

№ 4 (32)
2017

ВЕСТНИК

УНИВЕРСИТЕТА

имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Право есть
искусство добра
и справедливости

*Jus est ars
boni et aequi*

В номере

Выпуск

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

АВТОРИТЕТНОЕ МНЕНИЕ

28 *Немытина М. В.*
Цивилизационно-культурный подход
в правоведении

41 *Батлер У. Э.*
Трехсотлетие выхода в свет первой русской
оригинальной книги по международному
публичному праву

ВЕКТОР ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

56 *Малиновский А. А.*
Механизм правового регулирования в зарубежных
правовых семьях

98 *Кресин А. А.*
Идея сравнения как основы общего учения о праве
во второй половине XVIII – первой трети XIX вв.

Гуляков А. Д., Саломатин А. Ю.
Роль высших судов в развитии переселенческих
федеративных государств
(на примере США и Австралии)

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА

145 *Грищенкова А. В.*
Психологические особенности принятия судебного
решения: российский и иностранный опыт

ОБРАЗОВАТЕЛЬНАЯ СРЕДА

152 *Воронин М. В.*
Инновационные формы научной и образовательной
деятельности в сфере юридической компаративис-
тики



ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

№ 4 (32)
2017

Выпуск
СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Издается с 2014 года
Выходит один раз в месяц

Председатель редакционного совета:

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович — профессор, ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Заместитель председателя редакционного совета:

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна — первый проректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заведующий кафедрой финансового права, доктор юридических наук, профессор.

Главный редактор:

ШПАКОВСКИЙ Юрий Григорьевич — профессор кафедры экологического и природоресурсного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

Члены редакционного совета:

БЕКЯШЕВ Камиль Абдулович — заведующий кафедрой международного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

БЕРЕЗКИНА Татьяна Евгеньевна — доцент кафедры философских и социально-экономических дисциплин Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат экономических наук, доцент.

БИРЮКОВА Марина Анатольевна — заведующий кафедрой иностранных языков Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат культурологии, доцент.

ВАСИЛЬЧЕНКО Юрий Леонтьевич — и. о. заведующего кафедрой правовой информатики Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

ВОСКОБИТОВА Лидия Алексеевна — заведующий кафедрой уголовно-процессуального права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ГРОМОШИНА Наталья Андреевна — профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ДЕМИНА Лариса Анатольевна — заведующий кафедрой философских и социально-экономических дисциплин Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ДМИТРИЕВА Галина Кирилловна — заведующий кафедрой международного частного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ЕРШОВА Инна Владимировна — заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ЕФИМОВА Людмила Георгиевна — заведующий кафедрой банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ЖАВОРОНКОВА Наталья Григорьевна — заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ЗУБАРЕВ Сергей Михайлович — заведующий кафедрой административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ИЛЬИНА Надежда Юрьевна — заведующий кафедрой английского языка № 2 Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат филологических наук, доцент.

ИСАЕВ Игорь Андреевич — заведующий кафедрой истории государства и права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.





Учредитель:

Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»

ИЩЕНКО Евгений Петрович — заведующий кафедрой криминалистики Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

КАЛИНОВСКАЯ Виктория Викторовна — заведующий кафедрой английского языка № 1 Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат филологических наук, доцент.

КАШКИН Сергей Юрьевич — заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

КОМАРОВА Валентина Викторовна — заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

КОРНЕВ Аркадий Владимирович — заведующий кафедрой теории государства и права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

КУЧЕРЕНА Анатолий Григорьевич — заведующий кафедрой адвокатуры и нотариата Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук.

ЛЮТОВ Никита Леонидович — заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент.

НОВОСЕЛОВА Людмила Александровна — заведующий кафедрой интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ПЕТРУЧАК Лариса Анатольевна — проректор по учебной и воспитательной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор кафедры теории государства и права, доктор юридических наук, доцент.

ПУЗЫРЕВСКИЙ Сергей Анатольевич — заведующий кафедрой конкурентного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент.

РАРОГ Алексей Иванович — профессор кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

РОГАЧЕВ Денис Игоревич — заведующий кафедрой спортивного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент.

РОМАНОВА Виктория Валерьевна — заведующий кафедрой энергетического права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук.

РОССИНСКАЯ Елена Рафаиловна — директор Института судебных экспертиз, заведующий кафедрой судебных экспертиз Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

СИНЮКОВ Владимир Николаевич — проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор кафедры теории государства и права, доктор юридических наук, профессор.

СЛЕСАРЕВ Владимир Львович — заведующий кафедрой гражданского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

СМИРНОВ Александр Федорович — профессор кафедры организации правоохранительной деятельности Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

Ответственный секретарь:

САЛИЯ Марианна Романовна — эксперт отдела научно-издательской политики Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Ответственный редактор выпуска:

ЗАХАРОВА Мария Владимировна — кандидат юридических наук, руководитель Научно-образовательного центра сравнительного права, член-корреспондент Международной академии сравнительного права

Подписано в печать 28.04.2017.

Усл. печ. л. 17,70. Тираж 100 экз.

Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

125993, Москва, Садовая-Кудринская ул., 9.

Адрес редакции:

125993, Москва, Садовая-Кудринская ул., 9.

Тел.: (499) 244-88-88 (доб. 556).

E-mail: vestnik@msal.ru

COURIER

OF THE KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY (MSAL)

№ 4 (32)
2017

Edition
COMPARATIVE LAW

Published from the year of 2014
Monthly journal

Chairman of the Editorial Board:

BLAZHEEV Victor Vladimirovich — professor, Rector of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Deputy of the Chairman of the Editorial Board:

GRACHEVA Elena Yurevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Financial Law Department, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Editor-in-Chief:

SHPAKOVSKIY Yuri Grigorievich — D. Sc. (Law), professor of the Environmental and Natural Resources Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Editorial Board members:

BEKYASHEV Kamil Abdulovich — D. Sc. (Law), professor, head of the International Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

BEREZKINA Tatyana Evgenyevna — Ph. D. (Economic), associate Professor of the Department of philosophical and socio-economic Sciences of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

BIRYUKOVA Marina Anatolevna — Ph. D. (Culturology), head of the Foreign Language Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

VASILCHENKO Yuri Leontievich — acting head of the Department of Legal Informatics of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

VOSKOBITOVA Lidia Alekseevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Criminal-Procedural Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

GROMOSHINA Natalia Andreevna — D. Sc. (Law), professor, professor of the Civil and Administrative Proceedings Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

DEMINA Larisa Anatolevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Philosophy and Socio-Economics Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

DMITRIEVA Galina Kirillovna — D. Sc. (Law), professor, head of the International Private Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

YERSHOVA Inna Vladimirovna — D. Sc. (Law), professor, head of the Business Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

YEFIMOVA Lyudmila Georgievna — D. Sc. (Law), professor, head of the Banking Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ZHAVORONKOVA Natalia Grigorevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Environmental and Natural Resources Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ZUBAREV Sergey Mihailovich — D. Sc. (Law), professor, head of the Administrative Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ILYINA Nadezhda Yurievna — Ph. D. (Philology), associate professor, head of the English Language Department № 2 of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ISAYEV Igor Andreevich — D. Sc. (Law), professor, head of the History of State and Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ISHCHENKO Yevgeniy Petrovich — D. Sc. (Law), professor, head of the Forensic Science Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).





Founder:

The Federal State Budgetary Educational
Establishment of the Higher Training
“Kutafin Moscow State Law University (MSAL)”

ISHCHENKO Yevgeniy Petrovich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Science of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KALINOVSKAYA Victoria Victorovna — Ph. D. (Philology), associate professor, head of the English Language Department № 1 of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KASHKIN Sergey Yurievich — D. Sc. (Law), professor, head of the Integration and European Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KOMAROVA Valentina Victorovna — D. Sc (Law), professor, head of the Constitutional and Municipal Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KORNEV Arcadiy Vladimirovich — D. Sc (Law), professor, head of the Theory of State and Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KUCHERENA Anatoliy Grigorievich — D. Sc. (Law), professor, head of the Bar and Notariat Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

LYUTOV Nikita Leonidovich — D. Sc. (Law), professor, head of the Labor Law and Law of Social Security Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

NOVOSELOVA Lyudmila Aleksandrovna — D. Sc. (Law), professor, head of the Intellectual Property Rights Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

PETRUCHAK Larisa Anatolevna — D. Sc. (Law), associate professor, Vice-Rector for Academic Affairs of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

PUZYREVSKIY Sergey Anatolevich — Ph. D. (Law), head of the Competition Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

RAROG Aleksey Ivanovich — D. Sc. (Law), professor, professor of the Criminal Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ROGACHEV Denis Igorevich — Ph. D. (Law), associate professor, head of the Sports Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ROMANOVA Viktoria Valerievna — D. Sc. (Law), head of the Energy Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ROSSINSKAYA Elena Rafailovna — D. Sc. (Law), professor, Director of the Forensic Examination Institute, head of the Forensic Examination Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

SINYUKOV Vladimir Nikolaevich — D. Sc. (Law), professor, Vice-Rector for Science of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), professor of the Theory of State and Law Department.

SLESAREV Vladimir Lvovich — D. Sc. (Law), head of the Civil Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

SMIRNOV Aleksandr Fedorovich — D. Sc. (Law), professor of the Organization of Law-enforcement Activity Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Executive Secretary Editor:

SALIYA Marianna Romanovna — Expert of the Department of Scientific and Publishing Policy of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Executive Secretary of the Issue:

ZAKHAROVA Maria Vladimirovna — Head of the Research Centre for Comparative Law (Kutafin Moscow State Law University), Associate Member of the International Academy of Comparative Law.

Passed for printing 28.04.2017.
Publication base sheet 17,70. Circulation 100 cop.
The Publishing Centre of the Kutafin
Moscow State Law University (MSAL).
Bld.9, Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993.

The address of the Editorial Office:

Bld.9, Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993.
Tel.: (499) 244-88-88 (# 556).
E-mail: vestnik@msal.ru

СОДЕРЖАНИЕ

СЛОВО К ЧИТАТЕЛЮ	6
К 80-летию со дня рождения О. Е. КУТАФИНА Книга длиною в жизнь	8
УНИВЕРСИТЕТСКАЯ ХРОНИКА	12
АВТОРИТЕТНОЕ МНЕНИЕ Немытина М. В. Цивилизационно-культурный подход в правоведении	28
КНИЖНАЯ ПОЛКА Батлер У. Э. Трехсотлетие выхода в свет первой русской оригинальной книги по международному публичному праву	41
ВЕКТОР ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВА Малиновский А. А. Механизм правового регулирования в зарубежных правовых семьях	56
Губайдуллин А. Р. Преемственность в развитии правовой системы	81
Трикоз Е. Н. Гибридные правовые системы и их место в смешанном правовом семействе	91
ИСТОРИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВА Кресин А. В. Идея сравнения как основа общего учения о праве во второй половине XVIII — первой трети XIX в.	98
ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО Гуляков А. Д., Саломатин А. Ю. Роль высших судов в развитии переселенческих федеративных государств (на примере США и Австралии)	124
Лапо П. В. Организация верховной власти в Первом Латино-Иерусалимском королевстве (1099—1187): конфликт короны и церкви	134
ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА Грищенкова А. В. Психологические особенности принятия судебного решения: российский и иностранный опыт	145

ОБРАЗОВАТЕЛЬНАЯ СРЕДА

Воронин М. В.

- Инновационные формы научной и образовательной деятельности
в сфере юридической компаративистики 152

Трибуна молодого ученого

Лещенков Ф. А.

- Правовое регулирование деятельности компаний
по освоению месторождений минерального сырья
немецкого континентального шельфа 160

Агеев С. С.

- Правовое регулирование законодательного процесса
в Великобритании 166

ДАЙДЖЕСТ МЕРОПРИЯТИЙ 176

ЮРИДИЧЕСКОЕ НАСЛЕДИЕ

Ковалевский М. М.

- Историко-сравнительный метод в юриспруденции
и приемы изучения права (*фрагменты*) 178

Сорель А.

- Историко-культурное значение французского
Гражданского кодекса (*фрагменты*) 182

СЛОВО К ЧИТАТЕЛЮ



Уважаемый читатель!

С первых шагов сравнительного права в научном и образовательном пространстве данное направление юридической мысли имело разнообразные грани воплощения и научной оценки.

Сегодня на страницах тематического выпуска «Вестника Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» компаративисты из России ближнего и дальнего зарубежья представили разнообразные доктринальные выводы по актуальным проблемам юридической компаративистики: концептуальные основы сравнительного права (научные статьи А. А. Малиновского, А. Р. Губайдуллина, Е. Н. Трикоз); история сравнительного правоведения (научная статья В. А. Кресина), зарубежное право (научные статьи А. Д. Гулякова, А. Ю. Саломатина, П. В. Лапо); антология компаративной мысли.

Знаковым событием для журнала стали статьи профессора У. Э. Батлера «Трехсотлетие выхода в свет первой русской оригинальной книги по международному публичному праву» и профессора М. В. Немытиной «Цивилизационно-культурный подход в правоведении».

В новых рубриках журнала «Юридическая практика» и «Образовательная среда» читатели смогут найти выводы авторов относительно функциональных граней сравнительного права в юридическом процессе и образовательной практике.

А открывает наш номер рубрика «Хроника событий», рассказывающая о компаративно-правовых дискуссиях за круглым столом, разворачивающихся в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Мария Владимировна Захарова,
кандидат юридических наук,
руководитель Научно-образовательного центра
сравнительного права Университета
имени О.Е.Кутафина (МГЮА),
член-корреспондент Международной академии
сравнительного права

КНИГА ДЛИНОЮ В ЖИЗНЬ



О. Е. Кутафин



Олег Емельянович Кутафин был не только выдающимся ученым-правоведом, но и талантливым, прозорливым организатором. По его инициативе и при личном участии в МГЮА появились многие перспективные учебные институты. Один из них — Международно-правовой институт.

В 2000 г. в порядке эксперимента в одной из учебных групп дневного факультета МГЮА было введено углубленное изучение международного частного права и двух иностранных языков. Эксперимент оказался успешным, и в 2002 г. при дневном факультете было создано отделение международного экономического и финансового права. В 2005 г. оно было преобразовано в Институт международного частного права. 31 января 2011 г. в связи с расширением специализации вуз был переименован в Международно-правовой институт (МПИ).

В настоящее время в Международно-правовом институте осуществляется подготовка бакалавров по направлению «Юриспруденция» по очной форме обучения (4 г.) и магистров по направлению «Юриспруденция» по очной (2 г.), очно-заочной и заочной формам обучения (2 г. 3 мес.).

Уникальность предоставляемых Институтом образовательных услуг по программе *бакалавриата* заключается в международно-правовом профиле подготовки студентов. В учебных планах других институтов Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) возможность выбора международно-правового профиля по очной форме обучения не предусмотрена.

В Международно-правовом институте с первого курса преподаются дисциплины базового характера, подготавливающие учащихся к изучению дисциплин профиля на старших курсах. Ряд дисциплин студенты могут выбирать для углубленного изучения самостоятельно:

— по кафедре международного (публичного) права — право международных договоров, международное морское право, таможенное право, международные организации и конференции, международное уголовное право, дипломатический протокол и деловой этикет и др.;



Выпускник
Международно-правового
института, проректор
по международному
сотрудничеству
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА)
Дмитрий Олегович Кутафин

- по кафедре международного частного права (МЧП) — трансграничные коммерческие контракты, промышленная собственность в МЧП, авторские права в МЧП, наследование в МЧП, трансграничные перевозки, правовое регулирование иностранных инвестиций и др.;
- по кафедре права Европейского Союза — миграционное право ЕС и механизмы защиты прав человека в Европе, процессуальное право ЕС, торговое право ЕС и др.

С 2015/2016 учебного года в Институте реализуются следующие уникальные магистерские программы:

- «Юрист в сфере международного бизнеса» — программа кафедры международного частного права, предполагающая углубленное изучение правового регулирования коммерческих отношений между контрагентами из разных государств;
- «Магистр в сфере международного права» — совместная программа трех кафедр международно-правового профиля, предполагающая глубокое изучение правового регулирования международных (публичных) и интеграционных процессов, а также вопросов трансграничных отношений в сфере интеллектуальной собственности.

