнению Т.В. Апаровой, «уголовное преследование в Англии, несомненно, ведется от имени королевы, но это не означает, что всякое возбуждение уголовного процесса осуществляется представителем государственной власти. Идея частного преследования, унаследованная от феодального права, была воспринята буржуазной юриспруденцией. Теоретически на всех гражданах лежит обязанность преследовать преступления. На практике расследованием преступлений занимается полиция, которая, однако, не может выступать в качестве обвинителя в суде в силу своего статуса органа, лишь "помогающего" в расследовании»<sup>641</sup>.

Возможно полное отсутствие предварительного следствия, так как Служба государственных обвинителей была создана только в 1985 г. и имеет ограниченную компетенцию. Закон об уголовном правосудии 1987 г. позволяет поручать расследование дел полиции или независимому следователю, которым, как правило, является адвокат или частный детектив. Государственный обвинитель, получив материалы расследования, самостоятельно решает вопрос о поддержании обвинения в суде. Уголовный процесс не имеет однообразной формы судопроизводства, и порядок рассмотрения дел зависит от вида преступления.

Закон о полиции и доказательствах по уголовным делам 1984 г. ввел определенные правила поведения полицейских при совершении ими процессуальных действий. Арест подозреваемого допустим без судебного приказа при наличии «разумных оснований» (обнаружение оружия, предметов преступления или причастности к совершению преступления, относимого к категории тяжких). Обыск может проводиться везде, кроме жилого дома, о чем составляется протокол на основании ст. 13 Закона о полиции. Этот же нормативный акт позволяет полиции задержать машину, если есть предположения, что в ней находится лицо, совершившее арестное преступление, или свидетель по такому делу (ст. 4 Закона).

По общему правилу для проведения обыска в жилом помещении полиция должна получить приказ магистратского судьи, который перед его выдачей обязан убедиться в том, что владелец дома не согласен добровольно пустить полицейских или имеется опасность уничтожения доказательств. Закон установил перечень доказательств, не подлежащих изъятию. К ним относятся:

- документы, не изымаемые в силу законной привилегии (адвокатское досье);
- материалы, не принимаемые в качестве доказательств (записи личного характера, медицинские документы, журналистский материал);
- специальный процессуальный материал (конфиденциальные записи работника, обнаруженные у работодателя).

Арест без приказа судьи по неарестным преступлениям возможен на основании ст. 25 Закона о полиции, если:

---

<sup>641</sup> Апарова Т.В. Суды и судебный процесс Великобритании. М., 1996. С.97.

- полицейский не может установить личность и адрес подозреваемого или не верит тому, что сказано подозреваемым;

- полицейский убежден в том, что подозреваемый не останется на месте в период времени, которое потребуется для получения повестки;

- необходимо предотвратить ущерб, который грозит наступить в результате действий подозреваемого по отношению к другим лицам или собственности.

Законодательно устанавливаются сроки содержания без предъявления обвинения:

1. Лицо не должно содержаться в полиции более 24 часов без предъявления обвинения.

2. Лицо может содержаться под стражей до 36 часов по распоряжению полицейского чиновника, который полагает, что необходимо продолжать допрос для получения показаний, а совершенное преступление относится к арестным, и расследование должно быть тщательным и быстрым.

3. Задержание лица может быть продлено еще на 36 часов по приказу магистратского судьи, который рассматривает этот вопрос в закрытом заседании, но в присутствии подозреваемого и его адвоката.

4. По просьбе полиции магистратский судья может продлить задержание еще на 36 часов, однако общий срок задержания не может превышать 96 часов.

5. В течение первых 36 часов задержания полиция вправе отказать подозреваемому в возможности прибегнуть к помощи адвоката и в извещении родственников.

Если уголовное дело поступило в суд, то тип процесса определяется судьей самостоятельно на основании Закона о магистратских судах 1980 г. На любой стадии процесса может быть заключена «сделка о признании вины» (около 90% всех уголовных дел в Англии оканчивается подобной сделкой). Как отмечают современные ученые, «юридическая природа института признания вины в английском уголовном процессе делает практически возможным ведение между сторонами переговоров и заключение соглашений, согласно которым обвинение идет защите на определенные уступки (исключает из обвинительного акта отдельные пункты обвинения, смягчает квалификацию обвинения и т.д.) в обмен на обязательство обвиняемого признать свою вину. В результате такой сделки обвинение освобождается от бремени доказывания, поскольку оно приобретает уверенность в вынесении обвинительного приговора, а обвиняемый получает гарантию менее тяжкого наказания»<sup>642</sup>. Мера наказания в таком случае определяется судьей единолично без проведения судебного заседания.

Если обвиняемый не признает своей вины и совершено преступление, преследуемое по обвинительному акту, то дело рассматривается в Суде Короны с участием присяжных. Процесс в такой ситуации состоит из нескольких последовательных стадий:

---

<sup>642</sup> Гуценко К.Ф. и др. Указ. соч. С. 131–132.

1. Предварительное слушание, значение которого определяется следующими обстоятельствами:

- никто не должен предстать в качестве подсудимого перед Судом Короны без достаточных к тому оснований;
- стороны могут ознакомиться с некоторыми материалами, собранными противоположной стороной в ходе досудебного производства;
- решается вопрос о предметной подсудности;
- суд решает вопрос о мере пресечения;
- стороны могут ходатайствовать о допросе свидетелей и закреплении их показаний.

2. Судебное разбирательство, также предполагающее наличие нескольких этапов:

- выяснение позиции обвиняемого по делу и подготовительное слушание;
- формирование скамьи присяжных;
- собственно разбирательство с участием присяжных и вынесение вердикта, могущего существовать в нескольких вариантах:

а) генеральный вердикт, когда присяжные однозначно решают вопрос о виновности или невиновности подсудимого в предъявленном ему обвинении;

б) вердикт, разделенный на части, выносимый в случаях, если подсудимый виновен не по всем пунктам обвинения;

в) вердикт, изменяющий обвинение, если подсудимый признан виновным в совершении другого преступления;

г) специальный вердикт, в котором присяжные признают установленными определенные фактические обстоятельства, лежащие в основе обвинения, но оставляют открытым вопрос о виновности лица<sup>643</sup>.

Особенностью английского уголовного процесса, как уже говорилось выше, является возможность использования суммарного производства, которое часто осуществляется заочно. Кроме того, если судебный процесс начался, а подсудимый сообщил, что им не был получен вызов, то все производство по делу отменяется. Закон также допускает неявку государственного обвинителя, если он заранее представил суду доказательства виновности обвиняемого.

Характеризуя апелляционное производство, следует отметить, что по делу возможно вынесение следующих решений:

- отклонение апелляции;
- вынесение альтернативного вердикта;
- издание приказа о новом рассмотрении дела, если суд получил новые доказательства;
- издание приказа о повторном рассмотрении дела, если судом первой инстанции были допущены ошибки, делающие все производство недействительным;

---

<sup>643</sup> Гуценко К.Ф. и др. Указ. соч. С. 139–140.

- аннулирование вердикта о виновности в связи с неспособностью подсудимого давать объяснения в силу душевной болезни или вынесение вердикта об оправдании подсудимого по причине его недееспособности и издание приказа о его помещении в больницу.

### **Гражданский процесс**

Английский гражданский процесс отличается от аналогичных правоотношений романо-германских стран рядом специфических черт. Прежде всего, как верно отмечает Н.Г. Елисеев, «здесь действует прецедентное право. Содержащиеся в судебных решениях нормы, как *lex specialis*, подлежат применению в первую очередь и являются непосредственным источником регулирования процессуальных правоотношений. Следовательно, адекватное представление об английском гражданском процессе невозможно получить без изучения судебной практики. Тем не менее значение законов (*statutes*) и принятых на их основе иных нормативных актов велико. Во-первых, по отношению к прецедентам они обладают высшей юридической силой. Во-вторых, они содержат основополагающие предписания, которые затем конкретизируются в судебных прецедентах»<sup>644</sup>.

Если говорить о соотношении законодательства и прецедентов в гражданском процессе Англии, то, по утверждению А.К. Романова, «процессуальная сторона деятельности английских судов характеризуется отсутствием завершенной и целостной законодательной базы. Процессуальное законодательство в европейском понимании здесь просто отсутствует, так как все процессуальные и процедурные вопросы деятельности судов и других участников процесса регламентируются нормами прецедентного права и актами делегированного законодательства, издаваемыми Верховным судом»<sup>645</sup>. В отечественной компаративистской литературе специально обращается внимание на тот факт, что «источниками гражданского процессуального права в Англии являются прежде всего законодательные акты судеустройственного характера, определяющие структуру, компетенцию и некоторые вопросы деятельности судов соответствующих уровней»<sup>646</sup>.

Законодательными источниками гражданского процесса в современной Англии выступают:

- Закон о Верховном суде 1981 г.;
- Закон о судах графств 1984 г.;
- Закон о магистратских судах 1980 г.;
- Правила гражданского судопроизводства 1999 г.;
- Закон о доказательствах 1938 г.;
- Закон о доказательствах по гражданским делам 1968 г.;
- Закон о доступе к органам правосудия 1999 г.;
- Закон о солиситорах 1974 г.

Форма обращения в суд определяется видом спора и в зависимости от

---

<sup>644</sup> Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. М., 2004. С. 54.

<sup>645</sup> Романов А.К. Правовая система Англии. С. 232.

<sup>646</sup> Правовые системы стран мира. С. 116.

этого предусматривает соответствующие процедуры. Например, в судах графств рассматриваются следующие процессуальные формы обращений:

- исковые заявления;
- исковые ходатайства;
- исковые прошения.

В свою очередь, в Верховном суде допустимы следующие формы обращения:

- истребование судебного приказа;
- направление искового извещения;
- представление искового ходатайства;
- обращение с исковым прошением.

#### 4.4 Правовая система Шотландии

С позиции социально-антропологического подхода к праву уже упоминавшаяся нами выше «плюралистичность» выражается в функционировании на территории одной страны нескольких правовых систем и правовых порядков. Речь идет о таком феномене, как правовая система Шотландии. Отличная от Англии система права Шотландии сформировалась в XIII–XV веках под сильным влиянием Франции. Эта правовая ориентация была связана с политическим союзом двух государств и общностью религии (католицизм). Именно во Франции проходили обучение будущие шотландские юристы в связи с отсутствием долгое время на их родине университетов. Правовая система Шотландии восприняла и многие положения римского права, что только придало ей дополнительную устойчивость в борьбе за собственную самобытность. На римском праве основываются юридическая терминология и важнейшие приемы юридической техники. Так, по мнению Т.В. Апаровой, «римское право сыграло роль "общего права" Шотландии. До настоящего времени сохранилось его влияние в отдельных институтах гражданского права, в правовой терминологии, в делении права на публичное и частное. В то же время шотландские суды полностью восприняли английскую прецедентную систему. Право Шотландии никогда не было кодифицировано, а создавалось с самого начала из судебных решений шерифов и юстициариев. Однако шотландский метод толкования норм права ближе к континентальному, чем к англосаксонскому»<sup>647</sup>.

В отечественной компаративистике и государствоведении имеются и другие точки зрения на типологическую сущность права Шотландии. По мнению А.Х. Саидова, эту систему следует отнести к семье общего права, а не романо-германского. В качестве аргумента известный ученый использует деятельность высших судов Великобритании и Парламента Королевства. Эта деятельность создает условия для того, что «"прецедентное" право, действующее под влиянием палаты лордов, а также законы, принимаемые английским парламентом, являются для Шотландии теми каналами,

---

<sup>647</sup> Апарова Т.В. Суды и судебный процесс Великобритании. С. 123.

по которым происходит воздействие английского права. В результате правовая система Шотландии, имея корни в романо-германском праве, в настоящее время развивается все больше в сторону английского общего права»<sup>648</sup>.

Скорее всего, можно говорить (пользуясь языком синергетики) о вхождении шотландского права в новую «зону бифуркации». Дальнейшее развитие этой системы будет зависеть от множества факторов, наиболее значимым из которых является проведение в 1997 г. референдума о воссоздании регионального парламента. Авторы фундаментального энциклопедического издания, посвященного правовым системам современного мира, придерживаются, на наш взгляд, более взвешенной позиции, чем А.Х. Саидов. По их мнению, «наряду с общим правом все более возрастающую роль играют законодательство и подзаконные акты. Постепенное, но неуклонное расширение сферы законодательной регламентации усиливает влияние английского права. В Шотландии те же статуты британского парламента, которые либо содержат указания о том, что распространяются на ее территорию, либо изданы только для Шотландии, что отражено в названии (например, Закон об уголовном праве для Шотландии). Сохраняют свое значение и многие акты, изданные некогда (до 1707 г.) парламентом Шотландии. Вновь созданный (избран в 1999 г.) парламента Шотландии, очевидно, сформирует собственное законодательство, опираясь на традиции шотландского общего права и английский опыт»<sup>649</sup>.

Позволим себе высказать собственное мнение по данной проблематике. Получив возможность избрать собственный парламента и региональные органы исполнительной власти, а также развивать самобытную правовую систему, Шотландия достаточно быстро трансформируется в субъект федерации. На основании Акта о Шотландии 1998 г. законодательно закрепляются следующие принципы организации власти в регионе:

- разделение власти между парламентом и правительством;
- подотчетность исполнительной власти парламента и их общая подотчетность населению;
- равные возможности населения в осуществлении власти;
- система сдержек и противовесов<sup>650</sup>.

Воссозданный парламента обладает достаточно обширными законодательскими полномочиями. Их ограничение осуществляется по территориальному принципу. Так, «шотландский парламента не может принимать акты по вопросам, являющимися предметами правового регулирования других органов страны или последней в целом (так называемые зарезервированные вопросы), а также, если это будет противоречить международным обязательствам страны или праву Евросоюза»<sup>651</sup>. По результатам вы-

<sup>648</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М., 2000. С. 284–285.

<sup>649</sup> Правовые системы стран мира. С. 117.

<sup>650</sup> Еремина Н.В. Проблема статуса Шотландии в 90-е годы XX века. СПб., 2005. С. 113; Коданева С.И. Британский регионализм (конституционные реформы). М., 2004. С. 70.

<sup>651</sup> Коданева С.И. Британский регионализм. С. 70.

боров в региональный парламент в 1999, 2003, 2008 гг. около 30% избирателей проголосовало за Шотландскую народную партию, стремящуюся к достижению независимости от Англии. Все необходимые юридические механизмы для этого уже имеются. Учитывая самостоятельное правовое развитие и независимую от Англии судебную систему, можно вполне четко представить себе дальнейшую эволюцию Шотландии.

### **Источники права Шотландии**

1. Доктрина прецедента. Она начала складываться после заключения Унии с Англией в 1707 году. Все решения Палаты лордов по делам, рассмотренным английскими судами, не являются обязательными для Шотландии. Вместо этого действует правило «убеждающих прецедентов», заключающееся в том, что нормы, аналогичные в Англии и Шотландии, обладают особой убеждающей силой.

2. Юридическая доктрина. В этом качестве до сих пор используются несколько юридически значимых компиляций: «Regiam maestatem» (комментарии о судебном процессе в королевских судах) и «институции шотландского права» (опубликованы судьей Стэрмом в 1681 г. в качестве систематизированного энциклопедического труда, опирающегося на принципы римского права).

3. Законодательство. В отличие от Англии, правовая система Шотландии систематизирована и подразделяется на публичное и частное право. Основные отрасли права опираются на многочисленные законы, которые, в свою очередь, базируются на принципах римского права и традиции романо-германского мира. Современные компаративисты точно подметили, что «шотландское право, в противоположность английской самоограниченности общего права, приобрело в некотором роде "вселенский" характер. В нем уживались собственно обычное право, особенно феодальное земельное право, шотландские законы, римское право и естественно-правовое учение»<sup>652</sup>.

Характеризуя в целом современное состояние правовой системы Шотландии, отметим ее специфические особенности:

- отсутствие дуализма гражданского права в виде параллельных систем общего права и права справедливости;
- отсутствие в гражданском процессуальном праве исковых приказов;
- осуществление публичного обвинения службой государственного уголовного преследования.

### **Судебная система Шотландии**

Шотландия обладает самостоятельностью в сфере судоустройства и судебного процесса. Все суды строятся по жестким иерархическим принципам. Высшими судами являются:

1. Сессионный суд, рассматривающий гражданские дела. Во главе этого суда находятся лорд-председатель и лорд-судебный секретарь. Самых судей 20 человек, которые распределены между двумя палатами. Внешняя

---

<sup>652</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 308.

палата (12 судей) является судом первой инстанции по рассмотрению гражданских дел при цене иска свыше 1 тысячи фунтов. Рассмотрение дел осуществляется судьями единолично. Внутренняя палата (8 судей) является апелляционной инстанцией для Внешней палаты и всех нижестоящих судов.

2. Высокий суд юстициария. Во главе этого суда находится лорд-главный судья, совмещающий свой пост с председательствованием в Сессионном суде. Судьи этого суда называются лордами-комиссарами юстициария и являются по совместительству судьями Сессионного суда. Высокий суд юстициария рассматривает уголовные дела, кроме дел суммарного производства. Он также выступает в качестве апелляционной инстанции для всех нижестоящих судов.

Судами среднего звена являются шерифские суды (6 округов), во главе которых находятся главные шерифы, одновременно возглавляющие шерифства (области) – административные единицы Шотландии. Их уголовная юрисдикция включает право рассматривать совместно с 15 присяжными дела о преступлениях, преследуемых по обвинительному акту, а единолично – дела суммарного производства. Гражданская юрисдикция соответствует подсудности Сессионного суда, кроме споров о личном статусе. При вынесении решения или приговора шерифы связаны решениями вышестоящих судов.

Низшим звеном являются районные суды, созданные в 1975 г. Судьями в них становятся выборные магистраты без юридического образования. Уголовная юрисдикция этих судов предусматривает возможность наложения штрафа до 2 тысяч фунтов и лишения свободы на срок до 60 дней. К гражданской юрисдикции в основном относятся семейные споры.

Существует и особая группа специализированных судов, включающая: церковные суды, Шотландский земельный суд, транспортные трибуналы, Дисциплинарный суд Солиситоров Шотландии, лицензионные трибуналы, трибуналы по спорам о взыскании ренты.

По действующим правилам, «судьи шотландских судов назначаются на свои должности либо британским монархом по рекомендации государственного секретаря по делам Шотландии, либо, когда речь идет о мирных судьях, самим государственным секретарем»<sup>653</sup>.

### **Судебный процесс**

**Гражданский процесс** состоит из нескольких последовательных стадий. Это:

а) Обмен состязательными бумагами. Он оформляется открытым протоколом, представляющим собой брошюру, в которой воспроизводятся повестки, исковые требования, ссылки на факты и закон, а также возражения ответчика. Адвокаты сторон согласовывают этот протокол, отмечая те пункты, по которым не достигнуто согласия.

б) Судебное разбирательство. На этом этапе в первую очередь рассмат-

---

<sup>653</sup> Правовые системы стран мира. С. 124.

риваются вопросы права. Допускаются дебаты сторон по обсуждаемым вопросам.

в) Вынесение решения. Оно должно быть вынесено в течение 3 часов по окончании процесса. Если этого не произошло, то судья может распустить состав присяжных, принимавших участие в разбирательстве, и назначить новое рассмотрение дела в ином составе. Присяжные могут вынести следующие виды вердикта:

- общий, отвечающий на вопросы, поставленные адвокатами сторон;
- специальный, отвечающий на вопросы фактов, сформулированных судьей в напутственном слове присяжным.

Мировое соглашение между сторонами может быть заключено на любой стадии процесса. Оно оформляется путем подписания совместного протокола.

**Уголовный процесс** также отличается от английского рядом особенностей. Предварительное расследование в Шотландии осуществляет служба государственных обвинителей (прокураторы – фискалы), обладающая широкими полномочиями.

Судебное разбирательство ведется либо в порядке суммарного производства, либо по обвинительному акту с участием присяжных. Адвокат и прокурор могут до начала судебного процесса обсудить возникшие спорные вопросы. Если в течение 110 дней с момента взятия подозреваемого под стражу не назначено судебное разбирательство, то он должен быть отпущен на свободу. По результатам судебного разбирательства присяжные могут вынести одно из следующих решений: виновен; не виновен; не доказано.

В целом же, «испытывая влияние английских норм, шотландское право оказывает, в свою очередь, известное обратное воздействие. За последние десятилетия некоторые положения, давно сформулированные в шотландском праве, были воспроизведены английским уголовным законодательством (например, институт уменьшения вменяемости). Уголовный процесс в Шотландии в своих основных чертах исторически более близок к французской системе судопроизводства»<sup>654</sup>. Каким в итоге своей эволюции окажется состояние шотландского уголовно-процессуального законодательства и правовой системы в целом, покажет время.

## **Глава 5. Правовая система США**

### **5.1 Формирование американского права**

На территории будущих США до появления европейских колонистов не существовало государственности и какой бы то ни было правовой системы, так как незначительные политические образования индейских племен в форме вождеств не успели развиваться до стадии раннего государства

---

<sup>654</sup> Правовые системы стран мира. С. 113.

и не оказали на последующие события никакого существенного влияния. В 1607 году на землю, получившую впоследствии название Новая Англия, высадились первые колонисты-пуритане, начавшие сразу же создавать властные структуры и органы правопорядка одновременно с освоением новых территорий. Как отмечает В.Л. Паррингтон, «пуританство представляло собой открытый вызов, брошенный нарождавшимся индивидуализмом традиционной социальной незыблемости английских общественно-политических институтов, так что успехи пуританского движения с неизбежностью привели к далеко идущим социальным переменам. Если мы представим себе формирование современного общества как процесс, прошедший через две большие фазы: распад корпоративного феодального строя на отдельных неорганизованных членов общества и объединение этих свободных индивидов в новое социальное образование, – то историческая роль английского пуританства станет нам более ясной. Оно было одной из тех разрушительных сил, которые подорвали традиционное единство церкви и государства, создав революционную философию прав личности, призванную освободить индивида и как христианина и как подданного от оков, накладываемых на него неизменным положением в корпоративном обществе»<sup>655</sup>.

Поскольку первыми поселенцами были именно пуритане (протестанты), искренне пытавшиеся на новой родине создать совершенное общество, то вполне понятным являлось использование ими Библии в качестве первоисточника права и социального порядка в целом. Конечно, колонисты принесли с собой правовые обычаи и статутное право Англии, но изначально использовали их чисто прагматично, применяя только тогда, когда для этого создавались благоприятные обстоятельства. Кроме того, степень самоорганизации колонистов оказалась столь высокой, что уже к середине XVII века жители отдельных американских колоний стали принимать специальные хартии (документы конституционного характера), в которые включались вопросы устройства колоний и система прав и обязанностей граждан (прежде всего – веротерпимость в рамках христианства). Религиозная направленность общин колонистов достаточно быстро привела к формированию определенных ментальных установок, среди которых важнейшее значение приобретали трудолюбие и чувство внутренней свободы (и опоры на собственные силы). Учтем и тот факт, что многие американские протестанты придерживались идей Ж. Кальвина, в частности, очень жестких форм повседневной жизни (постоянный труд, никаких развлечений, коллективные молитвы). Однако под влиянием реальных условий жизни «кальвинизм повернул к демократии. Вероятно, решающую роль сыграла здесь форма его церковной организации, как конгрегационной, так и нравственной, благодаря которой все видные члены общины участвовали в собраниях, вершивших приходскими делами без вмешательства со стороны епископа или другой установленной власти, будь то ду-

---

<sup>655</sup> Паррингтон В.Л. Основные течения американской мысли. М., 1962. Т. 1. С. 43–44.

ховной или мирской. В Новой Англии XVI–XVII вв. это самодержавие на практике носило явно выраженный характер олигархии "святых", а не эголитарной демократии. Тем не менее, факт остается фактом: кальвинистский опыт, накопленный в ходе многолетнего сопротивления традиционным церквям, научил людей демократическому строю и, во всяком случае в Новой Англии, создал аппарат для этого строя. Может быть, кальвинистская традиция обращения к Библии как к записанному слову Бога подготовила людей к такого же рода ссылкам и на текст конституции»<sup>656</sup>.

Учитывая тот факт, что феодальные общественные отношения не нашли себе места в Северной Америке, а социальное расслоение не было столь заметным, как в Европе, можно сделать очевидный вывод в пользу опоры новой политической системы на свободу и демократию (разумеется, на уровне понимания и подсознательного восприятия этих феноменов в XVII–XVIII вв.)<sup>657</sup>.

Формирование нового права шло постепенно, в течение двух столетий. В свое время (первая половина XIX в.) известный французский ученый А. де Токвиль, специально изучавший американскую политическую систему, законодательство и нравы, указал на один знаменательный факт: «Законы Коннектикута, также как и законы других штатов Новой Англии, отражают зарождение и развитие той общинной независимости, которая и в наши дни по-прежнему является основой американской свободы и инструментов ее воплощения в жизнь. В Европе политическая жизнь большинства стран начиналась наверху официальной пирамиды и затем постепенно, да и то не в полной мере, охватывала все ячейки общества. В Америке же, напротив, община была образована раньше, чем округ, округ появился прежде штата, а штат – прежде чем вся конфедерация»<sup>658</sup>.

Каждая колония изначально обладала собственными судебной и правовой системами, существенно отличавшимися друг от друга и от английской метрополии. В некоторых колониях не наблюдалось деление права на общее и право справедливости (Массачусетс). Под влиянием новых условий жизни формировались и новые правила. Тем не менее, подготовка юристов в колониальную эпоху осуществлялась в основном в Англии, так как университеты в Америке появились только после завоевания независимости. Первоначальное же юридическое образование можно было получить в колледже, о чем есть свидетельство в «Автобиографии» Т. Джефферсона<sup>659</sup>. В качестве основных источников права использовались английские прецеденты и статуты Парламента, а также труды выдающихся британских правоведов (например, работа Блекстона «Комментарии к законам Англии» 1756 г.). Применительно к американскому праву следует отметить, что оно сложилось не в результате правотворчества государства,

---

<sup>656</sup> Бринтон К. Истоки западного образа мысли. М., 2003. С. 136.

<sup>657</sup> Харц Л. Либеральная традиция в Америке. М., 1993. С. 13–42.

<sup>658</sup> Токвиль А. де. Демократия в Америке. М., 1994. С. 51.

<sup>659</sup> Джефферсон Т. Автобиография. Заметки о штате Виргиния. Л., 1990. С. 22–23.

а под влиянием реальных потребностей жизни населения. Заимствованные из Англии прецеденты использовались в новых условиях с учетом фактического (а затем и юридического) равенства сторон. Общество очень долго сохраняло значительную социальную однородность, и, соответственно, право как мера свободы личности все более и более входило в плоть и кровь американцев и постоянно расширяло сферу своего применения. По мнению У. Бернама, «когда начался процесс образования североамериканских колоний, в основном за счет английских колонистов, система английского общего права находилась на высоком уровне развития. Ко времени принятия Декларации независимости и позже новые независимые штаты пользовались общим правом, которое они формально "заимствовали" у Англии. Но с тех пор уже в течение 200 лет общее право США живет самостоятельной жизнью. Несмотря на схожую методологию общего права в обеих странах, существуют многочисленные расхождения в материальных нормах общего права США и Англии, а суды США крайне редко прибегают к ссылкам на решения английского суда»<sup>660</sup>.

## 5.2 Развитие правовой системы после обретения независимости

Становление американской правовой системы после успешного окончания борьбы за независимость (1776–1783) шло параллельно с формированием государственности. В этот период бывшие колонии провозглашались «свободными штатами» и принимали собственные конституции. В них закреплялись «естественные и неотчуждаемые» права личности и фиксировалась система взаимоотношений различных органов власти штатов. В большинстве из них власть оказалась сосредоточена в руках депутатов законодательных собраний, которые начали пересматривать прежнее законодательство в более демократическом плане. Как отмечал Т. Джефферсон, непосредственно участвовавший в этом процессе, «поскольку многие законы, действовавшие во времена монархии, соответствовали лишь этой форме правления или включали принципы, несовместимые с республиканскими, первая ассамблея, собравшаяся после установления республики, назначила комитет по пересмотру всего свода законов с тем, чтобы привести его в надлежащую форму и к меньшему объему, а затем доложить ассамблее»<sup>661</sup>.

Однако, когда речь идет о систематизации американского законодательства периода независимости (подробно на этом вопросе мы остановимся ниже), следует исходить из того обстоятельства, что перед нами под именем «свод законов» предстает не единый акт, а множество самостоятельных статутов, попавших «под одну обложку».

Систематизацией занимались депутаты представительных органов власти. Как отмечает В.И. Лафитский, «законодательные собрания, которые

---

<sup>660</sup> Бернам У. Правовая система США. М., 2006. С. 111.

<sup>661</sup> Джефферсон Т. Указ. соч. С. 210.

избирались ежегодно (в пяти штатах сенаторы выбирались на более длительный срок), мыслились как постоянно действующие органы, контролирующие деятельность практически всего правительственного аппарата. Конституции провозгласили право законодателей не только назначать, но и смещать большинство должностных лиц как исполнительных, так и судебных органов. Во всех конституциях <...> воплощалась идея коллегиальной исполнительной власти <...>. Под полный контроль легислатуры была поставлена судебная власть. За ней признавалась относительная самостоятельность только в сфере разрешения конкретных судебных дел и лишь в рамках, установленных законодательством»<sup>662</sup>.

После обретения независимости и окончания войны с Англией перед новым государством встал вопрос о его дальнейшей судьбе. Еще в 1781 г. была образована конфедерация штатов, носившая, однако, совершенно аморфный характер. Формирование американской государственности и правовой системы во многом являлось уникальным. Прежде всего, оно осуществлялось «снизу», под воздействием требований большинства населения и под его нажимом. Население бывших колоний насчитывало в конце XVIII столетия около 3 млн человек, которые в большинстве своем были фермерами, т.е. мелкими и средними собственниками, а в городах значительный вес имели предприниматели и в целом состоятельные граждане. По своему менталитету американцы XVIII века вполне соответствовали протестантскому представлению о личности: трудолюбивые, честолюбивые и в большинстве своем весьма ограниченные. Образованная часть населения впитала в себя идеалы эпохи Просвещения и раннего либерализма. Многие будущие «отцы-основатели» США прошли обучение в Англии и Франции, являясь по профессии юристами либо предпринимателями, знакомыми с правом (что только подтверждает сказанное о практическом мышлении). В первые десятилетия независимости США оказались перед дилеммой: формировать новое право с «чистого листа» или использовать правовые возможности нормативной системы колониального периода. В результате естественных процессов развития страна избрала «средний» вариант и тем самым дала адекватный ответ на вызов времени. Началась «американизация» английского общего права, которая, по мнению известного компаративиста К. Осаке, выражается в следующих чертах:

- двухуровневая правовая система (федеральное право и право штатов);
- высокое положение, занимаемое федеральной Конституцией, и проникновение ее принципов во все сферы федерального права и права штатов;
- строгое следование принципу разделения властей и судебный контроль конституционности законов;
- сохранение приоритетной роли прецедентного права, его сочетание с развивающимся отраслевым законодательством;
- своеобразие американской юридической терминологии;

---

<sup>662</sup> Лафитский В.И. Основы конституционного строя США. М., 1998. С. 15–16.

- высокая степень структуризации и систематизации американского права;
- особенности американской системы юридического образования и профессиональной подготовки юристов;
- особенности структуры юридической профессии и процедуры лицензирования юристов;
- гипертрофированная роль суда присяжных и его конституционализация;
- преувеличенная роль суда как такового в разрешении возникающих конфликтов и противоречий<sup>663</sup>.

### 5.3 Источники и формы права США

В контексте рассматриваемой нами проблематики необходимо четко разграничивать понятия «источник» и «форма» права. Опираясь на антропологическое понимание социума, будем считать, что источник права – «это объективированные определенным образом правила общественной практики, которые в силу объективных причин признаются обществом и государством как обязательные»<sup>664</sup>. Источник права показывает исследователю, как формировалось право конкретной страны в исторической ретроспективе. Тогда источниками американского права могут быть признаны:

- английское общее право;
- французское право (Луизиана);
- испанское право (штаты Запада США);
- особенности американской конституционной системы;
- философия естественного права;
- каноническое право;
- торговый обычай<sup>665</sup>.

Форма права, в свою очередь, представляет собой «объективированное надлежащим образом правовое установление, соответствующее принятым в данном обществе представлениям о разумности и справедливости, неперсонифицированное, длительно и единообразно воплощающееся в поведении субъектов права, гарантированное к исполнению силой авторитета и (или) государственного принуждения, признанное субъектами права в качестве регулятора общественных отношений»<sup>666</sup>. В такой трактовке формы американского права можно классифицировать по критерию обязательности.

#### 1. Обязательные формы права:

- Конституция;
- общее право (основополагающие принципы);

<sup>663</sup> Осаке К. Сравнительное правоведение: схематический комментарий. М., 2008. С. 156.

<sup>664</sup> Бошно С.В. Теория государства и права. М., 2007. С. 116.

<sup>665</sup> Осаке К. Указ. соч. С. 198.

<sup>666</sup> Бошно С.В. Указ. соч. С. 119.

- статутное право;
- международные договоры США;
- судебные процессуальные правила, принимаемые Верховным судом;
- подзаконные акты (делегированное и субординированное законодательство);
- судебный прецедент;
- справедливость;
- разум;
- торговый обычай;
- частные правовые сделки.

## 2. Необязательные формы права:

- юридическая доктрина;
- законы зарубежных стран;
- *obiter dictum* (попутно сказанное);
- решения зарубежных судов;
- судебная практика (совокупность решений судов всех уровней, не создающих прецедентов)<sup>667</sup>.

Развитие правовой системы в США опирается на определенные элементы правовой культуры общества, к числу которых относятся:

- стабильность и предсказуемость законов;
- юридическая грамотность населения и готовность каждого гражданина осуществлять защиту своих прав в судебном и административном порядке;
- законопослушность населения, а также готовность прибегать к гражданскому неповиновению в отношении требований несправедливого закона;
- роль юриста как гаранта прав и свобод граждан;
- гласность законодательного процесса;
- гласность судебного процесса;
- неприкосновенность частного договора от вмешательства со стороны государства;
- оперативное опубликование всех нормативных актов;
- стабильность и правопреемство решений государственных органов независимо от смены руководителя;
- непреложное уважение договора обеими сторонами;
- полное доверие гражданина к правовым институтам и готовность обращаться к закону в личных и деловых отношениях<sup>668</sup>.

Опираясь на вышеназванные элементы правовой культуры, можно дать общую характеристику основным формам действующего американского права.

I. Законодательство (статутное право). Значительное влияние на американское право оказали правовые системы бывших метрополий (Англия,

<sup>667</sup> Осаке К. Указ. соч. С. 188.

<sup>668</sup> Там же. С. 197.

Испания, Франция). К особенностям правовой системы США относятся и федеративное государственное устройство, что привело к существованию двухуровневой структуры законодательства (федеральное право и право штатов). Их соотношение достаточно четко регламентировано. Полномочия федерации в сфере правотворчества определены Конституцией США в исключительном порядке. Все то, что не отнесено к ведению федерации, относится к компетенции штатов. По мнению В. Острома, «если рассматривать американский федерализм как великий эксперимент по установлению порядка в человеческом обществе, то его отличительная черта состоит в выдвигании альтернативы теории суверенитета. Демократия опирается на множество разнообразных сообществ, которые функционируют как самоуправляющиеся коллективы и полагаются на поддержку и помощь действующих одновременно и частично совпадающих механизмов правления»<sup>669</sup>.

В настоящее время федеральное право обладает целостной структурой (оно образует Свод законов США). Основные институты американского законодательства очень похожи на аналогичные английские институты. Как и в Англии, в США нет деления права на публичное и частное, а отраслевое деление на федеральном уровне носит условный характер. Однако, в отличие от Англии, действуют многочисленные модельные кодексы и примерные законы. Основные цели систематизации статутов сводятся к следующим:

- обеспечение доступности законодательства, облегчение поиска необходимой нормы;
- удобство пользования законодательством;
- учет законодательства;
- обеспечение полноты законодательства;
- устранение устаревших и неэффективных норм права;
- обнаружение и разрешение юридических коллизий;
- обнаружение и ликвидация пробелов;
- обновление законодательства;
- стабилизация правопорядка;
- выявление негативных тенденций в развитии законодательства<sup>670</sup>.

Одним из значимых направлений систематизации законодательства в США «стало создание так называемых единообразных, типовых для штатов законов и кодексов для установления максимального единства в тех отраслях права, где это необходимо. Подготовку проектов таких законов и кодексов осуществляет Общенациональная комиссия представителей всех штатов совместно с Американским институтом права и Американской ассоциацией адвокатов. Для того чтобы проект стал законом для штата, он должен быть официально им утвержден»<sup>671</sup>. С 1892 года в США действует

---

<sup>669</sup> Остром В. Смысл американского федерализма. М., 1993. С. 69.

<sup>670</sup> Чашин А.Н. Теория государства и права. М., 2008. С. 460.

<sup>671</sup> Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Проблемы теории государства и права. М.,

Национальная конференция уполномоченных по унификации законодательства штатов. Ее штаб-квартира располагается в Чикагском университете. Основная цель конференции – разработка модельных законов. Традиция систематизации законодательства в США уходит в первую половину XIX столетия, когда Д. Филд из штата Нью-Йорк убедил (в 1847 г.) местное законодательное собрание учредить комиссию по кодификации действующего законодательства<sup>672</sup>. Уже с середины XIX века в отдельных штатах были приняты кодексы, вобравшие в себя множество ранее действовавших нормативных актов. Нужно учесть тот факт, что такие кодексы (в европейском и российском понимании) в большей степени являются актами консолидации. Как отмечают исследователи, «в процессе подготовки консолидированного акта все нормы прежних актов располагаются в определенной логической последовательности, в рамках общей структуры будущего акта. Осуществляется определенная редакционная правка, чисто внешняя обработка предписаний с тем расчетом, чтобы все они излагались единым стилем, использовалась унифицированная терминология»<sup>673</sup>. Однако идея кодификации имеет в юридической среде и многочисленных противников, указывающих (вслед за известным судьей О. Холмсом) на ряд негативных последствий этого процесса:

- кодекс тормозит естественное развитие права и препятствует ему;
- кодекс не может предвидеть все жизненные ситуации или урегулировать все отношения, которые возникнут в реальности;
- кодекс построен на логике и требует бездумного подчинения ей, но естественное развитие права зависит от жизненного опыта, а не от логики;
- преувеличение роли парламента в правотворчестве;
- сдерживание судебного правотворчества и превращение суда в пассивного исполнителя норм<sup>674</sup>.

Юристы-практики пропагандируют идею создания консолидированных актов, так как они более гибкие и могут включать в себя прецеденты.

Изучением эффективности действия законодательства занимается Институт американского права. На федеральном уровне уже давно создан Свод законов США, состоящий из 50 разделов. Он переиздается каждые 6 лет. Кроме него действует Свод федеральных правительственных нормативных актов, издаваемых Президентом США и федеральными центральными органами государственного управления. Достаточно четко отрегулирован и механизм контроля за компетенцией федерального правительства и властей штатов. Современные исследователи отмечают, что ведущая роль в этом процессе на основании ст. 4 Конституции США отведена суду. Существующее правило предусматривает, что «в случае возникновения коллизий норм федерального права и норм права отдельных штатов, в том

---

2005. С. 426.

<sup>672</sup> Бернам У. Правовая система США. С. 126.

<sup>673</sup> Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Указ. соч. С. 481–482.

<sup>674</sup> Осакве К. Указ. соч. С. 203.

числе и конституционных, судебные органы должны применять общефедеральные нормы, если они подпадают под разряд перечисленных или подразумеваемых конституционных полномочий»<sup>675</sup>.

Высокая роль суда в США опирается на широко известную и закрепленную в Конституции страны концепцию верховенства права, основными принципами которой выступают:

- правительство народа, управляемое народом и существующее для народа;

- разделение властей и взаимосвязь между законодательной, исполнительной и судебной властью;

- представительная демократия, процедурные и существенные ограничения в отношении правительственных действий, направленных против частных лиц;

- ограниченное правительство и федерализм;

- судебное разбирательство независимой системой судебных органов как центральный механизм проведения конституционных законов в жизнь<sup>676</sup>.

Значимость вышеназванных принципов американского конституционализма определяется договорным характером государственности США и широкой трактовкой термина «право». Как отмечает Ф. фон Хайек, «причина, по которой конституциям приписывают особое достоинство и основополагающее значение, состоит в том, что они требовали предварительной договоренности, и что понадобилось особое усилие, чтобы придать им авторитет и уважение, какими издавна пользовался закон. Являясь, как правило, результатом долгой борьбы, они достались дорогой ценой и были установлены лишь в сравнительно недавнем прошлом. В них видели подкрепленный торжественной присягой результат покончившего с длительной враждой сознательного соглашения, нарушение принципов которого может привести к возобновлению локальных конфликтов или даже к гражданской войне. Зачастую конституции также являлись документами, которые впервые признали полноту гражданских прав за многочисленными представителями прежде угнетавшихся классов»<sup>677</sup>.

Именно суд, исходя из конкретной ситуации, определяет факт нарушения субъективного права и восстанавливает справедливость. Кроме того, обладая возможностью не только применять законы, но и толковать их, судьи фактически «творяют право», корректируя его в соответствии с духом времени. Можно, видимо, говорить о «живом праве», обладающем значительной гибкостью. Именно этот факт позволил известному американскому исследователю Л. Фридмену образно сравнить право с мостом через реку. Социологическая юриспруденция, представителем которой как раз яв-

---

<sup>675</sup> Боботов С.В., Жигачев И.Ю. Введение в правовую систему США. М., 1997. С. 86.

<sup>676</sup> Мур Д.Н. Верховенство права: обзор// Верховенство права: сб. статей. М., 1992. С. 14.

<sup>677</sup> Хайек Ф.фон. Право, законодательство и свобода. М., 2006. С. 153.

ляется Л. Фридмен, исходит из того, что «мост – это метафора для права и правовой системы. Общественные силы в большом обществе создают их, крутят и вертят, тянут и толкают. Но эти силы создают систему, которая сама становится частью общественной жизни. Однажды заняв свое место, система начинает оказывать собственное влияние на общество, на то, как мы живем, как думаем, как чувствуем. Это независимое влияние правовой системы не означает, что социальная теория неверна. Эта правовая система не автономна, не независима от общества. Она не является системой самой для себя, изолированной от жизни общества»<sup>678</sup>.

Исходя из факта господства в американской юриспруденции социологического правопонимания (в его различных модификациях), можно с уверенностью утверждать, что именно общественные отношения и динамика их развития определяют состояние и эволюцию правовой системы США. Основными чертами социологического правопонимания выступают:

- разделение права и закона;
- понимание под правом юридических действий, практики;
- формулирование правовых норм судьями в процессе юрисдикционной деятельности.

Позитивными чертами такого типа правопонимания признаются:

- повышенное внимание к вопросам реализации права;
- фиксация приоритета общественных отношений как содержания права;
- направленность на ограничение государственного вмешательства в экономику и децентрализацию управления.

Одновременно исследователи фиксируют и определенные недостатки данного типа правопонимания, к которым можно отнести:

- потерю четких границ между правомерным и неправомерным;
- увеличение опасности некомпетентного применения права, произвола со стороны должностных лиц<sup>679</sup>.

Вместе с тем, «позитивная сторона правопонимания, отстаиваемая сторонниками социологических школ очевидна. В своем подлинном значении правом нужно признавать не то, что продекларировано в письменных документах (пусть даже и освященных верховной властью), а то, что получает воплощение в практике, реальной жизни. Стремление придать праву действующий характер следует поставить в заслугу этой научной школе. И для науки, и для юридической практики, для формирования индивидуального и массового правосознания такой подход полезен. Но есть и издержки. Прежде всего существует опасность признать правом то, что изначально противоречит природе права, его принципам, правам человека. Множественность субъектов правотворческой деятельности также не всегда на пользу. В то же время для стран с высокой политической и правовой культурой, профессиональным судебским корпусом и некоррупцированным

---

<sup>678</sup> Фридмен Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 209.

<sup>679</sup> Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М., 2005. С. 159.

чиновничеством указанные издержки вполне компенсируются созданием соответствующих механизмов контроля»<sup>680</sup>.

Следует принять во внимание и то обстоятельство, что никакого пиетета по отношению к «праву в книгах» у американских ученых и юристов-практиков не существует. Помимо социологической юриспруденции в США разрабатываются и иные подходы к праву, в частности, теория естественного права (Л. Фуллер, Л. Штраус), юридический позитивизм (Г. Харт), интегративная юриспруденция (Г. Берман). Однако даже такой убежденный позитивист, как Г. Харт, признавал: «Иногда сфера, подлежащая правовому контролю, с самого начала признается такой, что особенности индивидуальных случаев, встречающихся в ней, будут настолько варьироваться в социально важных, но непредсказуемых отношениях, что однородные правила, которые применялись бы от случая к случаю без дальнейших официальных указаний, не могут быть эффективно законодательно сформулированы заранее. Соответственно, чтобы регулировать такие сферы, легислатура устанавливает очень общие образцы и затем передает административному, вырабатывающему правила органу, знакомому с различными типами случаев, задание оформить правила, адаптированные к особым нуждам»<sup>681</sup>.

В таком случае правовая система функционирует в «нормальном» режиме. По Г. Харту (как стороннику позитивистского правопонимания) люди могут достаточно четко предсказывать будущее и, соответственно, детально формулировать юридические правила для всех (или почти всех) ситуаций. В такой трактовке правоприменитель (судья или административный орган) практически полностью лишен возможности действовать по собственному усмотрению, опираясь на анализ конкретного казуса. Данная трактовка права обозначается Г. Хартом как «формализм». Как отмечает в связи с этим С.А. Дробышевский, позицию которого мы разделяем, «формализм как доктрина, безусловно, способствует тому, что адресаты права оказываются в состоянии предвидеть решения будущих юридических дел правоприменительными государственными органами. Однако обеспечиваемая формализмом предсказуемость грядущих судебных и административных постановлений покупается по очень дорогой цене. Государство устанавливает юридические правила для ряда предстоящих ситуаций, неизвестных для субъекта правотворчества, без понимания, какое именно поведение людей в этих ситуациях соответствует целям правового регулирования. Иными словами, субъект правотворчества, следуя учению формализма, в неведении принимает решения по проблемам, которые могут преодолеться со знанием дела лишь в будущем, т.е. после их возникновения и опознания»<sup>682</sup>.

---

<sup>680</sup> Червонюк В.И. Теория государства и права. М., 2006. С. 231.

<sup>681</sup> Харт Г. Понятие права. СПб., 2007. С. 133.

<sup>682</sup> Дробышевский С.А. История политических и правовых учений. Основные классические идеи. М., 2007. С. 484.

Конечно, нужно принять во внимание и то обстоятельство, что юридический позитивизм в США не занимает господствующих высот в науке права, а наряду с другими концепциями образует плюралистическую панораму воззрений на сущность «юридического». Так, один из крупнейших исследователей-юристов Г. Берман придерживается интегративного подхода к природе права. Согласно его мнению, «именно актуализация права является его наиболее существенным признаком. Если определить право как деятельность, как процесс законотворчества, судебного рассмотрения, правоприменения и других форм придания правового порядка общественным отношениям через официальные и неофициальные модели поведения, то его политический, моральный и исторический аспекты могут быть сведены воедино»<sup>683</sup>.

II. Судебный прецедент. Данная форма американского права занимает очень весомое место в правовой системе страны по той причине, что, как и в Англии, судьи выступают не только в роли правоприменителей, но и толкователей существующих законоположений. Учитывая федеративный характер государства, правом принимать прецедентные решения наделен Верховный Суд США. Основными чертами прецедентного судебного решения являются следующие:

- решение по принципу права применительно к определенному составу фактов принимается судом в конкретном деле;
- данное решение принимается высшим судом страны при рассмотрении конкретных дел;
- данный суд и все нижестоящие суды обязаны уважать принятое решение по принципу права в своих будущих решениях;
- состав фактов в будущих судебных спорах аналогичен составу фактов в прецедентно-создающем решении;
- стороны в будущем судебном деле могут быть различными<sup>684</sup>.

Все прецеденты носят открытый характер, т.е. подлежат обнародованию. Как отмечает в связи с этим У. Бернам, «в процентном отношении количество публикуемых решений апелляционных судов колеблется год от года, и в последнее время наблюдается общая тенденция к их снижению в связи с увеличением числа апелляционных жалоб. В настоящее время, например, публикуется менее половины решений федеральных апелляционных судов. Решение о предоставлении материалов дела для публикации принимают судьи, занимавшиеся данным делом. Но даже если судебные решения не публикуются, с ними почти всегда можно ознакомиться с помощью компьютеризированных юридических поисковых систем <...>. Тем не менее в соответствии с местными правилами неопубликованные судебные решения либо не имеют прецедентной силы, либо ссылаться на них не рекомендуется»<sup>685</sup>.

---

<sup>683</sup> Берман Г. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. С. 343.

<sup>684</sup> Осаке К. Указ. соч. С. 193.

<sup>685</sup> Бернам У. Указ. соч. С. 155.

III. Договор. Это соглашение между двумя или несколькими лицами, содержащее обязательство совершить в настоящее время или в будущем какое-либо действие или воздержаться от действия. Основными требованиями, предъявляемыми к договору, являются:

- соглашение сторон, включающее в себя оферту и акцепт;
- юридически достаточное возмещение;
- правомерность договора;
- договорная правоспособность сторон<sup>686</sup>.

Основаниями прекращения договорных отношений выступают:

- наступление или ненаступление условий, которыми обусловлен договор;

- исполнение договора сторонами;
- прекращение по соглашению сторон;
- прекращение на основании закона.

Средствами защиты стороны в договоре признаются две группы:

1. По закону (денежная компенсация).

2. По праву справедливости:

- расторжение договора;
- реституция;
- исполнение в натуре;
- изменение договора<sup>687</sup>.

Кратко остановимся на наиболее значимых сферах американского права.

## 5.4 Гражданское право

Эта сфера правового регулирования в США очень объемна и состоит из большого количества отдельных институтов и нормативных актов.

I. Корпоративное право. Легального определения корпорации (юридического лица) в американском законодательстве не существует, однако на уровне доктрины под корпорацией понимается искусственное образование, невидимое, неосязаемое и существующее только с точки зрения закона. Все корпорации в США можно подразделить на четыре основные группы:

1. Публичные корпорации (государственные и муниципальные органы).

2. Полупубличные корпорации, служащие общим нуждам населения (железнодорожные корпорации).

3. Предпринимательские корпорации, созданные с целью получения прибыли.

4. Непредпринимательские корпорации (религиозные организации, благотворительные фонды).

---

<sup>686</sup> Шумилов В.М. Правовая система США. М., 2006. С. 155.

<sup>687</sup> Там же. С. 163.

Если более предметно рассмотреть сущность предпринимательских корпораций, то их деятельность опирается на ряд нормативных актов, в частности на Примерный закон о предпринимательских корпорациях 1984 г. Основные положения этого нормативного акта можно свести к следующим:

- учредителем корпорации может быть одно физическое лицо, представившее ее устав на регистрацию секретаря штата;

- если уставом не предусмотрено иное, каждая корпорация создается на неограниченный период времени, осуществляет правопреемство под своим именем и обладает равными по сравнению с физическими лицами правами в отношении действий, совершение которых необходимо или целесообразно для ведения ее дел;

- нет ограничения относительно минимального размера начального капитала корпорации.

Образование корпорации проходит ряд последовательных стадий:

- экономические мероприятия до организации корпорации;

- комплектование состава учредителей;

- разработка устава;

- регистрация устава;

- организационные мероприятия по завершению процесса образования корпорации<sup>688</sup>.

Корпорация обладает достаточно широкими полномочиями, предоставленными действующим законодательством:

- быть ответчиком, заявлять жалобу и вести защиту в суде от своего имени;

- иметь печать корпорации;

- издавать и изменять внутренний регламент и иные внутренние распорядительные акты, определяющие порядок управления корпорацией и ведения ее дел;

- осуществлять использование и иное употребление движимого или недвижимого имущества либо извлекать на основе общего права или права справедливости иные доходы из имущества, где бы оно ни находилось;

- совершать с имуществом любые законные сделки;

- вести любую не запрещенную законом предпринимательскую деятельность содействующую правительственному курсу;

- совершать платежи и пожертвования, а также иные не противоречащие закону действия, которые развивают и укрепляют дела корпорации<sup>689</sup>.

Следует, разумеется, учитывать тот факт, что «нормы права, регулирующие организацию и деятельность корпорации, являются главным образом нормами права, устанавливаемыми на уровне штатов. Основное место в правовом регулировании их статуса занимает статутное право, но неред-

---

<sup>688</sup> Кашанина Т.В. Корпоративное право. М., 2010. С. 161.

<sup>689</sup> Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты. М., 1993. С. 385–386.

ко применяются и нормы общего права, особенно в случаях определения фидуциарных обязанностей менеджеров. Федеральное законодательство устанавливает порядок торговли ценными бумагами корпорации, размещаемыми по открытой подписке, а нормы федеральных налоговых законов определяют некоторые аспекты принятия корпоративных решений»<sup>690</sup>.

II. Закон о браке и разводе 1970 г. (действует только на территории 11 штатов, ратифицировавших его). Правовыми основаниями для заключения брака выступают:

- общее право, на основании которого брак имеет место тогда, когда мужчина и женщина начинают жить вместе как муж и жена;
- семейные кодексы штатов, формализовавшие порядок заключения брака.

Брачный возраст в США установлен с 18 лет, хотя в отдельных штатах он может быть снижен до 16 лет. Как отмечает У. Бернам, «по большей части право штатов, регулирующее семейные отношения, является статутным правом. Но и судебные решения играют огромнейшую роль, так как положения законодательных актов, как правило, носят общий характер. В лучшем случае в законодательных актах приводится перечень факторов, которые должны учитываться судом при принятии решений, – таким образом, многие вопросы отдаются на усмотрение суда, и многое зависит от обстоятельств конкретного дела»<sup>691</sup>.

Различные штаты указывают в собственном семейном законодательстве следующие формы заключения брака:

- официально зарегистрированный брак;
- гражданский брак;
- церковный брак (при наличии у религиозной конфессии соответствующей лицензии, выдаваемой муниципальными властями).

Стадиями заключения брака признаются:

- получение лицами, вступающими в брак, соответствующего разрешения у клерка графства (носит формальный характер, кроме случаев близкого родства или если лица, вступающие в брак, – одного пола);
- наличие медицинских документов, подтверждающих физическое или психическое здоровье будущих супругов;
- оформление брака в присутствии лица, облеченного законом соответствующими полномочиями (представители церкви, мэр города, судья).

Имущество супругов может подчиняться различным режимам собственности. Оно может быть как общим, так и раздельным, что во многом зависит от самих супругов, оговаривающих все детали брака в рамках соответствующего контракта. Действующее американское законодательство и судебная практика исходят из того факта, что семья образует «единую личность» и обладает внутрисемейным иммунитетом. Эти положения опираются на соответствующие правовые институты:

---

<sup>690</sup> Бернам У. Указ. соч. С. 908.

<sup>691</sup> Там же. С. 810–811.

- право не свидетельствовать против супруга в уголовном процессе, если такое свидетельство может повредить супругу;
- право не разглашать конфиденциальные сведения, полученные супругами в браке;
- право не нарушать внутрисемейный иммунитет<sup>692</sup>.

Само понятие «внутрисемейный иммунитет» означает, что супруги вправе не предъявлять друг другу гражданские иски. Однако, как констатирует В.М. Шумилов, «в последние годы практика судов стала меняться, хотя и остается неоднозначной. Некоторые суды считают: поскольку один супруг допустил имущественное правонарушение в отношении другого супруга, ни о какой семейной гармонии, которую следовало бы защищать с помощью доктрины семейного иммунитета, речь не идет; нарушено брачное единство – нет и иммунитета»<sup>693</sup>.

Основания для развода также различны. К ним относятся:

- непоправимый распад семьи;
- соблюдение условия о предварительном раздельном проживании супругов в течение 6 месяцев;
- наличие доказательств в суде о грубом отношении или неверности супруга;
- нотариально заверенное согласие одного из супругов на развод без указания мотивов (действует только в штате Невада).

Вопросы алиментных обязательств решаются не на основании общих норм, а в ходе конкретного судебного разбирательства с учетом имущественного положения сторон.

**III.** Единообразный торговый кодекс 1952 г. (в ред. 1978 г.). Этот правовой акт ратифицирован всеми штатами, кроме Луизианы, где действует собственный ГК. По наблюдениям исследователей, ЕТК «является результатом тщательного анализа существующей деловой практики и рассчитан на максимальное развитие торговли в системе свободного предпринимательства в сочетании с гарантиями от злоупотреблений для участников сделок, и прежде всего потребителей»<sup>694</sup>. Кодекс состоит из 9 разделов: общие положения; продажа; торговые бумаги; банковские депозиты и инкассовые операции; аккредитивы; комплексное отчуждение; складские свидетельства, коносаменты и другие товарораспределительные документы; инвестиционные ценные бумаги; обеспечение сделок. Кодекс достаточно четко закрепляет роль торговых обыкновений и заведенного порядка. ЕТК «определяет торговое обыкновение как такую практику деловых отношений, соблюдение которой в том или ином месте, профессии или сфере деятельности настолько постоянно, что оправдывает ожидание такого соблюдения также и в связи с конкретной сделкой. Заведенным порядком признается единообразие поведения сторон в предшествующих сдел-

<sup>692</sup> Шумилов В.М. Правовая система США. С. 287.

<sup>693</sup> Там же.

<sup>694</sup> Правовые системы стран мира. С. 602.

ках между ними, которое позволяет рассматривать его как основу выяснения их намерений в конкретной сделке»<sup>695</sup>.

**IV. Антитрестовское законодательство.** Оно состоит из нескольких крупных нормативных актов:

- Закон Шермана 1890 года о запрете монополизации торговли между штатами;

- Закон Клейтона 1914 года, запрещающий нечестную конкуренцию и заключение картельных соглашений о разделе рынков и фиксированных ценах;

- Закон о федеральной торговой комиссии 1914 года, определивший ее основные полномочия и функции.

Действующий Свод законов США, составной частью которого являются вышеперечисленные нормативные акты, достаточно жестко регламентируют деятельность предпринимательских корпораций. Например, «любой договор, объединение в форме треста либо в иной другой форме, а также сговор, направленные на ограничение торговли или коммерции, осуществляемой между различными штатами или с иностранными государствами, объявляются незаконными»<sup>696</sup>. В качестве наказания виновные юридические лица уплачивают штраф в размере 1 млн долларов, а физические лица – 100 тыс. долларов и могут быть приговорены к 3 годам лишения свободы.

## 5.5 Уголовное право

**Источники уголовного права.** В силу федеративного территориального устройства система источников американского уголовного права достаточно сложная. Прежде всего, эти источники подразделяются на общее (прецедентное) и статутное право (законодательство). Законодательство, в свою очередь, группируется по признаку федеративности на федеральное и законодательство штатов. К федеральному уголовному законодательству относятся:

- Конституция США 1787 г.;
- акты Конгресса;
- подзаконные акты;
- нормы международного уголовного права;
- право индейских племен.

На уровне отдельных штатов источниками уголовного законодательства являются:

- Конституция США;
- конституции штатов;
- уголовные законы (кодексы);
- подзаконные акты.

<sup>695</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран / под ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. С. 37.

<sup>696</sup> Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты. С. 401.

Как отмечает У. Бернам, «уголовное право в Соединенных Штатах по исторической традиции считается вотчиной законодательных органов власти штатов. Ответственность за большинство "обычных" уголовных правонарушений: убийство, нападение, изнасилование, хищение, разбой – предусматривается исключительно законодательством штатов, а сфера действия федерального законодательства исторически ограничена деяниями, имеющими прямое отношение к федеральной собственности, законодательным программам Конгресса или к тем аспектам преступности, которые выходят за границы одного штата. Однако поскольку в течение последних десятилетий наблюдается возрастание законодательной активности федеральной власти в сферах, не имеющих отношения к уголовному праву, то и одновременно идет процесс "федерализации" уголовного законодательства»<sup>697</sup>. Учтем при этом то обстоятельство, что на федеральном уровне отсутствует какой-либо единый нормативный акт, включавший бы все или почти все составы преступлений. Вместо этого действует Примерный УК 1962 г., разработанный Институтом американского права. По своей структуре Кодекс состоит из четырех частей.

1. Общие положения:

- толкование уголовного закона;
- действие закона во времени и в пространстве;
- понятие преступления;
- основания уголовной ответственности и обстоятельства, смягчающие и отягчающие ее;
- стадии преступления;
- наказание и порядок его назначения.

2. Особенная часть:

- посягательства на существование или безопасность государства;
- посягательства, представляющие опасность для личности;
- посягательства на имущество;
- посягательства против семьи;
- посягательства против публичной администрации;
- посягательства на публичный порядок и благопристойность.

3. Воздействие и исправление.

4. Организация исправительных учреждений.

Две последние части Примерного УК посвящены пенитенциарному праву. Кроме всего прочего, «Примерный уголовный кодекс представляет собой своеобразное, адресованное законодательным органам штатов квалифицированное "приглашение" к основательному пересмотру ими своего уголовного законодательства – "приглашение к реформе". "Примерность" кодекса в том именно и заключается, что он должен послужить штатам образцом для моделирования ими собственного законодательства. Его составители видели и видят в нем прообраз или основу уголовного законода-

---

<sup>697</sup> Бернам У. Указ. соч. С.855.

тельства, более или менее единого для всей страны»<sup>698</sup>. Необходимо принять во внимание и то обстоятельство, что Примерный УК во многом напоминает научный труд и включает в себя ряд исключительно доктринальных положений. Например, само определение преступления трактуется как посягательство, определенное Примерным УК или каким-либо иным статутом штата, если за него может быть вынесен приговор к смертной казни или тюремному заключению (ст. 1.04 Кодекса). Элементами преступления считаются:

- совершение противоправного действия или бездействие;
- наличие преступного умысла;
- наличие причинной связи деяния с вредом.

Все преступления подразделяются на следующие категории:

1. Тяжкие преступления (фелонии). Это преступление, за совершение которого осужденный может быть приговорен к смертной казни или лишению свободы на срок свыше 1 года. Фелонии делятся по степени тяжести на такие виды, как:

- преступления, караемые вплоть до смертной казни;
- преступления 1 степени, караемые вплоть до пожизненного заключения;
- преступления 2-й степени, караемые максимально лишением свободы на срок до 10 лет;
- преступления 3-й степени, караемые максимально лишением свободы на срок до 5 лет.

2. Менее тяжкие преступления (мисдиминоры). Эти преступления наказываются штрафом или ограничением свободы с содержанием в местной тюрьме. Мисдиминоры обычно распределяются по трем категориям (классам):

- класс А: это ограничение свободы на срок до одного года;
- класс В: это ограничение свободы на срок до шести месяцев;
- класс С: ограничение свободы на срок до 30 дней<sup>699</sup>.

3. Мелкие мисдиминоры. Это малозначительные правонарушения, наказуемые штрафом или несколькими днями лишения свободы.

Кодексы отдельных штатов детально определяют степень вины правонарушителя, предусматривая следующую градацию:

- намеренное совершение преступления;
- осознанное совершение преступления;
- неосторожное преступление;
- преступная небрежность<sup>700</sup>.

Субъектами преступления по американскому уголовному праву могут быть как физические, так и юридические лица. По отношению к физиче-

---

<sup>698</sup> Примерный Уголовный кодекс США / Предисловие Б.С. Никифорова. М., 1969. С. 12–13.

<sup>699</sup> Шумилов В.М. Указ. соч. С. 124.

<sup>700</sup> Уголовный Кодекс штата Техас. СПб., 2006. С. 81.

скому лицу должны быть соблюдены следующие требования:

- возраст уголовной ответственности (по общему правилу это достижение 14 лет);
- вменяемость (способность отдавать отчет своим действиям и руководить ими).

В рамках общего права, являющегося, наряду со статутами, источником уголовного права США, уголовная ответственность может наступать с 7 лет, если будет доказан факт понимания таким субъектом «неправильности» своего поведения. С точки зрения статутного права, «дела о преступлениях, совершенных лицами, не достигшими 14 лет или другого возрастного предела, рассматриваются только в порядке делинквентного производства в судах несовершеннолетних»<sup>701</sup>. В настоящее время введены определенные гарантии соблюдения прав несовершеннолетних правонарушителей<sup>702</sup>.

Обстоятельствами, освобождающими от уголовной ответственности, признаются:

- несовершеннолетие (не достижение 14 лет);
- состояние опьянения;
- умственная несостоятельность (лицо не осознает значения своих действий);
- заблуждение (нарушенный закон не был опубликован или другим образом доведен до сведения населения, либо лицо исходило из официальной информации о законе, которая оказалась неточной);
- принуждение к совершению преступления;
- оправданное применение силы, когда лицо стремилось защитить себя, кого-либо или собственность, или предотвратить преступление;
- помощь в выявлении и поимке преступников;
- истечение сроков давности;
- наличие иммунитета от уголовного преследования<sup>703</sup>.

Если говорить о видах наказания по американскому уголовному праву, то следует согласиться с мнением В.Е. Квашиса в том, что «в судебной практике применение закона персонифицируется на двух разных уровнях; во-первых, на уровне конкретного правоприменителя (судьи) – как он субъективно воспринимает дух и букву закона и как соотносит их с обстоятельствами конкретного дела; второй уровень качественно иной – это совокупность субъективных решений различных судей по однородной категории дел, позволяющая судить о восприятии буквы и духа закона на уровне массового правосознания судей, об особенностях формирования судебной практики по данной категории дел в том или ином направлении, о тенденциях в ее развитии и т.д.»<sup>704</sup>. С учетом исторических традиций и

<sup>701</sup> Козочкин И.Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. СПб., 2007. С. 137.

<sup>702</sup> Комарницкий А.В. Основы ювенальной юстиции. СПб., 2010. С. 91–93.

<sup>703</sup> Шумилов В.М. Указ. соч. С. 129–130.

<sup>704</sup> Квашис В.Е. Смертная казнь: мировые тенденции, проблемы и перспективы. М.,

менталитета населения существующие наказания в США подразделяются на следующие виды:

1. Смертная казнь. Ее применение не только не сокращается, но постепенно расширяется. Уровень преступности в США достаточно высокий, и около 60% граждан выступают за сохранение смертной казни. В последние десятилетия в среднем ежегодно приводится в исполнение порядка 30–40 смертных приговоров. Часто используются квалифицированные формы смертной казни (повешение, электрический стул, применение химических веществ).

2. Лишение свободы. Суд может приговорить обвиняемого к суммарному наказанию по совокупности инкриминируемых статей уголовного законодательства (например – два пожизненных заключения, либо лишение свободы на срок 100 лет). Могут выноситься неопределенные приговоры с указанием верхней и нижней границ срока осуждения (например – от 5 до 10 лет). Конкретный же срок в такой ситуации будет зависеть от совместного решения комиссии по условно-досрочному освобождению и администрации места лишения свободы.

3. Пробация (испытание). Это направление осужденного под наблюдение специального чиновника на определенный судом срок. Реализация этого вида уголовного наказания предполагает, что осужденный соблюдает ряд указываемых в приговоре условий, к которым могут быть отнесены:

- материальная поддержка лиц, находящихся на иждивении осужденного;
- осуществление реституции в отношении потерпевшего;
- добросовестная работа или прохождение курса профессиональной подготовки;
- воздержание от посещения определенных мест и общения с определенными людьми;
- периодические отчеты перед чиновником службы probation о выполнении возложенных обязательств;
- своевременное извещение службы probation о любых изменениях места жительства и работы<sup>705</sup>.

4. Штраф. Это наиболее распространенный вид наказания в США. Его максимальная сумма для физического лица не может быть выше 250 тыс. долларов. По общему правилу штраф подлежит немедленной уплате, но при наличии смягчающих обстоятельств суд может предоставить отсрочку до 30 дней.

## 5.6 Уголовный процесс

Уголовный процесс в США во многом основан на английском процессуальном праве, однако носит более унифицированный характер, как и

---

2008. С. 199.

<sup>705</sup> Малинин В.Б., Смирнов Л.Б. Уголовно-исполнительное право. СПб., 2009. С. 332.

американское законодательство в целом. На федеральном уровне его источниками выступают:

- часть 2 раздела 18 Свода законов США;
- Правила уголовного судопроизводства 1946 г.;
- Правила апелляционного судопроизводства 1968 г.;
- Правила о доказательствах 1975 г.;
- Правила производства в Верховном суде 1980 г.;
- Правила судебного разбирательства федеральными магистратами дел о малозначительных преступлениях 1971 г.

В сфере уголовного судопроизводства создан Примерный УПК 1930 г. и Примерный Кодекс о доказательствах 1942 г. Однако каждый штат располагает собственным уголовно-процессуальным законодательством, которое может существенно отличаться от аналогичного законодательства других штатов.

Существуют определенные конституционные гарантии в сфере уголовного процесса, к числу которых относятся:

- защита от необоснованных обысков и арестов;
- правило о том, что никто не может быть лишен жизни, свободы или собственности без законного суда;
- правило о том, что никто не может быть осужден дважды за одно и то же правонарушение;
- право требовать суда с участием присяжных;
- право на очную ставку со свидетелями обвинения, на принудительный вызов свидетелей защиты;
- право на помощь адвоката на любой стадии процесса;
- запрет на чрезмерные залогов и штрафы, жестокие и необычные наказания<sup>706</sup>.

Уголовный процесс в США состоит из значительного количества последовательных этапов, каждый из которых решает свои задачи. Этапы эти следующие:

- получение информации о преступлении и ее регистрация;
- расследование, предшествующее аресту;
- арест;
- оформление ареста;
- собирание данных после произведенного ареста;
- принятие решения об обвинении;
- представление дела в суд;
- первая явка обвиняемого в суд;
- предварительное рассмотрение дела в суде;
- проверка дела большим жюри присяжных;
- регистрация в суде обвинительного акта или информации о совершенном преступлении;
- выявление мнения обвиняемого об обвинительном заключении, или

---

<sup>706</sup> Шумилов В.М. Указ. соч. С. 131.

информации о совершенном преступлении;

- ходатайства, заявляемые до начала судебного разбирательства;
- разбирательство судом первой инстанции дела по существу предъявленного обвинения;
- определение меры наказания;
- обжалование;
- рассмотрение судом вопросов после вступления приговора в законную силу<sup>707</sup>.

При этом следует принимать во внимание то обстоятельство, что «с учетом характера конкретных категорий дел и специфики вопросов, возникающих при производстве по ним, вполне допустимы отклонения, порой существенные, от приведенной этапности. Проявляются они обычно в том, что дело может проходить далеко не через все этапы, ибо не всегда допускается арест, проверяется обвинение большим жюри присяжных заседателей, происходит предварительное рассмотрение дела в суде и т.д. Не все этапы являются равнозначными. В полном объеме этапность выдерживается только по делам об опасных преступлениях (фелониях), а в значительно сокращенном – при упрощенном (суммарном) производстве по делам о менее опасных преступлениях (мисдиминор) и иных (малозначительных) преследуемых по уголовным законам правонарушениях»<sup>708</sup>.

Правом осуществлять предварительное расследование в США надделено значительное число служб, основное место среди которых занимают:

- полиция штатов;
- федеральная полиция, подчиненная министерству юстиции;
- служба генерального атторнея федерации или штата.

Уголовное производство в суде может быть возбуждено в строго определенных законодательством случаях. Например, правилами уголовного судопроизводства Пенсильвании установлено, что этими случаями являются следующие:

1. Регистрация письменной жалобы.
2. Арест без ордера в случае, когда преступление является фелонией или мисдиминором, которые совершены в присутствии полицейского, производящего арест.
3. Арест без ордера при достаточном основании, когда преступление является мисдиминором, совершенным в отсутствие полицейского, производящего арест, если такой арест без ордера специально разрешен по закону.
4. Арест без ордера при достаточном основании, если преступление является фелонией.

Действующая Конституция США в следующем правиле закрепила определенные гарантии: «Право народа на охрану личности, жилища, бумаг

---

<sup>707</sup> Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. С. 170–171.

<sup>708</sup> Там же. С. 171.

и имущества от необоснованных обысков или арестов не должно нарушаться, и никакие ордера не должны выдаваться без достаточных оснований и с подробным описанием места, подлежащего обыску, и лиц или предметов, подлежащих аресту» (IV поправка к Конституции). Процессуальное законодательство детально определяет сущность основных действий полиции на стадиях досудебного расследования:

1. Обыск – любое физическое вторжение служащих правоохранительных органов и любое устройство наблюдательного приспособления в пределах помещения.

2. Обыск бумаг и вещей – любое вскрытие пакета или другого предмета, нацеленное на раскрытие его содержания.

3. Конфискация бумаг и вещей – любое изъятие этих предметов должностными лицами правоохранительных органов.

4. Арест лица – любая форма задержания граждан против их воли.

Законодательно закрепляются следующие виды обыска:

1. Обыск по согласию – проводится с разрешения лица, подвергнутого обыску, или по уполномочию доверенного этого лица, которому заведомо известно, где находятся искомые вещи или предметы.

2. Обыск по обычным основаниям – проводится в ситуации, когда его осуществление допускается без ордера, или когда возникает твердая уверенность в том, что то или иное лицо или место связаны с осуществлением преступной деятельности (контрабанда, проверка правил безопасности).

3. Обыск, проводимый в спешном порядке – требует немедленного осуществления при отсутствии ордера (погоня за преступником).

Вопрос о праве ареста достаточно ясно решен как на федеральном уровне, так и в рамках законодательства штатов. Это право, согласно положениям общего права, принадлежит любому гражданину («гражданский арест»). Этот институт раскрывается в следующих чертах:

1. Любой гражданин вправе арестовать лицо, которое он застал в момент совершения государственной измены или фелонии или покушения на их совершение, однако если преступник отказался от попыток довести преступление до конца, право на производство ареста прекращается.

2. Разрешается арестовывать в момент совершения фелонии, если производящий арест видит или посредством других органов чувств воспринимает тот факт, что в его присутствии совершается фелония.

3. Если совершается фелония и против какого-либо гражданина имеется обоснованное подозрение в том, что преступление совершил именно он, то как полицейский, так и частное лицо, имеющие такое подозрение, в праве арестовать подозреваемого, хотя бы в последствии и выяснилось, что арестованный в действительности не виновен.

4. В случае, если была совершена фелония, полицейскому принадлежит право арестовывать лицо в любое время после совершения преступления.

5. Если это прямо не предусмотрено законом, сотрудник полиции и частный гражданин не уполномочены на производство ареста в случае совершения мисдиминора, даже если преступление совершено в их присут-

ствии, если такое преступление не представляет собой нарушения общественного порядка<sup>709</sup>.

Получение и использование доказательств также жестко регламентируются законодательством и судебной практикой. Недопустимы доказательства, полученные незаконно или с нарушением должной правовой процедуры. Если доказательство, полученное незаконно, послужило основанием для обнаружения свидетеля, который иначе не был бы найден, или для получения признания обвиняемого, которое иначе не было бы сделано, а равно для выявления других доказательств, которые не были бы иначе обнаружены в ходе следствия, то такие доказательства считаются незаконными. Американские юристы называют это правило «плоды с гнилого дерева». В практике существует «правило исключения – юридическая фикция, не допускающая принятия к производству в суде результатов непропорциональных обысков против тех, чьи права были нарушены.

В 1966 году Верховный Суд США принял Правила допроса, предусматривающие следующие положения:

- допрашиваемое лицо может отказаться от дачи показаний;
- лицо вправе давать показания в присутствии адвоката;
- все сказанное обвиняемым может быть использовано против него в судебном процессе.

После завершения следствия атторней решает вопрос о направлении дела в суд. Первоначально с делом в суде знакомится Большое жюри – 24 постоянных присяжных заседателя, которые могут потребовать предоставления дополнительных доказательств на основании изучения собранных улик, составляющих обвинительное заключение. Обсуждение представленных по делу доказательств происходит в отсутствие судьи, обвиняемого и адвокатов. При обсуждении могут присутствовать атторней, свидетель и стенограф. В тех штатах, в которых нет Большого жюри, атторней самостоятельно составляет обвинительное заключение, которое официально называется «информация» и подлежит утверждению судом. Процедура его утверждения происходит в состязательном порядке в присутствии атторнея, обвиняемого и адвокатов. Обвиняемый при этом не может быть принужден к явке и даче показаний. После утверждения обвинительного акта следует предъявление обвинения и разъяснение прав. Свод законов США требует от судей назначать дело к слушанию в суде быстро и без проволочек. В.Н. Махов и М.А. Пешков выделяют следующие процессуальные сроки:

1. Обвинительное заключение Большого жюри или «информация» (обвинительный акт, составленный атторнеем единолично) должны быть предъявлены лицу в течение 30 дней с момента ареста этого лица или вызова его повесткой в связи с обвинением в совершении преступления.

2. Судебное разбирательство дела по существу должно начаться в тече-

---

<sup>709</sup> Махов В.Н., Пешков М.А. Уголовный процесс США (досудебные стадии). М., 1998. С. 33–34.

ние 70 дней с момента предъявления обвинительного заключения или «информации» либо с момента первого появления обвиняемого перед судьей того суда, в котором заявлено обвинение.

3. Судебный процесс не может начаться раньше, чем через 30 дней с момента первого появления обвиняемого в суде в связи с обвинением, если только обвиняемый не дает на это свое согласие в письменной форме.

4. Судебный процесс должен начаться в течение 70 дней с момента принятия какого-либо решения относительно рассмотрения дела в суде (в случае объявления первоначального судебного разбирательства неправильным и издания судебного приказа о повторном разбирательстве)<sup>710</sup>.

Само судебное разбирательство в рамках американского уголовного процесса возможно в виде суммарного производства или разбирательства по обвинительному акту. В любом случае процесс носит состязательный характер и на любой его стадии возможно заключение «сделки о признании вины» (до 90% всех уголовных дел). Если такая сделка состоялась, то судья, рассматривающий дело, должен принять во внимание все обстоятельства, сопутствующие такому признанию:

- время, прошедшее между арестом и предъявлением обвинения лицу, сделавшему признание, если оно (признание) состоялось после ареста и до предъявления обвинения;

- понимал ли обвиняемый в момент признания сущность уголовного правонарушения, в котором он обвинялся или подозревался;

- был ли обвиняемый проинформирован о том, что не обязан делать какие-либо заявления и что любое такое заявление может быть использовано против него;

- был ли до допроса проинформирован обвиняемый о его праве на помощь защитника;

- был ли обвиняемый лишен помощи защитника во время допроса и при заявлении о признании<sup>711</sup>.

Граждане могут быть привлечены к уголовной ответственности лишь на основании обвинительного акта Большого жюри. Подсудимый также может дать согласие предстать перед судом на основании обвинительного акта, составленного атторнеем. Говоря о значимости суда присяжных, нужно отметить, что VI поправка к Конституции США дает право обвиняемому на «скорый и публичный суд беспристрастных присяжных того штата или округа, где было совершено преступление». Гражданин обладает правом потребовать суда присяжных. Если дело назначено к слушанию, то обвиняемый вправе быть судим Малым жюри из 12 человек, выбранных по согласованию между атторнеем и адвокатом из числа граждан соответствующего округа, включенных в избирательные списки. Атторней и адвокат имеют право удалить из состава коллегии присяжных от 3 до 20 кандидатов без указания причин. Как отмечают российские исследователи, «су-

---

<sup>710</sup> Махов В.Н., Пешков М.А. Указ. соч. С. 35.

<sup>711</sup> Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Указ. соч. С. 231.

щественной особенностью разбирательства уголовных дел в американских судах является то, что в них с давних пор начала складываться тенденция привлечения присяжных не только решению вопроса о виновности или невиновности подсудимого в совершении преступления, но и к определению меры наказания при его осуждении. В последние десятилетия эта тенденция стала приобретать все большие масштабы. Ее проявления можно обнаружить в законодательстве многих штатов»<sup>712</sup>.

Обжалование приговоров осуществляется в апелляционные суды штатов или федерации. В этих судах разбирательства дел не производится. Суд заслушивает устную информацию сторон, принимает ходатайства с кратким изложением дела, требует пояснений по спорным вопросам и готовит письменное заключение по жалобе. Результатом рассмотрения жалобы может быть:

- ее отклонение и оставление приговора в силе;
- отмена приговора.

Решения апелляционных судов подлежат публикации. В своем решении суд может дать толкование тех или иных положений закона. По мнению ряда ученых, «поскольку в США суды общего права предпочитают устное судоговорение письменному делопроизводству, все же в суд предоставляется большое количество требований, документов и письменных свидетельских показаний, используемых в качестве доказательств. Состязательное начало (*contradictory system*) дает большие преимущества для развития активности сторон, которые эффективно контролируют ход процесса с помощью хорошо оплачиваемых адвокатов. Стороны выставляют большое число свидетелей, однако тон судебному разбирательству задают адвокаты: широко используются перекрестный допрос и заявление ходатайств»<sup>713</sup>. Действительно, состязательный процесс имеет ряд преимуществ: стороны должны отдавать себе отчет в том, что основную роль играть придется им. Суд не будет занимать активную позицию в процессе, его задача – выслушать доводы сторон и на основе представленных доказательств вынести приговор, по возможности более близкий к истине.

С другой стороны, согласно Л. Фридмену, «в действительности состязательная система гораздо менее состязательна, чем думают многие люди, а следственная система менее следственна. Американские судьи не всегда являются безгласными свидетелями судебного процесса. Они управляют ходом судебного слушания как явными, так и определенными тонкими, скрытыми от непрофессионального взгляда действиями»<sup>714</sup>.

## 5.7 Гражданский процесс

Американские суды рассматривают ежегодно миллионы исков. Значимость гражданского процесса определяется высоким уровнем правовой

<sup>712</sup> Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Указ. соч. С. 262.

<sup>713</sup> Боботов С.В., Жигачев И.Ю. Введение в правовую систему США. С. 190.

<sup>714</sup> Фридмен Л. Введение в американское право. С. 61.

культуры граждан и их стремлением максимально защитить свои субъективные права. Американский гражданский процесс обладает рядом специфических черт, к которым известный компаративист К. Осаке относит следующие:

- состязательный характер досудебной стадии процесса (весь процесс сбора доказательств по делу в досудебной стадии процесса возлагается на сами стороны);

- состязательный метод допроса на стадии судебного слушания (весь механизм представления доказательств находится в руках адвокатов);

- строгость правил, регулирующих допустимость доказательств;

- строгое разграничение досудебной и судебной стороны процесса;

- непрерывность судопроизводства (судебное слушание не прерывается до вынесения решения);

- несовместимость института судебного поручения с принципом состязательности в досудебном сборе доказательств;

- объективный стандарт доказывания при оценке доказательства;

- нотариальные документы и факты не освобождаются от доказывания в гражданском судопроизводстве;

- ограничение компетенции апелляционного суда (осуществляется проверка лишь юридической обоснованности решения нижестоящего суда);

- дословность ведения протокола судебного слушания;

- строгое соблюдение принципа формальности;

- по общему правилу каждая сторона оплачивает свою долю государственной пошлины, свои издержки, связанные с привлечением собственных свидетелей и экспертов, а также гонорары своего адвоката;

- недопустимость института делегированного судьи (лишь тот судья, который присутствовал на всех этапах судебного слушания, вправе участвовать в решении по делу);

- отказ федерального правительства от суверенного иммунитета (в любом гражданском деле, в котором федеральное правительство участвует в качестве истца или ответчика, его статус приравнивается к статусу частного лица);

- институт классового иска (в качестве истца выступает большая группа лиц);

- принятие федеральных правил гражданского процесса возложено на Верховный суд США;

- участие присяжных в гражданском судопроизводстве (согласно VII поправке к Конституции США, «по всем гражданским делам, основанным на общем праве, в которых оспариваемая цена иска превышает 20 долларов, сохраняется право на суд присяжных»);

- недопустимость гражданского иска в уголовном деле;

- сторона по делу одновременно может быть свидетелем;

- по общему праву судья не имеет права выйти за пределы исковых требований;

- несменяемость состава суда в зависимости от природы спора;

- наделение судьи правом наказывать участников процесса за неуважение к суду;
- непризнание института превентивного иска (право на предъявление гражданского иска возникает лишь тогда, когда уже имело место причинение вреда);
- полное досудебное разглашение доказательств обеих сторон;
- у адвокатов нет монополии на представление сторон в гражданском судопроизводстве;
- монизм процессуального частного права (все частноправовые споры рассматриваются в судах общей гражданской юрисдикции);
- расширенное понимание персональной подсудности в гражданских делах;
- состязательный менталитет судей (выполнение функций нейтрального арбитра)<sup>715</sup>.

Если говорить об источниках гражданского процессуального права США, то они подразделяются на две группы.

1. Федеральные источники:

- Конституция США;
- Свод законов США;
- Федеральные правила гражданского процесса 1937 г.;
- Федеральные правила апелляционного производства 1967 г.;
- Правила процедуры Верховного суда 1989 г.

2. Источники гражданского процессуального права штатов:

- конституции штатов;
- статуты (законодательство);
- правила судопроизводства;
- прецедентное право<sup>716</sup>.

Кроме того, «первоисточники американского права (судебные прецеденты, законодательство и подзаконные акты) дополняются неофициальными толкованиями права, которые могут содержаться в сборниках договоров, учебниках, компиляциях правовых норм, исследованиях. Среди подобного рода вторичных источников права наиболее известны составленные в форме статута (закона) сборники (компиляции) прецедентного права <...>. Эти кодификации разрабатываются в рамках Американского института права авторитетными учеными и практиками»<sup>717</sup>.

Гражданский процесс в США состоит из следующих основных стадий:

- выбор суда для предъявления иска (вопросы компетенции, подсудности и подведомственности);
- досудебные процедуры и подбор присяжных;
- судебное разбирательство;
- решение по делу;

<sup>715</sup> Осаке К. Указ. соч. С. 746–754.

<sup>716</sup> Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. С. 68–72.

<sup>717</sup> Там же. С. 74.

- апелляция;
- исполнение решения<sup>718</sup>.

Исковое заявление подается в суд в письменной форме в строгом соответствии с формальными правилами. Основные требования к иску следующие:

- четкость;
- прямота;
- непротиворечивость;
- простота;
- утвердительность.

До начала собственно судебного разбирательства стороны (адвокаты) осуществляют сбор доказательств по делу, используя соответствующие предусмотренные статутным и общим правом способы:

- письменные внесудебные показания под присягой;
- устные внесудебные показания под присягой;
- письменный внесудебный опрос сторон или свидетелей;
- предоставление документов или вещей для обследования;
- разрешение на вход на территорию здания или другого сооружения для обследования;
- физическое или психиатрическое медицинское обследование квалифицированным врачом;
- предложение о признании (факта или мнения о факте).

Американский гражданский процесс предусматривает такую процедуру как обмен деловыми бумагами в целях ознакомления сторон с аргументацией своей позиции. Если само судебное разбирательство состоялось, то любая из сторон, не удовлетворенная решением, имеет право на апелляцию. Апелляционный суд принимает следующие решения:

- оставляет решение суда первой инстанции без изменения, а жалобу без удовлетворения;
- отменяет обжалуемое решение полностью или частично и выносит новое решение, не передавая дело на повторное рассмотрение в суд первой инстанции.

На основании ст. 60 Федеральных правил гражданского процесса допускается пересмотр судебного решения, вступившего в силу. Основаниями для этого являются:

- ошибка, невнимательность или простительная небрежность;
- вновь открывшиеся обстоятельства;
- обман, введение в заблуждение другое недобросовестное поведение другой стороны;
- ничтожность решения суда;
- отмена предыдущего решения;
- на котором было основано данное решение;
- по соображениям справедливости нецелесообразно использовать дан-

---

<sup>718</sup> Осаке К. Указ. соч. С. 756.

ное решение в будущем;

- любые соображения справедливости, требующие обеспечения решения<sup>719</sup>.

### РАЗДЕЛ 3 ПРАВОВАЯ СИСТЕМА РОССИИ

Ретроспективный анализ правовой действительности<sup>720</sup> позволяет выявить те закономерности развития общественного сознания, которые обеспечивают превращение правовых предписаний современности в правовые нормы, реально регулирующие правоотношения. В процессе изучения эволюции права и государства не только обнаруживаются основные «поворотные точки» в развитии общества, но и вскрываются механизмы, позволяющие выявить причины деформации российского правосознания в целом.

Целенаправленное реформирование правовой системы как целостного комплекса – достаточно сложный процесс, чтобы можно было предусмотреть все возможные варианты трансформации правовых предписаний. При этом необходимо учитывать, что специфика обыденного правосознания выступает неотъемлемым «буфером» для претворения в жизнь норм закона. В случае столкновения (а при реформировании именно так случается) новых и старых «правил» общественной (а, следовательно, и государственно-правовой) жизни общество стремится к равновесию, достигаемому наименее сложным путем – путем отрицания нового. Однако «двигатели реформ» (т.е. высшие органы государственной власти), исторически обладая правом на легальное принуждение, трансформировали, таким образом, общественное сознание. Именно оно выступает объектом воздействия при реформировании любых сфер жизни общества и именно оно, путем трансляции зафиксированных «новых» правовых предписаний, «перерабатывает» правовые новшества, превращая их в реалии уже конкретного общества.

#### Глава 6. Эпоха формирования русского права

В рамках излагаемого нами социально-антропологического подхода к праву, следует, прежде всего, рассмотреть вопрос о возникновении права на Руси. Этой проблематике уделили внимание такие известные ученые дореволюционной эпохи, как М.Ф. Владимирский-Буданов, М.А. Дьяконов, В.И. Сергеевич, И.Д. Беляев. В советской юридической науке данная тематика представлена в трудах С.В. Юшкова. В настоящее время пробле-

---

<sup>719</sup> Осаке К. Указ. соч. С. 794.

<sup>720</sup> Естественно, с допустимой степенью погрешности, поскольку действительность эту можно определить лишь по оставшимся правовым документам да письменным свидетельствам очевидцев – за исключением истории последних лет, чему мы сами являемся свидетелями.

мы формирования русского права нашли свое отражение в работах В.В. Момотова, Ю.В. Оспенникова, И.В. Петрова, В.Е. Рубаника.

Ракурс рассмотрения начальной стадии развития права в России в основном зависит от господствующих в тот или иной период идейных течений в юридической науке. Так, в дореволюционной юриспруденции ведущими были две школы: «государственная» (К.Д. Кавелин, П.Н. Милуков, Б.Н. Чичерин) и «общественная» (И.Д. Беляев, М.А. Дьяконов). Каждая из этих школ исходила, соответственно, из приоритета в процессе правогенеза государственной власти либо общества («земщины»).

С.В. Юшков, являвшийся крупнейшим (и, пожалуй, единственным) историком-юристом советской эпохи, излагал вопросы становления русского права с опорой на классовую теорию (но не столько собственно в марксистском духе, сколько в ленинско-сталинском варианте).

Наконец, современные юристы-историки исследуют генезис отечественного права с культурологических позиций, что представляется нам вполне обоснованным. Право, как часть социума, формируется им и подвергается изменениям в зависимости от потребности различных социальных групп и слоев, особенно в рамках традиционного общества (на первых порах становления еще бесписьменного).

Основное место среди форм права в эпоху Древней Руси занимал обычай. По мнению М.Ф. Владимирского-Буданова, «историк застаёт восточных славян во время господства у них обычного права, древнейшие термины, означающие право вообще, относятся к обычному праву: "правда", "норов", "обычай", "предание", "пошлина" (то, что "пошло" – общепринято издавна). Такое же значение имеют и термины "покон" и "закон", хотя впоследствии ими стали обозначать закон в собственном смысле»<sup>721</sup>. Это – естественный путь становления любой правовой системы. Обычное право господствует в неписанной форме достаточно долго, прежде чем подвергается систематизации и фиксации со стороны государственной власти. В принципе, можно согласиться с позицией тех исследователей, которые считают, что обычай у восточных славян являлся основной формой права гораздо дольше, чем у германских племен.

Так, согласно Т.В. Сергеевой, значимость обычая породилась следующими обстоятельствами:

- в родоплеменной организации социума обычай представляет собой традиционный регулятор общественных отношений;
- обычай формируется по территориальному принципу;
- политическая власть не оказывает на обычно-правовое регулирование существенного влияния;
- единое древнерусское право не сложилось по причинам существенных различий отдельных местностей<sup>722</sup>.

<sup>721</sup> Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. М., 2005. С. 111.

<sup>722</sup> Сергеева Т.В. Обычай как источник права у восточных славян и в Древней Руси (IX–XI вв.): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. С. 8.

Как отмечает В.А. Бачинин, «обычаи играют важную роль в социализации индивидов, в обучении их нормативному, моральному, законопослушному поведению, в формировании позитивного уважительного отношения к общепринятым моделям социальной деятельности, освященным духом старины и авторитетом предков. На их основании складываются общие нормативно-ценностные конфигурации корпоративных моральных кодексов и региональных систем обычного права»<sup>723</sup>.

Появление сборников обычного права («варварские правды») мало что меняет в повседневной жизни традиционного общества. Сопоставление Русской Правды с аналогичными судебниками раннего Средневековья на Западе позволяет сделать вывод о качественной однородности общественных отношений, регулируемых ими. Киевская Русь в своем правовом развитии несколько не отставала от государств Европы (Бавария, Саксония, Франкское королевство). Уровень правосознания был примерно одинаков. Структура же раннесредневековых судебников («правд») подчинена решению нескольких основных задач: ликвидации кровной мести и формированию эффективной системы штрафных санкций за противоправное поведение с учетом статуса сторон. Процессуальные нормы господствуют над материальным правом. Многие обычаи остаются за рамками судебников. Влияние римского права не просматривается.

Учесть нужно другой факт: в силу географического положения Русь объективно была более подвержена внешним воздействием, чем другие страны Европы. Обычаи варягов и иных неславянских народов свободно проникали на Русь и частично перенимались местным населением ассимилировавшим, в свою очередь, пришельцев. По утверждению И.Д. Беляева, «изменения в гражданском праве возможны и удобны только тогда, когда в общество входит новый, преобладающий элемент, разъедающий или изменяющий внутренние основы юридического быта; в русское же общество с прибытием варяго-русских князей хоть и вошел новый элемент – дружина, но этот элемент в первый период законодательства не только не мог подчинить себе земщину, оставаясь на поверхности русского общества, но даже сам мало-помалу подчинился влиянию земщины и изменял свой первоначальный облик, с которым вступил на русскую землю»<sup>724</sup>. Многие отечественные дореволюционные историки-юристы, а также современные медиэвисты, занимающиеся изучением соционормативных основ традиционного общества, отмечают тот бесспорный факт, что в правовом отношении скандинавы-викинги не оказывали существенного воздействия на восточных славян. Любое традиционное общество, за исключением периодов кризиса, отличается чрезвычайной статичностью и привязанностью людей к определенной территории. Правовые обычаи изначально носили локальный характер и, будучи вырванными из привычной социальной среды, вряд ли могли прижиться в другой обстановке. Кроме того, независимо от

---

<sup>723</sup> Бачинин В.А. Энциклопедия философии и социологии права. СПб., 2006. С. 551.

<sup>724</sup> Беляев И.Д. История русского законодательства. СПб., 199. С. 89.

факта возможных перемещений, «обычное право весьма консервативно, часто оно сохраняет влияние и в условиях, когда уже складываются государство и все институты права. На Руси долго считали, что поступать по старине – значит поступать по праву. В то же время обычное право, не будучи закреплено в законе, способно изменяться вместе с жизнью. К древнейшим нормам обычного права восточных славян относились кровная месть, круговая порука, умыкание невесты, многоженство, особая словесная форма заключения договора, наследование в кругу семьи и др. Часть их мы обнаруживаем в древнерусском законодательстве уже в качестве формализованных норм права, часть их видоизменяется, некоторые утрачиваются. Кровная месть, например, запрещается в XI в. и заменяется денежным штрафом. Совокупность этих норм летописи и иные древнейшие документы называют "законом русским", который, видимо, являлся устным сводом норм обычного права»<sup>725</sup>.

Сразу же отметим одно существенное обстоятельство: обычное право является частью соционормативной системы общества и не связано с процессом образования и функционирования различных «классов» (особенно в трактовке советских историков-юристов). Говорить о классовом делении в Древней Руси бессмысленно в связи со слабо развитыми связями между отдельными территориями и крайне низким уровнем грамотности населения после принятия христианства в 988 г. (господство дописьменной культуры продолжалось еще несколько столетий). Другое дело (и в этом можно согласиться с рядом историков-марксистов) – сам процесс распространения права в традиционном обществе. Как справедливо подчеркивал С.В. Юшков, «нормы обычного права в первую очередь стали развиваться в основных очагах классового общества восточного славянства – в центрах поселений Руси. Постепенно возникает система этих норм – Русская Правда, или "Закон русский", как эта система называлась в русско-византийских договорах, несомненно, являвшаяся типичной для варварского, дофеодального общества. Эта система по мере усиления процесса феодализации в Киевской Руси в X в. и дальнейшего развития классовой дифференциации среди славянских племен начинает распространяться на значительные группы населения. Она стала постепенно применяться не только в городах, но и селах, всюду, где возникают феодальные центры. Но поскольку княжеская юрисдикция все же не была распространена на всю массу населения, естественно, что основная масса славянских общинников жила на основании родовых обычаев...»<sup>726</sup>.

С позиций социально-антропологического подхода к праву следует принимать во внимание то обстоятельство, что само право есть явление городское. Оно изначально формируется в местах торговли и обмена товарами, и необходимо в целях поддержания определенного общественного

---

<sup>725</sup> Вологдин А.А. История государства и права России. М., 2007. С. 50–51.

<sup>726</sup> Юшков С.В. Общественно-политический строй и право Киевского государства. М., 1949. С. 145.

порядка, безотносительно к конкретному экономическому строю. Использование же в городах обычаев – непродуктивно. Население городов, по общему правилу, образуется из выходцев из разных территориальных коллективов и для общения между ними и требуется право как универсальный регулятор общественных отношений.

Правовой же обычай, как локальное явление, характеризуется следующими чертами:

- это правила поведения, которые никем сознательно не устанавливаются и не санкционируются, они складываются стихийно в процессе общественной практики;

- формируются в результате длительного, частого, многократного повторения одних и тех же действий одними и теми же лицами или группами лиц;

- связаны с общественной психологией;

- соблюдаются в силу выработанной привычки, естественной потребности человека в определенной манере поведения<sup>727</sup>.

Как отмечает А.Я. Гуревич, «до тех пор пока <...> интенсивного взаимодействия с иной социальной системой не происходит, варварское общество, по-видимому, мало развивается. Во всяком случае, это развитие происходит крайне медленно и вряд ли ведет к коренной перестройке старой системы и к вызреванию в ее недрах новой. Скорее можно предположить постоянное воспроизведение прежних элементов этой системы, проявляющей большую консервативность и сопротивляемость структурным сдвигам. Варварское общество характеризуется не столько способностью к эволюции, сколько настроенностью на гомеостасис – саморегулировку, приводящую к сохранению прежней структуры целого»<sup>728</sup>. Основными чертами варварского общества выступали:

- расслоение свободного населения на имущественные группы с особым правовым статусом;

- возвышение родовой знати;

- увеличение численности несвободных;

- господство личных связей.

Процесс перехода от эпохи свободных общин и вожеств к раннему государству сопровождался существенными изменениями структуры социума. Эти трансформации предполагали:

- переход от большой семьи к малой как хозяйственной единице;

- переход от коллективного владения землей к частному;

- разложение первоначального единства прав и обязанностей;

- частичное обесценивание прав вследствие практической невозможности ими пользоваться;

---

<sup>727</sup> Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права. В 2-х т. М., 2007. Т. 2. С. 512.

<sup>728</sup> Гуревич А.Я. Избранные труды. Крестьянство средневековой Норвегии. СПб., 2006. С. 135.

- замена «военной демократии» централизованной политической властью<sup>729</sup>.

Как отмечают современные социологи, анализируя процессы эволюции социума, «переход от общины к частной трудовой собственности происходит на основе объективных причин. Чтобы община продолжала существовать по-прежнему, необходимо, чтобы воспроизводство ее членов происходило при заранее данных объективных условиях. Однако само производство, рост населения неизбежно расшатывают мало-помалу эти условия, разрушают их вместо того, чтобы воспроизводить, от этого общинный строй гибнет вместе с теми отношениями собственности, на которых он был основан. Изменяя свое отношение к общине, отдельный человек изменяет тем самым общину и действует на нее разрушающе»<sup>730</sup>. Если постараться реконструировать языческие («варварские») представления о должном, то следует отметить их непосредственную связь с природным циклом. В представлении древних славян жизнь человека сливается с космическим порядком и нарушение ритуалов и последовательности совершения магических действий есть покушение на гармонию мира и «естественный ход вещей». Общеизвестно, что первыми источниками права (в материальном смысле) выступали агрокалендари, составленные жрецами (в славянском обществе – волхвами), которые одновременно являлись толкователями божественной воли (в том числе и в вопросах права и целесообразности определенных действий и событий). В дописьменной культуре основным способом передачи полезной информации является человеческая память (индивидуальная и коллективная). По словам Б.А. Рыбакова, «простой сельский волхв должен был знать и помнить все обряды, заговоры, ритуальные песни, уметь вычислить календарные сроки всех магических действий, знать целебные свойства трав. По сумме знаний он должен был приближаться к профессору этнографии с той лишь разницей, что этнограф должен выискивать полузабытые пережитки, а древний колдун, вероятно, получал многое от своих учителей-предшественников. Без непрерывной преемственности поколений нельзя представить себе тысячелетнюю традиционность восточнославянского фольклора»<sup>731</sup>. Отметим в связи с вышеизложенным и тот факт, что восточнославянское «жречество» не сложилось в корпоративную иерархически построенную целостную систему, не образовало единую идеологию, могущую успешно противостоять появившемуся на Руси христианству. Именно с последним было связано формирование общественно-политической и правовой мысли Древней Руси.

Носителями христианской идеологии и ее политико-правовых представлений являлись как священники (первоначально – греки), так и князья,

---

<sup>729</sup> Гуревич А.Я. Крестьянство средневековой Норвегии. С. 141.

<sup>730</sup> Философские вопросы теоретической социологии / под ред. В.Я. Ельмеева, Ю.И. Ефимова. СПб., 2009. С. 385.

<sup>731</sup> Рыбаков Б.А. Язычество Древней Руси. М., 1988. С. 302.

выступавшие в роли объединителей страны и создателей государственности. Принятие восточного варианта христианства (православия) вело к заимствованию и его политико-правовых построений. Распространение грамотности в правящих кругах и городской среде способствовало ознакомлению с наследием античности и христианской апологетикой. Утверждение нового мировоззрения проходило достаточно долго и трудно. Языческие традиции сохранялись многие столетия после официального крещения Руси в 988 г. По сути, двоеверие было свойственно сельскому населению не только в эпоху Средневековья, но и в Новое время. Кроме того, само религиозное мировоззрение в целом не способствует развитию светской юриспруденции, требуя от человека полного подчинения вероучению и его догматам. Характерную черту складывающихся правовых воззрений отмечает Н.М. Азаркин, согласно которому «древнерусская юриспруденция – это обсуждение и утверждение ценностей права, свободы, равенства, братства, гармонии, и в этом своем содержании она движется в русле мировой юридической традиции и представляет тот же тип правопонимания, какой существовал Индии, Китае, Греции, выявившись в "ведах" и упанишадах, "И-цзине", а также в античной мысли с поисками смысла и назначения юридического в мире. Ключевое понятие древнерусской юриспруденции – "правда" имеет ряд сходных значений с древнеримским "jus" и древнеиндийской "дхармой". Это такие значения, как справедливость, добродетель, долг, закон, правосудие, религиозная цель и некоторые другие»<sup>732</sup>.

В целом Н.М. Азаркин верно уловил сущность происходивших событий в духовной культуре Руси. Крещение и рецепция многих византийских законодательных актов и богословской литературы резко изменили направление движения страны (до монгольского нашествия). Тем не менее, следует указать и на ряд существенных различий в восприятии «должного» на Руси и в античную эпоху (и тем более, в эпоху Средневековья на Западе). В Древнем Риме, как мы постарались показать выше, достаточно рано сложились предпосылки для выделения сферы юридического в самостоятельный комплекс общественных отношений. Так, по справедливому суждению Л.Л. Кофанова, детально исследовавшего формирование римского права, «можно определить закон в понимании античной традиции как письменно зафиксированный приказ народа, принятый народным собранием, подтвержденный клятвой, в силу которой он становится обязательным для всех римских граждан. Клятва всего гражданского коллектива обеспечивала принудительную силу закона. Все эти элементы уже присутствовали в *lex curiata* царского времени»<sup>733</sup>.

Римское жречество, первоначально монополюсно распоряжаясь формулами разрешения конфликтов и заключения соглашений в правовой сфере, со временем все больше утрачивало свои позиции, что способствовало во-

---

<sup>732</sup> Азаркин Н.М. История юридической мысли России. М., 1999. С. 25–26.

<sup>733</sup> Кофанов Л.Л. *Lex и Jus: возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н.э.* М., 2006. С. 167.

влечению в «мир права» значительного количества свободных граждан. Этот процесс во многом обуславливался социально-экономическим развитием Рима. Становление товарно-денежного хозяйства вело к увеличению обменных отношений и росту заинтересованности в четком функционировании правовых институтов. Следовательно, роль «мудрецов-толкователей» (жрецов) постоянно уменьшалась. По мнению Л.Л. Кофанова, «понимание закона как зафиксированной письменно воли божественного разума, по-видимому, было в царском Риме преобладающим. Очевидно, что сохранение этой тенденции оттеснило бы простой народ на задний план в механизме принятия законов. Однако особенность развития римского государства и права в том и состояла, что в условиях интенсивного развития государства народ сумел надолго удержать за собой контроль за политической властью, за развитием права. Именно поэтому в эпоху Республики не узкая прослойка патрицианского жречества, а весь коллектив римских граждан становится законодателем. Соответственно эволюция понятия «закон» происходила в направлении от преимущественного понимания его в период царей как "божественной воли" к безусловному пониманию его в период ранней республики как "приказа народа"»<sup>734</sup>.

В Древней Руси ситуация была совершенно иная. Никаких правовых актов, принятых свободным населением, мы обнаружить не сможем, так как они просто отсутствовали. «Русская Правда» создавалась в окружении киевских князей (как Краткая, так и Пространная ее редакции). Если в Риме жречество, организованное в коллегии, достаточно долго (до III в. до н.э.) являлось единственным создателем и толкователем правовых установлений, то на Руси волхвы не образовывали корпоративных структур и не оказывали существенного влияния на формирование государства и права. Кроме того, становление древнерусской аристократии, по сравнению с римской, не было завершено в силу ряда обстоятельств (прежде всего по причине несформированности права частной собственности на землю). И наконец, Рим представлял собой сплоченную городскую гражданскую общину (полис), вхождение в состав которой было сильно затруднено, а Киевское государство являлось федерацией различных земель, объединяемых властью правящей династии<sup>735</sup>. Как отмечает С.В. Юшков, «организация сложной сети финансовой и судебной администрации, установление принципов феодального судебного права – все это возможно было привести в жизнь только путем законодательства. При Владимире и Ярославе стала развиваться законодательная функция князей. Князья не только устанавливают "уставы и уроки", но и изменяют путем издания законов основные принципы уголовного права и процесса IX–X вв. Как указано, по рассказу летописи, Владимир дважды изменял основные принципы карательной политики. А при Ярославе появился первый юридический сборник – Русская Правда. Путем издания законов князья устанавливают размеры судебных

---

<sup>734</sup> Кофанов Л.Л. Указ. соч. С. 167–168.

<sup>735</sup> Культура древнего Рима. В 2-х т. / отв. ред. Е.С. Голубцова. М., 1985. Т. 1. С. 22–29.

пошлин, а также и вознаграждение административных лиц»<sup>736</sup>.

Вместе с тем следует помнить о том, что правотворческая деятельность великокняжеской власти на Руси носила достаточно ограниченный характер по сравнению со многими странами того времени. Например, Русская Правда и уставы не идут ни в какое сравнение с кодексами средневекового Китая, детально излагавшими нормы материального и процессуального права с использованием многих приемов юридической техники. Кроме того, китайское законодательство в целом было свободно от религиозных воззрений, так как право для традиционного китайского мировосприятия характеризовалось как «негативная ценность», т.е. использовалось тогда, когда переставали работать моральные установки. Именно с этим был связан приоритет уголовного права перед гражданским.

На Руси же нормы уголовного права также, как и иные узаконения, носили частноправовой характер, а само преступление обозначалось термином «обида». Государство подключалось к поиску правонарушителя только в случае непосредственного обращения потерпевшей стороны к представителю власти, либо если потерпевшим оказывался «привилегированный субъект» в лице господствовавших социальных групп:

- князя;
- бояре (советники старшие дружинники князя);
- князьи мужи (дружинники, выполняющие важнейшие поручения князя);
- огнищане (управляющие княжескими имениями);
- тиуны (управляющие отдельными отраслями княжеского хозяйства)<sup>737</sup>.

Принятие христианства мало что изменило в правопонимании населения, так как рецепции норм византийского права (за исключением церковного законодательства) не произошло. Как отмечает В.В. Момотов, «рождение новой правовой формы – это процесс, связанный не только с генезисом данной формы, но и с ее легитимацией. В этом процессе очень важно найти гармонию в соединении исторической традиции, детерминированной соответствующим типом культуры, с той конкретной исторической ситуацией, в рамках которой оказался социум, в котором происходит процесс легитимации новой правовой формы. Существует глубокая зависимость восприятия основных политико-правовых категорий от типа культурного сознания. Если такая гармония найдена, то нововведение принимается обществом, если нет, то, несмотря на формальные попытки публичной власти ее легитимировать, такая политико-правовая форма обречена на неудачу вследствие своей неэффективности»<sup>738</sup>. Античная эпоха стала периодом вычленения права из единой мононормативной системы и

<sup>736</sup> Юшков С.В. Русская Правда. М., 2002. С. 263.

<sup>737</sup> Михайлова Н.В. Традиции и инновации в постижении истории государства и права. М., 2009. С. 51.

<sup>738</sup> Момотов В.В. Формирование русского средневекового права в IX–XIV вв. М., 2002. С. 114.

создала автономную (в практическом смысле) сферу жесткого регулирования общественных отношений, основанных на развитых обменных связях людей. Рим дал миру совершенную для своего времени административную систему и право, рецепированные странами Западной Европы и приспособленные к собственным нуждам. Утверждение автономности правовой сферы было теснейшим образом связано с развитием договорных отношений. Западное Средневековье в принципе опиралось на большое количество разноуровневых договоров<sup>739</sup>. Даже взаимоотношения с Богом могли опираться на договорную основу. Этот факт отмечают многие исследователи. Например, Ю.М. Лотман считает: «В рыцарском быту Запада, где отношения с Богом и святыми могут моделироваться по системе "сюзерен – вассал" и подчиняться условному ритуалу типа посвящения в рыцари и служения Даме, договор, скрепляющий его ритуал, жест, пергамент и печати осеняются ореолом святости и получают высший ценностный авторитет. На Руси договор воспринимается как дело чисто человеческое, в значении "человеческое" как противоположное "божественному". Введение крестного целования в тех случаях, когда необходимо скрепить договор, свидетельствует именно о том, что без безусловного и внедоговорного божественного авторитета он недостаточно гарантирован»<sup>740</sup>.

Правовое развитие Киевской Руси, как и средневекового Запада, в целом было слабо связано с правотворческой деятельностью великокняжеской власти, нормативные акты которой в основном носили частноправовой характер. Принятие христианства и заимствование византийского законодательства не привели к созданию какого-либо цельного свода узаконений, охватывающего различные сферы общественной жизни. Влияния Кодекса Юстиниана на Русь не просматривается, он не переводился на славянский язык и не комментировался, что вполне объяснимо как с исторической, так и с антропологической точек зрения. Если на Западе сохранился интерес к античной культуре, как собственной предшественнице (по крайней мере в рамках церковной организации и окружения монархов), то Русь не была затронута римским влиянием. Место правовых текстов после крещения заполнилось собственно богословской и житийной литературой<sup>741</sup>. Причем понимание подобного рода сочинений исходило из достаточно низкого уровня общей культуры социума (грамотность взрослого населения на Руси в Средние века в целом была ниже европейской в 2–3 раза). Следует, вероятно, согласиться с мнением Н.Л. Дювернуа в том, что «восточная церковь с первого своего появления в России носила в себе все признаки закончившегося развития в каноническом отношении. В Византии еще во времена Юстиниана, стало быть в половине VI в., церковное законодательство становится предметом кодификации. Не столько поста-

---

<sup>739</sup> Блок М. Феодальное общество. М., 2003. С. 143–233.

<sup>740</sup> Лотман Ю.М. История и типология русской культуры. СПб., 2002. С. 24–25.

<sup>741</sup> История русской литературы в четырех томах. Т. 1. Древнерусская литература. Литература XVIII века / отв. ред. Д.С. Лихачев, Г.П. Макогоненко. Л., 1980. С. 19–61.

новления церкви по делам церковным (собственно канон), но и законы светской власти (номос) вошли в состав Номоканона <...> Иоанна Схоластика. После него собрание законов в том или в другом порядке продолжается непрерывно. К тому времени, когда христианство стало распространяться на севере, число подобных сборников в Византии было уже весьма значительно, и в конце IX в. видное место между ними принадлежало так называемому Номоканону Фотия»<sup>742</sup>.

Действительно, византийское право, в том числе и церковное, формально было рецепировано в Киевской Руси (Эклога Льва Исавра и Константина Копронима, Прохирон Василия Македонянина, Судебник императора Константина). Однако, как мы уже отмечали, уровень правосознания и правовой культуры общества на Руси не позволял византийским законам иметь массового читателя и исполнителя. Категориальный аппарат византийского права был основан на классическом римском праве, а на Руси знания латыни ограничивались очень узким кругом высшего духовенства и крайне незначительным количеством образованных монахов и мирян (выходцев из торгово-ремесленных городских центров). Именно на ментальные аспекты проникновения византийской правовой мысли и культуры в древнерусское общество обращает внимание ряд исследователей (оценка самого факта рецепции может быть диаметрально противоположной: от полного его признания до категорического отрицания).