Институт возглавляет кандидат исторических наук, доцент Николай Сергеевич Кувырченков.



Н. С. Кувырченков

В процессе обучения студенты бакалавриата и магистратуры проходят практику в судах, в организациях и учреждениях, деятельность которых коррелирует с профилем подготовки: в МИД России, Торгово-промышленной палате РФ, Международном коммерческом арбитражном суде и др.

В качестве дополнительного профессионального образования студенты МПИ имеют возможность получить квалификацию «Переводчик в сфере профессиональной коммуникации», подтвержденную дипломом. Предлагаются на выбор следующие иностранные языки: английский, французский, немецкий и испанский.



Директор Международно-правового института Н. С. Кувырченков (в центре), заместитель директора О. В. Луткова и студенты Института

Студенты Института могут быть направлены на стажировки в страны изучаемого иностранного языка (Франция, Германия, Англия, Испания, Голландия, Швейцария и др.). Они также участвуют в российских и международных научно-практических мероприятиях — конференциях, круглых столах, деловых играх (например, конкурс имени Филиппа Джессопа).

*Подготовлено по материалам Международно-правового института
Университета имени О.Е.Кутафина (МГЮА)*



Выпускники Международно-правового института

4 АПРЕЛЯ

Круглый стол «Нотариат и стабильность экономического оборота: современное состояние и перспективы развития»



В зале Ученого совета Университета состоялся Всероссийский научно-практический круглый стол «Нотариат и стабильность экономического оборота: современное состояние и перспективы развития».

В рамках круглого стола обсуждались следующие проблемные вопросы:

- развитие нотариата — гарант стабильности гражданского оборота;
- нотариат России: новые изменения и возможности;
- единая информационная система нотариата.

Важной частью мероприятия стало торжественное подписание соглашений о сотрудничестве между Университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и Федеральной нотариальной палатой, а также между Университетом и Московской городской нотариальной палатой. В подписании приняли участие ректор Университета Виктор Блажеев, президент Федеральной нотариальной палаты, президент Московской городской нотариальной палаты Константин Корсик, а также нотариусы города Москвы.

Целью подписания соглашений является совместная деятельность Университета, ФНП и МГНП по организации обучения и реализации дополнительных профессиональных программ повышения квалификации нотариусов, обучения студентов и слушателей Университета, а также совместное использование учебных, научных, экспертных, информационных и материальных ресурсов по вопросам развития и укрепления нотариальной деятельности.

5 АПРЕЛЯ

II Международный студенческий конкурс «Модель международного коммерческого арбитража — 2017»

Подведены итоги II Международного студенческого конкурса «Модель международного коммерческого арбитража — 2017», организованного Университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА) при поддержке Российского союза промышленников и предпринимателей (РСПП).

Участники встретились в четвертьфинальных и полуфинальных поединках. В финале же играли хозяйка площадки — команда МГЮА-1 — и представители Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Силы команд были равны, поэтому организаторы вынуждены были вручить две первые премии.

Призы были вручены в номинациях «Лучший меморандум истца», «Лучший меморандум ответчика», «Лучший оратор», «Дебют года» и, конечно же, «Приз зрительских симпатий».



6 АПРЕЛЯ

IV Московский юридический форум

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) прошло одно из крупнейших ежегодных событий юридического сообщества Российской Федерации — IV Московский юридический форум на тему «Право и экономика: междисциплинарные подходы в науке и образовании».

На протяжении трех дней, с 6 по 8 апреля 2017 г., государственные и общественные деятели, представители судебной системы и правоохранительных органов, деятели науки и практикующие юристы обсуждали актуальные проблемы правовой и судебной системы как России, так и зарубежных стран.

Торжественное открытие форума было посвящено памяти академика О. Е. Кутафина. С приветственным словом к собравшимся обратился ректор Университета Виктор Блажеев. Он поблагодарил всех, кто участвует в форуме в год 80-летия со дня рождения Олега Емельяновича Кутафина.

Гости мероприятия поделились личными воспоминаниями об этом удивительном человеке. Они с теплотой говорили о вкладе, который О. Е. Кутафин внес в судьбы не только многих присутствующих, но и в жизнь страны в целом.



В открытии приняли участие известные представители российского права: советник Президента РФ Вениамин Яковлев, полномочный представитель Правительства РФ в высших судах Михаил Барщевский, советник Генерального прокурора РФ Сабир Кехлеров, председатель Московской городской Думы Алексей Шапошников, директор Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ Талия Хабриева, декан юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова Александр Голиченков, председатель Совета при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека Михаил Федотов.

По окончании мемориальной части заседания с пленарными докладами выступили не менее известные юристы:

- судья Конституционного Суда РФ Гадис Гаджиев;
- глава Совета судей РФ, судья Верховного Суда РФ Виктор Момотов;
- заместитель руководителя Федеральной налоговой службы России Сергей Аракелов;
- директор департамента экономического сотрудничества Исполнительного комитета СНГ Андрей Кушниренко;
- директор Департамента науки и технологий Минобрнауки России Сергей Матвеев;
- директор Института социального права и социальной политики имени Макса Планка (Мюнхен) Ульрих Бекер;
- заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Никита Лютов;
- заведующий отделом экологического законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ Сергей Боголюбов;
- заведующий кафедрой уголовного права и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета Уве Хелльманн;
- заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Инна Ершова;
- партнер и председатель глобальной практики международного арбитража и разрешения споров юридической компании Baker Botts LLP Иван Марисин;
- председатель Третейского суда при фонде «Право и экономика ТЭК» Василий Ануров.

7 АПРЕЛЯ

Научно-образовательная сессия «Право и экономика: реструктуризация образовательного пространства на основе требований ФГОС высшего образования (3+)»

В рамках Московского юридического форума прошла научно-образовательная сессия «Право и экономика: реструктуризация образовательного пространства на основе требований ФГОС высшего образования (3+)».

Сессия проходила в течение трех дней и включала в себя комплекс мероприятий научно-практического и методического характера (конференции, круглые

столы, мастер-классы), посвященных актуальным вопросам реализации образовательной деятельности юридического вуза.



С докладами на пленарном заседании выступили гости научно-образовательной сессии:

- заместитель руководителя Федеральной службы по надзору в сфере образования и науки Наталья Наумова, которая осветила в своем докладе проблемы и перспективы организации в вузе независимой оценки качества образования;
- заместитель директора Департамента государственной политики в сфере высшего образования Министерства образования и науки РФ Сергей Пилипенко, выступивший с докладом «Модель выпускника в свете требований ФГОС высшего образования»;
- руководитель Центра инновационных образовательных технологий и стратегического развития Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Егор Дорошенко важнейшим условием подготовки конкурентоспособных кадров юристов назвал проектирование междисциплинарных образовательных программ;
- глава компании по подбору юридического персонала «Нортон Кейн» (Norton Caine) Дмитрий Прокофьев как представитель сообщества работодателей остановился в своем выступлении на проблемах состояния и перспективах развития современного рынка труда юридических кадров.

В ходе научно-образовательной сессии состоялась панельная дискуссия «Юрист на современном рынке труда: актуальные вопросы формирования новой модели выпускника юридического вуза, востребованность и трудоустройство». Модераторами дискуссии выступили проректор по учебной и воспитательной работе Лариса Петручак и директор Института развития юридического образования Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Сергей Зенин.



Экспертами панельной дискуссии стали представители научно-педагогического и юридического сообщества:

- заместитель прокурора Вологодской области Тофик Ашурбеков;
- заместитель руководителя Федеральной службы по надзору в сфере образования и науки Наталия Наумова;
- проректор по учебной и воспитательной работе Российского государственного университета правосудия (РГУП) Сергей Никитин;
- заместитель директора Департамента государственной политики в сфере высшего образования Министерства образования и науки РФ Сергей Пилипенко;
- глава компании по подбору юридического персонала «Нортон Кейн» (Norton Caine) Дмитрий Прокофьев;
- заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы России Сергей Пузыревский;
- заместитель председателя Арбитражного суда Московской области Андрей Соловьев;
- исполнительный вице-президент Федеральной палаты адвокатов РФ Андрей Сучков.

Дискуссия прошла в атмосфере заинтересованного диалога. В обсуждении вопросов, вынесенных на панельную дискуссию, приняли участие 137 человек, среди которых представители научно-педагогического сообщества и работодателей из 14 регионов страны.

10 АПРЕЛЯ

Выборы ректора и Ученого совета Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Уже в третий раз ректором Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) избран Виктор Блажеев.



Выборы ректора проходили на альтернативной основе в рамках конференции научно-педагогических работников, представителей других категорий работников и обучающихся Университета. В ходе тайного голосования делегатам предстояло выбрать одну из двух кандидатур, утвержденных Министерством образования и науки РФ, — нынешнего ректора Виктора Блажеева или проректора по учебной и воспитательной работе Ларису Петручак.

Председатель счетной комиссии Егор Дорошенко огласил результаты. Всего проголосовал 201 бюллетень. Из них 200 были признаны действительными, 1 бюллетень признан недействительным. Кандидатуру нынешнего ректора поддержали 88,5 % (177) делегатов конференции.

Виктор Блажеев избран ректором Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) сроком на 5 лет.

В ответном слове В. Блажеев поблагодарил коллег за оказанное доверие и пообещал использовать все свои силы и опыт на дальнейшее развитие и укрепление Университета.

Вторым вопросом повестки дня конференции стали довыборы членов Ученого совета Университета взамен выбывших. Единогласно было принято решение об утверждении в качестве членов Ученого совета следующих кандидатур:

- и. о. заведующего кафедрой гражданского права **Елены Богдановой**;
- директора Института юридического перевода **Татьяны Витлинской**;
- и. о. заведующего кафедрой уголовного права **Юлии Грачевой**;
- заведующего кафедрой организации судебной и прокурорско-следственной деятельности **Татьяны Отческой**;
- директора Северо-Западного института (филиала) Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) **Виталия Федотова**.

12 АПРЕЛЯ

Круглый стол «Антимонопольный комплаенс: теория и практика применения»



Организаторами круглого стола выступили Ассоциация антимонопольных экспертов, филиал Учебно-методического центра ФАС России в г. Москве и кафедра конкурентного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

В мероприятии приняло участие более 50 специалистов в области антимонопольного законодательства, а также студенты и аспиранты Университета.

В рамках круглого стола представители ФАС России, ведущие специалисты Ассоциации антимонопольных экспертов, представители бизнеса и научного сообщества обсудили значение антимонопольного комплаенса как эффективной системы предупреждения антимонопольных рисков, процедуру его построения и внедрения на основе презентаций спикеров о лучших бизнес-практиках, значение законодательных инициатив ФАС России по стимулированию внедрения антимонопольного комплаенса в России.



Антимонопольное регулирование активно развивается в России, и очередной этап его развития ознаменуется закреплением института антимонопольного комплаенса на законодательном уровне. Главной задачей антимонопольного комплаенса является создание системы корпоративных мер, направленных на минимизацию антимонопольных рисков. Система антимонопольного комплаенса внедряется крупнейшими компаниями, ведущими бизнес в России, и показывает эффективность своей работы в структуре корпоративного управления.

14 АПРЕЛЯ

II Всероссийская научно-практическая конференция «Медиация: теория, практика, перспективы развития»

Организаторами мероприятия по традиции выступили Федеральный институт медиации (ФГБУ «ФИМ»), НП «Национальная организация медиаторов» (НП «НОМ»), Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) при поддержке Министерства образования и науки РФ.

С приветственными словами к участникам и гостям обратились:

- председатель координационного совета, научный руководитель ФГБУ «ФИМ», президент НП «НОМ» Цисана Шамликашвили;
- советник Президента РФ Вениамин Яковлев;
- председатель Суда по интеллектуальным правам Людмила Новоселова;
- первый вице-президент АО «Газпромбанк» Елена Борисенко;
- президент Федеральной палаты адвокатов РФ Юрий Пилипенко;
- профессор кафедры психологии личности факультета психологии Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова Галина Солдатова;
- уполномоченный при Президенте РФ по правам ребенка Анна Кузнецова;
- председатель совета Ассамблеи народов Светлана Смирнова.



В ходе открытия было заслушано видеообращение заместителя министра образования и науки РФ **Вениамина Каганова**.

Приветственная часть продолжилась ключевым докладом-презентацией **Цисаны Шамликашвили** о методе и методике медиации в России.

По окончании выступления докладчика состоялся круглый стол на тему «Правовые аспекты развития медиации». Модераторами выступили: заместитель председателя Комитета по конституционному законодательству и государственному строительству Совета Федерации ФС РФ **Людмила Бокова** и научный руководитель ФГБУ «ФИМ» **Цисана Шамликашвили**.

В рамках конференции также прошли мастерские по проблемам отдельных направлений медиации, таким как защита интересов ребенка в семейной медиации, аргументы при разрешении споров в сфере госзакупок, медиация в ЖКХ и др.

Участники посетили мастерские психологов и кураторов детских оздоровительных лагерей, в ходе которых обсуждались проблемы сохранения нейтральности медиатора, взаимодействующего с подростками, пережившими трудную жизненную ситуацию, использования медиативного подхода в работе специалистов по профилактике правонарушений несовершеннолетних и др.

Правовые аспекты медиации обсуждались в рамках секции «Медиация и право», в которой приняли участие представители адвокатского сообщества, аудиторы, преподаватели московских и региональных образовательных организаций.

В завершение конференции состоялось подведение итогов второго ежегодного конкурса «Вклад в развитие медиации — 2016».

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) принял гостей из Лейденского университета

35 студентов Лейденского университета (Нидерланды) в рамках развития международного сотрудничества 14 апреля посетили Институт судебных экспертиз Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и ознакомились с направлениями подготовки судебных экспертов в России и МГЮА. Директор ИСЭ профессор Елена Россинская рассказала гостям об особенностях обучения экспертов-экономистов и экспертов-речеведов, ответила на многочисленные вопросы. Затем гости совершили часовую экскурсию по лабораториям Института, которая сопровождалась демонстрацией работы приборов и оборудования, беседами с ведущими преподавателями кафедры.



19 АПРЕЛЯ

Научно-практическая конференция «СТАДИТАКС»

Организатором научно-практической конференции «СТАДИТАКС» на тему «Налоговая ответственность в Российской Федерации: теоретический и практический аспекты» выступил Научный клуб Института современного прикладного права.

Целями мероприятия являлись поддержка и стимулирование научно-исследовательской деятельности молодых ученых-юристов (студентов, магистрантов, аспирантов), привлечение внимания научного юридического сообщества к проблемам налогового права, выявление перспективных направлений научных исследований в этой области.



С приветственным словом к собравшимся обратилась первый проректор Университета Елена Грачева. Модератором выступил доцент кафедры финансового права Виктор Мачехин. Приглашенными гостями стали директор Института современного прикладного права Надежда Пастухова, заместитель директора Кристина Трубачева и доцент кафедры финансового права Александр Ситник.

20 АПРЕЛЯ

Научные и образовательные мероприятия, посвященные 80-летию со дня рождения академика О. Е. Кутафина



В Университете состоялось заседание научного кружка кафедры конституционного и муниципального права, в рамках которого прошло награждение лауреатов конкурса на лучшую студенческую работу «Развитие идей О. Е. Кутафина о местном самоуправлении в науке и практике». Особым гостем мероприятия стал главный научный сотрудник Института государства и права РАН Вениамин Чиркин.

Победителями конкурса стали:

1-е место — Лев Замескин, Международно-правовой институт. Тема работы «Муниципально-частное партнерство в Российской Федерации: эффективное взаимодействие власти и бизнеса». Научный руководитель В. Комарова.

2-е место — Андрей Немов, Институт права. Тема работы «Принцип самостоятельности местного самоуправления при определении структуры органов местного самоуправления». Научный руководитель Н. Таева.

3-е место — Алексей Эрзин, Институт права. Тема работы «Вопросы местного значения: проблемы законодательного регулирования и практики». Научный руководитель Н. Таева.

Грамоты за участие в конкурсе (поощрительные призы без места) получили:

1. Ксения Шевченко, Международно-правовой институт. Тема работы «Основные модели организации местного самоуправления современного общества». Научный руководитель В. Комарова.

2. Денис Цыганов, Международно-правовой институт. Тема работы «Совет муниципальных образований в субъектах Российской Федерации. Анализ доктрины и практики». Научный руководитель В. Комарова.

3. Анна Морозова, Институт судебных экспертиз. Тема работы «Особенности местного самоуправления в городах федерального значения». Научный руководитель А. Осавелюк.

4. Екатерина Веретенникова, Институт права. Тема работы «Особенности организации местного самоуправления в субъектах Российской Федерации — городах федерального значения». Научный руководитель О. Соколова.

5. Марьям Гайнетдинова, Институт права. Тема работы «Удаление главы муниципального образования в отставку: проблемы теории и практики». Научный руководитель Н. Таева.

6. Дарья Маргаскина, Институт права. Тема работы «Обеспечение права на благоприятную окружающую среду на муниципальном уровне: опыт и перспективы развития». Научный руководитель А. Будаев.

Круглый стол «Правовая охрана искусственного интеллекта»



В зале Диссертационного совета Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоялся совместный круглый стол кафедры гражданского права и кафедры интеллектуальных прав на тему «Правовая охрана искусственного интеллекта».

С приветственными словами выступили заведующий кафедрой гражданского права Е. Богданова и заведующий кафедрой интеллектуальных прав, председатель Суда по интеллектуальным правам Л. Новоселова.



Арбитр МКАС при ТПП РФ Д. Огородов выступил с докладом на тему «Искусственный интеллект, беспилотный транспорт и робототехника: перспективы правового регулирования». Спикер представил на обсуждение известный законопроект Дмитрия Гришина о легализации роботизированных агентов. Среди различных проблем были выделены такие, как перемещение категории объектов в субъекты права, отсутствие полноценных методик по внедрению данных технологий, вопросы чип-тюнинга. По мнению Д. Огородова, необходимо сохранять стабильность в фундаментальных нормативно-правовых актах, однако возможны изменения в отраслевом законодательстве.

Следующий докладчик, аспирант кафедры интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Ш. Кодиров посвятил свой доклад характеристике робота-юриста. Были обозначены проблемы, связанные с появлением роботов-юристов, а также возможные последствия в случае их внедрения на рынок труда.

Студентки Института магистратуры кафедры интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) К. Глазунова и Т. Стрижова подготовили доклады об авторстве на сгенерированный контент, а также об авторском праве и нейросетях.

В дискуссии приняли участие представители Высшей школы экономики, преподаватели, аспиранты и студенты Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), а также практикующие юристы. Особое внимание участники мероприятия уделили вопросу правосубъектности, а также проблемам развития технологий в будущем. В завершение круглого стола было принято решение продолжить данную дискуссию.

21 АПРЕЛЯ

Совместная конференция с Академией ФСИН России



В Рязани состоялась Всероссийская научно-практическая конференция «Административная деятельность правоохранительных органов Российской Федерации и зарубежных стран», организаторами которой выступили кафедра административного и финансового права Академии ФСИН России и кафедра административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Участников конференции приветствовали заместитель председателя Правительства Рязанской области Алексей Тюменев, начальник Академии ФСИН России Александр Крымов и заведующий кафедрой административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Сергей Зубарев.

В работе конференции, помимо ученых Академии ФСИН России и Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), приняли участие представители Института государства и права РАН, Института законодательства и сравнительного

правоведения при Правительстве РФ, Российского государственного университета правосудия, Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, Санкт-Петербургского университета МВД России, Московского государственного университета путей сообщения Императора Николая II, а также преподаватели образовательных организаций ФСИН России и МВД России, практические работники учреждений и органов уголовно-исполнительной системы и других правоохранительных органов, курсанты, слушатели и студенты образовательных организаций ФСИН России и МВД России.

На конференции обсуждался широкий круг теоретико-методологических, правовых, организационно-управленческих вопросов, касающихся административно-правового регулирования деятельности правоохранительных органов.

Участники мероприятия согласовали общую научную позицию в понимании основных направлений совершенствования административно-правового регулирования деятельности правоохранительных органов и на ее основе выработали практико-ориентированные рекомендации.

23 АПРЕЛЯ

Форум молодых ученых «Представительство в материальном и процессуальном праве: проблемы и перспективы развития»

Всероссийский научно-практический форум молодых ученых «Представительство в материальном и процессуальном праве: проблемы и перспективы развития» был организован кафедрами гражданского и административного судопроизводства, гражданского права, адвокатуры и нотариата совместно с Федеральной палатой адвокатов РФ и Адвокатской палатой Московской области. Идея его организации возникла в 2016 г. при проведении Университетом одноименной научно-практической конференции, которая вызвала большой интерес студентов и магистрантов к проблемам института представительства. Идеологами данного мероприятия были заместитель заведующего кафедрой гражданского и административного судопроизводства Университета Светлана Казиханова и доцент кафедры гражданского права Елена Моргунова.

На секциях форума выступали студенты, магистранты и аспиранты. По итогам их выступлений эксперты отобрали 9 участников с наиболее интересными докладами для дальнейшего их участия в Интеллектуальной викторине. Состязание в викторине проходило по правилам известной телевизионной интеллектуальной викторины «Умники и умницы». Вопросы были основаны на работе выдающегося цивилиста Владимира Александровича Рясенцева «Представительство в советском гражданском праве».

По результатам викторины в финал для участия в конкурсе ораторского искусства вышли Алена Жаркова и Станислав Голиков, студенты Юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, а также Георгий



Комиссаров и Илья Джимбинов (как самый активный зритель Интеллектуальной викторины, набравший большое количество медалей), студенты Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Победителем форума стала студентка 2-го курса Юридического факультета СПбГУ **Жаркова Алена**.

В работе форума активное участие приняли:

- доктор юридических наук, профессор **Владимир Слесарев**;
- директор Института повышения квалификации **Татьяна Докучаева**;
- доцент кафедры гражданского и административного судопроизводства **Валерий Ивакин**;
- заместитель начальника Правового управления, начальник отдела избирательных споров и судебного представительства Центральной избирательной комиссии РФ **Дмитрий Воронин**;
- доцент кафедры гражданского права **Елена Моргунова**;
- доцент кафедры адвокатуры и нотариата **Олег Поспелов**;
- доцент кафедры гражданского права **Екатерина Подузова**;
- доцент кафедры адвокатуры и нотариата **Лариса Скабелина**;
- преподаватель кафедры гражданского права **Дарья Ксенофонтова**;
- преподаватель кафедры гражданского права Российского государственного университета правосудия **Ксения Кирсанова**.

По окончании форума была проведена экскурсия в Московскую государственную картинную галерею народного художника СССР Александра Шилова.

Выбирая такой формат проведения форума, организаторы преследовали цель не только развивать в студентах и аспирантах научное творчество и умение публично выступать, но и вызвать у молодых участников понимание необходимости изучения трудов классиков российского права, чтобы слова «я видел дальше других только потому, что стоял на плечах гигантов», когда-то сказанные Исааком Ньютоном, стали принципом их дальнейшей деятельности.

25 АПРЕЛЯ

Лекция Я. Герардс «Актуальность Европейского Суда по правам человека в современном мире: последствия национальных событий»



Лекция профессора Утрехтского университета (Нидерланды) Яннеке Герардс (Janneke Gerards) была организована Клубом юриста-международника (кафедра международного права) при содействии Международно-правового института и Управления международного сотрудничества Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

В своем выступлении на тему «Актуальность Европейского Суда по правам человека в современном мире: последствия национальных событий» профессор Яннеке Герардс остановилась на анализе Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (ЕКПЧ). Ключевым

моментом выступления стал правовой анализ положительных последствий принятия и применения ЕКПЧ: во-первых, выработка в судебной практике Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) стандартов в сфере прав человека. Во-вторых, профессор Герардс позитивно оценивает творческое толкование судьями Страсбургского суда положений ЕКПЧ, которое позволяет переосмыслить нормы Конвенции в духе времени.

В последнее время, заявила лектор, ЕСПЧ столкнулся с целым рядом трудностей, которые препятствуют исполнению его решений государствами — участниками ЕКПЧ: ряд европейских государств заявили о своем нежелании следовать решениям Европейского Суда, если те не соответствуют национальным правовым нормам и конституционным традициям. Так, Конституционный Суд ФРГ в постановлении от 14 октября 2004 г. по делу 2BvR 1481/04 111 BVerfGE 307 (319), вынесенном в связи с вопросом об исполнении постановления ЕСПЧ от 26 февраля 2004 г. по делу «Гёргюлю (Görgülü) против Германии», упомянул о возможности использования оговорки о суверенитете. Верховный суд Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии в решении от 16 октября 2013 г., вынесенном в связи с постановлением ЕСПЧ от 6 октября 2005 г. по делу «Хёрст (Hirst) против Соединенного Королевства (№ 2)» об избирательных правах заключенных, заявил о том, что исполнение решений возможно лишь тогда, когда они не противоречат основополагающим материальным и процессуальным нормам национального права.

Подводя итоги, профессор Герардс заявила, что высшие суды европейских государств и ЕСПЧ должны находиться в диалоге, поскольку он является взаимно обогащающим.

27 АПРЕЛЯ

Междисциплинарный семинар под руководством Михаила Кротова «Субъект права: традиционные концепции и новые подходы»

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоялся междисциплинарный семинар под руководством полномочного представителя Президента России в Конституционном Суде РФ Михаила Кротова на тему «Субъект права: традиционные концепции и новые подходы».

Докладчиками в рамках семинара выступили доцент кафедры теории государства и права **Елена Матевосова**, заместитель заведующего кафедрой международного права **Лариса Захарова**, профессор кафедры гражданского права **Владимира Долинская**, заместитель директора Международно-правового института, доцент кафедры международного частного права **Оксана Луткова**, а также старший преподаватель кафедры уголовного права **Юрий Клименко**.



В мероприятии приняли участие аспиранты и преподаватели Университета, в числе которых: руководитель исследовательской группы «Виртуалистика» Института философии Российской академии наук Михаил Пронин, проректор по учебной и воспитательной работе Университета Лариса Петручак, и. о. заведующего кафедрой теории государства и права Аркадий Корнев, заместитель заведующего кафедрой теории государства и права Сергей Липень, профессор кафедры теории государства и права Тимофей Радько, заместитель заведующего кафедрой гражданского права Лариса Красавчикова, доцент кафедры гражданского права Екатерина Подузова, заместитель заведующего кафедрой административного права и процесса Михаил Петров, заведующий кафедрой международного права Камилль Бекашев и др.

С приветственным словом к участникам обратился проректор по научной работе Университета Владимир Синюков, обозначив ключевые теоретические и практические проблемы понятия «субъект права».

Михаил Кротов начал семинар с обсуждения исторического аспекта, формулируя основные опорные точки развития института субъекта права, и акцентировал внимание на том, что в настоящее время отсутствуют новые подходы к пониманию этой категории.

В конституционном праве, заявил Михаил Кротов, не было сформулировано определение субъекта права, основная идея была выведена цивилистами, соответственно категория субъекта права носит цивилистический оттенок, что является упущением.

Елена Матевосова остановилась на новых концепциях понимания права. Интегративный подход, как заявила докладчик, является наиболее подходящим к институту субъекта права в силу большого количества спорных вопросов в данной сфере. Отдельного внимания заслуживает социальная ответственность, возникающая в этой связи, что дает новый импульс для развития теории права и формулирования новой законодательной базы государства.

Лейтмотивом выступления Ларисы Захаровой явились вопросы правосубъектности международных неправительственных организаций — Международного комитета Красного Креста (МККК) и Международного олимпийского комитета (МОК). В настоящий момент доктринальные подходы к определению правосубъектности этих организаций сильно различаются. Однако практика, как и западная доктрина, идет в ногу со временем, что объясняется рядом весомых резолюций Организации Объединенных Наций. Как вывод — МОК и МККК обладают международной правосубъектностью.

Следующий докладчик, Юрий Клименко, построил свое выступление в рамках традиционного подхода к субъекту группового преступления.

Владимира Долинская, в свою очередь, остановилась на современном состоянии и межотраслевых проблемах субъекта права и квазиправосубъектных образований. Профессор начала свое выступление со сравнительно-правового анализа действующего законодательства и вынесла на повестку своего доклада вопрос «что такое квазиправосубъектные образования?», опираясь не только на материальные и процессуальные нормы, но и на судебную практику.

Завершающим докладчиком семинара стала Оксана Луткова. Ее выступление касалось проблем правосубъектности в трансграничных авторско-правовых отношениях.

28 АПРЕЛЯ

III Межвузовский турнир по криминалистике и судебной экспертизе «КРИМЭКС-2017»



III Межвузовский турнир по криминалистике и судебной экспертизе «КРИМЭКС-2017» был организован Институтом судебных экспертиз Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Конкурс имеет научно-познавательный характер и направлен на укрепление знаний теоретического и практического характера в области криминалистики (в частности, криминалистической техники), а также судебной экспертизы.

В турнире приняли участие шесть команд, представляющие Институт судебных экспертиз МГЮА, Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, Российский государственный университет правосудия, Московский государственный технический университет имени Н. Э. Баумана.



**Марина
Викторовна
НЕМЫТИНА,**

доктор юридических наук,
профессор, заведующий
кафедрой истории права
и государства
Юридического института
Российского университета
дружбы народов
nemytina@mail.ru
117198, Россия, г. Москва,
ул. Миклухо-Маклая, д. 6

ЦИВИЛИЗАЦИОННО-КУЛЬТУРНЫЙ ПОДХОД В ПРАВОВЕДЕНИИ

Аннотация. В настоящей статье автор на материале зарубежной и российской литературы обосновывает преимущества цивилизационно-культурного подхода как новой познавательной парадигмы, пришедшей на смену формационному подходу, раскрывает категории «цивилизация» и «культура», их взаимосвязь и взаимообусловленность, обозначает возможности применения цивилизационно-культурного подхода в сравнительно-правовых исследованиях.

Ключевые слова: цивилизационно-культурный подход, цивилизация, культура, формационный подход, исследовательская парадигма, сравнительно-правовые исследования, диахронный метод, синхронный метод.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.028-040

M. V. NEMYTINA,

Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Department of History of Law and State, Institute of Law, People's Friendship University of Russia
nemytina@mail.ru

117198, Russia, Moscow, Miklukho-Maklaya Str., 6

CIVILIZATIONAL-CULTURAL APPROACH IN LEGAL STUDIES

Annotation. The author, basing on foreign and domestic literature, proves advantages of civilizational-cultural approach as new gnostic paradigm that replaced formational one. She also defines «civilization» and «culture» categories, their correlation and interdependence. Finally the author shows opportunities of using civilizational-cultural approach in comparative legal researches.

Keywords: civilizational-cultural approach, civilization, culture, formational approach, research paradigm, comparative legal researches, diachronic method, synchronic method.

В современном правоведении право рассматривается как явление цивилизации и культуры, а в русле *цивилизационно-культурного подхода*¹, понятия «цивилизация» и «культура» соединяются. В связи с этим стоит разобратсья, что понимать под цивилизацией и культурой, делая определенный акцент на правовой составляющей этих явлений.

¹ В обороте отечественного правоведения используются такие термины, как «цивилизационный подход», «социокультурный подход», «культурологический подход». Представляется значимым не только отразить в самом названии сущность каждого из заявленных подходов, но и содержательно разграничить их между собой в плане возможностей применения в различных областях знаний, в том числе в рамках правоведения.

В основе представлений о цивилизациях — исследования А. Тойнби, С. Хантингтона², других западных авторов о цивилизациях как типах человеческих сообществ, объединенных общностью культуры, появившихся когда-то, испытывающих взлеты и падения, исчезнувших и существующих сегодня. Достижение обществами определенного уровня развития позволяет идентифицировать их как цивилизации, в этом смысле цивилизация как ступень развития противопоставит примитивным обществам и варварству.

Английский философ, социолог и культуролог А. Тойнби отмечает следующее: «Начав с мутаций, преобразовавших примитивные общества в цивилизации, мы обнаружили процесс перехода от статического состояния к динамической деятельности»³. Он отмечает «чередование статики и динамики в ритме Вселенной», «социальное подражание <...>, что можно определить и как приобщение через имитацию к социальным ценностям», указывает на силу инерции, воплощенную в обычае, и задается вопросом, «почему же примерно 6 000 лет назад некоторые индивиды направили свои усилия на то, чтобы преодолеть эту инерцию»⁴.