Так, по утверждению В.А. Томсинова, «на Руси сравнительно хорошо были известны политические и правовые идеи и концепции, выработанные в Византии. Однако, распространяясь в среде русского образованного слоя, они не могли подчинить себе его сознание и деформировать тем самым русскую политическую и правовую мысль. Наоборот, византийская политико-правовая идеология сама неизбежно реформировалась на русской почве, приспособляясь к реалиям русской общественно-политической жизни»<sup>743</sup>. О трансформации византийской политико-правовой мысли на Руси, действительно, можно и нужно говорить, но только в контексте эпохи и менталитета населения. Уровень культуры Византии в X–XIII вв. был чрезвычайно высоким и его достижение Древнерусскими книжниками вряд ли оказывался возможным<sup>744</sup>.

Необходимость укрепления великокняжеской власти (в том числе и ее правотворческой составляющей) настоятельно требовала новых форм легитимации, поэтому обращение к византийским образцам (а косвенно и к римским) оказывалось вполне логичным. Некоторые ученые именно в этом видят влияние римского права на Русь. Например, по мысли Е.Ф. Шмурло, «работа Юстинианова сотрудника, Трибониана, оставила свой неизгладимый

---

<sup>742</sup> Дювернуа Н.Л. Источники права и суд в Древней России. СПб., 2004. С. 57.

<sup>743</sup> Томсинов В.А. История русской политической и правовой мысли X–XVIII века. М., 2003. С. 16.

<sup>744</sup> Вальденберг В.Е. История византийской политической литературы в связи с историей философских течений и законодательства. СПб., 2008.; Гаген С.Я. Византийское правосознание IV–XV вв. М., 2012.

мый след на правовых понятиях одинаково и Запада, и Востока, и, например, позднейшее представление о властном монархе, самодержавном во имя блага общности, выросло в русском сознании (как и в сознании германо-романских народов) из понятий, первоисточник которых следует искать не в укладе автономных городских общин древней Эллады или азиатских деспотий, а в складках державной тоги римских императоров»<sup>745</sup>.

Все это, конечно же, так, но маститый историк говорит не о римском праве как таковом, а о заимствовании политических представлений о сущности императорской власти эпохи домината и позднейшей византийской теократии. Частноправовые начала общественной жизни, как мы уже не раз подчеркивали, могут развиваться только тогда, когда политическая власть либо слаба и не имеет реальной возможности контролировать повседневную деятельность населения, либо когда она (власть) ограничена обычаями (или законами) и у различных социальных групп существуют легальные каналы для противодействия деспотическим устремлениям государства. В домонгольской Руси власть как раз была слабой и, охватывая формально огромную территорию, довольствовалась фактически лишь более или менее регулярным сбором дани и осуществлением правосудия (получая определенную сумму за выполнение этой важной функции). Обычное право и соответствующий ему тип общественного сознания, господствовавшие в дохристианские времена, после Крещения долгий период продолжали существовать наряду с языческими верованиями и отошли на периферию социума только в эпоху Петра Великого. При сопоставлении с аналогичной ситуацией на Западе сразу же выявляются кардинальные различия в ментальной сфере. По наблюдениям В.М. Живова, «в России язычество теряет культурный статус, но не теряет статуса религиозного, становясь антирелигией (антихристианством, общением с нечистой силой) и образуя отрицательную (не-нейтральную) религиозную область. На Западе язычество теряет религиозный статус, но не теряет культурного статуса, становясь нейтральной в религиозном отношении культурной традицией. Судьбы языческого в своих истоках права на Западе аналогичны судьбам языческой мифологии: это право сохраняет культурный статус, входя в качестве одного из элементов религиозно-нейтральную культурную область. В сфере права на Руси не была реализована ни одна из этих схем»<sup>746</sup>.

Обычное право на Руси, по сути, выпало из сферы официальной культуры, но полностью сохранилось в народной жизни в силу соответствия уровню экономического и духовного развития основной массы сельского населения. Христианизация, как мы уже упоминали выше, принесла с собой определенное количество богословской и житийной литературы, на что обращают внимание многие исследователи русского Средневековья<sup>747</sup>.

<sup>745</sup> Шмурло Е.Ф. Курс русской истории. Возникновение и образование русского государства (882–1462). СПб., 1998. С. 42.

<sup>746</sup> Живов В.М. Разыскания в области истории и предистории русской культуры. М., 2002. С. 191–192.

<sup>747</sup> Подскальски Г. Христианство и богословская литература в Киевской Руси (988–1237

В плане же общекультурного развития Русь и Западная Европа шли по одному пути. Отметим, конечно тот факт, что собственно правовая жизнь Запада начинает бурно развиваться уже в XII веке, а на Руси ничего похожего не происходило. Тем не менее, степень свободы населения на Руси в домонгольский период не ниже, а пожалуй, даже выше в связи с отсутствием большого количества юридически зависимых людей (крепостное право на Западе достигло пика своего развития в XII–XIV вв., а в России оно окончательно утвердилось только в конце XVI столетия). В принципе, прав оказывается Д.С. Лихачев, считающий: «обычно русскую культуру характеризуют как промежуточную между Европой и Азией, между Западом и Востоком, но это пограничное положение видится если только смотреть на Русь с Запада. На самом же деле влияние азиатских кочевых народов было в оседлой Руси ничтожно, Византийская Культура дала Руси ее духовно-христианский характер, а Скандинавия в основном – военно-дружинное устройство»<sup>748</sup>.

Правовая же ситуация на Руси, как мы уже не раз отмечали, была совершенно иной, чем на Западе. Прежде всего, несмотря на проникновение византийской культуры, юридическая составляющая этого процесса осталась в тени. Современные российские исследователи (Л.В. Милов, В.В. Рогов, Я.Н. Щапов) достаточно подробно изучили вопрос о реальном воздействии византийского права на Русь, однако выводы у известных ученых оказались диаметрально противоположными. С позиций социально-антропологического понимания права эта ситуация совершенно естественна. Заимствования византийского права в основном происходили в сфере семейно-брачных отношений. Как отмечает в своем исследовании Н.С. Нижник, «процесс институционализации русского семейного права шел, во-первых, через трансформацию древних семейно-брачных обрядов в правовой обычай и, во-вторых, через узаконение решений органов церковной власти, опиравшихся в своих действиях на византийское брачное право. Происходила рецепция византийского брачно-семейного законодательства основанного на канонических представлениях о браке. На Руси получил распространение номоканон – собрание норм византийского семейного права, состоящего из канонических правил и светских постановлений византийских императоров»<sup>749</sup>. Заметим, однако, что рецепция византийского права происходила в сугубо практической плоскости, в отсутствии юридического образования и, соответственно, без привлечения к этому процессу профессиональных юристов (которых на Руси вообще не было, а в самой Византии XI–XII вв. оказывалось достаточное количество).

Кроме всего прочего, активное проникновение византийского законодательства на Русь пришлось на XI–XII столетия, когда в самой Византии

---

гг.). СПб., 1996; Франклин С., Шепард Д. Начало Руси: 750–1200. СПб., 2009.

<sup>748</sup> Лихачев Д.С. Раздумья о России. СПб., 1999. С. 35.

<sup>749</sup> Нижник Н.С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. СПб., 2006. С. 15.

начался период упадка политических институтов и юридической жизни. Непревзойденный шедевр правовой мысли – Codex Juris Civilis – утратил практическое значение уже в VIII веке; был заменен Эклогой и, следовательно, не мог представлять для развивающегося русского социума реального значения. Отметим и тот бесспорный факт, что право, как вид социального регулирования общественных отношений, оказывается востребованным в городах (там оно и зарождается). На Руси городская жизнь была несоизмеримо слабее, чем в Византии, формирование крупных поселений в качестве центров племенных княжений сопровождалось длительным существованием натурального хозяйства и традиционного менталитета. В Византии же «города как культурные очаги и центры образованности всегда противопоставлялись сельской местности <...>. Византийская городская культура – это культура по преимуществу письменная и книжная, для которой характерны относительно широкое распространение грамотности среди горожан, достаточно активный круг читателей, который не ограничивался аристократической элитой, сосредоточение книг в городах, образование публичных городских библиотек <...>. Значительную часть этого культурного багажа составляла правовая литература, которая оседала по преимуществу в частных библиотеках горожан»<sup>750</sup>.

Городская жизнь в Византии не прерывалась до падения Константинополя в 1453 г., также как непрерывно функционировала система юридического образования. Существование развитой правовой системы опиралось на активную правотворческую деятельность государственной власти, оказывавшей поддержку юридическому образованию в учебных заведениях и нуждавшейся в квалифицированных правоведах. Как отмечает Е.Э. Липшиц, «важная группа источников связана своим происхождением с нуждами преподавания в юридических школах Бейрута и Константинополя, игравших первостепенную роль в развитии науки того времени»<sup>751</sup>.

Именно в этих школах протекала деятельность наиболее известных ученых-юристов, которые были привлечены к участию в комиссиях, готовивших законодательные акты. Поскольку преподавание в правовых школах основывалось главным образом на изучении и толковании текстов юристов классической эпохи, труды профессоров представляли собой обычно комментарии, парафразы и изложение этих текстов.

На Руси же, как мы уже отмечали выше, юридическое образование не было востребовано. Знакомство с правом оказывалось необходимым лишь духовенству и узкому слою князей и их окружению в сугубо практических целях. Кроме того, по мнению Я.Н. Щапова, «изучение княжеских уставов, в частности – древнейших текстов Устава Ярослава, показывает, что на первых порах в XI в. роль церкви в эволюции древнерусского права и суда заключалась не столько во введении новых, чуждых, византийских канонических норм, сколько в узурпации права суда по традиционным делам,

---

<sup>750</sup> Медведев И.П. Правовая культура Византийской империи. СПб., 2001. С. 103–104.

<sup>751</sup> Липшиц Е.Э. Право и суд в Византии IV–VIII вв. Л., 1976. С. 21.

которое принадлежало прежде низшим общественным организациям»<sup>752</sup>. В дальнейшем, с ростом экономических возможностей церкви, расширялась и ее юрисдикция, позволявшая вмешиваться в самые различные сферы общественной жизни. Отсутствие же профессионального юридического образования не позволяло формироваться светскому праву с соответствующим категориальным аппаратом. Попытки же вводить явочным порядком в действие некоторые византийские правовые акты (например, эклогу) показали свою несостоятельность. Эту ситуацию достаточно подробно анализирует Л.В. Милов. Исследователь показывает, что введение византийской системы уголовных наказаний (смертной казни за убийство вместо применявшейся ранее материальной компенсации и штрафа в пользу князя) привело к быстрому истощению казны и возврату к первоначальному положению<sup>753</sup>. Как отмечает ученый, «первая статья Правды Ярослава возвращает общество к прежней традиции, и именно поэтому создатель ее вынужденно декларирует общее положение о кровной мести. Но поскольку основной целью реставрации была не сама кровная месть, а возвращение к практике взимания вир и продаж, то древнерусские юристы прежде всего резко ограничили круг родственников – мстителей. Таким образом, перед нами факт тесной, хотя и, так сказать, обратной взаимосвязи бытования норм права Эклоги и первой статьи Древнейшей Правды. Больше того, факт замещения византийских правовых норм нормами древнерусскими можно увидеть и в довольно большом сходстве отобранных древнерусскими юристами типов наказуемых Правдой преступлений»<sup>754</sup>.

Видимо, не следует столь однозначно утверждать о непосредственной рецепции византийского законодательства на Руси и, тем более, говорить о интенсивной деятельности древнерусских юристов. Последних в XI–XVII столетиях вообще не существовало (ни как отдельных личностей, ни как профессиональной корпорации). Поэтому русское право и опиралось на традицию. Именно на этот аспект обращают внимание В.А. Рогов и В.В. Рогов. Исследователи однозначно указывают на то обстоятельство, что «указания в литературе на обращения к византийскому законодательству – вполне оправданы. Придавать же какое-то особое влияние византизму в данном вопросе можно лишь в связи с тем, что русское право вообще испытывало влияние византийского. При этом национальное право данного периода способно было создавать собственные теоретические подходы на базе практической юриспруденции и языческих традиций»<sup>755</sup>.

Анализируя процессы генезиса и эволюции правовой теории, на наш взгляд, необходимо крайне осторожно подходить к вопросу о собственно

---

<sup>752</sup> Щапов Я.Н. Очерки русской истории, источниковедения, археографии. М., 2004. С. 163.

<sup>753</sup> Милов Л.В. Исследования по истории памятников средневекового права. М., 2009. С. 317–318.

<sup>754</sup> Милов Л.В. По следам ушедших эпох. М., 2006. С. 107.

<sup>755</sup> Рогов В.А., Рогов В.В. Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права (очерки IX – середины XVII вв.). М., 2006. С. 56.

теоретических построениях в сфере «юридического». В узком смысле слова «юриспруденция» как совокупность специальных знаний о праве на Руси отсутствовала. Мы не обнаружим в эпоху Средневековья отечественной юридической литературы (даже переводной), которую, как мы уже отмечали ранее, заменяли богословские сочинения, затрагивающие в основном проблемы деятельности церкви и церковное право. В трудах русских книжников мы также не обнаружим юридической проблематики, несмотря на достаточное их знакомство с соответствующей византийской литературой. Можно, видимо, говорить о византийском законодательстве как одном из источников древнерусского права. В трактовке, предложенной Р.Х. Макуевым, «рецепция права – заимствование содержания и некоторых форм права из правовых систем других стран или из определенной, нехарактерной для данной страны правовой семьи»<sup>756</sup>. Фактически все знания на Руси о праве носили эмпирический характер или увязывались с христианством. Например, во введении к тексту Эклоги, вошедшей в наибольшее число переведенных на славянский язык законодательных актов, указывается: «Тем же, кто поставлен исполнять законы, мы рекомендуем, а вместе с тем и приказываем воздержаться от всяких человеческих страстей и выносить решения, исходя из здравого суждения по истинной справедливости, не презирать бедных, не оставлять без преследования несправедливо поступающего могущественного человека и не выказывать в преувеличенной форме на словах восхищения справедливостью и равенством, на деле же отдавая предпочтение как более выгодному несправедливости и лихоимству»<sup>757</sup>.

Подобные положения были доступны пониманию населения, особенно городского, грамотность которого не подвергается сомнению. Тем не менее, уровень грамотности не следует и преувеличивать, так как систематического образования еще не существовало. Оценки реального уровня правовой культуры и «юридического менталитета» средневековой Руси в современной отечественной юриспруденции даются самые различные, от негативных до позитивных. Так, по мнению В.А. Рогова, «отсутствие на Руси "высшего образования" в университетских формах должно быть адекватно осмыслено. В Западной Европе университеты начали свою деятельность в XI–XII вв. Там интенсивно изучалось римское право, и в этом есть до сих пор не объясненная странность. Еще никто и нигде внятно не пояснил, зачем и почему с XI в. заработала в университетах такая масштабная "кузница юридических кадров", что толкало многие тысячи молодых людей на изучение, весьма дорогое изучение, еще не "родного для Европы", забытого и "погибшего" римского права. Ведь значение университетов в XI–XII вв. нельзя преувеличивать. Преподавание права в них сводилось к заучиванию текстов из плохо сохранившейся кодификации Юстиниана при их

---

<sup>756</sup> Макуев Р.Х. Теория государства и права. М., 2010. С. 383.

<sup>757</sup> Эклога. Византийский законодательный свод VIII века. Византийская книга эпарха. Рязань, 2006. С. 51–52.

субъективном комментировании преподавателем»<sup>758</sup>. Позиция В.А. Рогова, направленная на поиск и защиту самобытности древнерусского права, вызывает у нас одновременно и понимание, и ряд вопросов. Основой социального регулирования в Древней Руси, как уже не раз подчеркивалось выше, являлся правовой обычай и государственное законодательство не имело широкого употребления. Соответственно, язык права и язык повседневного общения людей совпадали, что и делало ненужным наличие особой системы юридической коммуникации, понятной только профессиональным правоведам.

Вместе с тем отсутствие университетского образования обрекало Русь на значительную культурную отсталость (особенно после монгольского нашествия и гибели подавляющего большинства горожан – носителей «киевской» культуры и духа свободы). Кроме того, немногочисленные нормативные акты великокняжеской власти оставались на протяжении столетий без существенных изменений в силу консервации существующих порядков. Так, по справедливому утверждению И.А. Исаева, «Русская Правда оставалась основным источником права вплоть до конца XV в. Столь стабильное положение кодекса было обусловлено как довольно статичным состоянием общественных и правовых отношений в феодальном обществе, так и "органическим" характером его основы, которую составляли обычай и рутинная судебная практика, не превратившаяся, однако, в прецедентную систему, как это случилось в средневековой Англии. Ни монгольские завоевания <...>, ни процессы феодальной раздробленности, разделившие Киевскую Русь на ряд независимых княжеств, воспринявших ее политические и правовые принципы, не смогли поколебать генеральной линии развития русской правовой культуры: традиция и правовой обычай продолжали играть в ней все еще весьма важную роль, а этико-религиозные принципы православия – составлять духовную основу этой культуры»<sup>759</sup>.

Средневековые европейские университеты стали «кузницей кадров» для различных государственных органов и учреждений (королевские советы) и частных организаций (цехи) по достаточно объективным причинам, о которых западные исследователи писали давно и подробно. Причины роста интереса к праву кроются в экономическом подъеме, начавшемся в XI веке, привлекательности самой профессии юриста (в том числе и в материальном плане), а также возрождении античного наследия католической церковью<sup>760</sup>.

На Руси античное наследие не получило укоренения из-за немногочисленности интеллектуалов, отсутствия центров образования и, как мы уже упоминали, насильственной гибели большинства носителей старой «киевской» культуры (и городской цивилизации в целом) после монгольского завоевания. Соответственно, и правопонимание осталось на уровне вос-

---

<sup>758</sup> Рогов В.А., Рогов В.В. Древнерусская правовая терминология. С. 24.

<sup>759</sup> Исаев И.А. Правовая культура России. М., 2009. С. 8.

<sup>760</sup> Вудс Т. Как католическая церковь создала западную цивилизацию. М., 2010.

приятия конкретных казусов, но не абстрагирования от них. В современной отечественной юриспруденции можно считать доказанным постулат о том, что «изменение смысла правовых терминов происходит под воздействием разнообразных причин. Это вызвано изменением окружающего мира и в целом социального контекста, в рамках которого живет человек, изменением человеческого мышления, которое становится все более абстрактным, рациональным, глубоким, а также непосредственно влиянием самих слов внутри языковой системы. Изменения внутри языковых систем, детерминирующих содержательную сторону правовых терминов, вызваны изменением связей в языке, но все-таки главным фактором, виновным в изменении содержания юридической терминологии, является неязыковой социальный контекст»<sup>761</sup>. Контекст же после монгольского нашествия резко меняется в сторону регресса.

## **Глава 7. Эволюция права в эпоху Московского государства XIV–XVII столетий**

Формирование правопонимания московской эпохи и становление новой правовой системы происходило в рамках традиционного общества и господства религиозного мировоззрения. В силу существенного влияния географического фактора и иного, по сравнению с предшествующим периодом, менталитета населения Северо-Восточной Руси процесс государственной централизации осуществлялся по «восточному» пути.

Уничтожение в результате монгольского нашествия носителей «киевской» культуры (свободных дружинников и горожан) привело к духовному застою и резкому усилению роли религии в жизни государства и общества. Затухают торговля и ремесленная деятельность, являвшиеся условием правового прогресса в Средневековье, исчезают многие города, пользовавшиеся вечевым самоуправлением. Отметим, что именно самоуправление способствует политической и правовой активности людей, втягивает их в общественную деятельность и просвещает, следовательно, повышает уровень правосознания и правовой культуры. На смену относительной свободе в Киевской Руси пришло «вотчинное мировоззрение», присущее крупным и мелким землевладельцам Московского государства.

Европейское право во многом основывалось на уважении к собственности и наличии механизмов ее защиты от посягательств. На Руси же ситуация оказалась совершенно иной. Под воздействием политической практики Золотой Орды были восприняты «азиатские» способы управления, основанные на произволе и деспотизме власти. По словам известного историка Р. Пайпса, «деспот ущемляет права собственности своих подданных, вотчинный правитель просто – напроsto вообще не признает за ними этого права. Отсюда вытекает, что при вотчинном строе не может быть четкого разграничения между государством и обществом, поскольку такое

---

<sup>761</sup> Момотов В.В. Формирование русского средневекового права в IX–XIV вв. С. 131.

разграничение предполагает наличие не только у суверена, но и у других лиц права осуществлять контроль над вещами и (там, где существует рабовладение) над людьми. В вотчинном государстве нет ни официальных ограничений политической власти, ни законоправия, ни личных свобод»<sup>762</sup>.

Это вполне справедливое утверждение американского исследователя совпадает и во многом основывается на разработках отечественных ученых-марксистов, с которыми в целом Р. Пайпс вел непримиримую идейную полемику, являясь приверженцем либерального мировоззрения и правопонимания. Так, анализируя развитие русской политической мысли, Г.В. Плеханов констатировал: «Московским публицистам XVI в. были совершенно недоступны те общественно-политические понятия, которые были выработаны передовыми публицистами тогдашней Франции. Бодэн вполне справедливо отнес (Московию) к числу вотчинных монархий. Общественные силы все больше и больше закрепощались в ней государством, глава которого, естественно, третировал их, – на что обратил внимание еще Бодэн, – как своих холопов»<sup>763</sup>.

Только небольшому количеству городов-государств (Новгороду, Пскову и Вятке) удавалось до потери независимости в конце XV – начале XVI вв. развиваться на иных основах. Эти города создали самобытные правовые системы, включавшие в себя как законодательство киевской эпохи (Русскую Правду), так и собственную судебную практику. Большинство населения этих государств-республик было юридически свободными людьми и не знало деспотизма монархической власти. Однако, по верному замечанию О.В. Мартышина, Новгород обладал существенными отличиями от вольных городов Запада. Борьба городов Германии и Италии за самоуправление противопоставила друг другу дворян и горожан и, соответственно, в определенном направлении формировала право (защита жизни и имущества горожан, особо тяжкие наказания для дворян). Кроме того, дворяне были исключены из числа полноправных горожан<sup>764</sup>. По О.В. Мартышину, «основу этих событий представляла четкая социальная дифференциация городского населения, нашедшая выражение в самоопределении торговцев и ремесленников, в их цеховой организации. Всего этого не знал Новгород. Социальные противоречия и там проявлялись не раз в острой форме, но выступления трудящихся против бояр как сословия, а не против отдельных его представителей, были крайне редки, нестойки, быстротечны и не имели политических последствий»<sup>765</sup>. Действительно, социальные противоречия в Новгороде в большей степени происходили между различными боярскими группировками, втягивавшими в них горожан, причем сам характер борьбы мог приобретать очень острые формы<sup>766</sup>.

---

<sup>762</sup> Пайпс Р. Россия при старом режиме. М., 1993. С. 39.

<sup>763</sup> Плеханов Г.В. История русской общественной мысли. М., 1918. Т. 1. С. 165.

<sup>764</sup> Дживелегов А.К. Средневековые города в Западной Европе. М., 2002. Гл. 1, 2.

<sup>765</sup> Мартышин О.В. Вольный Новгород. Общественно-политический строй и право феодальной республики. М., 1992. С. 55–56.

<sup>766</sup> Янин В.Л. Новгородские посадники. М., 2003.

Тем не менее, в значительной степени Новгород шел по европейскому пути развития. Его правовая система была ориентирована на разрешение многочисленных торговых и земельных споров, а учитывая высокую грамотность населения (необходимую для ведения торговой и ремесленной деятельности) и свободолюбие горожан, можно лишь сожалеть о насильственном прерывании самостоятельного развития этого города-государства. Как мы уже не раз подчеркивали, право и торговля самым тесным образом связаны друг с другом. Именно развитая торговля порождает формализацию общественных отношений, требует юридического равенства хозяйствующих субъектов и четкой фиксации их прав и обязанностей. Как отмечает Л.И. Спиридонов, «связующая (общественная) сила обмена отнюдь не обусловлена ни действием политических сил, ни влиянием религии или нравственности. Для того чтобы обменные отношения могли служить не только экономической, но и общественной связью, нет никакой необходимости в их опосредствовании названными социальными институтами. Природа обмена такова, что индивид не в состоянии отказаться служить общественному целому, ибо получить чужой товар, необходимы для его существования, он может лишь тогда, когда отдает свой собственный для удовлетворения потребностей других. Преследуя частный экономический интерес, он тем самым объективно служит интересам всех и таким образом – обществу»<sup>767</sup>. Эти процессы активно препятствуют деспотическому правлению, подавляющему свободу самовыражения и самостоятельность при принятии решений. Оригинальный исследователь проблем государственности В.С. Полосин, пожалуй прав, ставя вопрос: «Есть ли в исторических генах русского народа иной политический архетип, не связанный с монголо-византийским колониальным наследием? Иная, национально-демократическая государственность имеет место в собственной истории Русской земли – это история политического устройства русских городов-государств до Владимира Святославовича и это история Новгородской республики XII–XV веков <...>. Политическая мифология и идеология возрождаемой национальной русской государственности, русского народовластия, могла бы быть – при наличии политической воли – воссоздана из бесценного опыта наших предков»<sup>768</sup>.

После присоединения Новгорода к Московскому государству и насильственной депортации значительной части его жителей на восточные окраины наступило общее угасание городской жизни Северо-Запада России. Отныне и до конца XVIII в. российские города представляли собой лишь укрепленные пункты, охранявшие торговые пути и служившие местом пребывания администрации. Самоуправление сохранилось лишь на русском Севере, не знавшем крепостного права и за дальностью своего географического положения недоступном для мелочной опеки со стороны правительства.

---

<sup>767</sup> Спиридонов Л.И. Избранные произведения по теории права. СПб., 2010. С. 118.

<sup>768</sup> Полосин В.С. Миф. Религия. Государство. М., 1999. С. 431.

В целом же, правовое развитие страны было отброшено на несколько столетий назад, и свой новый подъем она стала совершать уже не по европейскому, а по восточному пути. Общественная самодеятельность могла существовать лишь постольку, поскольку у верховной власти не было реальной возможности вмешиваться в повседневную жизнь людей. Для формирования деспотизма на Руси были, разумеется, и объективные причины. Это – огромная территория с редким населением, нуждающаяся в постоянной защите от внешних посягательств, маломощное сельское хозяйство с полукочевым крестьянством, которое власть всеми силами старалась прикрепить к земле, и неизменное стремление правящего слоя Московского государства к внешней экспансии (вначале объективно необходимой для выживания и «собираения Руси», а затем ставшей «идеей фикс» и использовавшей концепцию «Москва – третий Рим»).

На складывающуюся правовую систему и правопонимание в период XV–XVII вв. значительный отпечаток наложило отсутствие действенных механизмов контроля за деятельностью администрации. Точки зрения исследователей по этому вопросу носят диаметрально противоположный характер. Так, С. Пушкарев считает, что «не будучи связан какими-нибудь формально-юридическими ограничениями своей власти, московский самодержец, однако, не был (за исключением восьми лет опричнины) самовластным деспотом. Он был морально связан установившимися обычаями и традициями, выслушивал – и обычно исполнял – "приговоры" боярской думы, а в чрезвычайных случаях созывал "совет всея земли" (получивший в исторической литературе название "земский собор")»<sup>769</sup>.

Иного мнения придерживается Р. Пайпс, справедливо полагая, что отсутствие в стране твердых гарантий прав собственности населения порождает только произвол. Американский исследователь убедительно показывает, что правовая защита личности начинается с формализации имущественных прав и привилегий. Если же владение землей (основным богатством Средневековья и в России, и на Западе) должным образом не обеспечено, то ни о каком праве и законности (в европейском понимании) говорить не приходится. Поэтому, «никакое другое отдельно взятое обстоятельство из тех, что воздействовали на ход российской истории, не дает лучшего объяснения, почему политическое и экономическое развитие страны уклонилось от пути, которым следовала остальная Европа, ибо это означало, что в эпоху абсолютизма в России, в отличие от большинства западноевропейских стран, не оказалось частной собственности, способной послужить преградой монаршей власти»<sup>770</sup>.

Позиция Р. Пайпса подтверждается правовым развитием России в XV–XVII вв. Страна по-прежнему была погружена во власть обычаев и традиции, что только тормозило правотворческую деятельность государства.

---

<sup>769</sup> Пушкарев С. Самоуправление и свобода в России. Франкфурт-на-Майне, 1985. С. 12–13.

<sup>770</sup> Пайпс Р. Собственность и свобода. М., 2000. С. 235–236.

Формально в Московском государстве существовало достаточно большое разнообразие форм действующего позитивного права.

1. Жалованные грамоты – правовые акты привилегированного характера (дарственные на имущество либо на льготное налогообложение, либо подтверждение действия общей нормы).

2. Уставные грамоты – правовые акты, регламентирующие порядок местного управления на определенной территории (Двинская уставная грамота 1397 г.).

3. Губные грамоты – нормативные акты, издававшиеся с 30-х годов XVI в. по просьбе местного населения.

4. Уставные земские грамоты – нормативные акты, издававшиеся в 50-е годы XVI в. и определявшие порядок местного самоуправления на той или иной территории.

5. Судебники – первые крупные правовые акты, созданные государственной властью (1497 г., 1550 г., 1589 г.). В них право еще не делилось на отрасли, однако нормы уже носили четко выраженный материальный или процессуальный характер. Судебники действовали на территории всей страны. Основное внимание в них было уделено судебному процессу (гражданскому и уголовному). Кроме того, Судебник 1550 г. ввел правило о запрете обратной силы закона, что свидетельствовало об определенном развитии юридической техники.

6. Стоглав – сборник постановлений церковного Собора 1551 г., который, наряду с Судебниками, произвел частичную систематизацию обычного права, продолжавшего действовать в повседневной жизни.

7. Указные книги Приказов, в которых фиксировались устные распоряжения монарха и им придавалась определенная формализация.

8. Соборное Уложение 1649 года, являвшееся первым полномасштабным кодексом России. В нем уже было возможно выделение отдельных отраслей права (государственного, гражданского, уголовного).

В целом же страна по-прежнему находилась в «мире обычая», так как использование государственного законодательства не было широко распространено. Господство местных обычаев, помимо консервативности населения и «статичности» общественных отношений, было обусловлено широким распространением жалованных грамот. Как констатирует М.Ф. Владимирский-Буданов, «иммунитеты или привилегии занимают весьма важное место в истории общих источников права новоевропейских народов: при огромном количестве пожалований, частный закон может обратиться в общий, исключение – в общее правило; таким образом права лиц всего высшего класса общества (который один и пользовался всеми гражданскими правами) обращаются из частных привилегий в общесословное право, а затем в общий закон. В Московском государстве этого не случилось, во-первых, вследствие того, что привилегии не были столь многочисленны и обыкновены (как, например, в Польше); во-вторых, потому, что содержание привилегий не было однообразно и одинаково полно и, наконец, в-третьих, твердость привилегий (сохранение их в потомстве) ни-

чем не гарантировалась, хотя иногда в грамоте обозначается, что привилегия делается без отнятия...»<sup>771</sup>.

С одной стороны, не так уж и плохо, что власть не может детально регламентировать жизнь подданных, это лишь стимулирует становление корпоративных организаций и местного самоуправления. С другой стороны, нельзя сбрасывать со счетов и негативные моменты. Формирование единого централизованного государства наталкивалось на местные сепаратистские тенденции, в борьбе с которыми великокняжеская, а затем и царская власть использовала не столько правовые, сколько политические и военно-полицейские средства. Единого правового пространства в России не сложилось до эпохи Петра I, а обычное право продолжало применяться сельским населением до сталинской коллективизации начала 1930-х гг.

Кроме всего прочего, учтем и то обстоятельство, что в России «сформировавшийся в недрах общины стереотип определенного сочетания землевладельческих прав крестьянской семьи и мира стойко держался на протяжении столетий, не утрачивая своей первоначальной сущности ни в период активного роста крупного феодального землевладения, ни при постепенно усиливавшемся внедрении в деревню товарно-денежных отношений, т.е. в условиях, когда этот порожденный общинным бытием стереотип восприятия владельческих прав должен был бы разрушаться. Однако этого не происходило»<sup>772</sup>.

В сфере правовой идеологии также превалировало «вотчинное» мировоззрение, не допускающее никаких проявлений разномыслия и автономности личности. Наиболее ярко оно выразилось в политической практике и литературном творчестве Ивана IV Грозного. Отвечая на обвинения в свой адрес со стороны князя А.М. Курбского, царь однозначно писал, что «российская земля держится божьем милосердием, милостью Пречистой Богородицы, молитвами всех святых, благословением наших родителей и, наконец, нами, своими государями, а не судьями и воеводами, не ипатами и стратигами. Мы не предавали своих воевод различным смертям – с Божьей Помощью мы имеем у себя много воевод и кроме вас, изменников. Мы же вольны награждать своих холопов, вольны и казнить»<sup>773</sup>. Таковым было мнение самодержца, в годы правления которого страна лишилась значительной части правящего слоя, вошла в состояние экономического кризиса и проиграла Ливонскую войну. Православие же, являвшееся мировоззренческой основой сознания россиян, не всегда могло сгладить деспотические черты государственности. По убеждению В.А. Рогова, «освобождение от господства Орды поколебало это единство, яснее обнаружился накапливавшийся столетиями горючий материал народных недовольств. Но уже сформировавшаяся христианская культура диктовала такое положение, при котором опосредствующим звеном нравственной оценки деятельности

---

<sup>771</sup> Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. С. 257.

<sup>772</sup> Собственность в России: Средневековье и раннее новое время. М., 2001. С. 105–106.

<sup>773</sup> Послания Ивана Грозного. СПб., 2005. С. 301.

государственной власти были установки православия. Они были мерилем правомерности ее действий, которые лишь в таком виде и могли осознаваться как действия общественной значимости»<sup>774</sup>. Традиционное общество, которым была Россия до реформ Петра I, основывалось на религиозном синкретизме, однако политические реалии XV–VII вв. четко указывали на вектор развития государственности в сторону подавления самостоятельности церкви светской властью и превращения первой в часть аппарата управления. Нравственная же оценка действий власти, по сути, являлась единственным мерилем ее правомерности и законности. Например, непримиримый оппонент Ивана Грозного князь А.М. Курбский в своих сочинениях постоянно соотносил действия самодержавного деспота с Писанием, указывая на нарушение царем практически всех заповедей христианства<sup>775</sup>.

Управление на местах в России также длительное время опиралось на традицию или уставные грамоты локального характера. По мнению Н.А. Емельянова, «вплоть до середины XVI в. общественная самодеятельность в сфере местного самоуправления в России не была нормирована законом и развивалась исключительно на основе мирского обычая, как естественное и неизбежное дополнение несовершенства официальной княжеской администрации»<sup>776</sup>. Представители власти на местах в процессе осуществления своей разносторонней деятельности опирались на собственные представления о должном, а не на закон, которого не было.

Правовая система страны развивалась в условиях господства натурального хозяйства и представляла собой совокупность обычаев определенных территорий, государственного законодательства и рутинной судебной практики. Учитывая же тот факт, что самостоятельное бытие права возможно только при наличии независимого суда и высокого уровня правосознания населения, основанного на стабильности отношений собственности, придется признать слабость отечественной правовой традиции. Во многом это было связано и с отсутствием в стране профессиональных юристов (приказные дьяки и подьячие не могут признаваться таковыми). Исследователи истории русского права справедливо замечают по этому поводу, что «специальное изучение и преподавание права вплоть до XVIII в. сколько-нибудь заметного развития в русском обществе не получило. И в целом на протяжении XV–XVII вв. юриспруденция носила сугубо прикладной характер. Знание законов и умение с ними обращаться приобреталось исключительно в процессе практического осуществления правосудия или при составлении различного рода деловых бумаг»<sup>777</sup>. Кроме того, отечественная правовая культура по-прежнему не была затронута воздействи-

---

<sup>774</sup> Рогов В.А. История уголовного права, террора и репрессий в русском государстве XV–XVII вв. М., 1995. С. 130.

<sup>775</sup> Курбский А.М. История о великом князе Московском. М., 2001.

<sup>776</sup> Емельянов Н.А. Местное самоуправление в России: генезис и тенденции развития. М.–Тула, 1997. С. 65.

<sup>777</sup> Развитие русского права в XV – первой половине XVII в. М., 1986. С. 45–46.

ем римского права. Это печальный, но объективный факт. До начала XVIII столетия мы, как уже упоминалось выше, не найдем в России ни одного сочинения, посвященного исследованию или хотя бы критике европейской юриспруденции своего времени. Есть только полемические труды, нацеленные на противостояние с католицизмом и протестантизмом. Византийское же законодательство, отдельные нормы которого использовались при разрешении споров в семейно-брачных отношениях и собственно церковной жизни, в целом не привилось в российских условиях<sup>778</sup>.

Отметим еще один важный момент (с точки зрения антропологического подхода к праву). Становление любой современной правовой системы начинается с юридического оформления сословного строя и определения рамок законности действия верховной власти. Сословное право, разумеется, носит характер привилегии, но определенной, совокупностью прав и обязанностей обладают представители всех сословий<sup>779</sup>. Примером такого варианта развития права являлся I Литовский статут 1529 г. Сословное общество в Великом княжестве Литовском оформилось в течение XIV–XV вв., и возникла необходимость четкой фиксации правового положения сословий, прежде всего, дворян и горожан. Как отмечал С.В. Пахман, «источниками статута, первой, в особенности, редакции были местные литовские обычаи и законы, изданные до его составления, из которых многие основаны на началах немецкого права, дарованного разным местностям Литвы, отдельными законами. Затем на постановления Литовского статута, в особенности третьей редакции, имели влияние польское право и римское. Первое из них потому, что третий статут должен был быть согласен с польскими законами, а последнее не могло не оказать большого влияния, так как в числе редакторов были знатоки этого права, как например, королевский секретарь доктор прав Августин»<sup>780</sup>. Подобное положение дел опиралось на специфический менталитет населения Литвы. Различные социальные группы (дворяне, горожане) уже с XIV столетия начали осознавать свои корпоративные интересы, что вело к требованиям их строгой фиксации. Верховная власть шла им навстречу и постоянно предоставляла все новые привилегии. Значимое место имело городское право (за образец были взяты узаконения и судебная практика Магдебурга), что, в свою очередь, вело к необходимости развития юридического образования, основанного на римском праве. Известный литовский историк Э. Гудавичус указывает, что «кодифицированное литовское право, как и в других латинских странах Европы, было строго светским. Оно не содержало никаких постулатов церковного права, которые были обычными в судебных сборниках стран византийской цивилизации. Каноническое право считалось совершенно обособленной областью папской компетенции, в которую католиче-

---

<sup>778</sup> Павлов А.С. Курс церковного права. СПб., 2002. С. 32–137.; Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 156–179.; Ципин В. Каноническое право. М., 2009. С. 226–240.

<sup>779</sup> Берман Г. Западная традиция права. Гл. 8–12.

<sup>780</sup> Пахман С.В. История кодификации гражданского права. М., 2004. С. 183.

ское государство не вторгалось»<sup>781</sup>.

В России же ситуация была иной. Сословный строй оформился только к концу XVIII века в результате активной правотворческой деятельности государства, по своему усмотрению распределившего население по нескольким крупным социальным группам (дворянство, духовенство, горожане, крестьяне). До Петра I был возможен свободный переход из одной социальной группы в другую, а сами границы сословий не были четко определены<sup>782</sup>. Кроме того, издававшиеся в России XV–XVII столетий нормативные акты носили на себе явный отпечаток традиционализма. Они в основном были направлены на регламентацию деятельности судов, которые не отделялись от администрации, в отличие от стран Запада, где в XV–XVI вв. суды уже действовали самостоятельно и комплектовались из профессиональных юристов. Так, Ю.Г. Алексеев приводит характерные данные о том, что около 2/3 актов великокняжеской власти в России второй половины XV в. на самом деле представляли собой, говоря современным языком, индивидуальные правовые акты в виде решений по конкретным спорам<sup>783</sup>. Какие-либо общие узаконения, направленные на развитие правовой системы в целом, отсутствовали до принятия в 1497 г. первого общерусского Судебника. Характеризуя данный правовой акт, вполне уместно принять точку зрения тех ученых, которые считают, что «фрагментарность и бросавшаяся в глаза неполнота первого Судебника, отсутствие в нем норм, регулирующих порядок наследования собственности, в том числе земельной, разграничения прав великого князя и служилых князей, бояр и других членов социума, отношения между великим князем и церковью, наделения поместьем и т.д. не должны удивлять, так как эти правоотношения регулировались либо обычаями, либо актами, восходящими к обычаям»<sup>784</sup>.

С другой стороны, именно всеобщность действия Судебника 1497 г. позволила Ю.Г. Алексееву отметить факт перехода от индивидуального к нормативному регулированию. Ученый обоснованно считает, что Судебник «никак не может рассматриваться как "пожалование", т.е. оказание какой-либо особой милости, какого-то изъятия из общего правила, дарования особого статуса и т.п. В отличие от пожалования уложение как акт верховной власти носит безличный, общегосударственный характер»<sup>785</sup>.

В принципе, нормы Судебника носят в основном процессуальный, а не материальный характер и направлены на создание единообразных правил судопроизводства. Основой же Судебника служили как предшествующие

---

<sup>781</sup> Гудавичус Э. История Литвы. Т. 1. С древнейших времен до 1569 года. М., 2005. С. 429.

<sup>782</sup> Ключевский В.О. История сословий в России // О государственности в России. М., 2003. С. 475.

<sup>783</sup> Алексеев Ю.Г. У кормила Российского государства. Очерки развития аппарата управления XIV–XV вв. СПб., 1998. С. 117.

<sup>784</sup> Власть и реформы. От самодержавной к советской России. СПб., 1996. С. 40.

<sup>785</sup> Алексеев Ю.Г. Судебник Ивана III. Традиция и реформа. СПб., 2001. С. 132.

по времени акты (Русская Правда, Псковская судная грамота) так и нормы обычного права, а последний пласт правовой материи никаким единообразием по природе своей не обладает<sup>786</sup>. Крестьянское население руководствовалось как раз обычаями своей местности, а не государственным законодательством. Именно это обстоятельство отмечал М.Ф. Владимирский-Буданов, констатируя: «Общий ход истории источников права в Московском государстве хотя и ведет к окончательному торжеству закона над обычным правом, но указывает, что само законодательство старается лишь узаконить обычай. Установление произвольных норм начинается лишь с конца XVII в. Поэтому мы вправе назвать московский период временем равновесия закона и обычая»<sup>787</sup>. Кроме всего прочего, на правовом развитии страны отрицательно сказывался медленный рост городов как центров формирования нового менталитета, ориентированного на инновационное поведение. Русский город до конца XVIII века в основном оставался местом нахождения администрации, а не центром развития торговли и науки (по сравнению с городами Запада). Как полагает Л.В. Беловинский, анализируя культуру российской повседневности, «на Руси никакой городской независимости и самоуправления не существовало: городом управлял посаженный великим князем посадник, а позже – воевода, которому принадлежала вся полнота судебной, административной и военной власти. И городское население здесь было зависимым – если не от отдельных феодалов (население так называемых белых слобод платило подати не государю, а светским или церковным феодалам), то уж во всяком случае от великого князя, а затем царя»<sup>788</sup>.

Также следует принять во внимание и то обстоятельство, что ни римское право, ни византийское не смогли оказать на повседневный юридический быт России существенного воздействия. По мнению ряда авторов, «византийское право уступало классическому римскому праву именно с точки зрения формально-юридической: его понятия, терминология были сравнительно неопределенны, расплывчаты, носили более конкурентный характер. Данное различие усугубилось в средние века. Римское право в Западной Европе было подвергнуто научной разработке в университетах, тогда как византийское право в России подобной разработке не подвергалось»<sup>789</sup>. Эти же исследователи верно отметили еще две характерные особенности русского права XV–XVII вв. Во-первых, отсутствовала специальная терминология: живая речь и правовые понятия взаимодействовали без видимых сложностей и для этого процесса не требовалось специального образования. Во-вторых, юриспруденция ориентировалась на конкретные споры, носила сугубо практический характер и не создавала условий для формирования корпоративных организаций юристов. Их место дли-

<sup>786</sup> Вологдин А.А. История государства и права России. М., 2007. С. 142; Юшков С.В. История государства и права России (IX–XIX вв.). Ростов-на-Дону, 2003. С. 533.

<sup>787</sup> Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 255.

<sup>788</sup> Беловинский Л.В. Культура русской повседневности. М., 2008. С. 261–262.

<sup>789</sup> Развитие русского права в XV – первой половине XVII в. М., 1986. С. 47–48.

тельное время занимали приказные дьяки.

Тогда становится понятной и проблематика, волновавшая интеллектуальные круги России рассматриваемого нами периода, а именно – присутствие во всех размышлениях о природе государства и власти категории «правда»<sup>790</sup>. Практически все ученые, независимо от собственных субъективных представлений и идеологических позиций, едины в том, что «правда» – категория этическая, а не собственно-юридическая. Так, по мысли Ю.В. Ячменева, «в категории "правда" в традиции русской философской мысли выражается ценностное понимание истины бытия. Ценности, с одной стороны, не могут иметь самодовлеющего значения вне человеческого субъективного бытия, с другой – должны быть соотнесены с более высокими и совершенными планами бытия. Они выступают одним из способов, эталоном синергичного стремления человека к Богу»<sup>791</sup>. Следовательно, право – один из путей приближения к правде и истине, причем путь этот несовершенен и ненадежен. Русская политическая мысль XV–XVII вв. уделяла гораздо больше внимания образу идеального правителя, а не правовым способам ограничения государственной власти. Православная церковь, достигшая в XVI в. апогея своего могущества, также не стремилась к ограничению всевластия государства, а нелюбимые эпитеты, которыми крупнейший идеолог «стяжательства» Иосиф Володский обозначал верховную власть, связаны, на наш взгляд, с неудавшимися попытками Ивана III осуществить секуляризацию церковных земель<sup>792</sup>.

Это вполне естественно, так как любое традиционное общество опирается не на позитивное право и тем более не на представления о «естественных правах человека», а на моонормативное регулирование межличностных и сословных отношений. В российском менталитете синкретизм сознания и мышления проявляется почти так же ярко, как и в странах Востока. Этому активно способствовала и православная церковь, идущая рука об руку с верховной властью. По верному суждению Л.А. Андреевой, «режим политического элитизма во главе с "наместником Христа" выводил из догматов христианства свою политическую философию: человеку нужна не свобода, а принуждение, самодержавие же, как сильная единоличная власть, является необходимым условием общественного порядка и потому отвечает тем планам, по которым сам Творец построил жизнь человека на земле»<sup>793</sup>. В дуальной конструкции: «права – обязанности» традиционное общество в любом регионе мира опирается на последний элемент (обязывание). В российской политико-правовой традиции примат обязывания выражен в идее всеобщего служения с неравной степенью ответственности: монарх – перед Богом (при условии, что личность самого правителя не обожествляется), а подданные – перед Богом, монархом и значительным

---

<sup>790</sup> Вальтенберг В.Е. Древнерусские учения о пределах царской власти. М., 2006.

<sup>791</sup> Ячменев Ю.В. Правда и закон. Из истории российского правоведения. СПб., 2001. С. 361.

<sup>792</sup> Янов А. Европейское столетие России. М., 2008. С. 149–214.

<sup>793</sup> Андреева Л.А. Религия и власть в России. М., 2001. С. 91.

количеством должностных лиц. Как справедливо полагает С.Д. Домников, «власть в традиционном обществе являет собой власть от Бога. Она надземна и ее связь с землей – это связь принципиально иного свойства, чем связь с землей крестьянина. Это связь ургийного небесного порядка с гоническим, земным (иератический брак), воплощение идеи верховенства в космической иерархии миров. Это в буквальном смысле власть над землей. Ее функции, прежде всего, распорядительные. В данной трактовке земля – это не только почва, недра и растительность, но и люди, проживающие на ней. В основе такой власти как верховенства лежит функция жизнеобеспечения не только управления, но и защиты, покровительства над подвластной территорией, обеспечение порядка и благополучия ("счастия земного"). Отсюда уже выводится право "кормления" представителей власти с земли»<sup>794</sup>. При подобной трактовке власти можно сделать вывод о том, что право (в европейском понимании) не может привиться в сознании человека, лишенного собственности и безопасности для жизни, а также юридически несвободного<sup>795</sup>. Право же Запада по своей сущности двухосновно: это римское право и городские вольности<sup>796</sup>.

В России, напротив, эти явления не имели какого-либо самостоятельного значения, так как «окончательно установился режим цезаропапизма. К этому времени экономический базис был приведен в соответствие с религиозно-политической надстройкой: российский самодержец стал монополистом в торговле и промышленности, собственником большей части земли (дворяне не являлись владельцами поместий, которые были отданы им царем лишь в управление на условиях обязательного несения царской службы). Абсолютная политическая власть российских самодержцев была адекватна их экономическому могуществу»<sup>797</sup>. Отношения собственности не были развиты настолько, чтобы получить должную правовую защиту и, по сути, на всех уровнях социума основное внимание уделялось месту человека в иерархической системе власти<sup>798</sup>. Идея всеобщего служения, в принципе, несовместима не только с правом как мерой свободы, но и с правом-привилегией сословно-цехового строя. Этот последний предполагает, что личность, принадлежа к той или иной корпорации (цеху), либо являясь по рождению членом признаваемого верховной властью сословия (дворянство, духовенство), обладает соответствующими правами, нарушить которые верховная власть не может (например, освобождение дворянства и духовенства от телесных наказаний. В России эти права дворянство получило только в 1785 г. на основании уже упоминавшейся «Жало-

---

<sup>794</sup> Домников С.Д. Мать-земля и Царь-город. Россия как традиционное общество. М., 2002. С. 376–377.

<sup>795</sup> Кондратьева Т. Кормить и править: о власти в России XVI–XX вв. М., 2006.

<sup>796</sup> Аннерс Э. История европейского права. Ч. 1; Берман Г. Западная традиция права. Гл. 11–14.

<sup>797</sup> Андреева Л.А. Указ. соч. С. 112.

<sup>798</sup> Коллман Н.Ш. Соединенные честью. Государство и общество в России раннего нового времени. М., 2001.

ванной грамоты»). В качестве ценностной шкалы традиционное общество использует степень близости человека к власти в рамках определенной социальной группы. Характерны в этой связи результаты исследования П.В. Лукина, направленные на изучение представлений широких народных масс о государственной власти в России после Смутного времени. Ученый на значительном архивном материале показал, что «царь мог выступать в народных представлениях в качестве своего рода абсолютной ценности, когда, для того чтобы указать какому-либо человеку на его место, он сопоставлялся с царем. Присутствовала в народных представлениях и идея о прямой зависимости личного благосостояния каждого индивида от "государевой милости". Особенно это характерно было, видимо, для всех категорий служилых людей, где эта взаимосвязь четко выражалась материально в форме жалования»<sup>799</sup>.

Таким образом, до реформ Петра Великого и рецепции рационализированных правовых идей и законодательства стран Запада в России невозможно говорить о юриспруденции как науке, да и о светском характере политических институтов. Верховная власть воспринималась населением как «гроза» (пользуясь выражением известного публициста XVI в. И. Пересветова), следовательно, была явлением сверхчеловеческим и сверхправовым, противостоять которому невозможно. Пожалуй, только Ю. Крижанич, европейски образованный мыслитель, исходил из того факта, что надругательство над человеческим достоинством и введение несправедливых законов есть «людодерство». Чтобы ничего подобного не происходило, монарх должен сам знать действующее законодательство и поступать соответственно его установлениям<sup>800</sup>. Для этого же необходимы осознание личной индивидуальности и неповторимости каждого человека и отход от религиозно-мифологического мышления, столь ярко проявляющегося в российском менталитете. По мнению В. Феллера, «в мифе нет индивидуальной судьбы, а есть только общая судьба, персонифицированная вечными богами и героями. Мифологическое сознание нацелено на вечность, на абсолют, а историческое сознание нацелено на бессмертие, не абсолют. Миф формирует положительное содержание цели, история – отрицательное, миф утверждает свою сопричастность абсолютному времени вечности, история – лишь возможность бессмертия (возможность не умереть)»<sup>801</sup>.

Кроме всего прочего, невосприимчивость русского населения к рациональному типу правопонимания была связана с особенностями православия. Оно, в отличие от католицизма и протестантизма, не эволюционировало вместе с обществом и не испытало потребности соединить светское знание с догматами веры. Россия не прошла через собственные Возрождение и Реформацию, что не могло не сказаться на менталитете населения.

---

<sup>799</sup> Лукин П.В. Народные представления о государственной власти в России XVII века. М., 2000. С. 20–21. См. также: Сапронов П.А. Власть как метафизическая и историческая реальность. СПб., 2001. С. 510–511.

<sup>800</sup> Крижанич Ю. Политика. М., 1997. С. 307–310.

<sup>801</sup> Феллер В. Введение в историческую антропологию. М., 2005. С. 361.

Направленность размышлений российских интеллектуалов на разрешение «последних вопросов бытия» определилась, конечно, не в период Империи, а была во многом результатом подчинения Золотой Орде, связанным с невозможностью открытого сопротивления. На этом этапе православное духовенство действительно сыграло свою положительную роль, став идеологическим центром воссоздания государственности (XIV–XV вв.). В дальнейшем же, по мнению ряда ученых, наступил период стагнации общественных отношений и постоянной борьбы с ростками внерелигиозного знания<sup>802</sup>. Также важным, но малоизученным фактом оказалось влияние языческих представлений, не исчезнувших после Крещения Руси и сохранившихся до наших дней<sup>803</sup>. В связи с последним известный экономист И.Д. Афанасеко отмечает: «Принятие христианства явилось первой попыткой привязать Русь к Западному миру, и она показала, что восприятие чужой культуры и веры подчиняется определенному закону. Метод восприятия чужой культуры можно сравнить с эффектом возвратной волны. Воспроизведем его суть. Культура (и вера как ее элемент) способна распространяться из одной социосферы на другие. Но в новой среде она не воспроизводится адекватно, если для нее там нет соответствующих условий. Идеи на новом месте перерабатываются и, видоизмененные, возвращаются обратно. В измененном виде они воспринимаются прежде всего людьми с неустойчивым стереотипом поведения и теми, чей уровень развития ниже среднего. Возвратный поток может захлестнуть и сам центр, откуда идеи исходили, и заставить его эволюционировать совсем в ином направлении»<sup>804</sup>.

Действительно, как мы уже не раз отмечали выше, византийская культура, в том числе и правовая, сложилась за много столетий до образования Руси, а Московское государство застало лишь тусклый отблеск былого величия христианской Империи. Византийская же юриспруденция, достигнув пика своего развития в VI–VIII вв., к XV столетию уже утратила какое бы то ни было значение не только для других государств, но, прежде всего, для собственной страны, прекратившей существование в 1453 г.<sup>805</sup>

Как отмечает В.Н. Синюков, «самая страшная рецепция в русской политической истории – это фактическое превращение России в Третий Рим, в клонированного мертвеца, продлившего свою закончившуюся жизнь за счет питательных соков славянской культуры. История уберегла Россию, ценой жертвы поражения в мировой войне, от овладения Константинополем и окончательной утраты таким образом национальной конфигурации

---

<sup>802</sup> Рыбаков Б.А. Стригольники (Русские гуманисты XIV столетия). М., 1993.

<sup>803</sup> Дворниченко А.Ю., Кривошеев Ю.В., Соколов Р.А., Шапошник В.В. Русское православие: от крещения до патриаршества. СПб., 2012. С. 51–69.

<sup>804</sup> Афанасенко И.Д. История русской цивилизации. Книга первая. СПб., 2007. С. 149–150.

<sup>805</sup> Липшиц Е.Э. Право и суд в Византии в IV–VIII вв. Л., 1976; Она же. Законодательство и юриспруденция в Византии IX–XI вв. Л., 1981; Медведев И.П. Правовая культура Византийской империи. СПб., 2001.

своей государственной почвы»<sup>806</sup>.

Переходный период второй половины XVII в. привел к определенным изменениям и эволюции правосознания у части образованного слоя Российского государства. Первой вехой трансформации социума было принятие Соборного Уложения 1649 г. По сути, оно – первый русский кодекс, охвативший значительные сферы общественных отношений и введивший определенное единообразие в правоприменительную практику. По меркам XVII столетия Уложение было отпечатано огромным тиражом в две с лишним тысячи экземпляров и разослано на места и в центральные учреждения. Согласно позиции Н.А. Омельченко, «Соборное уложение провозглашало принцип равного суда для всех чинов, защиту личности с учетом ее сословного статуса и определяло положение всех основных сословий русского государства. В связи с отменой "урочных лет" и введением бессрочного сыска беглых крестьян было юридически оформлено крепостное право, крестьяне окончательно прикреплялись к земле. Одновременно Уложение обособляло в замкнутое сословие городское население, прикрепив его к городскому посаду. <...> Значительно ограничивались владельческие права церкви, что свидетельствовало о стремлении правительства подчинить церковь государству»<sup>807</sup>. Текст Уложения, тем не менее, основывался не на общих определениях и терминах, а, как и прежнее законодательство, строился на казуистических началах. Реальная общественная жизнь не часто сталкивала человека с законом, и роль традиций поэтому не уменьшалась. Неграмотность же большинства населения также не способствовала росту правосознания. В принципе, для сословного общества позитивное право во многом остается излишним. Как верно отмечает Т.В. Кашанина, «сословное правовое регулирование не охватывало все стороны жизни сословий. Оно осуществлялось фрагментарно (приобретение права собственности на землю, установление повинностей крестьян, проведение ярмарок и т.д.). Та или иная сторона социальной жизни попадала в сферу правового регулирования по мере возникновения потребностей, определяемых самими членами того или иного сословия. Потребности же зависели от степени взаимодействия людей: чем оно было теснее, тем больший круг вопросов необходимо было упорядочивать с помощью правовых норм»<sup>808</sup>.

Кроме всего прочего, отметим и то обстоятельство, что проект Уложения составлялся непрофессионалами, вряд ли знакомыми с юриспруденцией своего времени (с научно-теоретической точки зрения) и, тем более, с какими-либо правовыми концепциями и школами. И все же, по утверждению известного культуролога В.М. Живова, исследовавшего особенности русского права и менталитет допетровской эпохи, «новизна Уложения

---

<sup>806</sup> Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. М., 2010. С. 124.

<sup>807</sup> Омельченко Н.А. Указ. соч. С. 153.

<sup>808</sup> Кашанина Т.В. Юридическая техника. М., 2007. С. 57.

проявляется прежде всего в том, что это сознательно составленный законодательный кодекс, вводящийся прямым действием царской власти и устанавливающий новый порядок. Сам характер составления Уложения, в частности включение в него целых разделов Литовского Статута, показывает, что Уложение не только фиксировало действующие нормы, но и вводило юридическую регламентацию таких сфер, которые раньше лежали вне четкой правовой нормы. Во всем этом Уложение принципиально отличалось от Судебников предшествующей эпохи, бывших, если несколько огрублять формулировки, не столько законоустанавливающими актами, сколько полезными компиляциями действующего права»<sup>809</sup>.

По своей структуре Уложение состояло из достаточно большого количества «протоотраслей» права (их выделение опирается на фактическое содержание норм, а не на теоретическое обоснование). К таким «отраслям» относились:

- государственное право (защита интересов верховной власти, церкви и системы приказного управления);
- судостроительство и судопроизводство;
- гражданское право;
- уголовное право;
- правовой статус отдельных профессиональных и социальных групп.

Исследователи отмечают такое интересное обстоятельство: «На полях Соборного уложения имеются пометы с указанием, откуда заимствована та или иная статья. Наряду с Судебниками 1497 и 1550 гг., указами «прежних великих Государей Царей и великих князей Российских», боярскими приговорами, указными книгами московских приказов, среди этих источников упоминаются "градские законы греческих царей" и Литовский статут 1588 г. Не менее двадцати статей Соборного уложения 1649 г. происходили из "градских законов греческих царей" – византийского юридического сборника, составленного в 70-е годы IX в., в период совместного правления императоров Василия, Константина и Льва»<sup>810</sup>.

Трансформация законодательства и общественного правосознания в целом поставила на первое место вопрос о роли личности в формировании правовой культуры страны. Это, в свою очередь, вело к постепенному осознанию необходимости формальной законности в деятельности государственного аппарата. Внешне этот процесс выражался в расщеплении единого понятия «правообязанность» на субъективные права и юридические обязанности. Однако эта дифференциация проходила крайне медленно, и целостное представление о роли и месте человека в мире исходило из факта господства традиционализма, который является характерной чертой отечественного правопонимания. Традиционализм как таковой, по верному замечанию И.Ю. Козлихина, «это, скорее, стиль жизни, чем определенная

---

<sup>809</sup> Живов В.М. Разыскания в области истории и предистории русской культуры. М., 2002. С. 238.

<sup>810</sup> Рыбаков В.А. Рецепция права: общетеоретические вопросы. Омск, 2009. С. 185–186.

идеология, его суть раскрывается уже в самом названии – традиционализм означает приверженность традициям, моральным и религиозным ценностям, святость таких институтов, как семья, община, церковь»<sup>811</sup>.

Соответственно, столкновение позитивного права и традиционного мировоззрения ведет к вытеснению первого из сферы «сущего» и в значительной степени способствует воспроизводству существующих порядков. Разрыв же между «сущим» и «должным» воспринимается как совершенно нормальное явление. В связи с этим известный правовед дореволюционной эпохи Ф.В. Тарановский отмечает, что «несоответствие законодательных определений социальной действительности не может служить основанием к тому, чтобы игнорировать постановления закона при изучении эпохи или, что еще хуже, совершенно о них умалчивать. Такое несоответствие в большей или меньшей степени свойственно всем абсолютным правлениям. Соблюдение собственных законов оказывается для государственного абсолютизма психологически и политически невозможным. Абсолютные правления разнятся между собою только по степени усложнения в них государственной власти от ею же самой признанных и установленных правовых принципов и законодательных определений»<sup>812</sup>. Во многом это положение сохранялось и в последующую эпоху, связанную с модернизацией страны по европейским образцам.

## **Глава 8. Правовая система России периода Империи**

### **Эпоха Петра I**

В период имперского этапа развития отечественной истории традиционное общество подверглось во многом насильственной трансформации, в результате которой привычный порядок непосредственно столкнулся с рационализмом Запада и внешне, после длительной борьбы, потерпел поражение. Внешним же это поражение было лишь потому, что уйдя в тень, народные представления не перестали воспроизводиться среди подавляющего большинства сельского населения и, отчасти, горожан, которые, как и крестьяне, в массе своей были неграмотными. Хотя бы поэтому адекватное восприятие европейского законодательства и правопонимания, начавших активное проникновение в Россию при Петре I, было крайне затруднено, и их рецепция могла дать определенные результаты лишь в крупных городах. Сама рецепция права, по обоснованному мнению В.А. Рыбакова, характеризуется следующими чертами:

- это заимствование иностранного права;
- заимствование добровольное;
- заимствование, не ограниченное во времени, в пространстве и по кругу субъектов<sup>813</sup>.

---

<sup>811</sup> Козлихин И.Ю. Политология. СПб., 2002. С. 57.

<sup>812</sup> Тарановский Ф.В. История русского права. М., 2004. С. 147.

<sup>813</sup> Рыбаков В.А. Рецепция права: общетеоретические вопросы. Омск, 2009. С. 11.

Несмотря на неподготовленность менталитета россиян, воздействие западной юриспруденции с годами только усиливалось, что позволяет нам согласиться с точкой зрения А.М. Величко о том, что «изучение хода реформ как самого Петра, так и его преемников позволяет сделать категорический вывод о том, что следует говорить не об отдельных этапах заимствования тех или иных правовых идей, а о постоянной интервенции западной правовой культуры в целом. Этот довод подтверждается хотя бы тем фактом, что, во-первых, данный процесс имел постоянный все более усиливающийся характер, а во-вторых, связан с различными по своему содержанию политико-правовыми идеями, принадлежность которых западной культуре не вызывает никакого сомнения»<sup>814</sup>.

К чему же можно свести эти идеи? Прежде всего, в Россию извне стали проникать новые представления о стиле жизни и поведения. Размеренный, патриархальный уклад не мог способствовать модернизации страны в кратчайшие сроки. Следовательно, бросавшаяся в глаза иностранным наблюдателям отсталость России могла быть преодолена только путем «революции сверху». Именно в этом – особенность цивилизационного пути России в последние три столетия. Можно только согласиться с позицией М.С. Когана, утверждающего, что «Поскольку переход от традиционного типа культуры, укорененного в феодальном обществе, к связанному с развитием капитализма персоналистскому, личностно-креативному ее типу осуществлялся в разных странах в разных конкретных условиях и в разное время, он не мог протекать линейно: в частности, в России он начался только в XVIII веке, инициированный петровскими реформами, в виде "революции сверху", преодолевшей жестокое сопротивление господствовавших социальных сил – и в политике, и в экономике, и в религиозном, нравственном, эстетическом сознании...»<sup>815</sup>.

В процессе вестернизации в среде правящего слоя определенную значимость приобрела теория естественного права в ее консервативном, авторитарном варианте, идущем от идей Т. Гоббса, а не в либеральной трактовке Д. Локка. Также существенное влияние на воззрения части дворянской элиты оказали труды С. Пуффендорфа, одновременно выступавшего за признание ряда политических прав подданных (свобода совести) и создавшего логически стройную концепцию полицейского государства, принятую политической верхушкой России в начале XVIII столетия<sup>816</sup>.

В практической же плоскости основной чертой как петровской эпохи, так и всего российского «века Просвещения», было значительное пренебрежение власти к собственному народу и законодательству, постоянное нарушение последнего со стороны ускоренно формировавшейся импер-

---

<sup>814</sup> Величко А.М. Государственные идеалы России и Запада. Параллели правовых культур. СПб., 1999. С. 200.

<sup>815</sup> Коган М.С. Введение в историю мировой культуры. Книга вторая. СПб., 2001. С. 84.

<sup>816</sup> Малышева Н.И. Государство и индивид в политико-правовом учении Самуила Пуффендорфа: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. С. 16–17; Шершеневич Г.Ф. История философии права. СПб., 2001. С. 311–327.

ской бюрократии. По сути, за внешне новыми формами властвования стояли прежние «вотчинные» нравы. Соответственно, восприятие права оставалось на чисто эмпирическом уровне, хотя и предпринимались попытки создать при новоучрежденных коллегиях особые школы для подготовки будущих «законоискусников». Результат же деятельности таких школ, как констатирует В.А. Томсинов, оказался плачевным, так как «молодые люди учились в них в большей мере канцелярскому стилю, навыкам красивого и грамотного письма, нежели основам юриспруденции. Кроме того, подготовка законоискусников исключительно путем практических упражнений при отправлении дел в канцеляриях и судах требовала длительного времени.

Российское законодательство представляло собой огромную, постоянно возрастающую в своем объеме и при этом бессистемную массу нормативных актов. Очевидно, что в этих условиях более эффективной для обучения юриспруденции становилась система юридического образования, существовавшая в рамках западноевропейских университетов и предполагавшая изучение устойчивых, сущностных свойств правовых институтов – закономерностей их развития и функционирования, выработку навыков юридического мышления, усвоение знаковой системы юриспруденции – ее понятийного и терминологического аппарата»<sup>817</sup>.

Кроме всего прочего, достаточно широко практиковались внесудебные способы разрешения конфликтов, а сам суд так и не был полностью отделен от администрации (произошло окончательное отделение лишь полтора века спустя, в эпоху Великих реформ Александра II).

С позиций социально-антропологического подхода к праву следует отметить тот факт, что успешная рецепция возможна только тогда, когда духовно-культурная и социально-экономическая сферы жизнедеятельности общества достаточно развиты. Господство же обычного права в системе соционормативных регуляторов, наоборот, тормозит поступательное движение реформы правовой системы. В этом контексте целесообразно постараться определить специфику отечественного права как целостного социально-культурного феномена и выделить его стилевые особенности. Согласно В.Н. Синюкову, параметрами русского правового стиля выступают:

- развитие структуры права;
- характер нормативно-правовой техники законотвorchества;
- изменение типов правового регулирования правового статуса личности;
- динамика социальной и духовной ориентированности права, его функций, взаимосвязей с государством и обществом;
- изменения в соотношении национального и иностранного элементов в рецепции правового материала<sup>818</sup>.

---

<sup>817</sup> Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России в XVIII столетии. М., 2010. С. 49.

<sup>818</sup> Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. М., 2010. С.

Позиция В.Н. Синюкова, по существу, сводится к признанию измененной правовой системы России XVIII столетия регрессивными. Как отмечает ученый, «наступление в XVIII в. социальной модернизации на основе насильственной этико-правовой революции связано с глубокими тектоническими подвижками в русской культуре, которые готовили будущие великие потрясения правового сознания, нашедшие впоследствии воплощение в русской правовой реформации советского периода. Политическая ассимиляция привела к кризису классические каноны права Московского государства, выразившись в стремлении к преобразованиям жизни в соответствии с неким рациональным идеалом, почерпнутым в конкретной философской или моральной норме, культурном правиле, сумбурно взятом из права европейских стран»<sup>819</sup>.

Повседневная жизнь большинства россиян XVIII в. не часто сталкивала их с законом, а когда это все же происходило, то конечный результат был почти всегда предсказуем (за исключением случаев принадлежности сторон к привилегированным сословиям). Прививая на русскую почву европейские порядки, Петр Великий и его ближайшие преемники редко обращали внимание на качественные (содержательные) стороны происходящего. Европеизация высших слоев продолжала соседствовать с традиционализмом основной массы населения. По мнению Г.В. Вернадского, к которому мы присоединяемся, «правовая жизнь Русского государства до XVIII в. покоилась в значительной степени на обычае, сквозь который, однако, к XVIII в. все энергичнее пробивалось влияние права римско-византийского (при посредстве кормчих, законодательных сборников византийским императоров и Литовского Статута). Начиная с Петра Великого, единственным источником права делается воля законодателя; это период правотворчества императорских указов; лишь в толщу крестьянской жизни медленно проникают новые начала. При этом (особенно в XVIII веке) законодатель усиленно ищет образцы правовых норм на Западе – в Швеции, немецких государствах, отчасти во Франции и Англии»<sup>820</sup>.

Действительно, с начала XVIII века количество нормативных актов, исходящих от верховной государственной власти, возрастает во много раз, что приводит к образованию новой системы русского права, построенной по иерархическому принципу:

1. Регламенты – нормативные акты, издаваемые только монархом и определяющие структуру, статус и направления деятельности отдельных государственных учреждений.

2. Манифесты – нормативные акты, издаваемые монархом и обращенные ко всем жителям страны (содержали в основном декларативные нормы).

3. Именные указы – нормативно-правовые акты, издаваемые монархом

---

98–99.

<sup>819</sup> Синюков В.Н. Указ. соч. С. 100.

<sup>820</sup> Вернадский Г.В. История права. СПб., 1999. С. 11.

и адресованные конкретным учреждениям и должностным лицам (носили правоприменительный характер).

4. Указы – нормативные акты, издаваемые монархом или Сенатом и направленные на разрешение конкретных дел.

5. Уставы – сборники правовых норм, регулирующие определенную сферу государственной деятельности.

Правовая реформа не пошла вглубь, а внедрялась поверхностно и чисто механически. Это выразалось, например, в некритическом заимствовании многих положений европейского уголовного законодательства, основанного на Уголовном Уложении Карла V 1532 г. («Каролина»). Для Германии XVI века «Каролина» была шагом вперед, так как это Уложение «сделало не во всем последовательную попытку ввести уголовную репрессию в рамки жесткой (насколько было возможно по времени) законности: в случае каких-либо не предусмотренных прямо в законах преступлений или обстоятельств судьи не могли прибегать к столь привычной Средневековью аналогии, но обязаны были запросить вышестоящие суды или юридические консультационные учреждения. Среди них одно из первых мест отводилось университетам»<sup>821</sup>. Однако в российских условиях внедрение положений «Каролины», закрепленных в «Воинском Артикуле» 1715 г., привело к значительному ужесточению системы наказаний (причем под юрисдикцию «Артикула» подпали и гражданские лица). Кроме того, сам «Артикул» опирался на соответствующий нормативный акт шведского короля Густава-Адольфа, т.е. рецепция уголовного законодательства в России петровской эпохи носила чрезвычайно широкий характер, и одновременно многие новые узаконения не были адаптированы к условиям места и времени (многие рецепированные акты сохранили иностранную терминологию, не имевшую аналогов в русском языке).

Разумеется, в такой ситуации сложно говорить о росте правосознания и формировании нового типа правопонимания. Современник петровских преобразований, один из немногих ученых, чьи идеи остаются актуальными и в наше время, Ш. Монтескье, заметил по поводу методов великого преобразователя России: «Народы, как правило, очень привязаны к своим обычаям, и лишать их этих обычаев при помощи насилия значит делать их несчастными: поэтому надо не изменять обычаи народа, а побуждать народ к тому, чтобы он сам изменил их»<sup>822</sup>.

С позиции социальной антропологии вопрос о значимости обычая для русского человека XVIII столетия, в принципе, не может получить однозначного разрешения. Традиционализм, помноженный на значительную религиозную нетерпимость, порождал стремление части правящего слоя и большинства сельского населения отгородиться от остального мира (до 1702 г. формально действовал запрет на въезд иностранцев в Россию, а уже

---

<sup>821</sup> Омельченко О.А. Всеобщая история государства и права. В 2-х т. М., 2005. Т. 1. С. 479.

<sup>822</sup> Монтескье Ш. Избранные произведения. М., 1955. С. 417.

въехавшим было запрещено строить церкви и селиться по собственному желанию в городах). Режим автаркии только консервировал синкретизм общественного сознания (право, нравственность и вера не были четко разграничены, что сближало мировоззрение россиян с воззрениями народов Востока). Если общественно-политическое и правовое развитие Запада шло в целом поступательно, то наше Отечество периодически совершало резкие повороты, сопровождавшиеся насильственной ломкой прежнего уклада жизни и медленным распространением новаций. В правовой сфере эти процессы были, пожалуй, наиболее зримы.

Общеизвестно, что стимулом теоретической юриспруденции выступают кодификационные работы. В России же, как отмечают многие исследователи, и в частности Г.С. Фельдштейн, «кодификационные опыты эпохи, следующей за Уложением 1649 г., на пространстве времени вплоть до появления известной екатерининской Комиссии свидетельствуют с очевидностью, что они ни приемами своей работы, ни самыми результатами деятельности не обнаруживают на себе влияния научной юриспруденции. К факту о том, что юристы наши не обращаются к юридической литературе в качестве подспорья при выполнении их практических задач, присоединяются и данные, находящие подтверждение в характере результатов их творчества. Типичной для этого времени является такая работа наших юристов, которая направлена на сводку разновременных постановлений при помощи простого приписывания их к старым узаконениям и на заимствование, далее, целиком западноевропейских сборников с приспособлением их для тех потребностей, которые предъявляет практическая жизнь»<sup>823</sup>.

Нужно, разумеется, учесть и тот факт, что государственное законодательство по мере накопления нормативных актов и расширения сферы их действия делается все менее совместимым с обычным правом, господствовавшим в традиционном обществе. Примером такой несовместимости может выступать правовое развитие Запада в VI–XIII вв. Локализация политического бытия после распада Западной римской империи в 476 г. вплоть до эпохи становления национальных государств XII–XIII вв. опиралась на множество «малых обществ» отличавшихся мозаичностью структуры и слабостью (или даже отсутствием) политических институтов. Обычное право в такой системе ценностей оказывалось частью единого, нерасчлененного сознания средневекового человека, гармонично вписывалось в его ментальные установки. Известный исследователь Г. Берман в этой связи отмечает: «Как и во многих незападных культурах, основное право народов Европы с VI по X вв. было не навязанным сверху сводом правил, а, скорее, неотъемлемой частью коллективного сознания, "коллективной совестью" общины. Сам народ творит закон и суд на своих собраниях; когда короли утвердили свою власть над законом, это было сделано с намерени-

---

<sup>823</sup> Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. М., 2003. С. 45.

ем руководить обычаем и правовым сознанием народа, а отнюдь не перedelывать его. Узы рода, сеньории, территориальной общины и были законом»<sup>824</sup>.

Законность управления и легитимность власти в такой системе ценностей выступали в качестве форм соблюдения обычая, следования его принципам как правящей группы, так и основной массы подданных. Нарушение норм обычного права могло повлечь за собой изгнание правонарушителя из общины, а власть правителя ограничивалась особым советом знати, опиравшейся на специально принимаемый закон, яркий пример которого – Великая Хартия вольностей 1215 г. в Англии<sup>825</sup>. Эволюция правового понимания на Западе в целом осуществлялась поступательно, но без резких изменений до эпохи кодификации, связанной с деятельностью Наполеона I.

В России же ситуация была совершенно иной. XVIII столетие, начавшись с петровской модернизации, почти не затронуло сущностные стороны взаимоотношения государства и личности. Идея законности признавалась как формальный принцип, не изменив политическую практику. Требовать уважения к себе может только человек, осознающий собственную индивидуальность и стремящийся оградить себя от произвола власти. Персоналистский тип культуры в России пробивал себе дорогу с очень большим трудом.

С одной стороны, «значительная часть общества петровского времени с полной готовностью обратилась на путь усвоения западной культуры и легко поддавалась иноземным влияниям. Подражание иностранному тем легче получило широкое распространение в русском обществе начала XVIII века, что оно было лишь полным развитием подражательных явлений предшествующего столетия; западная культура, преимущественно в ее польских формах, постепенно усваивалась московской Русью в течение всего XVII века...»<sup>826</sup>.

С другой стороны, укрепляющийся абсолютизм по понятным причинам не мог терпеть рядом с собой какие-либо автономные социальные группы или отдельных независимых лиц. Внедрение в политическую практику идей полицейского государства лишь усилило деспотическую составляющую российской цивилизации. Не настолько сильно ошибался Гегель, характеризуя Восток: «В основе этого мира лежит непосредственное сознание, субстанциальная духовность, к которой субъективная воля относится прежде всего как вера, доверие, повиновение. В государственной жизни мы находим там осуществленную разумную свободу, которая развивается, не переходя в субъективную свободу. <...> Субстанциальные формы образуют пышные, стройные здания восточных государств, в которых оказы-

---

<sup>824</sup> Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 86.

<sup>825</sup> Петрушевский Д.М. Великая Хартия вольностей и конституционная борьба в английском обществе во второй половине XIII века. М., 1915.

<sup>826</sup> Павлов-Сильванский Н. Проекты реформ в записках современников Петра Великого. М., 2000. С. 18.

ваются налицо все разумные определения, но так, что субъекты остаются лишь чем-то несущественным. Они вращаются вокруг центра, а именно вокруг властителя, который стоит во главе государства как патриарх, а не как деспот в смысле Римской империи»<sup>827</sup>.

Поэтому будет вполне справедливым вывод ряда исследователей о том, что в законодательстве и государственном строительстве петровской эпохи «постоянно проводится мысль о государстве как всемогущей и величайшей силе, способной переустроить общество согласно предписаниям разума. Народ – это "непросвещенная" масса, удел которой – беспрекословно подчиняться закону, созданному правительством к "общему благу". Для абсолютизма характерно стремление государственной власти подвергнуть регламентации все стороны не только общественной, но и частной жизни. Это находит свое отражение в законодательстве, которое пытается регулировать даже быт граждан»<sup>828</sup>.

В целом, реформы Петра I осуществлялись по следующим направлениям:

- преобразования в центральном и местном управлении;
- развитие крупной промышленности и государственная поддержка ремесленных производств;
- содействие развитию сельского хозяйства;
- укрепление финансовой системы;
- активизация развития внешней и внутренней торговли<sup>829</sup>.

Модернизация собственно государственного аппарата основывалась на следующих принципах:

- институционализация управления, предполагающая использование европейского камерализма;
- повышение эффективности управления за счет унификации, централизации и дифференциации аппарата управления, а также его милитаризации;
- изменение принципов комплектования аппарата новых учреждений<sup>830</sup>.

Деятельность аппарата управления стала основываться (по крайней мере, формально) на таких положениях, как:

- функциональность в управлении учреждениями;
- специализация учреждений государственной администрации и канцелярского труда в каждой из сфер государственного управления;
- регламентация обязанностей чиновников;
- унификация штатов и жалования чиновников<sup>831</sup>.

Модернизация достаточно быстро охватила крупнейшие города России (особенно новопостроенный Санкт-Петербург), в которых утверждалось

---

<sup>827</sup> Гегель Г.-Ф. Философия истории. СПб., 1993. С. 148.

<sup>828</sup> История политических учений / под ред. С.Ф. Кечекьяна, Г.И.Федькина. М., 1955. С. 226.

<sup>829</sup> Маршев В.И. История управленческой мысли. М., 2005. С. 311–312.

<sup>830</sup> Омельченко Н.А. История государственного управления в России. М., 2007. С. 176.

<sup>831</sup> Там же. С. 176–177.

европеизированное право, а сельские регионы, где проживало более 90% населения, по-прежнему находились во власти традиций и обычного права. Это подтверждается изысканиями многих историков и имеющимися документами. Согласно Б.Н. Миронову, «до конца XVII в. все социальные группы русского общества жили в одном правовом пространстве. Но начиная с XVIII в. по мере развития нового законодательства город и деревня в правовом отношении стали расходиться, и постепенно возник так называемый юридический плюрализм: в пределах одного государства стали одновременно действовать две системы права – обычное и официальное, каждая из которых представляла собой достаточно своеобразный комплекс норм и институтов. Своей критической отметки различие между ними достигло к концу XIX в.»<sup>832</sup>.

Бурное развитие законотворческой деятельности верховной власти в XVIII в. было непосредственно связано с усилением влияния европейского рационализма и секуляризацией сознания. «Век разума» руководствовался постулатом о безграничных возможностях познания. Нужно лишь просветить народ и правителей, и тогда общественные блага распространятся на всех. Предшествующая же эпоха в России основывалась на сакрализации власти и мифологическом мышлении. Согласно А.Г. Манькову, «казуальный в своей основе характер законодательства XVI–XVII вв. не только объясняет движение права от казуса к норме, от частного к общему, но и дает картину конкретной множественности, когда правовому регулированию подвергались не явления крупного масштаба в целом, а отдельные их части, отдельные стороны, лишь в совокупности дающие представление о явлении в целом. В значительной мере это связано с эмпирическим образом мышления того времени, с определенной неспособностью к большим обобщениям, абстракциям»<sup>833</sup>.

Новая же эпоха, как уже отмечалось, заменила патриархальные воззрения теориями общественного договора и полицейского государства. Пожалуй, именно с XVIII столетия (и до наших дней) мелочная регламентация жизни личности и хозяйствующих субъектов стала особенностью российской политической практики и законодательства. Существенное значение имел и тот факт, что правосознание большинства населения осталось на дорациональном уровне. Выражалось это, как мы уже не раз отмечали, в отсутствии идеи собственности как одной из основ стабильности общества.

Право Запада еще в конце XVII в. устами Д. Локка провозгласило незыблемость таких естественных прав человека, как свобода, собственность и безопасность, на которых и основывалось миропонимание Нового времени. В России же эволюция правопонимания на глубинном уровне отсут-

---

<sup>832</sup> Миронов Б.Н. Социальная история России периода империи (XVIII – начало XX в.). В 2-х т. СПб., 2000. Т. 2. С. 97–98.

<sup>833</sup> Маньков А.Г. Законодательство и право России второй половины XVII в. СПб., 1998. С. 4.

ствовала, и уравнивательные тенденции в воззрениях большей части россиян препятствовали утверждению собственнической идеологии. Приоритет получила государственная собственность в форме казенных предприятий с крепостными работниками. Ни о какой свободе договора или формальном равенстве сторон речь идти не могла<sup>834</sup>. Именно поэтому правы те исследователи, которые считают, что «развития отечественного промышленного предпринимательства (т.е. рыночного, капиталистического способа производства) в условиях феодально-крепостнического уклада Петровской России не было и не могло быть. Ни одна категория современного определения предпринимательства – экономическая свобода, собственность, готовность к рыночной конкурентной борьбе, риск, инновация и др. не была характерна для Петровских реформ. <...> Таким образом, если не было промышленного предпринимательства, значит не было и промышленной буржуазии. В лучшем случае можно лишь говорить о том, что в эпоху Петра I были созданы достаточные предпосылки и необходимые условия для зарождения в России промышленной буржуазии»<sup>835</sup>. Кроме всего прочего, большая часть купеческого слоя в результате жесткого государственного вмешательства в предпринимательскую деятельность разорилась<sup>836</sup>.

Внедрение новых принципов правопонимания и государственного управления должно было основываться на строжайшем соблюдении действующего законодательства. Управление государством нуждалось уже не столько в религиозной, сколько в рациональной легитимации собственного существования. Массовые злоупотребления властью и коррупция вызвали к жизни указ «О хранении прав гражданских» от 17 апреля 1722 г., начинавшийся следующими словами: «Понеже ничто так ко управлению государства нужно есть, как крепкое хранение прав гражданских, понеже всеу законы писать, когда их не хранить или ими играть, как в карты, прибирая масть к масти, что нигде в свете так нет, как у нас было, а от части еще и есть, и зело тщатся всякия мины чинить под фортецию правды»<sup>837</sup>.

Однако после издания этого указа результатов не последовало, так как отношение россиян к позитивному праву оставалось в целом негативным. Сохранялась незримая связь веры и права, основанная на дихотомии «правда» – «кривда». По мнению Н.М. Азаркина, «мистика в юриспруденции может быть связана не только с иррациональными началами, но и сверхрациональными – божественными. Ведь вопрос бытия или небытия Бога современной наукой, даже на ее физическом направлении, где она достигла высших результатов, окончательно не снят с повестки дня. Да и обычный здравый смысл подсказывает, что сводить природу человека

---

<sup>834</sup> Курс российского трудового права. В 3-х т. Т. 1. Общая часть / под ред. Е.Б. Хохлова. СПб., 1996. С. 48–52.

<sup>835</sup> Маршев В.И. История управленческой мысли. С. 314–315.

<sup>836</sup> Бессолицын А.А., Кузьмичев А.Д. Экономическая история России. Очерки развития предпринимательства. М., 2005. С. 64.

<sup>837</sup> Российское законодательство X–XX в. Т. 4. Законодательство периода становления абсолютизма. М., 1986. С. 186.

лишь к разуму – значит обеднять ее»<sup>838</sup>.

Взаимовлияние политической и правовой культур, усиливающееся на фоне интеграционных процессов и экономического роста, объективно предполагает экспансию более сильного государства на ту территорию, которая ранее по различным причинам была вне сферы досягаемости. Россия, стремившаяся с начала XVIII столетия играть значительную роль в Европе, должна была придать своей повседневной жизни и политическим институтам привычную и понятную европейцам форму. Кроме того, привлечение на службу большого количества западных специалистов (в том числе и в сфере права) также способствовало вестернизации. Другой вопрос – какова цена европеизации страны и насколько глубоко она проникла в привычки и быт народа. В связи с этим снова обратимся к суждениям Ш. Монтескье о российских реформах: «Легкость и быстрота, с которыми этот народ приобщился к цивилизации, неопровержимо доказывает, что его государь был о нем слишком дурного мнения и что его народы вовсе не были скотами, как он отзывался о них. Насильственные средства, которые он употреблял, были бесполезны: он мог бы достигнуть своей цели и кротостью»<sup>839</sup>.

Конечно, из Франции многое виделось в более смягченном виде, чем было на самом деле. Европеизация затронула аристократию и часть горожан, среди которых многие являлись иностранцами на государственной службе<sup>840</sup>. В целом же, постоянное давление верховной власти на различные социальные группы, их частичная или полная маргинализация могли привести только к формированию негативного образа государства и официального права, исходящего от государственных учреждений и ими же применяемого. Карательная составляющая формирующейся новой политической системы объективно не способствовала росту правосознания и укреплению законности. Многие нормативные акты петровского времени были, по меткому замечанию А.С. Пушкина, «писаны кнутом». Над Петром I и его сподвижниками довлело убеждение во всеисилии закона, в возможности с его помощью в кратчайший срок изменить страну.

Некоторые современные исследователи видят в этом своеобразный «политический романтизм» эпохи. Практические же попытки создать стройную и эффективную правовую систему постоянно наталкивались на традиционалистские принципы мировосприятия. Кроме того, господствовавшее несколько столетий «вотчинное мировоззрение» настолько укоренилось в сознании как верхов, так и низов, что для его изживания потребовались бы титанические усилия по перевоспитанию огромной массы людей, начиная с самого самодержца. По мнению Н.М. Азаркина, «Петр верил во всемогущую роль "добрых порядков", под которыми подразумева-

---

<sup>838</sup> Азаркин Н.М. История юридической мысли России. М., 1999. С. 19.

<sup>839</sup> Монтескье Ш. Указ. соч. С. 416–417.

<sup>840</sup> Соколов К.Б., Черносвитов П.Ю. Европа и Россия: ментальность и художественная культура: сравнительно-исторический анализ. СПб., 2007.

лись тщательно составленные законы и надлежащим образом устроенные учреждения, задача которых состояла в наблюдении за претворением законов в жизнь. Эту мысль в разных вариантах царь повторял многократно, начиная от лаконичного повеления чиновникам блюсти уставы, "яко первое и главное дело", до более пространных повелений, с рассуждениями относительно значения законодательства в жизни государства»<sup>841</sup>.

В принципе, строжайшее соблюдение законов не должно входить в противоречие с иными формами регулирования общественных отношений. Правосознание населения патриархальной страны практически полностью основывалось на религиозных представлениях о сущности законодательства. Многие миряне постоянно слышали с амвонов церковью слова ап. Павла о том, что, «узнав, что человек оправдывается не делами закона, а только верою в Иисуса Христа, и мы уверовали во Христа Иисуса, чтобы оправдаться верою во Христа, а не делами закона; ибо делами закона не оправдывается никакая плоть»<sup>842</sup>.

Патриархальное общество основано, по справедливому утверждению М. Вебера, на традиционной легитимности власти, сущность которой составляет соблюдение правителем обычаев и традиций своего народа. Функция блюстителя устоев закрепляется в национальном сознании, представляющем собой «общественное в его обращенности к собственному единству на основе признания культурной и духовной однородности и трактовки прошлого, настоящего и будущего народа в качестве одного социального субъекта»<sup>843</sup>.

Как раз в начале XVIII столетия в России произошел раскол национального сознания. Европеизировавшаяся элита и часть горожан связывали свое будущее с вхождением в западный мир, сохранив при этом многие черты предшествующего периода, в частности крепостное право и «вотчинное мировоззрение». Основная же масса населения продолжала придерживаться дорациональных представлений об окружающем мире и стремилась к воспроизводству существующих порядков. Как верно считает В.Н. Синюков, «судьбы правового сознания очень тесно связаны с верой и религией. Как и мораль, право связано с религиозными ценностями. И намного более, чем на иные регуляторы, право опирается на национальное творчество духа и быта. Право технически выросло из этого быта через обычай и традицию. Церковь, лишённая этих двух источников – национальной тождественности, народности и самостоятельного ценностного авторитета вне государства, объективно не могла нести в себе правовое начало и не могла быть средой зарождения и развития правового чувства в России. Эти особенности русского правосознания делаются понятными в контексте последующих парадоксальных превращений русского правосознания – от природного "зверинства" в виде апологии обыденным право-

---

<sup>841</sup> Азаркин Н.М. Указ. соч. С. 130.

<sup>842</sup> К галатам 2:16.

<sup>843</sup> Полосин В.С. Миф. Религия. Государство. М., 1999. С. 75.

сознанием убийства тяжких преступников до равнодушия к страданию ближнего и безразличия к личной судьбе и судьбе собственного государства»<sup>844</sup>.

Следует учитывать и то обстоятельство, что система государственных учреждений, созданная в процессе реформ, не отличалась стройностью и четкостью работы. Компетенция многих из них не была однозначно определена и достаточно быстро появилось дублирование функций. Нормативная база также не всегда позволяла качественно и однозначно разрешать многочисленные споры и противоречия. Ее несовершенство во многом было связано с отсутствием профессиональных юристов и неразвитостью, по сравнению с Западом, светской политико-культурной сферы. Как верно отмечает В.О. Ключевский, оценивая ход петровских реформ, преобразователь «начал широкою рукою забирать практические плоды европейской культуры, усовершенствования военные, торгово-промышленные, ремесленные, сманивать мастеров, которые могли бы всему этому научить его русских невежд, заводить школы, чтобы закрепить в России необходимые для всего этого знания. Но, забирая европейскую технику, он оставался довольно равнодушен к жизни и людям Западной Европы. Эта Европа была для него образцовая фабрика и мастерская, а понятия, чувства, общественные и политические отношения людей, на которых работала эта фабрика, он считал делом сторонним для России»<sup>845</sup>. Кроме всего прочего, ряд проведенных реформ только ухудшил экономическое положение страны. Так, мы уже упоминали выше о разорении купечества, что привело к катастрофическому падению объема сбора налогов к концу царствования Петра I, а следовательно – вело к росту государственного долга. Частично, конечно, перенапряжение страны можно отнести на счет личности самого самодержца. Как отмечал П.Н. Милюков, «Петр с удивительной легкостью и быстротой признавался в своих ошибках и никогда не уставал начинать сызнова. Таким образом, если его реформа и не вела прямым путем к цели, то она и не кружила около и тем более не топталась на одном месте. Обновление <...>, ошибка служила уроком, новый эксперимент вносил поправку: это была, как любил говорить сам Петр, его школа. Разумеется, при таком несовершенном методе ученье могло продолжаться бесконечно»<sup>846</sup>.

Если говорить о роли юридической науки в петровскую эпоху, то она, по сути стремилась к нулю. Профессиональные юристы (в основном выпускники немецких университетов) были приглашены в Россию после создания в 1724 г. Академии наук и университетской гимназии, и их деятельность не получила какого-либо значимого общественного признания. С позиции социальной антропологии этого признания и не могло быть. Студен-

---

<sup>844</sup> Синюков В.Н. Указ. соч. С. 125.

<sup>845</sup> Ключевский В.О. Западное влияние в России после Петра // Неопубликованные произведения. М., 1983. С. 15.

<sup>846</sup> Милюков П.Н. Очерки по истории русской культуры. В 3-х т. М., 1995. Т. 3. С. 165.

ты и гимназисты в первой половине XVIII в. не имели соответствующей общей подготовки, которая (в частности, владение языками), как отмечают исследователи, позволила бы полноценно учиться. Например, требовалось «знать латынь и основные новые языки, на которых велось преподавание. Поэтому из Германии были отозваны восемь студентов, ранее отправленных туда на учебу в университеты. В дальнейшем студентами часто становились иностранцы. Набор студентов всегда был основной проблемой Академического университета. Правильной организации преподавания препятствовало отсутствие у университета собственного устава (его деятельность регламентировалась лишь в общих чертах уставом Академии наук). Не существовало также системы научной аттестации, присуждение ученых степеней зависело от произвола академиком-иностранцев. Преподаватели зачастую уклонялись от исполнения своих обязанностей, длительное время не проводя занятий (хотя иной раз читать лекции не имело смысла из-за отсутствия слушателей)»<sup>847</sup>.

Если же говорить о цивилизационной составляющей петровской эпохи, то следует отметить, прежде всего, сохранение и упрочение деспотической государственности. Никаких реальных противовесов императорской власти легально существовать не могло. Именно это положение дел существенно тормозило правовое развитие страны и консервировало патриархальные порядки.

Идеи естественного права, господствовавшие в немецкой юриспруденции XVII–XVIII вв., долгое время не находили для себя благодатной почвы. Иностранцы ученые (И.С. Бекенштейн, Ф.Г. Штруббе де Пирмон) не смогли вызвать у отечественных студентов интерес к юриспруденции вообще и к естественному праву в частности. Восприятие «юридического» в России длительный период опиралось на бытовой язык, не требующий специальных познаний. Категориальный же аппарат европейской правовой науки в XVIII столетии основывался на римском праве и знании латыни<sup>848</sup>. На эту черту отечественного правоведения обращает внимание Ю.В. Ячменев, обоснованно полагая, что «узкоспециальный характер правового языка в Западной Европе и значительное расхождение, которое существовало между ним и обыденным языком, предполагает в качестве необходимого условия совершенствования юриспруденции развитие юридического образования. В России же в силу того, что язык права не расходился по большей степени с народным языком, процесс зарождения и эволюции юриспруденции не был связан с развитием юридического образования. В отличие от юриспруденции западноевропейских стран русская практическая юриспруденция появилась намного раньше юридического образова-

---

<sup>847</sup> Волосникова Л.М., Чеботарев Г.Н. Правовой статус университетов: история и современность. М., 2007. С. 70–71.

<sup>848</sup> Кузнецов Э.В. Философия права в России. М., 1989. С. 29–35.; Москвина А.Г. Становление русской юриспруденции: XVIII век. СПб., 2000. С. 82–94; Томсинов В.А. Российские правоведы XVIII–XX веков: очерки жизни и творчества. В 2-х т. М., 2007. Т. 1. С. 90–113.

ния»<sup>849</sup>.

Новая правовая система страны формировалась крайне неравномерно. В XVIII столетии основное внимание уделялось, говоря современным языком, «публичному праву». Кроме того, постоянно предпринимались безуспешные попытки кодификации русского права, безрадостный обзор которых дал в одной из своих записок М.М. Сперанский<sup>850</sup>. Между тем, практика проведения любой кодификации показывает, что она всегда порождает не только чисто утилитарные результаты, но и способствует более глубокому познанию сущности права. Также следует признать и тот факт, что кодификация устраняет противоречия между действовавшими ранее правовыми актами, вводя единообразие терминологии и правоприменения.

### **Век Екатерины**

Вторая половина XVIII в. принесла с собой определенную гуманизацию общественных отношений и нравов. «Век Екатерины» для России означал не только победоносные войны и расширение территории, но и первые попытки становления «правительственного либерализма». В общем плане можно, видимо, говорить о проникновении в страну идей европейского конституционализма. Конечно, эти идеи оставались достоянием очень узкого круга лиц, во многом были прекраснодушными мечтаниями, не имевшими практической опоры, но сам факт признания значимости идей естественного права и стремление создать правовые рамки собственной деятельности могут характеризовать государственную власть с позитивной стороны.

Новым веяниям способствовало и постепенное повышение уровня жизни привилегированного сословия (дворянства) и части горожан, все больше втягивающихся в различные экономические отношения, основанные на частноправовых началах. В свою очередь, как отмечает Е.А. Суханов, «частное право составляет базу, ядро правопорядка, основанного на рыночной организации хозяйства. Оно само является неизбежным порождением свободного экономического развития. Как показывает история, основные частноправовые начала никогда и нигде не действовали "в чистом виде", неизбежно подвергаясь различным ограничениям. Но вместе с тем и при самых жестких ограничениях сфера частного права никогда не исчезала полностью, ибо во всякой известной цивилизации невозможно было совершенно исключить товарообмен и товарное хозяйство»<sup>851</sup>. Эпоха Просвещения на Западе в течение нескольких десятилетий привела к существенному смягчению действовавшего уголовного законодательства и изменила восприятие права в целом<sup>852</sup>.

---

<sup>849</sup> Ячменев Ю.В. Правда и закон. Из истории российского правоведения. СПб., 2001. С. 212.

<sup>850</sup> Сперанский М.М. Руководство к познанию законов. СПб., 2002. С. 126–144.

<sup>851</sup> Суханов Е.А. Гражданское право России – частное право. М., 2008. С. 41.

<sup>852</sup> Дусаев Р.Н. Эволюция уголовного права стран Западной Европы и США. Ч. 1. Петрозаводск, 1999. С. 4–74; Общественно-политическая мысль европейского просвещения. М., 2002. Гл. 1–4, 6.

Надо, разумеется, учесть то обстоятельство, что «в европейских абсолютных монархиях и среди верного им дворянства сложилось такое понимание фундаментальных законов, согласно которому монарх признавал, что определенные обычаи и процедуры приобрели статус прав и обязанностей. Государь был властен изменять сложившиеся процедуры, но обычно этого не делал, полагая, что ему следует соблюдать правила, опирающиеся на прецедент, естественное право и христианскую доктрину. В России, в отличие от других европейских государств, фундаментальные законы отсутствовали, и поэтому она больше напоминала деспотию по Монтескье, чем его монархию»<sup>853</sup>.

Однако политический либерализм и естественноправовая доктрина Д. Локка, Ш. Монтескье и других крупнейших мыслителей эпохи оказали явное воздействие и на российский правящий слой. Екатерина II, по верным утверждениям многих современных ученых, также не избежала этого влияния, прежде всего идей Ч. Беккариа и Ш. Монтескье<sup>854</sup>. Это видно как из переписки императрицы со своими зарубежными корреспондентами, так и из текста знаменитого Наказа, данного депутатам Уложенной комиссии в 1767г. Суть правопонимания Екатерины и, отчасти, ее окружения выражалась в том, что «для нерушимого сохранения законов надлежало бы, чтоб они были так хороши и так наполнены всеми способами, к достижению самого большого для людей блага ведущими, чтоб всяк несомненно был уверен, что он ради собственной пользы стараться должен сохранить нерушимыми сии законы»<sup>855</sup>.

Царствование Екатерины II было, несомненно, более гуманным, чем эпоха Петра Великого, с этим вряд ли можно спорить хотя бы потому, что дворянство – политически ведущий слой общества – окончательно превратилось в сословие, наделенное значительными привилегиями и лично свободное (в том числе освобожденное от телесных наказаний). Основными привилегиями дворянства (особенно после введения в силу Жалованной грамоты 1785 г.) являлись:

- преимущества по службе;
- особый порядок привлечения к уголовной ответственности;
- право на поземельную собственность;
- право на владение крепостными крестьянами;
- право на владение домами в городах;
- льготные условия ведения торгово-промышленной деятельности;
- свобода от личных податей, рекрутской повинности и от постоя;
- почетные права (гербы);

---

<sup>853</sup> Мадариага И.де. Россия в эпоху Екатерины Великой. М., 2002. С. 77.

<sup>854</sup> Азаркин Н.М. Монтескье. М., 1988. Гл. 3–5; Решетников Ф.М. Беккариа. М., 1987. Гл. 3.

<sup>855</sup> Екатерина II. Наказ, данный комиссии о составлении проекта нового Уложения (1767) // Конституционализм: исторический путь России к либеральной демократии: сб. документов. М., 2000. С. 41.

- неприкосновенность личности<sup>856</sup>.

По справедливому суждению Б.Н. Миронова, «за увеличение привилегий дворянство платило лояльностью и преданностью Екатерине. С другой стороны, было форсировано формирование городского сословия, которое до некоторой степени могло служить противовесом дворянству. Имея широкую социальную базу, включавшую, кроме дворянства, крестьянство, городское сословие и духовенство, самодержавие осталось самостоятельной политической силой и в полной мере сохраняло статус лидера нации»<sup>857</sup>. Следует учесть и тот факт, что Наказ, не будучи юридически обязательным, тем не менее, в вопросах судопроизводства действовал непосредственно<sup>858</sup>.

Со второй половины XVIII столетия уже допустимо говорить о восприятии западного образа жизни и мышления частью дворянства и городских слоев общества в обеих столицах. Идеи естественного права все сильнее пробивали себе дорогу и под их напором началось обсуждение возможности частичного ограничения власти монарха.

Исследователи верно отмечают, что «одной из главных задач в функционировании государства русские просветители считали издание справедливых законов, призванных охранять в обществе справедливость, заботиться о благополучии граждан, наказывать нарушителей правопорядка. Законы, издаваемые в государстве, должны соответствовать критерию разумности, исходить из идеи природы, интересов личности и прав человека»<sup>859</sup>. Постепенно формируются представления о незыблемых правах человека и необходимости отмены крепостного права. В некоторых нормативных актах начинают появляться фиксированные «права человека» (таковые, как уже упоминалось выше, закреплены в «Жалованной грамоте российскому дворянству» 1785 г.). Разумеется, эти «права – привилегии» опирались не на равенство людей по природе или перед Богом, а на социальное положение и место в иерархической системе государственного управления<sup>860</sup>.

Конечно, в целом «робкие шаги в сторону создания буржуазного общества, общества равноправных собственников, на просторах России независимо от субъективных настроений императрицы не могли изменить сложившуюся общественную систему. Екатерина II была ее заложницей. Уроки предыдущих царствований свидетельствовали об определяющей роли дворянства во всех делах государства. <...> Пока не созрели силы, заинтересованные в изменении существующего строя, верховная власть была об-

---

<sup>856</sup> Латкин В.Н. Учебник истории русского права периода империи (XVIII и XIX вв.). М., 2004. С. 128–137.

<sup>857</sup> Миронов Б.Н. Историческая социология России. СПб., 2009. С. 369.

<sup>858</sup> Каменский А.Б. От Петра I до Павла I. Реформы в России XVIII века. М., 2001. С. 403–404; Пахман С.В. История кодификации гражданского права. М., 2004. С. 238; Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т. СПб., 1996. Т. 1. С. 33.

<sup>859</sup> Общественно-политическая мысль европейского просвещения. М., 2002. С. 365–366.

<sup>860</sup> Законодательство Екатерины II. М., 2001. Т. 2. С. 29–49.

речена оставаться на охранительных позициях и проводить отвечающую этому политику»<sup>861</sup>. Практическое воплощение законности и правомерности власти во всех странах Запада началось с закрепления особых прав дворянства и духовенства (пример тому – Великая Хартия вольностей 1215 г., вырванная баронами у короля Иоанна после успешного восстания. Несмотря на узкосословные интересы крупнейших феодалов, сам начальный процесс формализации прав личности объективно способствовал укоренению идеи свободы).

Законотворческая деятельность екатерининской эпохи существенно изменяется по сравнению с предшествующим периодом. Если при Петре I господствовала вера во всеилие законов, в возможность с их помощью за короткий срок преобразовать все стороны жизни общества, то вторая половина XVIII столетия проходит под знаком осторожности и осмотрительности. Известный историк В.В. Леонтович, анализируя (Наказ) и в целом эпоху Екатерины II, вполне однозначно утверждал: «Поскольку все области народной жизни тесно связаны между собой, законы должны принимать во внимание не только нравы и обычаи народа, но также и привычное ему, созданное жизненной действительностью право, то есть законы должны быть приспособлены к тому праву, которое постепенно возникло в процессе истории и которое можно считать правом существующим»<sup>862</sup>.

В отечественной юридической литературе достаточно однозначно делался вывод о том, что «Наказ» и последующие нормативные акты, исходившие от императрицы, носили «самодержавно-крепостнический» характер. Разумеется, никто не будет отрицать того факта, что правительство Екатерины II опиралось на дворянство и руководствовалось прежде всего его интересами. Во второй половине XVIII века дворянство было единственным социальным слоем, обладавшим управленческим опытом, и представляется странным, что исследователи не уделяли этому должного внимания. Ряд советских ученых, видимо, под воздействием классового подхода к науке, отказывался признавать значимость для России (и лично для Екатерины) идей Просвещения о роли естественного права в жизни человека и «закономерного» управления. Так, по представлению П.С. Грацианского, «Екатерине совершенно чуждо главное положение этой теории о необходимости согласовывать позитивное право с "природой человека", ликвидировав в позитивном праве все те нормы, которые противоречат этой природе. Из теории естественного права вытекала необходимость ликвидации сословного строя, провозглашение юридического равенства граждан, принципов свободы собственности и свободы договора. Ни одно из этих требований не нашло сколько-нибудь определенного отражения в "Наказе"»<sup>863</sup>. Вероятно, подобные утверждения могли появиться по причи-

---

<sup>861</sup> Законодательство Екатерины II. М., 2001. Т. 1. С. 17.

<sup>862</sup> Леонтович В.В. История либерализма в России. М., 1995. С. 44–45.

<sup>863</sup> Грацианский П.С. Политическая и правовая мысль России второй половины XVIII в. М., 1984. С. 53.

не незнания П.С. Грацианским реального социально-политического положения в России рассматриваемого периода либо идеологической заданности исследования. Говорить о ликвидации сословного строя можно лишь тогда, когда для этого созданы объективные условия, а таковые частично сложились лишь ко второй половине XIX в., а настоятельно потребовали разрешения уже в начале XX столетия.

Кроме всего прочего, именно с Екатерины II, как уже говорилось выше, начался период «правительственного либерализма». Тут нужно учесть одно: правосознание, ориентированное на восприятие естественного права, могло сформироваться только в дворянской среде, обладавшей соответствующим образованием и временем для осмысления окружающей действительности. Весь XVIII век дворянство пыталось ограничить самодержавие (1730 г., 1762 г.) во имя собственного самосохранения и возможности пользоваться привилегиями. С учетом этого обстоятельства будет более понятной и сама эпоха «просвещенного абсолютизма» с ее апеллированием к законности и праву как основам властвования. Именно с этим связано формирование такого важного идеологического концепта, как «государственный миф». Это явление изначально было связано с поиском новых форм легитимации власти.

При Петре I «сценарий» предполагал наличие образа императора в роли завоевателя и «обновителя» социума. Монарх представал в качестве героя античности, противостоящего силам традиционализма и внешней опасности. Екатерина II избрала путь «великой законодательницы». По утверждению Р. Уортмана, «каково бы ни было правовое и институциональное значение Наказа и комиссии, они были основополагающими событиями в екатерининском сценарии власти. Они сыграли решающую роль в формировании образа государыни и представления ее в рамках петровского мотива завоевания и обновления. Стремление к кодификации выявило в ней Астрею, вершащую правосудие, приносящую с собой златой век. <...> Однако Екатерина предложила совершенно новую презентацию мифа о всеобщей справедливости и золотом веке. Речь шла не о христианской справедливости благочестивого монарха и не об Астрее, побеждающей силы раздора, воплощенные в Сатане. Екатерина приняла образ законодательницы, добывающей благополучия своих подданных путем введения правовых норм, найденных у западноевропейских писателей»<sup>864</sup>. Повышенный интерес к правовому обоснованию власти можно видеть на примере попыток конституционного ограничения действий монарха (Н.И. Панин) и предложений о формировании системы разделения властей (С.Е. Десницкий)<sup>865</sup>.

---

<sup>864</sup> Уортман Р. Сценарии власти. Мифы и церемонии русской монархии. Т. 1. От Петра Великого до смерти Николая I. М., 2002. С. 169.

<sup>865</sup> Десницкий С.Е. Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи (1768) // Конституционализм: исторический путь России к либеральной демократии. М., 2000. С. 110–133; Конституционные проекты в России. XVIII – начало XX вв. М., 2000. С. 222–304.

В последнее время исследователи высказывают по этой проблематике диаметрально противоположные суждения. Различия во мнениях связаны, скорее всего, с идеологическими предпочтениями самих ученых. Так, Н.М. Азаркин твердо убежден в том, что «совершенно бесплодно, на наш взгляд, искать в политике Екатерины II буржуазные черты, элементы правительственного либерализма. Думается, что в юриспруденции российской императрицы движение вперед предполагалось и осуществлялось в рамках существующей феодально-абсолютистской системы. Екатерина II, проводя широкие преобразования допускала развитие элементов, которые в конечном итоге вели к формированию буржуазных отношений, но допускала лишь постольку, поскольку они не меняли сложившегося социального устройства»<sup>866</sup>.

Если говорить о сознательном стремлении формировать «буржуазные отношения», то, конечно, правительство вряд ли к этому стремилось, хотя в своей переписке с зарубежными корреспондентами Екатерина отмечала большие трудности, связанные с попытками создания в России «среднего рода людей» (того самого среднего класса, который является гарантом стабильности и, одновременно, демократичности общества)<sup>867</sup>. В стране по-прежнему значительную роль играло натуральное хозяйство, а «индустриализация по-петровски» привела к созданию крупной промышленности, ориентированной в основном на нужды армии и внешней торговли. «Правительственный либерализм», в свою очередь, был результатом чисто практической политики и не претендовал на идейную выверенность и концептуальность.

В Западной Европе в течение XVIII в. существенно изменился тип культуры (в том числе и правовой). По мысли М.С. Кагана, «в основе данного процесса лежало неуклонное развитие во всех странах Западного мира промышленного производства – основы материальной культуры – а также необходимых ему буржуазной экономики (рынка, финансового обращения и других элементов капитализма) и демократической идеологии; последняя складывалась в комплексной форме концепции "просвещенной монархии", не говоря уже о теориях утопического социализма, а подчас и признании оптимальности воплощавших эти идеи республиканских институтов»<sup>868</sup>.

В российских условиях идеи просвещения были, конечно же, заимствованы, но именно они объективно вели к гуманизации системы управления и меньшему давлению власти на личность. Исследователи, придерживающиеся либерального мировоззрения (А.Б. Каменский, А.Н. Медушевский, Б.Н. Миронов), дают существенно иную картину развития отечественного правосознания и правопонимания XVIII столетия. Они обращают внима-

---

<sup>866</sup> Азаркин Н.М. История юридической мысли России. С. 157.

<sup>867</sup> Вишневский А. Серп и рубль. Консервативная модернизация в СССР. М., 2010. С. 105–107.

<sup>868</sup> Каган М.С. Введение в историю мировой культуры. Книга вторая. СПб., 2001. С. 136.

ние на одну характерную деталь: само общество (прежде всего – столичное), отчужденное от реальной власти, но достаточно ясно осознающее свои интересы, подталкивало монархию на путь реформ, осуществляя в противном случае очередной дворцовый переворот. Согласно А.Н. Медушевскому, «ключ к пониманию просвещенного абсолютизма – борьба за введение власти в пределы законности. В этих попытках выявляется граница, которая отделяет монархию от деспотии, Просвещенный абсолютизм от непросвещенного, законную монархию от полицейского или регулярно государства. Средством этого стали попытки законодательно определить характер монархической власти и ее правовых параметров»<sup>869</sup>.