Цивилизации характеризуются длительностью и устойчивостью. «Практически все цивилизации, существующие в мире в двадцатом веке, возникли по крайней мере тысячу лет назад», «цивилизации хотя и смертны, но живут они очень долго», — утверждает американский философ, социолог и политолог С. Хантингтон⁵. Нельзя с точностью определить начало и конец цивилизаций, как не имеют они и четко очерченных территориальных границ, поэтому можно лишь с некоторой долей условности устанавливать пространства цивилизаций. В то же время есть циклы и стадии развития цивилизаций, которые во многом обуславливаются взаимодействием их с другими цивилизациями. Когда одна цивилизация обрела устойчивые формы и достигла своего могущества, внутри нее уже существует глубокий кризис и зреют предпосылки господства другой цивилизации, которая набирает темпы роста и движется к пику своего развития. На смену господствующей прежде цивилизации приходит новая цивилизация, обретающая мощь и влияние.

Методология сравнительного правоведения, имеющая собственную предметную область, свои научные подходы и методы исследования, очевидно, предполагает видение правовой картины мира в широком диахронном и синхронном ракурсах существования цивилизаций. Для этой области научных знаний чрезвычайно важен накопленный веками опыт, которым человеческие сообщества обмениваются в ходе своего развития. Сравнительное правоведение, апеллируя к истокам права, правовому опыту и традициям, постигает эволюционный ход правовой жизни стран и народов. Следовательно, правовая карта мира может быть представлена не в виде стран с их правовыми системами, и даже не в виде правовых семей, а в виде образов цивилизаций с их правовыми культурами.

² См.: Тойнби А., Хантингтон С. Вызовы и ответы. Как гибнут цивилизации. М.: Алгоритм, 2016.

³ Тойнби А. Подъем и падение цивилизаций // Тойнби А., Хантингтон С. Указ. соч. С. 10.

⁴ Тойнби А. Подъем и падение цивилизаций. С. 8, 10, 11.

⁵ Хантингтон С. Борьба между цивилизациями // Тойнби А., Хантингтон С. Указ. соч. С. 184.



ми. Цивилизации являются масштабными и устойчивыми образованиями, границы которых менялись в десятки раз реже, нежели границы государств. «Империи возвышаются и рушатся, правительства приходят и уходят — цивилизации остаются...» — отмечает С. Хантингтон⁶.

Современное мировое пространство можно рассматривать как совокупность цивилизаций, развитие каждой из которых определял и определяет вектор культуры с традициями, обычаями, языком общения, нравами, религиозными верованиями и т.д. Культуру можно рассматривать как ценности, фундаментальные идеи и опыт, передаваемые от поколения к поколению и тем самым обеспечивающие преемственность в общественном развитии. Таким образом, цивилизацию можно определить как устойчивое и динамично развивающееся во времени и территориальном пространстве образование, в рамках которого выкристаллизовывается и воспроизводит себя культура общества. Право во всех его многообразных проявлениях и формах существования является частью цивилизационной культуры. Понимание хода цивилизационного развития человеческих сообществ в сочетании с представлениями о культуре как эволюционном опыте в итоге и определяют цивилизационно-культурную парадигму познавательной деятельности.

Принято считать, что сравнительно-правовые исследования могут разворачиваться на макроуровне и микроуровне. Микросравнение позволяет исследовать правовые институты, судебные решения, статьи нормативных правовых актов и конкретные нормы⁷. То есть в компаративистских исследованиях, проводимых на микроуровне, позволительно доходить до мельчайших единиц во внутреннем строении права и во всем многообразии его внешних проявлений. Можно рассматривать «молекулы» и «атомы» правовой материи, выявляя, как они существуют в реальной жизни, на нормативном уровне и в социальных практиках, сопоставляя их применительно к различным правопорядкам. Гораздо сложнее установить пределы макросравнений. Так, например, оправданно ли на сегодняшний день под макросравнением понимать «сопоставление макрообъектов, к которым относятся правовые семьи и правовые системы»?⁸ Думается, что в русле цивилизационно-культурного подхода границы макросравнений значительно расширяются, а задачи существенно усложняются. Изучение правовых систем и их сопоставление точно нельзя отнести к макроуровню компаративистских исследований. И сопоставление правовых семей хотя и расширяет представления о праве, не является пределом в современной компаративистике. Границы правовых макросравнений, очевидно, лежат в плоскости явлений и феноменов цивилизации и культуры.

А. Тойнби идентифицировал 21 цивилизацию⁹, утверждая при этом, что «цивилизации могут появляться в обстоятельствах, в высшей степени различных» и «любые климатические и топографические условия способны стать подходя-

⁶ Хантингтон С. Борьба между цивилизациями. С. 184.

⁷ См.: Малиновский А. А. Методология сравнительного правоведения // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 3 (19). С. 15.

⁸ Малиновский А. А. Указ. соч. С. 13.

⁹ Среди древних цивилизаций: египетская, шумерская, андская, хеттская, мексиканская, минойская, эллинская, дальневосточная, китайская, индская, цивилизация майя, православно-христианская в России.

щей средой для возникновения цивилизации»¹⁰. Как отмечает ученый, «причина генезиса цивилизаций кроется не в единственном факторе, а в комбинации нескольких», причем «включающих как природный, так и человеческий элементы». Он утверждает также, что «в генезисе цивилизаций принимает участие более чем одна раса»¹¹.

Описывая, наряду с другими, славянскую православную цивилизацию, А. Тойнби отмечает, что «гипотеза, согласно которой своеобразие православного христианства — продукт русских лесов, рек и зимы, может быть опровергнута указанием на то, что аналогичные условия не породили цивилизации в Канаде». В то же время ученый обращает внимание на внешний фактор, способный «превратить “внутренний творческий импульс” в постоянный стимул, способствующий реализации потенциально возможных творческих вариаций». Так, по мнению автора, «неожиданное давление, начавшееся в 1237 г. знаменитым походом хана Батая, оказалось очень сильным и продолжительным». Но чем сильнее вызов, брошенный цивилизации, тем оригинальнее и созидательнее ее ответ. «В России ответ представлял собой эволюцию нового образа жизни и новой социальной организации, что позволило впервые за всю историю цивилизации оседлому обществу не просто выстоять в борьбе против евразийских кочевников <...>, но и достичь действительной победы <...>, изменив лицо ландшафта и преобразовав в конце концов кочевые пастбища в крестьянские поля, а стойбища — в оседлые деревни»¹².

Очевидно, нельзя считать, что одна цивилизация опережала или опережает в своем развитии другие или, напротив, отставала или отстает от них на своем пути. Просто каждая цивилизация имеет свой вектор развития, эволюционирует в рамках своей цивилизационно-культурной программы. Цивилизации возникали в мировом пространстве и исчезали в нем, появлялись новые цивилизации в иных пространственных территориальных и временных границах. В силу преемственности социальной жизни современные страны и населяющие их народы имеют разные коды цивилизационно-культурного развития.

Таким образом, цивилизационно-культурный подход содержит много ценного, способствующего уяснению противоречий и вызовов современного мира. В русле цивилизационно-культурного подхода представляется весьма сомнительной идея о возможности существования универсальной цивилизации, отождествляемой с западной цивилизацией. По мнению С. Хантингтона, ошибочным является представление о том, «что современное общество должно соответствовать единому типу — западному, что современная цивилизация — это западная цивилизация и что западная цивилизация есть современная цивилизация. Западная цивилизация зародилась в восьмом-девятом веках и приобрела отличительные черты в последующие столетия. Запад был Западом задолго до того, как он стал современным»¹³. Могущество Запада, по сравнению с другими цивилизациями, в настоящее время представляется весьма условным, и прогнозируется рост уверенности в своих силах незападных обществ на основе их культуры.

¹⁰ Тойнби А. Подъем и падение цивилизаций. С. 24.

¹¹ Там же. С. 24, 26, 28.

¹² Там же. С. 21, 28, 42.

¹³ Хантингтон С. Борьба между цивилизациями. С. 215.



Российский академик В. С. Степин отмечает: «Наряду с биологическим, генетическим кодом (ДНК, РНК), который закрепляет и передает от поколения к поколению биологические программы, регулирующие взаимодействие организма с внешней средой, у человека существует еще одна кодирующая система — социокод, посредством которого фиксируются программы социального поведения, общения и деятельности»¹⁴. Рассуждая о социокоде, автор обращается к категории «культура», которая, по его мнению, «может быть определена как система исторически развивающихся надбиологических программ человеческой жизнедеятельности (деятельности, поведения и общения), обеспечивающих воспроизводство и изменение социальной жизни во всех ее основных проявлениях. Эти программы представлены многообразием знаний, предписаний, норм, навыков, идеалов, образцов деятельности и поведения, идей, верований, целей и ценностных ориентаций и т.д. В своей совокупности и исторической динамике они образуют накапливаемый и постоянно развивающийся социальный опыт. Культура хранит, транслирует этот опыт (передает его от поколения к поколению). В этой функции она выступает как традиция, как социальная память. Но культура способна также генерировать и новые программы деятельности, поведения и общения людей, и часто задолго до того, как они внедряются в ткань социальной жизни, порождая социальные изменения. В этой своей функции культура предстает как творчество»¹⁵. В данном случае парной к категории «традиция» выступает категория «инновация».

«Многие поведенческие реакции играют роль социокультурных кодов, применяемых бессознательно», — утверждает В. С. Степин. «Сложно организованная система программ поведения, общения и деятельности, закрепленных в различных социокодах, составляет “тело” культуры. Индивидуальное развитие человека происходит благодаря усвоению транслируемого в культуре социального опыта. Программы деятельности, поведения и общения, сложившиеся в историческом развитии той или иной культуры, как бы накладываются на генетические программы человека. <...> Психический мир личности формируется как результат сложного взаимодействия надбиологических (социокультурных) и биологических (генетических) программ жизнедеятельности», — полагает он¹⁶.

Опираясь на приведенные выше характеристики категории «культура», можно утверждать, что правовая культура — это надбиологическая программа человеческой жизнедеятельности, отвечающая за сохранение преемственности в праве, следование в правоотношениях определенным, отвечающим цивилизационно-культурной идентичности образам и образцам правового поведения. На ленте культуры «живут» правовые традиции — некие образы, имеющие значение для доктринальной юриспруденции, институционального построения права, функционирования в обществе системы правоотношений. В то же время человек «способен, опираясь на почерпнутый из культуры прошлый социальный опыт, создавать новые эталоны, нормы, традиции, знания и таким путем порождать новые феномены и состояния культуры»¹⁷.

¹⁴ *Степин В. С.* История и философия науки : учебник для аспирантов и соискателей ученой степени кандидата наук. М. : Академический проект; Трикста, 2011. С. 106—107.

¹⁵ *Степин В. С.* Указ. соч. С. 107.

¹⁶ Там же. С. 109, 113.

¹⁷ Там же. С. 116.

Предельно простое определение правовой культуры находим у И. Л. Честнова, который рассматривает ее «как механизм воспроизводства правовой реальности»¹⁸. Автор утверждает, что «именно такой подход к предмету юриспруденции является единственно возможным в условиях современной (постмодернистской) эпистемологической ситуации»¹⁹. В развитие и обоснование простого определения правовой культуры автор приводит достаточно глубокие, а потому сложные рассуждения в духе методологии постмодернизма. По мнению И. Л. Честнова, переход от классического к постклассическому правопониманию означает преодоление представлений о правовых процессах как об объективно существующих и развивающихся, предсказуемых, конструируемых с помощью институтов государства и права. «Очевидно, что в социальном мире действуют не некие коллективные организмы, например государство или право, и даже не формы их внешнего выражения (например, закон), а только люди», — отмечает автор. Поэтому «можно предположить только вероятностные тенденции» массового поведения людей, руководствующихся господствующими в общественном сознании представлениями, следующих сложившимся в социуме образцам поведения²⁰. Таким образом, как полагает автор, речь может идти о тенденциях, но не об общих закономерностях развития общества, государства и права.

Аргументируя социокультурный (культурологический) подход в правоведении, И. Л. Честнов делает два важных вывода²¹. Первый вывод, более радикальный, касается того, что «предмет юриспруденции должен быть переформулирован: его образуют не закономерности возникновения, развития и функционирования правовой реальности, но моделирование или конструирование закономерностей — вероятностных тенденций правовой реальности, существующих как частный случай, момент или сторона...». Второй вывод автора основан на том, что «в предмет юриспруденции неизбежно входят внеюридические явления и процессы, так как они оказывают влияние на право, но не “сами по себе” и не в “полном объеме”, а в связи с той ролью, которую они играют в правовом регулировании». Если первое утверждение требует подробного изучения и обоснования в плане «переформатирования» юридической науки и образования, то со вторым выводом автора трудно не согласиться, поскольку правовая жизнь общества на уровне правотворчества, правоприменения и правопользования подвержена влиянию самых разнообразных факторов — экономических, политических, психологических, языковых и пр. Право сосуществует с другими социальными явлениями и зачастую трудноотделимо от них. Правовая материя существует и воспроизводится вместе с другими социальными явлениями и феноменами, поскольку право — это «явление культуры, как, впрочем, и любое другое социальное явление»²². Думается, что социокультурный (культурологический) подход следует отличать от цивилизационно-культурного. Хотя эти подходы имеют много точек соприкосновения и ра-

¹⁸ Честнов И. Л. Культурологическое измерение права // Правовые культуры. Жидковские чтения : материалы Всероссийской научной конференции. Москва, 25 марта 2011 г. / под ред. Г. И. Муромцева, М. В. Неминой. М. : РУДН, 2012. С. 6—7.

¹⁹ Честнов И. Л. Указ. соч. С. 7.

²⁰ Там же. С. 8.

²¹ Там же. С. 9—10.

²² Там же. С. 6.



ботают на взаимообогащение, в то же время они предполагают разный ракурс в исследовании правовой материи.

Культура, формируясь в пределах цивилизации на основе этнической, религиозной, языковой и иных идентичностей, находит выражение и отражение и в правовых формах. Смещение национальных границ, изменение геополитического пространства, реформы и революции, миграция, глобализация и международная интеграция — все это дает объективные основания для изменения вектора правовой культуры в цивилизационном пространстве.

Следует заметить, что идентификация в сравнительном правоведении правовых семей по большому счету осуществляется в рамках цивилизационно-культурного подхода. Под правовыми семьями по большому счету понимают группы стран и народов, связанные общностью цивилизационно-культурного развития.

Отчетливо проявившееся в книге Р. Давида «Основные правовые системы современности» в переводе В. А. Туманова²³ противоречие, связанное с разными основаниями идентификации правовых семей (цивилизационно-культурными, по сути, для общего и континентального права, формационными — для права социалистического) показывает, что типология права и государства может строиться либо на цивилизационно-культурном подходе, либо на формационном, совместить которые не удастся.

Правовые системы стран континентальной Европы у Р. Давида объединены понятием «романо-германская правовая семья»; право Англии и США, а также генетически связанные с ним правовые системы названы «семьей общего права»; особо выделена семья социалистического права²⁴. Как отмечают современные компаративисты, Р. Давидом «была предложена так называемая трихотомия правовых семей»²⁵. Одновременно автор обозначал как «иные правовые системы» право мусульманского мира, Индии, Дальнего Востока, Африки и Мадагаскара²⁶.

Англо-американское и континентальное право идентифицированы Р. Давидом как правовые семьи на основе критериев этического-нравственного и религиозного характера, языка общения, общности правовых традиций, источников права, исторически сложившихся особенностей правотворчества и правоприменения. В работе Р. Давида две группы стран, объединенных исторически, имеющих сходство на основе обозначенных выше критериев, которые следует считать цивилизационно-культурными, идентифицированы как правовые семьи. Третью правовую семью — социалистическое право — Р. Давид выделяет по иным критериям, нежели две предыдущие, поскольку термин «социалистическое» отражает прежде всего экономическую основу жизни общества, а также производные от нее и определившие путь развития общества идеологические установки. Правовую систему Союза ССР, с которой началась социалистическая правовая семья, автор называет советским правом. Термин «советское» ориентирован уже на политическую систему — Советы.

²³ Давид Р. Основные правовые системы современности / пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. М.: Прогресс, 1988.

²⁴ См.: Давид Р. Указ. соч. С. 41—44.

²⁵ Оксамытний В. В. Юридическая компаративистика: учеб. курс для студ. магистратуры, обуч. по напр. подготовки «Юриспруденция». М.: Юнити-Дана, 2015. С. 215.

²⁶ См.: Давид Р. Указ. соч. С. 44—48.

Таким образом, очевидны противоречия в характеристиках, данных французским исследователем правовым семьям и системам современного ему мира. Но эти противоречия отнюдь не результат заблуждений автора, его непоследовательной мировоззренческой позиции, а свидетельство компромисса, на который пришлось пойти, чтобы опубликовать книгу в СССР и донести идеи классической юридической компаративистики до советского читателя. В. А. Туманов в своей вступительной статье к «Основным правовым системам современности», может быть не случайно, обращает внимание на такого рода противоречия в труде французского исследователя: «По ходу изложения Р. Давид сближает, и не без оснований, романские и англосаксонские правовые системы, подчеркивая их общие отличия от социалистического права»²⁷. Противоречия в подходе к феномену правовых семей и систем можно объяснить еще и обозначившимися в мире и отраженными французским исследователем интеграционными процессами, обусловившими их сближение. Но главный фактор сближения западных правовых систем в книге Р. Давида — это генетические различия каждой из них в сопоставлении с социалистическим правом, одновременно подчеркивающие их общность друг с другом.

Как справедливо замечает В. Е. Чиркин, у социалистического права «гораздо больше отличий и от англосаксонского, и от романо-германского права, чем различий между двумя последними семьями»²⁸.

Существование социалистической правовой семьи признается в современной компаративистике и после распада и исчезновения социалистического лагеря как интеграционной системы. Отдельно взятые страны социализма в разных частях земного шара (Вьетнам, Китай, КНДР, Куба), выстроившие и сохраняющие политико-экономические модели, имеющие крайне мало общего между собой, вряд ли дают основания для признания культурной общности в виде социалистической правовой семьи. Однако изучение социалистического права, его специфики, социально-культурных оснований, тенденций развития может и должно быть продолжено с позиций юридической компаративистики.

На фоне революционных событий в России в 1917 г., отрицавших прежние социально-экономические и политические устои общества, а вместе с ними и прежний правопорядок, правительства других стран всерьез озаботились тем, чтобы не оказаться свергнутыми доведенным до отчаяния, возмущенным народом. Таким образом, ни у кого не возникает сомнений относительно того, что Великая российская революция²⁹ изменила ход всемирной истории, в том числе и тенденции правового развития в мире.

²⁷ Туманов В. А. Вступительная статья // Давид Р. Указ. соч. С. 9.

²⁸ Чиркин В. Е. Сравнительное правоведение : учебник для магистратуры. М. : Междунар. отношения, 2012. С. 289.

²⁹ «Великая российская революция» — термин Концепции учебно-методического комплекса по отечественной истории, утвержденной в 2013 г. на расширенном заседании Совета Российского исторического общества и рекомендованной школьникам, студентам, всем, кто изучает историю России. Впрочем, трактовка событий с февраля 1917 по июль 1918 г. как Великой российской революции вполне в русле подходов, существующих в западной историографии при характеристике революций, оказавших влияние на цивилизационное развитие. Так, например, Г. Берман считает, что во всеобщей истории было шесть великих революций. В том числе и российская.

На основе идеологии, созданной в Европе (К. Маркс и Ф. Энгельс по происхождению были немцами, их идеи в конце XIX — начале XX века широко распространялись в европейских странах представителями различных партий левого толка), именно в РСФСР и СССР была создана политико-экономическая система, которую на Западе не удалось реализовать. С утверждением и упрочением советского социалистического государства и права спор славянофилов и западников о том, может ли Россия отличаться от Запада, не будучи при этом отсталой страной, был решен однозначно. С. Хантингтон по этому поводу пишет следующее: «Коммунизм нашел идеальное решение проблемы: Россия отличалась от Запада и находилась в принципиальной оппозиции по отношению к нему, потому что она была более развитой, чем Запад. Она первой осуществила пролетарскую революцию, которая вскоре должна была распространиться на весь мир. Россия стала воплощением не отсталого азиатского прошлого, а прогрессивного советского будущего. На самом деле революция позволила России перепрыгнуть Запад, отличаться от остальных не потому, что “вы другие, а мы не станем как вы”, как утверждали славянофилы, а потому, что “мы другие, и скоро вы станете как мы”, как провозглашал коммунистический интернационал». После окончания Второй мировой войны роль Советского Союза в мире особенно усилилась «из-за притягательности коммунизма для Запада и, что более важно, для незападных цивилизаций, которые встали теперь в оппозицию Западу»³⁰.

Прекратившиеся в годы советской власти споры между славянофилами и западниками возобновились после распада СССР: «Нужно ли России перенимать западные ценности, институты, практики и попытаться стать частью Запада? Или Россия воплощает отдельную православную и евразийскую цивилизацию, которая отличается от западной и имеет уникальную судьбу — стать связным звеном между Европой и Азией?»³¹. Местоположение России на пересечении Запада и Востока, очевидно, означало смешение кодов и программ цивилизационно-культурного развития, что оказывало влияние на развитие страны в ее прошлом, имеет значение для ее настоящего, обуславливает во многом ее будущее.

Описывая цивилизационный подход, М. А. Супатаев отметил следующее: «С начала 90-х годов цивилизационный подход, при всей многозначности в мировом общественном сознании, становится все более востребованным в отечественных отраслях знания, образовании и культуре, хотя его и пытались “скрещивать” с формационным подходом — с большей или меньшей долей нелепости»³². Автор называет цивилизационный подход «новой познавательной суперпарадигмой», позволяющей решать сложные проблемы в области гуманитарного знания, в том числе в юриспруденции.

По мере того как в российском правоведении развиваются методологические направления, основанные на цивилизационной и культурной составляющих, утрачивает свои позиции формационный подход. Теряют свой приоритет безраз-

³⁰ Хантингтон С. Борьба между цивилизациями. С. 262, 263.

³¹ Там же. С. 264.

³² Супатаев М. А. К проблематике цивилизационного подхода к праву (очерки общей теории и практики) : монография. М. : Юрлитинформ, 2012. С. 3.

дельно господствовавшие прежде представления, в которых тип права выводился из типа социально-экономической формации, а само право рассматривалось как надстроечное явление, носящее вторичный характер по отношению к экономическому базису общества.

Вместе с тем В. Е. Чиркин отмечает, что «нельзя сказать, что формационный подход к понятиям и анализу сообществ, цивилизаций, культур, государства, правовых систем совершенно бесплоден. Он создает возможности установить социальную сущность, некоторые принципиальные особенности правовых систем прошлого»³³. При характеристике современных правовых систем В. Е. Чиркин применяет формационный подход одновременно с цивилизационным, называя его «формационно-цивилизационным». В обозначенном методологическом ракурсе на основе синтеза двух подходов и их интеграции ученый идентифицирует в современном мире три правовые системы: мусульманскую, тоталитарно-социалистическую и капиталистическую либеральную систему³⁴. Можно заметить, что критерии, положенные в основу этой классификации, разнятся.

При пристальном взгляде на историю России привычная для нескольких поколений отечественных ученых методология, основанная на признании господства в обществе определенного формационного типа отношений собственности и связанного с нею класса, всегда плохо работала. Идентификация в рамках формационного подхода основных форм собственности и на ее основе — господствующего типа социальных отношений, типа государства и права применительно к России дореволюционного периода не срабатывала, поскольку приходилось объяснять особенности исторического пути российского общества, государства и права по сравнению с другими странами:

- а) почему Россия миновала рабовладельческую формацию и, соответственно, рабовладельческий тип государства и права;
- б) в чем специфика сословного строя, который не совпадал с заданной в рамках формационного подхода классовой структурой общества;
- в) каким образом в России утвердилось и существовала особая политическая форма — самодержавие — и чем она отличалась от заданных в рамках формационного подхода типов государства?

В рамках формационного подхода в России к классу феодалов было принято относить бояр-вотчинников и дворян-помещиков, а также белое духовенство, в то время как это были самостоятельные социальные общности (по способам их формирования, отношению к собственности, правовому статусу, выражавшемуся в совокупности прав и обязанностей). Сословный строй в России сформировался в период правления Петра I и окончательно юридически закрепился в годы правления Екатерины II. Однако впоследствии он служил мощным фактором, сдерживающим развитие экономической, социальной, политической и правовой сфер жизни российского общества. В рамках сословного строя, с его привилеги-

³³ Чиркин В. Е. Некоторые вопросы формационно-цивилизационного подхода в сравнительном правоведении // Правовые традиции. Жидковские чтения = Legal Tradition. Zhidkov's readings : материалы Международной научной конференции. Москва, 29—30 марта 2013 г. / под ред. Г. И. Муромцева, М. В. Немьиной . М. : РУДН, 2014. С. 49.

³⁴ См.: Чиркин В. Е. Указ. соч. С. 51.



ями и ограничениями, не было возможности реализовывать принцип формального равенства — равенства всех подданных перед законом и судом (впервые провозглашенный в России не конституцией, как в других странах, а Судебными уставами 1864 г.). Сословный строй был отменен с установлением советской власти. Так и не успевшее юридически созреть в дореволюционной России формальное равенство было заменено равенством социальным.

Что особенно показательно, принцип социального равенства, получивший в советском праве подробную юридическую регламентацию, а в советской правовой науке детальное доктринальное обоснование, тоже по большому счету носил декларативный характер. Марксистско-ленинские представления о классовой структуре общества в рамках формационного подхода не работали применительно к советскому обществу, особенно на поздних его стадиях существования, не определяли тип государства и права.

Не отрицая классовой структуры советского общества, обозначая поляризацию классов в нем, российский академик Т. И. Заславская отметила, что «это не те классы и не та прослойка, которые записаны в Конституции СССР. Высший класс составляет так называемая номенклатура, объединяющая высшие слои партийной, военной, государственной и хозяйственной бюрократии. Она является полновластным хозяином общества, распорядителем (реально — коллективным собственником) большей части национального достояния, непропорционально большую часть которого она расходует на самой себя. Доля присваиваемого высшим классом богатства характеризуется не уровнем зарплаты, а прежде всего — широким набором присваиваемых бесплатно или за номинальную плату (и недоступных другим слоям) материальных и социальных благ». Далее: «Нижний полюс советского общества образует класс наемных работников государства, охватывающий рабочих, колхозников и массовые группы интеллигенции», именуемых «трудящиеся», которые «составляют единый класс, отличительными особенностями которого служат практическое отсутствие собственности и крайняя ограниченность социально-политических прав». Т. И. Заславская отмечает, что представители этого класса «отчуждены не только от средств производства, но и от собственной истории, культуры, национальных и общечеловеческих ценностей»³⁵.

Таким образом, вряд ли целесообразно отечественному правоведению и далее оставаться в плену формационного подхода, связанной с ним традиции объяснения правовой реальности на основе интересов классов, типов общества, государства и права. Хотя данный стереотип видения тенденций развития общества продолжает воспроизводиться в рамках российской культуры. Еще менее оправданным является смешение цивилизационно-культурного подхода с формационным, поскольку это принципиально различные, взаимоисключающие исследовательские ракурсы при объяснении хода истории, социальных процессов и явлений, тенденций развития общества.

«Кросс-культурный анализ права, — отмечает М. А. Супатаев, — исходит из того, что для любой цивилизации в той или иной степени характерны преемственность в праве, наследование того, что выработано исторически в ее рамках

³⁵ Заславская Т. И. Социетальная трансформация российского общества: Деятельностно-структурная концепция. 2-е изд., испр. и доп. М., 2003. С. 97—98.

(диахронный срез), а также обмен ценностями и заимствования лучших юридических достижений, институтов и норм у других цивилизаций и культур (синхронный срез)»³⁶.

Сравнительно-правовые исследования, воспроизводящие правовую реальность в ее прошлом и настоящем, имеют два ракурса — синхронный и диахронный. Здесь важно не простое хронологическое течение времени — тысячелетия, столетия, десятилетия, годы и даты событий, а сопоставление уровня цивилизационно-культурного развития обществ, в которых развиваются и функционируют явления правовой реальности.

Диахронный срез актуализирует значение историко-правовых исследований, так как именно они позволяют выявить цивилизационно-культурные условия формирования и функционирования правового института и в своей, и в чужой правовой системе. За восстановление цивилизационно-культурного контекста «чужих» правовых институтов отвечает наука «История государства и права зарубежных стран». За установление исторической преемственности «своих» правовых институтов отвечает историко-правовая наука, в нашем случае — история отечественного (российского) государства и права.

Недостаток переноса в российское право в постсоветский период и заимствованных из-за рубежа правовых институтов и юридических конструкций состоит в том, что речь идет о переносе их в одномерном пространстве. Осуществляется перемещение государственных и правовых институтов, освоенных в большинстве случаев лишь на нормативном правовом уровне, на уровне законодательной регламентации. Далеко не всегда анализируются зарубежные юридические доктрины. Не доходит дело до освоения сложившейся в зарубежных правовых системах практики применения этих институтов. И наконец, главное — не исследуется и та цивилизационно-культурная и социокультурная среда, в которой эти институты формировались и действуют. Таким образом, вопреки сложившимся принципам и правилам компаративистских исследований (идентичность объектов, их сопоставимость и др.), эти объекты могут быть выхвачены из иной цивилизационно-культурной и социокультурной плоскости.

Цивилизационно-культурный подход предполагает не только уяснение его на уровне теории, но и применение в сравнительно-правовых исследованиях, в связи с чем можно предложить *пространственную модель сравнительно-правовых исследований* с включением в нее вектора цивилизации и культуры.

Исходя из общенаучных установок, направляющих исследования в разных областях научного знания, следует обозначить три позиции, на которых будет строиться предлагаемая *пространственная модель компаративистских исследований*, включающая цивилизационно-культурный вектор. *Первая установка* состоит в том, что в компаративистском пространстве, как и в любом другом пространстве, в его классическом понимании, будет три измерения. *Второй посыл* предполагает преодоление видения пространства в узком смысле — исключительно как территории. Можно говорить о пространстве, в котором течет вре-

³⁶ Сулатаев М. А. Кросс-культурные сравнительные исследования права // Методологические проблемы сравнительного правоведения. Жидковские чтения : материалы Всероссийской научной конференции 27 марта 2009 г. / под ред. Г. И. Муромцева, М. В. Немиотиной. М. : РУДН, 2009. С. 14—15.

мя (временное пространство, временные рамки). Вполне устоявшимся является термин «правовое пространство», правда, он имеет разные интерпретации и может заключать в себе разные смыслы. *Третий посыл* — это векторное исследование объекта, в котором, наряду с векторами времени и территории, есть вектор цивилизации и культуры на основе программы развития, обеспечивающей преемственность в праве, аккумулирующей опыт, поддерживающей традиции и открывающей возможности для инноваций.

Исследуемый правовой объект рассматривается по обозначенным выше параметрам в компаративистских правовых пространствах применительно как к «реципиенту», так и «донору», и полученные данные сопоставляются.

Вектор территории может охватывать страны и континенты с их границами, менявшимися в результате войн, миграционных процессов; места компактного проживания этнических и религиозных групп и т.д. Территории, связанные общностью этнической, религиозной принадлежности людей, общностью культуры, в понимании компаративистики могут располагаться в различных частях земного шара, прерываться другими территориями и т.д. Так, например, находящуюся на востоке Японию иногда относят к западной цивилизации.