Ограничение власти предполагалось осуществить путем создания в 1762 г. Императорского Совета (проект Н.И. Панина), но эти изменения не нашли поддержки в придворных кругах, да и сама Екатерина II не стремилась к юридическому закреплению статуса монарха. Скорее, наоборот, императрица старалась сосредоточить в своих руках всю полноту власти для проведения необходимых реформ в интересах «общего блага» (реально – в интересах дворянства и части горожан). Безусловно, следует, как мы уже не раз отмечали, рассматривать правопонимание в контексте эпохи, в противном случае позитивного результата не будет – чистое теоретическое знание, без проекции на ментальность конкретного исторического момента, не даст достоверных данных.

Вторая половина XVIII в. в России шла под официальным провозглашением уважения к «правам личности» и законности. Последняя понималась (отчасти) антропологически (сказывалось влияние трудов Ш. Монтескье). Как верно отмечает В.А. Томсинов, «на Руси во все времена видели в законе выражение совести или, как говаривали в древности – правды. Екатерина II вполне усвоила этот традиционный русский взгляд на закон. Законодательство западно-европейских стран, в котором все подробно, до мельчайших деталей регламентировалось, вызывало у нее отрицательные чувства. В представлении Екатерины II закон являлся не только способом регламентации поведения людей, не только карой, но и милостью, средством воспитания в душах подданных добрых качеств»<sup>870</sup>. Именно эти черты правопонимания, по-видимому, легли в основу положительной оценки екатерининской эпохи, высказываемой Б.Н. Мироновым.

Фундаментальное исследование социальной истории России последних трех столетий, осуществленное ученым достаточно аргументированно, на обширном эмпирическом материале убеждает нас в том, что «в течение XVIII века были заложены начала законности в русском государственном порядке, самодержавие все в большей степени соединялось с законностью, и весь государственный строй эволюционировал в сторону правомерной

---

<sup>869</sup> Медушевский А.Н. Демократия и авторитаризм: российский конституционализм в сравнительной перспективе. М., 1997. С. 293.

<sup>870</sup> Томсинов В.А. Российские правоведы XVIII–XX веков: очерки жизни и творчества. Т. 1. М., 2007. С. 83–84.

монархии, а власть из традиционной превращалась в легальную»<sup>871</sup>. Эта эволюция, в трактовке Б.Н. Миронова, осуществлялась по следующим направлениям:

- повышение значимости закона в жизни русского общества;
- повседневное управление сосредоточивается в руках профессионального чиновничества, принимающего решения согласно букве закона;
- формирование сословного строя, при котором различные социальные группы пользуются определенным набором прав, закрепленных законодательно.

Вышеперечисленные направления эволюции государственности и правовой системы России в целом, на наш взгляд, несмотря на ряд верных суждений, все же выглядят слишком утопичными. Как замечает Ф.В. Тарановский, «из богатой сокровищницы духа законов императрица Екатерина II, не стесняясь, брала отдельные жемчужины, но нанизывала их на свою нить и вышивала ею свой собственный узор. Узор этот является самостоятельным только в отношении к Монтескье. Если же рассматривать политическую доктрину Наказа с более широкой точки зрения, чем сравнение ее с идеями Монтескье, то нельзя не подметить в ее основе общей канвы бюрократической теории просвещенного абсолютизма, родиной которой была Германия и первоисточником в XVIII веке – камералистическая философия Хр. Вольфа»<sup>872</sup>.

Необходимо, кроме всего прочего, учитывать то обстоятельство, что либеральные представления о свободе личности, положенные в основу первых современных конституций (США – 1787 г., Франция – 1791 г.), были еще слишком далеки от насущных представлений подавляющего большинства населения России (неграмотного и лишенного, к тому же, полноценной собственности в европейском понимании). Учтем также и тот факт, что правительство осуществляло неусыпный контроль за органами сословного самоуправления, не давая им возможности самостоятельно решать местные проблемы. Юридическое же оформление сословного строя к концу XVIII в. привело к значительному «окостенению» социума, лишенного естественной конкуренции и возможности свободного перехода из одной социальной группы в другую<sup>873</sup>. Кроме того, достаточно аргументированно выглядит позиция тех ученых, которые соотносят идеалы Просвещения с действительной ситуацией. Так, позиция С.Д. Домникова, исследовавшего российский традиционализм, сводится к констатации следующего факта: «...к концу XVIII столетия для некоторой части общества стало очевидным, что между реальными условиями существования Российского государства и идеалами Просвещения лежит огромная пропасть. И сколь ни естественно, для человека состояние свободы и права собст-

---

<sup>871</sup> Миронов Б.Н. Социальная история России периода империи. Т. 2. С. 293.

<sup>872</sup> Тарановский Ф.В. История русского права. М., 2004. С. 213–214.

<sup>873</sup> Ерошкин Н.П. История государственных учреждений дореволюционной России. М., 2008. С. 144.

венности, но и то, и другое составляют продукт исторического и цивилизационного развития общества и высшее его достижение. В реальности же, борясь за гуманистические идеалы, приходилось считаться с объективной необходимостью и конкретными историческими условиями»<sup>874</sup>.

Действительно, традиционализм как мировоззрение и образ жизни отличался в России повышенной устойчивостью и изумительной способностью перерабатывать любые новации. Причем эта «вязкость» традиционализма была основана на народных представлениях о правде<sup>875</sup>. Эти представления, выросшие на общинной почве крестьянского «мира», не имели точек соприкосновения с европеизированным правом, использовавшимся в городах и поддерживаемым юридической наукой, также основанной на западной правовой теории. Современные исследователи (как российские, так и зарубежные) верно отмечают факт двойственности правопонимания и правоприменения в России. Так, известный компаративист Р. Давид полагает, что «... русская юридическая наука заимствовала многое из византийского права и из стран континентальной Европы, придерживающихся романской системы. Концепцией права, принятой в университетах и юристами, была романская концепция. Русское право отошло от казуистического типа права, русский юрист не считал право продуктом судебной практики, норму права он, также как немецкий и французский юристы, рассматривал как норму поведения, предписываемого индивидам, формулировать которую надлежит доктрине или законодателю, а не судье»<sup>876</sup>.

Однако тот же Р. Давид обоснованно полагает, что писаное право не находило поддержки большинства населения. Объективные факторы создавали условия для игнорирования права как меры свободы личности: превалировал обычай, носивший локальный характер и не поддающийся систематизации. Неграмотность и тесная связь с дохристианскими, «языческими» взглядами на мир делали русского крестьянина нигилистом в правовом отношении. Этому же способствовало «конкретное» мышление крестьян.

Ученые отмечают, что европеизированное право «относилось к числу чуждых для крестьянской картины мира абстракций, которое крестьяне отождествляли с обычаем или со здравым смыслом. Точно также крестьянину было трудно понять, что такое "собственность", которую он постоянно путал с пользованием или владением. Крестьянин мог легко присвоить вещь, в которой, по его мнению, законный владелец не нуждался (например, дрова из помещичьего леса). Однако в то же самое время в его картине мира земля, скотина или орудия других крестьян были безусловным объектом частной собственности, поскольку все эти вещи были абсолютно необходимы для производства хлеба – главного средства существова-

---

<sup>874</sup> Домников С.В. Указ. соч. С. 534.

<sup>875</sup> Даль В.И. Пословицы русского народа. М., 2001.

<sup>876</sup> Давид Р. Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 118.

ния»<sup>877</sup>.

Фактически, к концу XVIII столетия сложилась двухуровневая правовая система: позитивное право, исходившее от государственной власти, и «народное право», отличавшееся крайней пестротой и локализмом. Учитывая же многонациональный характер Российского государства, придется констатировать: официальные законоположения действовали в городах, а в сельской местности – обычаи, «живое право», основанные на традициях того или иного народа или региона.

Как же в такой ситуации во второй половине XIX в. складывалась судьба юридической науки, появившейся в России при Петре Великом и его ближайших преемниках? Реально она начала развиваться с 1755 г. (основание Московского университета), так как академический университет в Петербурге фактически не выполнил поставленной перед ним задачи. Освоение юридического мышления в тот период опиралось на изучение зарубежных источников. По словам А.Г. Москвиной, «знакомство с понятийно-категориальным аппаратом западно-европейской науки, преподавание разного рода дисциплин в университете, а также доступность иностранной литературы, содержащей передовые правовые идеи и теории, изложенные в общеевропейских терминах – все это давало возможность молодой российской юридической науке в кратчайшие сроки завершить процесс заимствования терминологической базы, переработав и внедрив ее в само существо русского языка. Например, во второй половине XVIII века в Московском университете и других учебных заведениях Российской Империи юридические дисциплины преподавались русскими правоведами и на русском языке»<sup>878</sup>.

Реально же первые 10 лет существования юридического факультета Московского университета преподавательскую деятельность вел только один профессор – Ф.Г. Дильтей. Он же разработал программу последовательного прохождения отдельных дисциплин, представлявшую собой следующую систему:

- всеобщее или естественное право и право народное (как основа и фундамент всех прав);
- установления римского права;
- уголовное и вексельное право;
- собственно российское право (законоведение);
- государственное право<sup>879</sup>.

Рост числа профессоров и студентов наметился только в последней трети XVIII столетия, а появление трудов на русском языке было явлением не частым. Приглашенная профессура в основном читала лекции на латыни или на немецком языке, для понимания которых требовалось соответст-

---

<sup>877</sup> Соколов К.Б., Черносвитов П.Ю. Европа и Россия: ментальность и художественная культура. СПб., 2007. С. 592.

<sup>878</sup> Москвина А.Г. Становление русской юриспруденции. СПб., 2000. С. 88.

<sup>879</sup> Алексеева И.Ю. Развитие юридического образования в России. СПб., 2004. С. 10–11.

вующее образование поступавших в университет, а таких студентов оказывалось слишком мало. Кроме того, несистематизированность отечественного законодательства вела к трудностям его практического применения и даже ознакомления с ним. Примем во внимание и то обстоятельство, что в менталитете не только простых россиян, но и правящей элиты почти не находилось места для «этоса права» как самостоятельного явления. На государственной службе профессиональных юристов почти не было и востребованности в правовых знаниях оказывалась минимальной. Также следует учесть и факт отсутствия в России римской правовой традиции, поэтому первоначально система подготовки юристов сводилась к освоению начал римского права.

Отечественные ученые отмечают, что «сам по себе факт использования элементов римской правовой культуры для восполнения пробелов и недостатков национальной теоретической юриспруденции не является особенностью России. Но в отличие от Западной Европы, изучение римского права в России с самого начала приняло более практическую направленность, было подчинено потребности уяснения национального законодательства»<sup>880</sup>.

Отметим при этом тот бесспорный факт, что, как мы уже не раз подчеркивали, значимость позитивного права в глазах подавляющего большинства населения была крайне низкой. Это положение с позиций социально-антропологического подхода к праву вполне объяснимо. Отношения собственности в России XVIII столетия носили архаический характер и отличались значительной подвижностью. Власть могла вмешиваться в соответствующие правоотношения и разрешать возникший спор внеправовым путем, тем самым усиливая нигилистическое отношение к закону и (шире) праву.

Кроме того, определенным препятствием развития рыночных отношений являлся сословный строй. Как отмечает в связи с этим Т.Е. Новицкая, «XVIII век представляет особый интерес для изучения правового положения субъектов имущественных отношений. Именно в эту эпоху, с одной стороны, завершается нормативно-правовое закрепление сословного строя, а с другой стороны, в праве появляются нормы, присущие капиталистическому укладу. В первом случае налицо типичное для феодального права сословное законодательство, во втором – видна попытка государства "примирить" чисто феодальные институты с правовыми нормами, характерными для регулирования буржуазных отношений»<sup>881</sup>. Крепостное крестьянство вообще не знало собственности в европейском понимании (по понятным причинам), да и вряд ли думало о существовании самой Европы (в силу неграмотности и господствовавшего локализма сознания).

Дворянство же, напротив, будучи знакомым с западными порядками,

---

<sup>880</sup> История русского права второй половины XVII–XVIII вв. М., 1992. С. 60.

<sup>881</sup> Новицкая Т.Е. Правовое регулирование имущественных отношений в России во второй половине XVIII века. М., 2005. С. 201.

стремилось приобрести как можно больше прав и привилегий, которые и были получены на основании «Жалованной грамоты дворянству» 1785 г. Как справедливо полагает Р. Пайпс, «частная собственность в России послужила выражением не только свободы и прав для некоторых, но и усилившейся зависимости для многих. Для крепостных частная собственность становилась чем угодно, только не силой освобождения, и этот исторический факт негативно повлиял на отношение к собственности в России»<sup>882</sup>. Таким образом, незначительная часть населения (около 2%) могла беспрепятственно покупать и продавать людей как вещи. О праве, разумеется, говорить не приходится. Полномочия помещиков в отношении своих крепостных сводились к следующим:

- право пользоваться трудом крепостного по своему усмотрению;
- право продавать крепостных;
- право принуждать крепостных к вступлению в брак против их воли;
- право наказывать крепостных любым способом, кроме лишения жизни;
- право ссылать крепостных в Сибирь или на каторгу;
- право на имущество крепостных<sup>883</sup>.

Подобная система общественных отношений, разумеется, не позволяла говорить о качественном развитии юриспруденции. Ее востребованность была минимальной кроме всего прочего и потому, что суд не был отделен от администрации, а также по причине отсутствия института адвокатуры, самым тесным образом связанного с удовлетворением потребностей общества в качественной юридической помощи. Отсутствовало и правовое просвещение народа. Только в 1800 г. в России появился первый специализированный юридический журнал, который издавался лишь в течение года (вышло только два номера). Поэтому, конечно, правы исследователи, считающие, что вторая половина XVIII в. может считаться успешной в отношении становления отечественной юриспруденции только в сопоставлении с предшествующим периодом.

Ученые верно отмечают: «Процесс формирования отечественного правоведения, начавшийся с середины XVIII в., не завершился к началу XIX в. В России не образовалось достаточного числа ученых-правоведов, способных обеспечить теоретическую подготовку широкого слоя профессиональных юристов, необходимых русскому обществу. Но самое главное, что и сама национальная юридическая наука не смогла выйти из зародышевого состояния»<sup>884</sup>.

---

<sup>882</sup> Пайпс Р. Собственность и свобода. М., 2000. С. 255.

<sup>883</sup> Там же. С. 255–256.

<sup>884</sup> Развитие русского права второй половины XVII–XVIII вв. С. 63.

## Глава 9. Модернизация российского права в XIX – начале XX веков

Проблемы отечественного правопонимания и, соответственно, системное развитие русского права в целом, были унаследованы XIX веком, неразрешенными от предшествующего периода. Собственные юридические научные школы еще не оформились. Академическая наука делала только первые шаги, крепостное право достигло своего апогея, а усиливающаяся бюрократия подчиняла своей власти все новые сферы жизни общества. Развитие юридического образования отставало от реальных потребностей. В начале XIX века, помимо Московского университета, подготовку юристов начали осуществлять Демидовский лицей (1803 г.) и царскосельский лицей (1811 г.). Действовали старые университеты в западной части Империи (Варшава, Вильно и Дерпт), открылись Казанский (1804 г.) и Харьковский (1804 г.) университеты, в которых изначально предусматривались юридические факультеты<sup>885</sup>. Появилась и еще одна важная новация: отечественные студенты получили возможность отправляться за границу для усвоения современного (на тот период) юридического образования, в основном – в Германию. Как отмечает М. Авенариус, «немало подданных Российской империи привлекли университеты Гейдельберга, Геттингена и др. В Гейдельберг многих россиян притягивала научная репутация Антона Фридриха Тибо. Еще будучи преподавателем Иенского университета Тибо снискал столь высокое уважение в России, что в 1805 г. получил приглашение читать лекции в Харьковском университете. В том же году он был назначен членом-корреспондентом Императорской российской законодательной комиссии в Санкт-Петербурге. Такое назначение стало честью для известного зарубежного правоведа. И одновременно оно обязывало его содействовать своими советами начатой с 1801 г. кодификационной деятельности»<sup>886</sup>.

Учтем и еще одно важное обстоятельство: сама верховная власть, понимая необходимость повышения образованности чиновников, установила Указом от 6 августа 1809 г. новые правила производства в чины. Для успешного прохождения по служебной лестнице в государственном аппарате требовалось наличие высшего образования (в том числе и юридического). На практике это положение успешно обходили. Как показывает на эмпирических данных известный историк П.А. Зайончковский, «в начале века уровень образования чиновников был крайне низким, что прежде всего являлось следствием отсутствия сети учебных заведений. Только в 1804 г. была создана система высших, средних и низших учебных заведений: университеты, губернские гимназии и уездные училища. Основным видом образования было домашнее, весьма и весьма разнообразное, в большинстве

---

<sup>885</sup> Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России в первой трети XIX века. М., 2010. С. 7–92.

<sup>886</sup> Авенариус М. Римское право в России. М., 2008. С. 27–28.

своем сводящееся к знанию грамматики и четырех правил арифметики»<sup>887</sup>.

Знания по юриспруденции предполагали детальное изучение естественного права, римского и современного (на начало XIX столетия) гражданского права. Помимо вышеназванного, требовалось показать высокий уровень знания политической экономии и уголовного права<sup>888</sup>. Само юридическое образование в этот период основывалось на изучении нормативных актов и судебной практики, однако значительным был интерес к римскому праву, так как категориальный аппарат отечественного правоведения был недостаточно развит. Римское право было рецепировано в русское гражданское законодательство, что позволяет сделать вывод о вхождении России в семью романо-германского права (при сохранении, однако, значительных самобытных черт).

С начала XIX столетия начинается медленное формирование отраслей российского права, хотя, как замечает Г.Ф. Шершеневич, «центром преподавания было естественное право, материальному гражданскому праву здесь не было еще места. Недостаток ученых и элементарность правоведения той эпохи не дают еще основания к специализации в юридических науках. Один и тот же профессор читает каждую из наук, которые только полагаются на его факультете»<sup>889</sup>. Значительная роль в начале XIX века естественного права в правовой культуре и правосознании образованного русского общества объясняется влиянием идей Просвещения, приверженцами которого выступали многие отечественные правоведы рассматриваемого нами периода (Н.Г. Белоусов, А.П. Куницын). Нужно принять во внимание то обстоятельство, что «именно в это время в России завершился процесс формирования отечественного правоведения, начавшийся с середины XIX в. Определенные успехи в этом деле не могли привести к качественному перелому, поскольку отсутствовала надлежащая основа для этого – достаточно широкая система юридического образования и соответствующий слой ученых-правоведов. Кроме того, эволюции российской юриспруденции препятствовала разрозненность российского законодательства»<sup>890</sup>.

Открытым по-прежнему оставался вопрос о положении собственников в России, от ответа на который зависел ход дальнейшей эволюции государственности и правовой системы. Время настоятельно требовало увеличения социальной базы монархии. Только обладание реальным имуществом и возможность беспрепятственно совершать с ним любые законные сделки ставила человека в менее зависимое положение от власти. Полноправных же собственников, свободно распоряжавшихся своим имуществом, было не так уж и много. К ним относились дворянство и горожане

---

<sup>887</sup> Зайончковский П.А. Правительственный аппарат самодержавной России в XIX в. М., 1978. С. 29.

<sup>888</sup> Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России в первой трети XIX века. М., 2010. С. 99.

<sup>889</sup> Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. М., 2003. С. 32.

<sup>890</sup> Развитие русского права в первой половине XIX века. М., 1994. С. 38–39.

(последние – не все, а только «цензовики», владевшие недвижимостью на определенную законом сумму). Н. Тургенев, оригинальный и вдумчивый мыслитель, имевший богатый опыт административной деятельности, отметил характерную особенность правового положения дворянства. По его наблюдениям, «состояние не дает русским тех преимуществ, с которыми оно обычно в иных краях. В некоторых странах сундук, где хранятся деньги, является критерием значения человека в обществе. В России цену человека определяет его чин. Даже заслуг, важных везде, а в некоторых странах, например, во Франции, предоставляющих человеку место на вершине общества, в России для почтения толпы недостаточно – здесь нужно покрыть себя блеском чинов»<sup>891</sup>.

Действительно, имущественные сделки не подчинялись правилу о свободе договора, а основывались на сословной принадлежности сторон. Кроме того, ряд правомочий в различных сферах хозяйственной деятельности и торгового оборота принадлежал только дворянству (например, владение крепостными). Верховная власть исходила в своих действиях из приоритета интересов «первого сословия», направив на их защиту всю свою силу и препятствуя, тем самым, позитивным изменениям, вызываемым объективным ходом социально-экономического развития. Так, имущественные права дворян в первой половине XIX столетия неуклонно расширились. Как отмечают Н.А. Иванова и В.П. Желтова, «во-первых, раздвигаются границы самого понятия "недвижимая собственность" путем включения в него не только земли, но и недр, лесов, фабрик, заводов (вначале в деревне, затем и в городе), городских строений и т.д. Во-вторых, увеличивается сущностное содержание дворянской собственности, прежде всего в результате роста прав на землю, которая из условного держания превратилась в наследственное, но неделимое и "вечнообязанное" землевладение, а затем перестала быть "вечнообязанным", сохранила характер наследственного и в известной мере неделимого»<sup>892</sup>.

Господство крепостного права также не могло создать условий для серьезного и длительного экономического роста в первой половине XIX в.<sup>893</sup>. Кроме всего прочего, в начале XIX в. начинает ощущаться экономическое отставание России от ведущих стран Запада. Причин этому достаточно много и одной из них являлась сословная замкнутость и отсутствие социальной мобильности населения. Подобное статическое положение противоречит интересам значительного числа людей и ведет к росту социальной напряженности или потере статуса страны на мировой арене, что и произошло с Россией в результате поражения в Крымской войне. Крупнейший социолог XX столетия П.А. Сорокин, достаточно глубоко изучивший проблемы трансформации общества на различных исторических эта-

---

<sup>891</sup> Тургенев Н. Россия и русские. М., 2001. С. 189.

<sup>892</sup> Иванова Н.А., Желтова Л.П. Сословное общество Российской империи (XVIII – начало XX века). М., 2010. С. 131–132.

<sup>893</sup> Гелнер М. История Российской империи. В 2-х т. М., 2001. Т. 2. С. 296.

пах его развития, вывел определенные закономерности политической стратификации, к которым ученый отнес следующие:

- с увеличением размеров государства растет и интенсивность политической стратификации;

- когда возрастает разнородность членов организации, стратификация также проявляет тенденцию к увеличению, и наоборот;

- когда оба эти фактора возрастают, то стратификация имеет тенденцию возрастать еще больше, и наоборот;

- внезапный рост обоих факторов ведет к такому быстрому росту политической стратификации;

- когда один из этих факторов внезапно увеличивается, тогда как другой ослабевает, они сдерживают влияние друг друга<sup>894</sup>.

Поэтому «в России – крестьянской стране современный экономический рост, связанный с драматическими изменениями в занятости, с масштабным переносом рабочей силы из деревни в город, настоятельно требует решить вопрос об освобождении крестьян. Здесь, как и во многих других странах, решение земельного вопроса и освобождение крестьян без революционных потрясений предполагают компромисс между интересами государства, землевладельцев и крестьянства. Если говорить о создании предпосылок для устойчивого экономического роста, российский компромисс оказался не слишком удачным»<sup>895</sup>.

Однако проведение реформ должно опираться на определенные твердые правила, а их-то как раз и не было в российской действительности. Риторически поэтому звучат слова М.М. Сперанского, обращенные к самой власти: «общество не может быть без права, но не может быть и без пользы. Верховная власть может быть по правде правильна, но противна пользам. Здесь начало революции и, напротив, власть может быть без права, будучи просто силой, но может быть полезна. Чтобы власть была правильна, она должна быть ограничена. Лица вне ограничения не должны быть вещью. Можно ли иметь гражданские права при власти неограниченной?»<sup>896</sup>.

Ответом на вопрос М.М. Сперанского, старавшегося придать российскому законодательству европейские форму и содержание, может служить утверждение Н.М. Карамзина, выдающегося русского историка и яркого представителя консервативного направления отечественной политической мысли. Основной упрек в адрес Комиссии по созданию нового Гражданского уложения (и лично М.М. Сперанского) сводится к наличию в законопроекте существенных заимствований из ГК Франции 1804 г. Н.М. Карамзин вопрошает: «Кстати ли начинать, например, русское Уложение главою о правах гражданских, коих, в истинном смысле, не бывало и нет в России? У нас только политические или особенные права разных государ-

---

<sup>894</sup> Сорокин П. Социальная мобильность. М., 2005. С. 76–77.

<sup>895</sup> Гайдар Е.Т. Долгое время. Россия в мире: очерки экономической истории. М., 2005. С. 276.

<sup>896</sup> Сперанский М.М. Руководство к познанию законов. СПб., 2002. С. 200.

ственных состояний; у нас дворяне, купцы, мещане, землевладельцы и проч. – общего нет, кроме названий русских»<sup>897</sup>.

Заимствование зарубежных политических и правовых институтов для России, в принципе, было явлением нормальным, начиная с петровской эпохи. Французский ГК 1804 г., для своего времени, являлся лучшим образцом кодификации, и нет ничего удивительного в том, что М.М. Сперанский именно его использовал в процессе разработки проекта российского Гражданского Уложения<sup>898</sup>. Другой вопрос, что уровень правосознания большинства российского населения не соответствовал предполагавшимся новациям, а крепостное право, существовавшее в стране несколько столетий, наложило неизгладимый отпечаток на образ мышления как дворянства, так и крестьян. Юридическая незащищенность и невозможность воспользоваться даже теми немногими правами, формально предоставляемыми действовавшим законодательством, приводили к усилению распространения правового нигилизма, причем изначально это явление носило, по видимому, протестный характер.

Это вполне объяснимо с позиций социально-антропологического подхода к праву и с учетом реального положения дел в российском обществе первой половины XIX в. Число образованных людей, формирующих «общественное мнение», было уже достаточно велико по сравнению с петровской эпохой, постоянные культурные связи с Западом наладились весьма прочно, но реальных политических возможностей образованный слой был лишен, что порождало оппозиционность по отношению к властям. По мнению многих исследователей, «одна из важнейших проблем России того времени – вопрос о государственном устройстве, которое не мыслилось без твердого законного основания. В обществе все больше утверждалась мысль о необходимости конституции. Открыто об этом мало кто говорил, но задумывались многие, постепенно склоняясь к ее необходимости, тем более, что на этих позициях определенное время стоял сам император»<sup>899</sup>.

План преобразований, предложенный М.М. Сперанским Александру I, как раз и предполагал введение конституционного правления, основанного на системе разделения властей. Предполагалось и освобождение крестьян, однако, в силу как объективных, так и субъективных причин, ликвидация крепостного права затянулась на несколько десятилетий<sup>900</sup>. Различные секретные комитеты, создаваемые правительством, так и не смогли выработать приемлемое решение этой проблемы. В результате сословная организация общества, отжившая свой век, искусственно сохранялась еще около

---

<sup>897</sup> Карамзин Н.М. Записка о древней и новой России // О древней и новой России. Избранная проза и публицистика. М., 2002. С. 423.

<sup>898</sup> Пахман С.В. История кодификации гражданского права. М., 2004. С. 351–393.

<sup>899</sup> Гросул В.Я. Русское общество XVIII–XIX веков. Традиции и новации. М., 2003. С. 121.

<sup>900</sup> Дунаева Н.В. Крепостничество в истории России как юридическая проблема // Государственная власть и местное самоуправление в России: история и современность: III Международный научный форум. СПб., 2005. С. 190–203.

столетия (до 1917 г.).

Повторимся снова: только наличие достаточно многочисленного слоя собственников ведет к формированию устойчивой правовой системы, основанной на уважении к закону. Господство же патриархальной культуры и соответствующих ценностей практически всегда сопровождается консервативностью общественного развития. Конечно, консерватизм как идейное направление в европейском политико-правовом понимании является одной из основ современного Запада, но в России такой вариант этого течения встречался крайне редко. В первой половине XIX в. либерально-консервативную теорию государства и права разрабатывал М.М. Сперанский. Известный государственный деятель и, пожалуй, первый профессиональный теоретик права (не считая С. Десницкого и А. Куницына) придерживался в большей степени консервативных, чем либеральных воззрений, хотя в ряде аспектов на первый план выходила либеральная составляющая. По его мнению, «право верховное не есть право в обыкновенном смысле; оно есть право Божию милостию, право священное, свыше устроенное, и одно, которое может называться правом естественным. Оно состоит в том единственно, чтобы давать законы, основанные на правде, и управлять по оным без всякого своекорыстия и не ища никаких собственных или отдельных польз; и понеже правда сама в себе беспредельна, так и власть, на ней основанная, беспредельна: иначе право сие не было бы верховным»<sup>901</sup>.

В русле консервативной парадигмы М.М. Сперанский отвергает концепцию естественного права в том смысле, в каком она была сформулирована Б. Спинозой и Д. Локком, ставя на ее место этический детерминант и, отчасти, историзм. Это последнее сближает воззрения М.М. Сперанского с идеями о праве Ф.К. фон Савиньи и в целом с исторической школой права. Хотя, и это обстоятельство необходимо принять во внимание, представители школы естественного права не отказывались от включения нравственности в свои правовые концепции. Так, А.П. Куницын считал, что «главнейшее первоначальное право человека есть право на себя самого, т.е. нравственная возможность располагать самим собою или собственным лицом, поэтому оно называется правом личности, *jus personalitatis*. По силе сего права каждый человек может требовать от других, чтоб его не употребляли как простое орудие или средство для достижения своих целей, но чтобы поступали с ним как с существом разумным, свободною волею одаренным»<sup>902</sup>.

Если же говорить о концепции права М.М. Сперанского, то, действительно, в ней можно обнаружить своеобразный антропологизм, что подтверждается мнениями ряда современных исследователей отечественной правовой мысли. Так, В.И. Морозов полагает, что «М.М. Сперанским был

---

<sup>901</sup> Сперанский М.М. Указ. соч. С. 201.

<sup>902</sup> Куницын А.П. Энциклопедия прав: Изображение системы политических наук. М., 2010. С. 4–5.

воспринят комплекс философско-правовых идей немецкой исторической школы права, поскольку они вписывались в контекст его консервативного мировоззрения. Это является дополнительным аргументом против его традиционной характеристики как либерального. Весьма вероятно также, что критика Сперанским естественно-правовой школы была позаимствована им в том числе и у Савиньи»<sup>903</sup>.

Нужно учесть тот бесспорный факт, что первая половина XIX века в России проходила под знаменем борьбы с идеями Просвещения, к числу которых относилась и теория естественного права. Опасность этой теории для государственной власти (по крайней мере, в царствование Николая I) достаточно ясно осознавалась. Как справедливо констатирует В.А. Томсинов, «усилившееся с восшествием на престол императора Николая I стремление царского правительства переориентировать правоведов на более широкое и глубокое изучение отечественного законодательства вело к утверждению в качестве доминирующего в российской научной юриспруденции метода познания правовых явлений исторического подхода. Юридические науки абстрактно-теоретического характера, к которым относилась в первую очередь наука естественного права, должны были из-за своей оторванности от реальной жизни потерять прежнее значение в юридическом образовании»<sup>904</sup>.

Отметим, разумеется, то обстоятельство, что в консерватизме есть значительный творческий потенциал: это, прежде всего, противостояние излишне поспешным изменениям, выверенность и постепенность реформ. Другое дело – торможение вообще каких-либо изменений, ведущих к общественному застою (в том числе и в правовой сфере). Однако «здорового консерватизма» как раз и не хватало в русском обществе первой половины XIX столетия. Как констатирует известный отечественный культуролог А.С. Ахиезер, «тяготеющая к либерализму система ценностей правящей элиты и система ценностей крестьянства могли сохранять определенную видимость единства в статике. Но любая попытка правящей элиты что-либо существенно изменить выявляла скрытый глубочайший раскол, что внушало страх перед любыми значимыми изменениями»<sup>905</sup>.

Противоречия общественной и правовой жизни России первой половины XIX в., особенно в царствование Николая I, как раз и заключались в том, что либерализм, официально преследуемый, подспудно оказывал определенное позитивное влияние, а практически все крупные представители отечественного консерватизма этого периода, воздействовавшие на общественное мнение и деятельность правительства, призывали к сохранению существующих порядков и не предлагали действенных мер по выводу

---

<sup>903</sup> Морозов В.И. Государственно-правовые взгляды М.М. Сперанского. СПб., 1999. С. 165.

<sup>904</sup> Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России в первой трети XIX века. С. 75–76.

<sup>905</sup> Ахиезер А.С. Россия: критика исторического опыта (социокультурная динамика России). 3-е изд. М., 2008. С. 204.

страны на новый уровень общественного развития<sup>906</sup>. С точки зрения должного, «консервативное видение человеческой природы с его принципом "антропологического пессимизма" занимает некое срединное положение между излишним оптимизмом либеральной антропологии и гипертрофированным коллективизмом леворадикального толка с его полным пренебрежением к интересам личности. В условиях формирования новой эпохи в человеческой истории консервативные мыслители, и европейские, и отечественные, ставили перед собой достаточно серьезную задачу – разработать или даже заново идейно реанимировать незыблемые универсальные принципы общественного порядка, на которых должен стоять мир, одновременно соответствующий природе человека и гарантированный от его слабостей и недостатков»<sup>907</sup>.

Как же сочетался официально консервативный политический курс с развитием теоретической юриспруденции и юридического образования? Прежде всего, XIX столетие, по мнению В.Н. Синюкова, были свойственны две разнонаправленные, но одновременно и переплетающиеся тенденции правового развития.

Во-первых, активно продолжавшаяся рецепция западных (в основном – континентально-европейских) доктрин и принципов права, а также конкретных законоположений.

Во-вторых, «движение к постепенному абсорбированию русской правовой культурой институтов и духа инкорпорированного Россией иностранного права. Происходит явление сложной ассимиляции: сначала соединения, а затем структурного отторжения и вытеснения нормативных основ западно-европейской правовой традиции при сохранении и должном укреплении структур правовой формы и юридической техники. Явление ассимиляции в праве находит выражение в наполнении правосознания законодателя традиционными национальными институтами уголовного, гражданского, семейного, процессуального, менее – государственного права»<sup>908</sup>. Постепенный рост востребованности и значимости права вызывался увеличением управленческого аппарата и попытками власти повысить его профессиональный уровень. В первой половине XIX века возросла численность юридических факультетов и появились специализированные юридические заведения (таковым, в частности, являлось императорское училище правоведения, основанное в 1835 г.)<sup>909</sup>. Эти учебные заведения готовили юристов, прежде всего, для государственной службы, и центральные аппараты ряда министерств уже во многом комплектовались профессиональными правоведами.

Кроме всего прочего, российская правовая система в течение первой половины XIX столетия постепенно стала принимать современный вид

---

<sup>906</sup> Русский консерватизм XIX столетия. Идеология и практика. М., 2000. С. 105–191; Пустарнаков В.Ф. Либерализм в России. Казань, 2002. С. 49–71.

<sup>907</sup> Введение в проблематику российского консерватизма. СПб., 2007. С. 139–140.

<sup>908</sup> Синюков В.Н. Указ. соч. С. 144.

<sup>909</sup> Анненкова Э.А. Императорское училище правоведения. СПб., 2006.

(разделение права на публичное и частное, отраслевое структурирование норм). В 1830-е годы под руководством М.М. Сперанского была осуществлена систематизация русского права. Как отмечает И.А. Исаев, «разработчики Свода отказались от идеи написания нового Уложения, в котором будет произведен полный разрыв со старой установившейся системой права. Напротив, Свод должен был констатировать и зафиксировать реально действующие правовые отношения. Не изобретение новых норм, объединенных в единое уложение (что не исключало, разумеется, и введения в корпус новых норм, соответствующих реальным примерам), а сведение воедино действующих и ранее принятых норм было главной задачей составителей, взявших за образец Кодекс Юстиниана. Этой задаче служила и сама техника составления свода. Разработчики открыто обращались к заимствованию из наиболее современного и пригодного для отечественного потребления иностранного законодательства (французского, прусского, австрийского)»<sup>910</sup>. В 1835 г. был введен в действие Свод законов Российской империи, сохранявший юридическую силу до 1918 г. По своей структуре Свод состоял из восьми отделов, опубликованных в 15 томах:

- Основные государственные законы;
- законы о центральных и местных государственных учреждениях и о государственной службе;
- уставы о повинностях, податях, пошлинах, а также таможенный и лесной уставы;
- нормативные акты, определявшие права и обязанности сословий;
- гражданское законодательство;
- кредитный, торговый, пожарный уставы, а также уставы о казенных селениях и колониях иностранцев в Российской империи;
- устав благочиния (полицейское законодательство);
- уголовное и уголовно-процессуальное законодательство<sup>911</sup>.

Кроме Свода, в хронологическом порядке было создано Полное собрание законов Российской империи в 45 томах. Однако в целом систематизация не была полной. По справедливому суждению ряда современных исследователей русского права, «после подготовки Свода законов М.М. Сперанский планировал приступить к третьему этапу кодификации – составлению уложений, кодексов, которые не только систематизировали бы действующее право, но и позволили бы ввести в законодательство новые нормы права, новые положения, более современные и совершенные. Но этот третий этап систематизации не стал таким же удачным, как первые два. Было подготовлено лишь Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., заменившее Т. XV Свода законов (кн. 1)»<sup>912</sup>.

В контексте рассматриваемой проблематики следует учитывать и то

---

<sup>910</sup> Исаев И.А. Правовая культура России. М., 2009. С. 42.

<sup>911</sup> История отечественного государства и права / под ред. Р.С. Мулукаева. М., 2009. С. 198.

<sup>912</sup> Развитие русского права в первой половине XIX века. М., 1994. С. 35.

обстоятельство, что разработка принципов систематизации и проведение самой работы по «осовремениванию» правовой системы страны проходили после восстания декабристов, сильно напугавшего верховную власть (и лично Николая I) и способствовавшего консервации общественных порядков. Кроме всего прочего, поборники российского самодержавия знали о роли юристов во Французской революции 1789 г., а также крайне негативно воспринимали периодические попытки (того же М.М. Сперанского) заимствовать многие положения ГК Франции 1804 г.

И, наконец, сам объем Свода 1832 г. предполагал необходимость корректировки текста с учетом изменений текущего законодательства. Как отмечает ряд исследователей, «юридическое значение Свода как обязательного текста закона – "положительного закона" по терминологии тех лет – неминуемо требовало выработки определенных методик выявления и преодоления кодификационных ошибок. Именно поэтому вступление Свода в силу было отсрочено на два года. Указанный срок предполагалось использовать для негласного пересмотра и для того, чтобы обнаружить и устранить замеченные противоречия в тексте Свода. Однако данная работа была проведена недостаточно тщательно. Некоторые очевидные погрешности Свода устранялись уже в ходе его применения»<sup>913</sup>.

Если оценивать значение систематизации 1830-х годов в целом, то нельзя не признать того бесспорного факта, что ее осуществление ускорило отраслевую дифференциацию нормативного материала. Пожалуй, наиболее четко этот процесс можно проиллюстрировать на примере гражданского и уголовного права (хотя бы по причине наличия достаточного количества литературы, как дореволюционной, так и современной). Если говорить о становлении гражданского права, то следует согласиться с мнением Г.Ф. Шершеневича о объективной необходимости исторического метода в изучении юриспруденции. Как отмечает известный ученый, «вполне естественно, что вступающая в жизнь русская наука права скоро утомилась повторением идей естественного права, возникшего и развивавшегося на чужой почве, и, не встречая возможности применения их к русскому быту, стала искать чего-нибудь более свежего, способного связать науку с жизнью и сознанием практической пользы возбудить ученый ум. Молодая страна с далеким и темным прошлым составляла благодарную почву для исторических изысканий. Составление Свода Законов и Полного Собрания Законов встряхнуло пыль с исторических памятников и возбудило к исследованию прошлого государственного быта России. Что же удивительного, что и русская юриспруденция поддалась общему научному увлечению?»<sup>914</sup>.

Влияние исторической школы права в этом вопросе несомненно, как и формирование отечественного юридического позитивизма, уделявшего ос-

---

<sup>913</sup> Систематизация законодательства в Российской Федерации / под ред. А.С. Пиголкина. СПб., 2003. С. 283.

<sup>914</sup> Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. С. 50.

новное внимание проблеме толкования норм действовавшего законодательства. Эта сторона цивилистической науки вполне объяснима и закономерна в своем появлении. Практическая возможность пользоваться действующим законодательством предполагает его интерпретацию в зависимости от конкретного содержания спора. Вместе с тем, если мы говорим о становлении гражданского права не только как отрасли законодательства, но и как о науке, тогда необходимо применять самый разнообразный методологический инструментарий, в том числе исторический и сравнительный методы исследования юридических явлений и процессов. Основоположник российского гражданского права Д.И. Мейер вполне обоснованно выделял в науке гражданского права такие элементы, как исторический, догматический и практический. Как отмечал ученый, «в каждой науке есть своя историческая сторона, т.е. указание на постепенное образование усматриваемого явления, так как нет никакого сомнения, что явления возникают не вдруг. Но в некоторых явлениях обстоятельства времени оказывают более влияния, в других – менее: потому в одних науках историческая сторона играет более важную роль, нежели в других. В науке гражданского права, имеющей предметом своим юридические воззрения народа и попытки законодательной власти уловить их, коммунировать, исторический элемент, конечно, должен играть значительную роль»<sup>915</sup>.

Действительно, Д.И. Мейер обращает внимание на примечательный факт: право (в том числе и гражданское) изначально формируется различными социальными группами спонтанно (без участия органов государственной власти, которых может еще и не существовать). С позиций социально-антропологического подхода к праву исторический метод изучения «юридического» должен признаваться одним из ведущих, так как познание сущности того или другого правового института невозможно без обращения к причинам его появления и эволюции на протяжении длительного временного периода. В этом как раз прослеживается непосредственное влияние исторической школы права, воспринятой российскими юристами в конце 1820-х годов и сохранившей свое воздействие до 1918 г.

Если говорить о сравнительном методе изучения гражданского права, то его активное использование также не вызывает никаких недоумений. Российские юристы обучались во многом на западноевропейских материалах и законодательстве, а также проходили стажировку для подготовки к профессорскому званию в ведущих университетах Германии. Это только способствовало проникновению в российское законодательство западных институтов и традиций права, постоянному рецепированию различных законоположений, обогащавших отечественную юридическую науку и практику. В связи с последним Д.И. Мейер отмечал, что «назначение права – иметь приложение к жизни. Это приложение двоякое: или граждане устраивают свои дела сообразно юридическим определениям, или по ним разрешаются возникающие столкновения интересов. Науке приходится по-

---

<sup>915</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 2003. С. 49.

этому относительно каждого учреждения обращать внимание не только на то, каковым представляется оно в положительном законодательстве или в воззрениях народа, но ей следует определить также, в каком виде представляется учреждение, когда призывается к установлению действительности, – сохраняет ли оно свой первоначальный вид, или ему приходится измениться, подчиниться влиянию действительности. Эту-то сторону науки и можно назвать практической»<sup>916</sup>.

Учтем, разумеется, то обстоятельство, что никаких социологических исследований в юридической сфере первой половины XIX в. не проводилось в связи с отсутствием самой социологии как науки, однако, существовало уже значительное количество различных описаний губерний и городов, в которых приводились статистические данные о сословном положении, традициях и обычаях жителей.

Если обращаться к формам российского гражданского права первой половины XIX в., то, следуя типологии, предложенной Д.И. Мейером, начнем с такого явления, как обычное право, широко распространявшегося в крестьянской среде. Д.И. Мейер делает одну существенную оговорку, излагая проблематику правового обычая: последний обладает юридическим содержанием только при наличии следующих условий:

- обычай должен содержать юридические воззрения, порождающие право;
- само юридическое воззрение должно неоднократно проявляться в действительности и использоваться в течение длительного времени;
- проявление юридической сущности обычая должно быть однородным;
- обычай не должен противоречить нравственности<sup>917</sup>.

Таким образом, «обычное право можно определить как юридическое положение, раскрывающееся в неоднократном и однородном применении»<sup>918</sup>. Влияние обычного права на повседневную жизнь людей осуществляется по следующим основным направлениям:

- определение юридических отношений, не сформулированных законодательством и восполнение пробелов;
- толкование закона в случае его двусмысленности;
- отмена закона путем его длительного неупотребления<sup>919</sup>.

Как отмечает Д.И. Мейер, «сила юридического обычая заключается в его существовании: в обычном праве высказывается юридическое воззрение, которому свойственно иметь применение к жизни. И законодательная власть не может прямо устранить действие обычного права. Конечно, если законодательная власть откажет ему в силе, оно не будет иметь применения к случаям, подлежащим рассмотрению органов общественной власти,

---

<sup>916</sup> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 51.

<sup>917</sup> Там же. С. 57.

<sup>918</sup> Там же.

<sup>919</sup> Там же. С. 57–58.

но только к этим случаям. Да притом же обычай так могуществен в юридическом быту, что, пожалуй, выведет из употребления закон, направленный против его применения. Путем обычая юридическое воззрение прокладывает себе дорогу к действительности, особенно на низшей ступени общественного быта»<sup>920</sup>. Это положение вполне объяснимо крайне незначительным влиянием права и науки о праве на повседневную жизнь большинства россиян.

Теоретическая юриспруденция рассматриваемого периода, осваивая категориальный аппарат правовой науки континентальной Европы и изучая историю русского права, еще не предлагала особых мер по укреплению начал законности в стране (хотя бы по цензурным соображениям). Для этого, прежде всего, была необходима гласность.

Также значимым представляется и то обстоятельство, что юриспруденция как вид профессиональной деятельности оставалась занятием узкого круга образованных горожан и не проникла в крестьянский мир, живший традициями и локальными обычаями<sup>921</sup>. В связи с этим Б.Н. Миронов точно подмечает одну характерную деталь: «Понятие общей, абстрактной, формально выраженной правовой нормы в обычном праве было развито весьма слабо: такое понятие противоречило чувству конкретного, характерному для неграмотных и малограмотных людей. Каждый случай имел свое обоснование и специфику, и невозможно было заранее подобрать к нему готовое решение. Поэтому абстрактные, оторванные от конкретных условий правила и принципы в обычном праве не применялись»<sup>922</sup>.

Таким образом, мы сталкиваемся с существованием в России множества правовых порядков и соответствующих практик: городского (основанного на позитивном праве), сельского (использующего неписаное обычное право) и нескольких правовых систем национальных окраин Империи (от шариата в Поволжье и на Северном Кавказе до романо-германского права Польши, Прибалтики и Финляндии). Какого-либо качественного взаимодействия между этими правовыми порядками не наблюдалось.

Основным фактором раздробленности и мозаичности правового пространства страны выступало социально-экономическое неравенство регионов и сохранявшееся крепостничество, порождавшее и консервировавшее локализм мышления и, соответственно, способствовавшее автаркическим настроениям. Замкнутость жизненного пространства сельского жителя, его самодостаточность и стремление выйти из-под контроля центральной власти отмечается многими дореволюционными и современными исследователями. Так, еще в начале XX века крупнейший представитель отечественного юридического позитивизма Г.Ф. Шершеневич констатировал: «... дело, возникшее в крестьянской среде, смотря по подсудности, разрешается

---

<sup>920</sup> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 58.

<sup>921</sup> Ефименко П.С. Народные юридические обычаи крестьян Архангельской губернии. М., 2009.

<sup>922</sup> Миронов Б.Н. Социальная история России периода империи. СПб., 2003. Т. 2. С. 76.

или на основании обычаев, или на основании законов. Неудобство такого положения, устраняющего возможность заранее определить, какого рода нормы будут применены к устанавливаемому отношению, настолько очевидно, что не требует дальнейших пояснений»<sup>923</sup>.

Низкий уровень правосознания населения Империи сохранялся на протяжении всего XIX столетия, но в первой его половине ситуация была более удручающей. Неграмотность сельского населения и незначительное количество образованных горожан не позволяли юридическому образованию проникнуть в «массы» и приблизить их к пониманию действовавшего позитивного права. В значительной степени помехой поступательному движению был дореформенный российский суд, страдавший, по отзывам современников, всеми мыслимыми пороками. Как отмечал Г.Ф. Шершеневич, «до судебной реформы 1864 года теоретическая и практическая юриспруденция шли совершенно обособленно. С одной стороны, теоретическая юриспруденция, предавшаяся сначала естественному праву, а потом глубокой старине, не могла иметь никакого значения для практики. С другой стороны, судебная организация, не требовавшая от судей специального юридического образования, довольствующаяся одним практическим навыком, избегающая гласности, которая всегда вызывает потребность в твердом юридическом обосновании своих требований, вместо хождения по квартирам судей и прибегания к средствам убеждения, не имеющим ничего общего с юридическими доказательствами, – такая организация старых судебных учреждений была мало способна вызвать в судьях интерес к научному правоведению»<sup>924</sup>. Судебная практика поэтому не оказывала какого-либо существенного воздействия на науку гражданского права (и юриспруденцию в целом).

Во многом проблема отсталости российской судебной системы определялась недифференцированностью осуществления правосудия и множественностью промежуточных инстанций. Кроме всего прочего, в Империи отсутствовал Верховный Суд, в котором бы объединялись все формы судебной деятельности (по европейскому образцу). Наконец, отсутствовал такой важнейший элемент осуществления правосудия, как институт адвокатуры, со своими корпоративными правилами и особой этикой. Все это позволило Д.И. Мейеру констатировать тот факт, что «не всегда обстоятельства благоприятны развитию судебных обычаев: для этого нужно состояние судей, юридически образованных и добросовестных, которые имели бы понятие об обычном праве, не считали бы всего, не определенного законом, предоставленным произволу, и не пользовались бы пробелами законодательства для достижения личных целей. Но такова сила юридического воззрения, что и при всех неблагоприятных обстоятельствах оно проникает в действительность путем обычая, и судебная практика всегда служит помощницей законодательству, дополняя его пробелы, точнее оп-

---

<sup>923</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 48.

<sup>924</sup> Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. С. 80.

ределяя применение законов к данным случаям. Со временем законодательная власть может, конечно, обращать и судебные обычаи в законы»<sup>925</sup>.

Наконец, рассмотрим собственно гражданское законодательство как форму действовавшего права. Закон признавался таким правилом поведения субъектов, которое исходило от верховной власти в лице императора. Сами законопроекты (в том числе и в сфере гражданского законодательства) проходили определенные стадии рассмотрения в Государственном Совете или Комитете министров, но всегда подписывались главой государства, за которым оставалось право обнародовать соответствующий закон либо ввести его в действие особым порядком (например, устным повелением). Внешне гражданские законы в России первой половины XIX столетия могли существовать как общие или частные. Общий закон есть юридическое начало, отражающее волю законодателя, обращенную к неопределенному кругу субъектов и включает принципы гражданского права. Общий закон по своей сути близок к кодексу по объему и масштабности правового регулирования.

Частный же закон отражает конкретный случай, определенное обстоятельство, повторяющееся в течение длительного времени. Этих законов существовало бесконечно много, причем они часто противоречили друг другу и общим законам. По глубокому убеждению Д.И. Мейера, «наше гражданское законодательство, хотя и представляет больше общих начал, чем другие части законодательства, но есть по преимуществу законодательство частных случаев, тогда как, например, французское гражданское законодательство по преимуществу – законодательство начал. Такой характер нашего законодательства объясняется тем, что для выражения общих юридических начал необходимо юридическое образование в лицах, составляющих законы, составители же Уложения царя Алексея Михайловича не имели такого образования. Большею частью его статьи начинаются словами "буде", "если", представляют отдельные случаи и дают по ним разрешения. Равным образом и впоследствии законодательная власть большей частью определяла отдельные случаи, по мере того как они возникали в действительности. Сводом всех этих частных определений составилось наше действующее законодательство»<sup>926</sup>.

Говоря о состоянии уголовного законодательства первой половины XIX в. в России, вполне можно проводить аналогию с гражданским правом. Какой-либо систематизации в этой сфере правового регулирования не происходило до принятия в 1845 г. Уложения о наказаниях уголовных и исправительных. Выделение собственно науки уголовного права начинается только в начале рассматриваемого нами периода и осуществляется в русле общей эволюции российской юриспруденции. Как отмечает Г.С. Фельдштейн, характеризуя сущность изменений в уголовном праве России первых трех десятилетий XIX века, «период этот является временем упад-

---

<sup>925</sup> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 60–61.

<sup>926</sup> Там же. С. 62.

ка естественно-правовых учений в области уголовного права, на почве которых созревают постепенно более глубокие и соприкасающиеся с правовой действительностью философские конструкции. Доктрины естественного права все более и более приобретают положительный характер и вымирают, как естественно-правовые и применяющиеся без различия ко всем отраслям права. Созревают вместе с тем условия для обособления уголовно-правовой теории из общей теоретической системы юриспруденции. <...> Переход естественно-правовых учений в общую теорию уголовного права и развитие юридических знаний практического характера делают впервые возможным сближение их, взаимное сплетение и восполнение. В этом периоде возникают, вместе с тем, такие труды по уголовному праву, которые носят следы научной догмы и не ограничиваются, как это было в прошлую эпоху, одной постановкой задачи, но дают наряду с зерном и корнем догмы и живые ростки – самостоятельные научные руководства по положительному уголовному праву»<sup>927</sup>.

Существенной проблемой отечественного уголовного законодательства первой половины XIX в. (до 1845 г.) была его несистематизированность и использование большого количества нормативных актов, принятых в течение длительного исторического периода (Соборное Уложение, Воинский Артикул, Наказ Екатерины II). Эти акты во многом устарели и противоречили друг другу. Осуществление же кодификационных работ время от времени останавливалось, не давая никаких результатов (по крайней мере в царствование Александра I, о чем подробно писал крупнейший специалист в сфере уголовного права Н.С. Таганцев)<sup>928</sup>. Только в царствование Николая I кодификационные работы по упорядочению уголовного законодательства были доведены до логического конца, и в 1845 г. вступило в силу Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. Этот правовой акт уже отвечал современным требованиям юридической техники (на тот период, разумеется) и отличался достаточной четкостью формулировок по сравнению с другими узаконениями, входившими в Свод Законов.

С другой стороны, как убедительно показал Н.С. Таганцев, Уложение о наказаниях не было идеальным. Оно опиралось отчасти на российскую правовую традицию, идущую от Соборного Уложения, а отчасти – восприняло ряд черт уголовного законодательства стран континентальной Европы, т.е. в тексте Уложения о наказаниях соседствовали противоречащие друг другу принципы. Н.С. Таганцев также отмечает и ряд других противоречий и недостатков Уложения, к числу которых относились:

- несовпадения между отдельными главами Уложения и, соответственно, принципами уголовной ответственности и основаниями наступления уголовной ответственности;
- отсутствие строгих критериев различия сроков наказания по конкрет-

---

<sup>927</sup> Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. М., 2003. С. 234–235.

<sup>928</sup> Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть Общая. Т. 1. Тула, 2001. С. 181–187.

ным преступлениям;

- отсутствие единства задач и целей Уложения;
- огромный объем текста Уложения (2203 ст.)<sup>929</sup>.

Кроме всего прочего, по мнению Н.С. Таганцева, «нельзя не посетовать на отношение составителей Уложения 1845 г. к находившемуся в их распоряжении иностранному законодательному материалу: они ограничились по отношению к нему механическим заимствованием, они вносили, большей частью без разбора постановления, которые находили в многообразных немецких кодексах, в законодательстве французском или австрийском, не задумываясь о том, что эти постановления являлись иногда выводами совершенно различных основных положений, что очень часто противоречие между ними было не формальное, а внутреннее, неустранимое путем внешнего сглаживания, они забывали, что нельзя объединять необъединимое»<sup>930</sup>. Во многом указанные недостатки Уложения о наказаниях обусловлены тем печальным обстоятельством, что оно создавалось уже после смерти в 1839 г. М.М. Сперанского, замены которому, увы, не нашлось, что только подтверждает факт слабости отечественной юриспруденции в рассматриваемый нами период.

Если говорить о формах российского уголовного права первой половины XIX столетия, то они не имели существенных различий по сравнению с гражданским правом. Учитывая сосуществование нескольких правовых порядков на территории Империи, значительное место принадлежало обычному праву (под его юрисдикцию подпадали «инородцы» – народы Сибири и Крайнего Севера). Отношение к обычному праву в научной среде дореволюционной России являлось, под несомненным воздействием исторической школы права, вполне терпимым и даже позитивным. Законодательство (Уложение о наказаниях 1845 г.) оговаривает ряд изъятий из общего правила, делая отсылку как раз к нормам обычного права различных народов<sup>931</sup>. Вместе с тем, «влияние народно-правовых воззрений может совершаться двояким путем: или положительно, когда законодатель, принимая какую-либо реформу действующего права, собирает путем научных изысканий или путем правительственных комиссий народно-правовые воззрения, или путем отрицательным, указанием на неприменимость известных правоположений в народной жизни»<sup>932</sup>.

Если говорить о судебной практике как форме уголовного права, то на соответствующий вопрос ответ будет отрицательным. Суд в России всегда выступал лишь в качестве правоприменителя и (в рамках, указанных законом) толкователем тех или иных статей действующих нормативных актов, но не мог восполнить своим решением или приговором существовавшие лакуны и пробелы. Тем более, что в сфере уголовного права аналогия вос-

---

<sup>929</sup> Таганцев Н.С. Указ. соч. Т. 1. С. 194–195.

<sup>930</sup> Там же. С. 195–196.

<sup>931</sup> Там же. С. 121–127.

<sup>932</sup> Там же. С. 128.

принималась крайне отрицательно как практически, так и теоретически. Такое же положение существовало и в отношении доктрины. Например, Н.С. Таганцев придерживался позиции о субсидиарном характере научных разработок в сфере уголовного права. Ученый был убежден в том, что «результаты научной работы не могут быть признаваемы, по крайней мере в области уголовного права, теми юридическими нормами, которыми непосредственно определяется область запрещенного или дозволенного, каким бы научным авторитетом ни пользовался данный исследователь права; современное уголовное право не допускает ссылку на мнение правоискусников как на основу, а не на пособие при установлении ответственности за учиненные деяния»<sup>933</sup>.

Таким образом, основной формой российского уголовного права становится закон. Если кратко охарактеризовать Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., то, прежде всего, обратим внимание на уже упоминавшийся объем данного нормативного акта (2203 статьи в первоначальной редакции). Уложение отличалось казуистичностью изложения нормативного материала и, по мнению современников, неясностью многих формулировок. Система преступлений и наказаний не всегда была логически выверенной. Так, к уголовным наказаниям на основании ст. 19 Уложения относились:

- лишение всех прав состояния и смертная казнь;
- лишение всех прав состояния и ссылка в каторжные работы;
- лишение всех прав состояния и поселение в Сибирь;
- лишение всех прав состояния и поселение за Кавказ<sup>934</sup>.

В свою очередь, исправительные наказания образовывали следующую систему:

- потеря всех особенных прав и преимуществ, как личных, так и словных, и ссылка в Сибирь;
- ссылка в отдаленные губернии либо заключение в рабочий дом;
- временное заключение в крепости с лишением некоторых «особенных» прав и преимуществ или без такового лишения;
- временное заключение в смиренном доме с лишением или без лишения некоторых «особенных» прав и преимуществ;
- временное заключение в тюрьме;
- кратковременный арест;
- выговор в присутствии суда, денежные взыскания<sup>935</sup>.

Лишение «особенных» прав и преимуществ предусматривало следующие запреты:

- вступать в государственную или общественную службу;
- записываться в гильдии или получать какого-либо рода свидетельства

---

<sup>933</sup> Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 129.

<sup>934</sup> Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. // Судебная власть в России. История. Документы в шести томах. Т. 3. От Свода Законов к судебной реформе. М., 2003. С. 94.

<sup>935</sup> Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций. М., 2007. Т. 1. С. 89–90.

на торговлю;

- быть свидетелем при каких-либо договорах и других актах и давать по гражданским делам свидетельские показания;

- быть избранным в третейские судьи;

- быть опекуном или попечителем;

- быть поверенным по чьим-либо делам<sup>936</sup>.

В целом же, несмотря на ряд критических замечаний позднейших исследователей, можно согласиться с А.В. Наумовым в том, что «Уложение было продуктом своего времени. И иным оно не могло быть. И не только в силу "высоких" причин зависимости любого законодательства от исторических и социально-экономических условий, в которых оно принималось <...>. Уложение отражало и уровень юридической, в том числе и уголовно-правовой науки того времени...»<sup>937</sup>.

Повторим вновь: действовавшее законодательство первой половины XIX в. во многом еще формировалось не профессиональными юристами, а чиновничеством, хотя и получившим определенные юридические познания. Количество профессиональных правоведов на государственной службе росло медленно, хотя постепенно число последних увеличивалось, и положение с восприятием права в бюрократической среде изменялось к лучшему. Определенные сдвиги произошли вместе со сменой императора. Как отмечает известный исследователь Р. Уортман, «там, где Александр ценил форму, его брат Николай ценил содержание. Николай подчеркивал святость права и твердил об обязанности его исполнять. Как ответ на эту переориентацию правительственного курса появляется "этико-правовой" тип чиновника. В николаевское царствование бюрократы-дворяне стали находить в службе в управлении юстиции достойное, полновесное исполнение дворянских обязанностей. Они оценили нужность и важность юридической профессии, и многие обучались юриспруденции. Их преданность своему делу произрастала из вновь пришедшего сознания, что служба лично значима для них. Они обнаружили в службе жизненное призвание»<sup>938</sup>. Это – одна сторона явления.

Другая сторона проявилась в том, что сама система самодержавной власти не могла способствовать укоренению уважения к праву. Количество образованных чиновников в общей массе управленцев не превышало 10–15% (большинство из них – дворяне, имевшие свободный доступ к университетскому образованию). Известный советский историк П.А. Зайончковский, анализируя эпоху Николая I и характеризуя личность самого императора, пришел к такому выводу: «Собственно понятие "право" для него, особенно в последние годы его жизни, не существовало, в силу чего самодержавие в этот период приближается к деспотии. Николай I, особенно во

---

<sup>936</sup> Наумов А.В. Указ. соч. С. 90.

<sup>937</sup> Там же. С. 108.

<sup>938</sup> Уортман Р. Властители и судии. Развитие правового сознания в императорской России. М., 2004. С. 182–183.

второй половине своего царствования, был нетерпим к чужим мнениям, собственные суждения представлялись ему истиной в последней инстанции, а иные точки зрения рассматривались как проявление крамолы в различных ее видах»<sup>939</sup>.

С точки зрения социально-антропологического подхода к праву, первая половина XIX в. оказывается временем накопления общественных сил для будущего рывка вперед. Зреющие силы нового правопонимания пробивали себе дорогу крайне медленно, учитывая отсутствие гласности и возможности свободного обсуждения назревших проблем. Под воздействием революционных событий 1848 г. в Европе из числа обязательных дисциплин юридических факультетов было исключено государственное право зарубежных стран<sup>940</sup>. Следует, видимо, признать верной позицию тех исследователей, которые отмечают теснейшую связь между властью и правом в России. Так, И.Ю. Алексеева справедливо полагает: «Одна из главных закономерностей процесса исторического развития российской юриспруденции состоит в ведущей роли в нем государственной власти. Именно самодержавие выступало в качестве основного орудия тех преобразований, которые совершались в юридической сфере жизни русского общества и которые ознаменовали собой возникновение в России теоретического правоведения»<sup>941</sup>.

Таким образом, юриспруденция, с одной стороны, накрепко привязанная к власти, так или иначе подстраивалась под ее требования и интересы, но с другой – подспудно накапливала духовный потенциал для грядущего прорыва вперед. Этому будущему расцвету способствовала система воспитания и, отчасти, образования юристов, живших в николаевскую эпоху и реализовавших многие свои таланты не в профессии, а в литературе и искусстве. Внутренний облик такого юриста оказывался весьма примечательным. Р. Уортман отмечает: «Молодой служитель правосудия при Николае был идеалистом по философским убеждениям, романтиком по литературным вкусам, был склонен к возвеличиванию юриспруденции, плохо сочетавшемуся с существующей системой правосудия. Он начинал размышлять над проектами такого преобразования системы, которое бы закрепило за профессией юриста должный престиж и влияние. Таким образом, внедрив в России принцип юридической специализации, Николай способствовал распространению идеи о высоком призвании служителя правосудия. Тем самым он непреднамеренно посеял семена, которые дадут росток новой системы правосудия»<sup>942</sup>.

На этом фоне во второй половине XIX столетия начались Великие реформы, связанные с именем Александра II. Для России это было время на-

---

<sup>939</sup> Зайончковский П.А. Правительственный аппарат самодержавной России в XIX в. С. 106.

<sup>940</sup> Волосникова Л.М., Чеботарев Г.Н. Правовой статус университетов: история и современность. М., 2007. С. 85.

<sup>941</sup> Алексеева И.Ю. Развитие юридического образования в России. С. 29.

<sup>942</sup> Уортман Р. Властители и судии. С. 184.

дежд и разочарований. Отмена крепостного права была встречена обществом с воодушевлением. Ряд образованных дворян добровольно отдал землю крестьянам и шел в мировые посредники, на плечи которых ложился тяжкий груз межевания земли. Сама атмосфера в стране способствовала реформаторам. Конечно, их круг вновь (как и в начале века) был крайне невелик, включая в себя, помимо самого императора Александра II, некоторое количество молодых чиновников различных ведомств, получивших прекрасное образование (в том числе и юридическое). По мнению ряда современных исследователей, «эти чиновники, реально работавшие в министерствах в николаевскую эпоху, и составили в новое царствование то звено, которое смогло осуществить переход деятельности центральных, да и высших государственных учреждений к новой политике»<sup>943</sup>.

Многие чиновники были выпускниками Императорского училища правоведения. Открытое в 1835 г., училище дало стране значительное количество квалифицированных юристов во всех областях права. К концу царствования Николая I в целом ряде министерств (морском, юстиции) доля правоведов в среднем звене управления оказалась весьма высокой (до 40%). Именно профессиональные юристы активно формировали на государственной службе особый «этнос права». Как отмечает Р. Уортман, «правоведы привнесли в российскую юстицию идею чести. Благодаря им в России сложилось представление о высоконравственном служителе правосудия. Их чувство избранности и морального превосходства подрывало рутину и старые приемы канцелярского делопроизводства»<sup>944</sup>.

В принципе, деятельность профессиональных юристов в системе имперской бюрократии постепенно привела к более упорядоченному функционированию учреждений. Волонтаристские действия высших чиновников постепенно уступали место формализованному порядку, а вера в торжество закона способствовала уменьшению коррумпированности и некомпетентности государственных служащих.

Наибольшую общественную поддержку встретила судебная реформа, интересующая нас с точки зрения формирования нового правосознания. Эта реформа привела к возникновению всесловного суда, перед которым оказывались равны выходцы из различных по своему правовому статусу социальных групп населения. Следовательно, внедрялся принцип равенства перед законом.

Судебная реформа 1864 г. во многом и была встречена с энтузиазмом образованной частью общества, потому что в ней видели торжество справедливости и победу цивилизованности над варварством. Значительная роль в этом процессе принадлежала профессиональным юристам, готовившим соответствующие законопроекты. Исследователи фиксируют тот факт, что «университетские выпускники внедрились в систему правосудия новый элемент – веру в интеллектуальное достоинство закона. Если право-

---

<sup>943</sup> Власть и реформы. От самодержавной к советской России. СПб., 1996. С. 287–288.

<sup>944</sup> Уортман Р. Указ. соч. С. 373.

веды были первыми, кто открыл в правосудии личный этический идеал, то выпускники университетов видели в нем скорее отрасль науки – особый метод организации мышления и жизни, требующий полной самоотдачи»<sup>945</sup>.

Многие государственные чиновники после утверждения Судебных уставов резко изменили род своих занятий и перешли в органы юстиции и адвокатуру. И.В. Гессен в связи с подобной практикой отмечал: «Героический момент, вызванный осуществлением Судебных Уставов, оказал, бесспорно, самое решительное влияние на судьбы нашей адвокатуры. Он дал первый сильный толчок, определивший направление, по которому двинулось развитие сословной жизни»<sup>946</sup>.

Формирование корпоративных организаций юристов способствовало росту правосознания части общества и на некоторое время задержало усиление нигилистических настроений (к сожалению, в исторической перспективе – ненадолго). Организация адвокатуры опиралась на либеральные принципы. Как констатирует Ю.И. Стецовский, исследовавший генезис российской адвокатуры, «совет присяжных поверенных избирался в округе судебной палаты. Совет ведал приемом в адвокатуру и наказывал за нарушение профессиональных правил. Советы поддерживали авторитет своей корпорации и пользовались правом отказывать в приеме тем, кто хотя и удовлетворял формальным требованиям (образование, стаж), но определенный факт не внушал доверия к просителю, свидетельствовал о его нравственной непригодности. Советы были полновластными демократическими органами сословия, их состав ежегодно обновлялся, председателями советов обычно избирались самые принципиальные и авторитетные адвокаты»<sup>947</sup>.

Кроме адвокатуры, деятельность которой усиливала правовые основы государственности и формирующегося гражданского общества, значимым являлся и суд присяжных, приучавший население к открытости процесса и ответственности самих присяжных за принимаемые решения. Постепенный переход от традиционного общества к современному (индустриальному) практически во всех странах ведет к повышению роли правовых регуляторов общественных отношений. Человек под воздействием усложнений жизни выходит за пределы локального, привычного мира и традиционные ценности уже не могут выполнять функции амортизатора в конфликтных ситуациях. Совершенно верным поэтому является суждение о том, что «право в повседневном обиходе есть прежде всего совокупность правил справедливого (главным образом возмещающего и примиряющего) назначения, благодаря которым права и обязанности сограждан обретают определенность и становятся приемлемым и в определенной степени доступ-

---

<sup>945</sup> Уортман Р. Властители и судии. С. 374.

<sup>946</sup> Гессен И.В. Адвокатура, общество и государство (1864–1914) // История русской адвокатуры. Т. 1. М., 1997. С. 121.

<sup>947</sup> Стецовский Ю.И. Становление адвокатуры в России. М., 2010. С. 28.

ным кодексом поведения. Право делает предсказуемым (и в этом смысле традиционным) поведение сограждан в различных конфликтных ситуациях правового характера»<sup>948</sup>. Суд как орган, где действие права проявляется со всей возможной открытостью, как раз и должен был стать «школой воспитания» новой правовой культуры.

Русское либеральное движение на всем протяжении своего существования активно поддерживало идею независимого суда, противостоящего (насколько позволяли условия места и времени) административному произволу императорской власти. В течение нескольких десятилетий после проведения реформы судопроизводства сложилось судейское сообщество, получившее определенное общественное признание, позволившее сохранить до 1917 г. несменяемость судей, попытки отменить которую власть предпринимала не единожды. Как отмечал Г. Джаншиев, «с понятным любопытством и затаенным вниманием следило правительство и печать за тогдашними процессами. Залы судебных заседаний в столицах и в провинции ломались от напора слушателей, жаждавших посмотреть на новую обстановку и формы гласного и человеческого суда. Каждая новая прокурорская и адвокатская речь составляла событие дня. Все газеты того времени переполнялись судебными отчетами»<sup>949</sup>.

Состязательность процесса, равенство сторон перед законом и судом позволили наглядно показать пользу разрешения конфликтов правовыми средствами. Не случаен поэтому и тот факт, что общество, в котором население доверяет суду, в правовом отношении развито несоизмеримо выше, чем то, в котором судья является лишь выразителем интересов государства. Как образно говорил А.Ф. Кони, «доверие к судье есть необходимое условие его деятельности. Он не стоит к уголовному законодательству в положении приказчика, со стороны которого можно опасаться растраты хозяйского добра. Он живой и самостоятельный выразитель целей законодателя в приложении их к явлениям повседневной жизни. Между указаниями его совести и произволом есть огромная разница»<sup>950</sup>.

Правосудие, руководствующееся принципом равенства, и действенная юридическая защита личности могли бы стать наиболее значимыми достижениями судебной реформы 1864 г., по праву считающейся наиболее либеральной и последовательной. Несмотря на значительную нехватку кадров, осуществление реформы не было остановлено. Определенные консервативные круги в период подготовки нормативной базы судебной реформы предрекали ее неудачу и говорили о несвоевременности ее осуществления. Однако само правительство опровергло подобные суждения, приведя данные о количестве дипломированных юристов в Империи за 40 лет (1822–1862). Таковых оказалось более 5 тысяч. Следовательно, как верно отмечали сторонники изменений, «если настоящее время признать

---

<sup>948</sup> Политико-правовые ценности: история и современность. М., 2000. С. 71.

<sup>949</sup> Джаншиев Г. Эпоха Великих реформ. 8-е изд. М., 1900. С. 426.

<sup>950</sup> Кони А.Ф. Избранные произведения. В 2-х т. М., 1958. Т. 1. С. 43.

неудобным за недостатком юристов для судебной реформы, то, спрашивается, когда же они будут и когда их будет достаточно? Противники и скептики судебной реформы, конечно, не ограничиваются числом юристов, но имеют претензию на то, чтобы юристы знали и теорию, и практику, и при том практику по новому устройству. Но теория юристов приобретает в высших учебных заведениях, а практика в судах, следовательно, пока нет у нас публичных и гласных судов, не может быть и опытных практиков юристов для дел, решаемых в этих судах»<sup>951</sup>.

История, к сожалению, рассудила по своему и привела императорскую Россию к катастрофе, не последней причиной которой было неприятие права значительной частью населения (особенно сельского). Это неприятие основывалось на таких факторах, как массовая неграмотность и деструктивная деятельность небольшой социальной группы разночинной интеллигенции. Именно эта группа объявила себя единственным выразителем подлинных интересов крестьянства, которое составляло 90% населения России.

Народники (так именовала себя эта группа радикалов) по своей сущности представляли собой революционное направление в политическом спектре России (оборотной стороной его была консервативная по результатам попытка затормозить капиталистическое развитие страны). Само появление этой группы можно увязать со спецификой политической системы Империи, не могущей найти большинству интеллектуалов достойного места в социальной иерархии. Кроме того, радикализм части образованных кругов подпитывался западным влиянием (революции 1830 и 1848 гг.).

Отношение радикалов к праву и законности можно свести к одному: полному отрицанию их позитивной значимости. Подобное положение дел, с позиций социально-антропологического подхода к праву, вполне объяснимо. По верному замечанию А.Д. Поповой, «правосознание дореформенной России в целом можно охарактеризовать как патриархальное. "Великие реформы" дали очень серьезный толчок для постепенного перерастания его в гражданское. Особенно было велико влияние судебной реформы. Естественно, перерастание патриархального правосознания в гражданское происходило медленно и постепенно. Практически этот процесс не завершен и в наши дни»<sup>952</sup>. Именно господство патриархального сознания и породило стремление народников подстроиться под него и осуществить революцию, не считаясь ни с какими жертвами (жертвенность и бескорыстие самих радикалов этой эпохи сомнению не подлежит). Самих радикалов в общей массе интеллигенции было немного (около 5%), но их идейное влияние являлось несоразмерно высоким. Для многих вполне лояльно на-

---

<sup>951</sup> Достаточно ли у нас число образованных людей для осуществления судебной реформы? // Судебная власть в России. История. Документы. В 6-ти т. / под ред. О.Е. Кутафина, В.М. Лебедева, Г.Ю. Семигина. Т. 3. От Свода законов к судебной реформе 1864 г. М., 2003. С. 510.

<sup>952</sup> Попова А.Д. «Правда и милость да царствуют в судах» (из истории реализации судебной реформы 1864г.). Рязань, 2005. С. 191.

строенных интеллектуалов было «просто неприлично» выглядеть консерваторами и приходилось публично демонстрировать свою «прогрессивность».

Деятельность радикалов развертывалась на фоне неудовлетворенности результатами крестьянской реформы 1861 г. Согласно Н.М. Азаркину, «никчемность результатов реформы, исчерпавшей потенциал правительства, по мнению народников, должна была привести к тому, что сам народ начнет добиваться осуществления своих прав. В условиях самодержавия единственное средство, к которому он может прибегнуть – революция. Крестьянская революция, призванная дать народу землю, подлинную свободу и посредством укрепления общинных традиций не допустить развития в России капиталистических отношений, стала целью народников»<sup>953</sup>.

Радикализм народников, кроме всего прочего, вызывался неспособностью правящего слоя найти оптимальный вариант общественного развития. Революционные идеи, нашедшие в России поддержку ряда представителей образованного слоя, опирались на нигилистическое отношение к существовавшему строю и желание во что бы то ни стало осчастливить «народ», своеобразный культ которого сложился еще в 40-е годы XIX века (его последствия стране пришлось пожинать в 1917 г.). Этот культ носил, разумеется, идеализированный и мифологизированный характер и не имел никакого отношения к действительной жизни сельского населения. Локализм крестьянского «мира», его обособленность от «большого общества», делали во многом бессмысленной революционную пропаганду (красноречивый факт: несколько тысяч экзальтированных молодых людей и девушек из хороших семей, пошедших «в народ» в середине 1860-х гг., были этим самым народом восприняты как чужаки и возмутители спокойствия и выданы властям. Это как раз является показателем устойчивости патриархального сознания и силы традиционализма). Широкой поддержки в крестьянском «мире» у революционеров еще не было, как и массовой социальной базы (в основном народники вышли из образованных городских кругов дворянства и разночинной интеллигенции, а также духовенства).

Кроме того, специфика российских реформ заключалась в том, что в них значительная часть населения выступала не в качестве субъекта, а являлась объектом правительственных мероприятий (в том числе и в юридической сфере). В частности, «выступив против крепостного права, государство объективно стало носителем социального прогресса в модернизирующемся обществе. При этом оно не располагало, в сущности, поддержкой народных масс, в том числе и крестьянства, стоявшего вне политики. В то же время государство вынуждено было считаться с оппозицией дворянства, на экономические и социальные интересы которого оно покушалось»<sup>954</sup>.

---

<sup>953</sup> Азаркин Н.М. История юридической мысли России. С. 342.

<sup>954</sup> Кулешов С.В., Медушевский А.Н. Россия в системе мировой цивилизации. М., 2005. С. 265.

Борьба реформаторов с консервативными силами (часто изнурительная и бесплодная) и породила радикализм у части общества. Современные исследователи, в отличие от дореволюционных авторов и советских обществоведов, дают весьма жесткую и во многом справедливую оценку радикальной интеллигенции. Так, М.М. Литвак выделяет свойственный ей «негативный комплекс: безбожие при бессознательной религиозности, в основе которой жажда справедливости, сведенная к уравнительности. Приоритет распределения перед производством, общественного перед личным. Предрасположение к мифотворчеству. Внутреннее рабство как отсутствие личной ответственности. Неуважение к праву. Склонность к разрушению»<sup>955</sup>.

Кроме всего прочего, политический радикализм в России связан и со слабым развитием права собственности, о чем мы уже не раз упоминали. Уважение к личности практически всегда связано с ее устойчивым имущественным положением в социуме, мерой ее свободы в нем. По сравнению со странами Запада, Россия, разумеется, государство неправовое и даже, к сожалению, антиправовое, что подтверждается ростом нигилистических настроений, начиная с деятельности «Народной воли».

Примем во внимание и то обстоятельство, что, как верно отмечает М.В. Власова, «в России, в отличие от Западной Европы, богатство и частная собственность никогда не поощрялись церковью. Поэтому России всегда были свойственны две другие формы собственности: государственная (казенная) и общинная (общественная), а частная была как бы вторична, в значительно меньшем объеме. Поэтому в российском законодательстве до второй половины XIX века не было даже определений и понятий артели, компании, союза, пассивного владения и только во второй половине началась юридическая проработка этих вопросов. Но, несмотря на это, форма индивидуальной (частной) собственности и впоследствии не получила детального развития в законодательстве. Не были определены полномочия собственника с точки зрения смежных прав, объекта собственности, способов приобретения и укрепления (защиты) собственности»<sup>956</sup>.

В советский период нашей истории принято было совершенно некритически излагать политические устремления радикальной интеллигенции XIX в. Например, официальная позиция сводилась к тому, что «общественно-политические воззрения русских революционных демократов явились теоретическим выражением кровных интересов и чаяний крестьянства, искавшего путь своего освобождения из-под невыносимого ига феодально-крепостнических порядков, господствовавших в России. Это была идеология крестьянской, демократической революции, требовавшая мобилизации сил для свержения феодально-абсолютистского строя»<sup>957</sup>. К ре-

<sup>955</sup> Литвак М.М. Интеллигенция и мифотворчество. СПб., 2000. С. 17.

<sup>956</sup> Власова М.В. Право собственности в России: возникновение, юридическое содержание, пути развития. 2-е изд. М., 2007. С. 80–81.

<sup>957</sup> История политических учений / под ред. С.Ф. Кечекьяна, Г.И. Федькина. М., 1955. С. 482–483.

альному положению дел в политико-правовой сфере России подобные рассуждения не имели никакого отношения. Неграмотное крестьянство стремилось сохранить максимально возможное количество земли, а при первой возможности и увеличить свой надел. Собственнические чувства никуда не исчезли после 1861 г., даже наоборот, усиливались в связи с новым правовым статусом крестьян.

Современники рассматриваемой нами эпохи высказывали гораздо более глубокие мысли о причинах несопоставимости социально-политических и правовых систем Запада и России. Представители либерального направления (К.Д. Кавелин, Б.Н. Чичерин), отрицавшие одновременно как анархизм, так и деспотизм, предлагали разрешение противоречий путем движения к правовому государству и общей демократизации страны. Так, К.Д. Кавелин, с мнением которого мы вполне согласны, исходил из того обстоятельства, что «в основание европейской общественности легла сильно развитая личность. Личная независимость, личная свобода, возможно – нестесненная, всегда были исходной точкой и идеалом в Европе. Весь ее гражданский и политический быт, сверху до низу, был построен на договорах, на системе взаимного уравнивания прав. Европа долго боролась, прошла через целый ряд глубоких потрясений, прежде чем ей наконец удалось справиться с разрозненностью и замкнутостью враждебных друг другу союзов, ввести их в некоторые границы и подчинить условиям правильно организованного государства»<sup>958</sup>.

В России же существенным препятствием для поступательного развития страны являлось архаическое состояние правовой системы. В Империи отсутствовала конституция и кодифицированные отраслевые нормативные акты (кроме Уголовного Уложения 1845 г.). Действовавший с 1832 г. Свод Законов, созданный не по правилам кодификации, а, скорее, как консолидированный законодательный массив, был во многих отношениях непригоден для практического использования. Правительство, опасаясь неконтролируемого процесса распада самодержавной модели властвования, всячески тормозило создание более современного механизма правового регулирования общественных отношений. По верному суждению Е.А. Правиловой, исследовавшей процесс становления административной юстиции в России, «законодательство характеризовалось неопределенностью смысла правовых норм, излишней подробностью в некоторых деталях и в то же время правовым вакуумом в важнейших областях управления, обилием отсылочных положений и главное, отсутствием точных критериев закона и административного распоряжения. Эти качества правовой основы управления предоставляли администрации широчайшую свободу усмотрения»<sup>959</sup>.

Конечно, концепция реформ 1860–1870 гг. во многом носила эклектич-

---

<sup>958</sup> Кавелин К.Д. Наш умственный строй. М., 1989. С. 311.

<sup>959</sup> Правилова Е.А. Законность и права личности: административная юстиция в России (вторая половина XIX – октябрь 1917 г.). СПб., 2000. С. 47.

ный характер и вырабатывалась под воздействием происходивших общественных изменений, а не имела «сквозной» идеологической выверенности. Связано это было не в последнюю очередь с тем, что к разработке тех или иных законопроектов в недостаточной мере привлекали профессиональных юристов, хотя во второй половине XIX столетия отечественная юриспруденция была уже представлена достаточным количеством блестящих ученых (К.Д. Кавелин, А.Д. Градовский, С.А. Муромцев, Б.Н. Чичерин и др.), могущих осуществлять качественные исследования. Так, А.Д. Градовский, в духе господствовавшей позитивистской юриспруденции в правовой науке, достаточно четко и ясно дал доктринальное определение закона, под которым исследователь понимал «общее правило, устанавливаемое верховной властью, определяющее ряд однородных отношений и служащее основанием для разрешения конкретных случаев в судебной и административной практике»<sup>960</sup>.

Основными признаками закона, по мысли А.Д. Градовского, выступают:

- норма правоотношений (установление прав и обязанностей);
- мера свободы, принадлежащей каждому лицу в обществе;
- граница власти государства над отдельной личностью и обществом в целом<sup>961</sup>.

Однако формулировки А.Д. Градовского и других правоведов дореволюционной России носили сугубо доктринальный, либо учебный характер и не становились основой действующего законодательства. Так, в разделе VIII Свода Основных государственных законов легальное определение закона отсутствовало<sup>962</sup>. Практика, к сожалению, шла по иному пути, предоставляя администрации возможность корректировать законы и иные нормативные акты по собственному усмотрению. Подобное положение дел позволило П.М. Майкову выделить следующие направления административного усмотрения:

- объяснения и дополнения узаконений подробными правилами и издание к ним инструкций;
- установление правил, определяющих внутренний распорядок и делопроизводство в присутственных местах;
- определение инструкций в финансовой сфере;
- установление правил управления;
- издание инструкций, определяющих права и обязанности подведомственных учреждений и должностных лиц;
- утверждение положений и уставов нижестоящих и подведомственных учреждений<sup>963</sup>.

---

<sup>960</sup> Градовский А.Д. Начала русского государственного права. В 2-х т. М., 2006. Т. 1. С. 9–10.

<sup>961</sup> Там же. С. 10.

<sup>962</sup> Конституционное право России. Хрестоматия / сост. А.П. Угроватов. Новосибирск, 2000. С. 261.

<sup>963</sup> Майков П.М. О Своде Законов Российской империи. М., 2006. С. 219–220.

Тем не менее, в результате проведения судебной реформы были введены определенные гарантии правосудия, в том числе и в отношении административного усмотрения. Уставом уголовного судопроизводства, утвержденным Александром II 20 ноября 1864 г., в статьях 1, 8, 9, 12 и 14 закрепились принципы уголовной ответственности, практически идентичные современным<sup>964</sup>. Однако, и это характерный штрих эпохи, привлечение к уголовной ответственности должностных лиц администрации допускалось только с согласия вышестоящего начальства<sup>965</sup>. Следовательно, чем выше было положение чиновника в иерархической системе, тем меньшей была вероятность наступления ответственности. У этого законоположения нашлись влиятельные и авторитетные защитники, такие, как, например, К.П. Победоносцев, участвовавший в процессе подготовки и проведения судебной реформы. По его мысли, «отделение административной власти от судебной, положенное в основу судебного преобразования, было признано необходимым не только в том смысле, чтобы административные чины не вмешивались в дела судебные, но и для того, чтобы судебные чины, со своей стороны, не дозволяли себе вмешательства в дела административные. Следуя этому основному началу, очевидно, невозможно облечь прокурорский надзор бесконтрольным правом, по личному его усмотрению, привлекать к ответственности лиц административных ведомств. С другой стороны, предоставлению прокурорскому надзору такого права совершенно несовместимо с достоинством административной власти, которая была бы поставлена под контроль прокурорского надзора»<sup>966</sup>. Перед нами мнение одного из образованнейших людей эпохи, блестящего юриста. Этот факт, бесспорно, показывает реальный уровень правосознания в императорской России, причем не в народной среде, а в кругах высшей бюрократии.

Идея о разделении властей очень медленно проникала в сознание образованного чиновничества и, во многом, оставалась умозрительной. Право продолжало восприниматься многими как чисто служебное приспособление для реализации власти. Административный произвол продолжал играть значительную роль в системе управления.

Тем не менее, осуществление судебной реформы повысило статус прокуратуры как органа, надзирающего за законностью. Как отмечает в связи с этим С.М. Казанцев, «в пореформенный период у прокуроров появилось, наконец, "свое", настоящее, живое дело, успешно заниматься которым можно было, если уж не отдаваясь ему всей душой, то, по крайней мере, добросовестно. Стало формироваться новое поколение прокурорского надзора, которое было лишено основных пороков своих предшественников: взяточничества, некомпетентности и безответственности»<sup>967</sup>.

<sup>964</sup> Российское законодательство X–XX веков. Т. 8. Судебная реформа. М., 1991. С. 120–121.

<sup>965</sup> Там же. С. 227–228.

<sup>966</sup> Победоносцев К.П. Сочинения. СПб., 1996. С. 128.

<sup>967</sup> Казанцев С.М. История царской прокуратуры. СПб., 1993. С. 154.

В контексте рассматриваемой нами проблематики следует принять во внимание тот факт, что именно вторая половина XIX столетия существенно ускорила развитие страны по капиталистическому пути, а значит – объективно способствовала повышению роли юридических учреждений и общественных организаций. В принципе, можно согласиться с С.И. Глушковой в том, что «эпоха реформ Александра II может быть названа <...> периодом радикального либерализма (включавшим в себя как движение и земский либерализм), ибо преобразования радикальным образом пронизывали все сферы жизни общества: образовательную, экономическую, военную, самоуправления, судебную. Радикальный либерализм передался от организаторов реформ к их исполнителям: земцам, присяжным, адвокатам, представителям местного самоуправления. Именно с появлением адвокатуры в России стала реальна свобода слова, которая хотя и была ограниченной привилегией, но в то же время стала открытием и достоянием общества. А с введением суда присяжных представители общественности впервые взяли на себя властные полномочия решать: виновен или нет; и груз такой ответственности коренным образом изменял менталитет народа»<sup>968</sup>.

Сама по себе судебная реформа, в силу логики вещей, укрепляла либеральное правопонимание и вела к укоренению в общественном сознании представления о суде как месте цивилизованного разрешения споров. Независимый от администрации суд при определенных благоприятных обстоятельствах может и должен стать проводником либерального правопонимания, основанного на уважении к человеческой личности и ее права на защиту от любого рода преступных посягательств, в том числе и со стороны самой государственной власти.

Исходя из российских реалий, ожидать быстрого результата от судебной реформы было сложно. Всесловный суд просуществовал исторически очень недолго – чуть больше полстолетия. Кроме того, «сохранились духовный суд (консистерия) по делам духовным и военные суды для военных. Высших царских чиновников – членов Государственного совета, сенаторов, министров, генералов – судили особым Верховным уголовным судом. Еще положением 19 февраля 1861 г. в деревне был введен и сохранялся сословный крестьянский суд, который судил крестьян по мелким гражданским и уголовным делам на основе крестьянского права, а не государственных законов»<sup>969</sup>. Таким образом, из общей юрисдикции были изъяты значительные социальные и профессиональные группы. Обособленные крестьянские суды, как уже отмечалось выше, опирались на обычное право, носившее локальный характер и неподдающиеся кодификации. Правопонимание крестьян, как мы уже не раз отмечали, практически не

---

<sup>968</sup> Глушкова С.И. Проблема правового идеала в русском либерализме. Екатеринбург, 2001. С. 95–96.

<sup>969</sup> Краснов Ю.К. Государственное право России. История и современность. М., 2002. С. 577.

имело точек соприкосновения с городским правом (хотя бы в силу значительного количества неграмотных в сельской местности).

Юрисдикция же церковного суда также была достаточно широкой и включала в себя, по подсчетам А.С. Павлова, девять составов преступлений<sup>970</sup>. В качестве наказания за совершение этих преступлений миряне подлежали церковному покаянию. Кроме того, церковные суды активно влияли на развитие и состояние семейно-брачных отношений<sup>971</sup>.

Оценивая деятельность пореформенного суда, П.И. Люблинский отмечал: «Общественные гарантии в связи с независимостью суда должны были укрепить в населении уважение к суду и сделать судебную власть авторитетным посредником между населением и властью. Наряду с этим должно поставить и начало непосредственности в деятельности суда, в силу которого между судом, с одной стороны и сторонами, свидетелями, экспертами, с другой не должно было стоять каких-либо посредников. Суд путем живого слова знакомился с заявлениями, ходатайствами, показаниями участвующих в деле лиц, перед ним были все время не мертвые груды бумаг, а живые лица, борющиеся за свои права»<sup>972</sup>.

Коллегии присяжных заседателей, созданные согласно новым узаконениям, формировались из представителей всех сословий, что дало повод многим консервативно настроенным современникам говорить о «суде улицы». На деле же все было не столь однозначно. Не имея специального юридического образования, присяжные были обязаны исходить из здравого смысла, не выходящего за рамки рассматриваемого дела. Как справедливо заметил А.Ф. Кони, «те, кто разделял трудные судебские обязанности с присяжными, знают, что последние служат не представителями мимолетного мнения плохо осведомленной массы, а являются выразителями общественной совести, веления которой коренятся в глубине правового мирозерцания народа и в каждом случае применяются к оценке совокупности всех обстоятельств дела»<sup>973</sup>. Несмотря на попытки создания вокруг новых судебных учреждений негативной атмосферы, суду присяжных удалось на всем протяжении своего существования (недолгого по историческим меркам) сохранить репутацию неподкупного и справедливого, показателем чего служили политические процессы 1870-х гг.

Вопреки негативному отношению к новому суду ведущих идеологов эпохи «контрреформ» (М.Н. Катков, К.П. Победоносцев), самодержавная власть не рискнула пойти на отмену принципа несменяемости судей – краеугольного камня независимости судебной власти. Этот факт признавался и представителями советской юридической науки, несмотря на ее повышенный идеологизированный характер. По словам М.А. Чельцова-

---

<sup>970</sup> Павлов А.С. Курс церковного права. СПб., 2002. С. 293–294.

<sup>971</sup> Дорская А.А. Государственное и церковное право Российской империи: проблемы взаимодействия и взаимовлияния. СПб., 2004.

<sup>972</sup> Люблинский П.И. Суд и права личности // Суд и права личности: сб. статей / под ред. Н.В. Давыдова, Н.Н.Полянского. М., 2005. С. 47.

<sup>973</sup> Кони А.Ф. Указ. соч. Т. 1. С. 37.

Бебутова, «судебные уставы разрешили вопрос о несменяемости судей в духе буржуазных принципов организации суда, принятых в ряде государств Западной Европы. Статья 243 Учреждения судебных установлений широко формулировала несменяемость судей, запрещая не только увольнение без разрешения председателей, товарищей председателей и членов судебных мест, в том числе и судебных следователей, но и перевод их из одной местности в другую без их согласия»<sup>974</sup>.

Если в целом оценивать отношение населения (по крайней мере его образованной части) к суду, то оно может быть признано относительно благожелательным. Общественное мнение воспринимало его как неотъемлемую часть формирующегося правового государства (понимая под последним, конечно, не реальное положение дел, а теоретическую конструкцию). Благожелательность к суду проявилась в появлении даже ряда анекдотичных историй о пореформенном правосудии, причем эти истории не были результатом разочарования или озлобленности общества. Суд стал восприниматься как часть нормальной общественной жизни. Согласимся в связи с этим с мнением А.А. Демичева, который отмечает тот факт, что «информативность дореволюционного юридического анекдота характеризуется двумя аспектами: фактографическим и аксиологическим. В фактографическом плане информативность анекдотов, в том числе и относительно суда присяжных, очень невелика. Что касается аксиологического аспекта, то анекдоты несут в себе информацию о динамике правосознания населения в пореформенный период, об отношении населения к суду, в том числе и к институту присяжных заседателей»<sup>975</sup>.

С другой стороны, рост нигилистических настроений и радикализация общества не способствовали укоренению уважительного отношения к праву и государственности как таковым. Сформировавшиеся во второй половине XIX столетия в рамках радикального направления общественной мысли анархизм и марксизм, и даже в определенной степени либерализм, исходили из враждебности и чуждости им существовавшего порядка. Во многом, на наш взгляд, это положение дел было связано со специфической ролью интеллигенции в России<sup>976</sup>.

В отличие от Западной Европы и США, где интеллектуалы занимали достаточно значимые места в общественной иерархии и не противопоставляли себя остальным социальным и профессиональным группам, российское образованное общество, как мы уже не раз отмечали, практически не было допущено к управлению страной. Именно на эту сторону действительности обращал внимание С.А. Муромцев, направивший на имя главы имперского МВД М.Т. Лорис-Меликова специальную записку, в которой ученый от имени лояльной части интеллигенции предлагал ряд мер по

<sup>974</sup> Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. СПб., 1995. С. 717.

<sup>975</sup> Демичев А.А. История суда присяжных в дореволюционной России (1864–1917). М., 2007. С. 56.

<sup>976</sup> Романовский С.И. Нетерпение мысли или исторический портрет радикальной русской интеллигенции. СПб., 2000.

преодолению кризиса в стране.

Соглашаясь, в принципе, с необходимостью борьбы с террористической деятельностью народников, С.А. Муромцев вполне обоснованно констатировал, что «меры репрессивные, нисколько не исправляя существующего зла, родят еще и новое зло. Меры репрессивные неизбежно сопряжены с произволом органов власти. Можно было бы примириться при известных условиях с произволом высшей власти, но произвол наверху родит произвол внизу. Исправник, становой, урядник или жандарм, понимая каждый по-своему спасение отечества, ставят себя выше всех законов и учреждений. Правительство разрушает таким образом одною рукою то, что создало другою, в конце же концов подрывает всякое уважение к власти, ибо ничто не вредит так авторитету власти, как распространение в обществе убеждения, что она не желает подчиняться никакому определенному порядку»<sup>977</sup>. С.А. Муромцев с горечью писал о нежелании правительственных «сфер» выслушивать предложения, направленные во благо страны.

Это положение вещей с социально-антропологической точки зрения вполне понятно: возникший в петровскую эпоху культурный разрыв между правящим слоем и основной (крестьянской) массой населения в XIX в. усугублялся вытеснением из политической сферы интеллигенции, так и не ощутившей «вкуса власти» и не осознавшей ее бремени и ответственности. Между тем, ряд отечественных юристов-теоретиков разработали достаточно логичные концепции общественного развития и попытались поднять значимость идеи права в российском социуме. К таковым, в частности, относилась историко-правовая и цивилистическая теория К.Д. Кавелина, которого, на наш взгляд, вполне можно отнести к прямым предтечам социологической юриспруденции в России.

«Социологичность» научных изысканий К.Д. Кавелина основывается, прежде всего, на его общем подходе к сущности общества и государства. По мысли ученого, «государство, как единое целое, есть юридическое начало, принцип, идея. Она выражается видимым, осязательным образом, во-первых, в том, что государство имеет свои особые имущества, которым и присвоено, в отличие от всех других, название государственных; во-вторых, юридическое начало или идею государства видимым образом представляет правительство и его органы, действующие его именем, по его указаниям и под его надзором. Представляя юридическое начало государства, правительство сознает его нужды и по возможности удовлетворяет им»<sup>978</sup>.

Перед нами один из вариантов органического подхода к обществу и государству. Основателем этого направления в истории социологической мысли Запада являлся Г. Спенсер. Если кратко излагать эту теорию, то ее

---

<sup>977</sup> Конституционализм: исторический путь России к либеральной демократии. С. 497.

<sup>978</sup> Кавелин К.Д. Что есть гражданское право и где его пределы // Избранные произведения по гражданскому праву. М., 2003. С. 81.

возникновение самым тесным образом связано с бурным развитием естественнонаучных знаний во второй половине XIX столетия. На взгляды самого Г. Спенсера решающее воздействие оказали исследования Ч. Дарвина о естественном отборе и борьбе за существование. По мнению Г. Спенсера, экстраполировавшего естественнонаучные представления об эволюции живой материи на социальные отношения, человечество возникло в результате движения животного мира от низших форм к высшим. В процессе совместной жизни люди объединились в единый организм – государство, на которое сильно повлиял естественный отбор. Возникновение государства не было одномоментным актом. Оно растянуто во времени и происходит постоянно, т.к. некоторые сложные общества распадаются. По Г. Спенсеру, «взаимные столкновения племен, уменьшение и вымирание одних, разрастание и самопроизвольное разделение других, продолжают тянуться из века в век бесконечной чередой. Образование более крупного общества происходит только путем комбинации этих более мелких обществ, причем разделения, вызванные прежними распадами, не стираются вследствие этого процесса. Процесс этот может быть наблюдаем еще и теперь, на различных своих ступенях, у многих нецивилизованных рас, где он происходит так, как он происходил когда-то у предков рас цивилизованных»<sup>979</sup>. В образовавшемся государстве правительство выполняет функции мозга, управляет всем организмом, используя право как передаваемые мозгом импульсы.

Низшие классы общества реализуют внутренние функции государства (обеспечение жизнедеятельности социума), а господствующие – внешние (оборона, завоевание соседних государств). В принципе, давая общую оценку органической теории, следует отметить тот бесспорный факт, что Г. Спенсеру удалось показать на обширном фактологическом материале, накопленном во второй половине XIX в., всю сложность и неоднозначность общества и государства как системы различных соподчиненных органов. Само же терминологическое уподобление государства организму человека необходимо воспринимать аллегорически, исходя из господствовавшего во время жизни и творчества Г. Спенсера естественнонаучного мировоззрения. Кроме всего прочего, Г. Спенсер, по своим политическим убеждениям, являлся типичным представителем классического либерализма, т.к. согласно его взглядам, «свобода, которой пользуется гражданин, должна измеряться не сущностью правительственного механизма, при котором он живет – будет ли это правительство представительным или нет – но меньшим сравнительно числом наложенных на него ограничений, и что действия этого механизма, созданного при участии или без участия граждан, не имеют либерального характера, если увеличивают стеснения за пределы необходимого числа, чтобы препятствовать всякому прямому или косвенному нанесению вреда, то есть необходимого числа для защиты свободы всякого против посягательства других: эти стеснения можно сле-

---

<sup>979</sup> Спенсер Г. Основания социологии. СПб., 1898. Ч. 1. С. 290.

довательно назвать отрицательно принудительными, а не положительно принудительными»<sup>980</sup>.

Классический либерализм XIX столетия, разумеется, оказал существенное воздействие на российское образованное общество. К.Д. Кавелин сам придерживался либеральных воззрений на многие аспекты общественной жизни. Однако его либерализм не был безграничным, а, скорее всего, может быть признан «консервативным», т.к. К.Д. Кавелин пытался построить концепцию, в которой мирно уживались самодержавие и развитое земское самоуправление. В собственно юридической сфере ученый старался достаточно четко разграничить области публичного и частного регулирования общественных отношений.

Прежде всего, К.Д. Кавелин очертил круг вопросов, относящихся к публичному праву, т.е. деятельности власти. Этих вопросов четыре – законодательная, судебная, административная и финансовая деятельность государства. Для их реализации государство наделено соответствующими полномочиями. Как указывает сам К.Д. Кавелин, «закон определяет общие основания и начала публичной и частной жизни и устанавливает обязательные общие правила для публичной и частной деятельности, насколько она выражается во внешних действиях. Суд охраняет закон в его применении к частным случаям, восстанавливая его, когда он нарушен, разъясняя и выражая его настоящий смысл, когда возникает об этом спор. Администрация удовлетворяет, в условиях и пределах закона, всякого рода ежедневным, текущим потребностям и нуждам общественной, публичной жизни. Для этой отрасли деятельности издаются правительством особые правила, которые, в отличие от законов, называются административными»<sup>981</sup>.

Взаимодействие государства и общества носит органический характер, определяется реальными жизненными потребностями. Потребности же людей могут, и фактически проявляются, в различных сферах, как государственной (публичной), так и в частной (личной). Взаимовлияние публичного и частного начал осуществляется постоянно, т.к. социум, по К.Д. Кавелину, есть живой организм, а не сумма его составляющих частей. Поэтому и необходимо выделять право государственное (публичное) и право гражданское (частное), которые, в рамках того или иного общества, направлены на регулирование отношений между людьми.

С позиций социально-антропологического подхода к праву, диалектика публичного и частного начал представляется достаточно важной. Эти сферы правового регулирования именно взаимодействуют и взаимовлияют друг на друга, но не смешиваются. Как отмечает сам К.Д. Кавелин, «публичные элементы могут соприкасаться с частными и действовать на них не иначе, как изменив свой общий вид и раздробившись на единичные действия, которые, в этой форме не имеют уже общего характера и значения, а обращаются в условия, определяющие юридический быт отдельных при-

---

<sup>980</sup> Спенсер Г. Личность и государство. Челябинск, 2007. С. 26.

<sup>981</sup> Кавелин К.Д. Указ. соч. С. 82.

ватных лиц, их деятельность, их отношения; условия эти без сомнения обязательны, но в этом везде они все-таки запечатлены частным частным характером»<sup>982</sup>. К.Д. Кавелин, как и ряд его современников, придерживался мнения о том, что основой частноправовой сферы является римское право, обладающее огромной притягательностью как для исследователя, так и для юриста-практика.

В российской юридической науке второй половины XIX века начались процессы формирования различных школ права, одной из которых выступала социологическая юриспруденция, представленная такими крупными учеными, как С.А. Муромцев и Ю.С. Гамбаров. Их разработки, со временем, послужили основой формирования собственно антропологического правопонимания. С.А. Муромцев, являясь родоначальником социологии права в России (и одновременно – учеником одного из крупнейших юристов XIX столетия Р. фон Иеринга), должен занять подобающее место в ходе изучения антропологической теории права, чего, к сожалению, в настоящее время не наблюдается.

Прежде всего, обратимся к задачам юридической науки, которые достаточно четко формулирует С.А. Муромцев. Эти задачи (говоря современным языком) излагаются в антропологическом ключе. Так, по мнению ученого, «правоведению надлежит изучить законы развития той области социальных явлений, которая известна под именем права. При отсутствии одного идеального правового состояния и при постоянной смене форм общественной и юридической жизни, наука должна открыть законы, по которым происходит означенная смена. Право составляет группу явлений среди групп явлений общественной жизни. Наука должна определить отношения, в которых состоят правовые явления между собою, к явлениям других групп и к прочим условиям и факторам общественного развития»<sup>983</sup>. Таким образом, право признается лишь частью общества, обладает при этом собственной значимостью и особым предметом познания. Юридическая наука, по мысли С.А. Муромцева, решает следующие взаимосвязанные задачи:

- эмпирическую, т.е. определение того, что есть;
- теоретическую, т.е. формулирование того, что должно быть (создание идеальной юридической конструкции).

Примером удачного сочетания этих задач и их разрешения ученый считает гражданское право, так как оно ориентируется на реальные запросы и потребности людей, определяется самой общественной и экономической жизнью. Обратим внимание на тот факт, что римское право как раз полностью отвечает вышеназванным задачам юриспруденции. Само римское частное право развивалось вместе с социально-экономической эволюцией общества и изменялось в силу требований торгового оборота или денежно-

---

<sup>982</sup> Кавелин К.Д. Указ. соч. С. 83.

<sup>983</sup> Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004. С. 517.

го обращения.

Как отмечает С.А. Муромцев, детальнейшим образом рассматривая этапы эволюции римского права и юридической науки, «римский юрист трудился на почве конкретной действительности; главным предметом его исследования служили те многообразные положения (казусы), которые возникали в правовой области в том виде, как их создавал или мог создать гражданский оборот. Такой реальной основой обуславливалось, что от юриста не ускользали разновидности различных положений; с необыкновенною чуткостью он воспринимал их особенности и свое решение приравнивал к данному положению субъекта, объекта и окружающей обстановки. Это – индивидуализм. Он был тесно связан с тем обстоятельством, что в порядке судопроизводства гражданские дела решались судьей-присяжным, юрист же или сообщал окончательную отделку тому, что выходило из самой практики, или же, направляя эту практику, соблюдал ее основной характер»<sup>984</sup>.

В контексте излагаемой нами проблематики следует обратить внимание на принципы римского права, положенные в основу правопонимания той эпохи в целом, и в деятельности юристов – в частности. Современные романисты и теоретики права в качестве основополагающих принципов римского права указывают следующие:

- дозволительная направленность правового регулирования отношений в римском обществе;
- недопустимость неправового вмешательства в частные дела сторон;
- свобода договоров и частнопроводных сделок;
- равенство правового режима для всех субъектов частного права;
- неприкосновенность собственности;
- непрекращающееся развитие права и правовой системы в целом;
- идея единения, т.е. восприятие права как средства обеспечения жизнеспособности социума (римской общины);
- идея гармонии, т.е. стремление к истине и справедливости<sup>985</sup>.

Каждый из вышеназванных принципов «проникал во все нормы и институты римского права в процессе их создания и применения. Именно эти принципы определили общую цивилизационную тенденцию, в силу которой институты классического римского права не только не отмирают, а наоборот, заимствуются правовыми системами современных государств»<sup>986</sup>. Таким образом, римское право приобретало универсальное значение и применимость в самых разных государствах, в том числе и тех, цивилизационные основы которых были далеки от античных традиций. С позиций социально-антропологического подхода к праву особое место занимает такой принцип, как непрекращающееся развитие права и правовой системы. Именно на этот аспект римского права обращает внимание С.А. Муромцев.

---

<sup>984</sup> Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2006. С. 455.

<sup>985</sup> Рассолов М.М., Горбунов М.А. Римское право. М., 2009. С. 31–36.

<sup>986</sup> Там же. С. 37.

Он предпринимает небезуспешную попытку социологически изложить весь путь развития правовой материи от фактического отношения через интерес к норме права. Ученый совершенно справедливо обращает внимание на определяющую роль социальной среды, в которой формулируются межличностные отношения. Так называемые «защищенные отношения первого рода» опираются на взаимопомощь людей. Как утверждает С.А. Муромцев, «при установлении и поддержании громадного числа своих активных отношений человек пользуется так или иначе содействием других людей. Человек выступает в своей деятельности в соединении с несколькими или многими другими людьми, что увеличивает его силу в борьбе с препятствиями и раздвигает пределы существования и содержания его отношений»<sup>987</sup>.

В свою очередь, «защищенными отношениями второго рода» выступают различные формы взаимодействия социума (его частей) с индивидуумом. Эти отношения могут носить экономический характер (сбор налогов) или политический (надзор за поведением людей), а в ряде случаев и собственно юридический (предоставление защиты от внешних посягательств). Усложнение социума создает возможность для возникновения иерархически организованных структур, каждая из которых вступает с индивидуумом в определенный вид отношений. Как пишет сам С.А. Муромцев, «в громадном большинстве случаев вместо целого общества действуют его отдельные органы, на которых и ложится роль субъекта и объекта по общественным отношениям. Нередко эти органы выступают именно как представители общественной власти...»<sup>988</sup>.

В любом случае, существующие органы власти или иные социальные образования (родовой союз, коллегия жрецов и т.д.) действуют в целях реализации определенного интереса. Обеспечение же интереса осуществимо в том случае, когда субъект права пользуется защитой общества или государства, т.е. обладает статусом гражданина (члена общины или родового союза)<sup>989</sup>. Как отмечал крупнейший немецкий юрист второй половины XIX столетия Р. фон Иеринг, являвшийся основоположником социологической юриспруденции и учителем С.А. Муромцева, «первоначальная форма отношения государства к частному праву есть форма договорного отношения. Собрание обеспечивает договором свое покровительство, а ищущий принимает условия, с которыми оно его соединяет. И то, и другое, как покровительство, так и эта покупная цена, опирается на свободную волю сторон, здесь отношение, как и при всяком договоре, есть отношение соединения, соглашения. Если имеющий право не нуждается в гарантии народа, то последний не может его ограничивать, только собственная воля имеющего права открывает сферу частного права влиянию государства»<sup>990</sup>.

---

<sup>987</sup> Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. С. 566.

<sup>988</sup> Там же. С. 568.

<sup>989</sup> Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 68–74.

<sup>990</sup> Иеринг Р.фон. Избранные труды. В 2-х т. СПб., 2006. Т. 2. С. 203.

Следует принять во внимание тот факт, что для большинства социологов XIX – начала XX вв. право предшествует государству, так как первоначально оно (право) носит неписанный характер и формируется самим обществом (общинной, родовой группой). Так, один из ведущих историков и социологов дореволюционной России Н.И. Кареев был твердо убежден в том, что «право старше государства, правотворчество началось раньше, чем могла начаться какая бы то ни была сознательная политика. Обычаи складывались сами собою и получали свой авторитет не от велений власти. Сами политические отношения властвования, управления, предводительства на войне выливались в обычные формы, которые только позднее стали регулироваться законами государства»<sup>991</sup>.

Защита нарушенного интереса или субъективного права осуществляется поэтому в суде, созданном самой общиной. Именно судья в такой ситуации (господство частноправовых отношений) выступает в роли творца права или (по крайней мере) его толкователем. В римском обществе, на примере которого С.А. Муромцев выстраивает свою социологическую теорию права, обращение в суд было совершенно обыденным делом и (подчеркнем это еще раз) объяснялось наличием развитого гражданского оборота и денежного хозяйства. Следует поэтому признать справедливым суждение современного отечественного романиста В.Н. Яковлева о том, что «римское право своим содержанием, правовыми категориями и технико-правовым "совершенством" соответствовало всем предшествующим и настоящему экономическому, строго капиталистическому способу производства. Это право обслуживает потребности не только рабовладельческого, феодального, но и капиталистического общества. Оно успешно обслуживало и советское социалистическое общество такими важнейшими институтами, которыми являются право собственности и обязательственное право»<sup>992</sup>.

Кроме всего прочего, С.А. Муромцев вполне справедливо обращает внимание на тот факт, что понимание права должно трактоваться достаточно широко. Это означает, что к правовой сфере, к форме права относятся не только нормативные акты и деятельность судей (судейское правотворчество), но и многочисленные обычаи, деловые обыкновения, «добрые нравы» и т.д. Как считает ученый, «во-первых, отрицание за обычаями юридического достоинства их не равносильно отрицанию за ними годности быть объектом вообще социологического изучения. Во-вторых, само юридическое исследование не должно ограничивать своего материала одними правоотношениями. Эти последние среди других отношений, находясь в постоянном взаимодействии с ними. Исследователь права не может оставить их без внимания; но из этого не следует, чтобы он назвал их пра-

---

<sup>991</sup> Кареев Н.И. Общие основы социологии. М., 2009. С. 107.

<sup>992</sup> Яковлев В.Н. Древнеримское частное право и современное российское гражданское право. М., 2010. С. 4.

вами»<sup>993</sup>.

В контексте рассматриваемой нами проблематики укажем на то обстоятельство, что в римском обществе, оказавшем огромное влияние на становление европейского правопонимания, восприятие сферы юридического опиралось во многом на концепцию «естественного хода вещей», «естественного порядка». Право признавалось такой же необходимой частью окружающего мира, как, например, религия, природные циклы и т.д. Именно в этом смысле нужно понимать такое явление, как естественное право (*jus naturale*). Ряд современных исследователей акцентирует внимание именно на этом аспекте римского права как целостной системы социального регулирования<sup>994</sup>. Действительно, римское государство очень незначительно участвовало в гражданском обороте, и развитие права во многом шло «естественным путем», т.е. определялось экономическими интересами субъектов и их реальным статусом.