Вектор времени в пространственной компаративистской модели — это не хронологическое и хронометрическое течение времени (тысячелетия, века, десятилетия), а сопоставление эволюционного развития различных обществ. Применительно к разным правовым системам, в условиях разных цивилизаций и правовых культур объекты правовой реальности по-разному эволюционируют и трансформируются во времени. Тот уровень развития правового института, который был достигнут в хронологическом течении времени одной правовой системы, применительно к другой правовой системе подвержен иному течению времени. Наконец, вектор цивилизации и культуры является на сегодняшний день неотъемлемым компонентом в сравнительно-правовых исследованиях, позволяя адекватно оценить тенденции правового развития.

Ученым, работающим в различных областях научного знания, познавательная парадигма, связанная с цивилизационно-культурными факторами, позволяет достаточно глубоко проникать в суть социальной действительности в ее прошлом, настоящем и будущем, мыслить масштабно и проводить исследования на более глубоком уровне. Стоит заметить, что в таких областях знания, как философия, история, социология, политология, цивилизационно-культурная парадигма уже давно заняла свое достойное место, приобрела характер базового целеполагания для широкого круга ученых. Интеллектуальный поиск предполагает переход правоведения «к сравнительному изучению генезисов, роста, надломов и распадов цивилизаций»³⁷. С позиций цивилизационно-культурного подхода определяющим в развитии стран и народов является вектор цивилизации и культуры, который следует понимать как надбиологическую программу жизнедеятельности масштабных человеческих сообществ. И право в его эволюционном развитии оказывается органично встроенным в ткань культуры — наряду с экономикой, политикой, религией, иными формами творческой активности людей.

³⁷ Хантингтон С. Борьба между цивилизациями. С. 152.

ТРЕХСОТЛЕТИЕ ВЫХОДА В СВЕТ ПЕРВОЙ РУССКОЙ ОРИГИНАЛЬНОЙ КНИГИ ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПУБЛИЧНОМУ ПРАВУ

Аннотация. В 2017 г. мы отмечаем 300 лет с момента выхода в свет первой оригинальной русской работы по международному публичному праву — «Рассуждения о законных причинах войны между Россией и Швецией» (Санкт-Петербург, 1717 г.) П. П. Шафирова (1673—1739). Статья затрагивает вопросы дипломатической предыстории написания данной работы, в деталях рассматривает юридические обоснования российской позиции в Северной войне со Швецией, анализирует проблемы нарушения норм международного права, якобы допущенные Швецией, показывает важность данной работы для оценки степени ассимиляции европейских идей и практик международного права русским языком, рассказывает о вкладе России в развитие «западного» международного права и о роли Шафирова как юриста-международника. Отдельное внимание уделено переводам работы Шафирова на немецкий и английский языки, выполненным его современниками.

Ключевые слова: П. П. Шафиров, Петр Великий, Северная война, международное право, терминология международного права, Ф. К. Вебер.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.041-055

W. E. BUTLER,

*John Edward Fowler Distinguished Professor of Law,
Pennsylvania State University; Emeritus Professor of Comparative Law,
University of London (University College London);
Foreign Member, Russian Academy of Natural Sciences;
National Academy of Sciences of Ukraine;
National Academy of Legal Sciences of Ukraine;
Associate, International Academy of Comparative Law*

web15@psu.edu

150 South College Street, Carlisle, Pennsylvania 17013

THE 300TH ANNIVERSARY OF THE FIRST ORIGINAL RUSSIAN WORK ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Annotation. The year 2017 marks the 300th anniversary of the publication of the first original Russian work on public international law, P. P. Shafirov's (1673—1739) *Discourse on the Just Causes of the War between Russia and Sweden* (St. Petersburg, 1717). This article addresses the diplomatic context of this work, the legal grounds in the Russian view for the Northern War against Sweden, the violations of international law allegedly committed by Sweden, the importance of the work for measuring the extent to which European ideas and



**Уильям
Эллиотт
БАТЛЕР,**

заслуженный профессор
права (Школа права имени
Джона Эдварда Фоулера,
Университет штата
Пенсильвания),
профессор *Emeritus*
сравнительного
правоведения
(Лондонский университет),
иностранный член
Национальной академии
наук Украины
и Российской академии
естественных наук,
член Международной
академии
сравнительного права
web15@psu.edu
17013, США, Пенсильвания,
Карлисл, Саут Колледж
Стрит, 150

© У. Э. Батлер, 2017

practices of international law had been assimilated into the Russian language, the contributions of Russia to the development of "western" international law, the role of Shafirov as an international lawyer, and the importance of contemporary German and English language translations of Shafirov's work.

Keywords: *P. P. Shafirov, Peter the Great, Northern War, international law, terminology of international law, F. C. Weber.*

2017 г. знаменует 300-летнюю годовщину выхода в свет первой русской оригинальной работы по международному публичному праву. В отличие от стран Европы, где в XVIII в. уже получило распространение юридическое образование, в России не было собственного юридического сообщества, поэтому написанием книг по международному праву занимались дипломаты в ходе исполнения своих должностных обязанностей. Первой русской оригинальной работой неофициального характера по международному праву стал труд П. П. Шафирова «Рассуждение о законных причинах войны между Россией и Швецией», опубликованный в Санкт-Петербурге в 1717 г. Написанная в критический момент долгой, изнурительной, но в конечном итоге успешной борьбы России за выход к Балтийскому морю и подавление шведской гегемонии, книга Шафирова анализирует дипломатическую историю русско-шведских отношений (до сих пор это лучшее описание и бесценный оригинальный источник сведений о Северной войне. — У. Б.) и излагает российскую точку зрения на юридические обоснования данной войны и нарушение норм права народов, якобы допущенное Швецией. Петр Великий сам написал заключение к этой книге и добавил несколько абзацев.

Книга Шафирова — это один из самых ранних и наиболее ценных индикаторов степени лингвистической и концептуальной ассимиляции Россией принципов и практик международного права, принятых в Западной Европе в то время.

Однако для современной науки международного права работа Шафирова значит гораздо больше, чем просто сравнительно малоизвестная веха в истории международного права. Эта книга представляет собой один из первых образцов русской публицистики — жанра, столь популярного у европейских политиков того времени. Один историк назвал эту книгу первой совершенно оригинальной историко-публицистической работой, напечатанной типографским способом и гражданским шрифтом. Другой отмечал, что методы исторического исследования, применяемые царем и его помощниками, в том числе Шафировым, заставляют предположить, что они стояли у истоков русской археографии. Вполне возможно, что книга Шафирова стала первой русской литературной работой, опубликованной на английском языке, и, как в случае многих русских книг начала XVIII в., библиографическое исследование подтвердило наличие редакций и публикаций, донныне неизвестных.

Наше понимание истоков и древней истории современного международного права оставляет желать лучшего, в особенности наши знания о том, когда и как принципы международных отношений стали передаваться или транслироваться от одной цивилизации (страны, племени или народа) к другой. Наш этноцентризм и уверенность в потенциальной силе имперской экспансии Европы в XIX в., в ре-

зультате которой «европейское международное право» проникло в различные регионы земного шара, были развенчаны сравнительно-правовыми исследованиями практик Китая, Индии, Японии, Южной, Юго-Восточной и Центральной Азии. Вклад России в этот процесс достоин более тщательного исследования. Работы российских юристов-международников, которые в конце XIX — начале XX в. писали об истории международного права, остаются практически неизвестными западной науке. До последнего времени российских юристов мало интересовал этот предмет, несмотря на то что российские древние и сравнительно длительные связи с Византией, Центральной Азией, Монголией, Китаем, Персией, Восточной и Центральной Европой, не говоря уже о самой Западной Европе, сделали Россию главным реципиентом огромного разнообразия традиций и обычаев, представляющих интерес для истории права народов. Безусловно, в этой связи встает вопрос о собственном российском вкладе в развитие так называемого «западного» международного права.

Дипломатический контекст

Восхищение геркулесовыми усилиями Петра Великого в его попытках модернизировать Россию не должно затмевать важность российских международных отношений в предыдущие восемь столетий. Киевская Русь — группа княжеств, располагавшихся на территории современной Украины и Юга России, — к X в. обладала богатой и самобытной культурой, ее связи с европейскими государствами были обширны и многогранны. В международных отношениях русские княжества соблюдали традиции и обычаи, принятые в общении с другими государствами: заключали и ратифицировали соглашения, экстрадировали преступников, предоставляли привилегии и защиту иностранцам, признавали специальный статус послов и дипломатических агентов, соблюдали законы войны.

После завоевания Киевской Руси Золотой Ордой большая часть России оказалась отрезанной от Европы на более чем два столетия. Некоторые ученые полагают, что последствия этого темного периода продолжали сказываться на стиле русской дипломатии даже в начале XVIII в.

С убыванием татарского влияния великое княжество Московское постепенно укрепляло свою независимость; было положено начало длительному процессу распространения его власти на соседние княжества. Европейские мастера, ремесленники и военные специалисты стали возвращаться на русскую службу, привнося западные идеи и практики. К русскому двору прибывали иностранные посольства, чтобы договариваться о торговых привилегиях, создавать политические и военные союзы против общих врагов. К началу XVI в. место России в европейской дипломатии было весьма скромным. Стремительное развитие российской торговли с Голландией и Англией в конце XVI в. открыло новое направление для контактов с Западом, что незамедлительно повлияло на расстановку сил в балтийских регионах. Согласно «Рассуждению» Шафирово, эта ситуация имела место в течение всего периода правления Петра Великого. Русские посольства также направлялись в Европу (но их было гораздо меньше, чем европейских, приезжавших в Московию). Они возвращались с ценной информацией о западных дипломатических методах и порядках.

К 1549 г. расширение дипломатических связей потребовало создания специального правительственного департамента — Посольского приказа. Посольские секретари (дьяки) или дипломаты были, как указывает Грабарь, «выразителями международно-правовых взглядов». Именно на них была возложена защита исключительных прав монарха в отношениях с другими монархами, также они следили за тем, чтобы установленные правила не нарушались в ущерб интересам России.

Считается, что московские дипломаты были первыми, кто предпринял попытки создания литературы по международному праву. Российский интерес к западным военным технологиям заставлял московское правительство заниматься переводами учебников по военному искусству. Под влиянием «Военной книги» (Kriegsbuch) Леонгарда Фронспергера царь Михаил Федорович дал поручение служащему Посольского приказа подготовить проект Воинского устава. Этот документ, заверченный в 1621 г., содержал ряд критических замечаний о войне и был опубликован только в 1777—1781 гг., когда рукопись была обнаружена в Петербурге.

Работы теолого-философского характера Максима Грека и К. Крижанича затрагивали вопросы морального порядка в дипломатии. Оба автора, люди духовного звания и иностранного происхождения, имели некоторое представление о терминологии гражданского права. Грек (ок. 1480—1556) предупреждал государя о бесполезности иностранных завоеваний и указывал на желательность защиты иноземцев от посягательств. Крижанич (1618—1683), посвятивший 15 лет сибирской ссылки литературному творчеству, с подозрением относился к иностранным влияниям в России, особенно немецким. Он призывал царя ограничить права иностранных купцов, запретить иностранцам получать российское гражданство и поступать на государственную службу, уничтожить иностранные консульства и довести дипломатические контакты до минимума.

Русские послы за границей должны были собирать информацию о культуре, экономике и политической жизни принимающей стороны. Подобные сведения также добывались с помощью иностранцев, приезжающих в Москву. Все это записывалось и аккуратно сохранялось для дальнейшего использования вместе с копиями печатных материалов, полученных у европейских источников. В 1672 г. А. С. Матвееву (1625—1682) было поручено составить руководство для Посольского приказа с использованием информации, собранной за все предыдущие годы. Это была подлинная дипломатическая история России. Рукопись Матвеева была обнаружена и опубликована в конце XVIII века. Одно из лучших описаний посольского церемониала Московии XVII века принадлежит перу Г. К. Котошихина (ок. 1630—1667), служившего в Посольском приказе, а впоследствии просившего политического убежища в Швеции. Вскоре после завершения своей работы он был казнен за убийство. Его рукопись хранилась в Упсале и была неизвестна до 1838 г., когда ее случайно обнаружил русский историк.

Царствование Петра Великого резко ускорило процесс восприятия европейских идей, который и так шел полным ходом. За границей приобретались библиотеки и нанимался персонал. Введение нового гражданского шрифта в 1708 г. упростило перевод европейских книг на русский язык, и количество таких переводов увеличилось. Молодежь стали посылать учиться в Европу.

Среди работ, переведенных на русский язык, выделяются: «О праве войны и мира» Гроция, «О должностях человека и гражданина» Пуфендорфа, «Посол и его функции» Викфора. Однако все эти книги были доступны только дипломатам и другим государственным служащим в рукописной форме. Влияние европейских правовых концепций стало более ощутимо в русском законодательстве и дипломатической переписке. Воинские и морские уставы Петра, например, в значительной степени основывались на европейских образцах, так же как его учреждение консульских агентов. Принятие Петром титула императора вызвало бурные споры при иностранных дворах. Дипломатия Северной войны и учреждение постоянных посольств за границей заставило Россию на себе ощутить все тонкости дипломатических рангов и протоколов, чего никогда не было ранее.

«Рассуждение» Шафирова следует рассматривать именно в таком контексте. Россия из государства, постепенно изучающего терминологию и понятийный аппарат права народов в форме как официальных, так и неопубликованных документов, превращалась в страну, стремящуюся осознать свое место среди крупнейших европейских держав, обосновать свою политику перед международной аудиторией в той же степени, в какой европейские монархи оправдывали свои деяния. Труд Шафирова был следующим логическим шагом на этом пути.

Обращение к праву народов

Несмотря на то что «Рассуждение» может считаться и историческим трудом, и политическим памфлетом, и даже законченным литературным произведением, для нас работа Шафирова — это прежде всего значительный филологический вклад в право народов.

«Рассуждение» правильно было бы назвать историко-правовым обзором, написанным по указанию официального лица, но неофициальным по характеру, сочиненным человеком, хорошо знакомым с теорией и практикой международного права и дипломатией начала XVIII в.

В своей работе автор рассматривает различные аспекты международного права, которые мы перечислим далее.

Источники международного права. Шафиров постоянно обращается к «традициям и максимам права народов», к определенным соглашениям, заключенным русскими князьями, в качестве источников обязательств, которые должны соблюдать «христианские и политичные народы». Россия осознает себя частью международной системы и чувствует себя вправе призывать другие европейские державы к соблюдению норм, принятых международным сообществом.

Преемственность царства. Несмотря на то что средневековая Россия не была централизованным государством, а состояла из разрозненных феодальных княжеств, которые со временем были объединены в единое политическое сообщество, русские правители настаивали на своем праве наследовать права и обязательства, возникшие в силу международных договоров, заключенных их предшественниками. Так, шведы, по мнению Шафирова, не могут отрицать факта, что Карелия и Ингрия были в прошлом частью Российской империи, что

следует из заключенных международных договоров и переписки российского и шведского государей. Даже если договоры были заключены между Швецией и правителями Новгорода, новый государь должен объявить о своем намерении соблюдать обязательства, данные его предшественниками.

Присоединение территории. Справедливость российских территориальных претензий в споре со Швецией Шафиров объясняет исторически сложившимися отношениями, успешным завоеванием, владением и международными договорами. Права на Карельскую и Ингрийскую области, по его словам, подтверждаются не только договорами, заключенными с несколькими шведскими королями, но и тем, что большая часть провинций Лифляндии и Эстляндии находилась под юрисдикцией и защитой российской короны. Доказательством последнего является тот факт, что город Дерпт, по заслуживающему доверия свидетелю русской летописи, был построен в 1026 г. русским великим князем и назван его именем. Город Ревель также построен великим князем, жившим в древние времена. Епископы и магистры Тевтонского ордена, управлявшие этими городами, признавали свое вассальное положение по отношению к русским государям и платили им ежегодную дань. Об этом сохранилось множество оригинальных документов и записей в русских летописях. Даже после передачи Лифляндии и Эстляндии шведской короне, по русско-шведскому договору 1594 г. Россия продолжала владеть Ингрией и Карелией со всеми городами с прилежащими областями до 1608 г., когда, как пишет Шафиров, в результате различных махинаций и обмана ей пришлось временно отказаться от этих территорий.

Посольское право. Привилегии и иммунитеты дипломатических представителей стали предметом рассуждений в нескольких местах. Само нежелание Швеции отнестись к Великому посольству Петра Великого с необходимыми почестями и уважением постоянно упоминается Шафировым как одна из главных обид, приведших к войне.

Практика направления послов к иностранным дворам с целью объявления о восшествии на престол нового государя была известна в России начиная с XVI в., если не раньше. Важность верительных грамот упоминается в связи с миссией, направленной правителями Новгорода Карлу IX, королю Швеции, в 1609 г. Звание «чрезвычайного и полномочного посла» в отношении русских посланников известно уже с 1615 г., когда Англия и Нидерланды направили дипломатов данного ранга для посредничества между Швецией и Россией.

Посягательства на личную собственность дипломатических представителей являются особым источником беспокойства для Шафирова. Он приводит множество примеров обид, нанесенных русским дипломатам.

Право международных договоров. Наиболее важен тезис о недействительности международных договоров, заключенных в период внутренних междоусобиц. В пример приводится международный договор, заключенный между Швецией и Россией в 1616 г. при посредничестве Англии, который описывается как наносящий вред, навязанный и вынужденный, противоречащий принципам справедливости и сострадания. В ответ на возражение, что земли, отошедшие Швеции по мирному договору, не должны быть завоеваны снова в нарушение этого договора, Шафиров пишет, что государь был обязан вернуть наследные земли, отвоеванные столь несправедливым путем и в нарушение вечных заверений о мире и оборонительного союза, созданного свободной волей и без при-

нуждения. Шафиров прибегает к аналогии, описывая жертву грабителя, которая под угрозой смерти обещает отдать все свое имущество, и спрашивает, можно ли обвинять ее в несправедливости, если при удобном случае она воспользуется возможностью и вернет свое имущество, потребовав наказания обидчика.

Мирное урегулирование споров. Шафиров не считает, что государи обязаны разрешать конфликты мирным путем. Однако он в деталях разбирает просьбу России о посредничестве Англии и Франции в 1614 г., а также обращение Петра Великого к Голландии и другим державам с просьбой оказать посреднические услуги в конфликте с королем Швеции до и после начала Северной войны в 1700 г.

Нейтралитет. Концепция Акта о нейтралитете, безусловно, европейская концепция, и правовые обязательства, вытекающие из этого документа, детально разъяснены для русского читателя.

Право войны.

(а) *Доктрина «законной войны».* Обоснование теории законной войны составляет главный смысл работы Шафирова. Он не пытается объявить Швецию зачинщицей Северной войны или, используя современные термины, сказать, что она совершила акт агрессии, он лишь подчеркивает, что исключительно действия, предпринятые Швецией, вынудили Россию начать войну против шведской короны как закоренелого, постоянного и непримиримого врага короны российской. В первой части «Рассуждения» последовательно перечисляются «древние и новые» причины, по которым Петр был вынужден «по справедливости» начать войну против Швеции, чтобы вернуть «свои наследные провинции», «неправедно» отторгнутые «от российской короны, не токмо во время вечного мира, но и за учиненным союзом оборонительным».

(b) *Объявление войны.* Опубликование официального документа о начале военных действий рассматривается как устоявшаяся в российском государстве практика.

(c) *Положение дипломатических агентов воюющих сторон в начале войны.* Шведскому резиденту в Москве был дан месяц на сборы, по истечении этого времени он и его семья должны были выехать из страны. Шведская сторона арестовала российского дипломата, и он умер в тюрьме.

(d) *Положение подданных воюющих сторон на территории противника.* Шведским подданным любого звания, находившимся в России, была предоставлена возможность уехать «со всеми своими именьями». Российские подданные, сотни которых жили в Стокгольме и других шведских городах, были арестованы, их вещи конфисковали, самих их заставили выполнять тяжелую работу, от чего многие из них скончались.

(e) *Воззвания к населению.* Наперекор практике всех «христианских и политических народов» Швеция публиковала манифесты и универсалы, полные клеветнических заявлений, направленные не только на поношение, оскорбление и осуждение царя и российского народа, но призывающие подданных к восстанию.

Копия одного из шведских памфлетов была напечатана и опубликована в приложении к русскому и немецкому изданиям «Рассуждения» Шафирова в качестве доказательства слов автора об использовании выражений, которые редко употребляются даже среди «нехристианских народов». Петр, напротив, строго наказал своим войскам, вступившим на шведскую территорию, не использовать

ни устно, ни письменно ни одно выражение, которое могло бы быть унижительным для шведского народа.

(f) Военные действия.

(i) Сражающиеся. В 1704 г. несколько солдат из вспомогательных войск «ретиrowавшись, засели в одном деревянном доме и просили себе квартиру», шведы, «подчиняясь приказам своего короля, ничего не дали, окружили дом, подожгли его и немилосердно сожгли бедных людей». Многие из пленных были хладнокровно убиты, «а у других у рук и у ног пальцы отрубили, чего и у варвар никогда не чинится». Отправленный в Швецию фрегат с письмами к военнопленному, шедший «под Его Царского Величества белым флагом», был захвачен шведами со всеми людьми на борту, флаг был «с ругательством» разорван.

(ii) Мирное население. Русским войскам было приказано «елико возможно было по состоянию тогдашняго... войска, которое в большой части еще не (из) регулярного состояло», поддерживать «доброй порядок... и подданным каких обид и разорений» не чинить, и «многие которые в том преступлении явились, жестоко наказаны». В 1706 г. шведы посылали поджигателей «города и села и деревни зажигать, и за то дано им некоторое число денег» и обещано больше. В 1708—1709 гг. на русской территории шведскими войсками «бедные поселяне мужеска и женска полу, купно и с младенцы хотя никакова супротивления нечинили, порублены немилосердно».

(g) Нарушение договоров и капитуляций. В 1700 г. в битве под Нарвой генералы обеих сторон согласовали условия капитуляции, согласно которым русское командование и армия могли свободно отступить со знаменами и оружием, а также частично с полевой артиллерией, пленные с обеих сторон должны были быть освобождены, тяжелая артиллерия оставлена шведам. Капитуляцию подтвердил сам шведский король «паролем королевским». Однако шведы договора не выполнили. В Стокгольме плененные в нарушение капитуляции «чрезвычайно якобы в триумфе (были) ведены пеши до места ареста своего». Россия, напротив, прибегла к помощи Англии, Пруссии и Нидерландов, чтобы сформировать «картель о размене и окупе пленных или на всю войну, или на время учинить, как между всеми воюющими христианскими областями обыкновенно». Швеция отказывалась вплоть до поражения в Полтавской битве, когда уже царь сам «для политического и воинского резону» отклонил это предложение, но при этом проявил редкое великодушие, освободив некоторых пленных «для управления нужд их». Большинство отпущенных под честное слово так и не вернулось и даже снова взялось за оружие.

(h) Положение военнопленных. Шафиров горько жаловался на обращение с русскими военнопленными, многие из которых находились в подземных тюрьмах «и со осужденными на смерть злодеями в одно место посажены были и иныя тому подобные свирепства претерпеть принуждены». Петр отказывался прибегнуть к тем же мерам в отношении шведских пленников, а предпочитал «иногда оружием мстить, иногда же великодушием преодолевать, нежели жестокостью к пленным».

(i) Репрессалии. Столкнувшись с постоянным нарушением шведами договоров о капитуляции, царь «принужден был репрессалии употребить». Гарнизоны Выборга и Риги были захвачены, и с ними обращались как с пленниками в ответ на захват шведами русских генералов и высших офицеров, удержание русских купцов в Швеции, а также захват фрегата, следовавшего под белым флагом. Клеветнические манифесты, опубликованные в Польше и Малороссии с целью

поднять восстание среди российских подданных, вынудили царя выпустить манифесты с опровержениями.

Шафиров заканчивает свое «Рассуждение» заявлением, что он мог бы привести много других примеров нарушения шведами права всех цивилизованных народов, но он уверен — сказано достаточно, чтобы убедиться, какая из двух сторон вела себя с большей осмотрительностью и сдержанностью.

Язык международного права в России

Аксиоматическое утверждение, что иностранная терминология была воспринята русским языком только с началом петровских реформ, было в значительной степени дискредитировано последними филологическими исследованиями. Хюттль-Ворт указывала на наличие большого количества обычных западных административных, научных и военных понятий (за исключением морских терминов) в русском языке XVII века. Количество иностранных слов, найденных при довольно беглом исследовании русских рукописей и документов этого периода, хотя среди них встречается мало юридических терминов, действительно поражает.

«Рассуждение» Шафирова послужило основой для исследования российского филолога А. В. Волосковой, как она сама называет, «дипломатической лексики» петровской эпохи, но юристы сочли бы анализируемые ею термины словарем международного права. Ее материалы не только подтверждают общие выводы Хюттль-Ворт, они проливают волшебный свет на процесс постепенной замены древнего посольского языка средневековой России европейской терминологией.

Сам Шафиров был прекрасно осведомлен о происходящей терминологической революции. В «Рассуждении» он считает необходимым объяснить значение некоторых петровских терминов, помещая в скобках их старорусские эквиваленты или предлагая краткое пояснение. Из 1 549 слов, использованных Шафировым в тексте «Рассуждения», около одной трети (543) могут быть классифицированы как термины, среди них 225 — дипломатическая правовая лексика. Последнюю группу Волоскова разделила на слова русского (145) и иностранного (80) происхождения. Из 145 русских дипломатических правовых терминов только 40 не были обнаружены в документах XV — середины XVII в. и поэтому могут считаться лексическими неологизмами петровской эпохи. Тридцать пять из 80 иностранных слов были идентифицированы как допетровские, и Волоскова может предложить гораздо более раннюю датировку появления их в русском языке, чем показывают исследования Хюттль-Ворт для сходных терминов. Тот факт, что около половины иностранных слов можно найти в дипломатических документах XVI—XVII вв., по мнению Волосковой, опровергает тезис об их внезапном появлении в русском языке XVIII в. Датировку Волосковой следует рассматривать как минимальный показатель, так как дальнейшие исследования, скорее всего, обнаружат эти выражения в более ранних текстах.

Богатство материала в «Рассуждении» Шафирова для характеристики и датировки русской дипломатической международно-правовой терминологии наглядно показывает, что можно обнаружить в более ранних русских дипломатических документах, огромный пласт которых еще только ожидает внимания ученых. В эпоху Петра процесс интернационализации русского языка, безусловно, полу-

чил новый толчок, ускорилось заимствование иностранных слов для выражения специальных понятий или конкретизации традиционных представлений, как указывает Волоскова, но лингвистическая база права народов была заложена гораздо раньше — в XVI—XVII вв. Для более точной датировки необходимы дальнейшие исследования.

Юрист-международник Петр Шафиров

Самый известный из петровских дипломатов, Петр Павлович Шафиров выделялся среди своих современников и происхождением, и образованием.

Его отец, еврей по национальности, родился в Смоленском воеводстве и переехал в Москву после присоединения Смоленска к России по Андрусовскому договору с Польшей. Он перешел в православную веру и при крещении получил имя Павла Филипповича. В Москве он работал переводчиком Посольского приказа.

Петр Павлович родился в 1673 г. и унаследовал отцовский талант к изучению иностранных языков. Его образование, на удивление блестящее для того времени, включало знание французского, немецкого, латинского, польского, голландского и итальянского языков.

После неудачной попытки заняться коммерцией Шафиров поступил на службу в Посольский приказ переводчиком с немецкого. Существует легенда, что царь впервые увидел Шафирова на рынке, когда тот ругался с будущим светлейшим князем Меншиковым из-за кражи отреза ткани. Обладая необыкновенной способностью распознавать таланты, Петр сразу взял его на государственную службу. В 1697 г. Шафиров в качестве переводчика отправился с Петром в Западную Европу в составе знаменитого Великого посольства.

Это путешествие стало поворотной точкой в его карьере, он сблизился с влиятельным московским дипломатом Ф. А. Головиным и с самим царем. В 1703 г. он был назначен личным секретарем Головина в Посольском приказе, где занимался также переводом дипломатической переписки.

После смерти Головина в 1706 г. круг обязанностей Шафирова расширился. В 1708 г. он помогал преемнику Головина Г. И. Головкину в расследовании некоторых аспектов предательства гетмана Мазепы.

После победы под Полтавой Шафиров участвовал в ряде важных переговоров. Особенно можно выделить переговоры, связанные с Прутским походом 1711 г., который закончился окружением русских войск. Петр был вынужден просить мира. По достижению соглашения Шафиров был взят в заложники и вернулся в Москву только в 1714 г., достойно выполнив самое сложное поручение за всю свою дипломатическую карьеру. Шафиров и в дальнейшем принимал активное участие в дипломатической работе, сопровождая царя в Париж и Амстердам в 1717 г. Одним из последних дипломатических свершений Шафирова был договор с Пруссией 1718 г.

С этого момента его дела кардинально меняются. В предшествующее десятилетие (1710—1720 гг.) он был щедро награжден царем за свои услуги, получил награды, титулы, деньги, собственность, коммерческие концессии. В 1717 г. он был назначен вице-президентом Коллегии иностранных дел, в 1718 г. стал сенатором, в 1722 г. с принятием Табеля о рангах — действительным тайным со-

ветником, так и не получив вице-канцлерства из-за длительного противостояния с канцлером Головкиным.

Столкновение Шафирова с Головкиным, открывшиеся злоупотребления в почтовом ведомстве, находившимся под управлением Шафирова, вкупе с возросшим количеством его врагов при дворе привели к его падению: 13 февраля 1723 г. он был осужден на казнь, лишен всех должностей и наград, имущество его, в том числе библиотека, было конфисковано.

В последний момент казнь была заменена ссылкой в Якутск, который был заменен Новгородом, где Шафиров с семейством жил на 33 копейки в день до смерти Петра в 1725 г.

Императрица Екатерина I вернула Шафирова из ссылки и поручила ему написать историю Петра Великого, но дело не пошло. К выполнению дипломатических поручений он вернулся только в 1730 г. с восшествием на престол Анны Иоанновны. Шафиров умер 1 марта 1739 г. в возрасте 60 лет.

О его личной жизни и характере известно прискорбно мало. Женат он был дважды, от первого брака имел двух сыновей и пять дочерей.

Дневников он не вел, поэтому, возможно, лучшим источником информации о его характере, во всяком случае до опалы, является опись книг его личной библиотеки. Эта коллекция имела большое значение для России XVIII в., так как она стала частью библиотеки Императорской академии наук.

Коллекция оказалась в центре общественного внимания в 1723 г., когда Шафиров попал в опалу и его имущество было конфисковано. Его прекрасный дом в Петербурге работы Растрелли был передан Академии наук вскоре после ее основания в 1724 г. Сначала библиотека Академии, в том числе книги Шафирова, хранилась в этом доме.

Существуют различные мнения по поводу ценности библиотеки Шафирова. Пекарский считал, что выбор книг имел «несистематический и случайный» характер. С. П. Луппов, проведший всеобъемлющий сравнительный анализ частных библиотек петровского времени, указывал, что библиотека Шафирова не была рабочим инструментом из тщательно подобранных книг, это было собрание человека, много читавшего для удовольствия и отдыха. С моей точки зрения, Шафиров был в европейском смысле джентльменом и дипломатом. Он использовал свою библиотеку и в работе, и для удовольствия. Большое количество словарей и грамматик — это отражение его исключительного лингвистического таланта и карьеры переводчика. О его религиозности сведений не сохранилось, поэтому различные издания Библии и Корана, он, возможно, коллекционировал. Хорошо представлены такие отрасли, как история, философия и путешествия. Пекарский и Луппов классифицируют книги Гроция и Пуфендорфа в библиотеке Шафирова как «политические», не относящиеся к праву, однако в настоящее время мы посчитали бы их юридической литературой. В собрании значится только одна книга на русском языке. Возможно, Высокий суд, конфисковав русские книги из библиотеки Шафирова, не предложил их Петербургской библиотеке или Шафиров собирал исключительно европейские издания. Если последнее предположение верно, коллекция Шафирова действительно уникальна.

Вернувшись из ссылки, Шафиров предположительно собрал вторую библиотеку, но ее судьба неизвестна.