Следовательно, определяющее значение в сфере юридической жизни общества играли отдельные институты права и правопорядок как таковой. Анализируя данную ситуацию, С.А. Муромцев делает вполне обоснованный вывод о том, что «наука интересуется главным образом не отдельными правами (в смысле отношений), но совокупностями многих однородных прав. Такую совокупность называют правовым институтом. Наука исследует главным образом институты, но не отношения. Вся совокупность прав, существующих в данное время в одном обществе, образует правовой порядок (право в собирательном смысле)»<sup>995</sup>.

По своей внутренней структуре правовой порядок состоит из таких двух элементов, как ряд правовых институтов и правовые отношения, не сложившиеся в институты по причинам неразвитости или неукорененности в обществе.

В свою очередь институты права состоят из юридических норм, представляющих собой правила, реально действующие в данном обществе в определенный период времени. Сам С.А. Муромцев считал, что «юридическими нормами называются обыкновенно правила, которые, определяя должные пределы и способ юридической защиты отношений, предписываются властью, регулирующей правовой быт народа: так называемым сознанием общества (обычное право), законодателем (закон), юристами (право юристов)»<sup>996</sup>. Юридические нормы, действующие в обществе и принимаемые им, обладают высокой авторитетностью для субъектов права, опирающейся не только добровольное выполнение предписаний, но и на возможность государственного принуждения.

С.А. Муромцев, как один из основателей социологии права в России, не мог не обратить внимания на такую важную (с социально-антрополо-

---

<sup>993</sup> Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. С. 643.

<sup>994</sup> Иванов А.А. Римское право. М., 2008. С. 100.; Кашанина Т.В. Частное право. М., 2008. С. 29–30.

<sup>995</sup> Муромцев С.А. Избранные труды. С. 650.

<sup>996</sup> Там же. С. 651.

гической точки зрения) деталь как механизм действия (или бездействия) нормы. По сути, речь идет о легитимации правового порядка, сложившегося в определенный исторический период. Прежде всего, юридическая норма должна соотноситься с менталитетом людей, определенным уровнем социально-экономического развития общества и быть необходимой и нужной в процессе межличностного общения. Нормы создаются людьми. Как отмечает известный российский философ В.В. Бибихин, «поскольку форма права была главным предметом охранения и телесным участием в строгом исполнении этой формы, святой и угодной богам, человек втягивался в соблюдение как договора, "закона для двоих", так и принятого им самим на народном собрании закона, содержание права могло быть изменено, переопределено с тем большей гибкостью, чем строже соблюдалась форма. Школой римского права были не привязанные к месту и времени нормы, которые даже в самом Риме менялись»<sup>997</sup>.

Цель принятия нормы – обеспечение интересов, вне сферы действия которых правовое регулирование утрачивает смысл. Отчасти концепция С.А. Муромцева опиралась на построения исторической школы права, которая, как мы уже не раз подчеркивали, в лице Савиньи и Пухты была господствующей в немецкой юриспруденции XIX столетия и, в свою очередь, оказала сильное воздействие на российскую юридическую науку (учитывая тот факт, что практически вся отечественная профессура либо получала, либо совершенствовала свои познания в праве, опираясь на опыт и помощь германских университетов, в которых, в частности, осуществлялась стажировка и написание докторских диссертаций). Социологическая школа права не была исключением и ее значимость подкреплялась авторитетом немецких ученых.

Как отмечает в связи с этим В.А. Белов, характеризуя в целом достижения социологической юриспруденции, основной ценностью ее наработок является признание «творцом права не законодателя, но участников общественных отношений, а в случае возникновения меж ними спора – судьи, располагающего возможностью постановить решение не только в рамках применения закона или восполнения законодательного пробела, но и несмотря на указание положительного закона, а в ряде случаев и вопреки его предписаниям»<sup>998</sup>.

Между социологической и исторической школами, по нашему мнению, нет каких-либо непреодолимых барьеров, так как оба этих научных направления (в духе своего времени) старались отталкиваться от реальной жизни. Например, Г.Ф. Пухта считал, что «отдельные юридические положения, образующие право народа, находятся между собой в органической связи, объясняющейся прежде всего возникновением их из народного ду-

---

<sup>997</sup> Бибихин В.В. Собрание сочинений. Т. II. Введение в философию права. М., 2013. С. 300.

<sup>998</sup> Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. 1. Введение в гражданское право. М., 2011. С. 82.

ха, ибо единство этого источника распространяется на все им произведенное. Этим не исключается несогласие, прерывающее гармонию отдельных частей права, так как и дух народа подвержен разрушающим симптомам, как бы болезни; легче всего это может случиться от неосторожных действий законодательной власти, когда законодатель должную энергию заменяет произвольным нерадением, быстрое содействие – импровизацией юридических постановлений»<sup>999</sup>. Отсюда – крайне скептическое отношение исторической школы к правотворческой деятельности государственной власти и противодействие кодификации германского права. Вместо этого – приоритет правовых обычаев, что создало очень любопытную в юридическом смысле ситуацию: в правовой системе современной Германии правовые обычаи действуют наряду с законами, а в некоторых случаях им (обычаям) отдается предпочтение (если нормативный акт вышел за пределы собственной сферы регулирования).

Таким образом, правовые обычаи в Германии сохранили свою значимость и в XXI веке. Как отмечает С.А. Муромцев, «в силу объективизма, т.е. в силу склонности придавать долго просуществовавшему порядку вещей и идей некоторое самобытное, подчас даже как бы священное, значение – образуется особого рода консерватизм, который сохраняет в неприкосновенности формулу отжившей нормы, допуская впрочем необходимые отступления от нее на практике. Таким образом, то или другое предписание продолжает выдаваться за юридическую норму, тогда как на практике оно вполне или отчасти не выполняется: юридическая практика не защищает того порядка вещей, который предписан в норме, а какой-либо иной, иногда даже прямо противоположный ему»<sup>1000</sup>.

В контексте рассматриваемой нами проблематики следует обратить внимание на то обстоятельство, что социологическая юриспруденция (в лице С.А. Муромцева, Ю.С. Гамбарова и др.) особо подчеркивает важность не только нормы права в процессе правогенеза, но и таких юридических феноменов, как обычное право и право юристов. Разумеется, изучение исторических аспектов права основывается, прежде всего, на нормативных актах, сохранившихся от прежних эпох. Тем не менее, анализ любого юридического документа предполагает исследование самой эпохи, в которой этот акт действовал. Чем глубже исследователь проникал в «дух эпохи», чем больше различных общественных отношений охватывал, тем более объективная картина юридического бытия развертывалась перед нами.

При этом (С.А. Муромцев специально заостряет наше внимание на своих словах) критическому разбору подлежат все формы действующего в данном обществе права: нормативные акты, право юристов и обычное право. Относительно первых двух форм права никаких сомнений необходи-

---

<sup>999</sup> Пухта Г.Ф. Из работы «Энциклопедия права» // История философии права. СПб., 1998. С. 342–343.

<sup>1000</sup> Муромцев С.А. Избранные труды. С. 653.

мость всесторонней оценки не вызывает, так как эти формы являются результатом деятельности государственных органов и профессиональных правоведов соответственно. Обычное же право изначально выступает продуктом социального опыта многих поколений. Однако обычное право в ряде ситуаций может оказаться противоречивым и практически всегда является несистематизированным. С.А. Муромцев в связи с этим справедливо констатирует то обстоятельство, что «постановления обычного права, которые доходят до историка из одного или другого источника, не производятся и не записываются самим народом. Они отвлекаются и формулируются кем-либо из наблюдателей народного юридического быта. Такой способ возникновения обязывает нас к применению к ним исторической критики, наравне с законом и правом юристов»<sup>1001</sup>.

Подтверждением сказанного С.А. Муромцевым могут служить суждения об обычном праве таких крупных ученых-юристов дореволюционной России, как С.В. Пахман и Г.Ф. Шершеневич. Изучение ими различных аспектов бытия обычного права привело к фактически тождественным выводам об отсутствии какой-либо систематизированности обычного права и устойчивой практики его применения. Так, С.В. Пахман, опираясь на результаты социологических опросов крестьян различных губерний, достаточно аргументировано показал, что абстрактная юридическая терминология не была известна сельскому населению и что под обычаями крестьяне понимали определенные бытовые формы поведения, в том числе и осуждаемые традиционной моралью.

В связи с этим С.В. Пахман отмечал: «В основании каждого решения лежат, несомненно, какие-либо известные всем правила или воззрения, сложившиеся под влиянием жизненной обстановки и, следовательно имеющее всегда свое реальное, объективное основание, а применение тех или других правил к данному случаю зависит, конечно от конкретных особенностей последнего; таков смысл слов "по справедливости", "по человеку" и т.п. Так как, в силу этого, дела однородные разрешаются неодинаково, то весьма естественно, если в таком разнообразии сами крестьяне видят если не отсутствие обычаев, то, по крайней мере их неопределенность»<sup>1002</sup>.

Аналогичные суждения принадлежат выдающемуся цивилисту и теоретику права Г.Ф. Шершеневичу. Ученый, анализируя обычное право в качестве формы права, вполне логично определяет условия признания этого явления:

- обычай должен быть основан на сознании его необходимости, как правила поведения;
- требуется неоднократность применения, повторяемость обычая;
- обычай не должен противоречить нравственности.

Однако, в последнем критерии Г.Ф. Шершеневич видит определенное противоречие. Действительно, как считает ученый, «положение это до-

---

<sup>1001</sup> Муромцев С.А. Избранные труды. С. 655.

<sup>1002</sup> Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. М., 2003. С. 319.

вольно трудно обосновать. В нашем законодательстве оно нигде не выражено, а из сущности обычного права вывести его нельзя, потому что, если нравственности могут противоречить законы, то почему не могут ей противоречить нормы обычного права? Притом этические воззрения в современных сложных обществах чрезвычайно разнообразны. Неизвестно, чей нравственный масштаб должен быть приложен к норме обычного права – населения ли, среди которого норма сложилась, или судьи, которому приходится применять ее»<sup>1003</sup>.

Действительно, российское законодательство второй половины XIX века допускало использование обычая в строго определенных случаях. По материальному признаку это использование осуществлялось:

- в торговой деятельности в случае неполноты или молчания закона суд имел возможность использовать нормы обычного права;

- по отношению к крестьянам в сфере семейно-брачных отношений, наследовании и опеке суды обязаны применять обычное право.

По формальному признаку:

- во всех делах, разрешаемых мировыми судьями, городскими судьями и земскими начальниками, допускается применение норм обычного права по ходатайству одной из сторон, когда закон не запрещает этого или не позволяет разрешить спор на основании собственных положений;

- волостной суд при рассмотрении споров между крестьянами вправе применять нормы обычного права<sup>1004</sup>.

Сам Г.Ф. Шершеневич, как ярчайший представитель юридического позитивизма, в целом относился к обычному праву отрицательно и не видел в нем значимого регулятора общественных отношений. По словам ученого, «сила обычного права определяется его значением как источника положительного права. В области своего применения оно имеет такую же силу, как и закон <...>. Только действие обычного права начинается там, где молчит закон. При совместном существовании положение их в русском законодательстве неравное – обычное право должно уступить место закону. Отсюда следует, что обычное право не может противоречить закону...»<sup>1005</sup>.

С позиций же социологической юриспруденции, отстаиваемых С.А. Муромцевым, социальной значимостью обладает достаточно широкий круг общественных отношений, в том числе и обычное право. Во многом его нормы опираются на справедливость, под которой, как считает С.А. Муромцев, «надо разуметь присущую в данное время данной общественной среде совокупность субъективных представлений о наиболее совершенном правовом порядке»<sup>1006</sup>. Действительно, справедливость следует понимать как некую идеальную конструкцию, совершенное состояние, к которому нужно стремиться, но которое (и об этом всегда необходимо

---

<sup>1003</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. М.–Тула, 2001. С. 47–48.

<sup>1004</sup> Там же. С. 48.

<sup>1005</sup> Там же. С. 49.

<sup>1006</sup> Муромцев С.А. Избранные труды. С. 656.

помнить) не может быть полностью достигнуто. У правового порядка, как верно считает С.А. Муромцев, две стороны, одна из которых олицетворяет справедливость, а другая – несправедливость. Несовпадение существующего правового порядка и справедливости, по С.А. Муромцеву, существует по нескольким основным причинам:

- в любом достаточно развитом и количественно значительном обществе не может существовать полного единства взглядов на сферу должного, действующий правовой порядок лишь уравнивает различные точки зрения и сглаживает противоречия;

- поддержание существующего правового порядка осуществляется большинством членов общества, осознающим его необходимость и значимость, причем допустимо использование и определенного элемента принуждения по отношению к несогласным.

При этом существует, с точки зрения С.А. Муромцева, один достаточно удовлетворительный путь воцарения истинной справедливости в обществе. Это – деятельность судей. Действующее позитивное право не может предусмотреть всех жизненных обстоятельств и направлено на регулирование четких стандартных ситуаций. По убеждению С.А. Муромцева, «задача судьи состоит в том, чтобы в каждом отдельном случае определить, в какой степени обнаружены в нем типичные свойства, к которым относится норма, и не изменяется ли в чем-либо их значение вследствие присутствия особенностей не предусмотренных нормою. Судья осуществит справедливость, если согласует свое решение вполне со всеми особенностями случая, который он разрешает. Он должен применить норму именно в той степени, в которой случай характеризуется типичными свойствами, служащими основанием нормы (индивидуализация решений)»<sup>1007</sup>.

В какой же степени может быть достигнута справедливость в юридической сфере, в частности, в правоприменительной практике? С.А. Муромцев не дает окончательного ответа на этот сложный вопрос. Прежде всего, действующий в обществе реальный правовой порядок должен быть подвергнут строгому и беспристрастному научному анализу. Только таким образом можно получить искомый результат. При этом, и С.А. Муромцев специально делает оговорку, «научное предположение о будущем легко может стать в разрез с господствующими представлениями о справедливости, как она является по воззрению самого исследователя, строящего предположение. Так, например, какие-либо основания приводят его к заключению, что в данной стране правовой порядок движется к разложению, состоянию хаоса и деморализации, – картина, которая вовсе не отвечает мыслям этого исследователя о наиболее справедливом порядке»<sup>1008</sup>. Таким образом, концепция социологической юриспруденции С.А. Муромцева полностью вписывается в антропологическое направление теории права и может быть использована в качестве основы для дальнейших изысканий.

---

<sup>1007</sup> Муромцев С.А. Избранные труды. С. 659.

<sup>1008</sup> Там же. С. 660.

Несколько иная трактовка правовой материи принадлежит Ю.С. Гамбарову, также, как и С.А. Муромцев, являвшемуся одним из ярких представителей социологической юриспруденции в России. Формирование взглядов Ю.С. Гамбарова происходило под непосредственным влиянием идей Р. фон Иеринга, лекции которого молодой российский правовед слушал в Геттингенском университете. Следует отметить то обстоятельство, что начало XX столетия в теоретической юриспруденции континентальной Европы характеризуется господством юридического позитивизма. Представители социологической юриспруденции и теории естественного права оказывались и в европейской, и в российской науке «белыми воронами», не определявшими магистральное направление движения научной мысли. Причины господства в ряде стран континентальной Европы юридического позитивизма достаточно прозаичны. Кодификация начала XIX века создала в умах правоведов иллюзорные по своей сути представления, что право сводится к действующему законодательству и с его помощью можно разрешать существующие коллизии и регулировать общественные отношения. Как отмечает Ю.С. Гамбаров, опираясь на авторитет Р. фон Иеринга, «форма и содержание составляют две стороны одного и того же понятия, и если отделение их возможно в таких чисто спекулятивных отраслях знания, как, например, математика, то оно немислимо в правоведении, которое имеет дело с фактическими отношениями, наполненными самого разнообразного содержания и столь же разнообразного регулирования этого содержания. То, что регулирует, обусловлено здесь тем, что регулируется, и оба эти момента связаны так тесно в каждом праве, что понять это последнее со стороны формы регулирования, не обращаясь к содержанию регулируемого, не представляется никакой возможности. Одной логикой тут не обойтись уже потому, что она не производит из себя ни юридических, ни каких иных социальных отношений и не дает критерия для их оценки. С ее помощью можно обработать существующий материал, но нельзя создать ни одного синтетического положения и обогатить правоведение какой бы то ни было новой истиной»<sup>1009</sup>. Критическое отношение Ю.С. Гамбарова к юридическому позитивизму вполне понятно и объяснимо. На многие насущные вопросы жизни данное научное направление в принципе не может дать ответ (происхождение права, ценность права). Кроме того, юридический позитивизм и в начале XX столетия, и век спустя основное внимание уделяет кодифицированному законодательству, которое одно только заслуживает изучения и толкования. Остальные формы права признаются субсидиарными и гораздо менее значительными. Так, Г.Ф. Шершеневич писал: «Право, с развиваемой мною точки зрения, – это правила общежития, поддерживаемые государственной властью. Чтобы подданные могли ознакомиться, по внешним признакам, с содержанием норм права, необходимо воле властвующих выразаться в определенной заранее форме. Эта

---

<sup>1009</sup> Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 6–7.

форма может быть едина, но она может быть и различна»<sup>1010</sup>. Если же право признается порождением воли государства и означает, по сути, приказ суверена, то достаточно проблематично вести речь о естественном развитии правового регулирования общественных отношений.

Значительные сферы повседневной жизни в принципе находятся вне поля зрения государства и его органов и, кроме того, чиновничество, олицетворяющее собой государственность и осуществляющее его функции, является носителем вполне определенно осознаваемого корпоративного интереса, способного эффективно препятствовать принятию необходимых нормативных актов и, в свою очередь, противодействовать отмене устаревших. В качестве примера можно привести судьбу проекта российского Гражданского Уложения.

Необходимость создания единого кодифицированного акта в сфере гражданского права осознавалась специалистами и отдельными представителями власти уже в начале XIX столетия. После создания Свода Законов выяснилось, что использование отдельных актов гражданско-правового характера, собранных в X томе, затруднительно в силу их противоречивости и неполноты. В 1882 г. была учреждена специальная Редакционная комиссия по составлению проекта Гражданского Уложения. Данная комиссия разрабатывала отдельные части Уложения. Всего было составлено 9 книг (2640 статей).

Как отмечает в связи с этим А.Н. Медушевский, «длительная работа Комиссии, завершившаяся с началом первой русской революции, не имела никаких практических последствий для российского законодательства, а ее проекты были признаны либеральной общественностью чрезвычайно консервативными для новой эпохи. Тем не менее Комиссия, в работе которой принимали участие лучшие специалисты, сконцентрировала чрезвычайно значительный информационный и аналитический материал, представляющий собой уникальную совокупность источников для сравнительно-правовых исследований»<sup>1011</sup>. Кодификация сама по себе не вызывала у самодержавной власти каких-либо симпатий, поэтому архаическое состояние российского законодательства сохранялось до 1917 г.

Идеи же Ю.С. Гамбарова о целях и задачах юриспруденции соответствовали общеевропейскому правовому развитию и трактовали право предельно широко, что совершенно не вписывалось в парадигмальные построения юридического позитивизма. Последний, являясь господствующим в теоретической юриспруденции Запада начала XX века, обладал, по мнению Ю.С. Гамбарова, следующими негативными чертами:

- самоограничение рамками действующего законодательства и формально признанными источниками права;

---

<sup>1010</sup> Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. II // Хрестоматия по теории государства и права. 2-е изд. / сост. Т.Н. Радько. М., 2009. С. 331.

<sup>1011</sup> Медушевский А.Н. Проект Гражданского Уложения Российской империи в сравнительном освещении // Цивилистические исследования. Вып. II / под ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова. М., 2006. С. 155–156.

- применение априорных методов и злоупотребление логическими категориями;
- оторванность от всего, кроме формы права и ее состояний в прошлом;
- стремление удержать во что бы то ни стало то, что существует, как бы это существующее ни противоречило новым отношениям и запросам жизни;
- полное безразличие к своему собственному содержанию и преобразованию в будущем<sup>1012</sup>.

Собственно, в вышеназванных чертах юридического позитивизма нет ничего необычного и данное направление в российской юридической науке продолжает оставаться тем же самым по своему духу и в начале XXI столетия. Причины, которые столь однозначно воздействуют на правопонимание и дают соответствующие результаты, сводятся, по мнению Ю.С. Гамбарова, к следующим. Во-первых, господство римской правовой традиции и кодификационных процессов в сфере действующего законодательства.

Во-вторых, слишком сильное влияние исторической школы права, опирающейся не на анализ реальных общественных отношений, а на умозрительные, схоластические построения.

С позиций же социологической юриспруденции, «едва ли что-нибудь так глубоко проникает в человеческую жизнь, как право, и едва ли какой-нибудь род человеческой деятельности так близко затрагивает каждого отдельного члена общества и распространяется от него на все общество, как деятельность юриста. Все, что касается производства, обмена, распределения и даже потребления экономических благ <...>, постоянно служило и служит теперь предметом юридического регулирования. <...> право входит так глубоко в социальную жизнь, начиная от ее правящих или центральных органов и кончая самыми мелкими пружинами, что юридическая регламентация касается не только таких действий, которые приводят членов той или другой социальной группы в прямое соприкосновение друг с другом, но и таких, которые должны, по-видимому, составлять исключительное достояние индивидуальной воли»<sup>1013</sup>. При этом, разумеется, следует учитывать тот бесспорный факт, что далеко не все правила поведения, социально значимые для населения страны, создаются органами государственной власти. Очень большое количество различных нормативных регуляторов возникло в силу требований самой жизни, их изначальными создателями выступили самые различные социальные группы населения и корпоративные организации. Санкционирование же этих регуляторов государством не всегда требуется. В ряде случаев достаточно молчаливого согласия на использование правил. В этом – коренное отличие социологической юриспруденции от юридического позитивизма, представители которого отводят государству излишне значительную роль в правотворче-

<sup>1012</sup> Гамбаров Ю.С. Гражданское право. С. 20.

<sup>1013</sup> Там же. С. 21–22.

ской и правоприменительной деятельности. Так, Г.Ф. Шершеневич однозначно полагал, что «государственная власть может разрешать своим судебным органам применять те правила общежития, которые выработались самой жизнью в общественной среде силою бытовых отношений. Власть предполагает, что такие правила по данному вопросу должны были образоваться или должны будут образоваться. Нормы обычного права, хотя и создаются в своем содержании помимо государственной власти, но юридическую обязательность приобретают по воле государственной власти. Поэтому допустимость обычного права и пределы ее определяются самим законодателем»<sup>1014</sup>.

Позволим себе оспорить вышеприведенное утверждение известного правоведа. Российская действительность убедительно свидетельствовала о том, что юридический позитивизм и, соответственно, позитивное право, пользовались спросом в основном в среде горожан-собственников и сельских дворян-землевладельцев, составлявших подавляющее меньшинство населения империи в начале XX столетия. В действовавшем законодательстве России существовало огромное количество изъятий из общих правил и различных оговорок, выводивших большую часть подданных из-под юрисдикции Свода Законов. Учитывая, что около 80% населения являлось крестьянами по роду занятий и менталитету, то будет совершенно понятным сложившееся положение в русском праве, описываемое А.Я. Ефименко: изначальное отторжение позитивного права большинством россиян в силу возникшего в петровскую эпоху культурного раскола и последовавшего за ним раскола в праве.

А.Я. Ефименко отмечала: «Путем заимствования то из византийского права, то из западно-европейского, наше законодательство старалось пересадить к нам объективный дух римского права. Как результат такого заимствования явился раскол и в правовых воззрениях, между народом и культурным слоем: между тем как народ остался при чистом типе правового субъективизма, культурный слой оказался шатающимся от искусственно привитого объективизма к субъективизму, от которого он не успел целиком отрешиться. Отсюда хаотический характер нашего общего права: одна правовая норма противоречит другой, юридическая теория противоречит юридической практике, ученый юрист, теоретически рьяный поклонник римского права, решает вопрос не на основании положений этого права или закона, а всеми силами своей логики старается половчее обойти всякое право и закон, чтоб решить вопрос так, как ему велит решить его чувство естественной справедливости и т.д.»<sup>1015</sup>.

Кроме всего прочего, консервации существующих порядков способствовало быстро устаревающее законодательство (прежде всего – Свод Законов). Оно, как уже указывалось выше, строилось по принципам инкорпо-

---

<sup>1014</sup> Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. II // Хрестоматия по теории государства и права / сост. Т.Н. Радько. С. 332.

<sup>1015</sup> Ефименко А.Я. Исследования народной жизни. Обычное право. М., 2010. С. 179.

рации, а не кодификации. В современной теории права вполне верно говорится о том, что «систематизация нормативных правовых актов может развиваться в двух направлениях. Можно выделить нисходящее и восходящее направление в процессе систематизации какой-либо правовой системы. При нисходящем направлении систематизация законодательства проходит путь от общего к конкретному, например, принимаются Основы законодательства, затем отраслевые кодексы и, далее, специализированные кодексы. При восходящем направлении систематизация законодательства проходит путь от конкретного к общему, например, вначале отдельные законы учитываются, затем инкорпорируются, далее принимается ряд консолидированных актов, за которыми идет принятие кодификационных актов, завершается развитие принятием Свода законов»<sup>1016</sup>.

В российской правовой системе начала XX века отраслевая дифференциация норм не была доведена до логического конца, почти полностью отсутствовали кодифицированные нормативные акты, что заметно снижало эффективность применения многих норм. Современный исследователь социально-антропологических проблем права А.И. Ковлер даже сделал печальный вывод о том, что «трудно отделаться от мысли, что поднявшись на невиданные высоты теоретических поисков общественного идеала, в котором праву отводилась соответствующая роль, наши мыслители потеряли из виду <...> человека с его насущными правами <...>. В то время как их европейские коллеги занудно истолковывали право как некий усредненный стандарт и старались отождествить норму с нормативом, подобно усердному портному принаравливая этот норматив к фигуре средне-статистического добродетельного европейца (бюргера, буржуа, словом, мещанина), наших мыслителей больше всего заботило сближение нормы с нравственным идеалом, с духовностью, на меньшее они были не согласны»<sup>1017</sup>.

Удивительного в этой тенденции ничего нет: невозможность оказывать реальное влияние на общественную жизнь заменялась у многих ученых поисками Абсолюта, по сравнению с величиим которого право, как особый вид социального регулирования, представлялось чем-то второстепенным и служебным, несмотря на его внешнее значение. Практически все направления отечественного правоведения и государствоведения, независимо друг от друга и по различным причинам прошли путь от марксизма (в его гуманистической форме) или теории естественного права к религиозным взглядам на природу права.

Особняком стояла социологическая юриспруденция, которая в лице Ю.С. Гамбарова утверждала значимость того факта, что «право и жизнь, жизнь и право – неотделимы друг от друга и стоят в вечном взаимодействии. Все великие революции, отметившие эпохи всемирной истории, вызывались не чем иным, как временным отчуждением между правом и жиз-

---

<sup>1016</sup> Чашин А.Н. Теория государства и права. М., 2008. С. 464.

<sup>1017</sup> Ковлер А.И. Антропология права. М., 2002. С. 335–336.

ню. Отсюда вытекает само собой, что тот, кто хочет знать право, должен знать социальную жизнь во всех ее многообразных проявлениях, и юриспруденция, если она желает быть верной своей социальной задаче, должна начинать с изучения отдельных социальных отношений»<sup>1018</sup>.

Обратим внимание и на то обстоятельство, что почти никто из выдающихся российских правоведов (кроме П.А. Сорокина) не обратил должного внимания на взаимосвязь социально-экономического развития страны и общественного сознания. Если реальная политическая практика настоятельно требовала решения назревших проблем, то теоретические изыскания большинства правоведов были далеки от «прозы жизни». Как отмечает В.Н. Синюков, «позитивистские и естественно-правовые школы в России дали целый пласт литературы "чистого права", оплодотворенной, конечно, национальной культурой, направленной против существовавших в стране порядков. Это объясняется самодержавной формой правления и делает во многом понятной ту легкость, с которой данная литература была устранена из отечественного правосознания бурей Октябрьской революции 1917 г.»<sup>1019</sup>.

Действительно, таковой оказалась судьба трудов Н.А. Бердяева, И.А. Ильина, П.И. Новгородцева, С.Л. Франка. Перед нами блестящие имена! На каком-то этапе (обычно в молодые годы) трансформации собственного мировоззрения эти мыслители обращались к анализу проблемы «человек-право-общество», но их выводы, в конечном итоге, носили исключительно метафизический характер. Для части мыслителей приоритет имел человек, но не как таковой, а как образ и подобие Бога (Н.А. Бердяев, Б.П. Выше-славцев, С.Л. Франк). Для других (П.И. Новгородцев, Е.Н. Трубецкой) переосмысление пройденного и пережитого привело к отказу от прежних либеральных воззрений и переходу к ортодоксальному православию. Социально-антропологическому анализу действительности (в том числе и права) в такой системе ценностей места не нашлось. Понимание права (и конституции как его внешнего выражения и закрепления), его значимости в реальной жизни общества и личности трансформировалось в религиозно-правовой и нравственный подходы к нему. Соотнесение реальных общественных проблем с конституционализмом подменялось метафизическими построениями.

Все вышесказанное можно подтвердить, обратившись к изложению П.И. Новгородцевым основ русской философии права, состоящей из нескольких специфических элементов:

- во-первых, высшим идеалом общественных отношений является внутренне свободное единство всех людей, достигаемое не внешним принуждением, а Христовыми заповедями, когда они станут внутренней природой человека;

- во-вторых, единственным и совершенным путем к идеалу признается

---

<sup>1018</sup> Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 23.

<sup>1019</sup> Синюков В.Н. Указ. соч. С. 149.

свободное внутреннее обновление людей и их взаимная солидарность, основанная на Божьей благодати;

- в-третьих, право и государство «представляют собой известные вспомогательные ступени этого развития, которые сами по себе слишком слабы для преобразования жизни. Их задача – возможно ближе подняться к действительному идеалу общественной жизни, воплощенному в церкви в ее идеальном смысле, как месте внутреннего свободного сожития людей, освященном и поддерживаемом божественной благодатью»<sup>1020</sup>;

- в-четвертых, закон Божий (как закон всеобщей любви) становится высшей нормой всех общественных отношений, а право и государство должны основываться именно на нем;

- в-пятых, процесс развития права и государства не должен рассматриваться с «земных» позиций<sup>1021</sup>.

При таких взглядах на право и государство, видимо, не следует ожидать их признания в качестве значимой ценности. Право низводится на низшую ступень социального регулирования, обладая лишь «негативной» пользой – препятствуя проявлениям хаотической стороны природы человека. В современной теории права вопрос о его ценности решается достаточно однозначно. Ценность права не только носит «негативный», но и позитивный характер. Так, В.И. Червонюк полагает, что «право признает (утверждает) и защищает (обеспечивает) абсолютные ценности – свободу, справедливость, общую пользу (общий интерес), правовую стабильность (правовой порядок)»<sup>1022</sup>. Проявлениями позитивной природы права выступают:

- инструментальная ценность, т.е. внесение в общественную жизнь рациональных начал, учреждение и охрана общего масштаба и единых правил поведения, воплощающих высшие моральные ценности и идеалы;

- общесоциальная ценность, представляющая собой оказание воздействия на деятельность и поведение людей посредством согласования их специфических интересов;

- собственная ценность, т.е. гарантирование возможности нормальной деятельности индивида и общества;

- гуманистическая ценность, выражающая и определяющая свободу личности в обществе, указание границ свободы<sup>1023</sup>.

Если же право воспринимать в православно-догматическом аспекте, то, при наличии «благодати», в нем (и в конституции) нет никакой необходимости. Сама же «благодать» снисходит на индивида свыше и не может быть рационально определена и осмыслена. Формы ее проявления, как Божественного феномена, различны и не поддаются классификации. Место строго формализованного права занимает аморфная умозрительная конст-

<sup>1020</sup> Новгородцев П.И. О задачах современной философии права // Сочинения. М., 1995. С. 374.

<sup>1021</sup> Там же. С. 374–375.

<sup>1022</sup> Червонюк В.И. Теория государства и права. М., 2006. С. 252.

<sup>1023</sup> Там же. С. 252–255.

рукция, не дающая возможности осуществить какое-либо эффективное нормативное регулирование.

Если право, согласно вышеизложенному, не является значимым, то для усмотрения государственной власти как раз и наступает время «благодати». В последнюю четверть XIX века в полную силу вступил идейно оформившийся отечественный политический консерватизм (М.Н. Катков, В.П. Мещерский, К.П. Победоносцев). По сути, консервативные публицисты и мыслители, сами того не желая, фактически ускоряли наступление деспотизма последующей советской эпохи, ведя яростную борьбу с конституционными устремлениями либеральной части общества. По глубоко-му убеждению К.П. Победоносцева, «величайшее зло конституционного порядка состоит в образовании министерства на парламентских или партийных началах. Каждая политическая партия одержима стремлением захватить в свои руки правительственную власть и к ней пробирается. Глава государства уступает политической партии, составляющей большинство в парламенте; в таком случае министерство образуется из членов этой партии и ради удержания власти начинает борьбу с оппозицией, которая усиливается низвергнуть его и вступить на его место»<sup>1024</sup>. Политическая практика достаточно убедительно показала: власть, стоящая над правом и руководствующаяся целесообразностью (пусть даже с благими намерениями), достаточно быстро формирует полицейское государство со всеми вытекающими последствиями. Период «контрреформ» (1881–1894) заметно усилил внешний блеск самодержавной монархии, однако необходимость экономической модернизации подталкивала правительство к либеральным мерам, в числе которых – становление социального законодательства и, как следствие роста материального благосостояния, стремление части населения к политической свободе<sup>1025</sup>. Как верно заметил Б.Н. Чичерин, «чтобы спасти свободу, необходимо, следовательно, рядом с общественным началом допустить и личное <...>. Действуя на пользу общества, человек приобретает и для себя материальное вознаграждение, почет, славу. А с другой стороны, действуя для себя, он приобретает и для общества, ибо общество требует с него на общественные нужды соразмерную часть его доходов: чем более он приобретает, тем более он платит. Который из двух путей он выберет, это зависит от его свободы; но для того, чтобы свобода существовала, надобно, чтобы оба были открыты»<sup>1026</sup>.

Определенное число современных исследователей отечественного права в последние годы пытается реконструировать консервативно-монархическую концепцию правопонимания и применить ее к реалиям XXI века, апеллируя к некоторым «константным» чертам менталитета части россиян (А.М. Величко, Р.А. Папаян, М.Б. Смолин, В.В. Сорокин)<sup>1027</sup>. Так, А.М.

<sup>1024</sup> Победоносцев К.П. Сочинения. СПб., 1996. С. 295.

<sup>1025</sup> Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права. В 2-х т. М., 2009–2010. Т. 1. С. 94–98.

<sup>1026</sup> Чичерин Б.Н. Собственность и государство. СПб., 2005. С. 282.

<sup>1027</sup> Величко А.М. Государственные идеалы России и Запада. Параллели правовых куль-

Величко придерживается мнения о том, что «идея правовой несвязанности верховной власти явно проявляется в следующем. Жизнь всегда ставит новые задачи и раскрывает проблемы, не предусмотренные действующим законодательством. Правовые реформы, которые государство осуществляет с известной периодичностью, никогда не поспевают за требованиями дня: надобность в новом законе возникает только тогда, когда ясно определен круг проблем, требующих правового регулирования. Как следствие, зачастую возникает коллизия между жизнью и законом. Причем верховная власть, соблюдая формальный принцип законности, поддерживает закон, а не требования жизни»<sup>1028</sup>.

С нашей точки зрения, именно потому, что «формальный» принцип законности нарушался постоянно, вопреки букве Основных Законов Империи, «требования жизни» восторжествовали, и превозносить несвязанность власти правом (особенно со стороны профессионального юриста, каковым является А.М. Величко) выглядит совершенно недопустимо. Тем более что в отечественной монархической среде начала XX столетия открыто признавалось бедственное положение в части соблюдения действовавшего законодательства, и ответственность за это справедливо возлагалась на бюрократический аппарат<sup>1029</sup>.

Как отмечает крупнейший отечественный теоретик монархической идеи Л.А. Тихомиров, «причиной недостаточности общественной свободы и охраны права всегда является, в основе, то обстоятельство, что задача права весьма сложная, так что на ее разрешение не хватало политического сознания и искусства, а между тем человеческие злоупотребления весьма чутко пользуются всеми прорехами, которые обнаруживаются в каждом политическом строе. Осуществление же свободы и права не зависит даже от одних политических условий, в тесном смысле слова, но требует всей совокупности действия тех факторов, которыми создается и держится человеческое общество»<sup>1030</sup>.

Разрабатываемая Л.А. Тихомировым концепция «правовой монархии» отталкивалась от того неоспоримого факта, что реальным хозяином положения в России являлся не самодержец, а бюрократизированный государственный аппарат. Нежелание же видеть это ведет лишь к умножению алогичных суждений и правовому нигилизму, набравшему уже в начале XX столетия большую силу. Во многом правовой нигилизм подпитывался отсутствием четко разработанных законотворческих процедур. Свод Законов в этом отношении являлся показательным примером. Никаких специальных нормативных актов по этому вопросу не принималось. Объяснение

---

тур. СПб., 1999; Он же. Философия русской государственности. СПб., 2001; Папаян Р.А. Христианские корни современного права. М., 2002; Смолин М.Б. Очерки имперского пути. М., 2000; Сорокин В.В. Понятие и сущность права в духовной культуре России. М., 2008.

<sup>1028</sup> Величко А.М. Философия русской государственности. СПб., 2001. С. 163.

<sup>1029</sup> Тихомиров Л.А. Монархическая государственность. СПб., 1992. С. 556–560.

<sup>1030</sup> Там же. С. 613–614.

создававшемуся положению можно дать с социально-антропологических позиций.

В России отсутствовало конституционное право в европейском понимании этого термина (хотя право государственное существовало), как и сама конституция (до 1906 г.). В этой связи И.А. Кравец, исследуя предпосылки становления конституционализма в дореволюционной России отмечает: «В правовом государстве, как оно понималось в начале XX века и имело практическое воплощение на европейском континенте, существовал один и единый законодательный путь, в одинаковой степени обязательный для всех законов: законы издаются, изменяются и отменяются одним и тем же порядком. Поэтому различие между законом и правительственным распоряжением было ясно в государствах с конституционным правлением. Гораздо труднее было обосновать это различие в государствах с монархическим неограниченным правлением, каким была Россия, где монарх и в законодательстве, и в управлении оставался одинаково неограниченным. <...> Прочность и незыблемость правопорядка подрывалась несоблюдением единства законодательного пути. Любой закон, установленный Высочайше утвержденным мнением Государственного совета, мог быть изменен и отменен в порядке верховного управления, например, путем всеподданнейших докладов отдельных министров. Тем самым управление по существу сливалось с законодательством и имело надзаконный характер»<sup>1031</sup>.

Действительно, если обратиться к действовавшему законодательству, то оно не содержало легального определения закона, а процедура его принятия сводилась к разработке проекта в Государственном Совете и последующем поступлении его на рассмотрение Императора, который волен был принять закон или отклонить его (ст. 50 Свода основных государственных законов в ред. 1892 г.)<sup>1032</sup>. Управление социальными процессами, действительно, может наталкиваться на пробелы в правовой системе, но и в наши дни, и в начале XX века существуют и существовали легальные способы разрешения противоречий. Пренебрежительное отношение к действовавшему законодательству, создание для государственной власти возможностей широкого усмотрения, на практике всегда приводит к деспотизму и крушению субъективных прав личности. Дихотомия «человек – право» разрешается в итоге не в пользу и первого, и последнего. Во многом сложившееся положение было отражением специфической социальной структуры российского общества рассматриваемого периода. По наблюдениям ряда исследователей, «социальная структура России <...> носила ярко выраженный переходный характер, соединяя средневековую архаику с характерными признаками Нового времени. Ее отличительными чертами была резкая поляризация "верхов" и "низов" общества при сравнительной немногочисленности и аморфности средних слоев населения, что отражало

---

<sup>1031</sup> Кравец И.А. Конституционализм и российская государственность в начале XX века. М., 2000. С. 37.

<sup>1032</sup> Конституционное право России. Хрестоматия. Новосибирск, 2000. С. 261.

неразвитость института средней и мелкой частной собственности, в том числе и земельной, задавленной государством. Налицо была и явная неадекватность материального и правового положения тех или иных сословий и классов их вкладу в обеспечение национально-государственных интересов страны, в ее экономическое и культурное развитие и защиту от внешнего врага. Это создавало почву для социально-политической нестабильности и потрясений, обрушившихся на Россию в XX в.»<sup>1033</sup>.

С позиций социально-антропологического подхода к анализу российского конституционализма крайне важным вопросом является как раз форма внешнего и внутреннего самосознания и самовыражения различных общественных групп и слоев. Если затрагивать положение дворянства, то в начале XX в. оно в массе своей утратило прогрессивные черты и все больше становилось «группой-рантье», обладавшей достаточно консервативными взглядами. Лишь незначительное количество дворян смогло рационально вести хозяйство и получать устойчивую прибыль. Фактически, в России не произошло становления «нового дворянства» по аналогии с Англией эпохи первоначального накопления капитала (XVI–XVII вв.). Кроме всего прочего, российское дворянство составляло около 1,5% населения Империи и постоянно сдавало свои политические позиции, несмотря на наличие прямой возможности активно влиять на общественную жизнь.

Пореформенное крестьянство также находилось в состоянии деморализации. С одной стороны, по данным Б.Н. Миронова, «сразу после отмены крепостного права в крестьянах обнаружилось развитие чувства личности, независимости, индивидуализма, особенно заметное в общинах, имевших тесные связи с городом благодаря отходникам. Это проявилось в падении нравственности, дисциплины, покушениях на помещичью собственность, неуважении к родителям, участившихся семейных разделах, росте пьянства, ослаблении уважения к церкви и религии, в "щегольстве", т.е. в стремлении заменить традиционную крестьянскую одежду городской, следовать городской моде»<sup>1034</sup>.

С другой же стороны, изменения в крестьянской среде активно тормозились благодаря существованию общины в качестве податной единицы и выведению крестьян из-под юрисдикции государственного правосудия по ряду споров и преступлений. По сути, крестьянство оставалось огромной непросвещенной массой (грамотными были, по данным Б.Н. Миронова, 20% мужчин и 6% женщин). Постоянно увеличивался культурный разрыв между образованными городскими слоями и сельским населением. Этот разрыв искусственно поддерживался законодательством, введшим ряд существенных ограничений передвижения «сельских обывателей» (в конституционном же государстве свобода передвижения есть одно из основных прав личности). Поэтому «паспортный режим на рубеже XIX–XX вв.

---

<sup>1033</sup> Модели общественного переустройства России. XX век / отв. ред. В.В. Шелохаев. М., 2005. С. 135.

<sup>1034</sup> Миронов Б.Н. Указ. соч. Т. 1. С. 335.

продолжал оставаться еще одним способом подчинения крестьян домохо- зяину и обществу, усиливая вместе с тем контроль коронных властей над ними, придавая виду на жительство не только фискальный, но и админист- ративный характер. Сложившаяся же на практике система получения и продления паспортов ставила крестьян в еще большую зависимость как от местных крестьянских властей, так и от полиции»<sup>1035</sup>.

Таким образом, гражданское общество в России к началу XX столетия еще не сложилось, а социальная структура носила переходный характер. Во многом эта затянувшаяся «переходность» связана с тем, что «россий- ская культура представляет собой мобилизационный тип политической культуры с весьма специфическим соотношением "свободы" и "воли". Точнее, свобода как ключевое понятие европейской ментальности у росси- ян так и не смогло оформиться. Место свободы заняла воля, которая про- является в абсолютизации независимости, тогда как русская политическая культура культивировала идею свободы личности для расширения воз- можностей ее служения отечеству, долгу, т.е. изначально свободная лич- ность несла на себе печать жертвенности. Кроме того, желание осуществ- ить невозможное, постоянный поиск лучшей жизни в сочетании с неукро- тимой верой в способность ее достижения породило такую черту, как уто- пичность»<sup>1036</sup>. В определенной степени торможение правового развития страны объясняется как консерватизмом правящих кругов, так и общин- ными порядками в деревне. Кроме того, определенная часть отечественных юристов и философов находилась, как мы уже не раз отмечали выше, под воздействием исторической школы права, которую никак нельзя заподоз- рить в симпатиях к демократии и либерализму, являвшихся, в свою оче- редь, предпосылками любого конституционного движения.

Основными чертами конституционного государства (в трактовке из- вестного государствоведа Ф.Ф. Кокошкина) выступают:

- участие народа или народных представителей в законодательстве;
- разделение властей<sup>1037</sup>.

Разумеется, согласимся с мнением В.Н. Синюкова о том, что «творче- ство русских правоведов конца XIX – начала XX в., безусловно, способст- вовало росту общей культуры и юридического самосознания в сфере ака- демической и бюрократической элит России. Эта роль и эта функция оте- чественного правоведения конца XIX в. имеют много общего с нашим пра- воведением времен перестройки и постперестройки, также активно про- должавшим западные либеральные доктрины, которые звучали оригиналь- но в стране, стиснутой долгое время марксистскими догмами. Увлечение либерализмом было бы вполне заурядным явлением, если б не утрачивало в общественном сознании своей подлинной оценки как просветительского

---

<sup>1035</sup> Иванова Н.А., Желтова В.П. Сословно-классовая структура России в конце XIX – начале XX века. М., 2004. С. 121.

<sup>1036</sup> Орлов И.Б. Политическая культура России XX века. М., 2008. С. 73.

<sup>1037</sup> Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву. М., 2004. С. 224.

и информационного течения и не претендовало на нормативность и участие в практическом переустройстве Российского государства и права в качестве очередного "истинного" рационального моделирования российского общества»<sup>1038</sup>. Ученые, находившиеся под влиянием исторической школы права (П.И. Новгородцев, Н.С. Таганцев), придерживались отличных от большинства воззрений. Основным постулатом этого направления в юриспруденции сводился к признанию ведущим источником права обычая, «духа народа». По мысли одного из столпов исторической школы, Г.Ф. Пухты, «предполагается, что законодатель действительно выражает общее убеждение народа, под влиянием которого он должен находиться, – все равно принимает ли он в свой закон уже установившееся юридическое воззрение или согласно истинному духу народа содействует образованию его»<sup>1039</sup>.

Историческая школа права, несмотря на определенные заблуждения и ошибки, отразила крайне важный аспект права как социального феномена, а именно – его непосредственную связь с образом жизни населения, его менталитетом. Следовательно, институты государства также находятся под непосредственным воздействием устремлений господствующих социальных групп. Правопорядок и законность в таком случае будут отражать только ту часть правовой действительности, которая совпадает с «духом народа» и исходит непосредственно от него. Основная же масса сельского населения России требовала «земли и воли», а отнюдь не конституционного правления и правовой государственности. Неразрешимость до логического конца аграрного вопроса и порождала социальные волнения. По данным А.Н. Медушевского, «накануне 1905 г. в общинном владении было 82% всех надельных крестьянских земель, 98 млн десятин. Существенным элементом данной системы отношений была круговая порука, причем оплата податей и выполнение повинностей производились всеми (один за всех, все за одного). При таком подходе община поддерживала своих членов, но в то же время ограничивала их индивидуалистические устремления. Уравнительность и круговая порука наряду с постоянными переделами обрабатываемой земли формировали устойчивые стереотипы коллективной ответственности. Свободного выхода из общины долгое время не существовало»<sup>1040</sup>. Попытки не замечать этого, свойственные отечественной общественной мысли в целом (и теоретической юриспруденции в частности), вели к значительной схематичности политико-правовых понятий и их оторванности от реальных процессов развития страны. Идеал вытеснял действительность на периферию общественного сознания и в итоге сам утратил какую-либо значимость. С позиций социальной антропологии такое положение дел вполне объяснимо.

---

<sup>1038</sup> Синюков В.Н. Указ. соч. С. 149–150.

<sup>1039</sup> Пухта Г.Ф. Из работы «Энциклопедия права» // История философии права. СПб., 1998. С. 341.

<sup>1040</sup> Медушевский А.Н. Проекты аграрных реформ в России. XVIII – начало XXI века. М., 2005. С. 321.

Как мы уже не раз отмечали, российский образованный слой был лишен практической возможности «прийти во власть» и стать частью эффективного государственного механизма. Один из наблюдательных современников, Э.Н. Берендтс, исследовавший причины слабости отечественной системы управления, верно подметил характерный факт: «Не отрицая нисколько, что во всех слоях нашего общества всегда находились и ныне находятся лица, выдающиеся по уму, сердцу, спокойной энергии, пламенности патриотических чувств, трезвости мышления и пронизательности, нельзя не признать, что наше передовое интеллигентное общество, взятое в целом, страдает дряблостью, при оценке нравственных факторов общественной жизни (стоит только припомнить обычное сентиментальное отношение ко всем проявлениям преступности) и шаткостью в своих воззрениях на задачи и цели государства. Оно легко воспламеняется всеми новыми идеями, бескритически относится ко всякому новшеству, в особенности если оно окрашено ореолом сильного радикализма, и в то же время с беспощадной критикой смотрит на родное достояние, на то, что добыто потом и кровью предков, именно потому, что унаследованное, благодаря прилитием к нему крови и поту веков, не изящно, на вид грубо и отсталое»<sup>1041</sup>.

Воздействие же идей исторической школы в определенной степени смягчало разрыв между сущим и должным (хотя он никогда полностью не был преодолен) и подталкивало часть ученых к признанию важности изучения бытия права в реальном мире. Крупнейший дореволюционный специалист в сфере русского уголовного права Н.С. Таганцев писал: «Устойчивость правовых норм проверяется по преимуществу условиями их исторического развития. Право создается народной жизнью, живет и видоизменяется вместе с ней; поэтому понятно, что прочными могут оказаться только те положения закона, в которых выразились эти исторически сложившиеся народные воззрения; закон, не имеющий корней в исторических условиях народной жизни, всегда грозитя сделаться мертвой буквой»<sup>1042</sup>.

Непосредственная связь права с развитием общества и государства, создание реальных механизмов правоприменения не были в поле зрения большинства отечественных правоведов. Утопические тенденции правопонимания преодолеть не удалось. Поиск нравственного идеала, как уже отмечалось, привел к признанию приоритета внеправовых регуляторов над собственно правовыми.

Российская действительность, которую столь сильно критиковали ученые, придерживающиеся как марксистских (М.Н. Покровский), так и либеральных воззрений (П.И. Новгородцев, П.Н. Милюков), не натолкнула практически никого из них на необходимость анализа фактического состояния дел и сбора статистических данных о воззрениях населения на сущность права и государства. Право многими учеными рассматривалось по-прежнему как некое дополнение к нравственности и религии. Видимо,

---

<sup>1041</sup> Берендтс Э.Н. О прошлом и настоящем русской администрации. М., 2002. С. 21–22.

<sup>1042</sup> Таганцев Н.С. Указ. соч. Т. 1. С. 28.

только Ф.В. Тарановский сделал однозначный вывод о том, что «ближайшим родовым понятием для права является понятие социальной нормы. Понятие права входит в объем понятия должного поведения людей в общественной среде. Мы можем выразить эту мысль еще иначе и сказать, что право имеет нормативный характер, исполняет нормативную функцию в обществе»<sup>1043</sup>. В том-то и дело, что нормативности права в русской дореволюционной юриспруденции не повезло. Она (нормативность) признавалась на уровне государственного правотворчества и закреплялась в ст. 84 и 85 Основных Законов (в ред. 23 апреля 1906 г.), но как правило жизни она существовала с большими изъятиями, часто уступая место целесообразности<sup>1044</sup>.

Кроме всего прочего, защитниками идеи монархической законности становились обычно представители консервативной части юридического сообщества и политической публицистики, которых в общей массе образованного общества было очень немного. Так, известный государствовед Н.А. Захаров придерживался мнения о том, что именно самодержавная власть является уравнивающим фактором, не позволяющим трем функциональным ветвям власти погрузиться в пучину противоборства и погубить государственность как таковую<sup>1045</sup>.

Стоит отметить любопытный факт: излагаемая Н.А. Захаровым концепция заложена в действующую Конституцию России 1993 г., которая определяет институт президента в качестве гаранта целостности государства и соблюдения законности (ст. 80 и 82 Конституции). По верному суждению М.В. Баглая, «эта функция предполагает широкое право Президента действовать по своему усмотрению, исходя не только из буквы, но и духа Конституции и законов, восполняя пробелы в правовой системе и реагируя на непредвиденные Конституцией жизненные ситуации. Дискреционная власть, неизбежная в любом государстве, не является сама по себе нарушением демократии и не чужда правовому государству, если, конечно, действия главы государства не порождают волюнтаризм, не ведут к нарушениям прав человека, не взрывают механизм общественного согласия и не приводят к массовому неповиновению властям. Дискреция не перечеркивает конституционного права граждан на судебное обжалование действий Президента»<sup>1046</sup>.

Возвращаясь к исследуемому периоду, отметим то обстоятельство, что основные идейные направления, противостоящие друг другу (консерватизм, либерализм, социализм), по сути, не выходили за рамки образованного общества (5–8% населения), для которого идея правового государства и конституционализм были понятны и в значительной степени притягательны. Радикальные, антиправовые воззрения в различных формах при-

<sup>1043</sup> Тарановский Ф.В. Энциклопедия права. СПб., 2001. С. 69.

<sup>1044</sup> Законодательные акты переходного времени 1904–1908 гг. / под ред. Н.И. Лазаревского. М., 2010. С. 551.

<sup>1045</sup> Захаров Н.А. Система русской государственной власти. М., 2002. С. 296–334.

<sup>1046</sup> Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М., 2009. С. 475.

влекали к себе гораздо чаще, чем остальные идейные течения вместе взятые. Как верно полагает В.А. Буков, «до революции радикальные партии и их вожди действовали не в безвоздушном пространстве. Вокруг них группировался довольно значительный слой т.н. "околореволюционной интеллигенции". Было бы неверно полагать, что слой этот рекрутировался едва ли не исключительно из люмпенизированной массы "экстернов" и "недоучек", не сумевших найти себя в условиях российской действительности, хотя, конечно, численно этот круг людей и преобладал»<sup>1047</sup>.

Действительно, революционные настроения в образованном обществе были распространены к 1905 г. достаточно широко, что открывало дорогу (наряду с правительственным консерватизмом) дальнейшему усилению правового нигилизма<sup>1048</sup>. Особенно ярко эти настроения проявились в деятельности первых двух Государственных Дум (1906–1907 гг.). Подавляющее большинство избранных депутатов ни в коей мере не стремились осуществлять свои полномочия в рамках действовавшего законодательства и правового пространства в целом (несмотря на то, что в составе обеих первых Дум был представлен цвет российской юриспруденции: И.В. Гессен, С.А. Муромцев, П.И. Новгородцев, Л.И. Петражицкий, Г.Ф. Шершеневич). Следует, конечно, учитывать тот факт, что «закон должен соответствовать материальным условиям жизни общества, общественным потребностям, быть своевременным, должен адекватно опосредовать регулируемые отношения, воплощать собой технико-юридическое совершенство, его обсуждение, принятие и введение в действие должны иметь место при соблюдении особых правил, закрепленных юридически. При наличии этих требований, реально воплощенных в законе, последний приобретает свое главное свойство – верховенство. Следует особо отметить, что закон не сводится к приказам властей и управленческим решениям. В этом его коренное отличие от других юридических нормативных актов»<sup>1049</sup>.

Специфика положения Государственной Думы в императорской России заключалась, по нашему мнению, в ее «инородности» по отношению к существовавшим ментальным установкам как правящих верхов, так и низов. Сам процесс перехода от самодержавной монархии к конституционной был сопряжен с огромными сложностями и проблемами, которые исследованы в отечественной и зарубежной литературе достаточно подробно. Многие ученые ставили ранее и ставят в настоящее время вопрос о степени реальности российского парламентаризма и конституционализма (М. Вебер, В.Е. Усанов, О.И. Чистяков).

Изменения, произошедшие в государственном строе страны, носили вынужденный характер и юридическое положение высших органов власти

---

<sup>1047</sup> Буков В.А. От российского суда присяжных к пролетарскому правосудию: у истоков тоталитаризма. М., 1997. С. 63.

<sup>1048</sup> Сирин С.А. Правовой нигилизм и социальная философия: опыт критического исследования. Иркутск, 1995.

<sup>1049</sup> Вороненков Д.Н. Правовой нигилизм и правовой идеализм в современном российском обществе на рубеже веков. СПб., 2004. С. 78–79.

не соответствовало фактическому. Так, О.И. Чистяков придерживается мнения о том, что статус Государственной Думы носил двойственный характер. По мысли ученого, «она орган тоже представительный, несомненно. Но вот что касается провозглашения ее парламентом, об этом много и много нужно думать. <...> роль этого органа в государственном управлении, в государственном механизме вообще, конечно, несоизмерима с тем, которую полагается иметь парламенту. Поскольку права-то у Думы ведь очень маленькие. Все-таки монархия в России»<sup>1050</sup>. Во многом О.И. Чистяков прав. Правовое положение Думы было законодательно сконструировано так, чтобы она в целом не могла посягать на права Верховной власти, т.е. на прерогативы монарха. Фактически отсутствовало единое правительство, так как Председатель Совета Министров и отдельные министры назначались на должность и освобождались от нее единолично императором и несли ответственность только перед ним. Прерогативы монарха на основании обновленных Основных Законов от 23 апреля 1906г. были чрезвычайно широкими и какое-либо их юридическое ограничение в принципе отвергалось. Это подтверждается ходом дискуссий на царскосельских совещаниях, предшествовавших принятию избирательного законодательства и новой редакции Основных Законов<sup>1051</sup>.

В целом, все эти дискуссии происходили под непосредственным воздействием нараставшего кризиса, приведшего к первой русской революции 1905–1907 гг., и только страх перед наступлением хаоса породил российский парламентаризм и Конституцию 1906 г. Кроме всего прочего, если радикализм интеллигенции подтачивал слабые ростки конституционализма и законности «снизу», то пренебрежение к праву со стороны Верховной власти значительно уменьшало шансы эффективной модернизации страны «сверху». В правительственных сферах господствовало консервативное восприятие прерогатив монарха и большинство чиновников предлагало остановиться на концепции законосовещательной Думы<sup>1052</sup>. Также необходимо принять во внимание то обстоятельство, что «русской государственной системе вплоть до октября 1905 года были свойственны два абсолютно очевидных "зияния": царские распоряжения не были скреплены министерством и не было кабинета министров в европейском смысле. Императорские законы, указы, распоряжения до введения основных законов от 23 апреля 1906 года, требующих "скрепления", подписывались лично императором либо имели пометку на оригинале собственной рукой Его Величества «быть по сему». Подробные министерские доклады, содержащие одновременно анализ и распоряжения, имели в конце примечание, что они получили высочайшее одобрение»<sup>1053</sup>.

---

<sup>1050</sup> Чистяков О.И. Избранные труды. М., 2008. С. 99.

<sup>1051</sup> Протоколы царскосельских совещаний // Русский конституционализм: от самодержавия к конституционно-парламентской монархии. М., 2001. С. 39–162.

<sup>1052</sup> Представительная власть в России: история и современность // под ред. Л.К. Слизки. М., 2004. С. 258–266.

<sup>1053</sup> Вебер М. О России. Избранное. М., 2007. С. 62–63.

Тем не менее, уже к октябрю 1905 г. стало ясно, что законосовещательная Дума не сможет существовать в революционизированном обществе. 17 октября 1905 г. Николай II, под давлением сложившейся обстановки, подписал Манифест «Об усовершенствовании государственного порядка», в котором провозглашался ряд конституционных свобод и излагалась правительственная точка зрения на дальнейшие реформы<sup>1054</sup>.

Как справедливо считают многие современные историки, «Манифест 17 октября не был конституцией; это была декларация намерений. Данная очевидность нередко игнорировалась (и игнорируется). Немалое число современников, главным образом из числа фигурантов "освободительного движения", как и последующих исследователей, в угоду политическим интересам и догматическим мировоззренческим пристрастиям трактовали его как "закон прямого действия". Согласно подобным воззрениям все положения о свободах и правах должны были стать нормой жизни в огромной империи сразу же после опубликования. И это при отсутствии всякого законодательного регулирования! В действительности никаким "актом прямого действия" манифест не являлся и являться не мог. Власть намечала перспективу преобразований, которые надлежало проводить постепенно, в атмосфере стабильности и порядка»<sup>1055</sup>.

Разумеется, по своей правовой природе Манифест являлся совокупностью декларативных норм. Для придания провозглашенных в них правам и свободам прямого действия требовалось изменить Основные государственные законы (в ред. 1892 г.) и принять ряд новых нормативных актов. Кроме того, как справедливо отмечает А.Ф. Смирнов, с мнением которого мы вполне солидарны, «вплоть до реформ 1904–1907 гг. в России отсутствовало конституционное понятие закона. Основным формальным признаком закона в государственном праве XIX в., как правильно отмечали юристы (Н.М. Коркунов, Н.М. Лазаревский), оставалось "высочайшее утверждение", включая и устное повеление монарха. При этом такие аспекты законотворчества, как законодательный почин, форма нормативного акта, участие в его подготовке Государственного совета, Кабинета министров, а в его издании – Сената, и другие аспекты на практике не принимались во внимание»<sup>1056</sup>.

После создания парламента старые недостатки законотворчества наложились на нежелание большинства депутатов первых двух составов Думы вести кропотливую и рутинную работу по эволюционному изменению основ государственного строя. Вместо этого – почти постоянные нападки на историческую власть и отторжение любых ее попыток искать компромисс. Именно на эту сторону отечественного парламентаризма обращает внимание ряд российских и зарубежных ученых, с воззрениями которых наша

---

<sup>1054</sup> Законодательные акты переходного времени 1904–1908 гг. С. 135–136.

<sup>1055</sup> История России. В 2-х т. /под ред. А.Н. Сахарова. М., 2008. Т. 2. С. 275.

<sup>1056</sup> Смирнов А.Ф. Государственная Дума Российской Империи (1906–1917). М., 1998. С. 39–40.

позиция во многом совпадает<sup>1057</sup>.

Кроме всего прочего, как справедливо отмечает А.А. Вологдин, «оценивая Манифест 17 октября 1905 г., не следует забывать, что права человека, провозглашенные в нем, не были для России полным откровением. В той или иной мере россияне пользовались и ранее свободой совести, слова, печати. Повременные издания, разрешенные МВД, например, выходили без всякой предварительной цензуры. Природные российские подданные пользовались всеми правами, в том числе правом судебной защиты, независимо от сословной и иной принадлежности. Но с предоставлением свободы собраний и союзов, легализовавшим процесс образования в России политических партий, российское правительство серьезно запоздало. В октябре 1905 г. главные оппозиционные силы и движения требовали уже не только свободы, но и власти. Они не были удовлетворены половинчатыми мерами правительства»<sup>1058</sup>.

На основании разработанного правительственными кругами избирательного законодательства, почти все мужское население Империи получило право голоса по достижении 25 лет (п. 2 ст. 6 Положения о выборах в Государственную Думу)<sup>1059</sup>. В силу накаленной политической обстановки и стремления реализовать партийные программы и обещания избирателям действия различных социальных сил превращались порой в намеренное расшатывание государственности. В этом контексте не выглядит неожиданным роспуск первых двух Дум и последующее нелегитимное изменение избирательного законодательства.

Характерно другое явление: ни либеральная общественность, определявшая характер деятельности обеих первых Дум, ни правительство не пытались в процессе разрешения противоречий открыто обращаться к положениям первой русской Конституции от 23 апреля 1906 г., которая, по мнению С.Г. Пушкарева, «при всей ее неполноте и сохранении многих остатков самодержавия и гражданского неравенства, тем не менее, обеспечила существование свободно избранного народного представительства, установила принцип разделения властей и дала населению значительно больше основных гражданских свобод, чем прежде»<sup>1060</sup>.

С одной стороны, становление отечественного парламентаризма, действительно, объективно вело к фиксации ряда конституционных прав и свобод подданных и их систематизации. Так, Основные Законы провозглашали:

- неприкосновенность личности и законность юридического преследования (ст. 72–74);
- неприкосновенность жилища (ст. 75);

---

<sup>1057</sup> Демин В.А. Государственная Дума России (1906–1917): механизм функционирования. М., 1996. С. 61–83; Пайпс Р. Русская революция. В 2-х т. М., 1994. Т. 1. С. 172–218; Пушкарев С.Г. Россия в 1801–1917: власть и общество. М., 2001. С. 393–452.

<sup>1058</sup> Вологдин А.А. История государства и права России. М., 2007. С. 407.

<sup>1059</sup> Законодательные акты переходного времени 1904–1908 гг. С. 584.

<sup>1060</sup> Пушкарев С.Г. Указ. соч. С. 378.

- свободу передвижения, выбора занятий, места жительства, выезда за пределы государства (ст. 76);
- неприкосновенность собственности (ст. 77);
- свободу собраний (ст. 78);
- свободу слова и печати (ст. 79);
- свободу союзов (ст. 80);
- свободу совести (ст. 81)<sup>1061</sup>.

Деятельность большого числа политических партий и иных общественных организаций также создавала благоприятные условия для становления гражданского общества. Изменение характера государственного механизма позволило некоторым исследователям утверждать, что «после 1906 г. Российская империя представляла собой конституционную дуалистическую монархию, в которой законодательная власть принадлежала императору и двухпалатному парламенту, высшая исполнительная – императору и ответственным перед ним министрам, высшая и контрольная – Правительствующему сенату»<sup>1062</sup>. Основными чертами дуалистической монархии (по крайней мере с точки зрения теории) выступают:

- широкие полномочия монарха в сфере управления делами государства;
- монарх и его правительство обладают правом издавать нормативные акты по вопросам, не входящим в компетенцию парламента;
- парламент обладает достаточно узкими полномочиями и не вправе по своей инициативе принимать законы;
- монарх обладает правом абсолютного вето;
- в перерывах между сессиями парламента монарх вправе издавать нормативные акты, входящие в компетенцию законодательного органа;
- монарх обладает судебными полномочиями;
- парламент может быть распущен монархом в любое время без объяснения причин.

Кроме того, как верно замечает ряд современных исследователей, «монархию как форму правления весьма красноречиво характеризуют не только юридические, но и социально-психологические признаки. Можно указать на следующие. Власть монарха воспринимается как нечто божественное, а монарх – как человек, осененный божьей благодатью, наделенный властью от бога. Монархия основана и держится на патриархальном сознании, представлении, что "каждый за себя, один царь – за всех", признании неравенства людей, их ранжированности по имущественному положению, званию, месту в социальной иерархии. Монархическая власть сопровождается доверием к монарху, провозглашением верности и любви к нему, надеждами на доброго царя-батюшку. Вместе с тем монархия держится на принуждении, жесткой дисциплине и субординации, наконец, монархиче-

<sup>1061</sup> Конституционное право России. Хрестоматия. С. 377–378; Шевцов В.С. Конституционализм в России. В 2-х т. М., 2011. Т. 1. С. 103–104.

<sup>1062</sup> История государственного управления в России. Ростов-на-Дону, 2005. С. 292.

ское сознание в целом является консервативным. Ему свойственны терпение, желание сохранять существующие традиции, установившиеся нормы поведения»<sup>1063</sup>.

С другой стороны, реальное состояние российской государственности и правовой системы существенно отличалось от идеальных моделей. Продолжало действовать «Положение об усиленной охране», введенное еще в 1881 г., статус Совета Министров не соответствовал основным принципам конституционного государства и, самое главное, правовая система страны продолжала оставаться архаичной. Кодификация основных отраслей права, начатая принятием в 1903 г. Уголовного Уложения, практически была остановлена и ряд важных законопроектов так и пролежал в архивах Сената и Государственного Совета до 1917 г. Правящий слой Империи по-прежнему стремился к бесконтрольности действий, так и не сумев понять, что традиционализм должен уступить место реформизму в целях недопущения революции.

Кроме всего прочего, сам российский конституционализм во многом оказался «мнимым» и «номинальным» (это положение сохраняется и в начале XXI века). Крупнейший немецкий социолог М. Вебер, анализируя все происходившие изменения в государственном строе России 1905–1907 гг., отмечал: «Совершенно ясно, что здесь происходит, – бюрократическая рационализация самодержавия во всей внутренней политике, теперь она оказывается сферой специалиста, а это означает при недостатке независимости у власти исключительное господство бюрократии. Автократ-самодержец <...> получает все внутривластные проблемы на рассмотрение только после того, как их "разжевали" премьер-министр и Совет министров. В этом последнем консолидированы интересы бюрократии»<sup>1064</sup>.

Основные Законы 1906 г. оставляли неурегулированными на уровне текущего законодательства возможности непосредственной реализации прав подданных, ограничив их рядом условий и сохранив старые нормативные акты, противоречащие «новому строю». Кроме того, Основные Законы предоставили монарху право единолично предлагать осуществление пересмотра текста Конституции. По мнению такого известного государственоведа, как И.А. Кравец, «нельзя считать данный способ обеспечения неприкосновенности Основных законов, в частности, и конституций, вообще, оригинальным творением русских реформаторов, которые стремились огранить реформированный государственный строй Российской империи от расширения уступок, сделанных монархом под воздействием первой русской революции. Извлеченный из недр конституционной истории Германии начала XIX века через влияние конституционного опыта Японии, он стал полноправным хранителем русской конституции начала XX века»<sup>1065</sup>.

<sup>1063</sup> Теория государства и права / под ред. В.Я. Любашица. М.–Ростов-на-Дону, 2003. С. 128.

<sup>1064</sup> Вебер М. О России. С. 67.

<sup>1065</sup> Кравец И.А. Конституционализм и российская государственность в начале XX века. С. 121.

С формально-юридических позиций, действительно, принятие новой редакции Основных Законов от 23 апреля 1906 г. означало шаг по пути становления правового государства, какие бы оговорки при этом ни делались в самом тексте Конституции. Как верно отмечает В.М. Курицын, «... многие государствоведы и особенно историки конституционную монархию отождествляют только с такой ее формой, как парламентская монархия английского типа, где правительство формируется парламентом и ответственно перед ним. <...> Но существует и другая форма конституционной монархии – дуалистическая монархия. В самом названии этой формы говорится о дуализме, т.е. наличии двух центров власти – монарха и парламента, с преобладанием власти монарха»<sup>1066</sup>.

Если же к проблемам российского конституционализма подходить с точки зрения социальной антропологии, то ни о каком правовом государстве говорить не приходится. Противодействие реформам и установлению строгой законности (тем более – законности конституционной) происходило не только со стороны радикальных групп социума, но и со стороны самой исторической власти. На протяжении деятельности всех четырех «имперских» Дум огромное количество законопроектов, направленных на упорядочение правового статуса личности и создание реального режима законности, не смогло быть воплощено в жизнь в результате активного сопротивления правительственных сфер и консервативного большинства Государственного совета<sup>1067</sup>.

В правительственной Декларации от 6 марта 1907 г. достаточно недвусмысленно говорилось: «В основу всех тех правительственных законопроектов, которые министерство вносит ныне в Думу, положена <...> одна общая руководящая мысль, которую правительство будет проводить и во всей своей последующей деятельности. Мысль эта – создать те материальные нормы, в которые должны воплотиться новые правоотношения, вытекающие из реформ последнего времени. Преобразованное по воле Монарха отечество наше должно превратиться в государство правовое, так как, пока писанный закон не определит обязанностей и не оградит прав отдельных русских подданных, права эти и обязанности будут находиться в зависимости от толкования и воли отдельных лиц, то есть не будут прочно установлены»<sup>1068</sup>. Реалии же, как уже не раз отмечалось выше, оказывались совершенно иными. Долгие годы необходимые проекты не могли обрести юридическую силу и пройти все бюрократические препоны. Таковой, в частности, была судьба законопроекта о неприкосновенности личности. В своей блестящей речи в поддержку данного проекта В.А. Маклаков настаивал на выполнении соответствующего обещания, данного Манифестом 17 октября 1905 г. По словам В.А. Маклакова, «нет ничего более характерного, как этот манифест, который объявил и обещал, что отныне на Руси

---

<sup>1066</sup> Курицын В.М. Концепция истории государства и права. М., 2008. С. 102.

<sup>1067</sup> П.А. Столыпин: Программа реформ. Документы и материалы. В 2-х т. М., 2003.

<sup>1068</sup> П.А. Столыпин: Программа реформ. Т. 1. С. 33.

будет установлена действительная неприкосновенность личности. Сколько смысла и сколько трагизма в этом небольшом слове "действительная". Ведь оно означает, что неприкосновенность была, но была на бумаге, была в законах, была на словах, и то обещание, которое дал манифест, заключается в том, что из слов, из обещаний эта неприкосновенность делается русской действительностью»<sup>1069</sup>.

Мы уже неоднократно подчеркивали значимость для устойчивого развития права зрелых отношений собственности. На необходимость укоренения идеи собственности в психологии людей обращали внимание не только ученые и публицисты дореволюционной России, но и политические деятели, реально определявшие в начале XX столетия пути ее развития. В одной из своих программных речей во II Думе последний великий реформатор Империи П.А. Столыпин пророчески произнес: «Пробыв около 10 лет у дела земельного устройства, я пришел к глубокому убеждению, что в деле этом нужен упорный труд, нужна продолжительная черная работа. Разрешить этого вопроса нельзя, его надо разрешать. В западных государствах на это потребовались десятилетия. Мы предлагаем вам скромный, но верный путь. Противникам государственности хотелось бы избрать путь радикализма, путь освобождения от исторического прошлого России, освобождения от культурных традиций. Им нужны великие потрясения, нам нужна Великая Россия»<sup>1070</sup>.

Разрешение вопроса о земле означало бы иной вектор развития страны. Столыпинская аграрная реформа как раз и была направлена на формирование слоя мелких и средних собственников, которые со временем, наряду с горожанами, образовали бы многочисленный и устойчивый средний класс. Образование же такого социального слоя, достаточно сплоченного, грамотного и осознающего свои интересы, позволило бы ускорить движение к правовому государству и гражданскому обществу. Исходя же из реалий, массовой поддержки столыпинских преобразований достичь не удалось. Слишком консервативны были верхи общества и излишне радикальны низы. Кроме всего прочего, «важнейшей чертой, отличавшей Россию от всех западных держав и даже от Японии, являлась неукорененность в деревне частнособственнических отношений, господство общины, которая объединяла до 80% надельных крестьянских земель и большинство населения страны. В то время как на Западе крестьянская община уже в XV–XVIII вв. стала клониться к упадку, а в некоторых странах и исчезать, в России (как и на Востоке) она продемонстрировала удивительную живучесть. До середины XIX в. это объяснялось особенностями исторического развития страны, и в том числе крепостным правом, а в пореформенную эпоху – политикой государства (поддерживавшего общину из фискальных соображений

---

<sup>1069</sup> Маклаков В.А. Неприкосновенность личности и административный произвол // Русский конституционализм в период думской монархии. М., 2003. С. 159.

<sup>1070</sup> Столыпин П.А. Нам нужна Великая Россия. Полное собрание речей в Государственной Думе и Государственном Совете (1906–1911). М., 1991. С. 96.

и с целью сохранения политико-административного контроля над крестьянством), а также сложным материальным положением крестьян <...><sup>1071</sup>. В контексте социально-антропологического подхода к российскому конституционализму и правовой системе следует принять во внимание то обстоятельство, что сами крестьяне далеко не везде и не всегда поддерживали проводимые правительством мероприятия по улучшению собственного быта и достатка. По утверждению А.Н. Медушевского, «Столыпин хотел сыграть роль русского Бисмарка и осуществить модернизацию страны. Но реформы были заблокированы консервативной бюрократией. Реально был принят (из всей программы) только закон о землевладении и землеустройстве. Столыпинская реформа, как ответ правительства на революцию, столкнулась с сопротивлением многих крестьянских общин. Хотя реформа могла быть выгодна отдельным крестьянам, община в силу своего консерватизма лишь в редких случаях разрешала выход из нее, и сход принимал решение о приватизации всей земли в основном под давлением административных институтов государства. Сопротивление крестьянских общин – основной тормоз реформы, и стимулирование со стороны местной администрации – главный двигатель реформы»<sup>1072</sup>.

С 1906 по 1916 гг. правом выхода из общины воспользовалось около 10% крестьян, что, конечно, недостаточно для формирования современного фермерства. Кроме того, роль государственной администрации в процессе аграрной реформы оказалась двойственной: с одной стороны – активная поддержка фермерства и колонизационного движения, а с другой – категорический отказ от создания всесословной волости как низшей административной единицы. Консервация крестьянской общины, естественно на уровне ментальных установок, способствовала воспроизводству локализма и желанию многих селян ничего не видеть за рамками своего «мира». Соответственно, и развитие права собственности почти не происходит за отсутствием в нем большой необходимости. С точки зрения теории гражданского права, «право собственности вечно и потомственно, т.е. связь данного объекта с данным субъектом продолжается до тех пор, пока не наступит юридический факт, разрывающий ее. Этим дается признак бессрочности права собственности в противоположность иным вещным правам, которые, как, например, право залога или пользования, при своем возникновении уже заражены срочностью. Следовательно, срочного или временного права собственности быть не может»<sup>1073</sup>.

В начале XX века гражданское право России в целом находилось в несистематизированном виде. Проект Гражданского Уложения так и не был принят до начала Первой мировой войны. С точки зрения типологии правовых систем российское гражданское право можно отнести к романо-гер-

---

<sup>1071</sup> Родригез А.М., Леонов С.В., Пономарев М.В. История XX века. Россия – Запад-Восток. М., 2008. С. 18–19.

<sup>1072</sup> Медушевский А.Н. Проекты аграрных реформ в России: XVIII – начало XXI века. М., 2005. С. 289.

<sup>1073</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 222.

манской семье, но со значительными оговорками. От права Германии и, в особенности, Франции, российское гражданское право отличалось большим плюрализмом источников. К таковым относились следующие:

1. Обычное право. Оно продолжало активно использоваться волостными судами, а также применялось во взаимоотношениях народов Севера и Сибири. Кроме того, нормы обычного права использовались на территориях компактного проживания казаков.

2. Законодательство. Этот источник гражданского права охватывал т. Х Свода Законов Российской Империи, а также ряд отдельных законоположений. Основными чертами закона выступали:

- общеобязательность;
- установление его государственной властью;
- установление норм закона в определенном порядке.

Гражданские законы подразделялись на несколько видов:

- принудительные, предписывающие (в форме повеления или запрещения) непременно известный порядок действий;
- исполнительные, дополняющие волю частных лиц, когда и насколько последние не определили сами своих отношений<sup>1074</sup>.

По пространственному (территориальному) признаку гражданские законы подразделялись на:

- общие, действовавшие на всей территории империи в отношении всех лиц;
- местные, действовавшие в пределах только части территории империи;
- особенные, действовавшие в отношении особого рода дел;
- специальные, действовавшие только в отношении лишь определенных лиц или профессиональных групп.

3. Судебная практика. Эта форма права в дореволюционном гражданском праве России признавалась лишь отдельными учеными, например, Ю.С. Гамбаровым, по мнению которого, «судебную практику <...> следует признать источником права в особом смысле, различном от того, в каком им же считают закон и обычай, а именно – в смысле источника права, лишённого формально-обязательной силы, но все-таки связывающего судью и поэтому уже имеющего основание притязать на квалификацию источника права»<sup>1075</sup>. В дореволюционной России подобное значение придавалось решениям кассационного департамента Сената, выступавшего в качестве высшей судебной инстанции. С позиций социально-антропологического измерения права роль судебной практики нельзя преуменьшать и, тем более, игнорировать.

4. Наука права. Этот феномен не признавался официально, но оказывал воздействие на законодателя и правоприменительную практику опосредованно. Судьи в дореволюционной России в массе своей являлись людьми

---

<sup>1074</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. С. 51.

<sup>1075</sup> Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. С. 348.

образованными и не коррумпированными и поэтому следившими за научной мыслью своего времени. Кроме всего прочего, некоторые судьи совмещали свою профессиональную деятельность с творчеством и просветительством (А.Ф. Кони).

Если говорить о системе российского гражданского права начала XX столетия, то она представляла собой следующую последовательную цепь элементов:

- общая часть;
- вещное право;
- исключительное право;
- обязательственное право;
- семейное право;
- наследственное право<sup>1076</sup>.

Таким образом, «охватывая ныне, по прошествии стольких лет, плоды усилий нескольких поколений русских цивилистов в разработке основных вопросов гражданского права, нельзя не восхищаться широтой, глубиной и основательностью выполненной ими работы. Работы, оказавшейся невосребованной, пресеченной в самый ее разгар, обещавшей еще более значительные достижения»<sup>1077</sup>.

Примерно то же самое можно сказать и о судьбе отечественного дореволюционного уголовного права. Его научный уровень находился на значительной высоте, достигнутой рядом крупных специалистов. Как отмечают современные исследователи, характеризуя отечественную уголовно-правовую мысль начала XX века, «в науке уголовного права того периода нашли отражение позиции как классической (Н.Д. Сергеевский, Н.С. Таганцев, В.Д. Спасович), так и социологической (И.Я. Фойницкий) школ. Российская наука уголовного права не восприняла идеи социологической школы о превентивном наказании. Многие представители науки уголовного права были противниками смертной казни. Для уголовно-правовой науки было характерно широкое использование сравнительного метода при изучении всех институтов и проблем национального права, а также зарубежного права (труды Н.С. Таганцева)»<sup>1078</sup>. Если вести речь об источниках уголовного права, то их было достаточно большое количество. Среди них необходимо выделить:

1. **Законодательство.** Его составными частями являлись:

- Уложение о наказаниях уголовных и исправительных (в ред. 1885 г.);
- Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 г.;
- Уголовное Уложение 1903 г. (действовало частично).

Кроме вышеназванных законов существовало определенное число региональных нормативных актов, действовавших на территории Прибалти-

---

<sup>1076</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. С. 70.

<sup>1077</sup> Развитие русского права во второй половине XIX – начале XX века. М., 1997. С. 173.

<sup>1078</sup> Уголовное право. Т. 1. Общая часть / под ред. А.Э. Жалинского. М., 2011. С. 151.

ки, Сибири и Финляндии. Единого правового пространства так и не сложилось.

Что касается Уголовного Уложения 1903 г., то оно опиралось на значительный научный потенциал предшествующих лет и вполне сопоставимо с аналогичными нормативными актами стран романо-германского права. Как отмечают исследователи, «общая часть Уголовного уложения 1903 г. содержала положения, значительно отличавшиеся от принятых ранее законов. Существенное влияние на формулировки общей части оказали важнейшие принципы буржуазного уголовного права. Так, под преступным понималось деяние (ст. 1), воспрещенное законом под страхом наказания во время его учинения. Таким образом, формулировался один из важнейших принципов уголовного права (начиная с французского кодекса 1810 г.): нет наказания без преступления точно обозначенного в законе. Уложение подчеркивало, что под преступлением понимается деяние, за которое установлено уголовное наказание. Это отличало преступление от других правонарушений. Под преступлением понималось и действие и бездействие (т.е. неисполнение требований закона). Важнейшим было указание на то, что закон, нарушение которого вменялось в вину обвиняемому, должен был вступить в силу до совершения деяния или во время его совершения»<sup>1079</sup>. Все преступления, согласно Уложению, подразделялись на следующие виды:

- тяжкие преступления (за них назначались смертная казнь, каторга и ссылка на поселение);
- преступления (заключение в исправительном доме, крепости или тюрьме);
- проступки, наказуемые арестом или денежным взысканием.

Обстоятельствами, устранявшими наступление уголовной ответственности, признавались:

- малолетство (дети до 10 лет);
- болезненное расстройство душевной деятельности или бессознательное состояние;
- случай;
- необходимая оборона;
- непреодолимая сила.

Право помилования и прощения за совершенные преступления принадлежало императору. Само положение дел в сфере законности и обеспечения прав личности в России начала XX века и период «думской монархии» не может быть однозначно оценено. С одной стороны, правительству удалось к 1908 г. обуздать революционный террор и подавить радикальные движения, используя для этого весь арсенал военно-полицейских методов и средств. Одновременно на территории ряда губерний были созданы земские учреждения, позволившие включиться в общественную жизнь большому количеству лояльных подданных. Кроме того, в России начала XX

---

<sup>1079</sup> Развитие русского права во второй половине XIX – начале XX века. С. 182.

века продолжалось формирование социального законодательства, охватившего, прежде всего, промышленных рабочих. По верному суждению С.А. Котляревского, «нельзя не сказать, что идея естественного права человека и гражданина может обосновывать в своих выводах целый ряд обязанностей государства перед гражданином, – обязанность заботиться, чтобы он не погиб в борьбе за существование, а напротив, имел достойные условия человеческой жизни. Это постулат социальной морали, и он в зачаточной форме осуществляется современным рабочим законодательством, обязательным обучением и вообще всеми мерами, направленными на защиту трудящихся масс; но хотя этот социальный постулат вытекает из идеи естественного права, трудно ставить его рядом с такими правами как свобода совести, слова, собраний, союзов, которые именно полагают пределы государственному полновластию и потому осуществляются несравненно легче»<sup>1080</sup>.

С другой стороны, само законодательство в большинстве сфер правового регулирования не было кодифицировано (о чем мы не раз упоминали выше), что затрудняло его единообразное регулирование. Во многом сопротивление кодификации было связано с возросшим к началу XX в. консерватизмом правящего слоя и боязнью революции. Деятельность по систематизации законодательства в России на уровне различных комиссий Государственного Совета фактически не прекращалась со второй половины позапрошлого столетия, но так и не увенчалась серьезными результатами (за исключением Уголовного Уложения 1903 г., введенного в действие частично). По мнению современных исследователей, «в период столыпинских преобразований и позднее острая необходимость в законодательной регламентации многих вопросов гражданского права и хозяйственного оборота снималась подготовкой отдельных законов: о крестьянском землевладении, наследовании, ипотеке, опеке и др. Такая позиция правительства – обновлять гражданское законодательство путем издания отдельных актов – нашла поддержку в общественных кругах, поддерживали ее и представители науки»<sup>1081</sup>.

Однако реформационные процессы шли очень трудно, не в последнюю очередь по причине отсутствия «среднего класса», заинтересованного в укреплении законности и правовой государственности. Общественная поддержка у правительства П.А. Столыпина постепенно уменьшалась, а содействие со стороны династии была минимальной и пассивной. Великие потрясения, вопреки титаническим усилиям П.А. Столыпина, не обошли Россию стороной. Слишком тяжел был груз проблем и слишком непоследовательно вел себя правящий слой, неохотно идя на проведение необходимых для страны реформ. С.И. Глушкова, анализируя причины краха конституционных идей в России до 1917 г., выделяет следующие:

---

<sup>1080</sup> Котляревский С.А. Конституционное государство. Юридические предпосылки русских Основных Законов. М., 2004. С. 82–83.

<sup>1081</sup> Систематизация законодательства в Российской Федерации. СПб., 2003. С. 308.

- противостояние реформизма и революционного движения;
- оппозиционность по отношению к власти почти всех политических партий и социальных групп;
- отсутствие реального механизма применения провозглашенных конституционных прав и свобод, формальная декларативность права;
- кризис общественного правосознания и либерального мировоззрения в целом<sup>1082</sup>.

Кроме всего прочего, и С.И. Глушкова специально акцентирует на этом внимание, «отношение к праву в политико-правовой мысли России того периода было крайне противоречивым: от понимания права как фундаментальной ценности, социального регулятора, способа объединения оппозиционных сил на основе общедемократических прав и свобод человека (в либеральной мысли) – до трактовки его как средства пропаганды политического идеала, политики раздора, насилия и принуждения (социал-демократы)»<sup>1083</sup>.

Примем во внимание еще одно весомое обстоятельство: в России было очень мало людей, понимавших сущность права как средства разрешения противоречий и позитивного регулирования общественных отношений. С позиций социально-антропологического подхода к рассматриваемой нами проблематике значимым представляется господство подданнического типа политической культуры и традиционализма, перерабатывающих любые новации<sup>1084</sup>. Краткое единение власти и общества, наблюдавшееся в первые месяцы Первой Мировой войны, быстро сменилось взаимным недоверием, а затем и открытой ненавистью, приведшей к катастрофе 1917 г. Многие отечественные исследователи правовой мысли часто писали и пишут (вслед за П.И. Новгородцевым, о «кризисе правосознания»). На наш взгляд, это определение (или даже постулат) не выдерживает строгой критики. В состоянии кризиса может оказаться только та сфера социума, которая находится на достаточно высоком уровне развития и имеет длительную историю. Вестернизированное правосознание и представления о законности в России делали лишь первые робкие шаги (если говорить о них как о массовом явлении). Кроме того, сам П.И. Новгородцев, анализируя современную ему действительность, вполне однозначно отмечал, что, «каковы бы ни были различные выводы и взгляды, высказываемые в настоящее время в связи с общим кризисом правосознания, среди всех различий возможно, по-видимому, усмотреть одно общее убеждение, не всегда ясно сознаваемое, но легко отгадываемое в общем настроении эпохи: правовое государство не есть венец истории, не есть последний идеал нравственной жизни; это не более, как подчиненное средство, входящее как частный элемент в более общий состав нравственных сил. Отсюда недалек и сле-

<sup>1082</sup> Глушкова С.И. Права человека в России. М., 2005. С. 108.

<sup>1083</sup> Там же. С. 108–109.

<sup>1084</sup> Шевченко В.Н. Антропологическое измерение российского государства: к методологии анализа // Антропологическое измерение российского государства. М., 2009. С. 46–96.

дующий вывод, что право по отношению к полноте нравственных требований есть слишком недостаточное и грубое средство, неспособное воплотить чистоту моральных начал»<sup>1085</sup>.

С позиций социальной антропологии гораздо реалистичнее представлять себе ситуацию как традиционалистскую реакцию на индустриализацию социума. Выходом из тупика стал Октябрьский переворот 1917 г., так как Февральская революция не разрешила накопившихся проблем. Не в последнюю очередь процесс кризиса и последующего распада имперской государственности был связан с тем, что «попытки больших групп населения получить доступ к политическому центру, также как их попытки образовать автономные статусные подразделения, были неудачными. В то же самое время центр в относительно высокой степени внедрился в периферию в целях мобилизации ресурсов и контроля над деятельностью, значимой для всего общества. Как следствие, политика центра носила главным образом регулирующий и принудительный характер»<sup>1086</sup>.

Применительно к судьбе российского права можно с уверенностью констатировать тот печальный факт, что оно (право) не нашло массовой поддержки своих основных принципов, а это, по сути, послужило прямой причиной его распада. Крестьянское население страны не было восприимчивым к европеизированному образу жизни горожан и на уровне подсознания (а часто и вполне осознанно) отвергало непривычную городскую культуру, оставаясь при этом под властью традиций и идей об уравнительном землепользовании. Правящий же слой Империи уже практически полностью потерял реформаторский потенциал, и отягощенный неудачами на фронтах Первой Мировой войны, с поразительной легкостью отдал власть радикалам, получившим долгожданную возможность повести Россию по новому пути.

Период с февраля по октябрь 1917 г. показал полную несостоятельность отечественных либералов и социалистов в вопросах формирования эффективной и устойчивой власти и правовой системы. Как справедливо отмечал А.М. Горький, оказавшийся в гуще событий, «не нужно забывать, что мы живем в дебрях многомиллионной массы обывателя, политически безграмотного, социально невоспитанного. Люди, которые не знают, чего они хотят, – это люди опасные политически и социально. Масса обывателя еще не скоро распределится по своим классовым путям, по линиям ясно сознанных интересов, она не скоро организуется и станет способна к сознательной и творческой социальной борьбе. И до поры, пока не организуется, она будет питать своим мутным и нездоровым соком чудовищ прошлого, рожденных привычным обывателю полицейским строем»<sup>1087</sup>. Ускоренный слом имперской государственности и распад существовавшей

---

<sup>1085</sup> Новгородцев П.И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания. М., 1996. С. 20.

<sup>1086</sup> Эйзенштадт Ш. Революция и преобразование обществ. М., 1999. С. 280.

<sup>1087</sup> Горький А.М. Несвоевременные мысли. М., 1990. С. 78.

правовой системы закономерно привели к хаосу и резкому усилению сепаратистских настроений в ряде регионов страны. Все это не могло способствовать росту популярности Временного правительства, которое не спешило разработать новые акты конституционного характера, что сделало его падение лишь вопросом времени. Большевики, захватившие власть в октябре 1917 г., оказались наиболее последовательными и беспринципными в борьбе за ее удержание, а оказавшись во главе страны, приложили все силы к подавлению малейшего недовольства.

## Глава 10. Советское право

Прежде всего, рассматривая советский период отечественной истории и соотнеся ее идеологические концепты с действительностью, мы с определенной уверенностью можем констатировать: ни о какой законности новой власти речь идти не может. Более того, отсутствовала и преемственность новой политической системы по отношению к прежнему режиму. С позиций социальной антропологии можно выделить несколько основополагающих черт большевизма (существенно отличавшегося от классического марксизма, особенно в его позднем варианте). Таковыми чертами выступали:

- постоянное стремление большевизма сформировать системы смыслов в форме утопий и мифов, скрывающих его исходную двойственность, выдающих его за теоретическое и методологическое воплощение материалистического монизма;

- неадекватность всего категориального аппарата, используемого этим движением для достижения своих целей, воплощения ценностей, неадекватность языка самоописания большевизма в условиях российской и мировой реальности;

- постоянное зачеркивание большевизмом своего вчера, включая людей, того, что делалось ими на предшествующем этапе, коренным образом периодически изменяя интерпретацию «бессмертного учителя»;

- сочетание архаических структур со стремлением к модернизации, требующей опоры на науку;

- органическое несоответствие выражения народных потребностей с одновременным господством смыслов, трактующих человека как средство, обрекаемое на гибель во имя высших целей посредством массового террора, экологического разрушения среды, уничтожения громадных жизненно важных ресурсов, что в конечном итоге подрывало основы существования общества<sup>1088</sup>.

Примем во внимание и то обстоятельство, что крестьянская стихия после 1917 г. смогла практически полностью подавить городскую культуру. Как отмечают современные отечественные культурологи, «Россия "скиды-

---

<sup>1088</sup> Ахиезер А.С., Давыдов А.П., Шуровский М.А., Яковенко И.Г., Яркова Е.Н. Социокультурные основания и смысл большевизма. Новосибирск, 2002. С. 23–24.

вает" с себя западные одежды и реабилитирует коллективное бессознательное, сформированное ассимиляцией ею византийского наследия, о чем свидетельствует характерный для постреволюционной эпохи возврат к жесткой государственности или к "третьему Риму". Революция разводила российскую цивилизацию с западной. Но этот развод превращается в вызов, поскольку два последних столетия идентичность русских основывалась на вестернизированных ценностях. Однако распад идентичности, соотносимой с западными ценностями, в России не был трагическим, поскольку творческий ответ все же имел место. В результате революционных трансформаций основой коллективной идентичности в России стали идеологические и, в общем, утопические ценности»<sup>1089</sup>. Противостояние европеизированной элиты и традиционалистски мыслящего сельского населения окончилось гибелью первой и распространением ментальных установок последнего на всю страну. Революция, как всякое насильственное действие, привела государственность в состояние аномии и общество стало искать выход из создавшегося положения в переходе на более низкую ступень развития. Социология объясняет этот процесс необходимостью адаптации к определенному образу жизни. По мнению Л.В. Корель, «нарушение равновесия между системой (актором) и средой порождает дискомфорт, напряжение или острую конфликтную ситуацию. Внутренняя напряженность, присущая системе в момент обнаружения этих несоответствий (рассогласований), вынуждает ее начать поиск выхода из дискомфортной ситуации. Адаптивная ситуация рождает адаптивную потребность, т.е. потребность в адаптации. <...> Адаптивная потребность – это подсознательная или вполне осознаваемая нужда в гармонизации отношений со средой, требующая удовлетворения; настройка адаптанта (деятеля) на преодоление адаптивной ситуации. Она представляет собой стремление актора в одном случае привести в соответствие с изменившимися условиями социальной среды стереотипы своего поведения для достижения старых целей, скорректировать или изменить сами цели и соответственно стереотипы поведения, в другом – изменить (или сменить) среду, что сделало бы возможным достижение целей (новых или старых)»<sup>1090</sup>.

Большевистская идеология, предложившая свой вариант выхода из кризиса, причудливо сочетала в себе черты народничества, анархизма и этатизма, а собственно классического марксизма в этой «системе ценностей» практически не было. Кроме всего прочего, К. Маркс и Ф. Энгельс сами весьма пренебрежительно относились к праву, считая его порождением эксплуататорского общества и предвещая его ликвидацию при наступлении «коммунистического рая». Поэтому какой бы то ни было концепции права классики марксизма не создавали. Другое дело, что получив ре-

---

<sup>1089</sup> Россия как цивилизация: Устойчивое и изменчивое / отв. ред. И.Г. Яковенко. М., 2007. С. 394.

<sup>1090</sup> Корель Л.В. Социология адаптаций: Вопросы теории, методологии и методики. Новосибирск, 2005. С. 262.

альную власть над страной, большевистское руководство во главе с В.И. Лениным, очень быстро осознало шаткость своего положения и предприняло все меры для повышения собственной устойчивости и легитимности. Еще до Октябрьского переворота В.И. Ленин высказался достаточно однозначно: для подавления всех противников «пролетарской революции» нужна диктатура пролетариата, опирающаяся на насилие по отношению ко всем недовольным новой властью. Эти «теоретические» положения были очень скоро пунктуально выполнены (почти сразу же после захвата власти созданы ВЧК и другие карательные органы). В июле 1918 г. была принята и первая советская конституция. К этому времени ВКП(б) значительно укрепила свое фактическое положение, что, по мнению В.М. Сырых, безусловно сказалось «в основных положениях Конституции и прежде всего в формулировках сущности и задач государства. Статья 9 Конституции прямо закрепляла диктатуру городского и сельского пролетариата и беднейшего крестьянства, ставящую своей целью полное подавление буржуазии, уничтожение эксплуатации человека человеком и построение бесклассового общества – социализма. Положение о ликвидации капиталистических отношений и переводе России на социалистические рельсы полностью соответствовало программным положениям большевиков и легализовывало уже проведенные в этом направлении меры по национализации (социализации) земли и ее недр, банков, значительной части заводов и фабрик, отмене сословий и связанных с ними привилегий, отделении церкви от государства»<sup>1091</sup>. Обратим внимание на то обстоятельство, что идеологические установки большевизма предусматривали введение «диктатуры пролетариата» на неопределенный срок, т.е. эта система властвования была призвана ограждать трудящиеся массы как от реставрационных действий ранее господствовавших социальных групп и, одновременно, вести «массы» к «светлому будущему», не считаясь ни с какими жертвами. Соответственно, «диктатура пролетариата» несовместима с конституционной системой разделения властей, т.к. саму диктатуру осуществляет правящая партия как «авангард трудящихся масс». Суть диктатуры пролетариата наиболее емко определил «продолжатель великого дела» И.В. Сталин, согласно которому «диктатура пролетариата есть неограниченное законом и опирающееся на насилие господство пролетариата над буржуазией, пользующееся сочувствием и поддержкой трудящихся и эксплуатируемых масс»<sup>1092</sup>.

Гражданская война воочую показала настоящий облик нового режима. Появившийся с 1922 г. термин «социалистическая законность» не менял сути дела. О праве как мере свободы личности можно было забыть на много десятилетий. Кроме всего прочего, учтем и тот факт, что «пролетариат», объявленный ведущей силой нового общества, во многом оказался «виртуальной реальностью». Рабочие крупных предприятий были, в основном, выходцами из крестьян, не утратившими связь со своей прежней средой и

---

<sup>1091</sup> Сырых В.М. История государства и права России. М., 2007. С. 50.

<sup>1092</sup> Сталин И.В. Вопросы ленинизма. Изд. 11. М., 1947. С. 30.

количественно составлявшими не более 2% населения предреволюционной России. Также значимым представляется и то обстоятельство, что большинство наемных работников боролось за улучшение экономических условий своей жизни легальными методами (прежде всего – организуя отраслевые профсоюзы), а не ведя революционную деятельность. И, наконец, по верному суждению Э. Розина, «идея не ограниченной законом и опирающейся на насилие власти пролетариата означала на деле приговор о смерти для многочисленных социальных групп, фактически большинства народа. Но кто дал право одному классу приговаривать к социальной, моральной, политической, наконец, к физической смерти другие классы, объявленные вождями пролетариата реакционными классами?»<sup>1093</sup>.

По сути, от имени пролетариата власть осуществляла партия, построенная на жестких, централизованных началах. Советская система государственного управления, достаточно быстро обретшая вид восточной деспотии, не создала, да и не могла создать каких-либо реальных механизмов сдержек и противовесов, тем более конституционного характера. На деле, конечная цель большевизма, как идеологической доктрины, заключалась отнюдь не в построении правового общества, а в торжестве «земного царства свободы», в котором праву и государству не будет места. Движение же к «земному раю» требовалось осуществлять в основном насильственными действиями по отношению к несогласным, составлявшим большинство социума. Опорой новой власти в этом деле выступали в основном деклассированные элементы города и деревни, а также масса откровенных карьеристов, заполнявших огромное количество вакансий в советских учреждениях (для сравнения: в 1914 г. российское чиновничество, включая учителей и врачей, насчитывало около 500 тыс. чел., а в 1922 г. советский государственный аппарат включал в себя 4 млн служащих). По словам одного из ведущих теоретиков большевистской партии Н.И. Бухарина, «с более широкой точки зрения, т.е. с точки зрения большего по своей величине исторического масштаба, пролетарское принуждение во всех своих формах, начиная от расстрелов и кончая трудовой повинностью, является, как ни парадоксально это звучит, методом выработки коммунистического человечества из человеческого материала капиталистической эпохи»<sup>1094</sup>.

Тот факт, что «человеческий материал» совершенно не стремился в «коммунистический рай», ничуть не смущал большевистских вождей. По их глубокому убеждению, к счастью можно и нужно идти и под принуждением.

Процесс укрепления советской власти сопровождался усилением государственного вмешательства во все сферы жизни общества. Политический режим приобретал явный тоталитарный характер с присущими ему чертами:

- слияние правящей партии с государством;

---

<sup>1093</sup> Розин Э. Ленинская мифология государства. М., 1996. С. 147.

<sup>1094</sup> Бухарин Н.И. Проблемы теории и практики социализма. М., 1989. С. 168.

- господство официальной идеологии;
- контроль за личностью с помощью псевдодобровольных организаций и политической полиции;
- вождизм;
- массовый террор как способ управления обществом;
- внеправовые и антиправовые способы и формы государственного управления.

Отметим еще одну характерную деталь: в Конституции РСФСР 1918 г. были закреплены ограничения в сфере реализации избирательного права по признакам социального происхождения и владения имуществом (ст. 65). Этими ограничениями из общественной жизни исключались достаточно многочисленные категории населения. Они также лишались возможности трудоустройства на государственную службу и не допускались в высшие учебные заведения<sup>1095</sup>.

Точно также обстояли дела и в сфере правосудия. Идеи 1864 г. были полностью отброшены. Четкие формулировки составов преступлений уступили место расплывчатым понятиям, насквозь пропитанным идеологическими принципами. По мысли Ю.И. Стецовского, «содержание нормативных актов упрощало расправу. В них указывались лишь понятие преступления (например, мятеж) или понятия, общие для целой группы деяний (контрреволюционные преступления, посягательства на человеческую жизнь), без их определения. Неопределенность составов преступлений, понятий и терминов, отсутствие в актах указаний на санкции или неопределенность санкций ("привлекать к уголовной ответственности", "качать по всей строгости революционных законов") приводили к произвольному толкованию акта»<sup>1096</sup>. Сама система правосудия в Советской России была превращена в часть карательной машины, что полностью исключало реализацию принципа независимости судей в какой-либо форме (кроме всего прочего, судьи были членами правящей партии и, следовательно, обязывались соблюдать внутривластные нормы и решения вышестоящих инстанций).

С 1922 г. началась работа по систематизации и кодификации накопленного за первые годы советской власти правового материала. Одним из первых был принят ГК РСФСР 1922 г. Процесс его разработки и принятия подробно проанализирован в соответствующих трудах отечественных цивилистов, в частности – Т.Е. Новицкой. Проект ГК неоднократно менялся, свои предложения представили самые разные ведомства, руководившие экономической сферой жизнедеятельности страны. Примем во внимание и то обстоятельство, что многие положения будущего ГК РСФСР оказались заимствованы из проекта российского Гражданского Уложения 1913 г., пролежавшего много лет в архиве Государственного Совета. В свою оче-

<sup>1095</sup> Конституция РСФСР 1918 г. // Конституционное право России. Хрестоматия. С. 520.

<sup>1096</sup> Стецовский Ю.И. Судебная власть. М., 1999. С. 23.

редь, Уложение 1913 г. во многом исходило из принципов Германского гражданского уложения 1896 г. и, таким образом, сохранялось опосредованное влияние германской цивилистической мысли. Также значимым являлся и тот факт, что ГК РСФСР 1922 г. в целом исходил из приоритета публичных, а не частных начал в правовом регулировании. Четко прослеживаются и субъективные факторы в процессе разработки проекта ГК. Его «отцом» являлся известный советский правовед А.Г. Гойхбарг, практически единолично написавший текст Кодекса. Как отмечает Т.Е. Новицкая, «плохо, что он работал, по существу, один, не привлекая к работе специалистов, что в одном лице совпадали руководитель и исполнители. Однако такое "единоначалие" сделало Кодекс монолитным нормативным актом, он строился в соответствии с концепцией его создателя, поэтому лишен внутренних противоречий»<sup>1097</sup>.

Примем во внимание и тот доказанный учеными факт, что ГК 1922 г. был принят очень быстро и его текст не вызвал интереса у В.И. Ленина, который не работал с проектом, а только дал ряд указаний о принципах его составления. Право не входило в число основ большевистской идеологии, так как приоритет имели социально-экономические и политические постулаты. Объем ГК 1922 г. был невелик по сравнению с соответствующими кодексами стран континентальной Европы и регулировал имущественные отношения в интересах государства, а не отдельной личности. Частно-правовая сфера допускалась в Советской России лишь вынужденно, в целях скорейшего восстановления разрушенной гражданской войной экономики.

Как отмечает А.А. Вологдин, «в условиях нэпа, когда автономия сторон в гражданском правоотношении была достаточно широка, в ГК РСФСР превалировали диспозитивные нормы. По мере усиления "социализации" гражданского права, т.е. проникновения в него плановых начал, возрастало число принудительных норм. Часть норм носила декларативный характер. Таковыми в значительной степени были декларируемые в кодексе права российских граждан на свободу передвижения и поселения на всей территории страны, свободного выбора незапрещенных законом занятий, приобретения и отчуждения имущества, совершения сделок, организации промышленных и торговых предприятий. Ряд статей кодекса содержал неправовые критерии»<sup>1098</sup>.

Если говорить о развитии советского уголовного законодательства, то в первые годы советской власти внеправовые репрессии носили повсеместный характер («красный террор»). Количество погибших точному подсчету не поддается в связи с отсутствием многих документов. По самым приблизительным данным, за годы гражданской войны репрессировано было более двух миллионов человек, из них расстреляно около 800 тысяч. Принятый в 1922 г. УК РСФСР, содержал ряд крайне архаичных и репрессивных положений, в частности, вводил возможность признания гражданина

---

<sup>1097</sup> Новицкая Т.Е. Гражданский Кодекс РСФСР 1922 года. М., 2002. С. 61.

<sup>1098</sup> Вологдин А.А. История государства и права России. С. 533.

«социально опасным». По сути, возрождались средневековые положения об объективном вменении и коллективной ответственности.

Как справедливо полагает В.М. Сырых, «советский законодатель в данном случае придерживается самых реакционных позиций в уголовном праве и ставит человека, личность в полную зависимость от судебного произвола, судебного усмотрения. Если не всегда можно было доказать свое алиби, то уже совсем невозможно отвести подозрения суда в неблагонадежности, показать свою полную лояльность государству и обществу. Ибо основной аргумент – прошлое безупречное поведение – в этом случае не действует. Социально опасное лицо подвергается наказанию не за свое прошлое, а за возможное будущее поведение»<sup>1099</sup>. Таким образом, закреплялось широкое судейское усмотрение, опиравшееся на «революционное правосознание» и классовую ненависть, постоянно поддерживаемую и раздуваемую большевистской пропагандой. В целом, оценивая реальное развитие социалистического уголовного права, необходимо отметить ряд его крайне негативных черт, к которым относились:

- репрессивность регулирования общественных отношений;
- наличие двойных стандартов;
- закрытость от основной массы населения.

Так, в УК 1922 г. закреплялась разветвленная система наказаний, включавшая в себя:

- расстрел;
- изгнание из пределов РСФСР на срок или бессрочно;
- лишение свободы со строгой изоляцией или без таковой;
- принудительные работы без содержания под стражей;
- условное осуждение;
- конфискация имущества – полная или частичная;
- штраф;
- поражение прав;
- увольнение от должности;
- общественное порицание;
- возложение обязанности загладить вред<sup>1100</sup>.

Определенные изменения советская правовая система претерпела в 1930-х годах. Прежде всего, усилилась репрессивная составляющая коммунистического режима. Огромное количество граждан оказалось в лагерях в качестве бесплатной рабочей силы. Одновременно, в чисто пропагандистских целях, требовалось представить существующие порядки как самые демократичные во всем мире. Именно поэтому и была начата работа по созданию проекта новой Конституции СССР 1936 г.

С точки зрения официальной идеологии, отраженной в соответствующем докладе И.В. Сталина, «главную основу проекта новой Конституции

---

<sup>1099</sup> Сырых В.М. История государства и права России. С. 164–165.

<sup>1100</sup> Уголовный Кодекс РСФСР 1922 г. // Хрестоматия по истории отечественного государства и права 1917–1991 / под ред. О.И. Чистякова. М., 1997. С. 77.

СССР составляют принципы социализма, его основные устои, уже завоеванные и осуществленные: социалистическая собственность на землю, леса, фабрики, заводы и прочие орудия и средства производства; ликвидация эксплуатации и эксплуататорских классов; ликвидация нищеты большинства и роскоши меньшинства; ликвидация безработицы; труд как обязанность и долг чести каждого работоспособного гражданина <...>. Право на труд, т.е. право каждого гражданина на получение гарантированной работы; право на отдых; право на образование <...>. Проект новой Конституции опирается на эти и подобные им устои социализма. Он их отражает, он их закрепляет в законодательном порядке»<sup>1101</sup>.

Реальность же была совершенно иной. Конституционализма как логически четкой и непротиворечивой доктрины в СССР не существовало. Для него не было соответствующих социально-экономических и политических условий. Адекватным восприятием Конституции могли обладать только образованные городские круги, которые как раз в 30-х гг. XX в. подвергались репрессиям в первоочередном порядке. Как верно считает В.М. Сырых, «управленческая деятельность государственных органов тщательно скрывается от трудящихся, становится государственной тайной, знание которой доступно лишь высокообразованным партийным и советским работникам. Социальная роль простого гражданина сводится к добросовестному выполнению волонтаристских предначертаний центральных органов. Государство привлекает население к участию в своих делах в той мере, в какой считает необходимым показать всему миру свой демократизм, как это, например, было со всенародным обсуждением проекта Конституции СССР»<sup>1102</sup>.

На основании Конституции 1936 г. население СССР получило избирательные права в расширенном варианте. Были ликвидированы существовавшие ранее ограничения политических прав, затрагивавшие значительное число граждан. Формально Конституция СССР 1936 г. являлась достаточно демократичной, особенно с учетом наличия в ее структуре отдельной главы о правах и свободах человека и гражданина (в основном закреплялись социально-экономические права).

Можно даже говорить о том, что, как отмечает В.И. Щепетев, «произошел определенный отход от принципа соединения властей. Отход этот был связан с разграничением правотворческих полномочий высших органов власти и управления в СССР. Конституция 1936 г. закрепила положение о том, что законодательную власть мог осуществлять только Верховный Совет СССР. Другое дело, что "советский парламент" собирался на заседания несколько раз в год на 2–3 дня и в период между сессиями всю реальную законотворческую деятельность осуществлял Президиум Верховного Совета, наделенный правом издавать указы нормативного харак-

---

<sup>1101</sup> Сталин И.В. Вопросы ленинизма. Изд. 11. С. 515–516.

<sup>1102</sup> Сырых В.М. История государства и права России. С. 240.

тера, приравненные по своей юридической силе к законам»<sup>1103</sup>. Кроме того, определенными законодательными полномочиями пользовался и СНК СССР, осуществлявший повседневное управление страной. Поэтому «по мере оттеснения на второй план представительных органов государственной власти управленческим аппаратом возрастает роль подзаконных актов. Органы исполнительной власти активно участвуют в правотворчестве, издавая многочисленные приказы, инструкции и т.п., имевшие силу закона. Десятки тысяч приказов, инструкций и иных подзаконных актов буквально опутывали своими сетями каждый шаг хозяйственных организаций, должностных лиц и граждан, что отнюдь не способствовало укреплению законности. Более того, значительная часть этих подзаконных актов (а иногда и законов) была засекречена, что вовсе не спасало граждан от ответственности из-за незнания закона»<sup>1104</sup>.

Именно поэтому конституционализм советской эпохи, и периода правления И.В. Сталина в особенности, полностью соответствует концепции «номинального» или «мнимого» конституционализма, существовавшего в основном на бумаге. Культивируемые ценности социалистического общества не предполагали серьезного укрепления режима законности, и уж тем более реального соблюдения конституционных прав и свобод граждан. Официальная трактовка сущности конституции опиралась, по убеждению ее сторонников и апологетов, на марксистский анализ общественных отношений.

Как отмечал А.Я. Вышинский, «конституции всегда закрепляют в законодательном порядке итог известного общественного развития. Конституции изменяются вместе с изменением общественных отношений. Изменяются вместе с тем и конституционные принципы, всегда соответствующие классовым интересам господствующих классов. Сложность общественных отношений, борьба классов, форм этой борьбы нередко скрывает от нашего взгляда подлинный смысл тех или иных так называемых конституционных принципов, скрывает и их связь и зависимость от породивших эти принципы общественных отношений. Конституции нередко выражают собой известный компромисс, являются в известном смысле параллелограммом борющихся сил»<sup>1105</sup>. Если же применять подлинно марксистский анализ к Конституции СССР 1936 г. и аналогичному Основному закону РСФСР 1937 г., то вполне обоснованным будет вывод о том, что эти конституции принимались не в интересах большинства населения, жившего в нищете и страхе, а в целях закрепления власти правящей партии и лично И.В. Сталина.

Учтем, разумеется, и то обстоятельство, что социальная структура советского общества была гораздо проще, чем в предшествующую эпоху. Многие профессиональные и социальные группы целенаправленно унич-

---

<sup>1103</sup> Щепетев В.И. История государственного управления в России. СПб., 2004. С. 409.

<sup>1104</sup> Вологдин А.А. Указ. соч. С. 574–575.

<sup>1105</sup> Вышинский А.Я. Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 131.

тожались (дворянство, духовенство, крестьянство) или лишались реальных возможностей воспроизводиться (горожане). Искусственное перемещение огромных масс вчерашних крестьян в города вело к резкому уменьшению культурного уровня и падению уважения к праву как способу нормативного регулирования общественных отношений.

Как отмечают современные отечественные историки, «форсированный темп урбанизации способствует маргинализации большинства городского населения. Недавние сельские жители, оторвавшись от земли, от социального контроля сельского типа, в большинстве своем не приобретают ценностей городского общества. Естественным следствием такого положения становится криминализация городского общества 30-х гг., ослабление семейных связей. В результате массового перетока сельских жителей в города они на какое-то время оказываются в численном превосходстве над коренными горожанами, что отрицательно сказывается как на общем уровне культуры, так и на всем процессе социального наследования. Требования городской жизни плохо воспринимались поколениями, воспитанными на деревенских стереотипах»<sup>1106</sup>.

Соответственно, и восприятие права в такой системе ценностей носило сугубо отрицательный характер. Оно воспринималось и правящим слоем, и социальными низами исключительно как репрессивная система управляющего воздействия и в реальной жизни его позитивная роль практически сводилась на нет.

Ситуация начала меняться только после смерти И.В. Сталина в 1953 г. Правившая партия стала предпринимать определенные действия (не всегда последовательные) по либерализации политической системы и повышению роли права в общественной жизни. Началась реабилитация жертв репрессий 30-х – начала 50-х гг. Также определенные позитивные изменения затронули и правовую систему СССР. В целях получения доверия масс новое политическое руководство провозгласило курс на укрепление «социалистической законности». Внесудебные репрессии были свернуты, а антиконституционные органы, имевшие право осуждать граждан – ликвидированы.

В 1958–1960 гг. прошел очередной этап кодификации советского законодательства. Само по себе советское право к середине 1950-х годов приобрело достаточно определенную структуру. Оно подразделялось на материальное и процессуальное по характеру правовых норм. К материальному праву относились такие его отрасли, как государственное, административное, гражданское, уголовное и трудовое право, а к процессуальному – уголовно-процессуальное и гражданско-процессуальное право. Другое дело, что кодификация 1958–1962 гг. вновь поставила вопрос о границах отраслей советского права, а также предмете и методах правового регулирования. Сам факт кодификации следует оценивать сугубо положительно, так

---

<sup>1106</sup> История России с древнейших времен до начала XXI века / под ред. А.Н. Сахарова. М., 2010. С. 1475.

как она упорядочила многие сферы правового регулирования, однако, по точному суждению Дж. Боффа, «если сам факт возвращения к закону после произвола прошедших лет был новаторством, то этого нельзя сказать ни о самом законодательстве, ни о критериях, которыми руководствовались при его разработке. Определение некоторых государственных преступлений и антисоветской деятельности и пропаганды осталось настолько гибким, что преступлением могло оказаться просто инакомыслие или выражение несогласия в печати»<sup>1107</sup>. Действительно, ряд отечественных правоведов отмечают многие антидемократические черты УК РСФСР 1960 г. В частности, этим актом серьезно ограничивалась духовная свобода граждан, выбор места жительства и род занятий<sup>1108</sup>.

Одновременно в 1950–60-х гг. окончательно оформилась система форм советского права, принявшая следующий вид:

- конституции и законы, принимаемые Верховными Советами Союза СССР, союзных республик и автономных республик – каждым в пределах своей компетенции;
- указы Президиумов Верховных Советов всех уровней;
- постановления и распоряжения Советов Министров Союза ССР, союзных и автономных республик;
- решения местных Советов народных депутатов;
- решения и распоряжения исполкомов местных Советов всех уровней;
- приказы, инструкции и постановления министерств и государственных комитетов всех уровней;
- постановления ВЦСПС – высшего органа профсоюзов СССР, – наделенного правом принимать обязательные для всех постановления по вопросам охраны труда и социального страхования;
- акты центральных органов общественных организаций в отношении внутрикорпоративных норм;
- акты руководителей предприятий и организаций о внутреннем трудовом распорядке и иной внутриорганизационной деятельности.

Наибольшую же значимость в качестве источника права приобрели совместные постановления ЦК КПСС и Совета Министров СССР. Законодательство же в собственном смысле слова было развито слабо, регулируя далеко не все сферы общественных отношений. От романо-германской правовой семьи советское социалистическое право отличалось высокой степенью пробельности, а также крайне низким уровнем правовой культуры и правосознания населения.

Кроме того, следует принять во внимание и то обстоятельство, что в советском праве чрезвычайно выпукло отражались две его составляющие: собственно теория социалистического права, совершенно догматичная и нежизнеспособная, и реальная правоприменительная практика, вносившая

---

<sup>1107</sup> Боффа Дж. История Советского Союза. В 2-х т. М., 1994. Т. 2. С. 497.

<sup>1108</sup> Наумов А.В. Российское уголовное право: курс лекций. В 3-х т. М., 2007. Т. 1. С. 139.

существенные коррективы в теоретические построения. Выше мы привели как раз теоретическую систему форм советского права, а его реальная система, в трактовке А.А. Тилле, выглядела следующим образом:

- указания «директивных органов» («телефонное право»);
- обычай;
- судебная практика;
- нормативные акты государственных органов (акты органов управления и законы);
- доктрина<sup>1109</sup>.

Оценка советского права может даваться с самых различных точек зрения как идеологического, так и концептуального характера. Например, по мнению В.Н. Синюкова, отстаивающего самобытный путь развития отечественной юриспруденции, «по своему историческому значению советское право есть своего рода "подсознательный" бунт против западного правового рационализма и индивидуализма, в оболочку которых пытались заключать русскую правовую идею со второй половины XIX в. Поэтому советское право – не казус, не политическая ошибка и тем более не тупиковый ход правовой истории, оно закономерный феномен, теснейшим образом связанный со всем предшествующим развитием русского права <...>. Так, уровень правовой фундаментальной и отраслевой науки, существующий в настоящее время, немислим для дореволюционной России, располагавшей довольно развитой, но весьма несамостоятельной правовой идеологией»<sup>1110</sup>. С данными утверждениями вряд ли можно согласиться. В дореволюционной России сложилось значительное число научных школ, причем не только в сфере теории и истории права, но и в отраслевых науках, давших много известных имен. В советское время практически весь «имперский» период развития отечественного правоведения был отвергнут и предан забвению. И только в 90-е годы XX в. начался возврат к прежним концепциям и традициям, их повторное освоение уже в новых исторических условиях.

В контексте рассматриваемой нами проблематики целесообразно обратиться к характеристике отдельных отраслей советского права. Мы, как и ранее, остановимся на гражданском и уголовном праве.

I. Советское гражданское право на протяжении всего периода своего существования находилось в двойственном положении. Оно, прежде всего, предназначалось для регулирования имущественных отношений между гражданами (физическими лицами), а взаимоотношения между юридическими лицами охватывались таким феноменом, как хозяйственное право, опиравшееся на нормативные договоры и огромное количество подзаконных актов. Подобный «дуализм» опирался на отрицательное отношение правящей партии к частной собственности и любым проявлениям самостоятельной экономической деятельности как граждан, так и организаций.

---

<sup>1109</sup> Тилле А.А. Советский социалистический феодализм 1917–1990. М., 2005. С. 135.

<sup>1110</sup> Синюков В.Н. Указ. соч. С. 163.

По справедливому суждению А.Л. Маковского, «планирование становится важнейшим орудием в руках государства для воздействия на экономику страны. Именно с помощью разного рода планов отдаются "команды", которые определяют развитие экономики, предписывая в конечном счете поведение хозяйствующих субъектов в их взаимоотношениях. Возможно, именно поэтому государство никогда не стремилось урегулировать сам порядок планирования в достаточно определенных правовых нормах. Закон о планировании народного хозяйства так никогда и не был издан. <...> Многие акты в этой области оставались закрытыми, многие издавались на уровне министерств и ведомств, ряд правил о планировании был разбросан по комплексным нормативным актам – положениям о поставках, транспортным уставам и кодексам и др.»<sup>1111</sup>.

Точно также не было кодифицировано и хозяйственное законодательство. Идея о принятии Хозяйственного кодекса СССР не нашла достаточной поддержки в научном сообществе, да и сама по себе могла быть реализована с очень большими сложностями в силу огромной систематизаторской работы, которую пришлось бы осуществлять. Именно поэтому сторонники хозяйственно-правовой теории не смогли добиться кодификации огромного накопленного за десятилетия массива соответствующего законодательства.

Как же трактовалось гражданское право периода «развитого социализма»? Обратимся к трудам ведущего цивилиста 1960–70-х гг. в СССР, О.С. Иоффе, по мысли которого «советское гражданское право как отрасль единого советского социалистического права есть система норм, регулирующих на началах равенства социалистические имущественные отношения в их стоимостной форме и связанные с ними личные неимущественные отношения социалистического общества».<sup>1112</sup> Советское гражданское право опиралось на определенные принципы, к числу которых относились:

- принцип равноправия;
- принцип сочетания прав и обязанностей;
- принцип реальности и гарантированности гражданских прав;
- принцип плановости;
- принцип личной инициативы;
- принцип социалистической законности<sup>1113</sup>.

В свою очередь, система советского гражданского права включала в себя следующие элементы:

1. Общая часть (субъекты, объекты, сделки, исковая давность).
2. Право собственности (право государственной социалистической собственности, право кооперативно-колхозной собственности, право собственности общественных организаций; право личной собственности, право

---

<sup>1111</sup> Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). М., 2010. С. 277.

<sup>1112</sup> Иоффе О.С. Избранные труды: В 4-х т. Т. 2. Советское гражданское право. СПб., 2004. С. 27.

<sup>1113</sup> Там же. С. 38–43.

собственности мелких частных хозяйств и единоличных крестьян и кустарей).

3. Обязательственное право (договоры и иные обязательства).
4. Авторское право.
5. Право на открытие.
6. Изобретательское право.
7. Семейное право.
8. Наследственное право<sup>1114</sup>.

Семейное право находилось в составе гражданского права до 1971 г., когда был принят Кодекс о браке и семье РСФСР и началось формирование самостоятельной отрасли советского права.

Основными формами советского гражданского права рассматриваемого периода выступали:

1. Законодательство, образывавшее определенную иерархическую систему:

- Конституция СССР;
- Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г.;
- Гражданский кодекс РСФСР 1964 г.;
- указы Президиума Верховного Совета СССР и РСФСР;
- постановления и нормативные распоряжения Совета Министров СССР;
- решения и нормативные распоряжения местных органов власти.

2. Обычай и обыкновения.

3. Постановления Пленума Верховного Суда СССР.

Как резонно замечает О.С. Иоффе, «признание за постановлениями Пленума Верховного Суда СССР значения источников права иногда отрицается на том основании, что суд есть орган, применяющий правовые нормы к конкретным случаям, и если бы он, кроме того, сам мог творить право, уже нельзя было бы говорить ни о законности, ни о принципах ее соблюдения. Но при определенных условиях правовые нормы применяются к конкретным случаям не только судом, а и всеми другими органами Советского государства – начиная от Верховного Совета СССР и кончая местными Советами депутатов трудящихся. Это обстоятельство не препятствует, однако, признанию значения источников права за теми их актами, которые издаются не по поводу конкретного случая, а для установления общих правил. Почему же тогда руководящие разъяснения, которые содержатся в постановлениях Пленума Верховного Суда и которые тоже носят общий характер, а не связаны с разрешением какого-либо конкретного дела, не могут иметь такого значения?»<sup>1115</sup>.

II. Уголовное право. Эта сфера правового регулирования носила наиболее жесткий характер и опиралась на систему тотального контроля за лич-

---

<sup>1114</sup> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 53.

<sup>1115</sup> Там же. С. 69–70.

ностью. Социалистическое общество содержало в себе огромное количество различных запретов и ограничений и, пожалуй, самым откровенным образом отражало сущность сложившихся порядков. Уголовно-правовая наука рассматриваемого нами периода исходила из того факта, что «советское уголовное право, как отрасль права, есть система установленных и санкционированных социалистическим государством норм, которые определяют наиболее опасные для трудящихся и социалистического правопорядка деяния (преступления) и условия назначения и применения мер наказания за их совершение»<sup>1116</sup>. Основными принципами советского уголовного права признавались:

- принцип законности;
- принцип пролетарского интернационализма;
- принцип социалистического демократизма;
- принцип социалистического гуманизма;
- принцип личной ответственности только виновного.

Исходя из вышеназванных принципов, определялись и задачи советского уголовного права. Они были четко закреплены в ст. 1 Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик от 25.12.1958 г. Задачи эти сводились к следующим положениям:

- охрана советского общественного и государственного строя;
- охрана социалистической собственности;
- охрана личности и прав граждан и всего социалистического правопорядка от преступных посягательств<sup>1117</sup>.

Вопрос об источниках советского уголовного права решался в духе узконормативного подхода, согласно которому практически единственным источником выступало законодательство (это положение во многом сохраняется до настоящего времени, хотя реалии и в советский период, и в наши дни были совершенно иными). Поэтому на доктринальном уровне считалось, что «советский уголовный закон – это принятый Верховным Советом СССР или Верховными Советами союзных республик правовой акт, выражающий общую волю трудящихся и содержащий в себе юридические нормы, регулирующие охрану социалистического государства и прав граждан от преступлений путем применения к виновным наказания»<sup>1118</sup>. Советское уголовное законодательство состояло из двух частей:

1. Общесоюзное уголовное законодательство:

- Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г.;
- Закон об уголовной ответственности за государственные преступления 1958 г.;
- Закон об уголовной ответственности за воинские преступления 1958

---

<sup>1116</sup> Курс советского уголовного права. Часть Общая. Т. 1. Л., 1968. С. 8.

<sup>1117</sup> Хрестоматия по истории отечественного государства и права. 1917–1991 гг. М., 1997. С. 334.

<sup>1118</sup> Курс советского уголовного права. Т. 1. С. 46.

г.;

- Другие отдельные общесоюзные уголовные законы, устанавливающие ответственность за иные преступления, посягающие на интересы СССР;

- Общесоюзные законы, содержащие наряду с иными нормами также и отдельные нормы уголовно-правового характера.

2. Уголовный кодекс РСФСР 1960 г., исчерпывающим образом регулировавший соответствующие правоотношения и детализировавший общесоюзное законодательство.

Как справедливо констатируют современные исследователи, «уже с 1962 г. в Кодекс стали вноситься изменения и дополнения, приобретшие со временем едва ли не лавинообразный характер. Значительная часть этих изменений и дополнений была направлена на ужесточение ответственности вследствие роста преступности. Кроме того, обостряющиеся противоречия социализма, особенно в сфере экономической деятельности, и неспособность разрешить их экономическими и иными неадминистративными мерами подталкивали власти к наиболее простому, как казалось, способу их решения – с помощью репрессивных методов, в том числе и уголовно-правовых»<sup>1119</sup>.

В качестве источников уголовного права не признавались судебная практика и правовые обычаи. Реальное положение дел в СССР существенно отличалось от доктринальных разработок, а руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда и правоприменительная практика областных, краевых и республиканских судебных органов фактически играли роль источников права. Другое дело, что подобная практика не была единообразной и год от года менялась под влиянием как объективных, так и субъективных факторов.

Система наказаний по советскому уголовному носила достаточно упорядоченный характер и образовывала следующую иерархию:

- смертная казнь;
- лишение свободы;
- ссылка;
- высылка;
- исправительные работы без лишения свободы;
- лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью;
- штраф;
- увольнение от должности;
- возложение обязанности загладить причиненный вред;
- общественное порицание;
- конфискация имущества;

---

<sup>1119</sup> Уголовное право России: Общая часть / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. СПб., 2006. С. 161.

- лишение воинского или специального звания<sup>1120</sup>.

Наказание преследовало достижение следующих целей:

- кара за совершенное преступление;
- исправление и перевоспитание осужденных в духе честного отношения к труду;
- точное исполнение законов;
- уважение к правилам социалистического общежития;
- предупреждение совершения новых преступлений как осужденными, так и иными лицами<sup>1121</sup>.

Преступность в СССР неуклонно росла на протяжении 1960–80 гг., однако соответствующие данные носили секретный характер, и отечественные ученые предлагали сугубо идеологическую трактовку причин преступности. Она сводилась к тому, что «коренные изменения, происшедшие в СССР после ликвидации эксплуататорских классов и построения социалистического общества, сказались и на состоянии преступности. В нашей стране уничтожена эксплуатация человека человеком, исчезла безработица, неуклонно поднимается материальный и культурный уровень широких народных масс, уничтожены классовые антагонистические противоречия. Преступность не имеет корней в основах нашего общества, она чужда природе социалистического общества»<sup>1122</sup>. Жизнь говорила об обратном. Низкий уровень жизни в ряде регионов СССР, скрытая безработица, отсутствие во многих городах развитой досуговой системы, невысокий образовательный уровень промышленных рабочих и сельских наемных работников, бытовая неустроенность многих семей (знаменитые советские коммуналки) – все это отнюдь не способствовало уменьшению уровня преступности.

Таким образом, советское право в целом не опиралось на изучение реальной жизни, а следовало определенным идеологическим постулатам, не имевшим прямого отношения к действительности. Наука советского права опиралась на такой любопытный феномен как «марксистско-ленинская философия», не имевшая на самом деле явной преемственности с классическим марксизмом. Интерпретации учения К. Маркса были свойственны советскому режиму на разных стадиях его эволюции, но в общем и целом руководители КПСС не читали труды основоположников марксизма, да и интеллектуальным трудом себя не обременяли. Соответственно, советское право во многом отталкивалось от его трактовки А.Я. Вышинским, ставшей официальной после Всесоюзного совещания юристов в 1938 г. В понимании А.Я. Вышинского, «право – совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принуди-

<sup>1120</sup> Курс советского уголовного права. Часть Общая. Т. 2. Л., 1970. С. 242.

<sup>1121</sup> Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. // Хрестоматия по истории отечественного государства и права. 1917–1991. С. 336.

<sup>1122</sup> Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М., 1973. С. 581.

тельной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу»<sup>1123</sup>. Советские теоретики права, особенно в период правления И.В. Сталина, подчеркивали классовый характер права как социального явления.

Согласно идеологическим постулатам, правящим классом в СССР являлся пролетариат, авангардом которого выступала коммунистическая партия. На деле же партия подменяла пролетариат, являвшийся меньшинством в крестьянской стране. Реальным хозяином СССР выступала партийно-советская бюрократия, интересы которой носили первоочередной характер. В теоретико-правовой же литературе утверждалось с большим пафосом, что «советское право – социалистическое право, – т.е. возведенная в закон воля рабочего класса, осуществляющего в союзе с трудящимся крестьянством государственное руководство советским обществом в условиях внешнего капиталистического окружения»<sup>1124</sup>. По сути, официальная советская юриспруденция дальше вышеприведенных трактовок права не пошла. Нарботки советских юристов начального периода развития социалистического права (Е.Б. Пашуканис, П.И. Стучка, Н.Н. Разумовский) оказались невостребованными в последующую эпоху.

Эта невостребованность была связана с различными обстоятельствами, среди которых основную роль играло общее понижение интеллектуального уровня гуманитарных исследований и отказ от преемственности с прежними научными школами. В частности, практически полностью прекратила существование социологическая школа российского права, некоторые идеи которой можно обнаружить в трудах Е.Б. Пашуканиса и П.И. Стучки.

Печальная судьба социологии права в Советской России объяснима достаточно просто. Прикладные исследования (изучение причин преступности, эффективности законодательства, уровня правовой культуры личности и общества) объективно ведут к обобщениям теоретического характера, которые как раз и не были нужны «господствующему классу» в лице партийно-государственной бюрократии. Кроме того, и это обстоятельство нужно отметить особо, в течение 1930–50-х годов господствующие высоты в юриспруденции занял юридический позитивизм, признававший право порождением воли государства. Соответственно, обществу было отказано в возможности творить право. Следовательно, любые социологические изыскания приобретали совершенно недопустимый и «идеологически вредный» характер и, разумеется, оказались свернуты уже к середине 1930-х гг. Самобытные же и самостоятельные исследователи уходили из сферы теории права в отраслевые науки. В итоге, социалистическое право преподносилось в качестве высшего уровня развития права как такового, не имея под собой объективных исследований. Именно поэтому социали-

---

<sup>1123</sup> Вышинский А.Я. Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 84.

<sup>1124</sup> Денисов А.И. Основы марксистско-ленинской теории государства и права. М., 1948. С. 275.

стическое право и стало обладать сугубо схоластическими чертами, которые, по мнению советских правоведов, выделяют его (право) из других социальных явлений:

- детерминированный экономическими условиями развития общества интерес рабочего класса (всего народа), объективируемый в государственной воле;

- выражение интереса и воли рабочего класса (всего народа), в системе юридических норм, направленных на регулирование общественных отношений в интересах построения социализма и коммунизма;

- обеспеченность правовых норм системой организационных и идеологических средств и охрана их в необходимых случаях принудительной силой социалистического государства<sup>1125</sup>.

В целом, советские правоведы пришли к тому, что «социалистическое право – это выражающая интересы рабочего класса и всех трудящихся (всего народа) и определяемая материальными условиями жизни общества государственная воля, объективируемая государством в системе норм (правил поведения), направленных на регулирование общественных отношений в целях построения социализма и коммунизма, обеспечиваемых системой организационных и идеологических средств и охраняемых принудительной силой государства»<sup>1126</sup>. Данное определение гораздо более «неопределенное», чем формулировки А.Я. Вышинского и А.И. Денисова, что объясняется необходимостью обосновать не столько узкоклассовое, сколько «общенародное» содержание социалистического права, выдвинутое после XX съезда КПСС в 1956 г. Вместе с тем, классовый аспект социалистического права не был отменен, и его сущность проявлялась в том, что социалистическое право:

- выражает социально-политическое и идейное единство, сложившееся в результате восприятия трудящимся крестьянством и трудовой интеллигенцией марксистско-ленинской идеологии рабочего класса;

- руководящую роль в развитии общества, и в частности в развитии правовой надстройки, в период социализма и строительства коммунизма продолжает играть рабочий класс;

- право служит целям построения коммунизма;

- оно является орудием борьбы с пережитками эксплуататорского строя в поведении людей<sup>1127</sup>.

К реальной жизни людей данные принципы никакого отношения не имели, так как социальная практика не изучалась во всем ее многообразии, и призывы отдельных ученых соотносить теорию с практикой оставались без ответа. Так, С.И. Аскназий справедливо писал о том, что «лишь при условии понимания соотношения между правовыми институтами и лежа-

---

<sup>1125</sup> Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. С. 19.

<sup>1126</sup> Там же. С. 24.

<sup>1127</sup> Теория государства и права / отв. ред. Н.Г. Александров. М., 1974. С. 369.

щими в их основе социально-экономическими и иными явлениями и роли каждого правового института в дальнейшем поступательном движении общественной системы законодатель может получить твердую основу для своей деятельности, правильно выбрать для осуществления выдвигаемых им целей соответствующие правовые средства»<sup>1128</sup>. Реалии же советской действительности были таковы, что любое объективное исследование функционирования права привело бы к краху официальной юриспруденции. Поэтому социологические изыскания в 30–50-х гг. XX столетия практически не проводились, а в период «оттепели» они стали носить выборочный и только прикладной характер (оперировать реальными данными в таких исследованиях было невозможно, поэтому абсолютные цифры могли указываться только в закрытых публикациях). Для массовой же аудитории предлагалась система принципов социалистического права, на которые должна была опираться правоприменительная практика. Принципы эти на общетеоретическом уровне сводились к следующим:

- принцип народовластия;
- принцип демократизма;
- интернационализм;
- принцип социалистического гуманизма;
- принцип справедливости;
- принцип равноправия;
- принцип законности;
- неразрывная связь прав и обязанностей;
- сочетание убеждения и принуждения;
- принцип ответственности за вину<sup>1129</sup>.

Все вышеприведенные принципы говорят о том, что советское социалистическое право, по своей глубинной сущности, – явление неправоное и даже антиправоное. Именно на этот аспект обращает внимание В.С. Нерсесянц, характеризуя дискуссии сторонников «узкого» и «широкого» понимания права в отечественной юриспруденции 60–70-х гг. XX столетия. В.С. Нерсесянц справедливо считает, что «в целом полемика представителей "широкого" понимания права против сторонников "узконоормативного" подхода носит непринципиальный характер, поскольку в фактически неправоной ситуации оба направления в одинаковой мере базировались на априорной предпосылке о наличии "советского социалистического права", которое по существу отождествлялось с советским законодательством. Под "нормой права" в обоих случаях имеется в виду норма антиправового законодательства, производными которой являются компоненты более "широкого" понимания права ("правоотношение" и "правосознание")»<sup>1130</sup>.

Позволим себе сделать утверждение о том, что наличие нескольких

---

<sup>1128</sup> Аскназий С.И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М., 2008. С. 63.

<sup>1129</sup> Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. С. 47–60.

<sup>1130</sup> Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2006. С. 395.

подходов к правопониманию (разумеется, в рамках господствовавшего юридического позитивизма, по недоразумению отрицавшегося советскими юристами) позволило прорвать стену догматизма и постепенно начать формирование новых школ правопонимания, подрывавших незыблемое положение позитивистов, даже с учетом того, что представители новых подходов опирались на труды К. Маркса, творчески изученные и интерпретированные (позитивисты в философских построениях в массе своей не разбирались, что связано с общим падением философской культуры советских общественных наук и их представителей).

К числу сторонников новых типов правопонимания в советской теоретической юриспруденции прежде всего следует отнести Л.И. Спиридонова и Л.С. Явича. Концепция Л.С. Явича характеризуется тем, что ученый ввел в определение права субъективные права личности, признав их важность в правовом регулировании общественных отношений. Тогда «право – это материально детерминированная и возведенная в закон общеклассовая (всенародная при социализме) воля, непосредственно выраженная не только в общих государственно обязательных установлениях, но и в закрепленных ими наличных правах субъектов общественных отношений, характер и содержание которых объективно обусловлены»<sup>1131</sup>. Соответственно, несколько иной окажется и система принципов права, которая, согласно Л.С. Явичу, приобретает следующий вид:

- принцип общеобязательности норм права для всего населения страны и приоритета этих норм перед всеми иными социальными нормами в случае коллизии;

- принцип подразделения правовой системы государства на публичное и частное право, на относительно самостоятельные отрасли и институты права;

- принцип соответствия между объективным и субъективным правом, между нормами права и правовыми отношениями, между правом и его осуществлением;

- принцип социальной свободы, выраженный в системе субъективных прав участников общественных отношений, равенства перед законом и судом, равноправия;

- принцип законности и юридической гарантированности прав и свобод личности, зафиксированных в законе, связанность нормами законодательства деятельности всех должностных лиц и государственных органов;

- принцип справедливости, выраженный в равном юридическом масштабе поведения и в строгой соразмерности юридической ответственности допущенному правонарушению;

- принцип юридической ответственности только за виновное противоправное поведение и признания каждого невиновным до тех пор, пока вина не будет установлена юрисдикционным органом (судом), так называемая презумпция невиновности;

---

<sup>1131</sup> Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. С. 110.

- принцип недопустимости обратной силы законов, устанавливающих новую или более тяжелую юридическую ответственность, и гуманности наказания, способствующего исправлению осужденного<sup>1132</sup>.

Таким образом, Л.С. Явич предложил весьма прогрессивную (для своего времени) трактовку принципов права, опирающуюся во многом на социологическое понимание права как такового. Соответственно этому, ученый и говорит о наличии таких элементов права, как объективное и субъективное право. Последнее крайне значимо, так как определяет объем прав личности и коллективных образований в обществе. Соответственно, «субъективное право – это система наличных прав субъектов, выражающая материально детерминированную и возведенную в закон волю господствующих классов, закрепленную в объективном праве. Единичное субъективное право – это юридически обеспеченная мера возможного поведения лица, гарантирующая ему самостоятельность, свободу выбора, пользование материальными и духовными благами на основе существующих отношений производства и обмена»<sup>1133</sup>. Следовательно, воспользоваться субъективным правом в современном обществе личность может только тогда, когда это право каким-либо образом фиксируется (нормативный акт, судебное решение) и является для личности значимым. Последнее означает наличие длительной исторической традиции по использованию именно данного правила поведения и эффективность правила в процессе его применения.

Эффективность права и его отдельных институтов и отраслей определяется следующими критериями (показателями):

- соответствие непосредственной социальной цели законодателя объективным потребностям данного общества;
- оптимальность избранного масштаба поведения для достижения поставленной цели, возможность достижения этой цели юридическими средствами;
- соответствие средств достижения цели социальной ценности предполагаемого социального результата;
- минимальность социальных трат при максимальной социальности результата;
- соответствие между реальным результатом действия нормы и поставленной перед ней социальной целью<sup>1134</sup>.

При этом следует принимать во внимание то обстоятельство, что «генезис нормы, выраженной в законодательстве, нельзя связывать только с логическими операциями мышления. В ее основе лежит норма как типичный массовидный процесс жизнедеятельности людей. Если подобная норма не сложилась или в ней нет объективной необходимости, то никакой законодательный акт ее не породит, а когда в силу причин субъективного

---

<sup>1132</sup> Явич Л.С. Указ. соч. С. 153–154.

<sup>1133</sup> Там же. С. 186.

<sup>1134</sup> Там же. С. 253.

порядка законодатель формулирует норму, которой нет и не может быть при данных общественных отношениях, то мы сталкиваемся с мертворожденной юридической моделью поведения, которая в действующее право не вольется и останется тем, что называют "книжным правом". Наличие типичного процесса поведения предопределяет общезначимость юридической нормы, а потому и решающее ее качество»<sup>1135</sup>.

Действительно, значительное количество норм советского права (как и современного российского) оказывалось «мертвым» по причине несоответствия жизненным реалиям. Уровень правовой культуры и правосознания в СССР был крайне низким и все попытки его повышения наталкивались на объективные сложности, связанные прежде всего с нежеланием соблюдать действующее законодательство партийно-государственной бюрократией. Во многом именно с этим оказывалось связано постоянное нарушение принципов правосудия в СССР, хотя сами эти принципы являлись вполне демократичными. К ним относились:

- законность, обоснованность, целесообразность и справедливость решения (приговора);
- публичность рассмотрения дел, коллегиальность и участие общественности, выборность судей;
- независимость судей и подчинение их только закону, процессуальное равноправие участников судебного разбирательства;
- устность и непосредственность, гласность, национальный язык судопроизводства;
- равенство всех граждан перед законом и судом, неприкосновенность личности, презумпция невиновности, обеспечение права обвиняемого на защиту;
- осуществление правосудия только судами, в строгих рамках процессуального законодательства<sup>1136</sup>.

Соответственно, с точки зрения теории, исключаются все неправовые формы воздействия на личность. В таком случае, как обоснованно полагал Л.С. Явич, «организованное и правом регламентированное, заранее обусловленное санкциями юридических норм и потому в какой-то степени исключающее усмотрение отдельных должностных лиц, их произвол и субъективизм, принуждение на основе закона оказывается для общества и его членов более предпочтительным, чем прямое и неограниченное насилие властей, грубо попирающее любое проявление недовольства существующим порядком и лишаящее свободы, а то и жизни каждого, кто покажется бюрократии и полиции опасным для их собственного благополучия. Нельзя исключать и того, что (особенно в нашу эпоху) закон и суд являются средством охраны элементарно необходимой безопасности населения, ограждения людей от уголовной преступности и иных антисоциальных проявлений, составляющих угрозу обществу, вне зависимости от того, какова

---

<sup>1135</sup> Явич Л.С. Сущность права. Л., 1985. С. 118.

<sup>1136</sup> Явич Л.С. Общая теория права. С. 234.

его классовая структура и кто реально стоит у власти. В этом одно из проявлений общесоциальных притязаний, субстрат которых так или иначе заключен в действительном праве и правосудии любой эпохи в условиях сохранения цивилизованных политических структур, противостоящих варварски-террористическим и тоталитарным режимам»<sup>1137</sup>. Звучит все вышесказанное крайне актуально и в наши дни. В советскую же эпоху «развитого социализма» идеологические постулаты и реальная жизнь общества часто были диаметрально противоположны. Отечественные правоведы, используя «эзопов язык», достаточно доступно излагали сущность законности как общественного явления и старались донести до партийно-государственной бюрократии важность и необходимость соблюдать принимаемые правовые акты. Причем трактоваться законность могла предельно широко (как политико-правовой режим). Тогда она должна обладать следующими характеристиками:

- строгие гарантии прав граждан и их законных интересов, недопущение каких бы то ни было проявлений произвола, в том числе со стороны должностных лиц;

- неуклонное требование точного соблюдения законов государства всеми гражданами и организациями, решительное пресечение нарушений права и неотвратимость наказания за преступления;

- осуществление всех властно-административных функций в полном соответствии с законом, подзаконность любой социально значимой деятельности<sup>1138</sup>.

Отсюда следует необходимость наличия системы юридических гарантий законности и правопорядка. К таковым, по мысли Л.С. Явича, можно отнести:

- закрепление основ общественного и государственного строя, важнейших прав и обязанностей граждан, принципов правовой системы в конституции страны;

- соответствие текущего законодательства нормам конституции, верховенство законов по отношению ко всем иным актам государственных органов;

- высокая юридическая техника правотворчества, кодификации и инкорпорации законодательства, ясность и доступность нормативно-правового материала;

- централизованный прокурорский надзор за всеобщим соблюдением законов, единством их понимания и применения на всей территории страны;

- независимость суда и подчинение его только закону, правосудие как высшая юридическая гарантия прав граждан и подзаконности административной деятельности;

- безусловное право граждан на жалобу, возможность обращения за

---

<sup>1137</sup> Явич Л.С. Сущность права. С. 131–132.

<sup>1138</sup> Явич Л.С. Общая теория права. С. 238–239.

защитой в суд при нарушении конституционных гражданских прав, публичность судопроизводства;

- развитое правосознание населения, правовая культура работы государственного аппарата, учреждений и организаций, юридическая информированность граждан<sup>1139</sup>.

Однако, и об этом всегда нужно помнить, юридические гарантии законности окажутся фикцией при отсутствии реального механизма осуществления права. Как отмечал Л.И. Спиридонов, «условие воплощения сущности права в общественных отношениях – социалистическое государство, которое дает воле народа наличное бытие в виде закона, вследствие чего право в целом получает объективное существование в лице правосубъектных граждан, наделенных правами и обязанностями, выполнение которых обеспечено принудительной силой государственного аппарата. Правоотношения, опосредованные юридическими нормами – официальным выражением воли народа, – становятся явлением сущности права. Закон явления – закон соответствия прав и обязанностей субъектов правоотношений – вновь возвращает нас в сферу собственно общественной жизни: граждане вступают в правоотношения и наделяются правами и обязанностями вследствие занятия ими определенных социальных позиций, играющего роль юридического факта. Замещение же социальных позиций – функция разделения (кооперации) труда в обществе»<sup>1140</sup>. Следовательно, если гражданин по независящим от него причинам не может воспользоваться своими субъективными правами, то его статус как участника общественных отношений утрачивает свое предназначение и о свободе личности становится проблематично серьезно рассуждать. Советские граждане формально обладали достаточно широкими субъективными правами, часть из которых функционировала достаточно эффективно (например, право на труд). Другая же часть правомочий не могла быть реализована по причине отсутствия законодательной базы. Так, в частности, Конституция СССР в ст. 58 закрепляла право на обжалование неправомерных действий должностных лиц и государственных органов, однако соответствующего правового акта, детализировавшего это право в материальном и процессуальном аспектах, не существовало до 1987 г. Таким образом, возможность защитить в суде свои нарушенные права в сфере управления оказалась сведена к нулю.

Теоретические же разработки в сфере административной юстиции были созданы советскими правоведом уже к середине 1970-х гг. Так, один из ведущих отечественных процессуалистов Д.М. Чечот писал о том, что «административная юстиция – это порядок рассмотрения и разрешения в судебной процессуальной форме споров, возникающих в сфере административного управления между гражданами или юридическими лицами, с одной стороны, и административными органами – с другой, осуществляемый юрисдикционными органами, специально созданными для разреше-

---

<sup>1139</sup> Явич Л.С. Общая теория права. С. 241.

<sup>1140</sup> Спиридонов Л.И. Избранные произведения по теории права. СПб., 2010. С. 176.

ния правовых споров»<sup>1141</sup>. Следовательно – административная юстиция является достаточно широким понятием и охватывает значительную категорию споров. Д.М. Чечот предложил собственное видение подведомственности дел, возникающих из административно-правовых отношений. Оно сводилось к следующему:

1. Жалобы на постановления административных органов о штрафах и взысканиях в административном порядке:

- жалобы на постановления о наложении штрафов;
- жалобы на постановления о денежных начетах;
- жалобы на постановления о взыскании недоимок по налогам и другим платежам.

2. Жалобы на постановления административных органов по ограничению прав:

- жалобы на постановления о лишении водительских прав;
- жалобы на постановления о лишении права охоты.

3. Жалобы на постановления административных органов по оформлению и осуществлению приобретенных на основании закона и юридических фактов субъективных прав:

- жалобы на постановления о назначении пенсий;
- жалобы на постановления о включении в очередь на получение жил-площади;
- жалобы на действия судебных исполнителей;
- жалобы на действия нотариусов.

4. Жалобы на постановления административных органов по вопросам правовой регистрации:

- жалобы на неправильности в списках избирателей;
- жалобы на неправильности в книгах ЗАГС;
- жалобы на действия органов опеки и попечительства;
- жалобы на постановления по регистрации строений, транспортных средств и другого подлежащего регистрации имущества<sup>1142</sup>.

На протяжении нескольких десятилетий вопрос о необходимости административной юстиции в СССР широко обсуждался учеными. Как отмечал Д.М. Чечот, «исследование теоретических проблем административной юстиции показывает, что названный институт находится в нашей стране в процессе становления. Нет никаких серьезных оснований для того, чтобы отрицать возможность и необходимость применения административной юстиции в странах социализма. Речь должна идти о дальнейшем совершенствовании того порядка судебного контроля за действиями органов государственного управления, который применялся в советском праве на протяжении всей его истории»<sup>1143</sup>.

Помимо всего прочего, в советском праве фактически отсутствовала

---

<sup>1141</sup> Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2005. С. 320.

<sup>1142</sup> Там же. С. 407.

<sup>1143</sup> Там же. С. 436.

самостоятельная отрасль – административно-процессуальное право, не признаваемая большинством ученых даже в теории. Однако соответствующие научные разработки велись. По-видимому, ведущим специалистом в этой сфере может быть признан В.Д. Сорокин. Этот крупнейший административист еще в 1960–70-х гг. создал концептуальные труды в сфере административного процесса, без которого, по определению, не может существовать и административная юстиция. Тем более, что в ряде социалистических стран Европы, сохранивших преемственность с романо-германской правовой семьей, административная юстиция и соответствующая ей процессуальная форма эффективно функционировали (Болгария, Польша). Как обоснованно полагал В.Д. Сорокин, «отсутствие в нашей стране единого административно-процессуального акта, каким, по нашему мнению, прежде всего должны быть Основы административно-процессуального законодательства Союза ССР и союзных республик, определенным образом отражается на многих проблемах процесса, в том числе и на вопросе о принципах этого вида деятельности. Нет надобности доказывать, что принципы того или иного явления могут быть эффективными только в системе, только тогда, когда они охватывают все существенные стороны данного явления»<sup>1144</sup>.

По мнению В.Д. Сорокина, основными принципами советского административного процесса должны быть признаны:

- принцип социалистической законности (требования строгого и надлежащего исполнения законов и основанных на них иных правовых актов, а также надлежащего применения этих актов);
- принцип заинтересованности масс в осуществлении и результатах административного процесса, конкретизирующий участие масс в государственном управлении;
- принцип быстроты процесса;
- принцип охраны интересов государства и личности в административном процессе;
- принцип гласности процесса;
- принцип материальной истины (обязанность органа, рассматривающего конкретное дело, принять во внимание все доказательства, имеющиеся в его распоряжении);
- принцип равенства сторон в административном процессе (на граждан и должностных лиц закон распространяется в равной степени);
- осуществление процесса на языке коренного населения;
- принцип самостоятельности принятия решения при рассмотрении административных дел (конкретизация принципа демократического централизма в советском государственном управлении);
- принцип двустепенности административного процесса (участники разбирательства по административному делу, и прежде всего, сторона, чьи права и интересы устанавливаются в ходе процесса, могут обжаловать лю-

---

<sup>1144</sup> Сорокин В.Д. Избранные труды. СПб., 2005. С. 278.

бое первичное действие органа или лица, рассматривающего данное дело);  
- принцип ответственности должностных лиц и служащих за ненадлежащее ведение процесса<sup>1145</sup>.

Таким образом, вышеназванные принципы должны были укрепить законность в государственном управлении и осуществлении правосудия, но, во многом, остались благими пожеланиями. Реалии советского общества не позволяли функционировать органам административной юстиции, хотя, на исходе бытия СССР, в 1989 г. были приняты Основы о судеустройстве Союза СССР и союзных республик, предусматривающие создание должности судьи по административным делам в каждом районном суде. В практической плоскости такие должности не были созданы отчасти по финансовым соображениям, а отчасти из-за сопротивления самого судейского сообщества, посчитавшего наличие таких должностей «карьерным тупиком». Свою негативную роль сыграло и нежелание бюрократического аппарата оказаться в поле зрения судебной ветви власти и отвечать за проявления собственной некомпетентности и корыстных устремлений. Все эти проблемы оказались унаследованы и современным российским обществом, правовая система которого находится в стадии формирования и не отличается стабильностью институтов и отношений.

## **Глава 11. Российское право в переходном периоде**

Характеризуя современную российскую правовую систему, следует, прежде всего, принять во внимание то обстоятельство, что она приобрела иную структуру по сравнению с правом советской эпохи. Речь идет о делении права на публичное и частное, по аналогии с правом континентальной Европы. Само «публичное право есть функционально-структурная подсистема права, выражающая публичные интересы и регулирующая преимущественно базовые, властные, управленческие, экономические, социальные и межгосударственные отношения»<sup>1146</sup>. Соответственно, предметом публичного права выступают:

- устройство и функционирование государства и его институтов;
- институты гражданского общества;
- механизм и уровни самоуправления;
- основы правовой системы, правотворчества и правоприменения;
- принципы, нормы и институты межгосударственных объединений и международных организаций.

Основными признаками публичного права являются:

- выражение интересов государства;
- регулирование отношений между органами государственной власти и гражданами;
- присутствие подчиненности;

---

<sup>1145</sup> Сорокин В.Д. Указ. соч. С. 279–284.

<sup>1146</sup> Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М., 2008. С. 35.

- жестко централизованное регулирование общественных отношений государственной властью;
- сущность регулируемых отношений образует коллективное начало;
- инициатива защиты прав личности исходит от государства.

Более сложная ситуация складывается в процессе отнесения той или иной отрасли к публичному или частному праву. Ю.А. Тихомиров обоснованно обращает внимание на то обстоятельство, что «следует выделять смешанные отрасли, в которых публичные институты находятся в паритетном или преобладающем соотношении с нормами частного права. К таковым можно отнести экологическое право, трудовое право, аграрное право, формирующиеся отрасли образовательного, медицинского, энергетического права, а также сходные отрасли международного права. Причем названные отрасли не теряют своей самостоятельности и не лишаются каких-либо норм и институтов. Напротив, они "прирастают" более разветвленными связями и средствами регулирования, получают мощную поддержку "союзников" и прочный фундамент для общественного восприятия»<sup>1147</sup>. В контексте рассматриваемой нами проблематики следует учесть и такой факт, как объективное отнесение к какой-либо правовой общности (публичному или частному праву) отдельных отраслей российского права. Обособление отрасли права осуществляется по предмету и методу правового регулирования. Этим критериям соответствуют далеко не все учебные дисциплины, изучаемые в отечественных юридических вузах. В последние 10–12 лет предпринимаются постоянные попытки обозначить в качестве самостоятельных отраслей ряд феноменов и даже «юридических курьезов». Так, нельзя признать серьезным стремление некоторых исследователей придать особый статус «профсоюзному праву» или «олимпийскому праву» и трактовать их как отрасли. Помимо трудностей с определением их предмета, невозможно доказать наличие особых методов регулирования общественных отношений в этих сферах. Также сложно признать самостоятельность образовательного права, которое, в лучшем случае, может претендовать на статус подотрасли административного права. Поэтому, собственно структурными составляющими публичного права в современной России (по отраслевой принадлежности) могут быть признаны:

- конституционное право;
- административное право;
- финансовое право;
- уголовное право;
- уголовно-исполнительное право;
- международное публичное право;
- экономическое право.

Отнесение последнего к сфере публичного права в настоящее время носит дискуссионный характер, содержание которого показано Э.В. Тала-

---

<sup>1147</sup> Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 38.

пиной<sup>1148</sup>. Тем не менее, судьба экономического права будет определяться ходом рыночных преобразований и их дальнейшим углублением в российском обществе.

Если же говорить о частном праве, то «это та часть объективного права, которая регулирует взаимоотношения частных лиц, основанные на их интересах и реализуемые к их пользе, причем такое регулирование осуществляется в значительной мере с помощью правил диспозитивного или субсидиарного (восполнительного), а не только императивного "строго обязательного характера"»<sup>1149</sup>. Основными признаками частного права выступают:

- выражение частных интересов отдельных лиц;
- регулирование отношений граждан и их частных объединений между собой;
- участники отношений юридически равноправны;
- децентрализованное регулирование из многих независимых друг от друга центров;
- сущность регулируемых отношений образует индивидуальное начало;
- инициатива защиты прав личности исходит от заинтересованных частных лиц.

Система современного российского частного права включает в себя следующие элементы:

- общая часть (общие положения);
- вещное право;
- обязательственное право;
- исключительные права («интеллектуальная» и «промышленная» собственность);
- наследственное право;
- семейное право;
- международное частное право;
- торговое (коммерческое) право<sup>1150</sup>.

Отметим при этом тот бесспорный факт, что «деление права на публичное и частное не должно абсолютизироваться и преподноситься как единственно возможное основание дифференциации системы права. Если подойти к структуре права с функциональной точки зрения, то можно предположить подразделение всех отраслей права на следующие три однородные группы норм: публичное право; частное право; процессуальное право»<sup>1151</sup>. Действительно, значимость процессуального права должна существенно повыситься в связи с модернизацией правовой системы России и приданием ей нового качества и динамизма. Вместе с тем, следует признать очень архаичный характер отечественного процесса и его неразви-

---

<sup>1148</sup> Талапина Э.В. Публичное право и экономика. М., 2011.

<sup>1149</sup> Российское гражданское право / отв. ред. Е.А. Суханов. В 2-х т. М., 2010. Т. 1. С. 56.

<sup>1150</sup> Суханов Е.А. Гражданское право России – частное право. М., 2008. С. 32.

<sup>1151</sup> Червонюк В.И. Теория государства и права. М., 2006. С. 361.

тость по сравнению с аналогичными феноменами стран Запада. Так, только в последние годы окончательно признан административный процесс, идея о самостоятельности которого витала в воздухе не одно десятилетие и обоснованию которой посвятил ряд своих трудов В.Д. Сорокин<sup>1152</sup>.

Более сложная ситуация сложилась с признанием самостоятельности конституционно-судебного процесса. По мнению такого авторитетного исследователя, как Н.В. Витрук, «судебно-конституционное право и процесс (конституционное правосудие) как отрасль права – это система нормативных установлений, регулирующих качественно однородный комплекс общественных отношений, складывающихся в процессе организации и функционирования судебного конституционного контроля, осуществляемого специализированными судами в форме конституционного судопроизводства как самостоятельного вида судопроизводства, в целях охраны и защиты конституции на всей территории государства»<sup>1153</sup>. Судебно-конституционное право и процесс как отрасль права обладает сложной структурой, которая, по мысли Н.В. Витрука, состоит из следующих элементов:

1. Судебно-конституционное материальное право:

- устройство, организация органов конституционного правосудия;
- полномочия (юрисдикция) органов конституционного правосудия;
- отдельные правовые институты.

2. Судебно-конституционное процессуальное право (конституционное судопроизводство):

- общие правила конституционного судопроизводства;
- виды производств в конституционном судопроизводстве, их особенности;
- отдельные институты<sup>1154</sup>.

Перед наукой судебно-конституционного права и процесса, по верному суждению Н.В. Витрука, стоят фундаментальные задачи, к числу которых относятся:

- разработка понятийного аппарата и соответствующей терминологии;
- предложение оптимальных моделей конституционного и конституционно-уставного правосудия в условиях федерации;
- выдвижение новых прогрессивных идей и предложений с учетом вызовов современности, опыта функционирования отечественного и зарубежного конституционного правосудия;
- анализ социологических аспектов функционирования конституционного правосудия, в частности его общесоциальных функций, роли общественного мнения обобщение опыта взаимодействия со средствами массовой информации;
- вклад органов конституционного правосудия в формирование совре-

---

<sup>1152</sup> Сорокин В.Д. Административно-процессуальное право. СПб., 2008; Он же. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс. Макроуровень. СПб., 2003.

<sup>1153</sup> Витрук Н.В. Конституционное правосудие. М., 2010. С. 20.

<sup>1154</sup> Там же. С. 23.

менной правовой политики<sup>1155</sup>.

Следует не упускать из виду и то обстоятельство, что конституционное правосудие как таковое обладает рядом очень значимых черт в правовой системе России. Чертами этими являются следующие:

- решения Конституционного Суда РФ являются нормативно-правовой основой формирования судебного конституционализма и соответственно всей системы российского конституционализма в целом;

- конституционное правосудие и его решения – один из важных источников современной конституционной доктрины развития, модернизации российской государственности;

- Конституционный Суд РФ – генератор конституционной идеологии, творец новой конституционной культуры, конституционного мировоззрения личности и общества;

- судебный конституционализм есть материализация конституционно-судебной практики, реального воплощения в жизнь требований верховенства Конституции, ее прямого действия, материализация конституционных ценностей в обществе<sup>1156</sup>.

Таким образом, можно сделать обоснованный вывод о том, что отечественная правовая система под воздействием запросов жизни эволюционирует в сторону большей гибкости.

## **Глава 12. Особенности российской конституционности**

Подходы к определению конституции многообразны и нередко даже полярны, как, например, позитивистское понимание конституции в качестве документа («В правовой онтологии присутствует легистское сведение конституции к Основному закону и официально-властному феномену»<sup>1157</sup>) и социологическое – как фактических отношений в обществе. Совмещение данных точек зрения можно увидеть в варианте «реальной» конституции Й. Йензее, характеризующим конституционную норму как еще не являющуюся реальностью, а лишь предопределяющей должное состояние государства<sup>1158</sup>. При этом необходимо учитывать и обратную зависимость, когда конституционные нормы порождены историей именно этого общества, а не искусственно выращены в качестве неких идеалов, не имеющих ничего общего с требованиями действительности.

Конституция как системообразующий фактор существует не только с XVIII века, как это принято утверждать с точки зрения позитивистской концепции. Конституция как совокупность принципов взаимоотношений еди-

---

<sup>1155</sup> Витрук Н.В. Указ. соч. С. 32–33.

<sup>1156</sup> Бондарь С.С. Судебный конституционализм в России. М., 2010. С. 108.

<sup>1157</sup> Юсубов Э.С. Знаки онтологии в Конституции Российской Федерации // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 2 (8). С. 13.

<sup>1158</sup> Изензее Й. Государство и конституция // Государственное право Германии. Сокращенный перевод немецкого семитомного издания. Т. 1 / отв. ред. Б.Н. Топорнин. М., 1994. С. 13.

ницы (индивидуума) и общности (социума государства) существует в абсолютно любом обществе на любой стадии его развития: «Всякий постоянный общественный союз нуждается в устройстве, согласно которому выражалась бы и приводилась в исполнение его воля, отграничивалась бы область его деятельности, определялось бы положение членов в союзе и их взаимные отношения. Подобное устройство носит название конституции. Таким образом, у каждого государства имеется своя конституция. Государство, лишенное конституции, было бы анархией. Конституция присуща даже "тирании" в античном смысле, – государству, основанному на узурпации в так называемых деспотиях, она так же неизбежна, как и при властвовании какого-нибудь демократического комитета общественного спасения <...> Достаточно фактического существования власти, поддерживающего единство государства, чтобы мы имели пред собою минимум конституции, который необходим для признания государства существующим. Но по общему правилу культурные народы располагают юридически признанной конституцией, состоящей из ряда правоположений»<sup>1159</sup>. При этом необходимо учитывать, что «реальную конституцию, действительный общественный уклад <...> имела и имеет всякая страна в любое время; совершенно ложно и ведет к неправильным заключениям думать, что в настоящее время делают весьма многие, что конституция составляет исключительную особенность новейшей эпохи. Каждая страна не может не иметь какую-нибудь реальную конституцию, какой-нибудь общественный уклад <...> Действительно, фактическую конституцию, таким образом, имели все страны и во все времена. Для новейшего времени характерной является не эта действительная конституция, а только писаная конституция; или, иначе говоря, лист или листы бумаги...»<sup>1160</sup>.

Соглашаясь с Ф. Лассалем, несмотря на все произошедшие перемены в политическом, экономическом, социокультурном плане за истекшее время, следует обращать внимание не только на сам конституционный текст, закрепленный в нормативном акте (или нормативных актах), но и на сопровождающие его тенденции воплощения этих правовых предписаний в реальной жизни. Воспринимая конституцию как привычку<sup>1161</sup>, которой хотят следовать, можно найти ответ на вопрос, почему конституционные нормы преимущественно декларативны и целеполагающи: государство как субъект правотворчества (даже если конституционный проект вынесен на референдум, автором/составителем этого проекта выступают лица, осуществ-

---

<sup>1159</sup> Еллинек Г. Конституции, их история и значение в современном праве. // Хрестоматия по конституционному праву. Том I: История, теория и методология конституционного права. Учение о конституции / сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустов. СПб., 2012. С. 483–484.

<sup>1160</sup> Лассаль Ф. О сущности конституции. Речь, произнесенная в одном берлинском бюргерском окружном собрании в 1862 году // Хрестоматия по конституционному праву. Том I: История, теория и методология конституционного права. Учение о конституции / сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустов. СПб., 2012. С. 441–442.

<sup>1161</sup> Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. М., 2003. С. 383.

вляющие в данный момент государственную власть) фиксирует в формально-определенных выражениях то состояние, которого хотелось бы (самому обществу – при развитой правовой культуре этого общества) или элитарной группе (при пассивном обществе) достичь (или изобразить достижение, поскольку конституция в современном мире давно уже стала средством формирования имиджа государства на международной арене: «сам факт появления в России первой демократической по своему содержанию Конституции положил начало формированию нового имиджа страны в международном сообществе, постепенному слому стереотипов в мышлении политических кругов иностранных государств в отношении Российской Федерации...») <sup>1162</sup>.

Рассматривая конституцию с точки зрения ее образного воплощения <sup>1163</sup> в правосознании непосредственных участников конституционной реальности, можно сформулировать следующий вариант содержания данного термина: конституция – это реально существующий образ фундаментальных основ устройства общества, формируемый смыслом, вкладываемым в текстуальную форму основного закона. Т.е. конституция представляет собой и текст основного закона современного государства, и его восприятие обществом, государством и международным сообществом с учетом фактического поведения субъектов конституционных правоотношений. Исследователи верно отмечают, что в связи с фактической победой позитивного права в качестве внешнего выражения правовых предписаний «Реальная конституция <...> в современных условиях неизбежно объективируется в формально закрепленных в тексте основного закона нормах конституции» <sup>1164</sup>. Такое же мнение можно встретить и значительно ранее: «В новейшее время повсеместно наблюдается стремление установить писаную конституцию, собрать на одном листе бумаги, в одном акте основания учреждений и правительственной власти все данной страны. <...> Не трудно понять, что для того, чтобы появилось такое стремление к писаной конституции, необходимо, чтобы в стране, где это стремление появилось, произошла перемена в отношениях между общественными силами. Без этой перемены, при прежних неизменных действительных отношениях общественных сил не было бы никакого основания народу стремиться к созданию новой конституции, его вполне должна была бы удовлетворять старая, и самое большее, что следовало бы сделать, это собрать в одном акте все рассеянные в виде отдельных постановлений и грамот основные зако-

---

<sup>1162</sup> Павлов Е.Я. Международное значение российской конституции // Право и управление. XIX век. 2013. № 4 (29). С. 12.

<sup>1163</sup> См.: Ромашов Р.А. Конституция как символ публично-правового порядка (stat) // Знаково-символическое бытие права. 11-е Спиридоновские чтения: мат. междунар. науч.-теор. конф. / под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2013. С. 68–71.

<sup>1164</sup> Честнов И.Л. Философско-правовые проблемы конституционализма // Актуальные проблемы конституционного права / ред. В.П. Журавлев, А.Э. Черноков. СПб., 2012. С. 16.

ны»<sup>1165</sup>. При этом, «<...> хотя древним хорошо было известно представление о конституции, однако, мы не встречаем у них требования изложить всю конституцию в одном законодательном акте, который обладал бы высшей силой сравнительно со всеми прочими законами. Правда, отдельные законоположения, относящиеся к области конституции, находили себе письменное выражение наряду с другими законами, но нигде в древности не был издан такой формальный акт, который заключал бы в себе все основы государственного устройства»<sup>1166</sup>.

Исходя из такого подхода к пониманию конституции, в качестве признаков данного правового явления следует выделить восемь, причем все эти признаки между собой находятся во взаимосвязи (рассматривая синергетичность конституции как самостоятельного явления, нельзя отрицать, что признаки любого явления должны взаимодействовать между собой, поскольку иначе они будут случайным набором, а не характеристиками конкретного явления, представляющими относительно полноценную картину).

*1. Конституция должна быть принята особым субъектом.*

Данный признак в современных государствах может быть воплощен различными способами: конституция может быть принята парламентом государства, народом, специально созываемым органом (например, такой орган предусмотрен для одного из вариантов принятия следующей Конституции России – Конституционное Собрание). В качестве вариации данного признака необходимо учитывать, что в некоторых случаях конституция может быть принята не в буквальном смысле этого слова, а дарована (октроирована) монархом народу.

*2. Конституция должна быть принята в особом порядке.*

Конституционная значимость сопровождается не только специфическими юридико-техническими процедурами, но и политико-психологическими программными действиями, заявлениями и т.п. Исследователи справедливо замечают о важности формирования объективных условий для принятия конституции как революционного изменения расстановки общественных сил, что ведет к необходимости не только установления и закрепления нового порядка существования общества, но и констатации самого факта изменения таких изменений в жизни общества. Так, можно отметить подобные мнения как в общей теории конституции: «Современное понятие конституции как особого учредительного акта, который должен изменить прежний порядок в обществе и ввести новый порядок, зародилось в пред-

---

<sup>1165</sup> Лассаль Ф. О сущности конституции. Речь, произнесенная в одном берлинском бюргерском окружном собрании в 1862 году // Хрестоматия по конституционному праву. Том I: История, теория и методология конституционного права. Учение о конституции / сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустов. СПб., 2012. С. 442.

<sup>1166</sup> Еллинек Г. Конституции, их история и значение в современном праве // Хрестоматия по конституционному праву. Том I: История, теория и методология конституционного права. Учение о конституции / сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустов. СПб., 2012. С. 486.

двери буржуазных революций...»<sup>1167</sup>, так и в специальных исследованиях: «Введение в действие новых конституций в арабских странах – это либо следствие перегруппировки внутривластных сил, либо, чаще всего, прихода к власти новых политических элит. <...> Реализация на практике конституционных принципов в арабских странах зависит от расстановки внутривластных сил, общего уровня социально-экономического развития, характера взаимоотношений светских и религиозных институтов, степени реальной демократизации общества»<sup>1168</sup>.

Совокупность двух первых признаков обеспечивает возможность существования третьего признака:

### *3. Легитимность конституции.*

Легитимность как сущностное качество должно быть присуще любому акту государственной власти, и, следовательно, конституционному тексту. При отсутствии данного признака текст с заголовком «Конституция» останется просто текстом, без воспроизведения его в фактическом поведении субъектов конституционно-правовых отношений. Легитимность как согласие общества на существование и действие конституционного текста означает наличие доверия к ядру правовой системы современного государства. При отсутствии данного доверия правовые предписания останутся лишь предписаниями и не трансформируются в правовые нормы. Данное правило ярко просматривается в том числе в рамках англо-саксонской правовой семьи: не всякий обычай и не всякий прецедент «попадает» в конституционный объем, а лишь занявший особое, существенное, проверенное временем место в общественном правосознании.

### *4. Первичный характер конституционного регулирования.*

Нормы конституции обладают особой чертой – являются основанием для формулирования и закрепления принципов и наиболее значимых дефиниций, прежде всего, в государственно-управленческой деятельности<sup>1169</sup>. Конституционные нормы оказывают существенное влияние на государство и общество, определяют правовые пределы свободы личности и таким образом предупреждают и разрешают публичные конфликты<sup>1170</sup>. Конституционные нормы являются главным системообразующим фактором. Они входят в правовую систему в качестве такого компонента, с которым прямо или опосредованно связаны все другие ее компоненты<sup>1171</sup>. Специфика конституционно-правовых предписаний в связи с неотъемлемой программностью конституционного акта выражается в необходимости

<sup>1167</sup> Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. М., 2005. С. 10.

<sup>1168</sup> Сапронова М.А. Арабский Восток: власть и конституции. М., 2001. С. 37, 47.

<sup>1169</sup> См.: Вережкина Ю.Ю. Формы взаимоотношений конституции и конституционализма // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2012. № 5. С. 127.

<sup>1170</sup> Юсубов Э.С. Знаки онтологии в Конституции Российской Федерации // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 2 (8). С. 13.

<sup>1171</sup> Лучин В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М., 2002. С. 42

использования норм-целей как определения вектора эволюции государства и общества<sup>1172</sup>. Так, «Конституция РФ, принятая на референдуме, поставила ряд целей и задач в демократическом преобразовании российского общества. <...> Появление на международной арене России как демократического правового государства, которое в полной мере воплотило в своей Конституции ценности, присущие конституциям других демократических государств, открыло новую эпоху в истории человечества»<sup>1173</sup>. Закрепленные в конституции правовые положения подлежат раскрытию в других формах права, регулирующих конституционные и иные правоотношения, поскольку конституция не может (и не должна) регулировать все отношения, возникающие в обществе, а лишь устанавливает их общий «знаменатель».

##### *5. Всеохватывающий характер конституционной регламентации.*

В связи с первичностью норм конституции как принципов регулирования отношений справедливым будет отметить, что такие принципы конституция закрепляет для всех сфер жизнедеятельности общества: политической (как сферы управления государством), экономической (сферы перераспределения материальных ценностей), социальной (сферы поддержки государством населения) и духовной (сферы воздействия государства на внутренний мир человека). Поскольку конституция призвана обеспечить фундамент государственной жизни, нельзя исключить из предмета регулирования какую-либо сферу: общественные отношения постоянно взаимосвязаны и взаимозависимы между собой, что наиболее ярко просматривается на уровне правовых обычаев, обеспеченных не столько принудительной силой государства, сколько доверием и признанием правила поведения, исторически сложившимся и принятым в самосознании общества.

Совокупность четвертого и пятого признака позволяют установить шестой:

##### *6. Высшая юридическая сила конституции.*

Конституционные предписания обладают специфической значимостью, системообразующей ролью в правовой системе государства, центроустраивающим качеством: никакие иные правовые нормы в государстве не должны ей противоречить: «Сущность и конституции, и закона очевидно однородна: конституция, имея силу закона, тем самым должна быть законом, но в то же время она должна быть больше закона <...> Основным законом <...> должен быть глубже всех остальных законов и должен служить остальным законам основой. Основным законом, таким образом, является источником духа всех остальных законов, он во всех них должен в той или иной мере проявляться»<sup>1174</sup>. Реализация данного правила обеспечивается

---

<sup>1172</sup> См. подробнее: Голубева Л.А. Конституция как источник права и как форма права // Журнал правовых и экономических исследований. Journal of Legal and Economic Studies. 2014. № 4. С. 39–41.

<sup>1173</sup> Павлов Е.Я. Международное значение российской конституции // Право и управление. XIX век. 2013. № 4 (29). С. 12.

<sup>1174</sup> Ф. Лассаль. О сущности конституции. Речь, произнесенная в одном берлинском бюргерском окружном собрании в 1862 году // Хрестоматия по конституционному пра-

как содержанием конституции – установление наименования государства, фиксация системы высших органов государственной власти, определение базиса правового статуса человека и гражданина, так и институтом особой охраны конституции – в частности, специально организованным институтом конституционной юстиции (вне зависимости от модели конституционной юстиции, реализуемой в государстве).

Данный признак ведет к необходимости существования следующего.

#### *7. Особый порядок изменения конституционных положений.*

Для большинства конституций современных государств, даже если конституция гибкая, предусмотрен отличный от порядка изменения других законов способ трансформации правовых предписаний: путем усложнения процедуры, увеличения процентного соотношения числа голосов, необходимых для одобрения предполагаемых изменений, в некоторых случаях – вплоть до образования специальных органов и процедур. Установление такого подхода связано с необходимостью реализации последнего, восьмого признака.

#### *8. Стабильность конституционных установлений.*

Необходимость выделения данного признака связана непосредственно с вопросом о сущности конституции: предназначение конституции как основы существования общества влечет за собой обращение особого внимания к степени устойчивости правовых предписаний, поскольку при отсутствии такого качества правовая система государства утратит качество стабильности, а все усилия, например, субъектов правотворчества, будут направлены лишь на постоянное приведение в соответствие с положениями конституции иных правопредписаний.

В объем стабильности конституции входит требование постоянства общего знаменателя, причем не обязательно в объем этих принципов будут входить классически требуемые принцип разделения властей, ответственность государства и т.п. Сущность конституции – не в закреплении универсализованных принципов мирового порядка, а обеспечении стабильности данного, конкретного общества. Так, точка зрения Д.В. Вохмянина именно об обязанности государства приводить свое национальное законодательства в соответствие с международным правом все же излишне категорична, а его мнение о том, что «рассогласованность международных и национальных правовых норм объясняется и тем, что государства – субъекты международных отношений часто находятся на разных этапах социально-экономического, политического и культурного развития»<sup>1175</sup> явно отражает формационный подход типологизации государства и напоминает теорию трех эшелонов. Если государство будет стремиться только к созданию имиджа, фиксируя в виде конституционных предписаний несвойст-

---

ву. Том I: История, теория и методология конституционного права. Учение о конституции / сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустов. СПб., 2012. С. 434.

<sup>1175</sup> См.: Вохмянин Д.В. Закрепление универсальных принципов и норм в конституционном регулировании зарубежных стран: сравнительный анализ // Пробелы в российском законодательстве. 2012. № 5. С. 47.

венные обществу принципы, но пропагандируемые в «сливках» мирового сообщества (преимущественно однородных по истории происхождения и господствующей идеологии), то легитимность такой конституции будет стремиться к нулю, и даже зафиксированная в виде консолидированного кодифицированного акта конституция как таковой ею не будет, а останется неким набором слов, собранных под заголовком «конституция». В целом, можно согласиться с предположением, что «конституционные нормы и принципы, сформулированные на основе объединения значения слов в философском, эстетическом, историческом и антропологическом смыслах, представляют собой как эмпирические, так и теоретические истин. В них скрыта юридическая метафизика российской Конституции, тайна ее связи с историческим прошлым и прежними поколениями»<sup>1176</sup>. В качестве наиболее яркого примера можно представить конституцию государства современного арабского Востока, в которой будет провозглашен, например, католицизм в качестве официальной религии – такая конституция не будет поддержана обществом и не сможет быть реализована в фактическом правовом поведении участников любого, а не только конституционного правоотношения<sup>1177</sup>. Таким образом, «норма, оторванная от реальности и перегруженная содержанием, подсказанная лишь благими намерениями, может не оказаться ориентиром в жизни государства, а посеять сомнения в конституционности государственного строя и лишить его легитимности»<sup>1178</sup>.

Таким образом, конституция – это реально существующие принципы правового поведения общества, обеспечивающие основу системы предписаний, имеющих правовое значение, и формирующие образ государства в обществе и на международной арене.

Исходя из выделенных признаков, можно охарактеризовать свойства Конституции РФ:

1. Конституция РФ была принята 12 декабря 1993 г. особым субъектом правотворчества – народом.
2. Конституция РФ была принята особым, отличным от принятия других правовых актов в российском государстве, способом – на референдуме.
3. Легитимность Конституции РФ можно определить как на момент ее принятия (путем определения пропорционального соотношения одобри-

---

<sup>1176</sup> Юсубов Э.С. Знаки онтологии в Конституции Российской Федерации. // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 2 (8). С. 13.

<sup>1177</sup> См. подробнее: Алешкова И.А., Власова Т.В., Дуэль В.М. Конституция РФ как особый вид нормативного правового акта // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2014. № 2 (14). С. 16–18; Голубева Л.А. Особенности конституционных правоотношений как теоретической конструкции конституционного права // Журнал правовых и экономических исследований. Journal of Legal and Economic Studies. 2015. № 2. С. 57–60.

<sup>1178</sup> Изензее Й. Государство и конституция // Государственное право Германии. Сокращенный перевод немецкого семитомного издания. Т. 1 / отв. ред. Б.Н. Топорнин. М., 1994. С. 13.

ших конституционный текст к общему числу населения РФ на тот момент), так и в любой момент ее существования – с помощью социологических методов исследования. Обращение к тексту Конституции подтверждает ее наличие в объеме правосознания участников правоотношений, даже в случае осуществления критики таких конституционных положений само наличие такой критики подтверждает знание и оценку субъектами конституционного текста, их внимание к самому существованию конституционных предписаний.

4. Предписания, зафиксированные в Конституции РФ, являются нормами-принципами для формирования иного законодательства. Так, статьи Конституции непосредственно содержат отсылки к иным законам, регулирующим ту или иную группу правоотношений – например, ст. 6 устанавливает минимальный набор принципов гражданства и отсылает к ФЗ «О гражданстве РФ». Такой подход свойственен большинству зафиксированных в Конституции РФ правовых предписаний.

5. Конституция РФ фиксирует принципы регулирования во всех четырех сферах жизнедеятельности общества: политической, экономической, социальной и духовной (что можно увидеть хотя бы по содержанию Главы 1 Конституции РФ).

6. Ч. 1 ст. 15 Конституции РФ устанавливает правило ее верховенства в системе правовых предписаний государства, а ст. 125 – обеспечивает ее защиту от посягательства. По этой причине правомерно считать гарантом (т.е. защитником) Конституции РФ именно Конституционный Суд РФ, а не Президента РФ, поскольку Президент обладает лишь косвенными полномочиями по охране верховенства Конституции, такими как обращение в Конституционный Суд РФ и роспуск законодательного органа субъекта РФ при неисполнении им обязанности приведения в соответствие признанного неконституционным акта.

7. Положения Конституции РФ, в отличие от остальных правовых актов, подлежат изменению только в специально установленном Главой 9 самой же Конституции порядке.

8. Конституция РФ предназначена для обеспечения стабильности российского общества, что достигается путем взаимной реализации принципов, вытекающих из перечисленных признаков. Возможность изменения смысла конституционных положений при отсутствии изменения их текстуальной формы, с одной стороны, вызывает недовольство и даже в некоторых случаях недоумение – например, в отношении трансформации ФЗ № 184-ФЗ «Об общих принципах формирования законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов РФ» в отношении порядка формирования высших должностных лиц субъектов РФ: сначала их избираем и, соответственно, признаем неконституционными действия субъектов РФ, назначивших высших должностных лиц парламентами субъектов; затем вводим на федеральном уровне обязанность всеобщего назначения; затем отдаем право определения способа формирования на усмотрение самих субъектов РФ. С другой стороны, такое изменение со-

держания в целом неурегулированного Конституцией РФ вопроса является вполне естественным: процесс самосознания субъектами РФ своей политической самостоятельности, необходимость в кризисные моменты укрепления вертикали федеральной власти объясняется стремлением к централизации самого государства в целях сохранения своего единства. Ведь «текст конституции следует рассматривать как кладезь новых конституционных знаний, делающих возможным процесс ее познания бесконечным. Интерпретационные полномочия Конституционного Суда РФ в этом случае используются как организованное разъяснение, так как благодаря им значения конституционных норм (знаков) расширяются до необходимого политического и мировоззренческого предела. Таким образом достигается общая цель включения положений конституции в контекст времени. Следовательно, пределы разъяснения прямо или косвенно влияют на устойчивость существования и взаимодействия государства, общества и личности»<sup>1179</sup>. Трансформация же конституционных норм «может происходить и без формального вторжения в текст Основного закона. Другими словами, наблюдается определенное "преобразование" Конституции РФ – существенное изменение буквального смысла конституционных положений»<sup>1180</sup>.

Таким образом, Конституцию РФ можно рассматривать как зафиксированный объем правовых принципов, к реализации которых стремится российское государство для обеспечения стабильности общества, реализуемых в практической деятельности субъектов конституционно-правовых отношений путем интерпретации конституционных правопреписаний через свое правосознание.

Исходя из анализа признаков Конституции РФ, можно сделать вывод, что способ фиксации конституционных предписаний, избранный в 1993 году, явился вполне традиционным для современного государства. Характеризуя этот внешний способ фиксации, можно определить, к какому виду относится Конституция РФ, рассмотрев выделяемые в науке критерии классификации. Однако конституционная наука выделяет нестабильный, разнообразный объем критериев для классификации, нередко смешивая характеристику собственно формы закрепления конституционных правопреписаний, ее признаки, заодно характеризуя и источник формирования конституционных норм (например, путем определения исторического периода принятия конституционного акта). Следует же обращать внимание и на характеристику собственно самого конституционного текста, одновременно рассматривая и его реализацию в конституционной практике. Таким образом, можно выделить девять существенных критериев для классификаций конституций:

*1. По способу принятия* (отражает расстановку политических сил и

---

<sup>1179</sup> Юсубов Э.С. Знаки онтологии в Конституции Российской Федерации // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 2 (8). С. 13.

<sup>1180</sup> Аничкин Е.С. Преобразование Конституции Российской Федерации: понятие, виды, пределы // Российский юридический журнал. 2008. № 6. С. 26.

степень внимания государства к требованию легитимности, пусть хотя бы формальной, конституционного текста) выделяют конституции октроированные и принятые, при этом принятые конституции можно классифицировать на подвиды по субъекту принятия: парламентские (может быть усложнена процедура принятия по сравнению с обычными законами либо в состав субъектов может быть включен глава государства), референдарные (принимаемые народом), учредительные (принимаемые специально для этой цели создаваемым органом).

Конституция РФ по своему способу принятия может быть отнесена к референдарной, что и зафиксировано в ее преамбуле. На момент принятия Конституции РФ данный способ принятия являлся вполне закономерным и имел своей целью создание образа демократического государства.

Референдум представляет собой голосование избирателей, посредством которого принимается решение по важнейшим вопросам государственной и общественной жизни, имеющее значение в сфере государственного или муниципального управления. Исходя из такого определения, необходимо принимать во внимание, что референдум является способом выражения воли населения государства или его части. Следовательно, наличие возможности реализации института референдума в государстве означает восприятие государством принципов современного демократического общества и отказ от тоталитарного господства государства.

Существующая классификация референдумов в современной науке конституционного права позволяет выделить различные виды референдумов.

В зависимости от территории, на которой проводится референдум, выделяют общегосударственный (общенациональный) и местный референдум. Если государство представляет собой федерацию по форме территориального устройства, то возможно проведение референдума в пределах территории субъекта федерации, т.е. правом участия в референдуме обладают только жители этого субъекта.

В зависимости от юридической силы решения, принятого на референдуме, выделяют обязательный или факультативный референдум. При условии необходимости проведения референдума в случае, предусмотренном в законодательстве государства, органы государственной власти обязаны провести референдум. Во втором случае право выбора решения остается за органом, имеющим право назначить референдум.

По степени значимости решения, принятого на референдуме, выделяют конституционный референдум (в случае принятия конституции или поправок к ней) или обычный (законодательный).

По отношению к парламентской процедуре принятия закона выделяют допарламентский, послепарламентский и внепарламентский референдум. В случае допарламентского референдума мнение избирателей выявляется до рассмотрения вопроса парламентом, в случае послепарламентского – соответственно, после принятия парламентом решения. При проведении внепарламентского референдума принятие закона происходит «в обход»

парламента, т.е. вместо парламентской процедуры, или в случае отсутствия парламента в государстве на конкретный момент.

По правовым последствиям можно выделить утверждающий референдум, т.е. принятие решения, и отменяющий решение, принятое ранее.

По степени учета мнения избирателей выделяют решающий и консультативный референдум, различая данные виды по степени обязательности учета мнения избирателей органами государственной власти или органами местного самоуправления.

По предмету обсуждения, т.е. по кругу выносимых на референдум вопросов выделяют конституционный референдум, законодательный, международно-правовой.

Таким образом, референдум как способ участия населения в управлении государством путем выражения своего мнения позволяет государству повысить легитимность принимаемых решений и, как следствие, легитимность самой государственной власти.

Легитимность как сущностное качество должно быть присуще любому акту государственной власти, и, следовательно, конституционному тексту. При отсутствии данного признака текст с заголовком «Конституция» останется просто текстом, без воспроизведения его в фактическом поведении субъектов конституционно-правовых отношений. Легитимность как согласие общества на существование и действие конституционного текста означает наличие доверия к ядру правовой системы современного государства. При отсутствии данного доверия правовые предписания останутся лишь предписаниями и не трансформируются в правовые нормы. Данное правило ярко просматривается в том числе в рамках англо-саксонской правовой семьи: не всякий обычай и не всякий прецедент «попадает» в конституционный объем, а лишь занявший особое, существенное, проверенное временем место в общественном правосознании.

Исходя из анализа исторического процесса принятия Конституции РФ, можно дать характеристику референдуму, проведенному 12 декабря 1993 г.:

1) По территории охвата – общегосударственный (общенациональный) референдум.

2) По степени необходимости проведения – факультативный референдум, поскольку решение вынести конституционный проект на референдум было принято Президентом РФ по собственному усмотрению, а не в силу указания закона.

3) По степени значимости решения, принятого на референдуме, естественно, – конституционный референдум, поскольку был принят конституционный акт.

4) По отношению к парламентской процедуре принятия закона референдум 12 декабря 1993 г. представлял собой внепарламентский референдум, поскольку участие парламента в данной процедуре не предусматривалось в соответствии с Указом Президента РФ – история политического противостояния естественным образом завершилась очередным нарушением

ем действовавшего в тот период законодательства как по поводу назначения референдума, так и по процедуре его проведения и подсчета голосов. В том числе была проигнорирована и сложившаяся мировая практика тщательного предварительного одобрения органами государственной власти проекта конституции<sup>1181</sup>.

5) По правовым последствиям референдум являлся утверждающим, т.е. был принят новый акт.

6) По степени учета мнения избирателей референдум являлся решающим, поскольку принятое решение не нуждалось в утверждении каким-либо органом государственной власти.

7) По предмету обсуждения, т.е. по кругу выносимых на референдум вопросов, естественно, референдум оказался конституционным.

Таким образом, значение референдума 12 декабря 1993 года было направлено на создание образа<sup>1182</sup> легитимной конституции, хотя и нелегальным способом: ведь Конституция РСФСР 1978 г. не предусматривала процедуру референдума как способ принятия новой конституции. Легитимность Конституции Российской Федерации фактически оказалась «смоделированной» для формирования образа «демократического государства» и принятия именно данной модели конституции, что было бы невозможно при проведении парламентской процедуры и могло бы привести к еще большим негативным последствиям. Т.е. референдум не только удовлетворил политическую элиту, но и обеспечил снятие политического и общественного напряжения, дав возможность преодоления точки бифуркации.

Однако необходимо отметить, что по прошествии двух десятилетий Конституция РФ начала обретать «постфактумную» легитимность – сегодня, несмотря на объем существующих противоречий, конституционные положения утрачивают свою программность, переходя из разряда «норм-целей» в «нормы-принципы», т.е. получая реализацию на практике. Одновременно Конституция завоевывает все большее признание и самих граждан: «в современную эпоху не только юристы-конституционалисты, но, пожалуй, все публично активные люди и просто граждане апеллируют к Основному закону России»<sup>1183</sup>.

2. По форме внешнего выражения конституции подразделяют на писанные (зафиксированные, представляющие собой письменный текст) и неписанные. Однако данная классификация вызывает трудности применения, поскольку нередко сам текст конституционных предписаний зафиксирован, а реальная конституционная практика исходит из объема существующего толкования, сложившихся прецедентов и т.п. В связи с этим были

---

<sup>1181</sup> См. подробнее: Лукьянова Е.А. Из истории беззакония (к вопросу о порядке проведения и результатах референдума 12.12.1993 г.) // Независимая газета. 1999. 5 октября.

<sup>1182</sup> Ромашов Р.А. Конституция как символ публично-правового порядка (stat) // Знаково-символическое бытие права. 11-е Спиридоновские чтения: мат. междунар. науч.-теор. конф. / под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2013. С. 68–71.

<sup>1183</sup> Юсубов Э.С. Знаки онтологии в Конституции Российской Федерации // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 2 (8). С. 13.

выделены консолидированные (представляющие собой только зафиксированные в правовых актах) и неконсолидированные (представляющие собой совокупность актов, прецедентов, правовых обычаев, религиозных базисов) конституции. Некоторые исследователи<sup>1184</sup> решили пойти далее и установить подвиды консолидированных конституций в виде кодифицированных (единый акт) и некодифицированных (совокупность актов). Однако данный критерий классификации больше зависит от специфики и уровня развития юридической техники как отражение правотворческой традиции государства. Так, исследователи справедливо и ранее отмечали, что «и в Англии, и во многих других государствах не существует никакого различия между обязательной силой одного статута и обязательной силой другого. <...> О британской конституции привыкли говорить, как о чем-то неизменном и окончательном. Но в Англии нет такой конституции, которая существовала бы отдельно от остальных законов; в ней нет ничего другого, кроме массы законов, которые состоят часто из статутов, части разрешенных дел и установившихся обычаев; этими законами правительство руководствуется со дня на день в своей деятельности, но они постоянно изменяются новыми статутами и новыми судебными решениями. То же самое мы находим в древнем Риме и те же самые порядки существовали во всех европейских государствах лет сто тому назад. Это, так сказать, "натуральное" и в большинстве случаев нормальное положение дел во всех странах и со свободными учреждениями, и с неограниченной монархической властью»<sup>1185</sup>.

Конституция РФ, продолжая историю советских конституций и устанавливая российское государство как владеющее современными приемами юридической техники, представляет собой, в соответствии с данной классификацией, кодифицированный консолидированный акт. Однако не следует толковать правовые предписания, закрепленные в конституционном тексте, в отрыве от правовой реальности, поскольку это может привести к фактическому нарушению конституционных предписаний. Так, ч. 2 ст. 65 Конституции РФ во взаимодействии с ФКЗ от 17.12.2001 г. № 6-ФКЗ «О порядке принятия в Российскую Федерацию и образования в ее составе нового субъекта Российской Федерации» получила ограничительное толкование<sup>1186</sup>.

3. *По времени действия* выделяют постоянные и временные конституции. Конституция РФ не содержит указания на срок действия или условие

---

<sup>1184</sup> См.: Ившина И.Н. Элементы и форма канадской конституции // Вестник Вятского Государственного Гуманитарного университета. 2005. № 12. С. 89.

<sup>1185</sup> Брайс Д. Американская республика. Часть I: Национальное правительство // Актуальные проблемы конституционного права // Хрестоматия по конституционному праву. Том I: История, теория и методология конституционного права. Учение о конституции / сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустов. СПб., 2012. С. 448.

<sup>1186</sup> См. подробнее: Голубева Л.А. Порядок изменения конституционных положений: технические тонкости // Вестник Санкт-Петербургской Юридической Академии. 2015. № 1 (26). С. 22–24.

прекращение своего юридического воздействия на правовую реальность, что позволяет отнести ее к постоянным. Данная характеристика вполне обусловлена целью конституции как таковой – установление и поддержание стабильности регулирования важнейших отношений.

4. По объему содержащихся предписаний существующие конституции могут быть классифицированы на суммарные (закрепляющие лишь принципы регулирования отношений) и развернутые (подробно регулирующие большую часть возникающих отношений). Современные конституции преимущественно предпочитают форму суммарной конституции, что позволяет изменять смысл конституционного предписания, реализуемого в данный момент, не путем изменения конституции, а с помощью официального толкования и практики. Однако такая категоричность требует уточнения: в большинстве случаев конституции неписанные неконсолидированные некодифицированные априори будут более развернутые, чем писанные консолидированные кодифицированные.

Конституция РФ по характеристике своего внутреннего содержания, имеющего непосредственное значение для внешней формы закрепления конституционных предписаний, является суммарной, использующей институт отсылочных норм для обеспечения фундаментальности конституционно-правового регулирования. Конституция США, как «идеал» суммарной конституции, конечно, представляет собой более яркий вариант суммарной конституции, но отнести Конституцию РФ к развернутым не позволяет краткость конституционных предписаний: для подавляющего большинства норм-принципов Конституции существуют раскрывающие их содержание федеральные конституционные и федеральные законы.

5. По способу изменения конституционных предписаний конституции можно классифицировать на гибкие (изменяемые в относительно простом порядке), жесткие (не подлежащие изменению вообще либо устанавливающие сложный порядок изменения конституционных положений) и смешанные (в случае, когда порядок изменения конституционного предписания зависит от принадлежности предписания тому или иному структурному элементу конституции). Необходимо отметить, что порядок изменения конституционных положений находится в явной зависимости от характеристики конституции по объему содержащихся предписаний. Также исследователи утверждают, что гибкость присуща конституциям «развивающихся государств»: «в большинстве основных законов государств закреплены относительно простые процедуры внесения изменений и пересмотра конституций, что позволяет оперативнее решать вопрос о приведении этих конституций в соответствие с реальной политической и социально-экономической жизнью»<sup>1187</sup>. Так, развернутая конституция должна быть более гибкой, чем суммарная, поскольку чем объемнее закрепляемые предписания, тем чаще их необходимо приводить в соответствие с требо-

---

<sup>1187</sup> Сравнительный анализ конституций государств – участников СНГ / отв. ред. В.Г. Вишняков. М., 2006. С. 8.

ваниями правовой действительности, иначе конституция утратит свое значение, будет отставать от реальности и фактически тормозить эволюцию общественных отношений, которые не могут замереть в одном раз и навсегда достигнутом состоянии. Однако в таком случае возникает вопрос о том, что зафиксировала такая конституция, которая нуждается в постоянных изменениях, и не слишком ли декларативны ее предписания? Необходимым является соблюдение «золотой середины» между просто фиксацией конституцией существующих основ устройства общества и степенью программности желаемых к достижению целей. Существующее мнение исследователей, что консолидированная конституция чаще будет более жесткой, чем неконсолидированная, можно подвергнуть сомнению: ведь если конституция неконсолидированная, а еще и неписанная – значит, конституционные предписания настолько крепко «вросли» в общественное правосознание, что даже не нуждаются в их письменной фиксации. В таком случае, если и будет в дальнейшем принята писаная консолидированная конституция в таком государстве, то этот факт принятия будет означать либо результат серьезного изменения (чаще всего насильственного – путем революций, переворотов, войн) основ устройства общества, либо только лишь дань складывающейся мировой европейской традиции, которую современное мировое сообщество старается установить в качестве идеального порядка.

Исходя из анализа Главы 9 Конституции РФ, можно определить смешанный порядок изменения конституционных положений:

а) Положения глав 1, 2, 9 могут быть изменены только в порядке пересмотра, т.е. принятия новой конституции российского государства, но в настоящее время эта процедура невозможна в связи с отсутствием федерального конституционного закона о Конституционном Собрании.

б) Положения глав с 3 по 8, кроме ч. 1 ст. 65, могут быть изменены в порядке внесения поправок, принятие закона о которых нуждается в одобрении законодательными органами субъектов РФ.

в) Внесение изменений предусматривается в отношении ч. 1 ст. 65 Конституции РФ и осуществляется в упрощенном порядке: либо на основании федерального конституционного закона об изменении конституционно-правового статуса субъекта РФ или федерального конституционного закона появлении в составе РФ нового субъекта, либо на основании указа Президента РФ об изменении наименования субъекта РФ<sup>1188</sup>.

б. По форме правления конституции можно классифицировать на монархические и республиканские. Зависимость от формы правления, устоявшей в государстве, будет оказывать влияние на содержание конституции в части установления порядка организации высших органов государственной власти и степени влияния населения на такую организацию.

---

<sup>1188</sup> См. подробнее: Голубева Л.А. Порядок изменения конституционных положений: технические тонкости // Вестник Санкт-Петербургской Юридической Академии. 2015. № 1 (26). С. 19–26.

Конституция РФ является республиканской, исходя из закрепленных принципов выборности главы государства и срочности его полномочий. Несмотря на то, что в большинстве европейских государств сохранившаяся монархия по своей сути является лишь традицией, в иных государствах монархия имеет реальную силу и необходима для обеспечения сохранности общества.

7. По форме территориального устройства выделяют унитарные и федеративные конституции соответственно форме территориального устройства государства. Более детальная классификация на централизованные / децентрализованные унитарные, национальные / административные / смешанные федеративные, конституционные / договорные федеративные, симметричные / асимметричные федеративные будет носить исключительно государствоведческий характер, хотя и может повлиять на существование в тексте конституции некоторых предписаний (например, о распределении предметов ведения между федерацией и ее субъектами).

В отличие от советских конституций, в тексте Конституции РФ закономерно на основании заключенных федеративных договоров заявлено о федеративном характере государства. Данный принцип непосредственно повлиял и на структуру конституции – специально выделенная глава 3 «Федеративное устройство» непосредственно характеризует взаимоотношения федеральной власти с субъектами РФ, обеспечивая в пределах ст. 73 Конституции РФ определенную долю их самостоятельности, что привело к установлению в ч. 2 ст. 5 Конституции РФ предоставления права субъектам РФ формировать свое законодательство, в том числе основной закон субъекта (в частности, наименование «конституция» основного закона республики в составе РФ и установления республик под названием «государство» повлекло за собой определенный объем конституционных правоотношений между РФ в лице Конституционного Суда РФ и республиками в составе РФ в части необходимости толкования объема самостоятельности и наличия / отсутствия у субъектов РФ суверенитета).

8. По виду политического режима принято выделять демократические и недемократические конституции в зависимости от степени реализации принципа народовластия, наличия / отсутствия принципа разделения властей, степени соблюдения прав человека и гражданина и наличия взаимной ответственности гражданина и государства. Принципы демократии, сформулированные современной политологической и юридической наукой, впрочем, изначально ориентированы только на европейское государство и применимы только к нему.

Конституция РФ, исходя из объема закрепленных нормативных предписаний, по праву может считаться демократической – в самом тексте Конституции присутствуют все четыре признака демократии. Рассматривая же объем реально существующих отношений в конституционной действительности, необходимо «делать скидку» на процесс трансформации общественного сознания и степень «ленности» российского общества в сфере участия в управлении государством. Таким образом, образ консти-

туции сформирован демократический, а реальный конституционный правопорядок<sup>1189</sup> находится в пути к демократии.

9. По соответствию действительности конституции принято классифицировать на реальные (они же фактические, они же действительные) и фиктивные (формальные, декларативные) в зависимости от того, насколько вкладываемый в конституционный текст смысл претерпевает изменения при включении в объем правосознания и насколько поддерживается принцип высшей юридической силы конституции уполномоченными на то субъектами и всем обществом в целом в рамках своего правового поведения. Необходимо отметить, что в связи с фундаментальностью конституционной роли здесь идет речь именно об обыденном правосознании как образе поведения всего общества. Несмотря на то, что «общественное сознание, фиксирующее выгоды/издержки (точнее, их оценку) сегодня ситуативно, подвержено манипулируемости СМИ и популистскими лидерами, размыто. Поэтому выявить массовые предпочтения относительно нормативно-правового акта, с которым подавляющее большинство населения незнакомо, на более или менее длительную перспективу практически невозможно»<sup>1190</sup>. Однако, переключаясь с необходимостью легитимности конституции, необходимо учитывать некий «витающий дух конституции», воспринимаемый обществом и воспроизводимый в их правомерном поведении, даже если субъект не знаком с текстом конституции.

Именно данная противоречивость подводит к ответу на первичность формализованной и реальной конституции: если текст конституции, несмотря на свое право быть программным, зафиксировывает с помощью норм-целей те цели, которые данному обществу чужды в принципе – эти нормы-цели так никогда и не превратятся в нормы-принципы в связи с отсутствием поддержки массой. Однако история знает и противоположные примеры, когда абсолютно чуждые принципы устройства общества были внедрены насильственным путем – как, например, процесс христианизации и другие подобные случаи. Данный критерий непосредственно пересекается с предыдущей классификацией (зависимость от политического режима), поскольку вариативность суждения о степени реальности конституционных предписаний в европейской правовой традиции непосредственно связана с идеалами западной модели демократии.

Конституция РФ по своему соответствию правовой реальности может быть признана преимущественно фактической, поскольку действительно закрепляет реальную структуру органов государственной власти, систему прав и свобод человека и гражданина, порядок взаимоотношений федера-

---

<sup>1189</sup> См. подробнее: Голубева Л.А. Конституционная законность и конституционный правопорядок: содержание терминов // Теория и практика современной юридической науки: сб. научных трудов по итогам II Международной научно-практической конференции. Самара, 2015. С. 29–31.

<sup>1190</sup> См. Честнов И.Л. Философско-правовые проблемы конституционализма // Актуальные проблемы конституционного права / ред. В.П. Журавлев, А.Э. Черноков. СПб., 2012. С. 14–15.

ции и ее субъектов. Необходимо обратить внимание и на продолжающуюся реализацию целей, установленных в рамках Конституции РФ: «Конституция либо закрепляет то, что уже существует как результат деяний людей, либо создает предпосылки для новых общественных отношений, которые созрели в обществе, но не могут возникнуть без необходимой правовой базы, учреждаемой как раз с принятием конституции»<sup>1191</sup>. Так, норма статьи 53 Конституции РФ о возмещении государством вреда, причиненного деяниями органов государственной власти или их должностных лиц, в настоящее время способствует развитию теории и практике деликтной ответственности государства, в частности, в случае причинения вреда незаконным уголовным преследованием.

Таким образом, принципы, положенные в основу формирования действующей российской Конституции, обусловили не только ее внешнюю форму, но и требования к содержанию. Структура Конституции РФ отражает сложившуюся традицию ко времени принятия: три структурных элемента конституции последовательно закрепляют объем необходимых для создания фундаментального образа правовых установлений.

Преамбула фиксирует политическую роль факта принятия Конституции и формулирует сущность Конституции РФ как инструмента обеспечения стабильности общества. Раздел I устанавливает объем юридического содержания, фиксируя объем принципов, раскрываемых в иных правовых актах и воплощаемых в правомерном поведении субъектов конституционно-правовых отношений. Раздел II представляет собой технический инструментарий, позволяющий новым конституционным установлениям прийти в конституционную практику. Так, именно с помощью положений Раздела II определен порядок формирования первичного варианта палат Федерального Собрания, разрешены противоречия между конституционными предписаниями и действовавшим до 2002 года уголовно-процессуальным законодательством в части длительности срока ареста и рассмотрения дел с помощью суда присяжных и т.д.

Таким образом, форма и структура Конституции РФ вполне обусловлены традицией романо-германской правовой семьи, к которой в целом тяготеет российская правовая система.

Форма конституции, таким образом, должна быть обусловлена как спецификой исторического развития общества, так и правовой традицией, присущей данной правовой системе. Так, несмотря на наличие в США писаной Конституции, специфика англо-саксонской правовой семьи повлекла за собой не включение в текст, а приложение к ней поправок, а разъяснение содержания конституции осуществляется на основании прецедентов Верховного суда, составляющих, таким образом, ту самую часть конституционного регулирования, которую также в Англии реализуют судебные прецеденты.

Комплексный анализ арабских конституций, проведенный М.А. Сапро-

---

<sup>1191</sup> Авакьян С.А. Конституционное право России. М., 2005. Т. 1. С. 161.

новой, показывает, что восточному миру в принципе свойственно формирование конституции как шага включения в мировое сообщество, но не как фактического ограничителя имамата, базирующегося, прежде всего, на традициях и религиозных постулатах ислама: «Принятие конституций в арабских странах в большинстве случаев стало прогрессивным явлением, поскольку это влекло за собой создание определенно юридической основы государственности и институционализации государственно-правовых и политических органов и организаций»<sup>1192</sup>.

Следовательно, не существует и не может существовать идеальной конституции, как не может быть идеальной формы правления или формы территориального устройства. Для каждого общества в каждый момент в качестве лучшего существует свой собственный вариант. Однако насущным вопросом современного общества выступает глобализация. Может ли современная глобализирующаяся цивилизация найти выход в виде формирования единой, глобальной, универсальной конституции в рамках концепции «конституционализации международного права»<sup>1193</sup>?

Так, «конституционная эпидемия», охватившая мир в XIX веке, привела к принятию конституций к концу XX века подавляющим большинством государств. После Второй Мировой войны в результате принятия Всеобщей Декларации прав человека большей часть европейских государств закрепила статус «правового государства» в качестве основообразующего принципа государственного управления. Однако состояние правового государства – идеальный образ, состояние, которого невозможно достичь; к состоянию «правового» государство может только стремиться. Следовательно, закрепление такой нормы-декларации осуществлено государствами в качестве уступки принципу «потому что здесь так принято»: «в силу ряда причин объективного и субъективного характера не все конституционные принципы находят свое реальное осуществление на практике. Многие из них так и остаются обычными конституционными декларациями, хотя и имеют ранг конституционных норм»<sup>1194</sup>. В качестве примера можно было бы проанализировать Конституцию Европейского Союза, если бы таковая случилась. Однако данная попытка европейского сообщества провалилась, что означает не только недоработанность конституционного текста, но и неготовность даже части мирового сообщества к единой конституции, в результате которой европейскому сообществу пришлось разрабатывать Лиссабонский договор как более мягкий способ универсализации.

Следующим аспектом против глобализированной конституции выступает принципиальность различия правовых семей в принципе, поскольку их основные характеристики сложились на основе традиций правового регулирования именно в конкретной группе обществ, близких к друг другу

---

<sup>1192</sup> Сапронова М.А. Арабский Восток: власть и конституции. М., 2001. С. 37.

<sup>1193</sup> См.: Вохмянин Д.В. Формирование и эволюция идей универсализации в конституционном праве // Пробелы в российском законодательстве. 2012. № 6. С. 56.

<sup>1194</sup> Сапронова М.А. Арабский Восток: власть и конституции. М., 2001. С. 47.

по духу регулирования. Так, представить себе единую для европейского и мусульманского государства конституцию не представляется возможным в связи с явно противоположной ролью позитивного права для европейца и мусульманина в принципе: «... абсолютно недопустимо критиковать традиционное право за его несоответствие праву собственно модернистскому. Можно превращать традиционное общество в общество модернистское. И тогда внедрять нормы модернистского права, закрепляя полученные результаты. Но нельзя, например, констатируя расхождение законов шариата с философией права Канта и Гегеля, утверждать на основе этой констатации, что шариат – это патология. Это не патология, уважаемые коллеги! Это другая норма. Норма шариата вполне допустима постольку, поскольку этому не противоречит конституция этих стран, культурная традиция этих стран, религиозность этих народов и т.д. Для кого-то нормы шариата крайне проблематичны. А для кого-то нет. Где-то вам, критикующим несовершенство шариата, скажут: "Да, он не соответствует вашему идеалу, но он соответствует нашему идеалу. Мы люди, укорененные в определенную религиозную традицию. У нас такая конституция. Тот идеал, на котором она основана, поддерживает большинство наших граждан. Поэтому живите, пожалуйста, у себя сообразно вашему идеалу, а мы у себя будем жить сообразно нашему"»<sup>1195</sup>.

Таким образом, несмотря на глобализационный процесс, несомненно, захватывающий мир в связи с излишней настойчивостью приверженцев универсализма (некоторыми исследователями так называемый «процесс американизации Запада и вестернизации всего мира»)<sup>1196</sup>, вряд ли стоит надеяться на формирование даже модельной конституции. В связи с этим критерии конституций, выделяемые многими исследователями как «закрепляют права и свободы граждан», «устанавливают принцип разделения властей» и т.п. не могут быть выделены в качестве признаков как таковых, поскольку отражают лишь принадлежность конституции к тому или иному виду, т.е. служат не признаком, а свойством конституции. Однако традиция такова, что в конституции государства должны быть закреплены принципы организации государственной власти и правовой статус человека и гражданина<sup>1197</sup>. При этом конституция не просто должна устанавливать, но и ограничивать власть: т.е. если говорить о современной «общепринятой» конституции – то государственная власть должна быть ограничена правом. Если же иметь в виду фактическую, реальную конституцию как общепризнанные обществом принципы устройства данного конкретного общества, то таким ограничителем власти могут служить религия, традиции и иные социальные регуляторы, устоявшиеся в общественном сознании данного социума.

---

<sup>1195</sup> Зорькин В.Д. Право в условиях глобальных перемен. М., 2013. С. 343.

<sup>1196</sup> См. Дзолло Д. Демократия и сложность: реалистический подход. М., 2010. С. 19.

<sup>1197</sup> См.: Вохмянин Д.В. Наличие конституций как универсальное явление в государственном праве // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. 2013. № 5. С. 112–118.

Так, в конституции (можно назвать ее в угоду позитивистам «прото-конституцией») как основе существования первобытного общества, вождества можно будет увидеть ограничители власти (хотя еще не государственной, но тем не менее власти) в виде тех самых мононорм, правил, табу: при решениях власти, побуждающих к действиям, непринятым в данном обществе, такие решения не будут реализованы, признаны населением. Следовательно, писаная конституция – это именно традиция, присущая государственному состоянию, а конституция как форма организации общества присуща любой стадии общественного развития. При этом, даже в абсолютной монархии конституционная основа будет служить основанием ограничения власти монарха, поскольку нарушение им базисных основ данного общества фактически может привести к революционным последствиям, что в результате послужит основанием для принятия уже писаной конституции.

Учитывая, что термины имеют обыкновение изменять свое содержание, можно признать, что конституция на сегодняшний день фактически уже несет значение признака государства – не зря «новообразованные» государства первым делом стремятся принять свою конституцию в качестве самоутверждения и попытки убедить мировое сообщество в своей значимости: «Современное общество уже немыслимо без такого акта правового регулирования как конституция»<sup>1198</sup>. На современном этапе конституционное регулирование общественных отношений выступает как многогранное политико-правовое явление, отражающееся во взаимозависимом сочетании конституционной идеологии, конституционной теории и конституционной практики развития государственности<sup>1199</sup>: «следует подчеркнуть, что исследование конституции, выявление ее сущности и юридических признаков практически всегда носило конкретно-исторический характер, с учетом общего социально-экономического, политического и культурного развития общества и государства. Теория конституции имеет политическое содержание, а исследователь, будучи включенным в эту "политическую юриспруденцию", не может отрешиться от сформировавшейся идеологии»<sup>1200</sup>. Следовательно, «если закон выступает в качестве универсального символа государства, то применительно к stat символом будет выступать не просто закон, а закон, обличенный в правовую форму и имеющий своей основной целью обеспечение реализации прав и свобод гражданина. Квинтэссенцией такой формы является конституция, причем конституция не столько в формальном, сколько в содержательном смысле»<sup>1201</sup>.

---

<sup>1198</sup> Антоненко В.М. Современные модели реализации конституции и принцип ее прямого действия // Научный ежегодник института философии и права Уральского отделения РАН. 2013. Т. 13. № 2. С. 115.

<sup>1199</sup> Нурмагамбетов Р.Г. Конституционное регулирование общественных отношений // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2014. № 1 (38). С. 41.

<sup>1200</sup> Юсубов Э.С. Знаки онтологии в Конституции Российской Федерации // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 2 (8). С. 13.

<sup>1201</sup> Ромашов Р.А. Конституция как символ публично-правового порядка (stat) // Знако-

При этом конституция продолжает претерпевать изменения, что является побудительным мотивом к продолжению исследований. Так, В.М. Антоненко указывает, что в настоящее время «1. Происходит смещение акцентов конституционного регулирования от описания принципов государства и институтов власти к основам деятельности государственных органов и гарантиям основных институтов социального устройства. 2. Нейтральный характер классических конституций заменяется на заинтересованный конституционализм в процессе конституционализации правоотношений, придания им конституционного значения. 3. Содержание конституционных норм становится менее абстрактным и более конкретным»<sup>1202</sup>.

Конституция как основной закон государства, несомненно, важнейшую политическую функцию выполняет в рамках обеспечения стабильности общества и правового порядка в нем, представляя «собой одновременно фундамент и стержень всего права, действующего в стране в виде организованного и взаимосвязанного целого»<sup>1203</sup>. При этом общественные отношения – явление не статическое, и их изменение порождает изменение правового регулирования<sup>1204</sup>. Любое общество не замирает в стагнации, а постоянно развивается, что влечет за собой естественное изменение общественных отношений и обуславливает необходимость изменения правового регулирования ранее существовавших общественных отношений, изменивших свой вектор развития, или обеспечения правового регулирования новых, возникших отношений. Таким образом, правовые нормы не возникают искусственным путем, они отражают специфику общественного и политического сознания конкретной эпохи. Следовательно, в процессе эволюции российского общества может понадобиться изменить положения действующей Конституции РФ (что, собственно, уже и случилось на протяжении не столь (сравнительно) долгого действия Конституции 1993 г.).

В связи с тем, что Конституция занимает особое, центральное место в правовой системе государства, порядок изменения конституционных положений имеет усложненную процедуру в отличие от текущих законов. Данная процедура регулируется Главой 9 Конституции РФ 1993 г. и предусматривает три возможных способа изменения положений: пересмотр, внесение поправок и внесение изменений.

Порядок пересмотра Конституции РФ регулируется ст. 135 Конституции РФ. На основании ч. 1 ст. 135 положения глав 1, 2 и 9 подлежат изме-

---

во-символическое бытие права. 11-е Спиридоновские чтения: мат. междунар. науч.-теор. конф. / под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2013. С. 71.

<sup>1202</sup> Антоненко В.М. Современные модели реализации конституции и принцип ее прямого действия // Научный ежегодник института философии и права Уральского отделения РАН. 2013. Т. 13. № 2. С. 124.

<sup>1203</sup> Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права. В 2-х т. Т. 1. М., 2007. 684 с.

<sup>1204</sup> Чердаков С.В. К вопросу о возможности пересмотра Конституции Федеральным Собранием Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 4. С. 2–6.

нению только в порядке пересмотра, которое осуществляется особым органом государственной власти – Конституционным Собранием. Таким образом, порядок изменений основ конституционного строя, объем конституционных прав и свобод человека и гражданина и сам порядок изменения конституционных положений не могут быть изменены самим Федеральным Собранием в целях обеспечения стабильности основ существования российского государства.

Процедура пересмотра конституционных положений состоит из строго определенных стадий.

1) Инициатива о пересмотре положений Конституции проявляется в форме предложения. Субъекты предложения о пересмотре Конституции обозначены в ст. 134: глава государства – Президент РФ, палаты парламента – Государственная Дума и Совет Федерации, высший орган исполнительной власти – Правительство РФ, парламенты субъектов РФ, группа депутатов Государственной Думы или группа членов Совета Федерации (не менее одной пятой от общей, «списочной» численности соответствующей палаты, а не от числа присутствующих на заседании парламентариев<sup>1205</sup>). Инициатива о пересмотре вносится в Государственную Думу.

2) В соответствии с Регламентом Государственной Думы, предложения о пересмотре должны не просто предлагать изменить конституционные положения, а содержать новую редакцию глав (статей, частей, пунктов) с обоснованием причин и целей такого изменения<sup>1206</sup>. Т.е. по своей сути представлять законопроект новой Конституции, т.к. изменение каких-либо положений 1 или 2 главы, являющихся принципиальными основами государственно-правового управления, повлекут за собой изменение положений всей Конституции РФ. Данные предложения направляются Советом Государственной Думы в Комитет по конституционному и государственному строительству, который дает заключение на основе анализа предложенных положений, и включаются в календарь рассмотрения Государственной Думой вопросов. Предложения о пересмотре и заключение Комитета рассматриваются на заседании Государственной Думы и считаются принятыми, если «за» проголосовало не менее трех пятых голосов от общего числа депутатов Государственной Думы. Под общим числом понимается 450 депутатов – т.е. три пятых представляют собой 270 голосов<sup>1207</sup>. В

---

<sup>1205</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 12.04.1995 г. № 2-П «По делу о толковании статей 103 (часть 3), 105 (части 2 и 5), 107 (часть 3), 108 (часть 2), 117 (часть 3) и 135 (часть 2) Конституции Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1995. № 2-3.

<sup>1206</sup> Постановление ГД ФС РФ от 22.01.1998 г. № 2134-П ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // Российская газета. 1998. 25 февраля. № 37.

<sup>1207</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 12.04.1995 г. № 2-П «По делу о толковании статей 103 (часть 3), 105 (части 2 и 5), 107 (часть 3), 108 (часть 2), 117 (часть 3) и 135 (часть 2) Конституции Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1995. № 2-3.

случае одобрения предложения о поправке законопроект и постановление Государственной Думы об одобрении направляются в Совет Федерации в течение пяти дней.

3) Регламент Совета Федерации не содержит положений, регулирующих порядок рассмотрения одобренного Государственной Думой законопроекта о пересмотре положений Конституции РФ<sup>1208</sup>. В соответствии с ч. 2 ст. 135 Конституции РФ, одобренным Советом Федерацией будет считаться такое предложение о пересмотре Конституции РФ, «за» которое проголосуют не менее трех пятых от общего числа членов Совета Федерации. Данное положение, опять же, означает необходимость исчисления от предусмотренного Конституцией РФ порядка формирования Совета Федерации: по два представителя от каждого субъекта РФ и представителей Российской Федерации, назначаемых Президентом РФ<sup>1209</sup>.

4) В случае одобрения предложения о пересмотре обеими палатами Федерального Собрания, на основании федерального конституционного закона (принятие которого предусмотрено ч. 2 ст. 135 Конституции РФ) должно быть созвано Конституционное Собрание. В настоящее время данный ФКЗ до сих пор не принят, что делает дальнейшую процедуру пересмотра невозможной на практике.

В случае созыва в соответствии с конституционными нормами ст. 135 Конституционного Собрание либо отклоняет предложение о пересмотре путем подтверждения неизменности действующей Конституции РФ, либо разрабатывает проект новой конституции. Таким образом, законопроект, представленный в Государственную Думу, будет являться основой для создания проекта новой конституции. К сожалению, при отсутствии ФКЗ о статусе Конституционного Собрания невозможно определить, возможен ли контроль народа или органов государственной власти РФ за «качеством» проекта. При этом отсутствует и регулирование ситуации в случае, если понадобится разработать новый проект новой конституции – т.е. если результат работы Конституционного Собрания будет неудовлетворительным.

5) Если Конституционное Собрание разработало проект новой конституции, его принятие возможно двумя способами:

а) либо проект принимается самим Конституционным Собранием, что лишает будущую конституцию фактической проверки населением, и превращает ее из «принятой народом» в «принятую органом государственной власти», т.е. из референдарной – в учредительную, поскольку Конституционное Собрание – орган именно учредительной власти (хотя, в связи с тем,

---

<sup>1208</sup> Постановление СФ ФС РФ от 30.01.2002 г. № 33-СФ «О Регламенте Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2002. 18 февраля. № 7. Ст. 635.

<sup>1209</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 12.04.1995 г. № 2-П «По делу о толковании статей 103 (часть 3), 105 (части 2 и 5), 107 (часть 3), 108 (часть 2), 117 (часть 3) и 135 (часть 2) Конституции Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1995. № 2-3.

что федеральный конституционный закон не принят, невозможно проанализировать, как будет формироваться само Конституционное Собрание);

б) либо проект подлежит вынесению на референдум (т.е. способ принятия новой конституции будет таким же, как и действующей Конституции РФ 1993 г.).

Порядок вступления новой конституции в юридическую силу не определен действующей Конституцией РФ. Возможно, этот порядок будет предусмотрен в федеральном конституционном законе о Конституционном Собрании.

Таким образом, в связи с отсутствием федерального конституционного закона о Конституционном Собрании и раздела в Регламенте Совета Федерации о порядке рассмотрения предложения о пересмотре Конституции РФ процедура пересмотра, фактически представляющая собой принятие новой конституции, в полном объеме на сегодняшний день не урегулирована, и, как следствие, невозможна.

Конституция РФ сегодня не содержит «вечных», «незыблемых» статей, вовсе не подлежащих изменению, что отличает ее от конституций ряда других демократических правовых государств, устанавливающих недопустимость пересмотра республиканской формы правления (Франция, Италия), принципов уважения и защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина, разделения властей (Греция). Не подлежат пересмотру и многие положения Основного закона ФРГ (о защите достоинства и прав человека, о демократическом, социальном и федеративном государстве и др.). Следует ли такой по своей сути формальный подход применить и в России, может быть решено при возможном пересмотре Конституции.

Поскольку пересмотр Конституции РФ предполагается возможным только при кардинальной «перестройке» государственной и общественной жизни, то авторы конституционного текста предусмотрели возможность частичного изменения конституционных норм, устанавливающих важнейшие принципы осуществления государственного управления путем внесения поправок в текст Конституции РФ.

Поправка представляет собой изменение положений Конституции РФ, содержащихся в Главах с 3 по 8, за исключением закрепленных частью 1 статьи 65 Конституции РФ. Порядок внесения поправок в Конституцию РФ предусмотрен ст. 136, которая содержит отсылку к статьям, регулирующим законотворческий процесс в отношении федерального конституционного закона. В связи с особенностью юридической силы закона, вносящего поправку в текст Конституции, Конституционный Суд установил, что у такого закона должен быть особый статус<sup>1210</sup>.

В связи с этим был принят ФЗ «О порядке принятия и вступления в си-

---

<sup>1210</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 31.10.1995 г. № 12-П «По делу о толковании статьи 136 Конституции Российской Федерации» // Российская газета. 1995. 9 ноября. № 217.

лу поправок к Конституции Российской Федерации»<sup>1211</sup>, устанавливающий механизм внесения поправок к Конституции РФ. В соответствии с этим законом процедура принятия поправок осуществляется в форме принятия закона Российской Федерации о поправке к Конституции РФ.

Под поправкой понимается исключение какой-либо статьи, дополнение какой-либо статьей или новая редакция какой-либо статьи. В случае, если принимается взаимосвязанная поправка в отношении нескольких статей, то ее принятие регулируется одним законом. В наименовании закона должна быть отражена суть принимаемой поправки.

Субъектами законотворческой инициативы, в отличие от общих случаев федерального законотворческого процесса, могут быть только субъекты, перечисленные в ст. 134 Конституции (те же субъекты, что и в отношении пересмотра Конституции РФ). Таким образом, из перечня субъектов, имеющих право законотворческой инициативы в общем случае на основании ст. 104, исключены высшие суды, а члены Совета Федерации и депутаты Государственной Думы ограничены в проявлении «индивидуальной» инициативы: ст. 134 наделяет правом инициативы о внесении поправки только в количестве не менее 1/5 от общего числа соответствующей палаты. При этом ст. 134 определяет Государственную Думу как самостоятельный субъект законотворческой инициативы при внесении предложения о поправке к Конституции, в отличие от ст. 104.

1. Законопроект, содержащий предложение о поправке в Конституцию РФ, вносится в Государственную Думу. Предложение направляется в комитет, отвечающий за вопросы конституционного законодательства, для проверки соответствия этого предложения Конституции и ФЗ «О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции РФ».

2. Внесенный законопроект рассматривается Государственной Думой в трех чтениях и считается принятым, если «за» проголосовало не менее двух третей общего состава Думы (общее число, как и ранее в подобных процедурах, урегулированных ст. 134 и 135, определяется от 450 депутатов, а не от числа присутствующих<sup>1212</sup>).

3. Принятый Государственной Думой закон о поправке подлежит направлению на обязательное рассмотрение в Совет Федерации и может быть одобрен голосами не менее трех четвертей общего состава членов Совета. В случае отклонения проекта Советом Федерации может быть создана согласительная комиссия между палатами Федерального Собрания, как это предусмотрено в общем федеральном законотворческом процессе.

4. После одобрения Советом Федерации закон о поправке направляется

---

<sup>1211</sup> Федеральный закон от 04.03.1998 г. № 33-ФЗ «О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции Российской Федерации» // Российская газета. 1998. 10 марта. № 46.

<sup>1212</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 12.04.1995 г. № 2-П «По делу о толковании статей 103 (часть 3), 105 (части 2 и 5), 107 (часть 3), 108 (часть 2), 117 (часть 3) и 135 (часть 2) Конституции Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1995. № 2-3.

в законодательные органы субъектов РФ. Ст. 136 Конституции РФ предусматривает необходимость одобрения принятого закона не менее, чем двумя третями субъектов РФ. ФЗ «О принятии и вступлении в силу поправок в Конституции РФ» устанавливает максимальный срок для рассмотрения закона о поправке законодательным органом субъекта РФ: не позднее 1 года со дня принятия такого закона. Постановления законодательных органов субъектов РФ об одобрении или не одобрении закона о поправке направляются в Совет Федерации, который определяет итоговое число поданных голосов «за» и «против». Как показала практика внесения поправок, субъектам РФ не потребовался максимальный «годовой» срок: в 2008 году субъекты РФ приняли решения в течение одного месяца<sup>1213</sup>, а в 2013 – в течение двух месяцев<sup>1214</sup>.

В отношении принятого и одобренного закона о поправке Президент РФ не обладает правом вето (поскольку ст. 107, устанавливающая право отлагательного вето Президента РФ, указывает только федеральный закон, а не федеральный конституционный закон в качестве объекта использования такого права), обязан подписать его и опубликовать. Текст Конституции РФ приводится в соответствии с текстом принятой поправки и подлежит официальному опубликованию.

Основной проблемой при принятии поправки к Конституции РФ выступает статус закона о поправке: в связи с императивностью метода конституционно-правового регулирования, в рамках федерального законодательного процесса предусмотрены для принятия только федеральные конституционные законы и федеральные законы. Законы РФ не указаны в ст.ст. 104–108 Конституции РФ, что позволяет считать толкование Конституционного Суда и ФЗ «О принятии и вступлении в силу поправок к Конституции РФ» расширительным с точки зрения его объема, но, с формальной точки зрения, противоречащим Конституции РФ.

Максимально облегченный порядок для изменения конституционных положений предусмотрен для ч. 1 ст. 65 Конституции РФ, определяющей состав Российской Федерации и конституционно-правовой статус ее субъектов, т.е. содержащей перечень субъектов РФ с указанием их наименования и вида.

Основанием для внесения изменений в ч. 1 ст. 65 согласно ч. 1 ст. 137 Конституции является ФКЗ о принятии в состав РФ и образовании в ее составе нового субъекта РФ либо ФКЗ об изменении конституционно-право-

---

<sup>1213</sup> Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ «Об изменении срока полномочий Президента Российской Федерации и Государственной Думы» // Российская газета. 2008. 31 декабря. № 267; Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 30.12.2008 г. № 7-ФКЗ «О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации» // Российская газета. 2008. 31 декабря. № 267.

<sup>1214</sup> Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 05.02.2014 г. № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации» // Российская газета. 2014. 7 февраля. № 27.

вого статуса субъекта Федерации. Принятие ФКЗ по такому вопросу происходит не в общем законодательном процессе, а в специальном порядке. Круг субъектов законодательной инициативы, тем не менее, для данного случая общий (согласно ч. 1 ст. 104 Конституции РФ). В отношении принятого федерального конституционного закона об изменении статуса или количества субъектов РФ Президент РФ также не обладает правом вето.

Ч. 1 ст. 137 говорит об изменении в виде принятия в состав РФ нового субъекта или образования в ее составе нового субъекта РФ. Но ФКЗ «О порядке принятия в РФ и образования в ее составе нового субъекта РФ»<sup>1215</sup> содержит процедуру только: а) принятия нового субъекта РФ и б) образования нового субъекта РФ в форме объединения, что ведет к невозможности иного изменения количественного состава Российской Федерации (пока данный ФКЗ не будет дополнен соответствующим разделом об образовании нового субъекта РФ в форме разделения субъекта). Одновременно, императивность конституционного требования ч. 2 ст. 65 Конституции РФ не содержит разрешения на выход из состава Российской Федерации, что подтверждает принцип территориальной целостности государства, провозглашенный в ч. 3 ст. 4 Конституции РФ.

В отношении принятия нового субъекта в состав Российской Федерации процедура сопровождается комплексом правовых актов, т.к. отношения между государствами из международно-публичных переходят на уровень внутригосударственных:

1) Предложение о принятии нового субъекта, в качестве которого может быть иностранное государство или часть иностранного государства, должно поступить Президенту РФ, который уведомляет об этом Совет Федерации, Государственную Думу и Правительство РФ. При этом, поскольку часть иностранного государства не является субъектом международного публичного права, данное предложение может поступить только от иностранного государства, даже если подразумевается процедура перехода к Российской Федерации только части территории этого иностранного государства.

2) В связи с тем, что межгосударственные отношения могут быть урегулированы только в рамках международного права, ФКЗ «О порядке принятия в РФ и образования в ее составе нового субъекта РФ» содержит отсылку к ФЗ «О международных договорах». В соответствии с федеральным конституционным законом, Российская Федерация и иностранное государство для наличия правовой базы обеспечения процедуры изменения международно-правового статуса территории должны заключить международный договор. Данный договор должен предложить решение процедурных моментов принятия нового субъекта РФ: его наименование, порядок правопреемства, процесс приобретения гражданами данного ино-

---

<sup>1215</sup> Федеральный конституционный закон от 17.12.2001 г. № 6-ФКЗ «О порядке принятия в Российскую Федерацию и образования в ее составе нового субъекта Российской Федерации» // Российская газета. 2001. 20 декабря. № 247.

странного государства гражданства РФ и т.д. В частности, должен быть установлен конституционно-правовой статус (т.е. вид) нового субъекта РФ, который может стать республикой, краем, областью, автономной областью или автономным округом в составе РФ (в связи с этим возникает вопрос о присвоении новому субъекту РФ – Севастополю – статуса «город федерального значения»<sup>1216</sup>: данную процедуру необходимо было проводить в качестве последовательной путем принятия двух, а не одного ФКЗ: сначала принятие Республики Крым, а затем образование в ее составе города федерального значения. Однако это означало бы необходимость разделение субъекта РФ, процедура которого в действующем законодательстве РФ не предусмотрена<sup>1217</sup>.

3) Поскольку ч. 4 ст. 15 Конституции РФ устанавливает правило, что ратифицированный международный договор имеет юридическую силу выше, чем Конституция РФ, Президент РФ направляет заключенный международный договор в Конституционный Суд РФ для проверки конституционности положений этого договора (во избежание конфликта правового регулирования в дальнейшем). По результатам проверки Конституционный Суд принимает постановление<sup>1218</sup>.

4) В случае отсутствия противоречий содержания международного договора нормам Конституции РФ, данный договор для приобретения юридической силы на территории РФ должен быть ратифицирован<sup>1219</sup>. Ратификация производится в виде принятия Федерального закона о ратификации данного международного договора, т.е. осуществляется Федеральным Собранием РФ в рамках парламентских процедур. Одновременно с проектом данного ФЗ о ратификации заключенного договора должен быть внесен проект ФКЗ о принятии нового субъекта в состав РФ. Взаимосвязанность данных проектов ФЗ и ФКЗ обуславливается тем, что положения ФКЗ о принятии нового субъекта будут фактически повторять условия международного договора. Необходимость формальной «смены» международного договора на ФКЗ обусловлена тем, что с момента ратификации международного договора иностранное государство утратит статус суверенного (либо утратит право управлять частью своей бывшей территорией) и отношения между ним и Российской Федерацией необходимо будет регулировать уже внутригосударственным правом, а не международным.

---

<sup>1216</sup> Федеральный конституционный закон от 21.03.2014 г. № 6-ФКЗ «О принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов – Республики Крым и города федерального значения Севастополя» // Российская газета. 2014. 24 марта. № 66.

<sup>1217</sup> Федеральный конституционный закон от 17.12.2001 г. № 6-ФКЗ «О порядке принятия в Российскую Федерацию и образования в ее составе нового субъекта Российской Федерации» // Российская газета. 2001. 20 декабря. № 247.

<sup>1218</sup> Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» // Российская газета. 1994. 23 июля. № 138-139.

<sup>1219</sup> Федеральный закон от 15.07.1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» // Российская газета. 1995. 21 июля. № 140.

5) После вступления в силу ФЗ о ратификации международного договора вступает в силу и сам этот договор (т.к. юридическую силу на территории РФ имеют только ратифицированные международные договоры). После вступления в силу международного договора сразу вступает в силу ФЗ о принятии данного нового субъекта в состав РФ (т.е. получается три взаимосвязанных документа с практически одновременным, но четко последовательным вступлением этих документов в силу), после чего новый субъект включается в текст ч. 1 ст. 65 Конституции РФ (т.е. Конституция будет итоговым документом, фиксирующим факт принятия нового субъекта РФ).

В качестве принципиального требования к объединению субъектов РФ для образования нового субъекта РФ ФЗ «О порядке принятия в Российскую Федерацию и образования в ее составе нового субъекта Российской Федерации» обозначена необходимость наличия между объединяющимися субъектами общей территориальной границы.

Процедура образования нового субъекта РФ предусматривает следующие стадии:

1. Инициатива субъектов РФ выражается в направлении совместного предложения от органов законодательной власти и высших должностных лиц субъектов РФ Президенту РФ, который уведомляет о полученном предложении Совет Федерации, Государственную Думу и Правительство РФ. Данное предложение должно включать в себя указание на предлагаемые наименование, статус и границы нового субъекта РФ и анализ социально-экономических и иных последствий.

2. В случае поддержки Президентом РФ инициативы органов государственной власти субъектов РФ в этих субъектах РФ проводятся референдумы для выяснения мнения народа по вопросу объединения субъектов РФ. Главным требованием закона является запрет на изменение формулы референдума в объединяющихся субъектах. В случае, если результаты референдумов признаны недействительными (не более чем в половине объединяющихся субъектов), то повторное проведение референдума должно быть не позднее, чем в течение 45 дней с момента вступления в силу решения о признании результатов референдума недействительными. Если референдум хотя бы в одном из субъектов показал отрицательное отношение народа к объединению субъектов, то повторный референдум по этому же вопросу может быть проведен не ранее, чем через 1 год. Результаты референдумов направляются Президенту РФ, который (если результаты положительные во всех объединяющихся субъектах РФ) вносит проект ФЗ об образовании нового субъекта в Государственную Думу.

3. Федеральное Собрание в порядке ст. 108 принимает федеральный конституционный закон об образовании нового субъекта РФ, фактически повторяя условия совместного предложения, которое было направлено в начале процедуры Президенту РФ.

4. После опубликования и вступления в силу ФЗ об образовании нового субъекта РФ вносятся изменения в ч. 1 ст. 65 Конституции РФ.

Таким образом, процедуры принятия нового субъекта РФ и образования нового субъекта РФ в порядке действия ч. 1 ст. 137 Конституции РФ непосредственно отсылают к достаточно объемным процедурным нормативным актам и требуют четкой последовательности действий.

Часть 2 ст. 137 устанавливает более упрощенный порядок внесения изменений в ч. 1 ст. 65 в случае изменения официального наименования субъекта РФ. Согласно ст. 73 Конституции РФ, изменение наименования субъекта РФ относится к исключительной компетенции законодательной власти данного субъекта РФ (т.к. не указано ни в ст. 71, ни в ст. 72).

По мнению Государственной Думы, ч. 2 ст. 137 Конституции РФ содержит пробел, порождающий неопределенность в том, какой орган и каким правовым актом уполномочен решить вопрос о включении в ч. 1 ст. 65 новое наименование субъекта РФ. Государственная Дума обратилась по этому поводу в Конституционный Суд с запросом о толковании ч. 2 ст. 137 Конституции, который определил, что изменения наименования субъектов РФ включаются в текст ст. 65 Конституции указом Президента РФ на основании решения субъекта Федерации, принятого в установленном им самим порядке<sup>1220</sup>. В спорных случаях Президент использует полномочия, предоставленные ему частью 1 ст. 85 Конституции (согласительные процедуры и т.п.). При этом не является изменением наименования субъекта РФ в указанном смысле и, следовательно, не может быть произведено в указанном порядке такое переименование, которое затрагивает основы конституционного строя, права и свободы человека и гражданина, интересы других субъектов РФ, Российской Федерации в целом, либо интересы других государств, а также предполагает изменение состава Российской Федерации или конституционно-правового статуса ее субъекта.

Таким образом, несмотря на то, что процедура внесения изменений в ч. 1 ст. 65 выглядит упрощенной (по сравнению с пересмотром и внесением поправок), она, тем не менее, требует тщательной согласованной работы многих органов государственной власти как федерации, так и субъектов РФ, а также строгой последовательности принимаемых правовых актов и совершаемых на их основе действий.

Исходя из вышеизложенного, можно определить, что Глава 9 Конституции РФ характеризует смешанный порядок изменения конституционных положений:

а) Положения глав 1, 2, 9 могут быть изменены только в порядке принятия новой конституции российского государства, но в настоящее время эта процедура невозможна в связи с отсутствием федерального конституционного закона о Конституционном Собрании.

б) Положения глав с 3 по 8 могут быть изменены в порядке внесения поправок, принятие закона о которых нуждается в одобрении законода-

---

<sup>1220</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 28.11.1995 г. № 15-П «По делу о толковании части 2 статьи 137 Конституции Российской Федерации» // Российская газета. 1995. 14 декабря. № 240.

тельными органами субъектов РФ.

в) Внесение изменений предусматривается в отношении ч. 1 ст. 65 Конституции РФ и осуществляется в упрощенном порядке: либо на основании федерального конституционного закона об изменении конституционно-правового статуса субъекта РФ или федерального конституционного закона появления в составе РФ нового субъекта, либо на основании указа Президента РФ об изменении наименования субъекта РФ.

На сегодняшний день Конституция обеспечивает законность и правопорядок в стране. Кроме того, она является гарантией стабильности политического и общественного строя<sup>1221</sup>. Для дальнейшей жизнеспособности конституционных норм необходимо разрешить как правовые, так и доктринальные проблемы в рамках процедур изменения конституционных положений.

В современных государствах с учетом происходящих в мире политических, экономических, социальных изменений одну из ведущих позиций в рамках теоретических исследований занимает вопрос изучения законности и правопорядка. В связи с направленностью движения мировой государственности в сторону правового государства все большее значение приобретает не просто установление законности как банальное соблюдение и исполнение законов в государстве, но и как обеспечение правовой значимости данных законов.

В демократическом государстве не только провозглашается первичность, верховенство, прямое действие конституции и конституционного права в целом, но и реально обеспечивается их действие специальной системой мер обеспечения и защиты. Система обеспечения действия конституции включает гарантии наиболее полной реализации конституционных положений, усиливающих действие положительных факторов, повышающих эффективность реализации конституции, меры и средства профилактики конституционных правонарушений, направленные на устранение причин такого рода правонарушений, на ослабление действия негативных факторов, влияющих на действие норм конституции.

Для обеспечения конституционной законности как центрального момента государственного управления в правовом и демократическом государстве важное значение приобретает, естественно, роль самой конституции как основного закона государства. В этой связи значительное внимание привлекает деятельность органов государственной власти как первоответственных за обеспечение и поддержку юридической силы конституции и обеспечении целостности правовой системы государства. Правосудию принадлежит решающее слово при признании лица виновным в совершении преступления и назначении ему наказания либо иной определенной законом меры воздействия, а также при определении юридических послед-

---

<sup>1221</sup> Арановский К.В., Князев С.Д. Роль Конституции в политико-правовом обустройстве России: исходные обстоятельства и перспективы // Азиатско-Тихоокеанский регион: экономика, политика, право. 2013. № 1(28). С. 80–89.

ствий правонарушения.

Наличие законодательства и существование законности не являются тождественными фактами в правовой действительности современного государства: нередко существующие законы являются неправовыми, признаются противоречащими действующим конституциям либо прямо нарушают права и свободы человека и гражданина (например, в тоталитарных государствах). В этом случае количество нормативно-правовых актов, обладающих силой закона, увеличение объема конституционного регулирования не обеспечивает, в свою очередь, повышение уровня законности, а может привести к обратному результату в случае возникновения путаницы и противоречивости внутри самой системы законодательства государства.

Именно для обеспечения центральной роли, объединяющей всю систему законов и иных нормативно-правовых актов государства, и существуют конституции как главенствующие законы внутри правовой системы конкретного государства.

В разработке учения о законности отечественными юристами можно выделить несколько этапов. На первом этапе законность понималась в сугубо позитивистском ключе как неуклонного соблюдения закона. На этом этапе выделились две основные трактовки законности. Согласно одной из них («широкой»), законность состоит в требовании неукоснительного соблюдения законодательных предписаний всеми субъектами права. Сторонники второй («узкой») трактовки, соглашаясь с тем, что требование правомерного поведения адресатов является важной составляющей режима законности, полагали, что данное требование относится прежде всего к деятельности государственных органов и должностных лиц. Другим камнем преткновения была предметная сфера законности, т.е. объем рассматриваемых нормативных актов: только законы или и подзаконные акты, т.е. совершались попытки определить содержание понятия «законодательство».

На втором этапе развития доктрина законности усложняется и приобретает новые черты. Исходя из общего положения о нетождественности закона и права, ряд исследователей разработал представление о правовой законности (правозаконности), под которой понимается «точное и неуклонное соблюдение и исполнение требований правового закона всеми субъектами права», отношения между которыми регулируются на основе принципа формального равенства<sup>1222</sup>. Здесь, таким образом, снимаются противоречия, присущие более ранним точкам зрения, и устраняются различия между «узкими» и «широкими» интерпретациями термина «законность». Одновременно с этим сама данная категория приобретает содержательное наполнение. Наконец, что самое существенное, устанавливается связь между законностью и правопорядком как результатом реализации законодательных предписаний.

Третий этап обогатил доктрину законности новыми идеями и представ-

---

<sup>1222</sup> Нерсесянц В.С. Общая теория государства и права. М., 1996. С. 247.

лениями. В первую очередь, по мысли Л.С. Спиридонова, «законность есть правовой режим общественной жизни, заключающийся в неуклонном соблюдении юридических норм всеми ее правоспособными участниками»<sup>1223</sup>. Близких позиций придерживается в данном вопросе и С.С. Алексеев, по мнению которого законность может быть рассмотрена в трех взаимосвязанных ипостасях: как аспект права, выражающий его общеобязательность; как идея, формирующаяся в правосознании общества и его членов; и, наконец, как особый режим общественно-политической жизни. Таким образом, «содержание законности, ее субстанция как раз и складывается из того, что именуется требованиями законности. Однако в этих требованиях нужно видеть <...> политико-юридические реальности, воплощающие соответствующие идеи и принципы <...> Объективируются требования законности в праве, в свойственных ему механизмах, в правовой системе, а также во всех иных общественно-политических институтах, в их организации и деятельности»<sup>1224</sup>. Критику подобных определений законности осуществляет А.В. Поляков, указывая, что законность, понимаемая таким образом, «неизбежно носит формальный характер, в том смысле, что она представляет собой требование соблюдения всех законов, не нарушающих положений законов»<sup>1225</sup>.

Впрочем, по мнению современных теоретиков права, концепция законности, развиваемая А.В. Поляковым, «будучи ориентирована в основе своей на ситуацию, имеющую место лишь в тех правовых системах, которые относятся к романо-германской семье, где закон обладает высшей юридической силой, рассматриваемая концепция совершенно не учитывает альтернативных моделей законности, характерных, скажем, для правовых систем, относящихся к семейству "общего права"»<sup>1226</sup>.

Таким образом, дискуссионность содержания термина «законность», и, как следствие, «конституционная законность», обеспечивается не только плюрализмом мнений в политико-правовой науке, но и различиями конкретных правовых систем. При этом законность видоизменяется с течением времени, представляя собой объективную характеристику общества, которое невозможно застать в статике.

Под правовым законом при этом имеется в виду объективное право (и, следовательно, предусмотренный им абстрактно-должный идеальный правопорядок), соответствующее принципу формального равенства. Очевидно, что реальный правопорядок может быть результатом соблюдения требований лишь правового закона и соответствующей правовой законности. Само же по себе соблюдение правонарушающего закона, сколь бы всеобщим и точным оно ни было, не может превратить неправовой закон в пра-

---

<sup>1223</sup> Спиридонов Л.И. Теория государства и права. М., 2001. С. 187.

<sup>1224</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. М., 2008. С. 197–198.

<sup>1225</sup> Поляков А.В. Общая теория права. СПб., 2001. С. 624.

<sup>1226</sup> Режим законности в современном российском обществе / науч. ред. И.Л. Честнов. СПб., 2004. С. 11.

вовой и преобразовать неправо в реальный правовой порядок<sup>1227</sup>.

При рассмотрении системы права с точки зрения синергетики становится явным, что закон занимает особое место внутри системы нормативных актов государства, обладая определенной совокупностью особых правовых качеств, которые не свойственны другим формам права. Таким образом, преобладание закона в системе нормативно правовых актов и обеспечивает необходимость рассмотрения вопроса конституционной законности, т.к. именно конституция наделена высшей юридической силой (в данном случае приоритет исследования уделяется романо-германской правовой семье, т.к. российская правовая система все же явно тяготеет к принципам именно этой семьи).

Правопорядок является реальным итогом, результатом действия законности как конституционного принципа и режима жизни общества. Он включает в себя сложившуюся систему правовых отношений общества и правомерное поведение, в том числе акты правомерного поведения в рамках общей правовой структуры, установленной нормами о правосубъектности (в рамках общего правового положения субъектов).

В переходный период, в силу его динамичности и относительной быстротечности, особенно ярко проявляется как реальный, так и формальный характер конституции и других конституционных актов; обнаруживается совпадение или, наоборот, несовпадение формальной, писаной конституции с реальной, жизненной «конституцией» – самой жизнью со всеми ее сложностями и противоречиями; выявляется адекватность или же неадекватность отражения в конституции реальных экономических и социально-политических процессов, происходящих в обществе, а следовательно, ее жизненность или же искусственность<sup>1228</sup>.

Таким образом, конституционная законность представляет собой объем принципов устройства государства и общества, обеспечивающих соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении государственного управления. Конституционный порядок, следовательно, выступает качественным измерением конституционной законности, характеризуя фактическое, реальное воплощение конституционно-закрепленных принципов в жизни общества – прежде всего при формировании иных правовых актов государства по причине системообразующей роли конституции как центра правовой системы современного государства. Обеспечение конституционного порядка (и, таким образом, приближение его к идеалу законности) в большинстве современных государств возложено на уполномоченные на то органы государственной власти, осуществляющие конституционную юстицию (в зависимости от реализуемой модели конституционной юстиции в конкретном государстве – например, суды общей юрисдикции при американской модели, специализированные органы при европейской модели).

---

<sup>1227</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Проспект, 2008. С. 159–164.

<sup>1228</sup> Проблемы теории государства и права. М., 1999. С. 132.

Исходя из существующих мнений как о понятии, так и о содержании конституции государства, исследователи необратимо возвращаются к вопросу, что же представляет собой конституция государства с точки зрения теории права: источник права или форму права. Вопрос о содержании терминов «источник права» и «форма права» далеко не нов – дискуссии о вкладываемом содержании в данные термины ведутся фактически с самого появления данных понятий. Путем обобщения имеющихся в современной юридической науке объема точек зрения по данному поводу, их целесообразно систематизировать на три категории. Под источником права понимают:

1) в материальном смысле – объективные потребности общества (с точки зрения материалистов – только экономические условия);

2) в идеальном смысле – объем правосознания как отражение влияния политической и международной обстановки на сознание и ориентацию законодателя;

3) в формальном смысле – как способ закрепления правовых норм.

Источник права в первом и втором рассматриваемых смыслах фактически выступает предпосылкой для правотворчества (как определение необходимости принятия правовой нормы, так и выражение правосознания автора законотворческой инициативы в виде конкретного законопроекта). В третьем же – формальном – смысле источник права рассматривается уже как результат правотворчества, представляясь исследователям как источник познания права. Однако познавать право путем анализа исключительно зафиксированных статей бессмысленно, многие из них могут оказаться либо исключительно фиктивными, либо иметь расширительный или ограничительный смысл толкования. Исключительно текстуальный анализ, без анализа порождаемых реальных отношений, породит искажение картины правового регулирования.

С точки зрения герменевтики логично использовать термины в том их значении, которое заложено в их названии. Таким образом, проблема переходит в разряд определения, откуда «проистекает» право и в какой «форме» выражается.

Конституция как основной закон занимает особое место в правовой системе современного государства. Однако чаще исследователи определяют ее сущность путем характеристики лишь с точки зрения ее формы, т.е. как особый нормативно-правовой акт. Даже при попытке охарактеризовать конституцию как источник права, исследователи определяют ее чисто юридические свойства как уже состоявшего нормативного акта, останавливаясь на ее признаках и свойствах (высшая юридическая сила, прямое действие и т.д.)<sup>1229</sup>. В некотором роде этому способствует точка зрения о совпадении содержания терминов «источник права» и «форма права», все

---

<sup>1229</sup> Виноградов О.В. Источники отрасли конституционного права Российской Федерации: общесистемная характеристика // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2009. № 2(42). С. 43–44.

еще крепко стоящая на корнях правового позитивизма.

Однако необходимо обратить внимание, что конституция выполняет не столько юридическую, сколько политическую функцию в рамках государственного управления и определении положения государства на международной арене. Соглашаясь с мнением И.Л. Честнова<sup>1230</sup>, источник права объективно необходимо определить как постоянно изменяющееся состояние культуры общества, порождающее новые неурегулированные общественные отношения или изменяющее вектор регулирования ранее существовавших отношений. Например, к первым – возникающим – отношениям можно отнести те, которые объективно не могли существовать ранее в условиях определенной стадии научно-технического прогресса – в частности, преступления в сфере компьютерной безопасности, а в отношении вторых – изменяющихся – можно привести пример из российской истории в отношении деяния «спекуляция», которое в связи с изменением политического и экономического курса превратилось из ярко негативного и наказуемого в рьяно одобряемое и поддерживаемое государством деяние «предпринимательская деятельность». Таким образом, конституция государства не только фиксирует определенный комплекс правовых норм, но и объективно (в силу принципа высшей юридической силы такого акта) создает необходимость приведения в соответствие всех существующих в государстве как нормативно-правовых актов, так и иных форм прав, в виде которых в данной правовой системе закреплены правовые нормы.

С точки зрения конституции как источника права, т.е. как явления, порождающего необходимость создания новых правовых норм, можно обратить внимание, например, в рамках Конституции РФ, на норму статьи 53 о возмещении государством вреда, причиненного деяниями органов государственной власти или их должностных лиц. В настоящее время данная норма способствует развитию теории и практике деликтной ответственности государства, в частности в случае причинения вреда незаконным уголовным преследованием.

Таким образом, термин «конституция» необходимо понимать в его широком значении – как систему принципов, ограничивающих государственную власть (так, например, акт с заголовком «Конституция», принятый монархом в абсолютной монархии в стиле «монарх всегда прав», именно конституцией являться не будет, несмотря на заголовок). Следовательно, эта система принципов объективно будет способствовать формированию правовых норм, регулирующих общественные отношения, нуждающихся в таком регулировании, что даже в отношении жестких конституций при сложном или даже невозможном варианте изменения конституционных закреплений будет способствовать изменению смысла, вкладываемого в конституционную норму (например, с помощью инструмента конституционной юстиции при даче официального толкования правовой нормы или путем внесения поправок в конституционный текст). Исходя из такого под-

---

<sup>1230</sup> Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 332.

хода к определению значимости конституции как фундамента правовой системы, будет снят с повесток научных дискуссий вопрос о том, существуют ли неконсолидированные конституции, когда роль конституции как системы принципов выполняет не один, а несколько правовых актов и/или совокупность правовых прецедентов, конституционных обычаев и т.д.

Роль конституции как источника права непосредственно влияет и на специфику формулирования закрепляемых в правовых нормах правил поведения<sup>1231</sup>. Определяя «форму права» как способ организации правовой информации, т.е. как способ внешнего выражения и закрепления правовых норм, конституция, в силу своей системообразующей значимости, содержит преимущественно усеченные правовые нормы (при отсутствии гипотезы и/или санкции даже при переводе реальных норм в логические), среди которых выделяют нормы-декларации, нормы-цели, нормы-принципы и нормы-дефиниции.

Нормы-декларации, определяя правовое состояние государства, которого оно достичь не может ни при каких условиях (например, «повальное» объявление в конституциях новейшего времени состояния «правовой государственности»). Однако нормы-декларации обеспечивают вектор развития общества и государства, одновременно при этом формируя и определенный имидж государства на международной арене. Таким образом, нормы конституции носят не столько юридический, сколько политический характер, создавая условия для существования государства и обеспечения его взаимоотношений в рамках международного сообщества.

Нормы-цели закрепляют конечные пути развития определенной стадии эволюции общества и государства, определяя стратегию государственного управления. Именно исходя из норм-целей, конституция путем закрепления норм-принципов обеспечивает реализацию установленных ценностей законодательством государства при регулировании всего объема общественных отношений. Нормы-дефиниции, фиксируя содержание данных ценностей, обеспечивают максимально возможный (в связи с суммарностью конституционных положений большинства существующих конституций) уровень терминологического единообразия в сфере правового регулирования.

Таким образом, конституция государства, в том числе и российского, как практически неоспоримый фундамент всей правовой системы большинства современных государств, выступает одновременно и источником, и формой права. Как источник права конституция, в связи с программностью своего предназначения, порождает необходимость в создании адекватных правовой реальности правил поведения, выражающихся в виде других форм права (например, Конституция РФ содержит отсылочные нормы к иным федеральным конституционным и федеральным законам). Как форма права конституция выступает общим знаменателем правовых

---

<sup>1231</sup> Голубева Л.А. Формула права: постановка вопроса // Журнал правовых и экономических исследований. Journal of Legal and Economic Studies. 2013. № 4. С. 104–106.

норм, существующих в конкретном обществе, обладая при этом специфической формулирования фиксируемых правил поведения.

## **РАЗДЕЛ 4**

### **РЕЛИГИОЗНО-ТРАДИЦИОННЫЕ СИСТЕМЫ ПРАВА**

Отличительной особенностью современного мира стала его стремительная европеизация – все больше ценностей Запада насильственным путем стараются проникнуть на Восток. Однако глобализация под маской «европеизации» (или «американизации»?) наталкивается на препятствие в виде неоднородности неевропейского права – особенности монокультурных правовых систем направлены на воспроизводство прежде всего традиционных для данного конкретного общества ценностей, значимость которых обусловлена всеми этапами развития такого общества.

Несмотря на многовековое воздействие колониальной политики, такие правовые системы остаются органически связанными со всем объемом собственного культурного пласта, выражающегося, прежде всего, в образе мышления, а не внешних формах фиксации правовых норм (хотя, естественно, и в этом аспекте проявляется специфика). При этом религиозно-традиционные правовые системы имеют как сходства, так и различия (как и любые социальные явления одного порядка), однако принципиально отличаются своим основанием от европейского права, что и обеспечивает возможность их целостности самих по себе.

Проблемы, затронутые авторами, не исчерпывают, разумеется, всего многообразия вопросов, поставленных перед человеком его собственной природой и повседневной социальной практикой. Каким будет право нового тысячелетия (или – не заглядывая так далеко – нового столетия)? Видимо, ответ может быть однозначным и, одновременно, несколько туманным: оно будет другим, отличным от того, каким его понимали в XX в. Произойдет это хотя бы потому, что усложнение общественной жизни, цивилизационные разломы и глобализация действуют одновременно и создают мозаичную картину бытия. XXI век будет (а отчасти уже является) временем осознания многообразия духовного опыта и, соответственно, правового плюрализма.

Говоря о правовом плюрализме, мы несколько не стремимся предложить некую новую парадигму, которая у значительной части ученых-юристов обычно основывается на стремлении интегрировать существующие теории правопонимания. Все они имеют право на существование, и стремление «интегрироваться», по общему правилу не приведет к какому-либо удовлетворительному результату. И в российском, и в зарубежном правоведении (подразумеваем европейско-американский «правовой ареал») имеются как сторонники, так и противники интеграционных процессов. Так, согласно мнению А.В. Полякова, «различия в образах права, представленных в науке, в значительной степени обуславливаются разными социокультурными условиями формирования и функционирования на-

циональных правовых систем. Характерные особенности правовой жизни обществ проявляются и в письменных правовых текстах, и на уровне общественного правосознания, и в способах и типах правовой коммуникации (в том числе в специфике осуществления общественных отношений и правоприменительной практики). Поскольку эти особенности представляют собой результат объективации, существуют независимо от сознания отдельных индивидов и зачастую воспринимаются как реификации, они являются объективными»<sup>1232</sup>.

Действительно, правопонимание у различных народов часто может быть диаметрально противоположным, но, тем не менее, вполне совместимым. Весь вопрос лишь в том, что человечество постепенно подходит к мысли о многополярном мире, в котором не может быть лучших и худших. Процесс глобализации в праве характеризуется на уровне национальных правовых систем и правовых семей следующими чертами:

- объективный характер существования и функционирования самых различных по своей природе, характеру и предназначению систем;
- универсальный характер системности как свойства материи;
- наличие у правовых систем, так же, как и у любых иных, комплекса взаимосвязанных и взаимодействующих между собой элементов;
- целостный характер правовой системы, проявляющийся в высоком уровне организованности, связанности и упорядоченности ее структурных элементов;
- наличие иных свойств правовых систем, обусловленных в значительной степени соответствующими признаками и свойствами образующих их структурных элементов;
- существование, функционирование и развитие правовых систем в условиях и под воздействием окружающей их экономической, социальной и иной среды<sup>1233</sup>.

Разумеется, не все исследователи приветствуют глобализацию в правовой сфере и активное внедрение норм международного права и права региональных объединений в национальные правовые системы. Как справедливо отмечает В.В. Сорокин, «до тех пор, пока государство сохраняет свой суверенитет, его конституция и федеральные конституционные законы должны возвышаться в иерархии правовых актов над международными актами, как критерий правомерности действия международных документов на территории страны. На обязательность каждого международно-правового акта должно даваться согласие национального государства в форме общегосударственного закона. Сегодня пытаются отступить от этого канона. Важно помнить, что самобытность внутригосударственного права России – это наше национальное достояние, исходящее из исторических судеб насе-

---

<sup>1232</sup> Поляков А.В. Общая теория права. С. 19–20.

<sup>1233</sup> Марченко М.Н. Государство и право в условиях глобализации. М., 2008. С. 253–265.

ляющих ее народов»<sup>1234</sup>.

Глобализация оказывает на право воздействие по следующим направлениям:

- активное влияние на изменение сущности права как феномена, все более проявляющегося в качестве регулятора общественных отношений не только на национальном, но и наднациональном, глобальном уровне;

- глобализация оказывает определенное воздействие не только на сущность права, но и на его содержание, институциональную и функциональную роль, а также на стоящие перед ним цели и задачи, на его назначение;

- процесс глобализации оказывает определенное влияние не только на сущность, содержание и назначение права, но и на его источники;

- глобализация оказывает определенное влияние на процесс правотворчества, правоприменения и правоохранения<sup>1235</sup>.

Соответственно, можно выделить и тенденции развития права в обозримом будущем, к которым можно отнести:

- универсализацию и унификацию права;

- более широкое формирование и более активное использование принципов права как регуляторов общественных отношений;

- усиление роли и значения судейского права, а вместе с ним и его источников в виде прецедента и судебной практики;

- расширение юридического сектора, касающегося прав человека и гражданина;

- общие тенденции развития права на глобальном уровне дополняются и сочетаются в определенной мере с тенденциями, имеющими место на локальном уровне<sup>1236</sup>.

Сочетание глобализации и глокализации несколько не противоречит плюралистическому подходу к пониманию права. Такое понимание самым тесным образом связано с культурой, духовными устоями той или иной цивилизации. Конечно, оценки состояния и перспектив правового развития народов могут высказываться только в самом общем виде, особенно с учетом синергетических процессов внутри социума. Отметим и тот факт, что само общество неоднородно, оно, пользуясь термином Р. Даля, «полиархично» (в нем существует множество центров власти и влияния, каждый из которых по-своему стремится реализовать собственные интересы). Отсюда вполне резонный вывод: развитие не всегда рационально, оно может подвергаться воздействию различных факторов, в том числе и субъективных. По мнению И.Л. Честнова, с которым мы полностью согласны, «право, как и все остальные социальные институты – результат селективной эволюции культуры. Развитие человечества вообще и в политико-правовой сфере в частности, поливариантно вследствие отягощенности свободой. Поэтому как у отдельного человека, так и у общества всегда есть несколько вариан-

---

<sup>1234</sup> Сорокин В.В. Юридическая глобалистика. Т.1. М., 2010. С. 29–30.

<sup>1235</sup> Марченко М.Н. Государство и право в условиях глобализации. С. 268–279.

<sup>1236</sup> Там же. С. 280–293.

тов развития (движения). Однако это развитие может реализовать только одну альтернативу»<sup>1237</sup>.

Видимо, альтернатива правового развития общества все же не одна. Вариантов движения может быть несколько. Факторы воздействия на право разнообразны и предусмотреть их все невозможно. Синергетический подход к правопониманию, наряду с социально-антропологическим изменением права как такового, как раз и позволяет адекватно воспринимать движение права в рамках той или иной цивилизации. Согласно В.А. Бачинину, «право как система складывается под воздействием двух разнохарактерных, но однонаправленных процессов самоорганизации. Первый – это положительная обратная связь со средой, позволяющая праву усложнять и совершенствовать свои структуры и одновременно устранять все чужеродное, избыточное. Второй – это отрицательная обратная связь права с той же средой, способствующая упрощению его структур, их деформациям и нарастанию степени хаотичности. Постоянные противодействия этих тенденций формируют, видоизменяют систему права, придают ей характерную для данного места и времени социально-историческую конфигурацию»<sup>1238</sup>.

Конечно, авторами представлены не все неевропейские правовые системы, поскольку религиозно-традиционные системы включают в свой объем не только мусульманское, индусское, китайское, японское и обычное африканское право, поскольку рассмотрение вопросов особенностей неевропейского права не имеет пределов в силу мультикультурности современного мира.

## **Глава 13. Мусульманская правовая система**

### **13.1 Исламское право**

Само понятие «мусульманское право» многозначно. В широком смысле под ним следует понимать комплекс тесно связанных и дополняющих друг друга норм, которые относятся к различным видам социальных регуляторов, включающих в себя собственно нормы права и религиозно-нравственные правила поведения. По сути, мусульманское право продолжает свое бытие на уровне мононорм, не предполагающих строгого разграничения на право, религию и нравственность. Исламу, как многим другим религиозным учениям, свойственна целостность сознания и мировосприятия. С позиций мусульманских правоведов, «исламское право с точки зрения своего происхождения необходимо рассматривать не как результат деятельности человека, государственных органов, что присуще другим правовым системам (например, романо-германской правовой семье), а как божественное откровение, дарованное Аллахом через его Пророка Мухам-

---

<sup>1237</sup> Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб., 2002. С. 75.

<sup>1238</sup> Бачинин В.А. Основы социологии права и преступности. СПб., 2002. С. 38.

меда. Согласно исламско-правовой доктрине, для исламской философии права основополагающим является понимание того, что единственным источником права является Аллах, который даровал свое право человеку»<sup>1239</sup>.

Этот целостный механизм социального регулирования и образует собственно шариат (путь следования), и идти по нему должен каждый правоверный мусульманин.

В узком смысле слова мусульманское право – это система юридических норм, тесно связанных с религией, но выступающих в качестве правовых регуляторов, обеспечиваемых принуждением со стороны государственной власти. С социально-антропологических позиций все деяния человека, в рамках мусульманского права, делятся на пять категорий:

1) обязательные (фард) либо для всех мусульман без исключения (пятикратная молитва), либо в зависимости от должностных обязанностей (действия муэдзина в мечети);

2) желательные (мандуй) – это похвальные деяния, которые вознаграждаются в следующей жизни, неисполнение которых не наказывается (добровольная молитва сверх всяких предписаний);

3) дозволенные (джаиз) – поступки, не ведущие за собой одобрения или порицания;

4) недостойные (махрух) – нежелательные поступки, но и не наказуемые ни в этом мире, ни на том свете (небрежность в отпращивании обязанностей верующего);

5) запретные (махзур) – наказуемые деяния и помыслы в обеих жизнях (на земле и на небе).

Нужно принять во внимание то обстоятельство, что исполнение долга запрещения осуждаемого должно отражаться на определенных условиях, к которым исламские богословы и правоведы относят следующие:

- знание закона (человек должен знать, что он повелевает именно одобряемое, а запрещает действительно осуждаемое);

- знание факта (человек должен знать, что осуждаемое, которое он намеревается запретить, совершается в данный момент);

- отсутствие негативных побочных эффектов (человек должен быть уверен, что действие, которое он предпринимает против осуждаемого, не нанесет еще больший вред);

- действительность (человек должен был уверен, что его слова или действия возымеют эффект);

- уверенность в собственной безопасности (необходимо убедиться, что действия человека не поставят под угрозу его собственную жизнь и имущество)<sup>1240</sup>.

Как отмечают современные исследователи, «в мусульманском обществе, как и в других традиционных системах права (индуистской, иудейской), правила личной жизни возводятся на уровень правовых норм, а пра-

<sup>1239</sup> Бехруз Х. Исламские традиции права. Одесса, 2006. С. 96.

<sup>1240</sup> Кук М. Шестой столп ислама. Запрещение осуждаемого. М.–СПб., 2008. С. 89–90.

вонарушения отождествляются с нарушениями религиозных установлений. Причем в данном случае государство, наказывая виновника, выступает в качестве общины верующих, защищающих веру. В восприятии людей земные наказания за преступления сочетаются (дополняются) с наказаниями сверхъестественными. Приведенное положение произрастает из идеи монотеизма, означающей в исламе, прежде всего, коллективные обязательства людей перед Аллахом. Поэтому справедливым считается приоритет коллективных интересов над индивидуальными, а значит и необходимость в первую очередь защищать интересы общества, а затем личности»<sup>1241</sup>.

Основными источниками мусульманского права признаются:

1. Коран – священная книга ислама, в которой Мухаммед утверждал: «О вы, кто верует! Уверуйте в Аллаха и посланника Его, и в то Писание, что он низвел ему, и в то Писание, что ниспослал Он прежде. А кто не верует в Аллаха, в ангелов Его, в Его Писание, в посланников Его и в День Последний, тот пребывает крайнем заблужденье»<sup>1242</sup>. Сам текст Корана не имеет четкой логики изложения материала. Высказывания пророка в нем во многом носят ситуационный характер, и собственно юридических норм в Коране можно насчитать лишь несколько десятков. Принять во внимание нужно и то обстоятельство, что ислам является самой поздней мировой религией по времени становления и, следовательно, на ранних этапах своего формирования подвергался воздействию других религиозных течений (иудаизма и христианства). Как констатирует известный востоковед Л.В. Васильев, «в теологически-философской части Коран буквально насыщен заимствованиями из Библии, что и понятно: не будучи крупным оригинальным крупным мыслителем, Мухаммед с готовностью брал уже известное ему и с легкостью включал (от имени Аллаха) почти без изменений в свои проповеди. Однако это обстоятельство ничуть не повредило авторитету божественного Корана, а, напротив, отчасти даже способствовало ему: многие из завоеванных мусульманам христианских народов тем легче принимали ислам, что видели в этом вероучении знакомые им те же самые имена, сюжеты, легенды, заповеди и т.п.»<sup>1243</sup>.

2. Сунна – собрание имеющих религиозно-нормативное значение преданий (хадисов) о жизни и высказываниях Мухаммеда и его ближайших сподвижников. Этот источник мусульманского права начал формироваться уже после смерти Пророка (632 г.) и составлен его младшими современниками и последователями. Все хадисы, с точки зрения доктрины мусульманского права, должны соответствовать следующим условиям:

- непротиворечивость положениям Корана или общим принципам ислама;
- совместимость с требованиями разума, законами природы и жизнен-

---

<sup>1241</sup> Бажан Т.А., Старков О.В. Религиоведение для юристов. СПб., 2007. С. 218.

<sup>1242</sup> Коран. Сура 4. 136. Перевод смыслов и комментарии Иман Валерии Пороховой. М., 2007. С. 133.

<sup>1243</sup> Васильев Л.С. История религий. М., 2008. С. 488–489.

НЫМ ОПЫТОМ;

- непротиворечие приданиям уже ранее признанным надежным и подлинными;

- доказуемость хадиса;

- наличие нескольких исходных свидетелей события, происходившего публично<sup>1244</sup>.

С точки зрения некоторых специалистов, оценивать хадисы следует достаточно критически. Так, И.П. Петрушевский считает: «В обществе, где религиозная община и государство, религия и политика постоянно смешивались и где социально-политические движения проходили под идеологической оболочкой религиозных течений и сект, политические интересы также вызывали фабрикацию хадисов. В борьбе религиозно-политических группировок за власть каждая сторона <...> старалась подкрепить свою позицию словами, будто бы сказанными в свое время самим пророком. При этом опирались на распространенное мнение, что пророк при жизни предсказывал грядущие исторические события и давал им оценку»<sup>1245</sup>.

Все хадисы подразделяются специалистами на несколько видов в зависимости от значимости:

- достоверные (сахих);

- приемлемые (хасан);

- относительно достоверные (хасан-сахих);

- слабые (данф).

3. Иджма – представляет собой нормы, сформулированные мусульманской правовой доктриной на основе «рациональных» источников, прежде всего – единогласного мнения наиболее авторитетных правоведов (муджтахидов и джахидов). Х. Бехруз вполне справедливо отмечает, что «данный источник исламского права необходимо рассматривать как средство прогресса и преобразования, позволяющее обеспечивать разрешение правовых ситуаций при строгом соблюдении религиозных требований на основании принципа совещательности, который, в свою очередь, обеспечивает адаптацию догм классического исламского права к реалиям общественной жизни»<sup>1246</sup>.

4. Кийас – суждения по аналогии при отсутствии обязательного правила.

Основную роль в становлении и развитии мусульманского права сыграло искусство толкования Корана. Оно активно формировалось с 632 г. (смерть Мухаммеда) до начала VIII в. Расширительное толкование и вынесение решения происходили только после консультаций с правоведами и наиболее уважаемыми богословами, причем само решение должно было приниматься единогласно. По мнению М.А. Родионова, «этот метод давал

---

<sup>1244</sup> Бехруз Х. Указ. соч. С. 190–191.

<sup>1245</sup> Петрушевский И.П. Ислам в Иране в VII–XV веках: курс лекций. СПб., 2007. С. 141.

<sup>1246</sup> Бехруз Х. Указ. соч. С. 198.

возможности для самых широких выводов. Понимая это, большинство законовладельцев тщательно выбирали материал для кийаса и проверяли логические цепочки на истинность, чтобы избежать негативных нововведений – бида»<sup>1247</sup>. Постепенно сформировалась особая группа профессиональных судей (кади), имевших право решать споры на основании источников шариата. Кроме того, каждый из сподвижников Мухаммеда получал право на самостоятельное формирование новых правил поведения, основываясь на собственном усмотрении («высказывания сподвижников»). При этом роль судей являлась приоритетной. Как отмечает Б. Вайсс, «своими судебными решениями, принимаемыми в зависимости от каждого конкретного случая, кадии заложили основу для дальнейшего развития мусульманского права. Занимаясь судебной практикой, они не имели возможности опереться на какой-либо готовый корпус законов, который можно было бы с уверенностью назвать мусульманским, поэтому они выносили решения по своему усмотрению, руководствуясь собственным чувством справедливости. Доступная им правовая база представляла собой смешение римского и древнего местного традиционного права различных регионов империи и включала в себя как арабское племенное право, так и древнее ближневосточное право. Всю эту совокупность законов кадии применяли, изменяли или игнорировали по собственному смотрению»<sup>1248</sup>.

Со временем для полноценного социального регулирования и разрешения возникавших споров традиционных источников права стало недостаточно. С VIII в. основную роль в ликвидации пробелов и приспособлении действовавших источников к реальным потребностям жизни начали играть профессиональные ученые-правоведы (муджтахиды), основавшие различные школы (мазхабы) мусульманского права. Прежде всего, правоведы ввели принцип «рай» – относительно свободное усмотрение, применяемое при толковании норм Корана и сунны и формулировании новых правил поведения в случаях молчания источников. По утверждению известного толкователя Корана Джелала ад-Дина ас-Суйути, «если комментатор не находит ответа в сунне, он обращается к высказываниям сподвижников, которые были более всех сведущи в толковании, поскольку знали ситуации и обстоятельства, в которых ниспосылался Коран, и выделялись полнотой знания, истинной ученостью и добрыми делами»<sup>1249</sup>. Кроме того, примем во внимание и то обстоятельство, что разрушение дел требовало значительной доли собственного усмотрения судьи. Известен хадис, на основании которого можно сделать вывод о том, что сам пророк положительно относился к активной роли судьи. Мухаммед на заданный ему вопрос, как нужно рассудить спор, ответил: «Если судья вынес решение по своему усмотрению и оказался прав, то он должен быть вознагражден вдвойне, а ес-

---

<sup>1247</sup> Родионов М.А. Ислам классический. СПб., 2001. С. 117–118.

<sup>1248</sup> Вайсс Б. Дух мусульманского права. М., 2008. С. 18.

<sup>1249</sup> Ас-Суйути Джелал ад-Дин. Совершенство в коранических науках. Учение о толковании Корана. М., 2000. С. 59–60.

ли он судил по своему усмотрению и ошибся, то ему причитается вознаграждение в однократном размере».

Первыми правоведами были, как мы уже говорили выше, судьи, но постепенно функции введения новых норм в случаях молчания источников перешли к ученым. Доктринальное развитие мусульманского права долгое время оставалось на уровне индивидуального регулирования. Если правоведа сталкивались с отсутствием ответа на вопрос в Коране, сунне и высказываниях сподвижников Пророка, то при рассмотрении конкретных дел решения формулировались с помощью различных рациональных приемов. Таким образом постепенно были разработаны правила толкования. Возникает иджтихад («настойчивость»). Правом пользоваться правилами иджтихада наделялись только ученые правоведа. Они имели различный статус в зависимости от объема знаний и уважения в общине:

1. Высшие – основатели школ и сподвижники Пророка, обладавшие правом свободно оценивать все источники права.

2. Средние – могли выносить самостоятельные суждения, только на основе источников, признаваемых отдельными школами мусульманского права.

3. Низшие – имели право выбрать одно из мнений правоведов первых двух категорий.

В целом же основная задача толкователей источников сводилась к поиску и обнаружению истины. Сам Мухаммед в связи с этим говорил: «Судьи делятся на три категории; из них судьи только одной категории будут допущены в рай. Это – те, кто выявил истину и вынес вердикт (приговор) в соответствии с ней. Тот же, кто выявил истину, но при вынесении приговора пренебрег ею, войдет в Ад, а тот, кто выносит приговор, рассматривая лишь чисто субъективные претензии сторон и не докапывается до существа дела, тоже займет свое место в Аду»<sup>1250</sup>.

Расцвет использования доктрины пришелся на VII–IX века, а с X столетия мусульманское право стало развиваться в рамках только отдельных школ и утратило свое единство. Кроме того, согласно авторитетному суждению крупнейшего представителя современного модернистского направления в исламе А.А. Ан-Наима, «хотя кийяс очевидно связан с иджтихадом (независимым юридическим суждением), его сочли необходимым признать независимым источником шариата, особенно после того, как "врата иджтихада" с IX века н.э. были признаны закрытыми. Таким образом, стало возможным продолжать выводить решения новых судебных дел из прецедентов применения ранее разработанных принципов и правил шариата, не претендуя на использования иджтихада»<sup>1251</sup>.

Характерной особенностью школ мусульманского права является их многозначительность (даже в рамках какого-либо одного направления). Все существующие школы можно подразделить на две большие группы:

---

<sup>1250</sup> Хадисы Пророка. М., 2003. С. 119.

<sup>1251</sup> Ан-Наим А.А. На пути к исламской реформации. М., 1999. С. 36.

- суннитские толки (ханифиты, маликиты, шафииты и ханбалиты);
- шиитские толки (джафариты, исмаилиты, зейдиты).

Различия между школами состоят в использовании методов толкования и привлечении дополнительных источников. Кроме того, школы различаются по признаку консервативности или новаторства<sup>1252</sup>. Наиболее авторитетной признается ханифитская школа. Ее основными чертами выступают следующие:

- Коран признается как источник права целиком и безоговорочно;
- сунна принимается как независимый источник, но только после тщательного отбора хадисов;
- согласованное мнение («иджма»), унаследованное от предшественников, учитывается только в том случае, если оно исходит от тех людей, которые считаются передатчиками достоверных хадисов;
- суждение по аналогии («хияс») может строиться на любом достоверном материале, даже не всегда в порядке его авторитетности, но обязательно с глубоким логическим обоснованием;
- допускается широкое применение обычного права («урф») как вспомогательного, но независимого источника права<sup>1253</sup>.

Сами школы формировались, как уже было упомянуто выше, в VII по середину IX в., когда единство мусульманского права стало разрушаться. В свою очередь, усиливалась правотворческая роль ученых-юристов (наступает период «тахмед» – господство традиций). Представители суннитских толков объявили о прекращении «абсолютного иджтихада», шииты же, напротив, продолжали выступать за свободу толкования. По мнению Г.М. Керимова, «одна из отличительных черт шиитского права – непризнание кийаса (анalogии) как источника мусульманского права. Характерная и отличительная черта шиитского права заключается в том, что его политический аспект – право на верховную власть основывается на авторитете по наследству, тогда как в суннизме право на верховную власть основывается на иджме. Поскольку шииты признают неподражаемость имама, мнение авторитетных богословов (иджма) для них приемлемо лишь в том случае, если оно выражает волю имама»<sup>1254</sup>.

Мусульманское право суннитского толка исходит из того, что законодательная власть должна принадлежать только муджтахидам. Ими же была разработана концепция «верховенства шариата» (правитель в своих действиях связан нормами права). С этого момента в обыкновённом смысле к мусульманскому праву стало применимо понятие «фикх». Судьи (кади) принимают решения на основании сборников «фикха» (комментариев священных текстов). На основе мусульманских традиций и шариата иссле-

<sup>1252</sup> Цмай В.В. Регулирование семейно-брачных отношений мусульман правом личного статуса. СПб., 2000. С. 21–64.

<sup>1253</sup> Саидов А.Х. «Хидоя» Бурхануддин Маргинани – уникальный юридический памятник ислама // Хидоя. Комментарии мусульманского права. В 2 ч. Ч. 1. Т. I–II. М., 2008. С. 25.

<sup>1254</sup> Керимов Г.М. Шариат. Закон жизни мусульман. М., 1999. С. 15.

дование Корана осуществляется по следующим направлениям:

- чтение и заучивание наизусть аятов (стихов) Корана на арабском языке для исполнения молитвы;
- изучение содержания Корана на основе комментаторских трудов;
- исследование Корана как религиозно-культурного, исторического, социального и юридического памятника.

Сами комментарии постепенно приобрели силу закона. В результате мусульманское право практически сохранило казуистический характер, так как судьи не связаны предыдущими решениями по аналогичным делам.

Нужно, разумеется, учитывать тот бесспорный факт, что мусульманское право не было статичным на протяжении веков. Оно изменялось вместе с жизнью. Как отмечает в связи с этим М.Н. Марченко, «Существование многочисленных путей и приемов обхода канонов мусульманского права, использование для этого обычаев, соглашений и иных форм со всей очевидностью свидетельствуют о том, что жизнь всегда была и остается гораздо сложнее и разнообразнее, чем она представляется в этических, религиозных или юридических догмах. Неслучайно поэтому, что ни в одной стране мусульманского права, в том числе в арабских странах, где господствующей религией традиционно является ислам, данная правовая система никогда не существовала в чистом виде, а всегда дополнялась или изменялась с помощью обычаев, договоров, соглашений, административных решений и других актов, содержащих позитивные нормы»<sup>1255</sup>.

Кардинальное реформирование права мусульманских стран началось только в XX в. под воздействием многих факторов. Прежде всего, в некоторых государствах Ближнего и Среднего Востока (Иран и Турция) произошли революции, что, естественно, изменило расстановку политических сил. В частности, 20–30-е годы XX столетия были периодом проведения крупных преобразований в Иране. Связаны они были с экономической модернизацией, и, в свою очередь, потребовались значительные изменения в правовой системе. В результате принимается конституция, вполне напоминающая европейские и в определенной мере ограничивающая власть шаха. Со временем ситуация изменилась, что привело к откату назад, к новому подъему традиционализма. Современные исследователи политических процессов на Востоке справедливо отмечают, что «демократизирующееся восточное государство <...>, желающее интенсифицировать процесс и подталкиваемое к этому Западом (в частности, правозащитным движением), создает законодательство, которое обеспечивает резкое расширение демократических прав и свобод. Но выясняется, что этого совершенно недостаточно для обеспечения успеха. Если общество с его комплексом традиций и уровнем политической самоорганизации не готово к восприятию прав и свобод личности в таком объеме, то вместо ускорения получится торможение процесса»<sup>1256</sup>.

<sup>1255</sup> Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. М., 2011. С. 775.

<sup>1256</sup> Эволюция политических систем на Востоке. М., 1999. С. 15.

С позиции социальной антропологии права проблема заимствования западного законодательства вполне понятна. Каждая правовая семья и отдельные национальные правовые системы обладают определенным пределом приспособляемости к меняющимся условиям. Мусульманское право, составляющее особую группу правовых систем, обладает определенными характеристиками, которые, (в трактовке Р.И. Беххина) сводятся к следующим:

- правовые системы всех мусульманских стран связаны между собой исторически и имеют общее происхождение, вне зависимости от степени влияния ислама на общественно-политическую жизнь конкретных стран;
- в большинстве конституций мусульманских стран в качестве источника законодательства провозглашен шариат;
- структура отдельной нормы права, а также деление на отрасли и институты в мусульманском праве различных стран не имеют существенных отличий;
- в течение длительного времени (X–XVI вв.) мусульманскими юристами разрабатывались общие принципы мусульманского права;
- мусульманские юристы используют одни и те же понятия и категории<sup>1257</sup>.

Одновременно нужно принимать во внимание тот бесспорный факт, что «с мусульманским (религиозным) правом не следует смешивать позитивные правовые системы мусульманских стран, необходимо различать понятия "мусульманское право" и "право мусульманской страны". Как и в христианских странах, гражданское общество никогда не смешивается в исламе с обществом религиозным. Даже тогда, когда фикх (доктрина мусульманского права) обладал самым высоким авторитетом, не все его элементы имели одинаковое практическое значение»<sup>1258</sup>. Как мы уже отметили выше, любое общество обладает своеобразным «порогом восприимчивости» инноваций, превышение которого приводит либо к дезорганизации социума, либо к росту защитных реакций (консерватизм). Как отмечает известный социолог П. Штомпка, «культурная дезорганизация и дезориентация представляют собой непосредственный результат травматогенных изменений в сфере культуры. Эти изменения являются источником данной дезорганизации и дезориентации. Но эти же изменения могут иметь и иные последствия. Особенно сильный толчок к изменениям дают, как правило, стихийные бедствия, а также целенаправленные реформы в области социальных структур, экономических институтов политического устройства, ориентации товариществ, ассоциаций, форм самоуправления и т.п. Эти изменения, в свою очередь, могут стать генератором каких-либо побочных, никак не входивших в их планы, намерения и прогнозы явлений»<sup>1259</sup>.

---

<sup>1257</sup> Политические системы и политические культуры Востока / под ред. А.Д. Воскресенского. М., 2007. С. 239–240.

<sup>1258</sup> Тэнс Д. История государства и права зарубежных стран. СПб., 2008. С. 477.

<sup>1259</sup> Штомпка П. Социология. М., 2005. С. 481.

Если говорить о системе мусульманского права, то в настоящее время она состоит из следующих элементов:

- правила и нормы, имеющие отношение к поклонению Аллаху;
- семейное право (заключение брака, права и обязанности супругов, отношения между родителями и детьми, право развода, наследования, завещания и опекунов);
- гражданское право (законы о сделках и регулировании взаимоотношений);
- административное и конституционное право (государственное банкротство, функционирование правительства и его органов, взаимосвязи между ними);
- уголовное право (вопросы преступления и наказания);
- процессуальное право (определение роли судебной системы в исламском обществе и процедуры, которой следуют суды);
- международное право;
- правила, определяющие социальное поведение мусульман (бытовые нормы)<sup>1260</sup>.

### 13.2 Семейно-брачное право

Заимствование романо-германских и англо-американских правовых институтов допускается в исламском мире только в строго очерченных пределах (за исключением Турции, являющейся самой вестернизированной страной Востока и, одновременно, духовно изолированной от мусульманского мира). В основном изменения, происходившие во второй половине XX в., были связаны с постепенной либерализацией семейно-брачных отношений и наследования. Классический ислам исходит из принципа главенства мужа, который единолично решает все важнейшие вопросы, возникающие в семье. Станы, в которых ислам играет доминирующую роль (Катар, ОАЭ, Саудовская Аравия), непосредственно опираются на Коран в разрешении брачно-семейных конфликтов. Так, статья 9 основного Низама о власти Королевства Саудовская Аравия (1992 г.) гласит: «Основой саудовского общества является семья, члены которой должны воспитываться на основе исламской веры, предписываемой ею преданности и повиновении Всевышнему Аллаху, Его Пророку и представителям власти, уважать и исполнять законы, любить и ценить свое Отечество и его славную историю»<sup>1261</sup>. В частности, мужчина имеет право на развод без указания причин, причем дети могут быть отобраны у матери и оставлены в доме мужа. Сам брак признается договорным, в результате заключения которого женщина перестает быть запретной для данного мужчины. Для действительности брака необходимо соблюдение следующих условий:

- формула бракосочетания должна быть произнесена на правильном

<sup>1260</sup> Мусульманское право / под ред. М.А. Сарсембаева. Алматы, 1999. С. 47–49.

<sup>1261</sup> Конституции государств Азии. Т. 1. Западная Азия. М., 2010. С. 493.

арабском языке;

- читающие формулу (жених, невеста или их доверенные лица) должны быть совершеннолетними и находиться в здравом уме;

- при произнесении формулы необходимо упомянуть имена жениха и невесты;

- жених и невеста должны быть согласны на брак, а не принуждены к нему.

Однако, по наблюдениям исследователей, «довольно часто родители выдают своих дочерей замуж, не спрашивая их мнения. И часто они обходят мнения жениха и невесты, особенно когда последние очень молоды, а на мусульманском Востоке детей женят очень рано. В шариате есть прямое указание на возможность заключения брачного договора без согласия жениха и невесты. Для этого нужно лишь, чтобы они согласились на брак после его заключения. И тогда брачный договор также считается действительным. Естественно, на основе этого правила родителя часто оформляют брачный союз, а затем уговорами, наставлениями заставляют на него согласиться»<sup>1262</sup>.

Патриархальные отношения с трудом поддаются реформированию и, несмотря на то, что законодательство ряда мусульманских стран формально закрепило необходимость учета мнения будущих супругов, большинство населения живет именно по шариату или даже по адату (обычаю того или иного племени или региона). Светские законы не имеют высокой эффективности. Некоторые страны, придерживающиеся либерального направления в исламе (Египет, Тунис), ввели ряд ограничений на использование шариата в семейно-брачных отношениях. Право мужа на односторонний развод ограничивается рядом предварительных условий. Женщина, в свою очередь, получила право на развод по собственной инициативе (хотя ее возможности все равно менее значительны, чем права мужчины). Права родителей и опекунов в вопросе заключения брака между несовершеннолетними также подверглись законодательной регламентации путем установления брачного возраста (обычно – с 16 лет). Фактически же, опираясь непосредственно на Коран и сунну, допустимо заключение брака при достижении женихом и невестой соответственно 15 и 12 лет. Сам же Пророк незадолго до смерти вступил в брак с 9-летней девочкой, санкционировав тем самым подобные союзы в будущем.

Во многих мусульманских странах (Египет, Тунис) полигамия юридически запрещена. Классическое же мусульманское право, восходящее к Корану, позволяет мужчине состоять в браке одновременно с четырьмя женами. В законодательстве некоторых исламских государств это правило сохранено, там же, где традиции светского права менее сильны, закон вообще не устанавливает никаких ограничений для полигамии. Тем не менее, «семейное право ряда арабских стран содержит некоторые ограничительные условия, несоблюдение которых не допускает полигамию. Муж может

---

<sup>1262</sup> Керимов Г.М. Шариат. Законы жизни мусульман. С. 101.

получить от суда разрешение на второй и последующие браки с учетом его субъективных качеств. Так, закон Сирии позволяет суду разрешать заключение второго брака в случае, когда у мужа есть возможность содержать жен, а также требовать заключения нового брачного договора»<sup>1263</sup>. Например, брачно-семейное законодательство Ирана не содержит определенных правил о многоженстве. Вопрос о количестве браков, в которых одновременно может состоять мужчина, решается мусульманским судом в каждом конкретном случае с учетом материального положения мужа. Согласно формулировке закона, мужчина, состоящий в браке, имеет право вступить во второй брак только с разрешения суда, если имеется хотя бы одно из нижеперечисленных условий:

- согласие первой жены;
- неспособность первой жены выполнять супружеские обязанности;
- непослушание первой жены;
- подверженность первой жены хроническому неизлечимому заболеванию или психическому расстройству;
- осуждение первой жены на срок более пяти лет;
- подверженность первой жены вредным привычкам (наркомания, алкоголизм, азартные игры);
- отказ первой жены вести совместную жизнь;
- бесплодие первой жены;
- признание первой жены безвестно отсутствующей.

Закон сохраняет за женой право требовать у суда разрешение на развод без каких-либо дополнительных оснований в случае заключения мужем другого брака. За вступление в другой брак без обращения в суд законом предусмотрена уголовная ответственность мужчины на срок от шести месяцев до одного года. Также мужчина подлежит уголовной ответственности за супружескую измену на основании Закона об исламских уголовных наказаниях 1996 г.<sup>1264</sup>.

Для рассмотрения бракоразводного дела суд назначает арбитров, представляющих каждую сторону, как того требуют законы шариата, и определяет срок, в течение которого арбитры пытаются уладить семейный конфликт. По истечении этого срока третейские судьи (арбитры) письменно доводят до сведения суда результаты своих усилий, после чего суд выносит требуемое решение, если подтверждается наличие оснований для развода, предусмотренных законом. Закон «Об охране семьи» 1975 г. содержит следующий перечень этих оснований:

- обоюдное согласие супругов на развод;
- отказ или неспособность мужа нести расходы по содержанию жены;
- непослушание жены;
- недостойное поведение одного из супругов, делающее совместное

---

<sup>1263</sup> Мусульманское право / под ред. М.А. Сарсембаева С. 84.

<sup>1264</sup> См.: Закон об исламских уголовных наказаниях Исламской Республики Иран. СПб., 2008.

проживание невозможным;

- заболевание супруга хронической, неизлечимой болезнью или психическим расстройством, создающими опасность для жизни другого супруга, когда невозможна отмена брака;

- невыполнение супругом решения суда о запрете заниматься деятельностью, угрожающей семейным отношениям или чести или достоинству супруга;

- осуждение супруга на срок свыше пяти лет или наличие осуждения, связанного с совершением преступления, подрывающего честь и достоинство семьи;

- подверженность супруга вредным привычкам (наркомания, алкоголизм, азартные игры);

- заключение мужем другого брака, а также несправедливость в отношениях с несколькими женами;

- отказ супруга вести совместную жизнь;

- признание супруга безвестно отсутствующим.

Развод (талах) бывает двух видов:

1. Отлагательный (раджи).

2. Окончательный (баен).

Окончательный развод допустим в четырех случаях:

- а) если супруги не имели физической близости;

- б) если женщина страдает бесплодием;

- в) если между супругами имеется договоренность о расторжении брака путем выплаты женой возмещения либо в размере брачного выкупа (любарат), либо по соглашению сторон (хол);

- г) если это третий развод подряд между теми же супругами.

Кроме всего прочего, следует принимать во внимание положения классического мусульманского права, устанавливающие запреты на заключение брака при определенных обстоятельствах. К ним относятся:

- наличие близкой кровной связи (с родными по восходящей и нисходящей линии);

- запрет мужчине на вступление в брак с вдовой своего отца, деда по отцу; с матерью или бабушкой его жены; с дочерью или внучкой его жены;

- запрет мужчине жениться на женщине, вскормившей его своим молоком (молочной матери);

- различие в вероисповедании мужчины и женщины (допустим брак мусульманина с христианкой или еврейкой в случаях принятия последней ислама)<sup>1265</sup>.

По мнению М.С. Пелевина, «окончательный развод в форме любарат или хол осуществляется, как правило, по инициативе жены, которая таким образом фактически выкупает брачный договор. В классическом мусульманском праве, где талах был прерогативой мужчины, наличие институтов любарат и хол обеспечивало в какой-то мере защиту интересов женщины,

---

<sup>1265</sup> Бехруз Х. Исламские традиции права. С. 160.

давая ей возможность выступить активной стороной в бракоразводном процессе»<sup>1266</sup>.

Несмотря на некоторую либерализацию законодательства, осуществленную во второй половине XX в., существует значительное число препятствий, ограничивающих права женщины в семейно-брачных отношениях. Господство традиции невозможно преодолеть за несколько десятилетий, да к этому никто и не стремится в мусульманском мире. Скорее, мы можем наблюдать обратное движение, связанное с активизацией ислама как религиозного и политического движения. В большинстве мусульманских стран невозможно заключение брака с представителем иной конфессии, а существование полигамии также создает существенные препятствия (не столько даже правового, сколько ментального характера) для брака с иностранными гражданами. Кроме того, в некоторых исламских государствах действует категоричный запрет на сами отношения между мусульманами и мусульманками в интимной сфере. Так, ст. 82 Закона об исламских уголовных наказаниях Ирана предусматривает смертную казнь за связь женщины-мусульманки с немусульманином.

### 13.3 Наследственное право

Говоря о наследственном праве, следует отметить отсутствие свободы завещания наследования. Он не имеет права завещать свое имущество кому-то одному из своих родственников (за исключением ситуации, когда наследник – единственный родственник, что в реальной жизни бывает очень редко). При наличии нескольких сыновей и дочерей имущество между ними распределяется так, что бы сыновья получили по две доли, а дочери – по одной. Существование детей исключает наследование со стороны других родственников (братьев, сестер и т.д.). Наследственные права супругов также основываются на неравенстве мужчины и женщины. Так, по наблюдениям Г.М. Керимова, «... в мусульманском обществе женщины меньше мужчины заняты производственным трудом и общественной деятельностью, так что наследственное право во многом определяет экономическое и общественное положение женщины и вдовы. Один только факт мусульманского наследственного права подтверждает это положение: если умирает жена, не оставив после себя детей, половина ее имущества переходит к мужу, если же у нее остались дети от этого или другого мужа, то все равно ему переходит четверть ее имущества»<sup>1267</sup>.

### 13.4 Обязательственное право

Обязательственное право мусульманских стран также во многом опирается на Коран и сунну. Так, шариат определяет ряд условий для действи-

---

<sup>1266</sup> Пелевин М.С. Брачно-семейное и наследственное право Исламской Республики Иран. СПб., 1998. С. 12.

<sup>1267</sup> Керимов Г.М. Указ. соч. С. 171.

тельности договора аренды.

- объект аренды должен быть указан предельно конкретно (место, объем и т.д.);
- должна существовать реальная возможность передачи предмета аренды;
- сдавать в аренду можно только такой предмет или имущество, которые не исчезают при использовании;
- заранее должно быть известно, что арендуемые земли, предмет или имущество могут быть использованы по назначению;
- сдавать в аренду можно только свое имущество, а чужое только с согласия собственника.

Налоги, уплачиваемые мусульманином, также восходят к далекому прошлому. Шариат предусматривает следующие виды:

- хумс (налоговое обложение собственности в размере 1/5 дохода);
- закят (мусульманский налог, взимаемый с имущества богатых в пользу бедных);
- закят аль-фитр (милостыня по случаю разговения по окончании мусульманского поста);
- садака (пожертвования бедным);
- джизья (подушный налог, который платят иноверцы в мусульманских странах);
- харадж (поземельная подать);
- ушр (десятина).

Для каждого налога есть свои условия взимания. Так, в современном Иране «хумс обязателен только физическим лицам. Юридическим лицам, таким как государство, организации, банки, отчисление хумса необязательно. Таким образом, если у организации будет прибыль, то необязательно после вычисления годовых расходов отчислять с нее хумс. Однако, если средства этой организации (юридического лица) будут состоять из средств, принадлежащих физическим лицам, то хумс из прибыли необходимо отчислять»<sup>1268</sup>.

Обязательность уплаты хумса физическими лицами определяется наличием следующих обстоятельств:

- получение прибыли;
- добыча полезных ископаемых;
- нахождение клада;
- смешивание дозволенного и запретного имущества;
- добыча со дна моря драгоценностей и минералов с помощью специального водолазного снаряжения;
- получение военных трофеев;
- покупка земли иноверцем у мусульманина<sup>1269</sup>.

---

<sup>1268</sup> Исламское право / сост. М.Р.М. Пур. М., 2010. С. 243.

<sup>1269</sup> Там же. С. 243–244.

### 13.5 Уголовное право

Уголовное право мусульманских стран представляет значительный интерес для современного юриста с позиций социально-антропологического измерения «юридического». Прежде всего оно, в отличие от стран Европы и Америки, сохранило многие черты догосударственного бытия арабского общества, что позволяет исследовать первоначальные представления о дозволенном и запретном поведении. Система преступлений по шариату подразделяется по объекту посягательства на пять основных ценностей: религию, жизнь, разум, продление рода и собственность. Кроме того, «принципиально важным моментом является рассмотрение правонарушения как непослушания воли Аллаха. Поэтому, по мнению мусульманских ученых-юристов, любое неправомерное в юридическом смысле поведение не просто представляет собой отклонение от предписаний мусульманского права, за которое следует соответствующее "земная" санкция, но в то же время выступает как религиозный грех, влекущий потустороннюю кару»<sup>1270</sup>.

Все правонарушения, согласно шариату, можно подразделить на три основные группы:

1. Преступления категории хадд. Это наиболее опасные правонарушения, посягающие на интересы всей мусульманской общины или прямо указанные в Коране или сунне:

а. Кража. Наказуема отсечением руки, но во многих странах современного арабского Востока заменяется лишением свободы.

б. Прелюбодеяние. Наказуемо побиванием камнями до смерти, лишением свободы и бичеванием.

в. Разбой. Наказуем смертной казнью.

г. Употребление спиртных напитков. Данное преступление наказывается определенным количеством ударов кнутов (от 40 до 80). Данная мера наказания применяется к совершеннолетним вменяемым лицам обоего пола<sup>1271</sup>.

д. Бунт. Наказуем смертной казнью. Учитывая господство в арабском мире патриархально-авторитарной политической культуры, нет ничего удивительного в том, что правящие элиты мусульманских государств реагируют на попытки выражения оппозиционных настроений крайне жестко.

е. Измена исламу. Наказывается лишением свободы или смертной казнью.

2. Преступления категории кисас. Это правонарушения, за которые шариат устанавливает точную санкцию, основанную на эквивалентном возмездии:

а. Убийство. Наказуемо смертной казнью, однако допускается принятие родственниками убитого выкупа за кровь (дийа). Так, ст. 297 Закона об

<sup>1270</sup> Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. М., 1986. С. 183.

<sup>1271</sup> См. ст. 174 Закона об исламских уголовных наказаниях Ирана.

исламских уголовных наказаниях предусматривает возможность уплаты виры в шести вариантах:

- сто здоровых в меру упитанных верблюдов, лишенных каких-либо дефектов;

- двести здоровых в меру упитанных быков и коров, лишенных каких-либо дефектов;

- одна тысяча здоровых в меру упитанных баранов и овец, лишенных каких-либо дефектов;

- двести комплектов одеяний из ткани йеменской выделки в хорошем состоянии;

- одна тысяча беспримесных золотых монет, вес каждой из которых составляет примерно 3,474 г;

- десять тысяч беспримесных серебряных монет, вес каждой из которых составляет примерно 0,1 г.

б. Телесные повреждения необратимого характера. В качестве наказания допускается эквивалентное возмездие или принятие выкупа.

3. Преступления категории тазир. Наказание за них определяется в каждом конкретном случае правителем или судьями. Это практически все правонарушения, не вошедшие в первые две категории. Кроме всего прочего, нужно принять во внимание то обстоятельство, на котором останавливается Б. Вайсс. По мнению ученого, «и убийство, и нанесение телесных повреждений рассматривались как преступления против человека и потому, судя по всему, приобретали характер гражданских правонарушений. Даже в тех случаях, когда за них требовали возмездие в форме смертной казни, преступление (то есть убийство) сохраняло характер гражданского правонарушения, поскольку возмездие за него по-прежнему было исключительно частным делом и вопросом выбора не могло быть наложено судом только после судебного разбирательства, произведенного по инициативе родственника жертвы»<sup>1272</sup>. Таким образом, в уголовном праве мусульманских стран частноправовое начало представлено в гораздо большей степени, нежели в романо-германской или англо-американской правовых семьях.

### 13.6 Состояние современного мусульманского права

Классическое мусульманское право никогда не подвергалось кодификации, но в течение XIX – первой половины XX веков большая часть стран исламского Востока приняла многочисленные кодексы под непосредственным влиянием романо-германского мира. Л.Р. Сюкияйнен прав, говоря: «Анализ современного уголовного права исламских стран позволяет сделать вывод о том, что традиционное мусульманское деликтное право в сколько-нибудь в универсальном виде до недавнего времени практически не использовалось ни в одной стране Африки, Южной и Юго-Восточной

---

<sup>1272</sup> Вайсс Б. Дж. Дух мусульманского права. С. 280.

Азии, а также в большинстве арабских стран. Лишь в отдельных районах Аравийского полуострова и Персидского залива за мусульманским правом сохранялась роль ведущего источника при разрешении уголовных дел, применяемого в форме доктрины определенного толка, либо включенного в государственное законодательство»<sup>1273</sup>.

Однако уже в конце 70-х годов XX века начался переход от использования европеизированного законодательства к исламизации права. Это выразилось во включении в национальные уголовные кодексы ряда положений шариата, посвященных применению наказаний и самим составам преступлений. Во многом – это закономерная реакция на агрессивную вестернизацию общественно-политической жизни ряда мусульманских стран. Типичным примером этих процессов является Иран. Уголовное законодательство этого государства прямо основывается (с 1979 г.) на нормах шариата. Введены опять наказания палками и кнутом за употребление спиртных напитков и смертная казнь за употребление наркотиков и их распространение. Волна традиционализма охватила и те регионы, где влияние шариата долгое время не играло заметной роли (Алжир, Турция).

Видимо, запас прочности ислама еще далеко не исчерпан. Другой вопрос, что переход от светского законодательства к религиозному необходимо осуществлять конкретно по отношению к представителям иных конфессий, постоянно проживающих в том или ином исламском государстве. Положение же с правами человека в ряде мусульманских стран не блестящее. Именно поэтому как предостережение звучат слова А.А. Ан-Наима о том, что «мусульманские страны обязаны уважать стандарты, провозглашенные международными документами, особенно в сфере уголовного права еще и потому, что они должны гарантировать права иностранцев, находящихся на их территории. Во всех этих странах проживает множество иностранцев, в том числе немусульман, которые подпадают под юрисдикцию страны проживания. Уголовная юрисдикция распространяется не только на население страны, но, как правило, и на всех, кто оказался в этот момент на ее территории, даже если они приехали на короткое время. Поэтому даже в Саудовской Аравии, гражданами которой могут быть только мусульмане, очень многие немусульмане все же подпадают под действие ее уголовной юрисдикции. В современных экономических и политических условиях в мире нет ни одной религиозно монолитной страны, сколько бы традиционной и "закрытой" она не была»<sup>1274</sup>.

С этим, на наш взгляд, связана проблема личного статуса в мусульманских государствах. На протяжении столетий говорить о «правах человека» на исламском Востоке было бессмысленно. Коран провозглашает и закрепляет единство мусульманской общины (уммы), и любое покушение на ее целостность и сплоченность, как мы уже указывали выше, является одним из наиболее тяжких преступлений, наказуемых смертной казнью (именно с

---

<sup>1273</sup> Сюкияйнен Л.Р. Указ. соч. С. 203.

<sup>1274</sup> Ан-Наим А.А. На пути к исламской реформации. М., 1999. С. 118.

этим связан запрет на создание в ряде исламских стран политических партий и профсоюзов). Только в XX веке под непосредственным воздействием Европы многие государства Ближнего Востока приняли конституции, в которых обозначены определенные свободы. Однако полноправными гражданами (подданными) могут быть только мусульмане. Согласно А.А. Ан-Наиму, шариатская система прав личности сводится к возможности «свободно» принимать или отвергать ислам, что ведет к определенным юридическим последствиям:

1. Если человек делает выбор в пользу ислама или если он родился и воспитывался как мусульманин, то он (она) будет пользоваться в каком-либо исламском государстве всеми гражданскими правами (с условием существенного ограничения прав женщин).

2. Если человек делает выбор или решает стать (или продолжает быть) христианином, иудеем или приверженцем другой религии, признанной Кораном, то он (она) будет ограничен в правах по сравнению с мусульманином.

3. Если человек не является приверженцем традиционных религий, признанных Кораном, то он оказывается «неверующим» и лишается статуса свободного гражданина (подданного).

В исторической ретроспективе подобная система может быть признана приемлемой, но, «если судить с современной точки зрения на права человека, шариатская система вызывает возражения не только потому, что она ограничивает свободу убеждений равным образом и для мусульман, и для немусульман, но также и за ее концепции гражданских и политических прав, основанной на классификации людей по религиозному признаку»<sup>1275</sup>.

Власть на протяжении всей территории ислама была мало зависима от широких масс и поэтому могла игнорировать их требования. Этому способствовало и ведение большей частью населения натурального хозяйства. С проникновением европейских юридических конструкций и идей на арабский Восток начался период активного заимствования (часто навязываемого извне) соответствующих норм. Первоначально, в первой половине XX в. некоторые арабские страны, наиболее сильно вовлеченные в экономическое разделение труда и финансовую деятельность крупнейших государств Запада, приняли новое гражданское законодательство (Египет, Ливан, Сирия). Затем, уже после Второй мировой войны, начался собственно конституционный период развития законодательства о личном статусе. Современные исследователи отмечают, что «в конституциях арабских стран довольно четко прослеживается превалирующее положение государства над личностью, фактический примат высших органов государственной власти. Разумеется, в этих условиях говорить о наличии в арабских странах развитого гражданского общества было бы неправомерно. Такое верховенство государства по отношению к личности прямо определяет спе-

---

<sup>1275</sup> Ан-Наим А.А. Предпосылки религиозных прав человека в исламе // Права человека и религия. Хрестоматия. М., 2001. С. 316.

цифические черты правового статуса гражданина. Хотя конституции арабских стран даже в преамбулах декларируют приверженность принципам демократии, социальной справедливости, международным стандартам прав и свобод человека, иногда даже со ссылкой на международные документы (например, Всеобщую декларацию прав человека), тем не менее не эти принципы, а прямое господство государственной власти над личностью определяет конституционный статус человека в арабских странах»<sup>1276</sup>. Даже в том случае, когда конституция той или иной страны арабского Востока ссылается на закон, как основу деятельности органов власти, что сам «закон» означает не светское законодательство, а Коран и иные источники мусульманского права.

Волна секуляризации, охватившая исламский мир в 50–70-е годы XX века, во многом была связана с национально-освободительным движением. Именно в этот период активно внедрялась светское законодательство, заимствованное из романо-германского права. Попытки разработки теории «арабского социализма» также способствовали отходу от классического ислама. Тем не менее, нельзя подходить к эволюции мусульманского права упрощенно. Любая традиционная мировоззренческая система (а ислам относится именно к такому типу культуры) обладает достаточным запасом прочности, чтобы в самый момент возродиться, как «феникс из пепла». Кроме всего прочего, достаточно агрессивный «вестернизм» встречает в арабском мире соответствующий отпор, так как массы мусульман не собираются менять свою идентичность. Как верно отмечает Л.С. Васильев, «в целом мир ислама с его усилившейся после деколонизации государственностью настроен наиболее непримиримо по отношению к еврокапиталистической структуре и соответствующим институтам, включая элементы цивилизации и буржуазной демократии. Здесь наиболее часты (если не считать Тропическую Африку) военные перевороты, свидетельствующие о слабости и внешней чуждости институтов в буржуазной демократии; здесь наиболее воинственно подчеркивают приверженность к собственной религии и санкционированным ею социальным, моральным и духовным ценностям и стандартам (кроме Турции, едва ли не все исламские государства официально провозгласили ислам государственной религией) <...>»<sup>1277</sup>. Политические режимы арабских стран социалистической ориентации (Ирак до 2003 г., Сирия), создавая светские системы захвата, включили в них значительное количество форм шариата. После распада СССР, чью правовую систему в определенной степени реципировали некоторые арабские государства (например, Южный Йемен, объединившийся в 1990 г. с Северным Йеменом в единое целое), цивилизационные противоречия начали сглаживаться. Приоритеты развития существенно изменились, и большинство конфликтов переместилось по оси «Север – Юг». Соответственно, и юридическое различие региональных захватов только усиливает-

---

<sup>1276</sup> Сапронова М.А. Арабский Восток: власть и конституционализм. М., 2001. С. 165.

<sup>1277</sup> Васильев Л.С. История Востока. Изд. 5-е. В 2-х т. М., 2008. Т. 2. С. 273.

ся. А.Х. Саидов точно подмечает, что «вторжение источников права европейского типа оказалось в немалой мере необратимым процессом, затронувшим все исламские страны, где ранее господствовало мусульманское право во всем своеобразии его источников. Правовые системы этих стран претерпели существенные изменения в том плане, что значение, сферы действия и удельный вес мусульманского права уменьшились, а само это право, по своей внешней форме, во всяком случае, также восприняло кое-что из европейских кодификаций. Однако обе эти тенденции не следует преувеличивать, особенно в свете той волны активизации ислама, которая в последней четверти двадцатого столетия характеризует политическую жизнь многих мусульманских государств. Эта активизация сопровождалась и требованиями отказа от западных правовых моделей, полного восстановления всех норм и принципов мусульманского права»<sup>1278</sup>.

Синкретизм ислама и его полуторатысячелетняя история свидетельствуют о его прочности, а также позволяют утверждать, что его будущности мало что угрожает. Мы можем наблюдать как раз обратную картину: привлекательность этой мировоззренческой системы для многих людей (и не только мусульман). Это связано с тем, что ислам дает возможность ощутить сопричастность целостности, оказаться внутри социума и преодолеть распространенное в Европе и Америки отчуждение от других людей. Много значит и поддержка в трудные моменты жизни. Общность, на которой, собственно, и зиждется ислам, не только не угасла в XX веке, но, напротив, демонстрирует свою силу и жизнеспособность. По данным Т.М. Керимова, в течении второй половины 90-х годов ислам приняли более 60 тысяч европейцев. Как констатирует Л.С. Васильев, «духовная жизнь в исламских странах не только была всегда под контролем ислама – она просто протекала в рамках ислама, была исламской как по сути, так и по форме. Можно было спорить по поводу неясных мест Корана, оспаривать те или иные суры или хаджи, становиться на точку зрения того или иного мазхаба, той или иной секты, но нельзя было выступить против ислама ни прямо, ни даже косвенно (например, в манере Рабле или Вольтера). Нельзя было не потому, что это кем-то категорически воспрещалось, что за это сжигали на кострах (как раз костров-то в исламе никогда не было), а потому, что в условиях абсолютного господства ислама, его всеобщности, интегральности выступать против него означало бы выступить против всего того, что есть в жизни и обществе мусульман, т.е. противопоставить себя этому обществу, оказаться как бы вне его, вне закона»<sup>1279</sup>.

На территории России мы также можем наблюдать возрождение ислама и мусульманского права как его составной части. В советский период (1917–1991) ислам, как и другие религиозные конфессии, подвергался преследованиям. Со второй же половине 80-х годов начинается его подъем. В научных работах российские ученые уже перестали оценивать ислам с не-

---

<sup>1278</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М., 2000. С. 306.

<sup>1279</sup> Васильев Л.С. История религий. С. 545.

гативных позиций и отмечают ряд его позитивных черт. Так, по мнению Л.Р. Сюкияйнена, «главная особенность мусульманского права, раскрывающая его природу и отличающая его от других правовых систем, заключается во взаимодействии в нем сакрального и светского, религиозного и собственно юридического начал, что проявляется в специфике его происхождения и исторической эволюции, источников и структуры, механизма действия и правопонимания мусульманских юристов, соотношения этого права с государством и позитивным (светским) законодательством. Другая яркая черта мусульманского права – его исключительное разнообразие, широкая гамма региональных и национальных форм, тесное взаимодействие с местными традициями и обычаями (нередко доисламскими и совпадающими со строгими положениями ортодоксального шариата), сочетание в нем как детализированных индивидуальных решений с общими принципами, так и стабильности и постоянства с гибкостью и способностью изменяться во времени»<sup>1280</sup>.

С начала 1990-х годов отношение к исламу в России стало неоднозначным в связи с событиями в Чечне и ростом террористических актов в мире в целом. В средствах массовой информации и с парламентских трибун население пугают «исламской угрозой». Происходит это в результате элементарной безграмотности политиков и журналистов. Речь необходимо вести о радикальных политических течениях в исламе, а не о религии как таковой. Религиозно-традиционные системы права, к которым относится шариат, развиваются прежде всего на уровне доктрин, идей, и, следовательно, их эволюция в большей степени подвержена субъективным факторам воздействия. Если подходить к мусульманскому праву с социально-антропологических позиций, то следует сделать вывод о том, что его изменения в решающей степени зависят от идеологических позиций правоведов (муджтахидов и факихов). Кроме того, нельзя не замечать того очевидного факта, что мусульмане в большинстве своем законопослушны, причем в гораздо большей степени, нежели «россияне» в узком смысле. Как утверждает М. Аль-Газали, «мусульмане хотят построить свои отношения с представителями других конфессий на основе терпимости, убедить их, что ислам призывает быть благочестивыми с теми, кто мирно живет с мусульманами, не нападет на них и не оказывает помощи их врагам. Классовые различия перед законом недействительны, также как и различия религиозные. Нет различий между правителем и подвластным ему, богатым и бедным. Если президент оскорбил дворника, то он должен понести наказание. Они оба равны перед законом, и ничто не может помешать наказать виновного»<sup>1281</sup>. Следовательно, в современных российских условиях вполне допустимо действие шариата в качестве субсидиарного источника права, если нет противоречий между его положениями и основными принципами светского законодательства. Игнорирование мусульманской пра-

---

<sup>1280</sup> Сюкияйнен Л.Р. Шариат и мусульманско-правовая культура. М., 1997. С. 24.

<sup>1281</sup> Аль-Газали М. Права человека в исламе. М., 2006. С. 21.

вовой традиции ведет лишь к росту влияния радикальных течений в исламе, что в итоге порождает политическую нестабильность (особенно с учетом огромной безработицы и коррумпированности власти в ряде регионов России, где проживает основная масса мусульман, например – Северный Кавказ). В субъектах РФ, на территориях которых компактно проживают народности и этносы, исповедующие ислам, нужно создать гибкую систему «живого права», применяемого мировыми судьями, которыми вполне могут быть мусульмане – правоведы (имеющие, разумеется, кроме специального исламского, и общее юридическое образование). По верному заключению Л.Р. Сюкияйнена, «следует отчетливо осознавать, что возрождение ислама в нашей стране, возрождение к его ценностям неизбежно ставят вопрос о признании ряда сторон мусульманско-правовой культуры, в том числе об их законодательном закреплении. Во всяком случае там, где приверженцы ислама составляют большинство или хотя бы заметное меньшинство, ни одна власть не может игнорировать этот факт, если, конечно, она хочет быть демократической властью в правовом государстве»<sup>1282</sup>.

Нужно, разумеется, принять во внимание и тот бесспорный факт, что на Северном Кавказе возрождение исламских традиций очень тесно переплетено с местными (в истоках своих – доисламскими) обычаями (адатами). Ряд исследователей-кавказоведов именно на этом аспекте проблемы обращают особое внимание. Сосредоточение на небольшой территории огромного количества этнолингвистических групп, а также специфика географических условий привели к функционированию различных локальных систем права. Эти системы хранят свою значимость в советское время (несмотря на противодействие официальных властей и уголовное преследование приверженцев традиций). Следует поэтому согласиться с мнением З.Х. Мисрокова о том, что «для народов Северного Кавказа особенно этнические, национальные традиции, в том числе юридические, были и поныне остаются более значимыми, чем ислам и шариат. С этим можно согласиться, не забывая о растянувшемся в историческом времени процессе исламизации, который длится до сих пор. У северокавказских народов в весьма специфических условиях продолжается утверждение монотеистической религии. В разных частях Северного Кавказа влияние ислама и шариата различно»<sup>1283</sup>. Таким образом, есть ряд обстоятельств, оказывающих разнонаправленное влияние на правовое развитие Северного Кавказа. Учтем тот факт, что по вполне объективным причинам знатоков шариата на территории России очень немного. Их нигде не готовили в советское время, а попытки создания исламских университетов, на наш взгляд, не принесли существенных результатов. Соответственно, исламизация носит во многом поверхностный характер и часто используется в сугубо политических це-

---

<sup>1282</sup> Сюкияйнен Л.Р. Шариат и мусульманско-правовая культура. С. 33.

<sup>1283</sup> Мисроков З.Х. Адам и Шариат в российской правовой системе: Исторические судьбы юридического плюрализма на Северном Кавказе. М., 2002. С. 185.

лях. Как раз на этом аспект обращает внимание В.О. Бобровников, анализируя соционормативные элементы культуры Северного Кавказа. Ученый специально подчеркивает, что «серьезные изменения претерпел правовой дискурс, в котором рассматривается обычное и мусульманское право. Ключевыми понятиями правовых преобразований в регионе вместо отвергнутых классовых марксистских принципов стали "горские традиции", "исламское возрождение" и "шариат". Для постсоветских политиков разных ориентаций правилом "хорошего тона" стало афишировать свою приверженность горским традициям, бороться за исламское возрождение Северного Кавказа на основе законов шариата. В отличие от своих дореволюционных и советских предшественников они ратуют не столько за развитие взаимодействия Северного Кавказа с Россией, сколько за поиск своего особенного пути правового развития, за возрождение самобытной правовой культуры региона»<sup>1284</sup>.

В целом, можно без большого преувеличения согласиться с мнением ряда российских и зарубежных ученых, видящих в исламе (и шариате, как его составной части) мощную религиозно-политическую силу, для правильного взаимодействия с которой нужно знать ее истоки и основные черты. Многие непродуманные решения некоторых стран Запада (прежде всего – США) по отношению к мусульманскому миру, принимаются в результате некомпетентности и порождают ряд отрицательных последствий, приносящих вред не только самому миру ислама, но и многим другим регионам.

## **Глава 14. Индусское право**

### **14.1 Формирование индусской политико-правовой доктрины**

Индия – одна из древнейших стран мира, создавшая фундаментальные философские системы и религиозные учения. Принадлежа к религиозно-традиционной семье права, Индия оказалась, наряду с мусульманским Востоком и Китаем, родиной оригинальной правовой системы, основы которой мы и попытаемся изложить.

Возникновение индусского права относится к первому тысячелетию до н.э. Оно непосредственно связано с арийским завоеванием Индии и ускоренной социальной дифференциацией общества. Для поддержания собственного господства и предотвращения социальных потрясений новые власти страны осуществили разделение населения по этническому признаку. По образному суждению Ж.А. Гобино, «движимые стремлением сохранить господствующую роль белой расы, они придумали общественное устройство с иерархией, основанной на умственных способностях. Они предполагали доверить высшие должности самым умным и жаждущее во-

---

<sup>1284</sup> Бобровников В.О. Мусульмане Северного Кавказа: обычай, право, население: Очерки по истории и этнографии права Нагорного Дагестана. М., 2002. С. 263–264.

инских приключений, и честолюбие, они доверяли заботу о защите общественного порядка. Людям мягкого нрава, склонным к мирным трудам, мало расположенным к ратным подвигам, было предназначено кормить государство и обогащать его торговлей и ремеслом. Затем из большого числа тех, чей мозг работал плохо, кто был робок и недостаточно богат, чтобы оставаться свободным, священники сформировали группу, стоявшую на низшей ступени, и решили, что этот низший будет зарабатывать свой хлеб, выполняя тяжелые и даже унижительные работы, необходимые для общества»<sup>1285</sup>.

Так ли доподлинно все происходило или нет, но в результате социальной дифференциации появились варны (в переводе – «увет»), являвшиеся замкнутыми сословными корпорациями. Со временем, после ассимиляции завоевателей, варны трансформировались в четыре касты, к которым относились: священники (брахманы), воины (кшатрии), землевладельцы и ремесленники (вайшии) и слуги (шудры).

Нужно не сбрасывать со счетов то важное обстоятельство, что становление традиционного индусского права происходило почти без участия государственной власти. С социально-антропологических позиций это означает, что сферу «юридического» формировали брахманы, закладывая тем самым специфические черты будущей правовой системы (опора на обычай, легитимация власти через ее «праведность», синтез с нормами морали и религии). Кроме того, в Индии, как и в целом на Востоке, очень долгое время сохранялись элементы первобытности. Как отмечает Р.Ш. Шарма, «нет сомнений в том, что на лестнице исторического развития общественно-родовое, или племенное, общество предшествовало классовому обществу, организованному в государство. Также следует сказать, что хотя в этом процессе можно идентифицировать какие-то вехи в отношении времени и места, тем не менее точно определить, где и в какой именно момент один тип общества пришел на смену другому, трудно. В более поздних формациях всегда заметны сильные пережитки прежнего общественного строя, и для определения этого явления используются разные термины, такие, как "континуитет", "непрерывное развитие" и т.д. Однако наряду с этим, возможно, более важным является изучение изменений и нарушений непрерывности процесса. Видимо, невозможно представить себе нарастающее и непрерывное развитие без остановок замедления»<sup>1286</sup>.

В I тысячелетии до н.э. были созданы древнейшие памятные письменности (веды), в которых фиксировалось сословное состояние. Веды состояли из нескольких категорий текстов: Ригведа (собрание гимнов). Самаведа (собрание песнопений), Яджурведа (собрание жертвенных формул), Атхарваведа (собрание заклинаний).

В целом, собрания религиозных и ритуальных текстов (самхиты) подразделяются на следующие категории:

---

<sup>1285</sup> Гобино Ж.А. Опыт о неравенстве человеческих рас. М., 2001. С. 332.

<sup>1286</sup> Шарма Р. Ш. Древнеиндийское общество. М., 1987. С. 32.

- брахманы (комментарии к текстам самхит);
- араньяки (беседы мудрецов с учениками);
- упанишады (религиозно-философские трактаты).

Исходным постулатом этих литературных памятников было обожествление правопорядка. Отсюда следовало признание двух видов закона: рита (космический, божественный закон) и дхарма (позитивный закон). Как верно отмечает С.Ф. Ударцев, «в Древней Индии общественное правовое сознание рассматривало право вне отрыва от естественных и божественных законов, создав теорию о глобальной системе регулирования поведения человека в целой системе миров (или в подсистемах мира), находящейся в сложной взаимосвязи друг с другом. Правовая мысль выходит за рамки человеческого общества и конструирует сложную систему законов, охватывающую весь мир, частью которого является человек. В эту систему входили законы, как считалось, актуально или потенциально действующие в разных подсистемах мира или во всем мире в целом. Система законов должна была объяснять взаимодействие подсистем мира, их связь и подчиненность поведения человека высшим законам, в какой бы подсистеме мира он не находился, на какой бы ступени эволюции и перевоплощения не стоял, а также взаимосвязь прошлого, настоящего и будущего»<sup>1287</sup>.

Кастовая система также считалась божественным установлением. В свою очередь, царская власть (кшатра) имела два источника: божественное происхождение правителя и избрание его людьми. Современный индийский исследователь С.П. Синха исходит из того факта, что «в священных книгах Вед (1500–900 годы до н.э.) дается понимание дхармы как комплекса действий, поведения, наставлений регуляционных принципов, которые должны применяться в различных экзистенциальных ситуациях. Таким образом, дхарма содержит три аспекта: во-первых, выражение наиболее активных качеств природы; во-вторых, выражение природных и человеческих феноменов и, в-третьих, выражение как абстрактных, так и конкретных отношений чистого знания и человеческих дел»<sup>1288</sup>. Ученый прав, говоря о том, что дхарма – это не столько правовое понятие в европейском смысле, сколько одно из проявлений синкретизма мышления народов Индии.

В древнейший период формировались основные политико-правовые понятия и категории, которыми индусское традиционное право пользуется до настоящего времени. Основными из них являются:

1. Рита – божественный закон. Дифференциация между универсальными правилами и единичными случаями их применения, между собственно правовыми и нравственными правилами отсутствует. По сути, в «земных» делах рита предстает в качестве моонорм. Реально сформировалось лишь общее требование о должном, праведном поведении. Наказание за нару-

<sup>1287</sup> Ударцев С.Ф. История политических и правовых учений (Древний Восток). Академический курс. СПб., 2007. С. 241.

<sup>1288</sup> Синха С.П. Юриспруденция. Философия права. М., 1996. С. 41.

шение риты является санкцией космического порядка.

2. Дхарма – понятие, не имеющее «соответствующих аналогов в европейских языках в силу своей многозначности. В самом общем виде оно означает "порядок", "норму" существования и развития как космоса, так и общества. Это регулятивный духовный, социальный, нравственный "Закон". Широкий объем понятия дхармы включаем прежде всего установления религиозно-нравственного долга: справедливости, добродетели, подвижничества, правдивости и проч.»<sup>1289</sup>. Практическая реализация дхармы во многом зависит от кастовой принадлежности конкретного человека (каждая каста имеет свой позитивный закон, определяющий права и обязанности членов касты по отношению друг к другу и обществу в целом).

3. Карма – метод обеспечения должного поведения, включающий в себя поощрения и санкции, используемые в зависимости от поведения человека. Карма достаточно глубоко проникла в индусское мировоззрение и проявляется в следующем:

- выступает в качестве действенного регулятора индивидуального и коллективного поведения в обществе;

- варны воспринимались как ступени, необходимые для совершенствования души (если душа не прошла все последовательные ступени духовного роста, то она не может соединиться с Богом – Абсолютом);

- учение о карме стимулировало высокие этические стандарты, определявшие характерное для индийцев заботливое отношение ко всем живым существам;

- идея кармы замыкала интересы человека стремлением к совершенствованию своей кармы<sup>1290</sup>.

4. Данда – принуждение со стороны государственной власти (отсюда данданити – наука о наказании). Данда является гарантией сохранности общественного порядка и соблюдения дхармы.

5. Раштра – государство. Индийская государственность на всем протяжении своего существования отличалась аморфностью и рыхлостью. Человек и власть во многом существуют обособленно и независимо друг от друга.

Как констатирует Л.С. Васильев, «важная особенность индийских религий – их интровертность, т.е. явственная обращенность вовнутрь, акцент на индивидуальный поиск, на стремление и возможности личности найти собственный путь к цели, спасение и освобождение для себя. Пусть каждый человек – лишь песчинка, затерявшаяся среди многих миров. Однако эта песчинка, ее внутреннее "я", ее духовная субстанция (очищенная от вульгарной телесной оболочки) столь же вечна, как и весь мир. И не только вечна, но и способна к трансформации: потенциально она имеет шансы стать рядом с наиболее могущественными силами мироздания, богами и

---

<sup>1289</sup> Крашенинникова Н.А. Правовая культура современной Индии: инновационные и традиционные черты. М., 2009. С. 25.

<sup>1290</sup> Бажан Т.А., Старков О.В. Религиоведение для юристов. СПб., 2007. С. 88.

буддами»<sup>1291</sup>.

Сложившиеся в ведический период нормы поведения людей (шастры) состоят из трех частей: дхарма (наука о должном); артха (наука управления государством); кама (наука об удовольствиях). Так, согласно представлениям индуизма, женщина, не имея посмертной судьбы (у нее, в отличие от мужчины, отсутствует душа), должна следовать путем кама.

Существенная роль в формировании источников индусского права принадлежала дхармашастрам (политико-правовым трактатам) и нибандхазам (комментариям к дхармашастрам). К группе доктринальной правовой литературы исследователи относят и Законы Ману, созданные во втором веке до н.э. Ученые полагают, что «почти два тысячелетия Законы Ману просуществовали как действующий свод правил. Сборник относится к жанру дхармашастры, возникшему на основе дхармасутр и отличавшемуся от последних более четкой систематизацией материала. Отнесение "Манусмрити" к законоведческой литературе весьма условно, так как его содержание гораздо шире того, что мы понимаем под правом. По замыслу, это всеобъемлющий кодекс социальной жизни древней Индии. Он регламентирует все стороны жизни правоверного индуса, содержит все необходимые ему сведения и отсылает его к Ведам»<sup>1292</sup>.

Сам текст Законов Ману состоит из 2685 статей, сгруппированных в 12 глав. Изложение правовых норм построено казуистическому принципу, что только подчеркивает силу религиозного синкретизма.

## 14.2 Право собственности

Древнеиндийское законодательство различало много способов приобретения права собственности. Среди них можно выделить: наследование, получение имущества в виде дара или в результате находки, покупки, завоевания, ростовщичества, исполнения работы, получения милостыни. Законы Ману устанавливали 10-летний срок приобретательской давности, по истечении которого имущество официально становилось собственностью владельца. Он, в свою очередь, должен был быть добросовестным и не приобретать вещи у неуправомоченных лиц. Если украденная вещь была обнаружена у добросовестного приобретателя, то она возвращалась прежнему собственнику. Сама собственность существовала в трех формах: частная, государственная и общинная. Незаконное присвоение чужой собственности наказывалось штрафом, а присвоившего публично объявляли вором. Постороннее вмешательство в дела собственника запрещалось. Одновременно сказывался и сильный общинный дух: владелец земельного участка не мог его свободно продать, так как его родственники обладали преимущественным правом на приобретение земли. Н.А. Крашенинникова, излагая сущность одной из шастр, направленной на защиту недвижимости,

---

<sup>1291</sup> Васильев Л.С. История религий. С. 549.

<sup>1292</sup> История политических и правовых учений. Древний мир. М., 1985. С. 121–122.

верно отмечает, что государство также было заинтересовано во всемерном развитии земледелия, стараясь выступать в качестве третьей стороны в земельных отношениях<sup>1293</sup>. Правители Индии были верховными собственниками земли (в данном контексте применимо такое понятие, как «власть – собственность», характеризующее традиционную государственность, сущность которой блестяще исследована Н.В. Разуваевым в соответствующих работах)<sup>1294</sup>. Эта характерная черта всех неевропейских обществ. Восточная государственность поэтому может быть охарактеризована как деспотия с неразвитой правовой системой, социальным консерватизмом, религиозным синкретизмом и государством бюрократических методов управления<sup>1295</sup>. Следует принять во внимание и то обстоятельство, что «в своей деятельности и жизни человек, согласно Законам Ману, проявляет себя в разных сферах. Главные из них – это стремление к совершенствованию, образованию, интеллектуальной жизни. Здесь человек проявляет себя как общественное существо. Он приобретает благородные желания и борется против низменных, овладевает самоконтролем и готовит себя к высокой духовной жизни. Человек проявляет себя в хозяйственной и семейной жизни, он не может отвлечься от повседневных нужд. Но никогда его не должны привлекать корыстолюбие, жажда личной наживы. Его цель саморазвитие личности»<sup>1296</sup>.

### 14.3 Обязательственное право

Законы Ману фиксируют множество различных договоров, существовавших в Древней Индии и сохранившихся до настоящего времени. В качестве примера можно рассмотреть договор займа, имевший широкое распространение. Если должник не мог в оговоренное время вернуть долг, то он был обязан отработать его в доме кредитора. Если кредитор принадлежал к низшей касте по сравнению с должником, то он не мог заставить должника отрабатывать его в своем доме, а мог лишь вежливо напоминать должнику о его обязательстве. Кроме того, должник, обладавший более высоким статусом, чем кредитор, мог отдавать долг постепенно. Сумма процентов по долгу не могла превышать двукратного размера самого долга. После выполнения своего обязательства должник становился свободным. Если между равными по положению кредитором и должником возникал спор, то «отрицающего, что он брал в долг имущество, но уличенного надо заставить отдать имущество кредитора и небольшую часть в виде

---

<sup>1293</sup> См. История государства и права зарубежных стран / под ред. Н.А. Крашенинниковой, О.А. Жидкова В 2-х т. М., 2006. Т. I. С. 146–147.

<sup>1294</sup> См. Разуваев Н.В. 1) Основы теоретической и эмпирической типологии традиционных государств. СПб., 2008; 2) Традиционное государство: правовая природа, сущность и типология. СПб., 2008.

<sup>1295</sup> См. Феномен восточного деспотизма: структура управления и власти. М., 1993.

<sup>1296</sup> Александров Г.Ф. История социологических учений. Древний Восток. М., 1959. С. 437.

штрафа в соответствии с возможностями должника»<sup>1297</sup>.

Значительное место в индусском праве занимал и личный наем. Его широкое распространение было связано с существованием большого количества безземельных общинников. Наемный работник (фактически существовавший на положении раба) получал за свой труд 1/10 урожая. Если работа не была выполнена, то наниматель мог лишиться работника жалования. Если же работа не была доведена до конца вследствие болезни, то право на жалование сохранялось.

Согласно традиции договор купли-продажи, как наиболее распространенный, был действителен, если совершался в присутствии свидетелей. Продавцом вещи мог выступать только ее собственник. Законы Ману запрещали продавать вещи плохого качества и недостаточного веса. В течение 10 дней после заключенной сделки ее можно было расторгнуть без объяснения причин. По мнению Н.А. Крашенинниковой, это показатель неразвитости рыночных отношений, хотя, скорее всего, дело не в особой архаичности индусского права в его частных деталях, а в многовековом применении договора купли-продажи именно в такой форме. Кроме того, необходимо принять во внимание то обстоятельство, что «истории неизвестны общества, за исключением первобытных, где бы не существовали в той или иной форме обмен и торговля. Но в традиционных обществах они занимают иное место и имеют иной смысл, нежели в современном капиталистическом. Суть этой специфики состоит в том, что рынок в традиционных обществах не является самостоятельным и тем более определяющим институтом общества, а погружен в систему межличностных отношений... Товары не являются просто меновыми стоимостями, а покупатель и продавец – безличными участниками обмена. Товары несут знак тех социальных отношений, которые в добуржуазных обществах связаны с потреблением материальных благ, и эти отношения, символические и престижные, в первую очередь определяют цели»<sup>1298</sup>. Законы Ману допускали расторжение сделки в тот же день, а уже на следующий вводилась уплата неустойки. Сам факт расторжения договора мог стать поводом для судебного разбирательства. Индусское право ввело особые требования, направленные на недопущение нарушения порядка заключения договоров. Они признавались недействительными, если их заключали: ребенок, старик, раб, пьяница или неуполномоченное лицо. Сделка, совершенная в результате обмана или насилия, также признавалась недействительной, так как все эти деяния нарушали карму деловых отношений.

#### 14.4 Семейно-брачное право

Традиционная семья в Индии как в древности, так и в наши дни носит патриархальный характер. Главой в семье считается мужчина, а сам брак

---

<sup>1297</sup> Законы Ману. М., 2002. С. 275.

<sup>1298</sup> Зарубина Н.Н. Социология хозяйственной жизни. М., 2006. С. 41.

по законам Ману считался договором по покупке жены, становящейся собственностью мужа. Своего имущества жена не имела, что, по сути, превращало ее в вещь. Такое положение не противоречило религиозным представлениям индусов, согласно которым душой обладает только мужчина и, следовательно, только он может быть включен в процесс вечного движения души из одной телесной оболочки в другую. Обычаи Индии допускают многоженство и право мужчины на развод. Брачный возраст для юноши установлен в 16 лет, для девушки – 12. Существовавшая веками практика допускала ситуации, когда невесте могло быть 8 лет. Также были распространены «предварительные браки», заключенные родителями жениха и невесты «на перспективу» до достижения сторонами минимального брачного возраста. Огромное значение для семейно-брачных отношений имеет кастовая система индийского общества (формально отмененная Конституцией Индии в 1950 году). По наблюдениям Л. Дюмона, «брак является основной доминантой социальной жизни индуса и занимает огромное место в его религии». Социальная важность брака проявляется во многих чертах. Это самая престижная семейная церемония, которая объединяет наибольшее количество участников и представляет собой важнейший повод для сбора членов касты и других лиц на различных социальных уровнях. <...> По сути дела, брак в значительной степени является связующим звеном в имущественных вопросах между кастой и родственной группой и правила, относящиеся к родству, разработаны так же, как и прочие<sup>1299</sup>.

Правила, восходящие к Законам Ману, жестко ориентированы на соблюдение равенства статуса мужа и жены. Их варны должны быть одинаковыми, или они могут быть представителями одной варны. Мужчина может вступать в брак с женщиной из низшей варны, но не наоборот<sup>1300</sup>.

Также своеобразно решается в традиционном индусском праве вопрос о наследовании имущества. Как отмечал в свое время один из основоположников антропологии права Г. Мейн, «в индусском наследственном праве смерть вовсе не есть необходимое условие для наследования; совершенно такое же общее явление есть наследование вследствие удаления от мирской жизни, причем домохозяин может, покидая свою семью, разделить имущество между своими детьми – мало того, дети (хотя это и очень спорный вопрос) вправе принудить его к такому удалению»<sup>1301</sup>. Кроме всего прочего, наследовать имущество можно было только по мужской линии. Согласно индусским представлениям именно сын должен был осуществлять религиозные обряды и совершать молитвы по отцу. Женщины не допускались к предметам культа и, следовательно, не могли наследовать. Вдове полагалась лишь незначительная доля на «прожиток».

---

<sup>1299</sup> Дюмон Л. *Ното Hierarchicus*. Опыт описания системы каст. СПб., 2001. С. 135.

<sup>1300</sup> Законы Ману. С. 85.

<sup>1301</sup> Мейн Г. *Древний закон и обычай*. Исследование по истории древнего права. М., 2011. С. 17.

## 14.5 Эволюция индусского права

Существенное место в традиционном индусском праве занимает проблема соотношения дхармы и обычая. Практика допускает действие обычая вместе с законом и даже против закона. Согласно законам Ману, следует воздерживаться от совершения действия, закрепленного в тексте, если оно не воспринимается в обществе. Обычай по своей природе не связан с божественным предписанием, так как он происходит из условий времени и места. Позитивное право связано с обычаем достаточно тесно, но над ним доминируют религиозные представления. Каждая каста следует собственным обычаям и разрешает возникающие споры на общем собрании касты (панчаят). Противоречия разрешаются на основе общественного мнения, однако панчаят располагает и средствами принуждения (например, общественное порицание, имеющее существенное воздействие на члена касты или общины). Значимым было и то, что община являлась основной формой организации свободного населения Индии на протяжении всей ее истории. Коллективная составляющая не позволяла сформироваться автономной нуклеарной семье и упрочить право частной собственности. Во многом такая ситуация сложилась в результате предоставления общине прав юридического лица по Законам Ману. Она могла заключать различные сделки и соглашения. В свою очередь, «государство старалось воздерживаться от частного вмешательства в ее внутренние дела и предпочитало принимать во внимание нормы, которыми руководствовалась община. Большинство споров, возникших здесь, разрешалось третейским разбирательством, собранием членов или старост. Община имела право изгонять нарушителей и накладывать на них штрафы, которые поступали в ее фонд. Только самые серьезные преступления рассматривались в царском суде»<sup>1302</sup>. Дополнительно к обычаям общественной власти использовали правосознание и принцип справедливости. Дхармашастры рекомендуют личности поступать, а судье решать дела именно по справедливости, если закон отсутствует или молчит.

Само законодательство и судебная практика также занимает определенное место в системе индусского права, однако их роль более скромная по сравнению с доктриной и обычаями. Законодательство, строго говоря, не является источником права, но правительство может принимать нормативные акты (например, царские указы) в целях оперативного регулирования общественных отношений. Условно можно выделить «публичное право», основой которого является управление (артха). При этом дхарма требует повиновения только легитимным приказам правителя, который связан с обычаями и религиозными принципами (индусские правители, за редким исключением, не были классическими «восточными деспотами»), хотя бы в силу почти постоянной территориальной раздробленности страны и наличия сложной системы вассальных отношений между властителями разного

---

<sup>1302</sup> Бонгард-Левин Г.М., Ильин Г.Ф. Индия в древности. М., 1985. С. 296.

уровня). Кроме того, сам правитель не являлся законодателем, а лишь исполнял предписанное законами или обычаями. Он должен был руководствоваться текстами нибандхазов (комментариев к основным политико-правовым трактатам). Как отмечает в связи с этим Н.А. Крашенинникова, «составление нибандх (тематических сборников цитат по определенным институтам права) было продиктовано в значительной мере стремлением согласовать, привести к единообразию положения различных авторов дхармашастр, что могло быть допустимо только путем создания новых правовых произведений. Комментаторы вслед за составителями дхармашастр стремились к унификации права, отвечающей прогрессивным тенденциям объединения индусского общества. Единство путей исторического развития различных народов Индии обусловило глубокое сходство их социальных и правовых институтов, в формировании которых определенная роль принадлежала средневековым комментаторам дхарманшастр»<sup>1303</sup>. Согласно традиционному правопониманию, законы и управленческие акты вызваны к жизни необходимостью и конкретными обстоятельствами. При наличии закона судья должен был действовать так, чтобы примирить властное решение со справедливостью. Решение суда признавалось справедливым только тогда, когда оно выносилось с учетом всех обстоятельств.

По своей внутренней структуре традиционное индусское право состояло из следующих частей (институтов): родство, недееспособность, усыновление, брак и развод, семейная собственность, наследование, религиозные институты (ритуалы), залог (дамдупад), доверительная собственность (соглашение бенами), совместная собственность.

В XVI–XVIII веках в связи с мусульманским завоеванием Индии традиционное индусское право было в значительной мере ограничено. Государственные суды стали использовать мусульманское право, а индусское право применялось только панчаятами каст и не имело государственной поддержки, тем не менее, как верно утверждает В.И. Лафитский, «индуизм и рожденное им право при всех присущих им недостатках и вопреки искажениям отдельных доктрин тем не менее проявляли удивительную жизнестойкость. Они не были сломлены буддизмом. Они устояли под натиском ислама. Не смогло их преодолеть и христианство во время 200-летнего владычества англичан»<sup>1304</sup>.

Следует принять во внимание то обстоятельство, что отрицательное признание индусского права произошло в конце XVIII века в результате английской колонизации Индии. Англичане использовали систему «косвенного» управления, позволяющую не разрушать традиционные институты власти, а приспособлять их к новым условиям. Р. Давид отмечает, что «в соответствии с господствовавшим в их политике принципом английские завоеватели не стремились распространять на новых подданных действие

---

<sup>1303</sup> Крашенинникова Н.А. Правовая культура современной индии. С. 46.

<sup>1304</sup> Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Том второй. М., 2011. С. 165.

английского права. Они не возражали против применения в отношении населения Индии, особенно в области частного права, более знакомых этому населению правовых норм. Установление английского господства оказало, однако, значительное влияние на развитие индусского права»<sup>1305</sup>. Влияние это носило двойственный характер. С одной стороны, колониальная администрация уравнила между собой мусульманское и индусское право, позволяя применять обе нормативные системы при рассмотрении споров, не затрагивающих интересы англичан. С другой стороны, индусское право было ограничено сферой частного права. В колониальных судах появились пандиты (специалисты-эксперты, знатоки индусского права), мнение которых нередко было решающим при вынесении того или иного приговора либо решения. Начались попытки кодификации индусского права (1797 и 1833 годы). Однако до 1864 г. колониальные суды применяли индусское право автоматически, придавая мнениям пандитов исполнительную, законодательную силу. На Севере и Востоке Индии суды начали признавать силу местным обычаям территориального характера (дескашарам). В Южной Индии использовались прецеденты. Конечно, были и определенные трудности. Неточные переводы часто затрудняли применение индусского права. Суды иногда сами изменяли местное право, если были с ним не согласны. Широко применялась английская терминология, заменившая традиционные понятия. Было введено английское доказательственное право. Его нормы применялись в вопросах регулирования отношений собственности и брака. В результате число обычаев резко уменьшилось, в частности, почти вышел из употребления такой обычай, как сати (самоожжение вдовы на погребальном костре мужа).

Происходила и постепенная модернизация индусского права при сохранении его духа. Причин трансформации было несколько, в том числе и прогрессивное экономическое развитие Индии<sup>1306</sup>. В наследственном праве стало признаваться завещание, отсутствовавшее в традиционном праве. В течение XIX века сфера применения индусского права заметно сохранилась и стала включать в себя такие институты, как брак, касты, наследование и культ (ритуалы).

В крупнейших городах (Бомбей, Калькутта) действовало следующее правило: если ответчиком по делу был индус, то применялось индусское договорное право. Однако толкование индусского права осуществлялось английскими судьями. Кроме обычаев источником такого смешанного (англо-индусского) права стало колониальное законодательство (например, Закон о завещаниях 1870 г.). Оно было направлено на отмену норм традиционного права (в частности, ликвидирована недееспособность женщин; на основании Закона о договоре 1872 г. проценты не могли превышать сумму долга).

Вместе с тем, нельзя не учитывать и того обстоятельства, что на со-

---

<sup>1305</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 335.

<sup>1306</sup> См.: Понтинг К. Всемирная история: новый взгляд. М., 2010. С. 732–734.

стояние права в Индии колониального периода огромное влияние оказывал традиционализм. Как верно отмечала Н.А. Крашенинникова, «действие правовых норм метрополии (кроме, может быть, норм уголовного права), как правило, не выходило за рамки города, который в колонии был анклавым средоточием капиталистических отношений. Кастовая деревня оставалась "под покровом обычая", под регулирующим действием институционно-правового традиционного комплекса, который в разных странах по-разному не успевал приспособливаться к новым потребностям социального развития. Отсюда то несоответствие колониального закона и обычая, норм современного права метрополии и традиционного права колонии с его религиозно-философскими, мировоззренческими основаниями, "права книжного", "мертвого" и "права живого". Прямым следствием этого несоответствия была неэффективность права метрополии, закона как такового, в традиционной среде, которая в значительной мере была унаследована и независимо Индией»<sup>1307</sup>.

Национальное право Индии прошло достаточно долгий путь в своем развитии. Еще в XIX веке предпринимались попытки создать единую систему светского права. Возникает территориальное право (*lex loci*) – комплекс норм, не связанных с религией и обычаями. Оно применялось, прежде всего, к лицам, чей статус было сложно определить. Судьи, вынося решение по отношению к таким субъектам права, руководствовались принципами справедливости, беспристрастности и добросовестности. Следовательно, именно судейское усмотрение внесло основной взгляд в становление территориального права. Первоначально это право сложилось в «президенциях» – крупнейших партиях Индии (Бомбее, Мадрасе и Калькутте). Английские королевские суды применяли на территории «президенций» общее право, действовавшее на 1726 г., с оговоркой: оно было действительным при отсутствии нормативных актов, издаваемых местными властями. Как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кётц, «право в тот период находилось в запутанном и хаотическом состоянии. Наряду с английскими законами, принятыми до 1726 г., в отношении которых было неясно, следовало ли их считать в качестве рецепированных индийских законов, существовали английские законы более позднего времени, адаптированные к применению в индийских условиях. Кроме того, применялись регламенты, принятые провинциальными правительствами. В Бомбее, Мадрасе и Калькутте независимо друг от друга и потому различавшиеся по содержанию»<sup>1308</sup>.

С 1782 г. королевские суды получили право рассматривать все категории дел. Если спор происходил между представителями единой конфессии, то применялось соответствующее право. На территории, принадлежавшей Ост-Индской компании, действовали ее собственные суды. До 1856 г. к вопросам наследования, брака, каст и религиозным институтам применялось право соответствующей конфессии. В других сферах нужно было ру-

---

<sup>1307</sup> Крашенинникова Н.А. Указ. соч. С. 59.

<sup>1308</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 340.

ководствоваться принципами справедливости и совести (Регламент 1781 г.). Но основе этого Регламента в 1861 г. был принят закон о верховных судах, ограничивающий применение английского права.

С 1833 г. началась подготовка кодификации индусского права. Юридическая комиссия под руководством лорда Т. Маколея к 1840 г. представила в парламент проекты трех кодексов (индусского, мусульманского и территориального). Однако реальные изменения начались только после подавления национального восстания 1856–1858 гг. Правительство Англии ликвидировало Ост-Индскую компанию и ввело прямое правление короны на территории Индии. Нужно принять во внимание то обстоятельство, что в конце 1850 – начале 1860-х гг. были введены в действие ГПХ (1859 г.), УК (1860 г.) и УПК (1861 г.). Как считает В. Лафитский, с мнением которого мы вполне солидарны, «эти акты в основном инкорпорировали нормы английского права. Вместе с тем в них было много новых положений, отражавших условия жизни в колонии, а также те задачи, которые предстояло решать не только для укрепления колониального правления, но и для устарения некоторых наиболее одиозных пережитков прошлого. Так, Уголовный кодекс вводил санкции за такие преступления, как человеческие жертвоприношения, сожжение вдов, погребение прокаженных животных, храмовая проституция и т.д.»<sup>1309</sup>. Помимо вышеназванных, были приняты следующие законы:

- Закон о наследовании 1868 г.;
- Закон о договорах 1872 г.;
- Закон о доказательствах 1872 г.;
- Закон о реальном исполнении обязательств 1872 г.;
- Закон о ценных бумагах 1881 г.;
- Закон о доверительной собственности 1882 г.

Чтобы правовая аккультурация и рецепция английского права проходили максимально гладко, британская колониальная администрация пошла на радиальную реформу образования в колонии, суть которой выразилась во внедрении английского менталитета в систему мировосприятия социальной верхушки местного населения. Как отмечает Л.С. Васильев, «активно действуя в этом направлении, англичане открыли в Индии в 1857 г. первые три университета – Калькуттский, Бомбейский и Мадрасский. В дальнейшем число индийских университетов и колледжей с преподаванием на английском языке и по английским программам обучения все возрастало, не говоря уже о том, что многие из индийцев, особенно из числа зажиточной социальной верхушки, получали образование в самой Англии, в том числе в ее лучших университетах – Кембридже и Оксфорде. И пусть такое образование получала лишь ничтожная доля населения, в подавляющем большинстве остававшегося вовсе неграмотным, эта доля индийских интеллектуалов играла непропорционально значительную роль в политике и общественной жизни страны. И воспитание по английской модели не

---

<sup>1309</sup> Лафитский В.И. Указ. соч. Т. 2. С. 168.

могло при этом не оказывать своего воздействия»<sup>1310</sup>.

Рецепция английского права в Индии осуществлялась во многом с опорой на принципы справедливости и чистой совести, которые стали олицетворять собой общее право Англии. В 1887 г. Судебный Комитет Тайного Совета постановил: «Справедливость и совесть следует толковать в общем так, как это сделано в нормах английского права, если они могут быть применены к обществу и к условиям Индии». Следует принять во внимание тот бесспорный факт, что понимание справедливости и доброй совести в английском общем праве отражается на разработки средневековых юристов, в частности, Г. Брактон. По мнению последнего, «справедливость – это надлежащее урегулирование спорных дел, когда для одинаковых случаев стремятся применять одинаковые права и все решается совершенно на равных основаниях. Справедливость как бы обозначает здесь равенство, и она применяется во всех делах, то есть в том, что говорят и делают люди»<sup>1311</sup>. До провозглашения независимости право Индии входило в семью общего права. Его принадлежность к этой семье определялась прежде всего терминологией и понятийным аппаратом. Решения тех или иных конкретных дел, разумеется, отличалась от английского права, но в целом сложившееся право Индии не выходило за рамки общего права и использовало принятые в этой семье концепции. Созданные в результате систематизации нормативные акты являлись, по сути, кодексами общего права. Официально признавались прецеденты. С 1845 г. в Индии публикуются сборники судебных решений, а также различные частные сборники. Индийское право и в наши дни использует английское понимание функционирования системы правосудия. Право Индии не делится на публичное и частное. Суды должны осуществлять контроль за ходом всех дел, независимо от того, кто является истцом – частное лицо или представитель администрации.

С 1947 г. (получение независимости) в Индии было проведено несколько важнейших правовых реформ:

1. Изменена судебная система. Создан Верховный Суд Индии, контролировавший до 1954 г. суды отдельных княжеств, входивших в состав федерации. Кроме того, он получил право отменять любое судебное решение колониального периода. Также, на основании ст. 141 Конституции Индии, «право, формулируемое Верховным судом, является обязательным для всех судов на территории Индии»<sup>1312</sup>. Общее право, являющееся в настоящее время основной частью национального права Индии, вполне мирно сосуществует с местным обычным правом, так как «низшей ступенью судов являются суды панчаятов в деревнях или для группы мелких деревень – ньян-панчаяты, панчаяты-адалаты и др., которые рассматривают незна-

<sup>1310</sup> Васильев Л.С. История Востока. Т. 2. С. 29.

<sup>1311</sup> Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы / под ред. В.М. Корецкого. М., 1961. С. 146.

<sup>1312</sup> Конституции государств Азии в 3-х томах. М., 2010. Т. 2. Средняя Азия и Индостан. С. 228.

чительные уголовные и гражданские дела (по уголовным делам могут налагать только штрафы). В городах (городских районах, кварталах) также есть суды по незначительным делам, в том числе в связи с автотранспортными происшествиями. Они называются народными судами (тоже своего рода панчаяты)»<sup>1313</sup>.

2. Конституция Индии формально отменила систему каст (ст. 15). Кроме того, на изменение статуса женщины был нацелен Закон о браке 1955 г., изменивший порядок его заключения. В традиционном праве брак выступал как одна из форм договора (женщина, в сущности, выступала объектом купли-продажи). Сам брак признавался нерасторжимым, а развод был допустим только для мужа. Новый закон отменил эти правила (только в отношении приверженцев индуизма; брачно-семейные отношения представителей иных конфессий строятся на основе требований соответствующей религии). Этот же закон признал юридическую силу обычаев религиозных конфессий и разрешил многоконфессиональные браки. Однако консерватизм традиционного правопонимания сохраняет свою силу и, по утверждению А.Х. Саидова, «брак обычно заключался по указанию родителей будущих супругов. Такое положение во многом сохранилось и по сей день. По правилам дхармашастры, для вступления в брак не требовалось ни согласия будущих супругов, ни достижения определенного минимального возраста. Вместе с тем индусское право создало удивительно много препятствий к браку: запрещались браки между членами разных каст, даже между очень дальними родственниками. Эти правила соблюдаются и сегодня, особенно в сельских районах Индии. В этом отношении закон о браке по степени родства, отменивший запрет на брак между членами разных каст, возможно, несколько определил социальную действительность»<sup>1314</sup>.

Закон о наследовании 1956 г. предоставил женщинам право быть наследницами имущества (традиционное право исходило из религиозного постулата о том, что наследование есть духовная связь с умершим, а женщина не имеет души). Кроме того, имущество считалось семейной собственностью. Имеется, однако, особенность правового статуса семейного имущества: если предприятие принадлежит одной семье, то к нему не могут применяться нормы торгового права.

Превращение Индии в независимое государство не означало отказа от существовавшей ранее правовой системы и законодательства. Конституция 1950 г. подтвердила действие ранее созданного права (ст. 372). Однако, как мы уже говорили выше, существенным изменениям подверглись судебная система, а также правила применения прецедентов. Созданный в 1950 г. Верховный Суд призван осуществлять контроль за соблюдением Конституции всеми субъектами права. К нему также можно апеллировать в случае нарушения гарантированных законами прав и свобод. Это положение социально усилено законодателем с помощью ст. 141 Конституции,

---

<sup>1313</sup> Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. М., 2010. С. 555.

<sup>1314</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. С. 318.

согласно которой все суды должны следовать прецедентам, созданным Верховным судом. Значимость прецедента подтверждается еще и тем обстоятельством, что «нормы гражданского и уголовно-процессуального права в основном аналогичны нормам общего права. Они основаны, например, на принципе необходимости следовать прецеденту, на праве судьи иметь особое мнение, на процессуальных средствах защиты, на особой роли адвоката в процессе и многих других принципах, явно копирующих нормы общего права»<sup>1315</sup>.

В настоящее время собственно индусское право регулирует вопросы личного статуса – вне зависимости от места нахождения и проживания человека. Оно непосредственно действует на территории Мьянмы, Сингапура и ряда стран Восточной Африки (Кения, Танзания), где есть многочисленная индусская диаспора. Традиционное право охватывает следующие сферы:

1. Семейное право – законность детей, опекунов, усыновление, брак, семья из трех и более поколений, раздел имущества умершего, включая неделимое, пережившими его родственниками.

2. Семейные общественные дела – пожертвования и благотворительность.

3. Отдельные действия публично-правового характера – дамдупат, преимущественное право на покупку, клятвы, операции с имуществом «бенами» и передача имущества по завещанию или на основании иного документа.

4. Право каст и отлучение от них.

В целом, современное состояние индусского права допускает его развитие одновременно по двум направлениям: консервация традиций в сельской местности и постоянная вестернизация государственного законодательства. Прочное положение кастовой системы, несмотря на ее формальную отмену, также способствует сохранению огромного пласта традиционной культуры. Именно традиционализм, опирающийся на индуизм как мировосприятие, позволяет сохранить стабильность индийского социума. Традиционная культура в любом обществе (в том числе и современном) занимает определенное место и обладает соответствующими характеристиками, говорящими о ее устойчивости и «живучести»:

- отторжение инноваций;
- максимально полное и точное соблюдение обычаев, исторически свойственных именно данному социуму;
- адаптация к природным условиям существования;
- сакрализация старого;
- обеспечение порядка в рамках соседского общежития;
- господство натурального хозяйства;
- жесткие иерархические порядки, заданные сакрализованной традицией;

---

<sup>1315</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. I. С. 343.

- отмечается большая содержательная символическая глубина;
- приобщенность акторов к местным обычаям;
- нормативность и предсказуемость человеческого поведения<sup>1316</sup>.

Следует не сбрасывать со счетов один очень важный аспект бытия общества (и права как его составной части), а именно его антропологического измерения. Будучи сложной системой, право, возникая на определенном историческом этапе, начинает функционировать по собственной внутренней логике. Как справедливо утверждает И.А. Честнов, «то, что право – это самовоспроизводящийся социальный механизм, – очевидно из-за постоянной возобновляемости общественных отношений, именуемых правовыми, на протяжении многовековой истории человечества. Однако самовоспроизводство – это не системная замкнутость, а функционирование тех же социальных механизмов, что и в других общественных явлениях – экономике, политике и т.п. Это механизм не исключительно правовой, а именно социальный, но действующий в правовой реальности (и среда, и условия деятельности, конечно, накладывают на него некоторые особенности, в отличие, например, от экономической среды, но суть его при этом остается одна). В таком смысле многомерность права предстает как напряжение, противоречие между его полюсами: идеальным и материальным моментами права, должным и сущим в нем и т.д.»<sup>1317</sup>. Соответственно, право Индии также развивается с учетом своей истории, ментальных установок людей и их религиозными воззрениями.

## Глава 15. Правовая система Китая

### 15.1 Формирование традиционного китайского права

Китайская цивилизация является одной из крупнейших и древних на Востоке. На протяжении четырех тысячелетий ее содержательные характеристики почти не изменились. Самой значимой из них может быть сочтена жесткая, авторитарная государственность, не позволяющая отдельным территориям и социальным группам (за исключением периодов кратковременных смут) существовать самостоятельно или хотя бы автономно. Это наложило неизгладимый отпечаток на представления китайцев о власти и праве, а также их месте в жизни общества и отдельного человека.

Первоначально, как и во всех других регионах мира, способом регулирования общественных отношений являлась мифология. По Л.С. Васильеву, крупнейшему синологу нашего времени, «миф – обязательная, неизбежная форма ранней мысли. Коллективные представления, из которых он вырабатывается, не основаны и не могут быть основаны ни на рационализме практических наблюдений, ни на эмоциональном сопереживании, на

<sup>1316</sup> Костина А.В., Флиер А.Я. Культура: между рабством конъюнктуры, рабством обычая и рабством статуса. М., 2011. С. 47–64.

<sup>1317</sup> Честнов И.Л. Постклассическое правопонимание. Краснодар, 2010. С.190.

включении себя в окружающий мир»<sup>1318</sup>. Задача мифа – создать гармоничную систему взаимоотношений личности, общества и природы. В китайской мифологии высшим арбитром в земных делах выступает Небо. Согласно традиционным представлениям, правитель получает от Неба право на осуществление власти (тянь-мин). Однако Небо может сломить правителя (го-мин). Власть должна осуществляться достойными, которые обладают справедливостью (дэ). Небо через посредника (правителя) регулирует нормы бытия, отклонение от которых жестоко наказывается. Как отмечает Л.С. Васильев, культ Неба «стал важнейшей прерогативой и обязанностью китайского императора. Он один имел право и должен был отправлять все обряды этого культа в полном объеме. А отправление этих обрядов всегда в Китае считалось делом первостепенного государственного значения. В свою очередь, "веления" Неба стали считаться законом для страны, "воля" Неба – священной, а признаки небесной активности (хорошая погода или засуха, благоприятный водный режим или наводнения, а также затмения, кометы и т.п.) – свидетельством одобрения или гнева Неба»<sup>1319</sup>. Если соотносить традиционные представления китайцев со сферой «юридического», то ситуация складывается следующим образом. По традиции, если кто-нибудь совершит небольшой проступок, но это не случайность, а преднамеренное действие, направленное против принятой нормы, то, хотя бы этот проступок был незначителен, нельзя не казнить виновного; если нарушение серьезное, но случайное и непреднамеренное, то если виновный безоговорочно признал свою вину, его можно не казнить.

В свою очередь, естественное право, согласно воззрениям китайцев – установление Неба, его воля, в духе которой должны формулироваться отношения в семье, а их поддержание и воспитание являются обязанностью правителя и чиновников. Кроме того, санкционированное этнической нормой (Небом) естественное право превалирует над правом позитивным. Это подтверждается тем, что намерение, т.е. этническая позиция правонарушителя, важнее преступления как такового. Нарушение же этико-политических и социальных норм приравнивается к преступлению.

Китайская традиция сформулировала несколько основных постулатов политической и правовой культуры:

1. Управление государством осуществляется по мандату Неба, а в качестве критерия смены этого мандата выступает этический детерминант, реализующийся в форме обладания сакральной благодатью (дэ), которая может накапливаться и иссякать на протяжении династического цикла.

2. Управлять государством должны мудрецы, обладающие дэ. При этом способ передачи власти от одного правителя к другому не имеет большого значения.

3. Правитель обязан быть справедливым и старательным, заботиться о благе подданных и являться моральным эталоном для всех.

---

<sup>1318</sup> Васильев Л.С. Проблемы генезиса китайской мысли. М., 1989. С. 5.

<sup>1319</sup> Васильев Л.С. Культы, религии, традиции в Китае. М., 1970. С. 56–57.

Конечно, «со стороны может показаться, что столь прагматичная трактовка реакции Неба придает слишком большое значение роли случая. На деле опять-таки все как раз наоборот: реакция Неба ни в какой мере не случайна, она строго обусловлена. Иными словами, Небо реагирует тогда и так, когда и как люди того заслужили. А так как от имени людей выступает правитель – ван – что восходит <...> к шанской традиции, – то неудивительно, что он несет за них ответственность. Словом, если Небо чем-то недоволено и если оно это свое недовольство проявило, то это значит лишь одно: правитель плохо управляет вверенным ему народом и государством»<sup>1320</sup>.

На протяжении практически всей истории Китая существовали и боролись друг с другом две основные тенденции в политико-правовой мысли: конфуцианство и легизм, предлагавшие собственное видение права и государства.

Основное внимание и главные усилия Конфуция (551–479 гг. до н.э.) были направлены на отработку эталона высшей морали, должного поведения, на создание идеала современного человека, чьи поступки и поведение регулируются нормами обязательного и четко расставленного ритуала (ли). Современному человеку также было необходимо обладать добродетелью (дэ), гуманностью (жень), чувством долга и справедливостью (и). Суть социального порядка Конфуций видел в том, чтобы в обществе все находились на своих местах и каждый знал свои права и обязанности. Данный принцип был направлен на укрепление устоев общества и восстановление формализации отношений, опираясь при этом на ритуал. Подобное тяготение к консервации существующих порядков и их жестокой детализации во многом было связано с политической нестабильностью. Китай при жизни Конфуция являл собой удручающее зрелище: борьба отдельных царств за гегемонию, вторжение кочевников, моральное разложение многих социальных слоев и групп. Неудивительно, что Конфуций, создавая свой аристократический идеал, оказался глашатаем возрождения «старых добрых времен». Необходимо принять во внимание то обстоятельство, что «традиционные китайцы оперировали триадой понятий (разумеется, в области управления обществом, правом и государством, точнее говоря): это понятие дао – "путь", следование (или руководство) человека истинному, т.е. предначертанному, предустановленному правилу – формальной закономерности соотношения вещей в социуме. Далее: фа – "закон", "модель", "образец" – формальное выражение общей закономерности общественных связей, или – "нравственное правило", т.е. индивидуализация фа, но в ее конкретном и предметном смысле. Правило в отличие от закона – конкретный способ применения закона; примирение действительности с человеческим сознанием – это общее понятие должного поведения, т.е. ритуала, которое занимает одно из центральных мест в учении Конфуция о го-

---

<sup>1320</sup> Васильев Л.С. Древний Китай. Т. I. М., 1995. С. 234.

сударстве и добром управлении»<sup>1321</sup>. Не будем забывать о том, что традиционный Китай – восточный социум, которому свойственны такие черты, как:

- консервативность общественного развития (цикличность, воспроизводство существующих порядков);
- господство общественной и государственной собственности (индивид как автономный субъект прав не имеет);
- бюрократизация государственного управления;
- неразвитость правовой системы, ее слитность с нормами морали и религии (синкретизм сознания и мышления).

Согласно Л.С. Васильеву, «едва ли не для любого раннего общества жестко фиксированный норматив ритуала является чем-то естественным и само собой разумеющимся, крайне необходимым для стабильного существования всей структуры. Так что сам по себе факт огромного внимания к строгости и четкости детально расписанного церемониала неиндивидуален, хотя и нельзя удержаться от замечания, что в чжоуском Китае все это было доведено до предела и явно идентифицировано»<sup>1322</sup>.

Ритуал (ли) выступает в качестве основы правосознания. То, что соответствует ему, соответствует справедливости, правде, праву, санкционированным в конечном счете волей Неба и нормами истинного пути (Дао). Небо и Дао, как высшие источники естественного права, формируют с помощью этического постулата основные нормы поведения и правового регулирования. Основная функция этих правил заключается во всеобъемлющем социальном контроле и повседневном регулировании поведения. Этого, по мнению Конфуция, вполне достаточно для нормального существования общества и государства. Во многом, правила ритуала (ли) схожи с нормами обычного права, по крайней мере и ритуал, и обычаи воспринимались как существующие «от века», их след теряется в далеком прошлом. Как отмечает Л.С. Переломов, «во времена Конфуция, когда большинство населения входило в общины, руководимые органами самоуправления, сила личного примера продолжала играть немалую роль. Прежде всего взоры людей были обращены на руководителей общины, глав больших семей, "отцов-старейших". Поскольку последним приходилось вершить суд в общинах, они сами обязаны были следить за выполнением норм обычного права, являя собой образец их выполнения. В каждой общине или патрионии нормы обычного права обладали всеобщностью. Конфуций заимствовал эту идею всеобщности и всеобязательности норм поведения, вывел ее за рамки небольшого коллектива и распространил на пределы всего государства»<sup>1323</sup>. Подобные метаморфозы, произошедшие со сферой нормативного регулирования, напрямую связаны С.С. Алексеевым, и сводятся к

---

<sup>1321</sup> Исаев М.А. История государства и права зарубежных стран. М., 2011. С. 221.

<sup>1322</sup> Васильев Л.С. Проблемы генезиса китайской мысли. С. 37.

<sup>1323</sup> Переломов Л.С. Конфуций и конфуцианство с древности по настоящее время (V в. до н.э. – XXI в.). М., 2009. С. 386.

следующим:

- преобразование и изменение запретов в системе социального регулирования (запреты превращаются в средство консервации сложившихся порядков и отношений, фиксации привилегий, неприкосновенности статуса тех или иных субъектов, их прав, что отражается на характере компенсационных и карательных санкций и многих других институтов);

- повышение удельного веса и изменение характера позитивных обязываний, причем теперь – обязываний властно-императивного характера, исходящих от органов власти и должностных лиц, обладающих властью;

- возникновение самостоятельного значения дозволений и его постепенное возрастание<sup>1324</sup>.

Применительно к Древнему Китаю эпохи Конфуция и позднее можно сделать вывод о том, что право активно проявляет себя только при нарушении ритуала и выступает в качестве меры наказания. Как вполне обосновано полагает С.Ф. Ударцев, «Конфуций считал, что право – широкое по смыслу явление, комплексная сложносоставная система, охватывающая не только законы, обычное право, но и другие регуляторы человеческой жизни. Он тесно связывал право с нравственностью, которая, в свою очередь, в значительной мере связана с этикетом, ритуалом, также в определенной мере включавшимися им в право. По Конфуцию, регулировать человеческое поведение необходимо как бы на дальних подступах к нарушениям законов, устанавливающих жестокое наказание. Легче незаметно, "мягко" подправлять поведение людей, общественные отношения, чем потом жестоко наказывать и затрачивать большие усилия для исправления и восстановления того, что на более ранних стадиях, подступах можно было бы не допустить, затратив меньшие усилия»<sup>1325</sup>. Именно этим можно объяснить и сохранившийся до наших дней негативизм китайцев по отношению к государственным судам, рассматривающим, в основном, административные и уголовные дела.

С точки зрения социально-антропологического измерения права, следует не упускать из вида те обстоятельства его происхождения и эволюции, на которые обращает внимание Г.В. Мальцев:

- право достаточно рано пришло в человеческое общество;
- правовое поведение есть архетип человеческого поведения, обнаруживаемый там, где необходима хотя бы минимальная организация общественных отношений через нормативные механизмы прав и обязанностей, обменных и распределительных стандартов, поощрений и наказаний, стимулов и запретов;

- древние правовые нормы, передаваемые от одного поколения к другому в форме обычая, отличаются от современных тем, что они как должное не претендовали на действительность в силу абстрактно-ценностных

---

<sup>1324</sup> Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 196–198.

<sup>1325</sup> Ударцев С.Ф. Указ. соч. С. 386.

качеств (блага, добра, справедливости), но стремились сущее поддержать как должное, превратить его в традицию;

- ранние обычно-правовые системы складывались объективно путем полностью не осознаваемой, медленно ползущего процесса закрепления определенных форм поведения и культурной среде с минимумом риска и срывов;

- процесс исторического генезиса права относительно самостоятелен;

- эволюция обычного права сопровождалась и во многом определялась поэтапным разделением труда, появлением социальных страт и зарождением первых городов;

- действие обычного права сужается под влиянием законодательства, исходящего от государства, но не прекращается<sup>1326</sup>.

В контексте рассматриваемой нами проблематики следует принять во внимание то обстоятельство, что обычное право и право позитивное, а также иные социальные регуляторы часто противоречат друг другу. Как отмечает ряд современных исследователей, «соперничество ли (норм поведения и ритуала) и права – не уникальное китайское явление. Все народы мира знали каноны, священные книги, бывшие источниками права. Таковы Авеста, Библия, Талмуд, Коран и т.д. У всех народов социальные нормы и обычаи всегда существовали с правом, влияли на него, а их моральный авторитет был достаточно высок. В Китае социальные нормы, получившие название ли, были систематизированы, обработаны в духе закрепления интересов социальных верхов и записаны. В своей социально-классовой интерпретации ли даже соперничали с законом и уголовным наказанием. Однако вне теоретических дискуссий жизнь доказала, что как бы ни было действительно моральное осуждение, общество не может обойтись без законов и уголовных наказаний. Поэтому, воздав должный пиетет ли, право восторжествовало, тем более что реально оно никогда окончательно не уступало своего места ли. Государство и созданное им право выбрали из ли все, что сочли нужным, и включили это содержание в уголовные кодексы и иные формы законодательства»<sup>1327</sup>. Тем не менее, соотношение между позитивным правом и моральными принципами менялось в зависимости от конкретной исторической эпохи. По наблюдениям Л.С. Переломова, «одно из основных условий функционирования ли – это безоговорочное восприятие правил и неукоснительное их соблюдение. Они могли восприниматься какой-то категорией людей осознанно, но от большинства, прежде всего от представителей простого люда, требовалось слепое исполнение ли»<sup>1328</sup>.

Вторым направлением традиционной политико-правовой мысли Китая был легизм (школа законников). Его возникновение связано с именем

---

<sup>1326</sup> Проблемы общей теории права и государства / под ред. В.С. Нерсесянца. М., 1999. С. 100–102.

<sup>1327</sup> Духовная культура Китая. Энциклопедия в пяти томах. Т. 4. Историческая мысль, политическая и правовая культура. М., 2009. С. 387.

<sup>1328</sup> Переломов Л.С. Конфуцианство и легизм в политической истории Китая. М., 1981. С. 87.

крупнейшего администратора Шан Яна (400–338 гг. до н.э.). Именно его политические воззрения и практика реформирования общества на многие столетия стали господствующими в среде китайской элиты. Согласно Шан Яну, природа человека изначально испорчена, люди злы, ленивы и своекорыстны. Поэтому управлять ими нужно при помощи кнута (для этого создается система жесточайших регламентированных наказаний). Закон (фа) должен соблюдаться всеми, кроме верховного правителя. По словам Л.С. Переломова, «большие надежды Шан Ян возлагал на законодательную систему. Введение единых, обязательных для всех государственных законов должно было лишить аристократию ее привилегированного положения. Разрабатывая свою концепцию закона, Шан Ян стремился наделить правителя неограниченной властью. В его учении правитель – это творец законов; он не обязан обсуждать свои планы с представителями аристократии или высшими чиновниками»<sup>1329</sup>. Именно поэтому Шан Ян активно способствовал физическому уничтожению потомственной знати и отмене титулов. Вместо них создавались 18 разрядов должностей чиновников, каждой из которых соответствовали определенные привилегии и почести.

В отличие от Конфуция, исходящего из примата этики и ритуала над правом, Шан Ян стремился проводить линию на неукоснительное исполнение принятых решений. По его утверждению, «там, где есть умный правитель и преданные сановники <...> стремящиеся вывести свою страну на истинный путь, не следует ни на один миг забывать о законе, надо ослабить противников и одолеть красноречивых, пресекать всяческие рассуждения и править, опираясь лишь на закон»<sup>1330</sup>. По сути, Шан Ян создал концепцию государства как гигантской, всеохватывающей машины принуждения. Закон в форме системы жестоких предписаний поведения, выступающей средством достижения высших целей. Мощная государственность, проникающая во все сферы жизни личности, признает за правом только его императивную составляющую, общеобязательность предписаний. Цель наказания при этом – внушение уважения к закону.

С позиций социальной антропологии подобное тоталитарное общество могло реально существовать только в случае полного отказа от традиции. Как верно констатирует Переломов, «для существования программы Шан Яна необходимо было изменить психологию общинника, вырвать его из под влияния патронимии с ее системой подчинения старшему поколению, обычаями взаимопомощи, кровной мести т.п. Одновременно следовало изолировать образованную часть населения от воздействия конфуцианских идей. Поэтому Шан Ян яростно выступал против конфуцианских норм поведения, воплощенных в учении о ли»<sup>1331</sup>. Таким образом, противостояние конфуцианства и легизма в Древнем Китае, начавшись в IV в. до н.э. продолжало существовать до XII–XIII в., когда окончательно произошло

---

<sup>1329</sup> Переломов Л.С. Конфуцианство и легизм. С. 116.

<sup>1330</sup> Книга правителя области Шан. М., 1993. С. 223.

<sup>1331</sup> Переломов Л.С. Конфуций и конфуцианство. С. 429.

оформление официальной идеологической доктрины властвования.

## 15.2 Общая характеристика традиционного китайского права

### *Уголовное и административное право Китая*

Уголовное и административное законодательство Китая на протяжении многих столетий (и во многом до сих пор) может быть сведено к регламентации наказаний за определенные преступления и проступки. Для правового менталитета китайцев характерна убежденность в существовании правовой нормы, санкционированной Небом и Дао, причем эта норма является для них одновременно и необходимой, и достаточной. Особенностью традиционного китайского правопонимания является также и то обстоятельство, что нормы обычного права были воплощены в форме ритуальных и церемониальных представлений и предписаний, санкционированных не религией, а рациональными соображениями. Следует, разумеется, принять во внимание и тот факт, что «конфуцианизация права привела к его деградации в легалистском правопонимании. Поэтому традиционное китайское право – это морализирующее право, средство не "не равного масштаба", а один из способов достижения добродетельного правления, если мы говорим о публичном праве. Осознание вины, очищение от греха – если об уголовном, достижение благосостояния – если о частном праве»<sup>1332</sup>.

Первые правовые акты в Китае появились в VIII веке до н.э., а первый Свод законов – в III веке до н.э. Последний состоял из 6 глав (Фа цзин). Затем процесс правогенеза ускорился, и началась дифференциация норм. Исследователи пришли к вводу, что «уже при династии Хань сложилась система уголовных законов "люй", которые были не просто ядром традиционных китайских законов, но и составляли большую их часть, а также система вспомогательных статутов "лин", которые дополняли законы "люй". Уголовные законы "люй" – стабильное наследие предшествовавших императоров, а статуты "лин" – это то, что было составлено и введено позднейшими императорами. При династии Хань между "люй" и "лин" еще не было строго функционального различия и "лины", являясь сводами императорских указов, включали в свой состав и нормы уголовного права»<sup>1333</sup>.

Первым китайским кодексом, полностью дошедшим до нашего времени, является кодекс династии Тан – «Тан люй шу и» (Уголовный кодекс Тан с комментариями и разъяснениями). По своей структуре он состоял из 30 глав (цзюаней) и 520 статей. Обращает на себя внимание четкое построение текста кодекса и его логическая продуманность. Кроме того, следует отметить и то, что кодекс Тан использует и некоторые приемы юридической техники, существующие в современной теоретической юриспруденции и законотворческой практике. Например, в статье 49 говорится: «Всякий раз, когда в соответствующей преступлению статье есть особые

<sup>1332</sup> Исаев М.А. История государства и права зарубежных стран. С. 261.

<sup>1333</sup> Кычанов Е.И. Основы средневекового китайского права. М., 1986. С. 7.

предписания (чжи), отличающиеся от предусмотренных нормами, действуют согласно соответствующей преступлению статье»<sup>1334</sup>. Это не что иное, как законодательное закрепление приоритета специальной нормы над общей, что, по мнению законодателя, должно было способствовать единообразному применению существовавших правил.

В X веке китайское законодательство становится четко структурированным. Например, кодекс династии Сун – «Сун син тун» (Собрание уголовных законов династии Сун) состоял из 213 статей («мэн»), сгруппированных в главы («цзюани»). В начале каждой главы было помещено наименование статей, и после текста каждой из них были приведены дополнения, включавшие выдержки из императорских указов.

Не зависимо от кодексов группу законов образовывали административные статуты – «лины», устанавливающие (без назначения уголовного наказания) социальные нормы и стандарты, а также регулирующие деятельность администрации. Отдельную группу норм составляли также правила индивидуального характера «гэ» (размер или количество чего-либо) и правила ритуального поведения «ши».

Следует принимать во внимание то обстоятельство, что «в традиционном китайском праве лица – субъекты права рассматривались исключительно с точки зрения их принадлежности к тому или иному сословию. В разное время основные сословные группы именовались по-разному: для древности это были ванн и его окружение, сановники – дафу и простолюдины – бай син, а также рабы; в период Хань и Тан: шижэнь – служилое и ученое сословие, шужэнь – простолюдины и рабы; при Тан – Цин – чиновничество, лица, имеющие ранги, – ю гуань, простолюдины – фаньжэнь и служилые, не имеющие рангов, различные группы людей, лишенных личной свободы, и рабы. Существовало деление всего населения на две группы – людей лично свободных (лянжэнь) и лично несвободных (цзяньжэнь). Важно подчеркнуть, что это было противопоставление всех лично свободных людей людям, лишенным личной свободы»<sup>1335</sup>.

Наиболее развитой частью традиционной правовой системы Китая было уголовное законодательство. Преступным признавалось действие, запрещенное законом во время его совершения под страхом наказания. Совершение преступления нарушало не только действующий социальный порядок, но и космический. Преступления могли быть как преднамеренные, так и совершенные по ошибке. Преднамеренный или непреднамеренный характер преступного действия детально разбирался кодексами, которые выделяли умысел, составление плана совершения преступления, преднамеренность, намерение, небрежность, неосторожность и ошибку. Преступным считалось как собственно общественно опасное деяние, так и бездействие, когда кто-либо «должен был сделать и не сделал». Традиционное китайское право, при определении того или иного характера дейст-

<sup>1334</sup> Уголовные установления Тан с разъяснениями. Цзюани 1-8. СПб., 1999. С. 265–266.

<sup>1335</sup> Духовная культура Китая. Т. 4. С. 387.

вия преступным или непроступным, признавало категории «законные действия» и «необходимые действия». Однако закон не признавал права на необходимую оборону.

Наиболее тяжкими считались преступления, называвшиеся «десять зол». По мысли В.М. Рыбакова, «преступления, входящие в тот перечень, заключались в нарушении правильного функционирования наиболее социальных связей младшими, подчиненными их элементами. В основном они сводились к действиям, совершаемым снизу вверх по линии "мой старший – мой младший", то есть либо по строгой вертикали, либо по близким к вертикалям диагоналям. Обеспечивающий функционирование вертикальных связей комплекс моральных стереотипов охватывал весьма широкий круг поведенческих актов, поэтому спектр подлежащих наказанию действий отнюдь не исчерпывался попытками нанести прямой действительный вред, но включал поступки просто аморальные»<sup>1336</sup>. Эти преступления разрушали установленный социальный порядок и подрывали моральные устои общества. К ним относились:

- заговор о мятеже против государя;
- великое непокорство, бунт;
- заговор, бунт;
- неподчинение, непокорство, направленное против кровных родственников;
- несправедливость, порочность преступления, противоречащие естественному порядку вещей (особо тяжкие преступления бытового характера);
- выражения великого неподчинения (кража предметов культа и вещей императора);
- выражение сыновней непочтительности, неуважение к родителям;
- несогласие, разногласия между кровными родственниками;
- несправедливость, неправедность (преступления, совершенные лицами, связанными социальными нормами);
- кровосмешение.

Преступления, совершаемые чиновниками, делились на две категории: преступления публичного и частного характера. Закон указывал, что преступлением частного характера называется преступление, не связанное с потребностями общественного дела, а совершенное по личной склонности и в личных интересах преступника. Общественным преступлением называлось допущение преступного характера, но при отсутствии искажения дела, допущенного в личном интересе. Общественными преступлениями, в такой трактовке, реально оказывались должностные преступления, совершавшиеся чиновниками в процессе работы для правительства и при исполнении служебных дел, но при отсутствии личной корысти и действий преднамеренного характера.

Основными видами наказаний в традиционном китайском праве признавались:

---

<sup>1336</sup> Рыбаков В.М. Введение // Уголовные установления с разъяснениями. С. 41.

- наказание ударами тонких палок (5 степеней);
- наказание ударами толстых палок (5 степеней);
- каторжные работы (5 степеней);
- ссылка (3 степени);
- смертная казнь (2 степени).

Для чиновников применялось дополнительное наказание в виде разжалования. Отметим при этом, что, несмотря на наличие системы жестоких наказаний от любого из них можно было откупиться. Подобную привилегию имел определенный круг субъектов права, к которому относились:

- родственники императора;
- те, кто долгое время служил императору;
- благородные мужи, поступки которых могли служить образцом для подражания;
- способные в делах управления и командования войсками;
- имеющие воинские заслуги;
- знатные (чиновники, имеющие ранги первой – третьей степени или почетные должности первого и второго рангов);
- усердные на гражданской и военной службе;
- «гости» (потомки прежде царствовавших в Китае династий)<sup>1337</sup>.

По утверждению Е.И. Кычанова, «при наличии у данного лица ряда привилегий (ясно, что более важные привилегии практически включали в себя менее важные) он не мог пользоваться ими совокупно, а пользовался одной, естественно, самой высшей. Лишь в случае совершения групповых преступлений, когда обвиняемый был только пособником ("цун"), или в случае добровольного признания тем или иным лицом в преступлении, совершенного лично им ("цзы шоу"), чиновники, виновные в вынесении неправильного приговора (преднамеренно или по ошибке) и в вовлечении другого лица в преступление общественного характера ("гунн цзо"), могли пользоваться всеми привилегиями совокупно»<sup>1338</sup>.

Мера ответственности лица в случае совершения им преступления против родственника или при привлечении данного лица к ответственности за родственника определялась его местом в системе родства. Это место фиксировалось установленным законом сроком ношения траура в случае смерти родственника, который был объектом или субъектом преступления в зависимости от своего статуса. Закон устанавливал следующие сроки:

- трехгодичный траур, который носили дети по родителям и жены и наложницы по мужу;
- годичный траур, который носили по прямым предкам и по жене;
- девятимесячный траур, который носили друг по другу прямые родственники по деду;
- пятимесячный траур, который носили друг по другу прямые родственники по прадеду;

<sup>1337</sup> Духовная культура Китая. С. 391.

<sup>1338</sup> Кычанов Е.И. Основы средневекового китайского права. С. 82–83.

- трехмесячный траур, который носили друг по другу прямые родственники по деду.

Отличительной чертой традиционного уголовного права Китая было правило, согласно которому привилегированные лица обладали возможностью предоставления своим родственникам «тени», т.е. фактического вывода их из-под действия закона.

При назначении наказания с учетом степени родства важным являлось установление факта совместного проживания. Закон указывал, что совместно проживающими являются лица, имеющие совместное имущество и проживающие вместе, независимо от совместной или различной их регистрации в системе населения. Родство определяло наличие такого основополагающего принципа традиционного китайского права, как взаимоукрывательство родственниками друг друга в случае совершения кем-либо из них преступления. Право на взаимное укрывательство имели члены семьи и проживающие вместе родственники степени девятимесячного траура и более близкие.

В традиционном китайском праве также четко оговаривался порядок действия законов (преимущественно уголовного и административного характера). Например, в ст. 45 Законов Великой династии Мин (XIV–XVII вв.) говорилось о том, что действие «всех законов начинается со дня их опубликования, если преступление имело место ранее, одинаково выносить их приговор за него согласно новым законам». Кроме того, допускалось применение аналогии закона. Так, ст. 46 гласила: «Тексты всех законов и декретов не исчерпывают существа всех дел. В случае вынесения приговора при отсутствии официальной статьи следует, ссылаясь на сравнительно близкий закон и приведя предполагаемое наказание в соответствии с совершенным преступным деянием, вынести предварительное решение о квалификации преступления и довести его до сведения Ведомства наказаний, с тем чтобы оно по рассмотрении и утверждении его доложило о нем императору»<sup>1339</sup>.

### ***Брачно-семейное право***

Брак не был личным делом тех, кто вступал в него, он заключался старшими представителями двух семей. Брачный возраст законом не устанавливался, а зависел от традиции и обычаев конкретной местности (для жениха он колебался между 15 и 30 годами, для невесты – от 12 до 20). Религией брачные отношения в Китае не регулировались, брак был лишь согласием двух сторон, признанным властями. Закон определял два момента, которые означали имеющееся согласие семьи невесты на заключение брака:

- родители просватали дочь с письменным объявлением о предложении заключить брак;
- заключено частное соглашение сторон.

Как отмечает М.А. Исаев, «обязательным элементом брачной церемо-

---

<sup>1339</sup> Законы Великой династии Мин. Ч. I. М., 1997. С. 386.

нии было сыюе – заключение формального соглашения между сторонами, где оговаривались все меркантильные стороны брака, в том числе свадебные подарки. По своему характеру такой договор был консенсуальным. Интересно отметить, что рассмотрение брачного контракта наказывалось, причем наказывали телесно только сторону невесты, если она выступила инициатором расторжения соглашения, подарки возвращались. Также подлежала наказанию эта сторона за подмену невесты, за подмену жениха, впрочем, наказание было еще строже»<sup>1340</sup>.

Законом устанавливались случаи, когда брак не мог быть заключен. Запрещались браки:

- однофамильцев;
- между лицами, составляющими хотя бы отдаленное родство;
- между родственниками разных поколений;
- в период ношения трехгодичного траура по родителям или мужу;
- межсословные.

За нарушение предписаний закона виновные привлекались к уголовной ответственности. Развод допускался по взаимному согласию супругов. Кроме того, муж имел право использовать дополнительные основания для развода в одностороннем порядке в следующих случаях:

- отсутствие детей;
- разврат (супружеская неверность жены);
- неспособность жены служить свекру или свекрови;
- болтливость жены;
- воровство, совершенное женой;
- ревность к мужу со стороны жены;
- тяжкое заболевание жены.

Развод не мог быть осуществлен мужем, если:

- жена носит траур по свекру или свекрови;
- до заключения брака семья мужа была бедной, а в результате брака стала богатой;
- жене некуда идти.

Нарушение этих правил жестоко наказывалось. По действующему законодательству, «если жена не подавала ни одного из семи поводов для развода, а муж тем не менее давал ей развод, муж наказывался полутора годами каторжных работ. Если жена давала повод развестись с ней, но налицо были три вышеупомянутых причины, по которым развод был недопустим, муж, если он в этих условиях все же разводился с женой, наказывался 100 ударами толстых палок. И в этом и в другом случае брак восстанавливался»<sup>1341</sup>.

### ***Наследственное право***

Наследниками главы семьи признавались все его сыновья как от жены, так и от наложниц. Вдова имела право на управление имуществом семьи

---

<sup>1340</sup> Исаев М.А. Указ. соч. С. 267.

<sup>1341</sup> Кычанов Е.Н. Указ. соч. С. 156.

после смерти мужа и на долю из него (имущества) на свои похороны, несмотря на то, что имущество могло быть поделено между наследниками. Замужние дочери не имели права на наследство, а незамужние получали половину доли братьев или же братья были обязаны обеспечить замужество сестер. Имущество, полученное от семьи жены, разделу не подлежало. Глава семьи при жизни не имел права осуществить раздел имущества между предполагаемыми наследниками. Его волеизъявление по завещанию, как правило, не имело значения.

### ***Право собственности и обязательственное право***

Традиционное китайское право выделяло три формы собственности: частную, государственную, публичную (общественную).

Особым видом собственности было имущество буддийских и даосских общин и монастырей. Объектом права собственности являлись рабы, земля, постройки, скот, движимые вещи. Распространенным институтом был залог движимого и недвижимого имущества. Собственность в традиционном Китае была в основном общественной, в силу господства общинных порядков. Частная же собственность не поощрялась, и государство, пройдя очередной период смуты, всеми силами старалось подавить экономически независимых от него людей и целые социальные группы, не останавливаясь перед физическим уничтожением крупных и средних собственников. По замечанию Л.С. Васильева, с которым трудно не согласиться, «законы всегда писались от имени государства и во имя его интересов. Конечно, это не значит, что законы вовсе не охраняли имущество и права подданных. Но система гарантий, которая позволила бы любому считать себя социальной единицей и тем более беспрепятственно, без страха за будущее заниматься предпринимательской деятельностью наподобие античного гражданина или средневекового купца в феодальном европейском городе, – такой среды не было. Контрольные же функции чиновника, всегда стоявшего на страже интересов казны и хорошо сознававшего, что та часть избыточного продукта, которая попадала в карман собственника, может считаться как бы вынутой из казны, за счет которой жил и он сам, ставили этого собственника в зависимое от власти положение, порой доходившее до произвола, вымогательств, прямых эксплуатаций»<sup>1342</sup>.

Если собственность выступала предметом договора займа или залога, то действовало правило: проценты не должны были превышать суммы первичного капитала. Кроме того, при передаче имущества под залог необходимо было представить поручителя. К иным видам договоров (кроме залога), относились: ссуда, беспроцентный заем, заем под проценты, купля-продажа. Следует принять во внимание и то обстоятельство, что сфера частного права не была развита в Китае достаточно глубоко и широко, по сравнению с публичным правом. Как констатирует М.А. Исаев, «обязательства заключались в письменной форме, хотя разрешалась и их устная форма, но при свидетелях. Текст договора скреплялся подписью сторон,

---

<sup>1342</sup> Васильев Л.С. История Востока. В 2-х т. М., 2011. Т. I. С. 333.

если стороны были неграмотны, то отпечатками большого пальца. Письменная форма была действенной устной. Другой особенностью обязательственных отношений в Китае был их несвободный характер. В обществе тотальной регистрации и регламентации обязательства возникали не в силу принципа свободы воли и свободы договоров, а в силу интереса государства, сословного положения лиц и т.п.»<sup>1343</sup>.

### ***Административное и военное право***

Кроме уголовного права достаточное развитие получило административное право. Правовое регулирование сословных отношений, а также вопросов налогообложения привело к созданию многочисленных узаконений. Все население страны было разделено (в целях удобного внимания налогов) на определенные категории:

- младенцы (дети до четырех лет);
- малолетние дети (от 4 до 16 лет);
- подростки (от 16 до 21);
- совершеннолетние тяглые (от 21 года до 60 лет);
- престарелые (после 60);

Четкостью формулировок и значительной жестокостью отличалось военное законодательство. Мужчины, достигшие совершеннолетия и ставшие тяглыми, являлись одновременно и военнообязанными. Они привлекались как на действительную службу в армию, так и для выполнения прочих повинностей. В мирное время солдаты занимались сельскохозяйственными и иными работами.

В целом, можно согласиться с мнением ряда отечественных востоковедов о том, что «китайское право – автономная система, развивающаяся практически без всякого влияния извне. Есть предположения, что некоторые моменты обязательственного права сложились под воздействием древнеиндийского права и права ираноязычных народов (в частности, формы хозяйственных документов). Но в целом это была самостоятельная оригинальная правовая система, собственная традиционная правовая культура и самобытное правосознание, положившее начало дальневосточной правовой семье. Реципированное из Китая, право сыграло большую роль в формировании административных и даже социальных структур Кореи, Японии, Вьетнама»<sup>1344</sup>.

## **15.3 Право современного Китая**

Традиционное китайское право сохраняло всю свою значимость до 1911 г. (свержение монархии). После провозглашения республики начались подготовительные работы по созданию современных правовых актов. Страна-реципиентами выступили Германия и Франция. В начале 1930-х годов в действие были введены Гражданский, Гражданско-процессуаль-

<sup>1343</sup> Исаев М.А. Указ соч. С. 265.

<sup>1344</sup> Духовная культура Китая. Т. 4. С. 402.

ный и Земельный кодексы, составленные по континентально-европейским образцам. Однако, по верному замечанию Р. Давида, «кодексы и законы применялись в Китае только в той мере, в какой они отвечали народному чувству справедливости и приличиям. Практика игнорировала законы, как только они нарушали традицию. В суды не обращались потому, что люди не знали своих прав, или потому, что они не хотели заслужить неодобрение общества. Общественные отношения, таким образом, практически регулировались так же, как и прежде»<sup>1345</sup>.

Это положение во многом сохраняется и в настоящее время. Правовая система современного Китая фактически состоит из двух неравнозначных общностей. Формально приоритет отдается первой из них – сфере государственного законодательства, сложившегося в 50–70-е годы XX века под непосредственным воздействием СССР и своеобразного воспринятого марксизма («с китайским лицами»). В эпоху «культурной революции» 60-х – начале 70-х гг. какое бы то ни было представление о праве и законности не могло существовать. Страна в это время была охвачена «тоталитарной истерией» и анархическим выступлением экстремистски настроенной молодежи. Вдохновителем «культурной революции» выступил сам руководитель КПК Мао Цзедун, «подгоняя» таким образом развитие Китая и стремясь путем «большого скачка» построить коммунистическое общество. Как писал Мао, «в Китае имеется империалистическая культура, отражающая политическое и экономическое господство или полугосподство империализма в Китае. <...> Наряду с этим в Китае имеется полуфеодальная культура, отражающая полуфеодальную политику и полуфеодальную экономику. Представителями этой культуры являются все те, кто стоит за почитание Конфуция, за изучение канонических книг, кто проповедует старую этику и старые идеи и выступает против новой культуры и новых идей. <...> Эта реакционная культура служит империалистам и классу феодалов. Она подлежит слому»<sup>1346</sup>.

После смерти Мао Цзедунa в 1976 г. начался период экономической и, в меньшей степени, политической модернизации государства и общества. В юридической же сфере изменения осуществлялись заметно медленнее. В стране сохраняется (превалируя в сельских районах) мощный пласт традиционализма. Современные исследователи справедливо отмечают, что «сложившийся в древности и средневековье комплекс факторов, определявших жизнь китайского общества в течение более 20 веков, в той или иной (иногда сильно модифицированной) форме действует до сих пор. И хотя значение этих факторов снизилось (и будет снижаться), они продолжают существенно влиять на обстановку в стране, составляя основу "китайской специфики" на пути модернизации»<sup>1347</sup>.

---

<sup>1345</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 359.

<sup>1346</sup> Мао Цзедун. Маленькая красная книжица. М., 2007. С. 258.

<sup>1347</sup> Традиции в общественно-политической жизни и политической культуре КНР. М., 1994. С. 40.

Если говорить о модернизации правовой системы Китая, то следует отметить сохранение тенденции превалирования запрещающих законоположений, несмотря на экономическую либерализацию. Практика применения уголовных и административных наказаний остается относительно жесткой. Также сохраняется широкое использование внесудебных репрессий по отношению к правозащитному движению и иным формам проявления оппозиционности. Причем приверженность социализму не означает, что иная идеологическая легитимация государственной власти опиралась бы на более гуманные принципы. Таким образом, политическая культура современного Китая сохраняет многие черты прошлых эпох и характеризуется следующими чертами:

- это разновидность авторитарной, «подданически-партиципаторной» политической культуры;

- ценности данной культуры образуют симбиоз марксизма с «китайской спецификой», а также традиционных конфуцианских и националистических положений;

- важную роль в китайской политической культуре играют ценности и установки различных кланов;

- высокая роль традиции;

- возрастает значимость национально-этнических ценностей;

- усиление роли городской культуры;

- преобладание групповой справедливости над принципами индивидуальной свободы и нравственный характер требований к государству;

- высокий уровень общественного согласия<sup>1348</sup>.

Как отмечает В.Г. Графский, описывая современные трансформации в КНР, «в области совершенствования политической системы внимание обращено на разграничение функций партийных и правительственных законов, расширение прав низовых организаций, на развитие демократии и гласности, перестройку избирательной системы. В 1982 г. была новая концепция, впоследствии снабженная поправками и уточнениями. <...> Однако на пути преобразований наибольший консерватизм демонстрируют партийная структура, госаппарат, армия. И все же есть сдвиги и в этой области. Они связаны с процессом децентрализации власти, которая предстает в двух основных разновидностях: перераспределение властных полномочий от государства к обществу и от центра к местным учреждениям».<sup>1349</sup> Следует отметить один важный факт: китайская история в целом циклична и сводится к неизменному стремлению любой ценой сохранить деспотическое государство. Право при этом оказывается в чисто служебной роли и лишь реализует очередные идеологические установки власти. Это видно на примере эволюции уголовного законодательства КНР.

---

<sup>1348</sup> Ирхин Ю.В. Социология культуры. М., 2006. С. 372–373.

<sup>1349</sup> Графский В.Г. Всеобщая история государства и права. М., 2010. С. 718.

### 15.3.1 Уголовное законодательство Китая

Его основой выступает УК КНР 1979 г. (с изм. и доп. 1997 г.). В настоящее время УК КНР насчитывает 409 статей, а изначально – лишь 103. Преступлением, на основании ст. 13 УК, признаются «все деяния, наносящие вред суверенитету, территориальной целостности и безопасности государства, ведущие к расколу страны, свержению власти демократической диктатуры народы и социалистической системы, подрывающие общественный и экономический порядок, посягающие на государственную или коллективную собственность трудящихся масс, частную собственность граждан, права личности, демократические и другие права граждан, а также наносящие вред обществу...»<sup>1350</sup>. Соответственно, целями уголовного законодательства являются:

- наказание преступников;
- защита народа в соответствии с Конституцией.

Основными принципами уголовного права признаются:

- все лица, совершившие преступление, равны перед законом (ст. 4 УК);
- мера уголовного наказания должна соответствовать преступному деянию, совершенному преступником (ст. 5 УК);
- если в соответствии с положениями УК максимальное наказание устанавливается в виде лишения свободы на срок до трех лет, то можно не преследовать по закону (ст. 7 УК).

Уголовная ответственность наступает с 14 лет за совершение наиболее тяжких преступлений, к числу которых на основании ст. 17 УК, относятся: умышленное убийство, умышленное причинение вреда, повлекшее тяжкое телесное повреждение или смерть человека, изнасилование, разбой, торговля наркотиками, поджог, взрыв, отравление. В данном вопросе, на наш взгляд, достаточно явственно просматривается влияние советского уголовного законодательства. Так, ст. 10 Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. давала исчерпывающий перечень деяний, за совершение которых несовершеннолетний от 14 до 16 лет привлекался к уголовной ответственности. К числу таких деяний относились: убийство, умышленное нанесение телесных повреждений, причинившее расстройство здоровью, изнасилование, разбойное нападение, грабеж, кража, злостное или особо злостное хулиганство, умышленное уничтожение или повреждение государственного, общественного имущества или личного имущества граждан, повлекшее тяжкие последствия, умышленное совершение действий, могущих вызвать крушение поезда<sup>1351</sup>.

Система наказаний в КНР, на основании действующего УК, составляет две группы.

I. Основные наказания:

<sup>1350</sup> Ахметшин Х.М., Ахметшин Н.Х., Петухов А.А. Современное уголовное законодательство КНР. Уголовный кодекс КНР. М., 2000. С. 237.

<sup>1351</sup> См. Конституция и законы Союза ССР. М., 1983. С. 476.

- надзор;
- арест;
- срочное лишение свободы;
- пожизненное лишение свободы;
- смертная казнь.

## II. Дополнительные наказания:

- штраф;
- лишение политических прав;
- конфискация имущества.

Нужно принять во внимание то обстоятельство, что УК Китая в целом носит репрессивный характер. Показательным примером этого является широкое применение смертной казни, предусмотренной в более 80 составах преступлений, указанных в особенной части УК. Так, по данным В.Е. Квашиса, в 1996 г. было вынесено более 6 тысяч смертных приговоров, а в 2006 г. – 2790. Нужно, разумеется, не упустить из виду тот факт, что реальное количество казненных в Китае преступников неизвестно. В силу господства тоталитарного режима, Китай в свое время заимствовал советскую систему ГУЛАГа и всемерно ее развивает и в наши дни. По сведениям ряда правозащитных организаций, в среднем в Китае ежегодно расстреливают 5–7 тысяч человек, некоторых – без суда и следствия. Так, «в мае 1996 года руководство КНР предприняло широкомасштабную кампанию против убийц и насильников, грабителей и наркоманов, получивших название "жестокий удар" <...>. Эта кампания заключалась, в первую очередь, против резко возросших в стране масштабов и распространенности насильственных преступлений, а также против набравшей силу организованной преступности, однако в ее сети попало огромное число людей, виновных в ненасильственных и куда менее опасных преступлениях. Массовые публичные казни устраивались как одно из мероприятий по случаю праздников, именно в такие дни чаще выносились смертные приговоры; апелляции осужденных удовлетворялись крайне редко, и такие приговоры быстро приводились в исполнение»<sup>1352</sup>. Активно принимается смертная казнь и в борьбе с коррупцией. За прошедшие десять лет расстреляно более 20 тыс. чиновников различного уровня. Насколько эти меры эффективны, покажет будущее, но сама уголовная репрессия в КНР не является изобретением марксистской идеологии. Это – проявление традиционного авторитаризма и отсутствия ценности личности в китайском мировоззрении. Оценка уголовного законодательства Китая может осуществляться с различных точек зрения. Некоторые отечественные исследователи уголовного права КНР слишком уж благодушно настроены, что видно, например, из следующего высказывания: «Конечно, несколько настораживает жестокость санкций в УК, не всегда она кажется оправданной и на практике. В деятельности правоохранительных органов нередко присутствует нарочи-

---

<sup>1352</sup> Квашис В.Е. Смертная казнь: мировые тенденции, проблемы и перспективы. М., 2008. С. 65.

тая суровость и демонстративное неприятие подозреваемых в совершении преступлений. Отчасти это рецидивы прошлого, а какой-то степени – порождение нынешней атмосферы в обществе. Китаю с его огромным населением для продолжения поступательного движения по пути прогресса жизненно необходим элементарный порядок в стране и законопослушные граждане»<sup>1353</sup>.

Китайское уголовное законодательство по-прежнему остается репрессивным. Этот вывод наиболее очевиден при сопоставлении соответствующих статей УК КНР с аналогичными нормами УК РФ и, тем более, уголовным законодательством стран Западной Европы. В частности, ст. 54 и 55 УК КНР детально регламентируют процедуру лишения граждан, совершивших преступление, политических прав. К этим правам законодатель отнес следующие:

- право избирать и быть избранным;
- право на свободу слова, печати, собраний, союзов, уличных шествий и демонстраций;
- право занимать должности в государственных органах;
- право занимать руководящие должности в государственных компаниях, на предприятиях, в непроизводственных единицах и народных организациях.

Лишение политических прав устанавливается на срок от 1 года до 5 лет. Кроме того, это наказание на основании ст. 56 УК КНР может быть применено к лицам, совершившим преступления против государственной безопасности, перечень которых достаточно обширен и расплывчат (например, «серьезное нарушение общественного порядка»). Все это очень напоминает так называемые «резиновые» статьи уголовного законодательства советской эпохи, активно применявшиеся к инакомыслящим. Как и в СССР, на первом месте в Особенной части УК КНР расположены преступления против государственной безопасности, наказание за совершение которых носит неопределенный характер. Санкция формируется следующим образом: «... наказывается пожизненным лишением свободы либо лишением свободы на срок десять и более лет»<sup>1354</sup>.

Таким образом, заимствуя чисто внешне законодательство стран романо-германского права, Китай остается глубоко традиционалистской страной, несмотря на экономические реформы последних десятилетий.

По сравнению с Китаем Испания, начавшая с середины 70-х годов XX века путь от авторитаризма к демократии, является достаточно либеральной в определении мер уголовно-правового воздействия на нарушителей правопорядка.

На основании ст. 96 УК Испании 1995 г., введено понятие «меры безопасности», которое не предусматривает лишения политических прав, а носит в основном медицинский характер (помещение в психиатрический и

---

<sup>1353</sup> Ахмедшин Х.М., Петухов А.А. Указ. соч. С. 426.

<sup>1354</sup> Ст. 102 УК КНР.

восстановительный центр) или направлены на лишение специальных прав (профессиональная дисквалификация, лишение лицензии на оружие и т.д.)<sup>1355</sup>. Подобные меры, являясь законными и оправданными с точки зрения соблюдения прав и свобод человека, предусмотрены уголовным законодательством других стран. Так, аналогично эти вопросы решает УК ФРГ 1871 г. (в ред. 1998 г.) В нем предусмотрена возможность лишения гражданина по решению суда избирательных прав, если совершено преступление, связанное с выборами<sup>1356</sup>. Следует принимать во внимание то обстоятельство, что «меры исправления и безопасности – специфический уголовно-правовой институт УК. Их особенность состоит в том, что они являются правовым последствием не только тогда, когда виновность лица установлена судом и имеется приговор суда, но и ряд из них может быть назначен в случае отсутствия виновности лица, например в определенных случаях, указанных в законе...»<sup>1357</sup>. Сами меры исправления и безопасности в исчерпывающем порядке определены ст. 61 УК ФРГ. Ими являются:

- помещение в психиатрическую больницу;
- помещение в лечебное заведение для алкоголиков и наркоманов;
- превентивное заключение;
- установление надзора;
- лишение водительских прав;
- запрещение заниматься определенной деятельностью.

В отношении же Китая ситуация, как видим, иная. Господство традиционализма в законодательстве, использование внесудебных репрессий вряд ли способствовал и использованию европейских правовых конструкций. Хотя нельзя забывать и того, что «в силу множества причин экономического, социального, политического характера китайский законодатель предпринимает усилия по соединению традиционализма с возможностями позитивного права, причем приоритет, как и прежде, остается за первым. При первом приближении возникает желание выдвинуть ряд решительных возражений против соединения в социалистическом государстве двух нормативных систем – традиционного и позитивного права. Но при более глубоком исследовании проблемы, с учетом того, что принципиально новый для китайского общества правообразовательный процесс находится на начальном этапе развития, а также исключительной сложности адекватного выражения в юридической форме производственных отношений КНР, отличающихся в условиях экономической реформы динамичностью структуры и содержания, появляются все более весомые основания оценивать практические шаги китайского законодателя как реалистические, в достаточной степени социально и исторически обусловленные»<sup>1358</sup>.

В контексте рассматриваемой нами проблематики следует не упускать

<sup>1355</sup> Уголовный кодекс Испании. М., 1998. С. 39–40.

<sup>1356</sup> Уголовный кодекс ФРГ. М., 2000. С. 23.

<sup>1357</sup> Уголовное право зарубежных стран. Общая и особенная части / под ред. И.Д. Козочкина. М., 2010. С. 447–448.

<sup>1358</sup> Имамов Э.З. Уголовное право Китайской Народной Республики. М., 1990. С. 40.

из виду то обстоятельство, что в традиционно-общинных системах права, к которым относится Китай, смешение собственно юридического и морального содержания нормы ведет к приоритету морали. Жесткий социальный контроль в современном Китае отражается не столько на коммунистических принципах (они плохо соотносятся рыночными преобразованиями и индивидуализмом собственников), сколько на нравственных категориях конфуцианского канона, идущих из глубины веков. Как мы отмечали выше, основная задача китайской элиты сводится к обеспечению целостности и единства системы властвования. Следовательно, «социальный контроль, пронизанный уголовным правом, должен обладать возможностью без каких-либо правовых условностей и ограничительных процедур жертвовать отдельными личностями ради поддержания хрупкого равновесия в китайском социуме. Очевидно, что в такой атмосфере не может идти речь о высших – охранительно-гарантийных функциях уголовного права, они могут быть только принудительно-регулятивными. Традиционализм также не может полностью выполнять в современном китайском обществе функции классического права, в частности, потому, что природа этих явлений во многом противоположна. Содержание норм права рационально, традиционализма – иррационально; практика возникновения и применения права есть развитие и создание нового, т.е. отображение динамики реальной жизни; практика традиционализма есть консервация существующего и наличного, и потому она в высшей степени мистифицирована. Конкретные решения традиционализма предсказуемы, и в глазах адресатов его норм бесспорны, его общий авторитет в китайском обществе сопоставим с авторитетом истины в последней инстанции; между тем правовые решения всегда есть результат состязательного процесса, выводы которого могут быть оспорены в рамках соответствующих процедур»<sup>1359</sup>. Право и мораль, являясь тесно связанными между собой социальными явлениями, обладают, тем не менее, определенными, только им присущими характеристиками. Так, основными чертами права (с социально-антропологической позиции) выступают:

- нормативность;
- общеобязательность;
- обеспечение реализации возможностью государственного принуждения<sup>1360</sup>.

Соответственно, основными функциями права признаются:

- адаптация правовой системы к требованиям государства, гражданского общества и личности, а также к изменениям, происходящим с ними;
- целедостижение как способность правовой системы ставить конкретные задачи по укреплению социального порядка;
- интеграция как установка права на сохранение собственной системной целостности;

---

<sup>1359</sup> Духовная культура Китая. Т. 4. С. 409.

<sup>1360</sup> Спиридонов Л.И. Теория государства и права. М., 1995. С. 88–97.

- «удержание образца» как стремление правовой системы оберегать от деформаций ведущие модели должного<sup>1361</sup>.

Соответственно, нормы морали характеризуются такими признаками, как:

- отсутствие строго фиксированных границ во времени и в пространстве, сфера действия морали не втиснута в рамки определенной территории, сроки действительности ее норм никем и никогда не обуславливаются и не предписываются;

- изменения моральной системы имеют характер растянутой во времени, как правило, спокойной и размеренной эволюции, которая осуществляется в контексте трансформации духовной культуры общества;

- в качестве нормативно-регулятивной системы мораль представляет единый способ регуляции человеческого поведения, который учитывает своеобразие регулируемых общественных отношений при определении собственных внутренних структур;

- институционализация моральной нормы не предполагает заранее установленных формальных процедур и не привязана к определенным моментам времени;

- в области морали функции создания нормы и ее реализации не отделены друг от друга;

- в организационно-институциональном плане продвижение морали обеспечивается неформальными структурами и учреждениями;

- сила воздействия моральной нормы на человеческие отношения не может быть определена заранее, установлена до нравственного опыта субъекта;

- способ институционализации моральной ответственности и моральной санкции носит неформальный характер;

- моральные санкции и моральные осуждения проявляются в том, что они создают для личности духовный дискомфорт<sup>1362</sup>.

В целом, китайское уголовное право, разумеется, не опирается только на моральные категории, но, вобрав в себя значительный объем традиционного правопонимания, оно во многом делается близким праву романо-германского мира (по крайней мере, в сфере юридико-технической). Как констатирует Р. Леже, «сегодня, безусловно, происходит обновление права, однако оно осуществляется двойственным образом. Настоящего отказа от социалистической концепции государства и права не произошло (ей соответствует определенная часть законодательства – можно привести пример Уголовного кодекса). Однако есть и законы, положения которых служат развитию рыночной экономики. Стали возможными некоторые формы совместных предприятий или хозяйственных обществ. В некоторых областях можно наблюдать "законотворческий ажиотаж". Тем не менее следует подождать еще несколько лет, чтобы разглядеть истинные черты правовой

---

<sup>1361</sup> Бачинин В.А. Энциклопедия философии и социального права. СПб., 2006. С. 621.

<sup>1362</sup> Мальцев Г.В. Нравственные основы права. М., 2008. С. 142–160.

системы Китая и оценить ее эффективность»<sup>1363</sup>.

### 15.3.2 Административное право

Эта отрасль современного китайского права начала формироваться во второй половине 1970-х годов. Предпосылками развития административного права, по мнению видного китайского правоведа Ло Хаоцая, выступали:

- развитие рыночной экономики;
- формирование демократической политики;
- утверждение правовых воззрений;
- повышение уровня информатизации, интернетизации и глобализации;
- углубление исследовательской деятельности в области теории административного права<sup>1364</sup>.

В теории предполагается переходить от господствовавших односторонних властеотношений к концепции равноправия, истоки которой следует искать в тексте Конституции КНР 1982 г. Так, ст. 33 Конституции гласит: «Все граждане Китайской Народной Республики равны перед законом». Соответственно, из вышеприведенного положения делается вывод о том, что принцип равенства должен распространяться на правоотношения, субъектами и сторонами которых выступают не только физические, но и юридические лица. Ло Хаоцай предлагает «при формировании современной административно-правовой системы необходимо утвердить концепцию равновесия, основанную на "отношениях", стремиться к равновесию между поддержанием и осуществлением контроля над тем, чтобы субъект административной власти исполнял административные функции в соответствии с законом, с одной стороны, и защитой законных прав и интересов граждан, юридических лиц и других организаций, с другой; следует обеспечить равновесие административной власти, прав и интересов противоположной стороны в целом через эффективные стимулирующие и сдерживающие средства в отношении субъекта административной власти и противоположной стороны, чтобы учитывать как общественные, так и личные интересы, обеспечивать устойчивое и стабильное развитие общества»<sup>1365</sup>.

Основными принципами административного права в такой трактовке выступают:

- правопорядок;
- справедливость и эффективность;
- свобода.

Соответственно, «со времени осуществления реформы и открытости, особенно по мере официального определения модели цели социалистической рыночной экономики в соответствии с постепенным формированием и развитием системы рыночной экономики, в правительственных функци-

<sup>1363</sup> Леже Р. Великие правовые системы современности. С. 242.

<sup>1364</sup> Хаоцай Ло. Очерки современного административного права Китая. М., 2010. С. 16.

<sup>1365</sup> Там же. С. 19–20.

ях в нашей стране произошли сравнительно большие перемены, структура прав все время находится в процессе регулирования»<sup>1366</sup>. Изменения осуществляются по следующим направлениям:

- доля прав граждан в системе правовых норм постепенно увеличивается;

- стали появляться и постепенно увеличиваются правовые нормы, которые регулируют непринудительное административное действие административных органов;

- в определенной степени увеличивается число правовых норм в обеспечении прав граждан в отношении благосостояния;

- правовые нормы, обеспечивающие противоположной стороне поиск административной и правовой помощи, становятся все более полными<sup>1367</sup>.

Ло Хаоцай вполне справедливо утверждает, что «осуществление ценностных целей любого административного права зависит от определенных механизмов. Эти механизмы не создаются произвольно законодателем, а постепенно формируются на основе рационального выбора субъекта административного права, они постоянно совершенствуются и корректируются. Сбалансированное право – это административное право, в котором путем правил игры достигается структурное равновесие. В результате механизмы административного права в сбалансированной системе позволяют субъекту права, используя механизмы стимулирования, добиваться максимального удовлетворения интересов в определенные временные и пространственные промежутки»<sup>1368</sup>. Механизмы административного права обладают определенными свойствами, к которым относятся:

- одновременное содержание в себе принципов формирования и применения, это единый комплекс механизмов определения, осуществления, применения и соблюдения;

- механизмы административного права содержат в себе логические законы эволюции и развития;

- носителем механизмов административного права является административно-юридическая система.

Концепция «мягкого права», разрабатываемая Ло Хаоцаем, опирается, по нашему мнению на конфуцианскую теорию государственного управления, предусматривающую движение к гармоничному социуму. В контексте рассматриваемой нами проблематики обратим внимание на тот факт, что идеи конфуцианской школы во многом совпадают с основными положениями исторической школы права. Признание законодателя (государства) не единственным, а в ряде случаев и не главным творцом права объективно ведет к формированию плюралистической картины юридического мира. «Мягкое» административное право обладает следующими чертами:

- структурный баланс сдерживается ценностными целями справедливо-

---

<sup>1366</sup> Ло Хаоцай. Указ. соч. С. 23.

<sup>1367</sup> Там же. С. 23–24.

<sup>1368</sup> Там же. С. 53–54.

сти и эффективности;

- структурный баланс зависит от гармоничной юридической системы административного права и системы юридического порядка;

- структурное равновесие проявляется в гармонических отношениях между административно-юридической и надзорной системами;

- структурное равновесие требует гармонии между принципами и положениями административного права<sup>1369</sup>.

Как отмечает Ло Хаоцай, «в административном праве отношения между законодательными, административными и контрольными субъектами и противной стороной весьма напряженные, что приводит к еще более высокому дисбалансу; поэтому для баланса лучше всего использовать методы игры, а также конкуренцию и сотрудничество между субъектами. Для достижения внутренних связей необходимы рациональный выбор, структурное равновесие административного права и баланс методов игры»<sup>1370</sup>. Методы игры при этом характеризуются следующими чертами:

- предпосылкой игры в административном праве должно стать реформирование традиционной модели «приказ – подчинение» (противная сторона может «вести торг» в рамках определенной открытости);

- в методах игры административного права отбрасываются нерациональные правила, неблагоприятные для конкретного осуществления на практике, они ускоряют замену традиционного права современным;

- поскольку выбор правил игры субъектом административного права ограничивается конституционным принципом «перед законом все равны» и объективными ограничениями демократической политики и рыночной экономики, то баланс мер при осуществлении правил игры в основном дублируется структурным балансом;

- методы игры в административном праве непосредственно способствовали развитию и совершенствованию порядка и положений;

- игры в административном праве наглядно продемонстрировали единство противостояния административной власти и интересов противной стороны, а также их взаимозависимость и взаимодействие.

Мягкое законодательство, по мысли Ло Хаоцай, выполняет очень важные функции:

- формы мягкого законодательства в отличие от жестокого воплощают в себе основные законодательные функции;

- мягкое законодательство может дополнять недостатки жесткого законодательства, создавать равновесие в структуре публичного права;

- мягкое законодательство помогает укреплению справедливости закона, повышает действенность права;

- мягкое законодательство может уменьшить управление с помощью законов и социальную цену;

- мягкое законодательство может способствовать развитию модели

---

<sup>1369</sup> Ло Хаоцай. Указ. соч. С. 56–59.

<sup>1370</sup> Там же. С. 63.

публичного правления, продвигать процесс политической демократизации;

- мягкое законодательство помогает всесторонней реализации цели достижения управления законами<sup>1371</sup>.

Следует принимать во внимание то обстоятельство, что современный Китай, также как и Россия, находится в процессе перехода от традиционного права к модернизированному. Значительность правовых регуляторов социальных отношений постепенно растет, преодолевая ментальные установки прошлых лет. Процесс этот не может быть быстрым, но должен быть целенаправленным. Применительно к отечественным реалиям, «анализ действующего законодательства РФ показывает, что современное российское административное право не в полной мере соответствует стандартам и масштабам правового государства: во-первых, в России до настоящего времени не приносят федеральный закон (или законы), который регламентировал бы порядок принятия административных актов и общие вопросы административных процедур; во-вторых, не в полной мере созданы судебные процедуры, сформированные для рассмотрения административно-правовых споров, т.е. в России пока отсутствуют специализированные административные суды (или административные коллегии), которые профессионально рассматривали бы административные дела – споры, возникающие из административно-правовых отношений и иных публично-правовых отношений»<sup>1372</sup>. В Китае же становление современного административного права осуществляется достаточно последовательно, хотя и не спеша. Эффективность «мягкого законодательства» в административной сфере проявляется в следующем:

- мягкое законодательство рассматривается как вид нормы публичного права, непосредственно удовлетворяющего требования реализации нормирования и регулирования части общественных взаимосвязей;

- мягкое законодательство выступает как вид нормы, относимой к жесткому законодательству, непосредственно способствующей повседневному совершенствованию системы жесткого законодательства;

- мягкое законодательство рассматривается как составная часть системы публичного права, в полном смысле слова играет способствующую роль для публичного права;

- мягкое законодательство всемерно способствует полной реализации целей правления в публичной сфере и управления законами<sup>1373</sup>.

Соответственно, сама система административного права в КНР обладает следующими особенностями:

- создание системы административного права имеет китайскую специфику (неуклонно усиливается и совершенствуется руководство КПК, создан новый тип социализма);

- создание системы административного права в КНР имеет переходные

---

<sup>1371</sup> Ло Хаоцай. Указ. соч. С. 107–118.

<sup>1372</sup> Россинский Б.В., Стариков Ю.Н. Административное право. М., 2009. С. 134–135.

<sup>1373</sup> Ло Хаоцай. Указ. соч. С. 148–152.

особенности;

- при создании административной системы права избирается путь постепенного перехода.

Направления совершенствования административного права сводятся к следующим положениям:

- изменение концепции административной системы права: от управления людьми к управлению законами;

- регулирование структуры права (власти) административных законов: от сильной власти, слабого права к соединению власти и права;

- изменение правительственных функций: от полномочного правительства к правительству с ограниченными функциями;

- гибкость механизма административного права: от чистых ограничений к ограничениям и стимулированию с учетом интересов;

- многообразие форм административных действий: от чистого развития «приказ – подчинение» к ситуации, когда усиление – неусиление административной власти не противоречат друг другу;

- от жестокой сущности – произвольной процедуры, жестких результатов – произвольного исполнения к единству сущности и процедуры, исполнения и результатов;

- правовая помощь и административный контроль: слияние институционального совершенствования и институциональной эффективности.

В целях ускорения развития административных реформ китайские ученые предлагают следующие меры:

- ускорить совершенствование системы административного права;

- усиленно преодолевать местный и отраслевой протекционизм, сохранить единство законодательной системы;

- создавать здоровый механизм гражданского участия в управлении;

- способствовать развитию координации общественной администрации;

- способствовать требованиям информатизации, продвигать создание электронных правительственных услуг, ускорять реформу правительственной системы<sup>1374</sup>.

Если соотнести теоретические разработки китайских административистов и реальность, то, по справедливому суждению В.Г. Ганина, «измерения в политической системе не имели столь "революционного" характера, как в области экономики, однако подвижки в институционально-политическом плане как следствие развития функций субъектов власти, в том числе КПК, имеют в специфических условиях Китая важное значение. Наиболее существенным из них можно считать постепенное разделение функций между партийными и государственными органами, между административными и хозяйственными структурами»<sup>1375</sup>. Существенный раз-

<sup>1374</sup> Ло Хаоцай. Указ. соч. С. 190–196.

<sup>1375</sup> Ганин В.Г. Формирование гражданского общества в России и Китае. М., 2007. С. 76–77.

рыв между теорией и практикой можно проиллюстрировать на примере китайского законодательства об административных наказаниях. Действующий закон не содержит дефиниции «административное наказание», «административное правонарушение» и т.д. Также нет исчерпывающего перечня принципов применения административных наказаний, кроме нескольких фраз в ст. 11 Закона<sup>1376</sup>.

### 15.3.3 Гражданское право КНР

Данная сфера правового регулирования разработана недостаточно глубоко. Никаких цивилистических традиций в Китае нет (исходя, разумеется, из европейского понимания этих традиций). Рецепция романо-германского законодательства и принятие в начале 1930-х гг. соответствующих кодексов не изменили ситуацию к лучшему. Реально поворот к гражданскому праву начался только в конце 1970-х гг. в связи с рыночными реформами. В настоящее время ядро частноправовой сферы составляют Общие положения гражданского права КНР 1986 г. и Закон КНР о договорах 1993 г. Нужно принять во внимание то обстоятельство, что ГК в Китае отсутствует, а вышеназванные Общие положения специфичны тем, что «в них собраны преимущественно те институты и нормы гражданского права, которые не будут требовать последующей корректировки по мере продолжения экономических преобразований либо будем нуждаться в незначительных изменениях. Иначе говоря, содержание общих положений оказалось близко по функциям традиционно понимаемой Общей части Гражданского кодекса»<sup>1377</sup>.

Основными принципами современного китайского гражданского законодательства выступают:

- равенство сторон;
- добровольность;
- справедливость;
- эквивалентная компенсация;
- искреннее доверие.

Общие положения содержат определенные императивные нормы, регулирующие позитивные обязанности участников гражданских правоотношений.

Таковыми являются:

- законные права и интересы граждан и юридических лиц, охраняемые законом;
- необходимость соблюдать законодательство при осуществлении гражданской деятельности;
- в случае отсутствия законодательных установлений необходимо соблюдать политику государства;

---

<sup>1376</sup> Закон КНР об административных наказаниях 1996 г. // Современное законодательство Китайской Народной Республики. М., 2004. С. 152–153.

<sup>1377</sup> Духовная культура Китая. Т. 4. С. 432.

- при осуществлении гражданской деятельности необходимо выполнять общественный и гражданский долг, недопустимо наносить ущерб общественным интересам, подрывать государственные экономические планы, нарушать экономический порядок в обществе<sup>1378</sup>. Субъектами гражданского права являются физические и юридические лица. Последние определяются в ст. 36 Основных положений гражданского права как «организации, которые обладают гражданской право- и дееспособностью, самостоятельно согласно закону приобретают гражданские права и несут гражданские обязанности». Данное легальное определение показывает, что в его основе заложено такое же понимание юридического лица, как и в советском праве 1960-х – 1980-х гг. Юридические лица в КНР обладают следующими основными признаками:

- учреждение согласно закону;
- обладание необходимым имуществом или несение расходов;
- наличие наименования, организационной структуры и места нахождения;
- самостоятельное несение гражданской ответственности.

Специфическим явлением китайского гражданского права выступают гражданско-правовые действия, под которыми понимаются законные действия граждан или юридических лиц, устанавливающие, изменяющие или прекращающие гражданские права и гражданские обязанности. Действительными (в юридическом смысле) признаются те действия юридического лица, которые соответствуют следующим условиям:

- лицо обладает соответствующей гражданской дееспособностью;
- истинно изъявляет свою волю;
- не нарушает законодательства или общественные интересы (ст. 55).

Соответственно недействительными являются действия:

- совершаемые недееспособными лицами;
- которые ограничено дееспособные лица по закону не могут совершать самостоятельно;
- совершенные вопреки воле другой стороны, когда одна их сторон использует обман, угрозу, неблагоприятные обстоятельства;
- совершенные по сговору в злонамеренных целях, наносящие ущерб государственным, коллективным интересам или интересам третьих лиц;
- нарушающие закон или общественные интересы;
- связанные с хозяйственными договорами, нарушающими государственные директивные планы;
- направленные на достижение незаконных целей с использованием незаконной формы (ст. 38).

Если говорить о праве собственности в КНР, то ведущие позиции принадлежат государственной (социалистической) собственности и собственности общественной (коллективной). Частная собственность также закреп-

---

<sup>1378</sup> Общие положения гражданского права КНР / под ред. Л.М. Гудошникова. М., 2004. С. 169–170.

ляется действующим гражданским законодательством, но не играет большого значения. В настоящее время она необходима в сельском хозяйстве и мелком бизнесе в целях повышения качества и объема продукции, а также в пропагандистских целях. С точки зрения социальной антропологии, частная собственность индивидуальна и персональна, она предполагает достаточно высокий уровень свободы личности и уменьшение роли государства (по крайней мере в рамках повседневного бытия человека). Причем свобода должна присутствовать не только в позитивном смысле («для»), но и в негативном («от»). Последнее же совершенно не характерно для китайской цивилизации. Частная собственность разрушает гармонию интересов и, согласно конфуцианской традиции, ведет к росту «своеволия» и «непочтения». Как верно отмечает М.Н. Прудников, «современное право Китая – весьма сложная по содержанию система, выражающаяся, во-первых, через глубоко укореняющиеся в сознании народа традиционные представления о должном представлении, моральной ответственности перед обществом, и, во-вторых, через систему общеобязательных формально определенных норм, поддерживаемых силой государственного принуждения»<sup>1379</sup>. Соответственно, для сложившихся традиций специфичны и способы гражданской ответственности. К их числу ст. 134 Общих положений относит:

- прекращение посягательства;
- устранение препятствия;
- возвращение имущества;
- восстановление первоначального положения;
- ремонт, повторное изготовление, замена;
- возмещение убытков;
- выплата неустойки;
- устранение последствий;
- принесение извинений.

Таким образом, гражданское законодательство КНР, сохраняя коллективный характер общественных отношений, все больше опирается на рыночные механизмы, включая их правовую систему.

## **Глава 16. Право Японии**

### **16.1 Историческое развитие японского права**

Следует, прежде всего, отметить тот факт, что право Японии формировалось исключительно на самобытной основе и гораздо раньше, чем институты государства. Как отмечает В.Н. Еремин, «правовая система древней Японии – это правовая система японского общества на догосударственной стадии его развития. Системообразующим компонентом тогдашней правовой системы служило сначала (до возникновения протогосударства)

---

<sup>1379</sup> Прудников М.Н. История государства и права зарубежных стран. М., 2011. С. 695–696.

право глав родов (дзокутё хо), а затем (после возникновения протогосударства) право "хорошей", или глав протогосударства (охо)»<sup>1380</sup>.

Родовой строй существовал в Японии примерно до V в. н.э., после чего начался период вождества и медленного формирования централизованного государства. В VI в. начинается период подъема государства Ямато, правители которого вели свое происхождение от богини Солнца Аматэрасу, усиливая тем самым собственную легитимность. Кроме того, со второй половины VI в. в Японию из Китая и Кореи активно проникает буддизм. Как констатируют А.Н. Мещеряков и М.В. Грачев, «буддизм был одной из составляющих того культурного потока, направленного с континента (из Кореи и Китая) в Ямато. В Ямато охотно заимствовались также некоторые конфуцианские и даосские идеи, многие элементы материальной культуры. Однако ни в Корее, ни в Китае буддизм не сыграл той колоссальной исторической роли, которая была уготована ему в Японии. В этом факте отражено, в частности, своеобразие историко-культурной ситуации, которая сложилась на архипелаге на момент формирования там государственности»<sup>1381</sup>. Действительно, в религиозном плане Япония отличается изначальной плюралистичностью, предполагающей мирное сосуществование собственно местной религии – синтоизма с буддизмом, конфуцианством и, уже значительно позднее, христианством. Изначальные верования японцев – синто («путь богов») формировались достаточно длительное время и не способствовали централизации власти. Как отмечают современные японоведы, «в самом общем виде синтоистские верования можно подразделить на культ предков (каждое родовое объединение поклонялось своему мифологическому первопредку – удзигами) и культ ландшафтных божеств (каждая гора, роща, река имели свое божество-покровителя). Даже не все ландшафтные и родовые божества (а значит и роды, им поклонявшиеся) были включены в постепенно складывающуюся систему официальных сакральных генеалогий, а многие роды испытывали неудовлетворение по поводу того места, которое занимали в пантеоне их родовые божества. Иными словами, синтоизм с неизбежностью служил носителем децентрализаторских тенденций на этом этапе развития государственности. Поэтому ранее государство не находило в синтоизме той идеологической опоры, которая ему требовалась»<sup>1382</sup>.

Собственно правовое развитие Японии уже четко просматривается в эпоху раннего Средневековья (VII–VIII века). Первоначально право не выделялось из неразрывной смежности социальных, религиозных и эпических норм и воззрений, которые были связаны с такими представлениями, как грех, «божий суд». Все эти понятия носили сакральный характер. В этом смысле Япония шла по тому же пути, что и Китай. Развитие собственно правовых норм происходило, главным образом, в уголовном и ад-

<sup>1380</sup> Еремин В.Н. История правовой системы Японии. М., 2010. С. 54.

<sup>1381</sup> Мещеряков А.Н., Грачев М.В. История древней Японии. М., 2010. С. 144.

<sup>1382</sup> Там же. С. 145–146.

министративном законодательстве конца VII – начала VIII веков. Первые кодексы появились во второй половине VII в. под непосредственным влиянием китайской правовой традиции. Как и в Китае, в Японии основное внимание уделялось административному и уголовному законодательству. В 701 году был составлен кодекс «Тайхо-рицурё» («Уголовный и административный кодекс годов Тайхо»). В 718 г. принимается кодекс «Ёро-рицурё» («Уголовный и административный кодекс годов Ёро»). К данным кодексам был написан ряд комментариев: «Рё-но-гигэ» (833 г.) и «Рё-но-сюгэ» (920 г.). Оба текста несли на себе явный отпечаток китайского права, так как комментаторы активно использовали в качестве образца действовавшее китайское законодательство. Как отмечает В.Н. Еремин, кодекс «Тайхо-рицурё» «характеризует тогдашнее состояние того, что сегодня мы называем уголовным и уголовно-процессуальным правом. Естественно, что четкого разделения этих отраслей еще не было. Для законодательства рицурё были характерны недостаточность разделения между администрацией и юстицией, уголовным и гражданским процессом, установлении в некоторых случаях института солидарной ответственности, смягчение наказания для привилегированных лиц. Наряду с этими примерами юридикотехнического несовершенства и неравенства перед законом, естественных для того времени, обращает на себя внимание развитость системы институтов – виновности, соучастия и т.п., достаточно продвинутая классификация преступлений»<sup>1383</sup>. Подобное положение нисколько не является чисто японской особенностью. Почти все цивилизации и народы, на ранней стадии государственности (исключением являлся Рим) основное внимание в сфере правового регулирования уделяли именно административному и уголовному законодательству. Творцом права на данной стадии развития являлось уже не общество, а государство в лице чиновников, которые, в свою очередь, использовали рецепированную конфуцианскую модель взаимоотношений власти и подданных. Поэтому японские кодексы и основывались на китайских образцах. Как полагает В.М. Воробьев, «введение в обиход этих кодексов открыло эпоху так называемого государства на Японских островах (рицурё Хокка). После обнародования кодексов и до конца этой эпохи в X веке текущее правотворчество осуществлялось в форме императорских указов (кяку) и постановлений (сики), периодически объединяемых в сборники. Первые имели более самостоятельное значение, вторые издавались в развитие административных и уголовных законов как их практическое осмысление. Но указы постепенно подменяли кодексы, создавая прецедент для все большего отхода от кодифицированного права»<sup>1384</sup>.

После распада в X веке единого государства кодексы фактически вышли из употребления. В эпоху феодальной раздробленности и нестабиль-

---

<sup>1383</sup> Еремин В.Н. Указ. соч. С. 72.

<sup>1384</sup> Воробьев М.В. Японский кодекс Тайхо Ёро рё (VIII в.) и право раннего средневековья. М., 1984. С. 10.

ности власти развитие права прекратилось, хотя император и крупные князья (даймё) издавали многочисленные узаконения. Основными нормами, применявшимися в этих актах, был «рицу» (уголовно-правовые предписания) и «рё» (административно-правовые нормы). Самое же большое значение придавалось правилам приличия («рё»), заменившим собой право и мораль. Эти правила опирались на сословную организацию общества и жесткое разделение труда (пожалуй, самыми известными были правила поведения самураев – профессиональных воинов, использовавших своеобразный «кодекс чести»). Несоблюдение правил «гири» влекло общественное порицание и осуждение, имевшие в традиционном обществе огромное значение. Современные компаративисты отмечают, что «японские микадо не могли долго удерживать перед своей неограниченной властью могущественных феодалов. Уже с XII века власть императора стала номинальной. Он жил уединенно в своем дворце, был полностью оторван от собственного народа, а власть от его имени осуществлял императорский фельдмаршал – сёгун. В бесконечных войнах феодалы стремились завоевать сёгунат и сделать его наследственным. Вплоть до XVI века трудно назвать в истории Японии период более или менее длительного внутреннего мира»<sup>1385</sup>.

Соответственно, правовое регулирование носило достаточно архаичный характер. Заметное снижение роли центрального правительства вело к росту сепаратистских тенденций и порождало региональное правотворчество. Крупных законодательных актов не существовало вплоть до последней трети XIX столетия. Одновременно шел медленный процесс становления собственно национальных черт права. Как полагает В.Н. Еремин, правовая система эпохи Токугава «отражала заметный отход от традиций рицурё. В ней получали дальнейшее развитие собственно японские начала. Правовые воззрения приобрели такую зрелость, что смогли служить основой национально-самобытного правотворчества. Доминировавшие взгляды на государство и право в ряде случаев отличались от господствовавших в Китае, в том числе по таким проблемам, как социальная стратификация, отношения собственности, политическая идеология и организация собственности, политическая идеология и организация, семейные отношения, преступление и наказание т.п.»<sup>1386</sup>. Следует принять во внимание то обстоятельство, что Япония на протяжении нескольких столетий находилась в режиме автаркии и не допускала на свою территорию иностранцев. Учитывая же островное положение страны, исключались внешние войны, объективно способствующие различным заимствованиям. Сёгунат Токугава отличался миролюбием и стремился не допускать столкновений с другими государствами.

---

<sup>1385</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 437.

<sup>1386</sup> Еремин В.Н. Указ. соч. С. 135.

## 16.2 Становление и развитие современной правовой системы Японии

С 1868 г., после падения власти сёгунов, в Японии началась эпоха «Мэйдзи» (по имени императора, номинально получившего всю полноту власти в стране). Причин модернизации было несколько, в том числе и зримое отставание в техническом и военном аспектах. Как и в любой другой стране, круто меняющей вектор своего развития, «формирование и развитие политической и правовой мысли в Японии нового времени на начальном этапе после Реставрации Мэйдзи породило много интересных идей и предложений по демократизации государственного устройства и политической практики. Демократические начала получили заметное развитие, во многом связанное с возросшей активностью национальных общественных сил. Значительное оживление правовой мысли во многом стимулировалось общим подъемом общественного сознания и реформаторского духа. В то же время под влиянием идеологии императорского строя и специфики традиционного японского группизма сложилась сложная модель политической мысли, которая не сводилась к типичной для Запада оси противостояния "прогрессивность – консерватизм", а переплеталась с другими осями – "вестернизация – сохранение национальных начал государственности", "идеалы обновления – практицизм бюрократического толка" и др.»<sup>1387</sup>. Японская этика осуществляла реформирование осторожно, но неуклонно. Прежде всего, новое правительство приняло решение о создании ряда кодексов по европейскому образцу. В обиход постепенно входили понятия субъективного права (кэнри) и юридической обязанности (гиму), отсутствовавшие в традиционном праве. С 1872 г. кодификационные работы в Японии осуществлялись под руководством французского профессора Г. Буассонада. В 1882 г. были приняты Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы, а в 1890 г. – Закон о судеустройстве и Гражданско-процессуальный кодекс. В 1898 г. был введен в действие Гражданский кодекс, за основу которого было взято Германское Гражданское уложение 1896 г. К сфере частного права относится и Торговый кодекс 1899 г. (во многом аналогичный соответствующему французскому кодексу). Торговый кодекс применялся согласно специальному правилу, сформулированному в ст. 1, которое гласит: «К торговым отношениям, не урегулированным настоящим кодексом должны применяться правовые обычаи торговли, а при их отсутствии – нормы Гражданского кодекса». Впоследствии под влиянием системы общего права в действующее законодательство были внесены существенные изменения (прежде всего, заимствована система доказательств в уголовном и гражданском процессах).

Политическое развитие Японии в начале XX века привело к оформлению монархии абсолютистского типа. Поэтому, по мнению А.Х. Саидова, с которым в целом можно согласиться, «правовым идеалам японского правительства больше импонировало право кайзеровской Германии с ее силь-

<sup>1387</sup> Еремин В.Н. Указ. соч. С. 167.

ной императорской властью, ограничением свобод подданных и сохранением привилегий помещиков-юнкеров. Процесс рецепции в японском праве переместился от французского права к германскому. К концу первой четверти XX в. германское влияние стало основным и оставалось таким до капитуляции Японии во Второй мировой войне. Другими словами, в японском праве можно было узнать точное отображение немецкой юридической науки»<sup>1388</sup>.

Этому способствовало сохранение и юридическое закрепление в Конституции 1889 г. ряда традиционных японских принципов:

- повиновение императору;
- преданность нации;
- святость правления, осуществляемого бескорыстным, хорошо подготовленным чиновничеством, возглавляемым министрами, назначенными на свои посты императором;
- самоотверженная служба;
- отрицание раздоров, вызванных столкновением интересов различным политических групп;
- подчинение личных интересов всеобщему благу нации<sup>1389</sup>.

Кроме того, и это обстоятельство нельзя сбрасывать со счетов, европеизированное право в Японии во многом носит формальный характер, это «право в книгах», но не «право в жизни». Несоизмеримо более важным являлось и является такое явление, как правила «гири». Как отмечает М.А. Исаев, «в основе этого понятия лежит конфуцианское представление о должном типе поведения, проявляющимся, например, в отношениях отца с сыном или сына по отношению к отцу, мужа и жены и т.п. Вплоть до сегодняшнего дня в глазах японцев общество представляет собой конфуцианскую гармоничную иерархию, сродни естественному порядку, в котором социальные функции человека деперсонализированы. Человек – своего рода винтик в сложной системе иерархических отношений. В такой системе право играет скорее вспомогательную роль, ту роль, когда конфликт становится настолько неразрешимым, что его возможно решить только прибегая к внешней, т.е. неестественной силе – к суду»<sup>1390</sup>. В целом, основными чертами обновленного японского права конца XIX – первой половине XX столетия выступали:

- конституция Мэйдзи не подвергалась никаким изменениям вплоть до окончания Второй мировой войны;
- несмотря на потребности стремительного развития капитализма в стране не формировалось капиталистическое обычное право. Вместо него принимались отраслевые кодексы;
- система законодательства как средство политики содействия развитию капитализма строилась в виде совокупности множества специальных

---

<sup>1388</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. С. 200.

<sup>1389</sup> Мах-Клейн Дж.Л. Япония. От сегуната Токугавы в XXI век. М., 2011. С. 301.

<sup>1390</sup> Исаев М.А. Указ. соч. С. 870.

законов;

- традиционные общественные отношения и соответствующие им социальные нормы вступили в сложные связи с новой системой законодательства;

- на процесс правового развития Японии сильное влияние оказывала международная обстановка<sup>1391</sup>.

До 1945 г. правовая система Японии в целом основывалась на романо-германском праве. После военного поражения и капитуляции страна была оккупирована американцами, что способствовало демилитаризации и, одновременно, повлекло определенные заимствования из семьи общего права. Конституция Японии 1947 г. была фактически написана американскими оккупационными властями. В ней оказались закреплены многие принципы естественного права. Американское влияние прослеживается в особенностях закрепления прав и свобод граждан, структуре и функциях Верховного Суда Японии, получившего полномочия осуществлять конституционный контроль.

Источником современного права Японии, кроме законодательства, являются все менее применяемые обычаи и нормы морали. Решения судов формально не являются источниками права, однако практически акты высших судов (прежде всего – Верховного суда) воспринимаются субъектами права как нормативные акты, подлежащие неукоснительному исполнению. Следует принять во внимание то обстоятельство, что «Верховный суд также осуществляет определенные полномочия судебного управления в соответствии с традициями судебного централизма данной страны. В этом качестве он обобщает судебную практику, издает руководящие указания для нижестоящих судов, а также положения о процедуре при судах, а также имеющие административный характер акты о судебной дисциплине и об управлении судами. Он наделен также властью устанавливать правила процедуры судопроизводства, работы адвокатов, внутреннего распорядка в судах, правила управления судебными делами»<sup>1392</sup>.

Отрасли материального и процессуального права в послевоенные годы подвергались существенной переработке. Бурное развитие получило трудовое право. Оно основано на ряде важных нормативных актов, к числу которых относятся:

- Закон о трудовых конфликтах 1949 г.;
- Закон об условиях труда 1947 г.;
- Закон о трудовых стандартах 1947 г.;
- Закон о профсоюзах 1949 г.

Как верно отмечает И.Я. Киселев, «формирование японского трудового права происходило в условиях американской военной оккупации и в значительной мере осуществлялось по американскому образцу. Американские

---

<sup>1391</sup> Еремин В.Н. Указ. соч. С. 173–174.

<sup>1392</sup> Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Особенная часть // отв. ред. Б.А. Страшун. М., 2006. С. 899.

власти в Японии активно способствовали созданию трудовых норм, отвечающих задачам укрепления позиций капитализма и в то же время достаточно гибких, учитывающих новые условия, сложившиеся в Японии в результате разгрома японского милитаризма»<sup>1393</sup>.

Следует, однако, принять во внимание то обстоятельство, что японское общество, относимое к странам запада по уровню материально-технического развития, по ментальным характеристикам остается постоянным. Так, ряд исследователей отмечает, что «многие положения Конституции и названных законодательных актов не только не соблюдаются предпринимателями, но и нарушаются текущим законодательством, регулирующим трудовые отношения в различных отраслях деятельности или применительно к различным категориям работников. В частности, широко бытует дискриминация женщин, в особенности замужних, при приеме на работу и увольнении с нее. Весьма ограничено право на забастовку государственных и муниципальных служащих»<sup>1394</sup>. Трудовые отношения в Японии вообще отличаются рядом специфических черт. Во-первых, это ярко выраженный патернализм, означающий восприятие фирмы или учреждения как «второго дома». Работник за личную преданность интересам работодателя и усидчивость в труде получает надбавки к зарплате и иные льготы за выслугу лет. Во-вторых, трудовая этика японцев предусматривает интенсивный режим работы (9–10 часов по сравнению с 7–8 часами в Европе) и дополнительную деятельность в «кружках качества» и аналогичных общественных ячейках. Во многом благодаря этим особенностям Япония достигла огромных экономических успехов.

Значительную роль играет развитое правоохранительное законодательство. С конца 50-х гг. XX в. изданы следующие системообразующие нормативные акты в этой сфере:

- Закон об охране вод от загрязнения промышленными отходами 1958 г.;
- Закон о контроле над качеством выработанных в окружающую среду 1962 г. дыма и сажи;
- Основной закон о контроле за загрязнением окружающей среды 1967 г.;
- Закон о наказаниях за преступления экологического характера 1970 г.;
- Закон о регулировании вибрации 1977 г.

В целом современное право Японии примыкает к романо-германской правовой системе. Оно подразделяется на публичное и частное. Кодифицированным, кроме материального права, является и процессуальное право. В частности, УПК 1948 г. во многом строится по американским стандартам и направлен на демократизацию правосудия. Исследователи отмечают, что «в действующей судебной процедуре переплетаются элементы прошлого, связанные прежде всего с "инквизиционным процессом", в ко-

---

<sup>1393</sup> Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 55.

<sup>1394</sup> Правовые системы стран мира. С. 819.

тором решающая роль принадлежит признанию обвиняемого, и элементы, заимствованные из англо-американской системы судопроизводства, где всячески подчеркивается состязательный характер судебного процесса и внешне беспристрастная позиция судьи»<sup>1395</sup>. Предварительное же следствие в Японии до сих пор ориентировано на получение признания подозреваемого. Однако это требование признания собственной вины основано на конфуцианской морали, предусматривающей возможность и желательность примирения сторон не только в рамках гражданского, но и уголовного процесса.

Несмотря на все вышесказанное о модернизации японского права, имеются определенные константы национального правопонимания. Так, любое противостояние сторон, явная конкуренция между ними считаются нежелательными. Основой повседневного поведения является не позитивное право, а уже упоминавшиеся социальные нормы – «гири», установленные для каждого вида человеческих отношений традицией и исходящие из существования (по крайней мере внешнего) чувства привязанности – «нинхо», которое объединяет людей в их взаимоотношениях. Поэтому конфликтующие стороны прилагают максимум усилий для заключения мирового соглашения. По мнению многих японцев, субъективное право обезличивает человеческие отношения, оно ставит всех людей в положение равенства вопреки иерархическому порядку, который, согласно конфуцианской доктрине, существует в мире. По утверждению А.Х. Саидова, «японцы предпочитают сохранять размеренную общественную жизнь с помощью правил, которые в гораздо большей степени соответствуют их менталитету, чем правовые нормы. С этой целью все общественные отношения уподоблены семейным отношениям и должны регулироваться правилами, относящимися к семье. Но ввиду бесконечного многообразия общественных отношений эти правила хотя и проникнуты одним духом, также бесконечно изменчивы»<sup>1396</sup>.

Следует отметить то обстоятельство, что семейные отношения японцев патриархальны и чрезвычайно иерархичны. Именно на этот момент обращает внимание известная американская исследовательница Р. Бенедикт, описывая различные социальные практики в Японии<sup>1397</sup>.

Законодательство предусматривает различные виды мировых соглашений. На досудебной стадии используется процедура «ёдан». Она предусматривает обращение сторон к посреднику для разрешения конфликтной ситуации. Если противоречия не удалось разрешить, то стороны могут обратиться в суд. На основании ст. 136 ГПК Японии судья должен стремиться в ходе судебного процесса привести стороны к примирению. Эта процедура называется «викай». Судья сам осуществляет роль посредника на любой стадии процесса. Кроме того, стороны, обратившись в суд, могут про-

---

<sup>1395</sup> Правовые системы стран мира. С. 821.

<sup>1396</sup> Саидов А.Х. Указ. соч. С. 207.

<sup>1397</sup> Бенедикт Р. Хризантема и меч: модели японской культуры. СПб., 2004. С. 192–198.

суть о создании примирительной комиссии, которой будет поручено предложить сторонам возможный вариант мирового соглашения. В состав такой комиссии входят два посредника и судья, однако последний не участвует в заседаниях, чтобы не влиять на процесс выработки соглашения. Такая процедура именуется «шотей». По определенным категориям дел (семейные и трудовые конфликты) она является обязательной. Если сторонам не удалось достичь мирового соглашения, то дело будет рассмотрено судом по одному из двух вариантов: либо с использованием действующего законодательства, либо путем подтверждения мирового соглашения, предложенного посредниками. В последние десятилетия в среднем 50% исков в рамках гражданского судопроизводства удовлетворяется в результате примирения сторон. Надо, однако, учитывать тот факт, что подчинение населения Японии нормам «гири» не носит безусловного характера. В основном эти правила сохраняют свою значимость в сфере частной жизни и, соответственно, частного права (семейные отношения). Выражается это, например, в том, что до 90% разводов происходит по взаимному согласию сторон, а общее их число не идет ни в какое сравнение с ситуацией в Западной Европе и, тем более, в России. Существенным является и то, что правила «гири» носят изменчивый и дискретный характер (они могут быть исполнены полностью лишь в определенный момент времени). Сложнее с иными формами традиционных ценностей в Японии. В их адрес известный компаративист Р. Давид бросил упрек в «антиюридической направленности», хотя маститый ученый в данном случае неправ. Нельзя подходить ко всем правовым системам с одной меркой. Любая цивилизация исходит из собственных культурно-исторических традиций в оценке должного и конкретных форм его проявления. Способы коммуникативных связей вполне могут опираться на нравственно-религиозные принципы. Как отмечает Г.В. Мальцев, «религиозный и правовой способы регуляции человеческого поведения обнаруживают несомненное сходство в том, что грехи, как и правонарушения, различаются по степени тяжести и, следовательно, влекут за собой наказания различного характера и неодинаковой меры. Поскольку греховность поражает тело и душу человека, выделяются чувственные и духовные грехи, при этом последние <...> считаются наиболее опасными, трудно преодолимыми. Право, во всяком случае, не берется за искоренение таких пороков»<sup>1398</sup>. Государственное правотворчество в Японии, в отличие от стран романо-германского права, не пытается быть всеохватным. Образно говоря, во внеевропейском пространстве трактовать «право» можно очень широко. К нему вполне допустимо применить онтологическое определение, согласно которому право понимается как «основанный на социально признанных и общеобязательных нормах коммуникативный порядок отношений, участники которого имеют взаимообусловленные правомочия и обязанности»<sup>1399</sup>. Применив данное определение

---

<sup>1398</sup> Мальцев Г.В. Нравственные основания права. М., 2008. С. 424.

<sup>1399</sup> Поляков А.В. Общая теория права. СПб., 2003. С. 276–277.

права к рассматриваемой нами проблематике, получим однозначный ответ: социальная значимость традиционных ценностей и их использование в качестве способа межсубъектной коммуникации позволяют признать их аналогом права в европейском понимании. Отрицание самобытности той или иной цивилизации лишь на том основании, что в ней господствует другой тип правосознания, и социальное регулирование строится на традиционных ценностях, является показателем безграмотности. Традиции и новации должны органично сочетаться, в противном случае мы получим радикальное реформаторство, не подкрепленное возможностями общества, либо замшелый консерватизм, во что бы то ни стало старающийся сохранить «устой». Японское общество еще в раннем Средневековье восприняло из Китая буддизм и конфуцианство, которые, наряду с религией синто, до сих пор служат основой мировоззрения большинства населения. Исследователи отмечают, что «сложившееся под влиянием этих религиозных течений японское правосознание характеризуется понятием "ва" (дух гармонии). В этом понятии соединяются присущие японской культуре представления об иерархии и гармонии. Принцип "ва" требует уклоняться от критики (критика допускается только в завуалированной форме, чтобы критикуемый "не потерял своего достоинства") и предполагает мирное, любовное разрешение споров...»<sup>1400</sup>. Таким образом, традиционные ценности заполняют современные юридические формы и оказывают решающее воздействие на правовое развитие страны. Несмотря на значительную вестернизацию после 1945 г. Япония, по сути, остается типичной представительницей Востока, со своими особенностями и неповторимым колоритом.

## **Глава 17. Обычное право Африки**

### **17.1 Основные черты социальной организации**

На протяжении многих тысячелетий основой взаимодействия и жизнедеятельности людей на африканском континенте выступал род, представлявший собой замкнутый круг кровных родственников, находящихся по отношению друг к другу в иерархической соподчиненности. Род занимал определенную территорию, считавшуюся коллективной собственностью всех его членов. Современные этнографы, определяя основные признаки родовой организации общества, указывают на три из них: экзогамию, унитарность и корпоративность. Рассмотрим эти системообразующие признаки рода.

1. Экзогамия. Ее можно определить как «обычай, предписывающий заключение брака за пределами определенной общности или в пределах другой определенной общности. Экзогамия возникла как экзогамия рода, соединяясь с эндогамией объединяющего роды племени»<sup>1401</sup>. Отношения

---

<sup>1400</sup> Административное право зарубежных стран. М., 2003. С. 404.

<sup>1401</sup> Тавадов Г.Т. Этнология: словарь-справочник. М., 1998. С. 562.

членов рода, являющихся родственниками, основаны на строжайшем запрете половых отношений внутри рода. Такой запрет первоначально носил биологический характер в целях самосохранения общности, а затем получил религиозное подкрепление в виде различных форм «табу»<sup>1402</sup>.

2. Унилинейность. Это особый тип отсчета родства в традиционном обществе. Он заключается в существовании общего предка данного рода (если род еще очень молодой, то этот общий прародитель может и здравствовать). Знание внутриродовых отношений играет важную роль при распределении обязанностей и наделении правами, при определении основания вступления в брак или установлении наличия препятствий для его заключения.

3. Корпоративность. Род является замкнутой организацией, приспособленной к постоянному автаркичному (независимому) существованию, основанному на совместном труде его членов. Все иные люди (то есть члены других родов) считаются чужаками и заслуживают соответствующего отношения. Внутри же рода необходимо постоянное поддержание единства действий и сопричастности к общему делу. По мысли В.А. Попова, «относительно символов единства можно предположить, что имеются в виду не только собственно символы (название родов, тотемы, девизы, наборы личных имен, ритуальные атрибуты и т.п.), но и те признаки, которые сплачивают людей и укрепляют социальную общность, то есть создают феномен корпоративности, определяющий самоидентификацию членов рода и способствующий возникновению чувства группового единства. К ним, несомненно, следует отнести общий культ предков и связанную с ним обрядность, взаимные права и обязанности (в том числе и в связи с распоряжением собственностью рода)»<sup>1403</sup>.

Господство «досовременных», архаичных черт в культуре Африки вызвано множеством объективных и субъективных факторов, к числу которых можно отнести следующие:

- общая социально-экономическая отсталость и низкий уровень жизни большинства населения;
- прерванность естественно-исторического и политического развития в результате колонизации;
- особое отношение индивидуального и корпоративного в цивилизационном развитии африканских обществ;
- господство синкретичного мировоззрения;
- приверженность к традиционным ценностям<sup>1404</sup>.

Если же говорить о внутреннем состоянии родовых групп в традиционном африканском обществе, то, как отмечает Н.М. Гиренко, «мы можем, как представляется, констатировать, что характерной особенностью пер-

---

<sup>1402</sup> Фрейд З. Тотем и табу // Вопросы общества. Происхождение религии. М., 2008. С. 287–444.

<sup>1403</sup> Попов В.А. К вопросу о структурообразующих принципах рода и родовой организации // Ранние формы социальной организации. СПб., 2000. С.18.

<sup>1404</sup> Ирхин Ю.В. Социология культуры. М., 2006. С. 454–455.

вичного социума помимо деления по полу и возрасту является наличие индивидуальных ячеек воспроизводства, являющихся только основой эволюции системы семейно-родственных отношений, обладающих относительной экономической и социальной самостоятельностью в рамках общинного коллектива. Существование ячеек не зависит от уровня развития системы семейно-родственных отношений, определяется вероятностной экзогамией и половозрастным разделением общественных функций»<sup>1405</sup>.

Оставаясь длительное время основной формой совместной жизни людей в Африке, род входил в более крупные социально-политические образования (племя, союз племен, а впоследствии – в вождества). До эпохи позднего средневековья в Африке отсутствовали какие-либо крупные политические объединения (мы в данном контексте не включаем в африканскую цивилизацию Северную Африку и не рассматриваем историю Аксума (Эфиопии) т.к. это – территории, развивавшиеся под воздействием внешних сил и шедшие по иному пути, чем собственно «черная Африка»).

Ко времени появления европейцев самой распространенной политической организацией на Черном континенте являлось вождество. Его можно определить как «"социальный организм" состоящий из группы общинных поселений, иерархически подчиненных центральному наиболее крупному из них, в котором проживает правитель (вождь). Последний, опираясь на зачаточные органы власти, организует экономическую редиистрибутивную, судебную-медиативную и религиозно-культовую деятельность общества»<sup>1406</sup>. Основными признаками вождества являются следующие:

- наличие надлокальной централизации;
- существование иерархической системы принятия решений и институтов контроля, но отсутствие узаконенной власти, имеющей монополию на применение силы;
- четкая социальная стратификация в виде тенденции к образованию эндогамной элиты как замкнутого сословия;
- значительная роль редиистрибуции – перераспределения прибавочного продукта по вертикали;
- наличие общей идеологической системы и этнокультурной целостности;
- ограниченные полномочия правителя вождества;
- сакрализованный теократический характер верховной власти<sup>1407</sup>.

В целом можно сделать вывод о том, что вождество является сложной социокультурной и политической системой, обеспечивающей определенную (хотя и временную) стабильность жизни значительного числа людей. Само же вождество сложилось в результате усиления власти военных вождей, что, в свою очередь, было вызвано увеличением численности, населе-

<sup>1405</sup> Гиренко Н.М. Социология племени. Л., 1991. С. 164.

<sup>1406</sup> Крадин Н.Н. Вождество: современное состояние и проблемы изучения // Ранние формы политической организации: от первобытности к государственности. М., 1995. С. 11.

<sup>1407</sup> Крадин Н.Н. Политическая антропология. М., 2004. С. 167.

ния и концентрацией излишков труда в руках родоплеменной знати.

В связи с этим актуальным представляется рассмотрение вопроса о том, существовало ли (и существует ли в настоящее время) право вне государства и до государства. Мы считаем возможным ответить на этот вопрос положительно. Рассматривая проблематику происхождения права, мы ранее постарались показать, что нормативное регулирование в акефальных обществах осуществляется без опоры на централизованные властные структуры. При этом эффективность регулирования не ниже, чем в обществах с государственной организацией. В юридической литературе, посвященной проблеме соотношения государства и права, справедливо отмечается тот факт, что «государственная власть суверенна в том отношении, что она может изменить или отменить любые нормы права; но произвольное решение власти, противоречащее действующей норме права, явно выходит за пределы права и вносит дезорганизацию, беспорядок в общественные отношения. За пределы права явно и очевидно выходят распоряжения власти по вопросу, уже урегулированному правом, нормы которого рассчитаны на длительное время. Таковы, например, распоряжения о дополнительных сборах и поборах, о возложении на всех или часть подданных повинностей и обязанностей, не предусмотренных действующим правом, нарушение установленного обычая или законом порядка рассмотрения каких-либо юридических дел и т.п.»<sup>1408</sup>. Если понимать под правом совокупность правил поведения, социально значимых для данного общества и защищаемых им от нарушений, то такое право является первичным по отношению к государству и вполне может эффективно функционировать, опираясь на общественное мнение. Кроме того, с позиций социальной антропологии, ранние формы права, существующие в виде обычаев, в общем и целом воспринимаются в рамках соответствующей картины мира как неотъемлемая часть повседневности и соблюдаются добровольно. По справедливому суждению известного этнографа Б. Малиновского, «если определить совокупность правил, конвенций и образцов поведения как систему обычаев, то нет ни малейшего сомнения, что туземец испытывает к ним большое уважение, склонен делать то, что делают и одобряют другие люди. Если его устремления или интересы не идут в разрез с данными правилами, то он пойдет по пути, указанному обычаем, а не по какому-то иному. Сила привычки, почитание и любовь к ней, стремление угождать общественному мнению – из всего следует, что обычаю туземец подчиняется просто потому, что это обычай»<sup>1409</sup>. Однако не следует забывать и то обстоятельство, что понимание «должного» на ранних стадиях развития общества заметно отличалось от современных представлений. По верному замечанию А.Р. Рэдклифф-Брауна, «в своем начальном развитии право тесно пе-

<sup>1408</sup> Лейст О.Э. Методологические проблемы соотношения государства и права // Теоретико-методологические проблемы права. Вып. 2 / под ред. М.Н. Марченко. М., 2007. С. 36–37.

<sup>1409</sup> Малиновский Б. Преступление и обычай в обществе дикарей // Избранное: динамика культуры. М., 2004. С. 237.

реплеталось с магией и религией; правовые санкции были тесно связаны с ритуальными. Полное понимание истоков права в простых обществах может быть поэтому достигнуто только при сравнительном изучении всех систем общественных санкций в целом»<sup>1410</sup>.

Конечно, право в архаических обществах, особенно при отсутствии письменности, приобретает значение именно благодаря магии и религии. Это устойчивые способы поддержания общественного порядка и эффективного функционирования данного социально-политического образования. Ранние формы религии, самым тесным образом переплетавшиеся с мифологизированным сознанием и мышлением, выполняли определенные социальные функции, к числу которых относились:

1. Стереотипизация – упрощение явлений, событий и идей, сведение их к стандартам и образцам, по которым строится мышление и поведение людей.

2. Компенсаторная функция – объяснение непонятного и его включение в имеющиеся представления о мире.

3. Освобождение от логического насилия – вера в миф в какой-то мере спасает людей от психического насилия, вызванного необходимостью постоянно следовать рациональным культурным установкам.

4. Символизация. Так как мифологическое мышление отталкивается от каких-либо реальных фактов, то мифологический вымысел становится символическим «кодом», в котором выражаются связанные с этими фактами смыслы<sup>1411</sup>.

Таким образом, «миф – это яркая и подлинная действительность, ощущаемая, вещественная, телесная реальность, совокупность не абстрактных, а переживаемых категорий мысли и жизни, обладающая своей собственной истинностью, достоверностью, закономерностью и структурой и в то же время содержащая в себе возможность отрешенности от нормального хода событий, возможность существования иерархии бытия»<sup>1412</sup>. Кроме всего прочего, следует учитывать и тот факт, что вождества в Африке состояли из значительного числа людей (иногда – несколько сотен тысяч) и поддержание порядка осуществлялось представителями правящей элиты и родовыми старейшинами почти без применения насильственных форм воздействия (в обычных условиях). Также важным представляется и то обстоятельство, что африканские политические сообщества не обладают длительной устойчивостью. Государственность Черного континента носит «верхушечный» характер, не проникая в массовое сознание людей, поэтому различные соционормативные регуляторы используются населением помимо предписаний власти и часто вопреки последним. Право, с позиций социально-антропологического подхода к нему, «является формой господ-

<sup>1410</sup> Рэдклифф-Браун А.Р. Структура и функция в примитивном обществе. М., 2001. С. 252.

<sup>1411</sup> Окладникова Е.А. Социология культуры. СПб., 2008. С. 150–152.

<sup>1412</sup> Ионин Л.Г. Социология культуры. М., 2004. С. 198.

ствующей социальной связи, определяющей положение человека в обществе и обеспечивающей воспроизводство социального целого. В отличие от родоплеменного строя, где право закрепляло кровнородственные отношения, в вождестве и ранних государствах (античных полисах, восточных деспотиях или средневековых княжествах) право оформляет прежде всего отношения территориального членства и принадлежность к определенному сословию <...>. Усложнение социальной структуры неизбежно требует и изменения формы права. Поэтому обычай заменяется законодательством – господствующей формой права (вместе с судебными прецедентами) раннегосударственного общества. Содержание же права – эквивалентность и формальное равенство в принципе, остается неизменным»<sup>1413</sup>. Можно выделить несколько основных функций права в обществах (в том числе и африканском) на ранней стадии политогенеза:

- определение отношений между людьми, установление дозволенной и запрещенной деятельности в целях обеспечения минимальной интеграции между индивидами и группами внутри общества;

- смирение насилия и направление энергии на установление порядка, распределение власти и определение того, кто вправе осуществлять физическое принуждение с выбором наиболее эффективной санкции;

- избавление от затруднительных случаев, когда они возникают;

- изменение при необходимости системы взаимоотношений между членами сообщества для большей приспособляемости к условиям жизни.

В современной теории права (в ее социологической и феноменолого-коммуникативной интерпретациях) вполне обоснованно делается вывод о том, что «появление права является одним из признаков, характеризующих человеческие общества, существующие в рамках истории, так как свидетельствует о появлении человеческих индивидуумов, обладающих определенной свободой: возможностью действовать осуществляя сознательный выбор того или иного варианта поведения на основе социально-признанных норм должного»<sup>1414</sup>.

## 17.2 Источники обычного права Африки

В отличие от остальных правовых семей, источники обычного права африканских народов можно подразделить на три основных блока:

1. Мифологический закон. Мифологические воззрения выполняют в традиционном обществе важную роль: они являются, по сути, первой по времени возникновению нормативной системой, которая иносказательно предлагает субъектам общественных отношений определенные правила поведения: их нарушение приводит к общественному порицанию. Отличие мифологизированного закона от современного понимания нормативного акта состоит, прежде всего, в том, что мифологизированный закон создает-

---

<sup>1413</sup> Честнов И.Л. Актуальные проблемы теории государства и права: исторические предпосылки и эволюция государства и права. СПб., 2005. С. 34.

<sup>1414</sup> Поляков А.В. Общая теория права. С. 227.

ся не конкретными людьми одновременно, а обществом в целом. На этот процесс оказывают влияние различные социальные и родовые группы и интересы. Как отмечает Е.Я. Режабек, «миф – это не продукт индивидуальной фантазии или индивидуального "сказывания" по поводу изображаемого события. Назначение мифоритуальной деятельности заключалось в выработке эталонной схемы (матрицы) поведения. В любом коллективе культура представляет собой набор функционально различных способов деятельности, тиражируемых обществом. Культура есть образование деятельности, упреждающее саму эту деятельность. Как программа задает операции, необходимые для производства некоего социально значимого результата, так специфика культуры заключается в том, что она задает способ деятельности каждому отдельному человеку»<sup>1415</sup>.

Мифологические системы отличаются своеобразной логичностью, четкостью и направленностью на достижение гармонии между человеком и природой. Это вполне естественно, если мы учитываем особенности мышления большинства представителей архаического общества. С позиций социально-антропологического подхода к праву «требования закона отличаются от остальных правил тем, что они воспринимаются и понимаются как обязанности одних и правомерные притязания других людей. Эти притязания санкционированы не только психологическими мотивами, но и определенным социальным механизмом. Данный механизм обладает объединительной силой, основан <...> на взаимной зависимости людей и выражается в равновесной последовательности взаимных услуг, а также в сочетании выдвигаемых участниками всей совокупности транзакций требований, в переплетении многосторонних связей. Церемониальный характер большинства транзакций укрепляет их объединяющую силу, поскольку обеспечивает публичный контроль над ними и возможность открытой критической оценки действий участвующих в ней сторон»<sup>1416</sup>. Все вышесказанное накладывается на специфику мышления людей традиционного социума, которое, в отличие от европейцев, во многом носит ассоциативный характер и направлено на воспроизводство существующего порядка. Господство традиции выражается в следующем:

- особые отношения между властью и обществом, а также между властью и индивидом;
- сохранение политического влияния вождей;
- превалирование группового политического сознания над индивидуальным, так как согласно традиции интересы отдельной личности подчинены интересам общества (большой семьи, племени, клана);
- проявление трибализма (психология и идеология этнической исключительности);
- распространенность мифологизированного сознания<sup>1417</sup>.

---

<sup>1415</sup> Режабек Е.Я. Мифомышление (когнитивный анализ). М., 2003. С. 84.

<sup>1416</sup> Малиновский Б. Указ. соч. С. 239.

<sup>1417</sup> Косухин Н.Д. Политология развития африканских стран. М., 2009. С. 94.

Соответственно, архаическое мышление консервативно, статично и активно сопротивляется радикальным изменениям (именно эти его свойства привели в постколониальный период развития Африки к отказу большинства независимых государств континента от европейских форм правления и правового регулирования).

Такая ситуация лишний раз подтверждает тезис о том, что «среди элементов традиционного права прежде всего выделяется тесная связь, прямо-таки слияние человеческого и божественного, права и религии в такой дихотомии, которая почти перечеркивается ее вторым смыслом, так что возможна единственная аналогия с западной юридической традицией, а именно с устройством католической церкви, основанным на каноническом праве. Такое положение является отражением философских концепций традиционных африканских обществ, а также множества других, согласно которым (в отличие от культурной традиции греко-римского происхождения) естественный мир и вместе с ним человек и мир небесный образуют единую и неделимую реальность»<sup>1418</sup>.

2. Обычай. Это правило поведения, сформировавшееся в результате длительного применения и санкционированное общественным мнением. Обычай – основная форма традиционного африканского права. Его характерной чертой является сегментарность и отсутствие систематизации. Обычаи могут подразделяться на родовые и племенные. В этом контексте необходимо уяснить что же понимается под правовым обычаем, и есть ли у него отличительные признаки, позволяющие отграничить его от бытовых обычаев. В современной отечественной юридической науке превалирует сугубо позитивистская трактовка правового обычая, так как под этим феноменом понимается только такой обычай, который получил признание со стороны государства и обеспечивается его принудительной силой в случае несоблюдения (А.В. Малько, Т.Н. Радько и др.). Однако подобная трактовка правового обычая является, на наш взгляд, слишком узкой. Как справедливо полагает С.В. Бошно, «в условиях государственного порядка управления общественными отношениями роль обычая значительно уменьшилась за счет появления и развития других форм права. Однако заявления о том, что в современном мире обычай – невостребованная форма права, устаревшая, проигрывающая по определенности и другим критериям нормативным правовым актам, оказались неосновательными. Напротив, в современном мире имеет место прямо противоположная тенденция – усиление роли обычаев, особенно в сфере гражданско-правовых, трудовых и семейных отношений»<sup>1419</sup>. Соответственно, основными признаками правового обычая выступают:

- длительное фактическое осуществление определенного правила поведения;
- определенность правила поведения, его оформленность;

---

<sup>1418</sup> Пирцио-Бироли Д. Культурная антропология тропической Африки. М., 2001. С. 90.

<sup>1419</sup> Бошно С.В. Теория государства и права. М., 2007. С. 121.

- непротиворечие нормативным правовым актам;
- действие по отношению к нормативным правовым актам субсидиарно, по прямому разрешению или указанию;
- разумность обычая, его соответствие общественному представлению о приличном, здоровом, достойном;
- признание правила поведения формой права со стороны государства, осуществленное в принятом для данной страны порядке.

Государственное санкционирование правового обычая осуществляется следующими способами:

- путем указания на обычай в нормативно-правовом акте (отсылки к обычаю);
- использованием обычая в качестве нормативной основы судебного решения<sup>1420</sup>.

С позиций социально-антропологического измерения права важны и чисто «жизненные» аспекты правовых обычаев, к числу которых можно отнести такие их характеристики, как:

- трактовка обычаев в качестве правил поведения, которые никем сознательно, а тем более целенаправленно не устанавливаются и не санкционируются;
- обычаи складываются в результате весьма длительного, частого, многократного повторения одних и тех же действий одними и теми же лицами или группами (группой) лиц;
- обычаи относятся к такому виду неправовых социальных норм, которые связаны с общественной психологией;
- обычаи соблюдаются не в силу опасения перед государственным принуждением или иными формами официального давления, а в силу выработанной привычки, естественной потребности человека в определенной манере поведения, очерченной рамками этого обычая<sup>1421</sup>.

Для системы обычного права, к которой принадлежит и африканское право, наличие государственного признания необязательно хотя бы в силу сегментарности самого общества. Многие традиционные африканские объединения не знали государственности в современном смысле слова, и их политическое развитие не пошло далее сложных вожеств (европейцы, начав в Новое время колонизировать Африку, столкнулись не с государствами, а с вожествами, включенными со временем в состав колониальных владений и сохранившими традиционных правителей до наших дней). Кроме того, само право понимается у народов Африки очень широко. Например, Г.В. Мальцев приводит следующий перечень значений:

- обычай, традиционное общение, манера, привычка, внутреннее пристрастие или техническая форма ремесла;

<sup>1420</sup> Протасов В.Н., Протасова Н.В. Лекции по общей теории права и теории государства. М., 2010. С. 235–236.

<sup>1421</sup> Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права. В 2-х т. М., 2007. Т. 2. С. 512.

- специально установленные правила и указания племенных или родовых советов;
- решения племенных или родовых советов, действующих в качестве судов по разбору частных споров;
- указания лиц, облеченных властью, своим подчиненным;
- традиционные нормы и институты, признаваемые многими племенами – так называемые законы племен (или наций);
- общие идеи о справедливости, правде и честности, равенстве и истинности, которые должны быть известны вождям и судьям и которые называются «законами человечества или бога»;
- определенные моральные посылки относительно приличных отношений между людьми, одни из них – общие для всех людей («законы человечества»), другие приняты в обращении со своими;
- законы человеческой природы («законы бога»), имеющие моральное значение и нарушаемые не только аморальным действием, но и мыслью о таковом.

Г.В. Мальцев справедливо замечает, что «такая многозначность в известной мере объясняется спецификой связи и совместного функционирования всех нормативно-регулятивных систем, вследствие чего смысл, вкладываемый в понятие права современным обществом, никогда не может стать политически или морально нейтральным, сколько бы этого ни требовали юридический позитивизм и сторонники "чистого" понимания права»<sup>1422</sup>.

Исходя из вышеперечисленных элементов традиционного правопонимания, совершенно бессмысленно применять к нему понятия, используемые романо-германской юриспруденцией по отношению к собственной правовой семье. Ведь она отталкивается от наличия огромного пласта письменных документов, а народы Африки либо не имеют собственной письменности (в настоящее время государственными языками африканских стран являются языки бывших метрополий), либо она недостаточно развита, чтобы позволить создать систему нормативных актов или, тем более, единый свод законов. Бесписьменная культура опирается на сильно развитую и направленную в глубь веков историческую память, сохраняющую и интерпретирующую происходившие внутри рода или племени события, в том числе и имеющие юридический характер. Поэтому сложно согласиться с А.В. Поляковым, определяющим правовой обычай «как правовой текст, сложившийся на основе постоянного и единообразного повторения каких-либо фактических отношений и интерпретируемый как общезначимая и общеобязательная норма, имеющая предостаточно обязывающий характер»<sup>1423</sup>.

По нашему мнению, текстуального выражения обычного права не су-

<sup>1422</sup> Проблемы общей теории права и государства / под ред. В.С. Нерсесянца. М., 1999. С. 107.

<sup>1423</sup> Поляков А.В. Указ. соч. С. 639.

ществует, так как с момента записи обычая он трансформируется в закон. Кроме того, реальное положение дел во многих африканских странах таково, что европеизированное законодательство применяется в основном горожанами, так или иначе включенными в современные экономические и политические процессы. Правовой обычай обладает социальной значимостью и общественным признанием только в рамках рода или племени, а для чужаков он нормативным содержанием не наделяется.

Учитывая локализм традиционного общества (в том числе и африканского), можно смело констатировать: поддержание внутреннего порядка и устойчивости – дело самого рода или племени, над ними нет никакой «суперструктуры», нацеленной на интеграцию локальных миров. Обычаи (в частности, системы родства и способы вступления в брак) разнятся у жителей не только разных местностей, но и отдельных общин (деревень). Как верно отмечает Н. Рулан, «обычай – это способ формирования живого права: все юристы признают и хвалят его гибкость. Презрение, жертвой которого он является, меньше проистекает от его "архаизма" (удобного предложения при условии хорошего подбора его примеров) нежели от того факта, что он может ускользнуть от государства и его руководителей в период становления, когда он действительно популярен. А мы знаем, что современное государство стремится присвоить себе монополию на определение права. Оно не любит кочующего права»<sup>1424</sup>. Отметим то обстоятельство, что африканская государственность не вполне «современна» и почти всегда авторитарна. Ее реальная опора – армия, выступающая цементирующим ферментом социума. Западные модели властвования существуют, в основном, на бумаге, и африканская политическая элита по большей части опирается на определенные народности и племена, из среды которых и комплектуются силовые структуры<sup>1425</sup>.

3. Доктрина (правила понимания толкования права). Юридические правила, порожденные мифами, а также обычаи могут, для лучшего своего применения, потребовать толкования в целом или отдельных положений. В качестве толкователей обычно выступают старейшины, которые должны (чаще всего при урегулировании конфликтов) напоминать фундаментальные доводы «за» и «против» совершения каких-либо действий своих соотечественников. Действует принцип накопления (добавления) источников: ни один новый источник не может заменить или отменить какой-либо уже существующий. В целом, доктрина как форма действующего права во многом зависит от типов правопонимания в рамках той или иной национальной правовой системы или от наличия определенного наследия колониальной эпохи (обучение местной элиты в вузах метрополии, использование судами права метрополии и т.п.). Понимание самого термина «правовая доктрина» также может иметь несколько смыслов:

- юридическая наука в целом или отдельные области знания о праве;

---

<sup>1424</sup> Рулан Н. Историческое введение в право. С. 437–438.

<sup>1425</sup> Косухин Н.Д. Политология развития африканских стран. М., 2009. С. 147–169.

- отдельное учение о наличном или когда-либо существовавшем праве или идеальном правопорядке;
- господствующие в данном обществе представления о праве, его роли и ценности<sup>1426</sup>.

Основными чертами правовой доктрины являются:

- правовая доктрина, как и правовая психология, отражает юридическую действительность, бытие права;
- предопределяется материальными условиями жизни общества, выражает интересы определенных социальных слоев и групп;
- представляет собой рациональную сторону правового сознания общества;
- является предпосылкой создания правовых норм, предоставляя правотворческому процессу свой понятийный аппарат и методологический инструментарий<sup>1427</sup>.

Учитывая тот факт, что традиционное право Африки носит устный характер, оно основано на передаче знаний от поколения к поколению, и этот процесс является постоянным. Особенностью толкования обычного права оказывается то, что «в идеальном варианте человек не является единственным существом, способным контролировать право посредством какой-либо санкции: посредство духов добавляется к посредничеству людей. Духи предков являются стражами мифа и обычаев и способны непосредственно вмешиваться в дело, навлекая на виновного болезнь или смерть. Человек может попросить их об этом путем проклятия своего недруга, что приведет к такому же результату. Этим объясняется особое значение, которое в некоторых обществах придается проклятиям, выраженным ритуализированными формами и жестами...»<sup>1428</sup>.

Применение обычного права в традиционных африканских сообществах во многом зависит от положения индивида в существующей системе родства. Африканские сельские общины основаны на различных типах родственных отношений, которые мы и рассмотрим более подробно.

### 17.3 Брачно-семейное и наследственное право

Основными родственными группами в традиционных африканских сообществах являются:

- большая семья, состоящая из потомков реального предка, который еще жив;
- род, объединяющий потомков реального умершего предка;
- клан, объединяющий потомков реального предка (живого или умершего) с мифическим предком, которым часто является не человек, а животное или растение.

<sup>1426</sup> Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права: вопросы теории и истории. М., 2009. С. 10–11.

<sup>1427</sup> Там же. С. 11–13.

<sup>1428</sup> Рулан Н. Юридическая антропология. М., 1999. С. 59–60.

Подобное дробное деление происходит потому, что традиционное право не знает понятия «субъективное право». Личность в такой системе подчинена коллективу, так как именно он выступает в качестве носителя прав и обязанностей. Это ярко проявляется, например, в особенностях наследования. Самих режимов наследования насчитывается три:

1. Патрилинейное или матрилинейное наследование. Оно осуществляется внутри рода (линиджа). Согласно А.Р. Рэдклифф-Брауну, «там, где права и обязанности, получаемые через отца, перевешивают по своей социальной значимости права и обязанности, получаемые через мать, мы имеем то, что обычно называют патрилинейной системой. И наоборот, матрилинейная система – это такая система, в которой права и обязанности, получаемые через мать, перевешивают те, что получают через отца»<sup>1429</sup>.

2. Автоматическое (наследник известен) или избирательное (наследник выбирается после смерти наследодателя).

3. Универсальное (только один наследник) или совместное (несколько наследников).

Режимы наследования, с точки зрения социальной антропологии права, отражают степень интеграции индивидуумов в группы. Ее цель – привести права в соответствие с положением, которое занимает индивид в семейной группе. С одной стороны, имущество не должно расплыться между родственниками всех социальных категорий. Только индивидуумы, которые могут представить доказательства генеалогической связи с общим предком, являвшимся членом сообщества, могут обладать имуществом и передавать его другим лицам. С другой стороны, наследуется не только имущество, но и функции умершего по отношению к другим родственникам по крови. Например, наследник становится, соответственно, супругом вдовы, сыном и т.д. Подобная система наследования статуса основывается на прекрасном знании родственных отношений на несколько поколений назад (до 5–7) и направлена на сохранение стабильности социальной группы перед лицом внешних угроз. Кроме того, человек, включенный в наследственные отношения, может претендовать на получение защиты со стороны рода (линиджа) в критических ситуациях (забота о детях, защита в спорных случаях с другими общинами, обработка земельного надела в случае отсутствия). Подобные взаимоотношения индивида и социума (в лице линиджа) являются абсолютно нормальными и широко распространенными в Африке. Для того, «чтобы должным образом выполнять столь сложный комплекс обязанностей (с которыми индустриальные, так называемые развитые общества, как правило, не способны справиться), линидж располагает четкой внутренней организацией власти: она принадлежит патриарху и старейшинам и измеряется большей или меньшей близостью к предку по линии наследования. Полная зависимость отдельного человека от этой власти объясняется тремя причинами: во-первых, группа представляет для

---

<sup>1429</sup> Рэдклифф-Браун А.Р. Структура и функция в примитивном обществе. С. 51.

него все; во-вторых, авторитет старейшин непререкаем; в-третьих, в основе принятия решений лежит принцип единодушного согласия»<sup>1430</sup>.

Кроме того, наследственные режимы учитывают социально-родственную функцию имущества. Традиционное (обычное) право преследует цель организовать передачу имущества таким способом, чтобы одновременно обеспечить как монолитность рода, так и наследование в большей мере поколениями, нежели индивидами. Ценность имущества зависит в меньшей мере от его экономической природы, чем от его связи с группой, владеющей этим имуществом. Таким образом, нет единого варианта наследования, и имущество является для мышления многих африканцев родовым понятием. Следовательно, возможно наследование по боковым линиям (от брата к брату). В то же время некоторые виды имущества рассматриваются группой (родом) в качестве необходимого для функционирования этой группы. В таком случае имущество наследуется всей группой, и отдельные индивиды не могут изменить этот порядок по своей воле.

Семейно-брачные отношения в традиционных африканских семьях основываются на двух основополагающих принципах:

- запрете кровосмешения;
- системе брачных обменов.

Наличие обменных отношений в этой сфере убедительно показывает значимость соблюдения обычаев. Кроме того, по верному замечанию А.Ю. Ашкерова, «в рамках антропологии обмен интерпретируется уже не как товарный обмен, а как обмен дарами, причем он выступает в качестве акта символического признания. Если товарный обмен фиксирует абстрактные отношения и стремится выступить генерализированной формой любого обмена, то дарение – и – отдаривание фиксирует конкретные отношения и ускользает от того, чтобы стать генерализированной формой обмена. Поскольку последний вид обмена касается областей социальной жизни, не затронутых или почти не затронутых рыночными отношениями, не может быть и речи о чем-то подобном эквивалентности между стоимостями и ценами»<sup>1431</sup>.

Отсюда следует многообразие форм брачных союзов. Например, можно выделить следующие:

1. Полигиния (брак одного мужчины с несколькими женщинами). Эта форма брака господствует в тех регионах Африки, где наиболее сильно влияние мусульманского права и исламизированное население численно доминирует над анимистами (верящими в духов) и христианами.

2. Полиандрия (союз одной женщины с несколькими мужчинами). Такая ситуация складывается только тогда, когда женщина по своему статусу находится выше мужчины или если в результате природных условий соотношение полов слишком неравное (женщин значительно меньше).

3. Брак с умершим (вдова может вступить в «призрачный брак», выйдя

---

<sup>1430</sup> Пирцио-Бироли Д. Указ. соч. С. 53.

<sup>1431</sup> Ашкеров А.Ю. Социальная антропология. М., 2005. С. 179.

замуж за другого мужчину, который будет носить имя умершего прежнего мужа, но не будет иметь права на получение наследства).

4. Брак между лицами одного пола (состоятельная женщина, неспособная к деторождению, может уплатить брачную контрибуцию родителям другой женщины и жениться на ней, с тем, чтобы последняя могла родить детей от кого-либо из мужчин).

Для образования новой семьи жених часто должен уплачивать выкуп. Современные исследователи считают, что «выкуп нельзя рассматривать как "покупную цену" невесты: он предназначен для компенсации потери, которую несет семья невесты. Кроме того, его значение не является только экономическим: поскольку выкуп выплачивается зачастую долями в течение нескольких лет, он является залогом хороших отношений между семьями мужа и жены»<sup>1432</sup>.

Многовековая традиция четко придерживается определенных правил, ограничивающих право мужчины вступить в новый брак. В частности, наказуемым является «уведение жены», проявляющееся в следующих формах:

- женитьба на чьей-либо жене до получения официального развода;
- уплата штрафа за связь с чьей-либо женой во время действия предыдущего брака;
- вступление в брак с женщиной, связь с которой отрицалась прежде перед арбитрами или в суде.

В семейных отношениях большую роль играет имущественное положение супругов. Их собственность по обычному праву считается раздельной. Жена не имеет права на собственность мужа, а лишь пользуется его имуществом. Это обстоятельство способствует сохранению крепких связей жены с ее кровными родственниками (прежде всего с родителями и старшими братьями). Имущественные права мужчины гораздо шире и состоят из следующих элементов:

- право на половину собственности жены, приобретенной от сельскохозяйственного труда и продажи сельскохозяйственных продуктов, выращенных женой самостоятельно или при помощи мужа;
- право на половину доходов жены, полученных от торговли или занятия каким-либо ремеслом;
- право на половину любых найденных драгоценностей, не имеющих владельца, или находки, найденной в земле.

Брак не может быть заключен на определенный срок, но его реальная продолжительность может зависеть от различных конкретных условий. Основаниями для прекращения брака по обычному праву Африки являются:

- бесплодие женщины;
- смерть одного из супругов;
- развод.

---

<sup>1432</sup> Рулан Н. Юридическая антропология. С. 110.

По наблюдениям И.Е. Сеницыной, «развод, затрагивающий интересы семей, был редок и доступен лишь представителям зажиточных семей. Семьи сами по себе в качестве первичной инстанции решают вопрос о расторжении брака. Обычно создается арбитражный суд – совещание главы семьи жены, старших челнов семей-поручителей, нескольких уважаемых друзей. Население стремилось не обращаться в суд вождей без особой необходимости: судебные издержки обходились дорого. Хотя с формальной точки зрения развод прост, материальные последствия его оказываются серьезными для всего семейного образования»<sup>1433</sup>.

Традиционными основаниями для развода в обычном праве Африки признавались следующие:

- измена жены;
- занятие вредоносным ведовством и использование ядов;
- постоянная жестокость мужа;
- длительное отсутствие одного из супругов;
- бездетность жены и импотенция мужа.

#### **17.4 Право собственности и обязательственное право**

Помимо семейно-брачной сферы, значительное место в системе обычного права Африки занимают отношения собственности и примыкающие к ним договорные обязательства. Прежде всего, обратимся к праву собственности. Его внешние формы отличаются значительным разнообразием, но основной принцип таков: если европейская цивилистическая доктрина исходит из того, что право собственности является индивидуальным, незыблемым, абсолютным, исключительным и вечным, то в обычном праве земля (как основа жизнедеятельности) рассматривается в качестве недвижимого имущества, на которое распространяется коллективное право собственности, согласно которому земля – неотчуждаема, а земельные права – временные, ограниченные и относительные. Во многих государствах и локальных сообществах Африки, по наблюдениям исследователей, «до завоевания независимости основной формой собственности была общинная или племенная собственность на землю. Частной собственности крестьян на землю практически не существовало. Основной формой землепользования здесь была разновидность узуфрукта. Правда, другие средства производства и имущество (скот, дома, орудия и предметы труда) находились в собственности семьи или рода. Глава семьи являлся единоличным управляющим семейной собственностью»<sup>1434</sup>.

В настоящее время основными видами собственности признаются:

1. Коллективная собственность. В ее состав включаются такие виды имущества, как земля, скот, сооружения. Индивидуумы могут ими пользоваться только при вхождении в какую-либо социальную группу.

<sup>1433</sup> Сеницына И.Е. В мире обычая. М., 1997. С. 43.

<sup>1434</sup> Клишин А.А. Источники гражданского права Народной Республики Ангола // Источники права. М., 1985. С. 191.

2. Неотчуждаемая собственность, к которой, прежде всего, можно отнести родовые земли и священные предметы.

3. Индивидуальная собственность (имущество, полученное по наследству). Основаниями возникновения такой формы собственности могут быть:

- доходы от эксплуатации земли;
- доходы от движимости;
- права и обязательства в отношении зависимых лиц;
- деньги;
- иски к различным лицам;
- долги покойного.

Учитывая тот факт, что коллективная (общественная) собственность на землю является господствующей, обычное право допускает несколько форм производственной деятельности:

- производство как повинность, когда обработка земли обязательна или должным образом предписана (законом или политической властью);
- производство как проявление солидарной ответственности, когда обработка земли обязательна, а санкции за отказ от работы незначительны (семейное производство или работа на собственном наделе);
- производство по договоренности, когда обработка земли осуществляется добровольно, а отказ от работы наказывается достаточно строго (заключение контракта, предусматривающего взаимные права и обязанности сторон, а также определенные санкции);
- кооперативное производство, при котором обработка земли добровольна, а санкции за отказ работать незначительны (обычно используется в рамках отдельной деревни).

В целом же, «система распределения земель касается внешних отношений групп, то есть отношений, которые группы поддерживают между собой. Обычно такие отношения имеют место в оседлых обществах, обладающих специализированным политико-юридическим аппаратом (в виде племенного территориального образования или королевства). Она выражается совокупностью решений в области распределения земель между группами и приводит к иерархизации или присвоению прав на землю. В отличие от системы эксплуатации земли в системе распределения <...> земля остается неотчуждаемой: будучи однажды распределена, она не выходит более за пределы владеющей ею группы»<sup>1435</sup>.

Многообразием отличаются и договорные отношения в обычном праве Африки. Они направлены на обеспечение определенного равновесия между группой и индивидом. Понятие обязанности ограничивается двумя основными принципами: функциональное присвоение статусов, а также взаимность прав и обязанностей.

Обязательство касается индивида не как такового, а как представителя одной или нескольких групп. Направленность договорных обязательств

---

<sup>1435</sup> Рулан Н. Юридическая антропология. С. 125.

может быть осуществлена в одной из трех форм:

- человек – человек (представители групп связывают друг друга словом);
- человек – вещь (факт передачи вещи);
- человек – Бог (подкрепление договора клятвой или жертвоприношением).

Этнографы и юристы, изучающие обычное право Африки, выделяют две основные типологии договоров: предметную и функциональную. Согласно первой из них, все обязательства можно разделить на следующие виды:

- брачные договоры;
- договоры о совместном труде;
- договоры об уходе за скотом;
- договоры об оказании услуг;
- договоры купли-продажи.

Вторая классификация исходит из факта деления всех обязательств по следующим функциям:

- семейная (брачные договоры, договоры о принятии родов и вскармливании);
- общественная (договоры о воспитании, церемониальные договоры);
- экономическая (доступ к распределению земель, их покупка или аренда, договоры о совместном труде);
- священная (договоры о пользовании услугами шаманов и колдунов);
- политическая (договор о поддержании престижа вождя).

В целом же, «в традиционной Африке использование прав отличается таким разнообразием подходов и практических применений, что чисто институциональная точка зрения не позволила бы выявить социальные детерминанты неэкономического свойства, которые сочетаются с экономическими. Чтобы понять пределы эффективности этих прав, следует рассмотреть отдельных людей и человеческие группы, которые ими руководствуются (отдельный человек, линидж, клан, вся община), и те виды имущества, на которые они распространяются (земледельческие, пастбищные, охотничьи угодья, движимое имущество, духовные ценности), а также природу связанных с этими видами имущества прав и обязанностей (собственность, владение, право пользования, узуфрукт, долгосрочная аренда, сервитут и особые привилегии); санкции, предусмотренные на случай нарушения, возможные правила наследования, а это является наиболее показательным элементом»<sup>1436</sup>.

Некоторые вещи не могут быть предметом договора, предполагающего их окончательную уступку: это так называемые «родственные вещи», принадлежащие определенной семейной группе (участки земли, святилища, предметы культа). Таким образом, способность какой-либо вещи стать предметом договора зависит от ее социальной природы. Равным образом,

---

<sup>1436</sup> Пирцио-Бироли Д. Указ. соч. С. 103.

любой индивидуум не может автоматически обладать правом вступать в договорные отношения: принцип представительства устанавливает, что этим правом обладает либо старейшина, либо особо уполномоченное лицо. Каждое сообщество само определяет уровень социальной структуры, на котором может появиться такой представитель. Это либо отдельная семья, либо семейная группа или род. Свобода в действиях представителя не является абсолютной (личные интересы и интересы группы не противопоставляются, а дополняют друг друга). Практика реализации договорных отношений в традиционном праве создала определенную систему наказаний за несоблюдение обязательств. Ее элементами являются:

1. Телесные наказания (от публичного избиения палками до смертной казни). Они применяются в договорах политического характера или при неоднократном и злостном уклонении от исполнения обязательств.

2. Моральные наказания (общественное порицание, бойкот).

3. Материальные наказания (принудительное исполнение обязательства, возврат сторон в первоначальное положение, возмещение).

Кроме того, как отмечает известный английский психолог Т. Шибутани, «в крайних случаях нарушитель может быть изгнан из первичной группы. Остракизм – это эквивалент изоляции. Человек может физически присутствовать, но он не является больше участником группы. Вокруг него устанавливается все возрастающая социальная дистанция. Давление распространяется и на тех, кто с ним близок, чтобы заставить и их отойти от него. Требования, которые он еще предъявляет другим членам группы, больше не выполняются. Он становится одиноким, возрастает внутреннее беспокойство, тревожность, и может произойти некоторая дезинтеграция, ибо все значения поддерживаются только в социальном взаимодействии»<sup>1437</sup>.

Если одна из сторон не исполняет свои обязательства, то их принудительная реализация обеспечивается использованием особых гарантий. Они заключаются в том, что во вне выражаются в следующих формах:

- личные гарантии (присоединение к основному должнику третьего лица, гарантирующего платежи);

- реальные гарантии (передача какого-либо имущества в качестве залога исполнения обязательства, включая совершение необходимых платежей).

### **17.5 Способы разрешения конфликтов в обычном праве Африки**

Несмотря на то, что формально локальные сообщества находятся внутри современных государств (хотя с природой африканской государственности не все однозначно), власть почти не затрагивает существующий образ жизни племен и родов. Они по-прежнему используют древнейшие способы предотвращения и урегулирования спорных ситуаций. Прежде всего,

---

<sup>1437</sup> Шибутани Т. Социальная психология. М., 1969. С. 348.

учтем то обстоятельство, что эти способы нельзя подразделить на собственно уголовно-правовые и гражданско-правовые по причине отсутствия таковых элементов внутри обычного права Африки. Применять к нему европейские юридические порядки бессмысленно. На это в свое время обратил внимание А.Р. Редклифф-Браун, по мнению которого, «путаницы, которая возникла при попытке применить к дописьменным обществам современное различие между уголовным и гражданским правом, можно избежать, вводя вместо этого различие между законами о преступлениях против общества и законами о преступлениях против личности»<sup>1438</sup>.

Сами способы разрешения противоречий включают в себя следующие процедуры:

1. Несудебное разбирательство. Оно осуществляется без участия судей с помощью представителей заинтересованных семейных групп и кланов. Допускаются два варианта этого процесса:

- двустороннее соглашение (спорящие стороны самостоятельно разрешают конфликтную ситуацию внутри семейных групп, связанных кровным родством);

- трехстороннее соглашение (применяется в случаях, когда конфликт зашел слишком далеко, или если стороны не состоят в родственных отношениях. Посредник либо помогает найти приемлемое решение, убеждая принять его как наиболее целесообразное, не навязывая его, либо сам формулирует решение. Однако у посредника нет возможности силой заставить стороны исполнить его предложение).

2. Судебное разбирательство. Оно подразумевает ситуацию, при которой третья сторона является судьей в споре и ее решение носит обязательный характер.

Традиционное право (не только у народов Африки) знает определенную систему доказательств, используемых при рассмотрении споров.

1. Трансцендентные доказательства (присяга, божий суд и пророчество). Это самая древняя группа доказательств, существовавшая у всех народов. Европа использовала их в эпоху Средневековья, закрепляя соответствующие правила в «варварских правдах». Эти доказательства могут применяться только с учетом традиций. Они «опираются на определенную психологическую рациональность: как правило, тот, кто не виновен, идет на испытание добровольно, потому что уверен в своей правоте, но если испытание оборачивается против него, то очень часто бывает так, что в этом случае он сам себя убеждает в своей виновности»<sup>1439</sup>.

2. Вещественные доказательства (явное преступление и результаты дознания). Их представляют стороны либо посредники (арбитры).

3. Смешанные доказательства. Они опираются на предметы материального мира, содержащие символические и священные атрибуты. Это свидетельства, признание, вещное действие и тексты.

---

<sup>1438</sup> Рэдклифф-Браун А.Р. Указ. соч. С. 244.

<sup>1439</sup> Рулан Н. Юридическая антропология. С. 165.

Разрешение конфликтной ситуации завершается либо применением санкции против виновной стороны, либо уклонением от конфликта. Существующие санкции подразделяются на три категории: очищение, компенсация и наказание.

1. Очищение – это применение жертвоприношения при разрешении конфликта внутри рода или семейной группы.

2. Компенсация – это обязательство возместить нанесенный ущерб под страхом наказания.

3. Наказание – причинение материальных и моральных (физических) лишений виновному в совершении проступка. Наказания подразделяются на следующие виды:

- общественное порицание;
- телесные повреждения;
- изгнание;
- смертная казнь.

Уклонение от конфликта заключается в попытках добиться мирового соглашения и примириться с правонарушителем. Обычно виновная сторона приносит потерпевшей стороне подарки. Часто используются взаимные приглашения и совместные игры. Если же примирения не произошло, то в силу вступает система возмездия или уголовная ответственность (при наличии политической власти, обладающей правом на легальное насилие). Возмездие включает в себя следующие элементы:

- отсутствие мести (избегание встреч с родственниками убийцы, пока он не уйдет в изгнание добровольно);
- контролируемая месть (соблюдение определенных правил возмездия по отношению к родственникам убийцы, сводящееся к тому, что сила мести должна определяться степенью родства близких убийцы);
- месть, принимающая чрезмерные формы (длительная, из поколения в поколение вражда родов).

Как отмечает Э.Э. Эванс-Причард, «кровная вражда – это племенной институт: она может возникнуть только в том случае, когда признается нарушение законности: только таким путем можно получить возмещение. Боязнь вызвать кровную вражду – это самая важная юридическая санкция внутри племени и главная гарантия жизни и имущества индивида. Если община одного племени пытается отомстить за убийство общине другого племени, а не просто традиционная вражда, и тогда нет никаких путей урегулирования конфликта путем посредничества»<sup>1440</sup>.

Рассмотренные выше способы разрешения конфликтов имеют различную значимость для традиционных сообществ, но у них одинаковая цель – восстановление нарушенной гармонии и «космического порядка». Для «профилактики» правомерного поведения существуют различные способы социализации и контроля. Однако в целом, по мнению известного психолога М. Коула, «исследование памяти, как и исследование восприятия,

---

<sup>1440</sup> Эванс-Причард Э.Э. Нуэры. М., 1985. С. 135.

убедительно опровергает идею о том, что народы, принадлежащие к неграмотным ("примитивным") обществам, обладают необыкновенными возможностями памяти. Оно интересно отнюдь не тем, что способно показать, лучше или хуже запоминают представители неграмотных, первобытных народов, чем их грамотные современники (по данным разных исследователей, они запоминают то лучше, то хуже). Важнее, что оно отводит культурным различиям некоторую роль в организации повседневной жизнедеятельности. Когда структуры деятельности разных социальных групп похожи, культурные различия в процессах запоминания оказываются минимальными. Когда одно общество имеет значимые институционализованные практики, требующие запоминания такого рода, в то время как в другом обществе это не имеет места (например в школьном обучении), мы вправе ожидать проявления культурных различий в процессах памяти в виде особых способов запоминания, соответствующих этой деятельности...»<sup>1441</sup>.

Первостепенную значимость практически все исследователи Африки отводят традиционным воспитательным системам. Они направлены на постоянную вовлеченность человека в жизнь общины, рода, семьи и не оставляют ему свободного времени, чтобы оказаться наедине с самим собой. Ребенок с момента рождения постоянно находится с матерью и не испытывает стрессов и страха одиночества, чем во многом объясняется очень небольшое число случаев душевных расстройств у взрослых африканцев. Кроме того, ребенок, по мере взросления, попадает в «школу» старших товарищей и проходит затем обряд инициации (посвящение во взрослого человека). В зрелом возрасте общинник переходит в «мужской союз» или какое-либо тайное общество со своими традициями и ритуалами.

Следующим способом контроля являются внешние и «внутренние» войны, позволяющие «выпускать пар» и часто приобретающие ритуальные черты (речь, разумеется, идет о локальных столкновениях между племенами и кланами, а не о гражданских и межгосударственных войнах).

И наконец, так называемые «исправительные механизмы» социальной системы. По мысли Д. Пирцио-Бироли, их можно «разделить на три типа: а) позволяющие "ограничить" последствия социального износа, вызванного повседневной рутинной, посредством периодических процессов обновления, принимающих форму ритуализированного протеста; б) служащие для удаления или разъединения антагонизмов, вырабатываемых системой неравенства и господства посредством ритуалов возмущения или "социальной перестановки", выполняющих роль настоящих предохранительных клапанов и особенно пригодных для обществ с высокоразвитой иерархией; в) способствующие превращению любого навыка, который может угрожать социальному порядку, в фактор его же укрепления»<sup>1442</sup>.

Наличие в рамках обычного права большого количества способов со-

---

<sup>1441</sup> Коул М. Культурно-историческая психология. М., 1997. С. 85–86.

<sup>1442</sup> Пирцио-Бироли Д. Указ. соч. С. 278.

циального контроля позволяет (разумеется, с учетом современных процессов урбанизации и глобализации) удерживать значительное число людей от совершения правонарушений. Общество, в котором ведущая роль отведена обычному праву, по определению является консервативным и всеми силами противостоит натиску современной цивилизации. Соответственно, «субъективный опыт, как только он становится таковым, необходимо обретает статус объективного фактора социального бытия. И субъект, соблюдая социальные нормы, подчиняет им свое поведение (сознает он это сам или не сознает), ведет себя социально, "как все", ранее жившие и ныне живущие, тоже руководствующиеся нормативными предписаниями. Следование предписаниям социальных норм, соблюдение норм в действительности означает актуализацию социального опыта, т.е. его переход из социальной памяти в насущное состояние, чем обеспечивается жизненно важный для человеческого общества процесс связи поколений»<sup>1443</sup>. Доиндустриальное общество, к которому принадлежит большинство стран Африки, сталкивается со все возрастающими сложностями. С одной стороны, ярко выраженная традиционалистская парадигма продолжает осуществлять свои основные функции, к которым можно отнести следующие:

1. Кумулятивная функция – способность накапливать жизненно важный опыт.

2. Социализирующая функция – активное участие в воспитании индивидов, в их превращении в полноценных членов общества.

3. Трансляционная функция – участие в передаче духовно-практического опыта от поколения к поколению, осуществление связи времен и преемственности поколений.

4. Регулятивная функция – использование нормативного потенциала как фактора социального контроля за индивидуальным поведением.

5. Адаптационная функция – это способность традиции пребывать в социальном пространстве между повседневными стереотипами масс и нарождающимися новациями, участвуя во взаимном приспособлении тех и других друг к другу.

6. Консолидирующая функция – объединение индивидуумов в общее, интегральное «мы».

7. Стабилизирующая функция – внесение в социальные отношения начал устойчивости, позволяющих социальным связям сохранять свои основные признаки на фоне общей изменчивости внешних социально-исторических условий<sup>1444</sup>.

С другой стороны, как констатируют современные отечественные африканисты, «с подрывом традиционной экономики и способов производства видоизменяется традиционное социальное пространство. Традиционные

---

<sup>1443</sup> Плахов В.Д. Норма и отклонение в обществе. Философско-теоретическое введение в социальную этологию. СПб., 2011. С. 561.

<sup>1444</sup> Бачинин В.А. Энциклопедия философии и социологии права. СПб., 2006. С. 918–919.

уклады и структуры являются необходимым, а не пережиточным, остаточным элементом общественной эволюции и в качестве такового неизбежно взаимодействуют с современными местными и иностранными, привнесенными извне укладами. Сложное, противоречивое взаимодействие, наложение и переплетение укладов составляет не только межукладную основу общественного воспроизводства. Оно порождает многообразие переходных форм производства и занятости и соответственно социальную разнородность и пестроту африканского общества с преобладанием межукладных, переходных социальных образований»<sup>1445</sup>.

### **17.6 Формы внешнего воздействия на обычное право Африки**

Начиная с VII в. (на северо-западе Африки) обычное право подвергается длительному воздействию мусульманского права, многие нормы которого (в трактовке маликитской школы) совпадают с нормами, применяемыми местным населением. Это совпадение изначально произошло потому, что маликитская школа опирается на доисламский пласт правовой культуры Аравии. Ее носителями изначально были племена бедуинов, не имевших писаного права. Разумеется, исламизация не носила всеобъемлющего характера. Ее носителями, прежде всего, выступали судьи-кадии, назначаемые на должность монархами существовавших в доколониальный период государств. Как констатирует М.Н. Прудников, «у кадиев не было постоянного места отправления правосудия, они могли судить и во дворе мечети, и во дворце монарха. Первоначально их компетенция была весьма ограничена: они рассматривали лишь дела, требовавшие знания обычного и мусульманского права. Решения, вынесенные кадиями, исполнялись административной властью. Кадии выполняли и обязанности нотариуса. Они получали жалование из государственной казны. Заинтересованные стороны платили им вознаграждение. Размеры вознаграждения зависели от суммы иска или сложности дела. В сельских местностях, несмотря на распространение ислама, сохранялись суды общины – собрания под председательством старосты»<sup>1446</sup>.

В настоящее время исламизация значима для таких стран, как Марокко и Тунис, но она сталкивается со светской традицией в Алжире и нормами обычного права в Мали, Нигере и других странах континента. Возрождение ислама в 70-е годы XX в., безусловно, отразилось и на его роли в качестве формы действующего права (так, в ст. 2 Конституции Алжира 1996 г. прямо говорится о том, что ислам является государственной религией). В наши дни можно четко проследить две тенденции: стремление к европеизации ряда национальных правовых систем (Алжир, Сенегал) и восстановление норм мусульманского права, очищенного от позднейших наслоений (Камерун, Нигерия).

---

<sup>1445</sup> Африка: кланы, классы, общество. Социальные мутации на исходе XX века. М., 1994. С. 161.

<sup>1446</sup> Прудников М.Н. История государства и права зарубежных стран. С. 415.

Иная картина предстает перед нами, когда требуется выяснить направления и перспективы воздействия на обычное право Африки со стороны европейских правовых систем. Тут мы сталкиваемся со значительными сложностями. Как отмечает В.А. Томсинов, «закономерностью любой рецепции права является определенная трансформация воспринятых правовых норм и институтов. Правовая норма, перенесенная из одного общества в другое, должна быть приспособлена к социально-экономическим и политическим условиям воспринявшего ее общества. Рецепция права является поэтому не отдельным актом заимствования элементов чужого права, но сложным и длительным процессом усвоения каким-либо обществом правовых норм, юридической терминологии, правовых идей, выработанных в рамках другого общества. Простой перенос каких-то правовых норм, терминов, идей из одного общества в другое не есть рецепция права. Перенесенные элементы чужого права могут и не привиться на новой почве, новый общественный организм может их отторгнуть, и, следовательно, рецепции права как таковой не произойдет»<sup>1447</sup>.

Перенесение европейских правовых идей и законодательства на территорию Африки в процессе колонизации, начавшемся в конце XVIII в., привело к столкновению с местными правовыми практиками. В течение двух столетий (XIX–XX вв.) правовая аккультурация в Африке проявлялась в следующих вариантах:

1. Полный разрыв – контакты возможны только при коллизии норм.
2. Сотрудничество – применение норм колониального права распространяется на местное население и колонистов в равной мере, а обычное право действует лишь тогда, когда на данной территории находится только коренное население.
3. Отбрасывание – обычное право не признается в качестве социальной ценности и заменяется нормами страны-метрополии.
4. Интеграция – обычное и колониальное право соединяются в единую систему, учитывающую реальный уровень правового развития региона.

Африканский континент с начала XIX в. активно колонизировался европейцами, что привело к образованию огромных владений Англии и Франции (в меньшей степени – Бельгии, Германии, Италии и Португалии). Основной массив колониального права сложился в сфере управления и судопроизводства, так как из чисто прагматических соображений европейцы не пытались изменять «частное право» африканских народов (семейно-брачные и имущественные отношения). Наиболее активным способом правовой аккультурации было распространение в колониях судебной системы метрополий. Н. Рулан в связи с этим отмечает, что «почти во всей Африке существовало два вида судебных органов: правосудие "традиционное" и правосудие государственное: дуализм, который, казалось бы, должен был гарантировать соблюдение традиционного права. Однако характер этого

---

<sup>1447</sup> Общая теория государства и права. Академический курс. В 3-х т. 3-е изд. / под ред. М.Н. Марченко. М., 2007. Т. 2. С. 536.

дуализма был таков, что он стал одним из преимущественных путей аккультурации. На самом деле, если традиционные судебные органы применяли только традиционное право, то государственные суды высказывали свое мнение, пользуясь как современным правом, так и традиционным (когда одна из сторон имела современный статус, а другая – традиционный либо когда обе стороны, имевшие традиционный статус, старались осуществить свой выбор в пользу государственного суда)<sup>1448</sup>.

Кроме того, активно применялись и иные способы, к числу которых относились следующие:

1. Новая интерпретация обычаев. Она осуществлялась в целях гуманизации традиционного права (отмена кровной мести, человеческих жертвоприношений и работорговли). Обычаи, таким образом, постепенно вбирали в себя новые формы политической организации и жизненных ценностей<sup>1449</sup>.

2. Запись обычаев. Колониальная администрация уже в начале XX в. начала осуществлять сбор и унификацию норм обычного права, что привело в итоге к созданию сводов обычного права (во французских колониях этот процесс завершился в 1937 г.).

Различия в результатах внедрения европейских правовых систем были связаны с типами управления. Разумеется, «по общему правилу, значение местных обычаев признавалось колониальной администрацией и судами лишь в той мере, в какой они не противоречили нормам европейского права и судебного процесса, а нормы европейского права и судопроизводства распространялись на население колоний в той мере, в какой это соответствовало местным условиям и возможностям. Противоречия между традиционными обычаями и нормами европейского права, установленными для колоний, решались, в основном, в пользу европейского права»<sup>1450</sup>. Великобритания отдавала предпочтение системе «косвенного управления», согласно которой низовые звенья административного аппарата комплектуются из местного населения, а судебная власть остается (по частнопроводимым спорам) в руках вождей и старейшин. Франция же стремилась к ассимиляции (в правовом отношении) местного населения и создала жесткую централизованную систему властвования («прямое управление»). Хотя, и это следует помнить, реальное влияние колониального права было невелико. Обычаи настолько укоренились в сознании населения, что их невозможно было вытеснить, тем более, что образ жизни подавляющего большинства африканских народов остался прежним и постоянно воспроизводил традиционалистскую парадигму.

Именно на этот аспект обращает внимание камерунский исследователь Э.М. Ндонго, описывая перипетии становления национальной государст-

---

<sup>1448</sup> Рулан Н. Юридическая антропология. С. 197–198.

<sup>1449</sup> Генеральный Акт по борьбе с работорговлей, принятый на Брюссельской конференции 2 июля 1890 г. // История Африки в документах. 1870–2000. В 3-х т. / под ред. А. Давидсона. Т. 1. 1870–1918. М., 2005. С. 19–26.

<sup>1450</sup> Прудников М.Н. Указ. соч. С. 539.

венности в Африке. По мнению исследователя, «несомненно, в условиях этнической разнородности, вследствие пагубного господства колониализма, процесса формирования населения этих стран в нации, живучести родоплеменных пережитков и наличия сепаратистских тенденций у отдельных местных царьков и "вождей" вопросы национального единства и территориальной целостности имеют для молодых африканских государств особое значение»<sup>1451</sup>.

После получения независимости право большинства африканских государств можно подразделить на несколько типов (пластов):

1. Традиционное право, применяемое местным населением в доколониальный период, включая мусульманское право (в тех регионах, где исламизация пустила глубокие корни). В настоящее время сфера его действия постоянно сужается под воздействием других правовых систем.

2. Обычное право, возникшее в колониальный период в результате редактурирования обычаев, что привело к искажению традиционного права.

3. Местное право, представляющее собой разновидность трансформированного традиционного права под влиянием правотворческой деятельности государства. Оно носит территориальный характер и применяется в основном местными органами власти.

4. Народное право, формирующееся вне государственных органов в городах и сельских общинах и включающее в себя элементы различных правовых систем.

В целом же влияние права стран-метрополий сохраняется в бывших колониях на уровне принципов и образовательных учреждений. В этом вопросе значительная (если не решающая) роль принадлежит судебной практике. По наблюдениям ряда компаративистов, «все более в судах низших инстанций на место племенных старейшин и подобных им лиц приходят профессиональные судьи африканцы, которые получили юридическое образование в новых африканских университетах под руководством английских и американских юристов. В будущем основной задачей <...> африканских государств станет максимально возможная внутренняя унификация национальных правопорядков, кодификация законодательства с помощью терминологии и законодательной техники общего права и включение в этот процесс основополагающих ценностей и институтов африканского обычного права, особенно в области семейного и наследственного права»<sup>1452</sup>.

Необходимо при этом учитывать существенные различия в правовых системах бывших метрополий. Если в англоговорящих странах Африки ведущая роль во внедрении современного права принадлежит судам, то во франкоговорящих государствах ситуация несколько иная. Право Франции достаточно глубоко проникло в повседневную жизнь населения некоторых

---

<sup>1451</sup> Ндонго Э.М. Правовые основы парламентаризма в Республике Камерун. СПб., 2007. С. 15.

<sup>1452</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 347.

стран (Камерун, Сенегал) благодаря кодификации, осуществленной в 1960–1970 годах. Принципы кодификации были рецепированы из соответствующего законодательства Франции, по образцу и подобию которого создавались многие нормативные акты. При этом формы права выстраивались в достаточно строгую иерархическую систему. Например, в Сенегале высшая юридическая сила принадлежит Конституции 1963 г., а следующими звеньями являются обладающие равным значением законы и обычное право. Сенегальские кодексы после получения страной независимости были пересмотрены с учетом традиций и носят смешанный характер. Как отмечает Н. Рулан, «после обретения независимости <...> современное право вовсе не упразднилось, хотя большинство населения продолжало жить в соответствии со своими собственными правами. Но это лишь видимость парадокса: большинство новых руководителей принадлежало к африканскому меньшинству, проникнутому модернистскими взглядами. Они полагали, что национальное единство может быть упрочено юридическим единством, основанным на применении права европейского происхождения, пусть даже в значительной степени искусственного. В большинстве случаев дуализм между местными судебными органами и современным правом исчезал после вхождения первых в унитарную административную систему правосудия, что способствовало развитию современного права»<sup>1453</sup>.

В большинстве стран Африки европеизированное право в настоящее время существует только в крупных городах (обычно – портовых) и применяется во взаимоотношениях между вестернизированными социальными группами, составляющими не более 1–2% от общей численности населения. Трудности с внедрением современного права связаны с действием ряда факторов. Мы уже отмечали специфические черты африканской политической культуры. Модернизация политической системы, экономики и права привела к разрыву естественного хода исторического процесса. Как отмечают современные исследователи, «одним из последствий столкновения традиционного и современного является ослабление роли государства или ее полное или частичное исчезновение, ослабление или утрата управляемости на всех уровнях и во всех звеньях, отрыв государственного аппарата и властвующих элит от жизненных потребностей большинства населения, а соответственно, его отстранение от участия в управлении страной»<sup>1454</sup>. Таким образом, можно вполне определенно утверждать: попытки внедрения в странах Африки европейской правовой парадигмы (неважно, английская или французская модели используются) потерпели неудачу, причем закономерную.

---

<sup>1453</sup> Рулан Н. Историческое введение в право. С. 471.

<sup>1454</sup> Политические системы и политические культуры Востока / под ред. А.Д. Воскресенского. 2-е изд. М., 2007. С. 328–329.

## РАЗДЕЛ 5 МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ ИНСТРУМЕНТАРИЙ

### Глоссарий

**Адат** – обычное право у мусульманских народов, представляющее собой совокупность местных обычаев и народной юридической практики в сфере имущественных и семейных отношений.

**Атторней** (прокурор) – государственное должностное лицо в англоязычных странах, выполняющее функции обвинителя или защитника.

**Большое жюри** – собрание из 24 постоянных присяжных заседателей, обладающее правом утверждать обвинительное заключение и предавать гражданина суду.

**Варна** – сословная организация традиционного индусского общества.

**Гири** (яп.) – правила традиционного поведения.

**Глосса** – мнение о каком-либо казусе, изложенное средневековым юристом на полях.

**Глоссаторы** – средневековая юридическая школа (основатель – Ирнерий), основной целью которой было изучение источников римского частного права и их использование в правоприменительной деятельности.

**Гэ** (кит.) – нормы индивидуального характера, регулировавшие размер или количество чего-либо.

**Данада** – принудительное воздействие со стороны государственной власти на человека, являющееся гарантией сохранности общественного порядка и соблюдения дхармы.

**Дао** – важнейшая этическая категория, описывающая присущий Небу нравственный закон (императив).

**Делегированное законодательство** – издаваемые правительствами некоторых государств (Великобритания, Польша) по уполномочию парламента нормативные акты, фактически обладающие силой закона.

**Дхарма** – обязанность, долг, которые зависят от кастовой принадлежности человека (каждая каста обладает собственными позитивными нормами, определяющими права и обязанности своих членов).

**Дхармашастры** – политико-правовые трактаты, излагающие основы науки управления (артха). Самая известная из них – Артхашастра, написанная советником царя Ашоки Каутильей, называемого «индийским Макиавелли».

**Дэ** (кит.) – справедливость, присущая «благородному мужу», нравственной личности.

**Европейское право** – система юридических норм, создаваемых в связи с образованием и функционированием Европейских Сообществ и Европейского Союза и действующих и применяемых в пределах их юрисдикции на основе и в соответствии с учредительными договорами и общими принципами права.

**Естественное право** – совокупность наиболее важных принципов по-

ведения, складывающихся в конкретном обществе в определенный исторический момент его существования, признаваемых большинством его членов в качестве справедливых, рациональных и обязательных, руководство которыми обеспечивает достижение состояния общественного порядка.

**Жень** (кит.) – человечность, важнейшая категория китайской конфуцианской этики, выражающая статус человека в мире как биологического существа.

**Закон** – основной правовой акт, издаваемый законодательным (представительным) органом или принимаемый путем народного голосования для регулирования важнейших общественных отношений.

**И** (кит.) – долг, исполнение обязанности, накладываемой на человека его положением в социальной структуре, основу которой образует семья.

**Иджма** – нормы, сформулированные мусульманской правовой доктриной на основе рациональных источников, прежде всего единогласного мнения наиболее авторитетных правоведов.

**Иджтихад** – толкование норм шариата с помощью различных рациональных приемов в случае молчания источников права.

**Имамат** – согласно шиитской государственно-правовой теории важнейший институт осуществления государственной (светской) и духовной власти, означающий сосредоточение всех властных полномочий в руках непогрешимого имама, стоящего над государством и обществом.

**Именной Указ** – в императорской России нормативный акт, издаваемый монархом и адресованный конкретному учреждению или должностному лицу (носил правоприменительный характер).

**Инкорпорация** – такой процесс объединения правового материала, при котором он полностью или частично размещается в разного рода сборники.

**Каноническое право** – совокупность правовых норм, регулирующих внутреннюю структуру римско-католической церкви и ее взаимоотношения с иными субъектами общества. В настоящее время основные нормы канонического права собраны в Кодексе канонического права 1983 года.

**Карма** – метод обеспечения должного поведения, включающий в себя поощрения и санкции, используемые в зависимости от поведения человека.

**Каста** (джати) – замкнутое сословно-профессиональное объединение людей, обладающее собственными правилами поведения и юрисдикцией по отношению к своим членам.

**Кийас** – суждение по аналогии в мусульманском праве при отсутствии обязательного правила.

**Кодекс** – крупный сводный правовой акт, позволяющий детально регулировать определенную сферу общественных отношений.

**Кодификация** – наиболее сложная и совершенная форма систематизации, представляющая собой деятельность, направленную на коренную, как внешнюю, так и внутреннюю, переработку действующего законодательства путем подготовки и принятия нового кодификационного акта.

**Коллизионное право** – совокупность норм, разрешающих противоречия между нормативными актами внутри государства и между ними.

**Консолидация** – объединение мелких нормативных актов, изданных по единому или нескольким взаимосвязанным вопросам в укрупненный нормативно-правовой акт.

**Конфедерация** – форма союза государств, при которой входящие в нее государства сохраняют свой суверенитет в полном объеме.

**Конфуцианство** – этико-религиозное учение Конфуция, ориентированное на глубокий традиционализм и патриархальность, воспроизводство «идеалов старины».

**Коран** – священная книга ислама, в которой изложена его сущность, основной источник мусульманского права.

**Кшатра** – царская власть, основанная на божественном происхождении правителя и одновременном избрании его людьми.

**Легизм** – одно из главных направлений древнекитайской мысли, основателем которого был Шан Ян (IV век до н.э.). Его учение было ориентировано на примат закона (фа) над ритуалом (ли).

**Ли** (кит.) – нормы обязательного и четко определенного ритуала, которыми руководствуется в своих поступках «благородный муж».

**Лин** (кит.) – нормы административного права, отличавшиеся динамизмом и носившие дополнительный характер по отношению к уголовно-правовым нормам (люй) и регулировавшие деятельность администрации.

**Люй** (кит.) – нормы уголовного права, считавшиеся наиболее стабильными и незыблемыми.

**Малое жюри** – коллегия из 12 непрофессиональных судей (присяжных заседателей), участвующих в рассмотрении гражданских и уголовных дел в США.

**Манифест** – в императорской России нормативный акт, издаваемый только монархом и обращенный ко всему населению (содержал декларативные нормы).

**Методология сравнительного правоведения** – совокупность приемов и способов анализа и сопоставления правовых систем и отдельных правовых институтов различных государств.

**Мисдиминор** – в уголовном праве США категория наименее опасных преступлений, граничащих с полицейскими правонарушениями.

**Модельный закон** – рекомендательный законодательный акт, принимаемый законодательным институтом межгосударственного объединения для нормативной ориентации законодательной деятельности его членов.

**Муджтахид** – ученый-юрист, обладающий правом создавать новые нормы поведения и/или давать толкование существующих правил.

**Национальная правовая система** – это конкретно-историческая совокупность источников права, механизмов правового воздействия, юридической практики и господствующей правовой идеологии, сформировавшаяся в пределах юрисдикционной территории государства.

**Норма права** – общеобязательное правило поведения, являющееся ме-

рой свободы и ответственности формально равных субъектов общественных отношений и обеспечивающееся принудительной силой государственной власти.

**Общее право** – правовая система, сложившаяся в Англии в XIII–XIV веках на базе местных обычаев и обобщения практики королевских судов, характеризующаяся признанием основным источником права судебного прецедента.

**Объект сравнительного правоведения** – статика и динамика развития правовой системы какой-либо страны или ее (системы) отдельных институтов.

**Обычное право** – совокупность обычаев, используемых населением определенной местности в целях разрешения и предотвращения конфликтов.

**Пандит** – знаток индусского традиционного права, состоявший при суде в качестве эксперта в конце XVIII – первой половины XX веков, когда Индия находилась под властью Великобритании.

**Панчаят** – традиционный орган управления в индийской деревне; совет касты, обладающий юрисдикцией по отношению к ее членам.

**Подзаконный нормативный акт** – правовой акт органа государственной власти, имеющий более низкую юридическую силу, чем закон, принимаемый на основе и во исполнение закона.

**Позитивное (положительное) право** – совокупность нормативно-правовых актов, изданных правотворческими органами государства, действующих в определенный исторический период времени в какой-либо стране.

**Постгlossаторы (комментаторы)** – средневековая юридическая школа (XIII–XIV века), представители которой (Азо и Аккурсий) создали сборники gloss (первые учебники по римскому частному праву) и провели работу по приданию первоначально вида.

**Право справедливости** – часть прецедентного права Англии, сложившаяся на основе решений Суда лорда-канцлера (XV–XIX вв.).

**Правовая семья** – это совокупность национальных правовых систем, основанная на общности источников, структуры (системы) права и исторических традиций его формирования и реализации.

**Правовая система** – совокупность внутренне согласованных, взаимосвязанных, социально однородных юридических средств, методов, процедур, с помощью которых публичная власть оказывает регулятивно-организующее и стабилизирующее воздействие на общественные отношения, реализует меры юридической ответственности.

**Правовой стиль** – совокупность характерных черт данной правовой семьи (системы), включающей в себя: 1) Историческое наследие и развитие; 2) Форму правового мышления; 3) Юридическую технику; 4) Технику толкования норм права.

**Предмет сравнительно правоведения:** 1) Методологические проблемы сравнительно-правового исследования; 2) Сопоставительное изучение

основных правовых систем современности; 3) Обобщение и систематизация результатов конкретных сравнительно-правовых исследований; 4) Разработка конкретных методических правил и процессов сравнительно-правовых исследований; 5) Исследование историко-сравнительных правовых проблем; 6) Сравнительное изучение международно-правовых вопросов современности.

**Пробация** – испытательный срок, назначаемый условно осужденному по решению суда, во время течения которого особый чиновник осуществляет контроль за поведением гражданина.

**Публичное право** – функционально-структурная подсистема права, регулирующая взаимоотношения между гражданами и государственной властью (специально выделяется в романо-германской правовой семье).

**Раштра** – государство, обладающее правом издавать управленческие акты, обязательные для исполнения всеми субъектами традиционного права.

**Рё** (яп.) – административно-правовые нормы в средневековой Японии, регулировавшие взаимоотношения государственной власти и общества.

**Регламент** – в императорской России нормативный акт, определяющий структуру, статус и направления деятельности отдельных государственных учреждений.

**Рецепция римского права** – включение норм римского частного права в состав действующего права стран континентальной Европы (Германия, Испания, Италия, Франция).

**Рита** – божественный (космический) закон, не делающий различий между собственно правовыми и нравственными правилами поведения.

**Рицу** (яп.) – уголовно-правовые нормы в средневековой Японии, использовавшиеся в практической деятельности органов государственной власти.

**Сравнительное правоведение** – юридическая наука, направленная на изучение приемов и способов анализа права различных государств, их сопоставление и применение полученных результатов.

**Статут** – законодательный акт, принимаемый парламентом Великобритании и формально являющийся высшим источником права.

**Судебный прецедент** – вынесенное судом по конкретному делу решение, обоснование которого становится правилом, обязательным для всех судов той же или низшей инстанции при разрешении аналогичного дела.

**Сунна** – собрание имеющих юридико-нормативное значение преданий (хадисов) о жизни и высказываниях пророка Мухаммеда и его ближайших сподвижников.

**Территориальное право** – комплекс норм, не связанных с религией и обычаями, применяемый в крупнейших портах Индии к лицам, статус которых было трудно определить.

**Траст** – один из основных институтов англо-американского права, сущность которого в том, что одно лицо – доверительный собственник – управляет имуществом, переданным ему другим лицом – учредителем.

**Унификация** – деятельность американской Национальной конференции уполномоченных штатов по формированию единообразного модельного законодательства и сближения правовых систем отдельных штатов.

**Фа** (кит.) – позитивный закон, созданный государственной властью в целях рационального и эффективного регулирования общественных отношений.

**Федерация** – добровольное объединение нескольких государственных образований в единое союзное государство.

**Фелония** – в уголовном праве США категория тяжких преступлений, по степени общественной опасности находящихся между государственной изменой и мисдиминором.

**Халифат** – мусульманское теократическое государство, вся полнота духовной и светской власти в котором сосредоточена в руках халифа (верховного правителя).

**Частное право** – совокупность норм различных отраслей права, регулирующих отношения, обеспечивающие частные интересы, автономию и инициативу индивидуальных юридически равных собственников в их имущественной деятельности и в личных отношениях (выделяется в романо-германской правовой семье).

**Шариат** – свод мусульманских правовых и теологических императивов, провозглашенных исламом «вечным и неизменным» плодом божественных установлений.

**Ши** (кит.) – правила ритуального поведения.

**Экзогамия** – обычай, предписывающий заключение брака за пределами определенной общности или в пределах другой определенной общности.

**Эндогамия** – обычай, предписывающий или рекомендуемый заключение браков в пределах определенной общности.

**Юридическая коллизия** – противоречие между существующим порядком и намерениями и действиями оп его изменению.

**Юридический договор** – это объективированные, свободосогласные, юридически значимые, дозволяемые и охраняемые законодательством намерения нескольких лиц совершить (либо воздержаться от совершения) в отношении друг друга юридические либо фактические действия в целях реализации личных интересов.

## Примерные темы научных исследований

1. Функции правовой системы современного общества.
2. Использование результатов сравнительно-правовых исследований.
3. Правовая идеология: понятие, признаки, формы.
4. Правовой стиль: понятие, признаки, формы проявления.
5. Критерии типологии правовых систем современности.
6. Методика сравнительно-правового анализа законодательства.
7. Сравнительное правоведение в XIX–XXI веках.

8. Современное состояние сравнительного правоведения в зарубежной и российской правовой науке.
9. Структура национального права.
10. Проблемы критериев классификации национальных правовых систем в условиях глобализации.
11. Механизм взаимовлияния национальных правовых систем.
12. Сочетание национального и мирового в праве.
13. Национально-государственные различия в праве.
14. Механизм сближения национальных правовых систем.
15. Предотвращение и разрешение юридических коллизий.
16. Сближение национальных законодательств.
17. Модельные законодательные акты.
18. Внутригосударственное и международное право: пути взаимодействия.
19. Международно-правовая помощь.
20. Закономерности развития и противоречия правовой системы.
21. Диалектический и синергетический подходы к эволюции правовой системы.
22. Значение правовой системы для формирования и развития правового государства и гражданского общества.
23. Конкуренция рецепции римского права и локального обычного права в Европе Нового времени.
24. Особенности источников права в правовых системах романо-германской правовой семьи.
25. Роль христианской церкви в сохранении римского правового наследия.
26. Становление средневековых университетов.
27. Влияние канонического и естественного права на германо-романскую правовую семью.
28. Кодификация в историческом развитии романо-германской правовой семьи.
29. Юридические лица в романо-германском праве.
30. Критерии деления права на отрасли и правовые общности.
31. Место судебного процесса в романо-германском праве.
32. Формирование права справедливости и его особенности.
33. Структура английского права.
34. Соотношение общего права и права справедливости.
35. Статутное право.
36. Материальное и процессуальное право.
37. Самостоятельность английского права Нового времени в контексте рецепции римского права.
38. Судебный прецедент как источник права в англо-американской правовой семье.
39. Особенности права Шотландии.
40. Особенности права Уэльса.
41. Особенности права Северной Ирландии.
42. Конституция в правовой системе США.

43. Законодательство США: федеральное право и право штатов.
44. Роль американских юристов в правовой системе США.
45. Рецепция общего права в странах мира.
46. «Социалистическое право» – фикция или реальность?
47. Идеология и право в российской практике.
48. Проблемы правопонимания в российской юриспруденции.
49. Концепция цивилитарного права.
50. Концепция славянского (евразийского) права.
51. Соотношение германо-романской и российской правовых систем.
52. Рецепция романо-германского и общего права в России.
53. Русское обычное право.
54. Судебный прецедент в российской правовой системе: проблемы и перспективы.
55. Проблемы и перспективы вестернизации восточного права.
56. Функции и цели религиозного правосознания.
57. Религия и позитивное право: проблемы взаимодействия.
58. Религия и естественное право: общее и особенное.
59. Каноническое (церковное) право: понятие, сущность, функции.
60. Соотношение шариата и адатов.
61. Правовое положение женщины по шариату.
62. Мусульманское право и право мусульманских стран.
63. Мусульманское право и светское законодательство.
64. Концепция исламского государства.
65. Мусульманское право в России: проблемы и перспективы.
66. Соотношение индусского права и национального права Индии.
67. Консерватизм восточных правовых систем.
68. Конфуцианство и легизм в истории формирования китайского права.
69. Колониальный режим и обычное право.
70. Правовая система Европейского Союза.

### **Контрольные вопросы для промежуточной аттестации**

1. Предмет сравнительного правоведения.
2. Формирование и развитие идей сравнительного правоведения.
3. Природа и цели сравнительного правоведения.
4. Понятие и виды объектов сравнительного правоведения.
5. Использование результатов сравнительно-правовых исследований.
6. Общие правила сравнительно-правового анализа.
7. Критерии типологии правовых систем современности.
8. Механизм сближения национальных правовых систем.
9. Историческое развитие романо-германской правовой семьи.
10. Роль рецепции римского права в формировании романо-германской правовой семьи.
11. Источники романо-германской правовой семьи.
12. Кодификация в истории романо-германской правовой семьи.

13. Основные институты романо-германской правовой семьи.
14. Становление системы общего права.
15. Источники общего права Англии.
16. Структура английского права.
17. Основные институты английского права.
18. Материальное и процессуальное право Англии.
19. Правовая система Шотландии.
20. Формирование права США.
21. Источники права США.
22. Законодательство США: федеральное право и право штатов.
23. Материальное и процессуальное право США.
24. Историческое развитие правовой системы России.
25. Источники древнерусского права.
26. Источники права Русского централизованного государства в XV–XVII вв.
27. Источники российского права XVIII – начала XX веков.
28. Кодификация российского права в XIX – начале XX веков.
29. Советская правовая система: формирование и сущность.
30. Источники современного российского права.
31. Концепция славянского (евразийского) права.
32. Мусульманское право: источники и историческое развитие.
33. Структура мусульманского права.
34. Мусульманское право и право мусульманских стран.
35. Индусское право: источники и историческое развитие.
36. Основные институты индусского права.
37. Индусское право и национальное право Индии.
38. Традиционное китайское право: источники и историческое развитие.
39. Основные институты традиционного китайского права.
40. Современное право Китая.
41. Традиционное японское право: источники и историческое развитие.
42. Основные институты современного японского права.
43. Обычное право Африки: источники и структура.
44. Право современных африканских стран.

### **Тестовые задания**

1. К какому понятию относится следующее определение: «Совокупность взаимосвязанных, согласованных и взаимодействующих правовых средств, регулирующих общественные отношения, а также элементов, характеризующих уровень правового развития той или иной страны»:

- а) система права;
- б) правовая система;
- в) система законодательства.

2. Подберите понятие к следующему определению: «Совокупность взаимосвязанных черт правовых систем, соответствующий определенной общественно-экономической формации, характеризующихся единством экономической основы и классовой сущности»:

- а) форма права;
- б) правовая семья;
- в) тип права.

3. Какая категория служит для обозначения относительного единства правовых систем, имеющих сходные юридические признаки, и отражает те особенности названных систем, которые обусловлены сходством их конкретно-исторического развития: структуры, источников, ведущих институтов и отраслей, правовой культуры:

- а) национальная правовая система;
- б) группа правовых систем;
- в) правовая семья.

4. Конфедерация представляет собой:

а) государство, в составе которого нет других государств либо государственных образований, а на его территории созданы административно-территориальные единицы;

б) сложное государство, состоящее из нескольких субъектов, объединившихся для решения общих задач по принципу национальному и/или территориальному;

в) союз государств, объединенных одним или несколькими общими органами при сохранении каждым государством своего суверенного существования.

5. Римское право являлось:

- а) правом государства;
- б) правом организаций;
- в) правом частных лиц.

6. Каковы характерные черты романо-германской (континентальной) правовой системы:

а) основной источник права – доктрина;

б) рецепция (восприятие, заимствование) римского права. Основные источники права – нормативные акты. Деление права на частное и публичное;

в) за судебными органами, согласно законам, признается право на нормотворчество.

7. Деление на частное и публичное право свойственно:

- а) романо-германской правовой семье;
- б) англосаксонской правовой семье;
- в) религиозно-традиционной правовой семье.

8. Назовите страну, право которой относится к континентальной (романо-германской) правовой системе:

- а) Великобритания;
- б) Франция;
- в) США;
- г) Япония.

9. Страна, не относящаяся к англосаксонской правовой системе:

- а) Великобритания;
- б) Австралия;
- в) Голландия.

10. Решение государственного органа, которое принимается за образец (правило) при последующем рассмотрении аналогичных дел, с помощью которого может быть подтвержден или объяснен какой-либо аналогичный факт или обстоятельство, – это:

- а) норма права;
- б) правовой обычай;
- в) правовой прецедент.

11. Назовите характерные черты англосаксонской правовой семьи.

- а) деление права на публичное и частное;
- б) основные источники права – нормативные акты;
- в) преобладание права, созданного судьями (право судебной практики);
- г) основные источники права – прецеденты (судебные и административные).

12. К какой правовой семье ближе российское право по характеру доминирующих источников:

- а) к религиозно-традиционной;
- б) к романо-германской (континентальной);
- в) к англосаксонской.

13. В чем состоит специфика российской правовой системы:

- а) основным источником права является юридический прецедент;
- б) опора не столько на технико-юридические, сколько на государственные и духовные начала;
- в) самобытность государственности и условий экономического развития;
- г) включает несколько национальных правовых систем;
- д) по основным признакам тяготеет к романо-германской правовой семье.

14. Нормативные акты в России, издаваемые только монархом, определяющие структуру, статус и направления деятельности отдельных государственных учреждений, носили название:

- а) указы;
- б) манифесты;
- в) регламенты.

15. Нормы, сформулированные мусульманской правовой доктриной на основе «рациональных» источников, прежде всего, единогласного мнения наиболее авторитетных правоведов:

- а) Коран;
- б) Иджма;
- в) Сунна.

16. Не относящаяся к мусульманской научная школа называется:

- а) школа суннитская;
- б) школа пандектистов;
- в) школа шиитская.

17. Комментарии священных текстов в мусульманском праве носят название:

- а) иджма;
- б) фикха;
- в) кийас.

18. Похвальные деяния по мусульманскому праву, которые вознаграждаются в следующей жизни, но неисполнение которых не наказывается, называются:

- а) махрух;
- б) махзур;
- в) мандуб.

19. Категория правонарушений, за которые шариат устанавливает точную санкцию, основанную на эквивалентном возмещении, называется:

- а) кисас;
- б) тазир;
- в) хадд.

20. Обычное право у мусульманских народов, представляющее собой совокупность местных обычаев и народной юридической практики в сфере имущественных и семейных отношений, называется:

- а) иджтихад;
- б) адат;
- в) шариат.

21. Знаток индусского традиционного права, состоящий при суде в качестве эксперта в конце XVIII – первой половине XX веков, называется:

- а) кади;
- б) муджтахид;
- в) пандит.

22. Одно из главных направлений древнекитайской мысли, ориентированное на примат закона над ритуалом:

- а) конфуцианство;
- б) рецепция римского права;
- в) легизм.

23. Обычай, предписывающий заключение брака за пределами определенной общности, это:

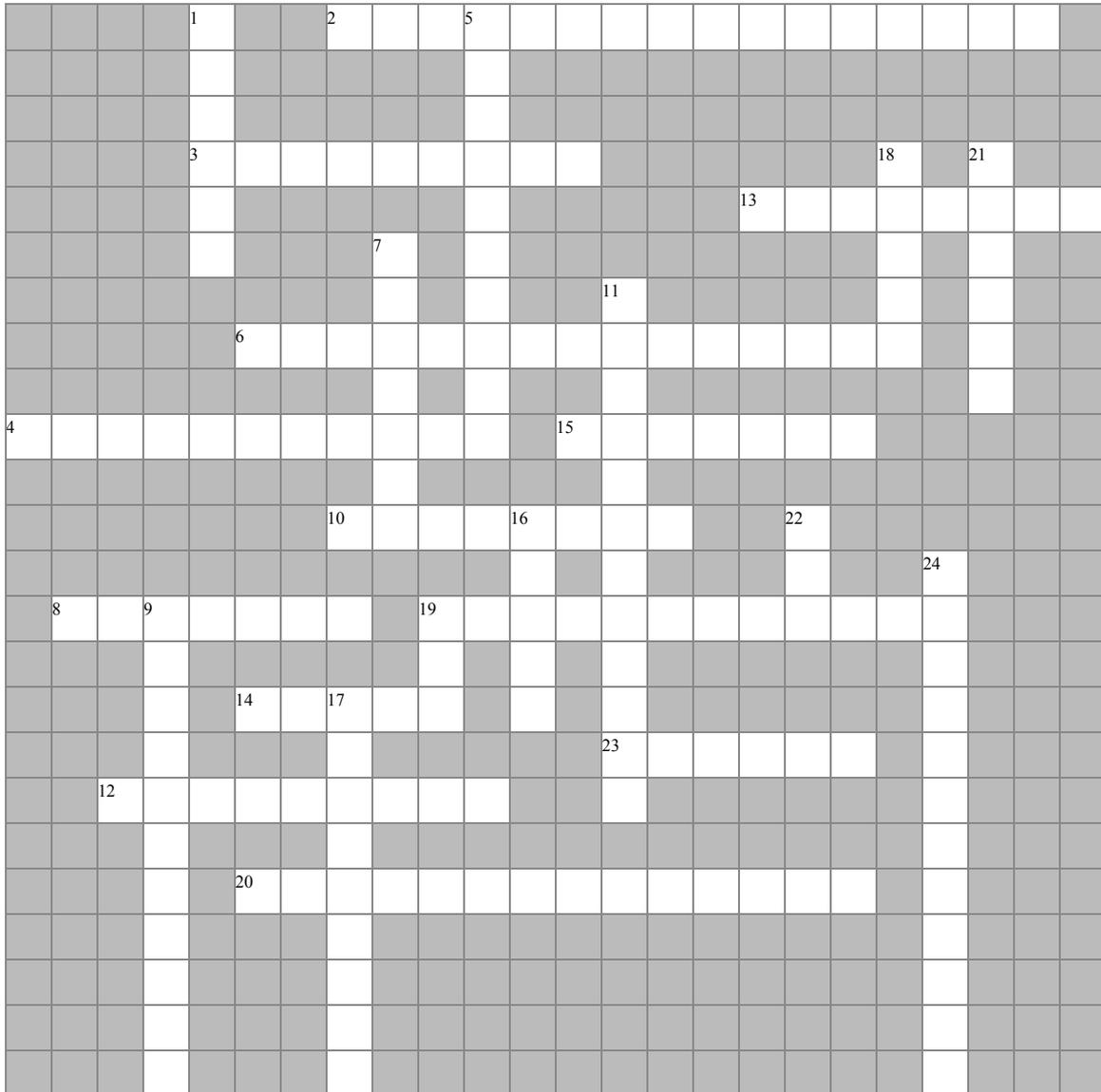
- а) корпоративность;
- б) экзогамия;
- в) унилинейность.

24. Получение защиты со стороны рода человеком, включенным в наследственные отношения, называется:

- а) баен;
- б) линидж;
- в) раджи.

# Кроссворды

## Кроссворд 1



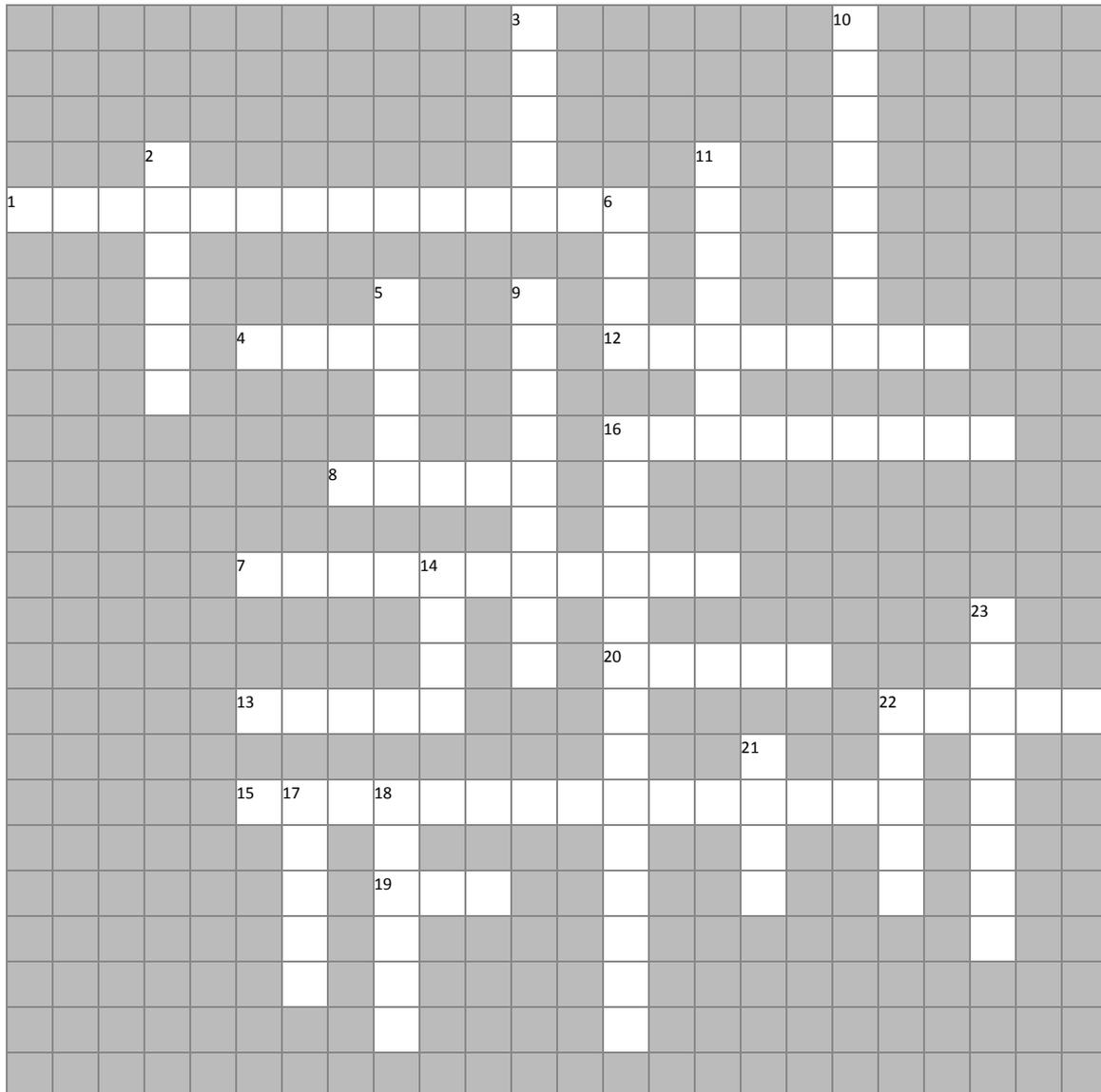
### По горизонтали:

2. Сравнительное правоведение
3. Знаково-смысловое выражение права
4. Право эпохи глобализации
6. Черта городского права
8. совокупность взаимосвязанных элементов
10. Заимствование с переработкой
12. Нормативное решение
13. Наука
14. Правовая ...
15. Соглашение
19. Сущность из названия
20. Уполномоченное ...
23. Правило поведения, сложившееся исторически

### По вертикали:

1. Заметка на полях
5. Положительное право
7. Договоры 1957 г.
9. Рассматривает явления как систему
11. Церковное право
16. Впервые в 1900 г. – ...
17. Рекомендательный закон
18. Совокупность характерных черт правовой системы
19. Институции
21. Юридическое лицо
22. Нормативно-правовой
24. Правовая система

## Кроссворд 2



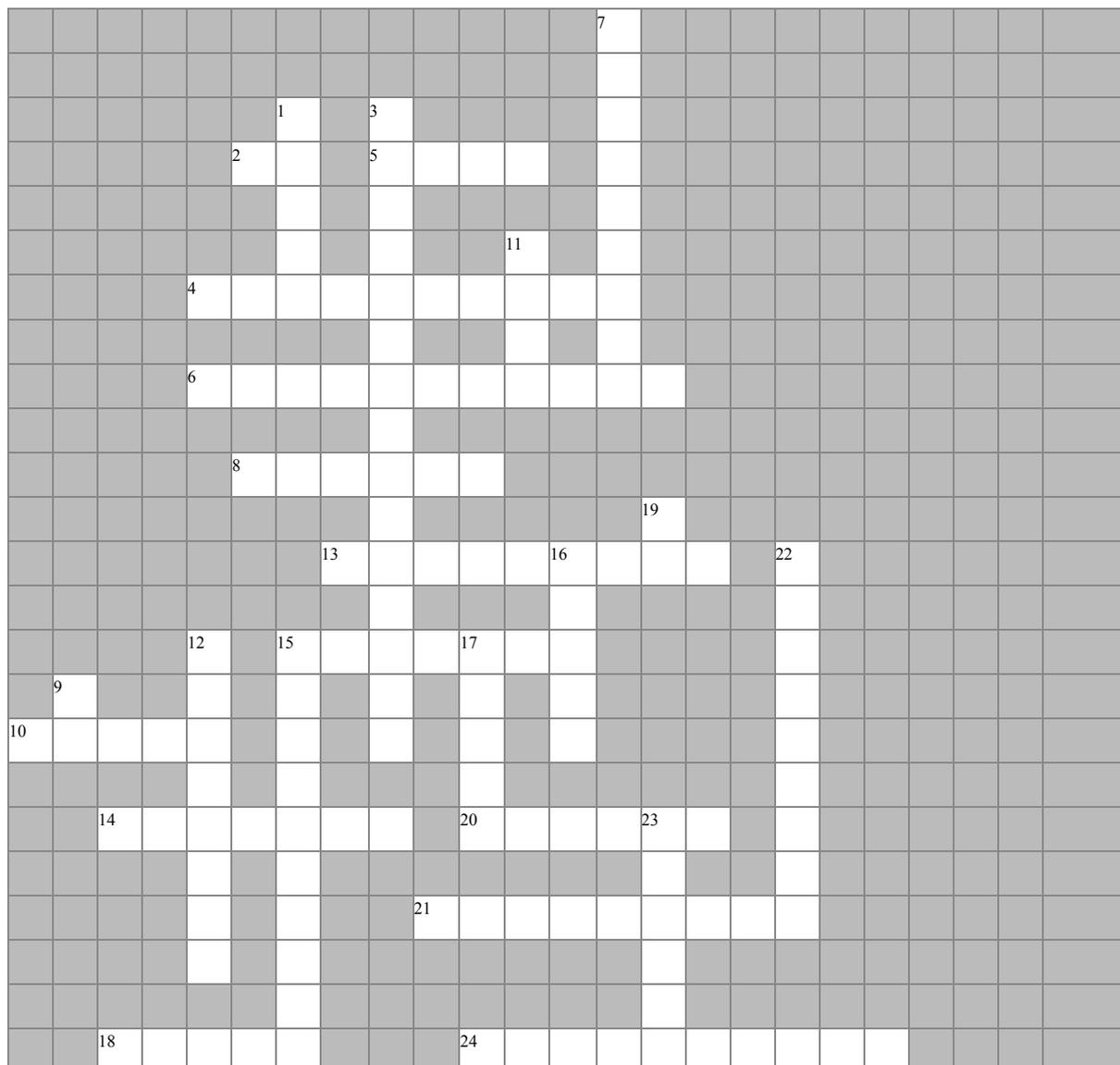
### По горизонтали:

1. «Право привилегии»
4. Обязательные деяния
7. Высший НПА
8. Глава государства
12. Декларативный акт, издаваемый монархом
13. Развод
15. Совет аш-шура
16. Федеральный УК США
19. Стих
20. Собрание преданий о Мухаммеде
22. Священная книга

### По вертикали:

2. Наказуемые деяния
3. Предания
5. Доктрина
6. Руководитель общины
9. Административная единица
10. Уложение 1649 г.
11. Тяжкие преступления
14. Школа
16. Главенствуют в системе английского права
17. Право на всей территории Англии
18. Законодательный акт парламента
21. ... законов Российской Империи 1835 г.
22. Суждение по аналогии
23. Штраф вместо кровной мести

### Кроссворд 3



#### По горизонтали:

2. Административно-правовые предписания
4. Законы Ману
5. Уголовно-правовые предписания
6. Обязательство возместить ущерб под страхом наказания
8. Эксперт
10. «Цвет»
13. Заключение брака в пределах общины
14. Профессиональный воин
15. Организация управления в деревне
18. Судебная процедура примирения сторон
20. Род
21. Посвящение во взрослого человека
24. Союз женщины с несколькими мужчинами

#### По вертикали:

1. Императорский фельдмаршал
3. Самые древние доказательства
7. Наука о наказании
9. Позитивный закон
11. Космический закон
12. Священники
15. Брак с умершим
16. Наука управления государством
17. Территория, на которую распространяется право
19. Ритуал
22. Заключение брака за пределами общины
23. Позитивный закон

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Некоторые проблемы, затронутые авторами на страницах этого учебника, не исчерпывают, разумеется, всего многообразия вопросов, поставленных перед человеком его собственной природой и повседневной общественной практикой. Каким будет право нового тысячелетия (или – не заглядывая так далеко – нового столетия)? Видимо, ответ может быть однозначным и, одновременно, несколько туманным: оно будет другим, отличным от его понимания в XX веке.

Произойдет это хотя бы потому, что усложнение общественной жизни, цивилизационные разломы и глобализация действуют одновременно и создают мозаичную картину бытия. XXI век будет временем осознания многообразия духовного опыта и, соответственно, правового плюрализма. Говоря о правовом плюрализме, мы нисколько не стремимся предложить некую новую парадигму, которая обычно основывается на стремлении интегрировать существующие теории правопонимания. Все они имеют право на существование, и стремление «интегрироваться» по общему правилу не приведет к какому-либо удовлетворительному результату. И в российском, и в зарубежном правоведении (подразумеваем европейско-американский «правовой ареал») есть как сторонники, так и противники интеграционных процессов. Так, согласно А.В. Полякову, «различия в образах права, представленных в науке, в значительной степени обуславливаются разными социокультурными условиями формирования и функционирования национальных правовых систем. Характерные особенности правовой жизни обществ проявляются и на уровне общественного правосознания, и в способах и типах нормативной регуляции общественных отношений, и в специфике правоприменительной практики. Поскольку эти особенности представляют собой результат объективации и воспринимаются массовым сознанием как реификации, они являются объективными»<sup>1455</sup>.

Действительно, как мы старались показать в соответствующих лекциях пособия, правопонимание у различных народов часто может быть диаметрально противоположным, и, тем не менее, вполне совместимым друг с другом. Весь вопрос лишь в том, что человечество постепенно подходит к мысли многополярном мире, в котором не может быть лучших и худших. Это как раз не противоречит плюралистическому подходу к пониманию права. Это понимание самым тесным образом связано с культурой, духовными устоями той или иной цивилизации. Конечно, оценки состояния и перспектив правового развития народов могут высказываться в общем виде, особенно с учетом синергетических процессов внутри социума. Кроме того, отметим и тот факт, что само общество неоднородно, оно, пользуясь термином Р. Даля, «полиархично» (в нем существует множество центров власти и влияния, каждый из которых по-своему стремится реализовать собственные интересы). Отсюда – вполне резонный вывод: развитие не

---

<sup>1455</sup> Поляков А.В. Общая теория права. СПб., 2001. С. 8.

всегда рационально, оно может подвергаться воздействию различных факторов, в том числе и субъективных. По мысли И.Л. Честнова, с которым мы можем вполне согласиться, «право, как и все остальные социальные институты, – результат селективной эволюции культуры. Развитие человечества вообще и в политико-правовой сфере в частности поливариантно вследствие отягощенности свободой. Поэтому как у отдельного человека, так и у общества всегда есть несколько вариантов развития (движения). Однако это развитие может реализовать только одну альтернативу»<sup>1456</sup>.

Видимо, альтернатива правового развития общества все же не одна. Вариантов движения может быть много. Факторы воздействия на право разнообразны, и предусмотреть их все невозможно. Синергетический подход к правопониманию как раз и позволяет адекватно воспринимать движение права в рамках той или иной цивилизации. Согласно В.А. Бачинину, «право как система складывается под воздействием двух разнохарактерных, но однонаправленных процессов самоорганизации. Первый – это положительная обратная связь со средой, позволяющая праву усложняться и совершенствовать свои структуры и одновременно устранять все чужеродное, избыточное. Второй – это отрицательная обратная связь права с той же средой, способствующая упрощению его структур, их деформации и нарастанию степени хаотичности. Постоянные противодействия этих тенденций формируют, видоизменяют систему права, придают ей характерную для данного места и времени социально-историческую конфигурацию»<sup>1457</sup>.

Таким образом, проблематика эволюции права в обществе XXI века отличается особой сложностью и требует многолетних исследований. Наш скромный труд – всего лишь приглашение к заинтересованному диалогу, не более того.

---

<sup>1456</sup> Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб., 2002. С. 75.

<sup>1457</sup> Бачинин В.А. Основы социологии права и преступности. СПб., 2002. С. 38.

## Сведения об авторах

**Лада Анатольевна Голубева** – доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Государственного института экономики, финансов, права и технологий. Кандидат юридических наук, доцент. Автор более 100 публикаций.

**Алексей Эдуардович Черноков** – профессор кафедры государственного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. Кандидат юридических наук, доцент. Автор более 60 публикаций.

**Илья Львович Честнов** – профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры РФ. Доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист РФ. Автор более 400 публикаций.

Лада Анатольевна Голубева,  
*кандидат юридических наук,*  
Алексей Эдуардович Черноков,  
*кандидат юридических наук,*  
Илья Львович Честнов,  
*доктор юридических наук*

## СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

*Учебник для вузов*

Ответственный редактор В. Андронатий  
Корректор Ю. Чиркова  
Компьютерная верстка И. Иванова

---

Подписано в печать 03.12.2019 г.

Формат 60x84<sup>1</sup>/<sub>16</sub>

Усл.печ.л. 40,6

Тираж 2000 экз.

Заказ 1327

---

Издательство Государственного института экономики, финансов, права и технологий  
188300 Ленинградская обл., г. Гатчина, ул. Рощинская, д. 5

Цена свободная