Переводы «Рассуждения» на английский и немецкий языки. Фридрих Кристиан Вебер

Несмотря на то что «Рассуждение» было опубликовано за границей на немецком и английском языках (что было сделано, скорее всего, во исполнение прямого заказа русского правительства), утверждение о том, что перевод книги Шафирова на немецкий язык был хорошо известен в Западной Европе, представляется безосновательным. Немецкое издание более редкое, чем русские версии, происхождение его не выяснено, английский же перевод не был идентифицирован и оставался практически незамеченным библиографами и учеными на протяжении двух с половиной веков после первого опубликования в качестве приложения к труду Фридриха Вебера «The Present State of Russia».

Немецкий перевод, вероятнее всего, был издан за границей где-то между 1718 и 1721 гг. Несмотря на точку зрения Пекарского, этот перевод нельзя назвать дословным переводом русского издания, но он с большой тщательностью передает текст оригинала. Небольшие расхождения, встречающиеся в тексте, носят скорее продуманный характер, чем являются результатом случайности или небрежности. Переводчик неизвестен.

Что касается английского перевода «Рассуждения», следует отметить, что его появление в Лондоне связано с исторически более важным событием, а именно переводом книги Фридриха Кристиана Вебера «Das veränderte Russland». Дипломатическая карьера Вебера в качестве ганноверского резидента при русском дворе и его последующие литературные изыскания были тесно связаны с Шафировым во многих ключевых аспектах. Его книга получила высокую оценку как «одно из наиболее перспективных исследований о России, когда-либо написанных...».

Очевидно, что в описании русско-шведских отношений и иных российских внешнеполитических реалий Вебер в большой степени опирался на «Рассуждение» Шафирова. Удивительно, однако, что сам текст «Рассуждения» прилагался только к английскому изданию, французская и голландская версии были опубликованы с другими приложениями. Личность переводчика остается загадкой. Он лишь немного приоткрывает свою тайну в предисловии переводчика, где озадачивает замечанием о своем намерении написать краткую историю России и определенных успехах на этом поприще.

Английский текст — это перевод немецкого текста, выполненного по поручению Петра и напечатанного за границей. Несмотря на это, он является достаточно скрупулезным переложением русского оригинала. Наличие расхождений между русской и английской версиями обычно объясняется следованием немецкому тексту.

«Рассуждение» Петра Шафирова следовало бы рассматривать как своеобразную веху в истории российского международного права, но на деле эта книга воспринимается как отдельный, одиноко стоящий монумент, в ряд с которым в течение многих десятков лет невозможно поставить ни одной другой оригинальной работы. После основания Московского университета в середине XVIII в. сторонники естественного права начали пропагандировать идеи, некоторым образом связанные с правом народов. Но академические исследования по международному праву появились в России не ранее начала XIX в.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Адрианова-Перец В. П.* Исторический очерк и обзор фондов рукописного отдела Библиотеки Академии наук. — М. ; Л., 1956. — Т. 1.
2. *Бантыш-Каменский Н. Н.* Обзор внешних сношений России (по 1800 год). — М., 1894—1902.
3. *Богословский М. М.* Петр I : Материалы для биографии. — М., 1940—1948. — Т. 1, 4.
4. Большая энциклопедия. — СПб., 1909. — Т. XX.
5. *Брикнер А. Х. Р.* Фр. Вебер (Материалы для источниковедения истории Петра Великого) // Журнал Министерства народного просвещения. — ССХIII. — 1881.
6. *Вальхаузен И. Я. фон.* Учение и хитрость ратного строения пехотных людей. — М., 1647.
7. *Веселовский Н. И.* Татарское влияние на посольский церемониал в московский период русской истории // Отчет о состоянии и деятельности императорского С.-Петербургского университета за 1910 год / Н. И. Веселовский ; ред. И. А. Ивановский. — СПб., 1911. — С. 1—19.
8. *Волоскова А. В.* Дипломатическая лексика начала XVIII века (По материалам трактата П. П. Шафирова «Рассуждение, какие законные причины Петр Великий к начатию войны против Карла XII имел») : автореф. дис. ... канд. филолог. наук. — Л., 1966. — 451 с.
9. *Волоскова А. В.* Русская дипломатическая лексика XVIII века // Вопросы фонетики, словообразования, лексики русского языка и методики его преподавания : Труды 4-й зональной конференции кафедр русского языка вузов Урала. — Т. 1. — 1964. — С. 149—161.
10. *Волоскова А. В.* Синонимы в дипломатической терминологии начала XVIII в. // Вопросы теории и методики преподавания русского языка. Ученые записки Ленинградского университета имени А. И. Герцена. ССLVIII. — Л., 1965. — С. 187—210.
11. *Волоскова А. В.* Иноязычные слова в дипломатической терминологии начала XVIII века // Уральский университет. Ученые записки. — 1969. — LXXX. — 8.
12. *Габарь В. Э.* Первая русская книга по международному праву // Вестник московского университета. — 1950. — № 7. — С. 101—110.
13. *Иванов П. И.* Судное дело над сенатором бароном Шафировым и обер-прокурором Сената Скорянковым-Писаревым // Журнал Министерства юстиции. — 1859. — № 3. — С. 3—62.
14. *Илизаров С. С.* Московская интеллигенция XVIII века. — М., 1999.
15. *Бергман В.* История Петра Великого. — СПб., 1841. — Т. 5.
16. *Калязина Н. В.* Лепной декор в жилом интерьере Петербурга первой четверти XVIII в. // Русское искусство первой четверти XVIII века : материалы и исследования / Н. В. Калязина, Т. Б. Алексеева (ред.). — М., 1974. — С. 109—118.
17. *Карнович Е. Р.* Замечательные богатства частных лиц в России. — 2-е изд. — СПб., 1885.
18. *Котошихин Г.* О России в царствование Алексея Михайловича / ред. Энн Пеннингтон. — 1980.
19. *Лихач Е.* Шафиров, барон Петр Павлович // Русский биографический словарь. — СПб., 1905. — Т. : Чаадаев — Швитков. — С. 553—567.

20. Луппов С. П. Книга в России в послепетровское время. — Л., 1976.
21. Луппов С. П. Книга в России в XVII — первой четверти XVIII века (из истории культуры) : дис. ... д-ра ист. наук. — Л., 1972. — 581 с.
22. Луппов С. П. Книга в России в XVII веке. — Л., 1970.
23. Луппов С. П. Книга в России в первой четверти XVIII века. — Л., 1973.
24. Мальгин Т. С. Чиновник российских государей с разными в Европе и Азии христианскими и магометанскими владетельными и прочими высокими лицами о взаимных чрез грамоты сношениях издревле по 1672 год, как обоюдныя между собою титла употребляли и знаки дружества, прочия преимущества, и величия изъявляли. — СПб. : Имп. академия наук, 1792.
25. Майкова Т. С. Петр I и «Гистория Свейской войны» // Россия в период реформ Петра I. — М., 1973.
26. Новицкий Г. А. Русско-польские культурные связи во 2-й половине XVII в. — М., 1973.
27. Пекарский П. П. Наука и литература в России при Петре Великом. — СПб., 1862. — Т. 1.
28. Пештич С. Л. Русская историография XVIII века.— Л., 1961—1971. — Т. 1.
29. Радищевский О. М. Устав ратных, пушкарских и иных дел, касающихся до военной науки, состоящи в 663 указах, или статьях, в государственование царей и великих князей, Василия Иоанновича Шуйскаго и Михайла Феодоровича, всея Руси и самодержцев, в 1607 и 1621 годах выбран из иностранных военных книг Онисимом Михайловым : в 2 т. — СПб., 1777—1781.
30. Серов Д. О. Администрация Петра I. — М., 2007.
31. Серов Д. О. Г. И. Головкин и П. П. Шафиров в их взаимоотношениях: (1706—1723) // Труды Всероссийской научной конференции «Когда Россия молодая мужала с гением Петра», посвященной 300-летию юбилею отечественного флота. Переславль-Залесский, 30 июня — 2 июля 1992. — Б. м., 1992. — Т. 1. — С. 122—131.
32. Серов Д. О. Строители империи : Очерки государственной и криминальной деятельности сподвижников Петра I. — Новосибирск, 1996.
33. Терещенко А. В. Опыт обозрения жизни сановников, управляющих иностранными делами в России. — СПб., 1837. — Т. 3.
34. Хоруженко О. И. Дворянские дипломы XVIII века в России. — М., 1999.
35. Черепнин Л. В. Русская историография до XIX века. — М., 1957.
36. Шафиров П. П. Рассуждение о законных причинах войны между Швецией и Россией: 1700—1721 гг. — Л., 1973.
37. Alexandrov V. The Kremlin: Nerve Centre of Russian History / V. Alexandrov, R. Monkcom (trans.). — 1963.
38. Anderson M. S. English Views of Russia in the Age of Peter the Great // American Slavic and East European Review. — XIII. — 1954. — С. 211.
39. Bond O. German Loanwords in the Russian Language of the Petrine Period. — 1974.
40. Fronsperger L. Von Kaiserlichem Kriegszrechten, Malefitz und Schuldhandlen, Ordnung und Regiment. Frankfurt a. — М., 1565.
41. Grabar V. E. The History of International Law in Russia, 1647—1917. A Bio-Bibliographical Study / V. E. Grabar, trans., ed. W. E. Butler. — 1990.
42. Grey. Peter the Great: Emperor of All Russia.— 1962.

43. *Hüttl-Worth G.* Foreign Words in Russian: A Historical Sketch, 1550—1800. — 1963.
44. *Hughes L.* Peter the Great. A Biography. — 2002.
45. *Orbec M.* Le baron Pierre Pavlovitch Schafirov (1669—1739), Vice Chancelier de Pierre le Grand (Descendance, Titre, et Blason) // Versailles. — 1962. — № 12. — С. 49—53.
46. The Consolidated Treaty Series / C. Parry ed. — Vol. IX. — 1969—1983.
47. *Wallhausen, J. J.* *de* Kriegskunst zu Fusz, darinnen gelehrt und gewiesen werden, I: Die Handgriff der Musquet und des Spiessens; II: Das Exercitum oder Trillen mit einem Fahnlein nach praxi des Prinzen oder schlachtordnungen; III: Der Ungarischen Regimenten Disciplin zu Fuss, etc. — 1615—1617.



**Алексей
Александрович
МАЛИНОВСКИЙ,**

профессор МГИМО

МИД России,

доктор юридических наук

dr-malinovsky@ya.ru

119454, Россия, г. Москва,

пр-т Вернадского, д. 76

МЕХАНИЗМ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В ЗАРУБЕЖНЫХ ПРАВОВЫХ СЕМЬЯХ

Аннотация. В статье излагаются особенности механизма правового регулирования в зарубежных правовых семьях. Основные источники права рассматриваются в качестве важнейших элементов данного механизма. Выявляются специфические формы взаимодействия и взаимодополнения таких источников права, как закон, судебный прецедент, юридическая доктрина в сфере правового регулирования общественных отношений.

Ключевые слова: механизм правового регулирования, источники права, закон, судебный прецедент, юридическая доктрина, правовая семья.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.056-080

A. A. MALINOVSKY,

Doctor of Law, Professor MGIMO

dr-malinovsky@ya.ru

119454, Russia, Moscow, Prospect Vernadskogo, 76

THE MECHANISM OF LEGAL REGULATION IN FOREIGN LEGAL FAMILIES

Annotation. The article outlines the features of the mechanism of legal regulation in foreign legal families. The main sources of law are considered as the most important elements of this mechanism. Reveals the specific forms of interaction and complementarity of such sources of law as legislation, judicial precedent, legal doctrine in the sphere of legal regulation of social relations.

Keywords: the mechanism of legal regulation, sources of law, legislation, judicial precedent, legal doctrine, legal family.

Механизм правового регулирования в различных правовых семьях детерминирован политическими, историческими, идеологическими, религиозными, социально-культурными, юридическими и иными факторами¹.

¹ См. подробнее: Cruz P. de. Comparative Law in a Changing World, London, 2007 ; Glenn H. P. Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law. Oxford University Press, 2014.

Анализ этих факторов сквозь призму особенностей функционирования отдельных элементов механизма правового регулирования в зарубежных странах необходим для наиболее полного понимания сущности конкретной правовой системы². Кроме того, знание специфики нормативно-правового регулирования в различных юрисдикциях может быть весьма полезно не только правоведам-теоретикам, но и юристу-практику.

В общей теории права под правовым регулированием понимается процесс упорядочивания наиболее важных общественных отношений посредством правовых норм³. Таким образом, основные элементы механизма правового регулирования — это норма права и правоотношение. Сравнительное правоведение дает понимание деталей регулирования общественных отношений, подлежащих правовой регламентации в различных правовых системах. Во-первых, нормы права, регламентирующие поведение субъектов одних и тех же отношений, в разных государствах зачастую содержатся в различных источниках права. Во-вторых, сам перечень наиболее важных общественных отношений существенно различается в разных правовых системах (отношения, которые имеют достаточно детальную правовую регламентацию в одних странах, практически не регламентируются правом в других). В-третьих, типы и способы правового регулирования самих общественных отношений в различных государствах имеют весьма существенную специфику. Кратко остановимся на вышеуказанных особенностях.

Романо-германская (континентальная) правовая семья

Конституция в континентальной правовой системе не случайно именуется основным законом. Она не только четко прописывает иерархию основных национальных источников права, роль принципов и норм международного права в регламентации общественных отношений конкретного государства, но и провозглашает правовые идеалы, устанавливает юридически охраняемые социальные ценности и приоритеты, указывает сферы общественных отношений, подлежащих правовой регламентации. Впрочем, такой подход характерен для большинства современных правовых систем, где уже приняты «новые» конституции. Исключение составляют Великобритания и государства, в которых действуют «старые» конституционные акты, не имеющие вышеуказанных разделов, к примеру, Основной закон Сан-Марино 1600 г., конституции США 1787 г., Норвегии 1814 г., Аргентины 1853 г., Люксембурга 1868 г., Швейцарии 1874 г., Австралии 1900 г. и др. Однако, учитывая тот факт, что в континентальной правовой семье господствует принцип верховенства писаного права, руководящую роль конституции как основы позитивного права трудно переоценить.

² Такой анализ был осуществлен известными компаративистами: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1996 ; *Раймон Л.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М., 2009. Изучение данных работ существенно упростило исследование особенностей механизма правового регулирования зарубежных правовых семей.

³ *Малько А. В.* Механизм правового регулирования // Правоведение. 1996. № 3 (214). С. 54—62.



Основным и наиболее важным источником континентальной правовой семьи является кодекс — систематизированный и четко структурированный законодательный акт, регламентирующий общественные отношения в конкретной сфере на основе общих и отраслевых принципов права⁴. В России, как и в большинстве европейских государств (Германия, Италия, Франция, Швейцария), кодексы строятся по пандектной системе, т.е. состоят из Общей и Особенной частей, которые, в свою очередь, разделены на главы. В Общей части провозглашаются отраслевые принципы права, устанавливаются правила действия норм во времени, в пространстве и по кругу лиц, даются дефиниции основных правовых понятий. В Особенной части содержится детальная регламентация отдельных правовых институтов.

Поскольку правовая система России принадлежит к романо-германской правовой семье, существенной специфики в механизме регулирования общественных отношений кодифицированными актами в данном вопросе не наблюдается. Стоит отметить лишь два отличия. Во-первых, в зарубежных странах количество кодексов больше, что свидетельствует об иной оценке законодателем степени важности некоторых общественных отношений, а соответственно, и необходимости более «высокого» уровня их правового регулирования. Например, во Франции приняты Кодекс о здравоохранении, Кодекс об образовании, Избирательный кодекс и др. Примечательно, что правила дорожного движения в России регулируются документом, утвержденным постановлением правительства (как известно, в иерархии российских законодательных источников это один из самых низко стоящих актов). В то время как во Франции данные отношения регулируются Дорожным кодексом.

Вторая особенность европейских кодексов заключается в том, что в их статьях, как правило, присутствуют все элементы структуры правовой нормы (гипотеза, диспозиция и санкция). Продолжая вышеуказанные примеры, отметим, что во Франции не только права и обязанности, но и ответственность врача регламентирована в Кодексе о здравоохранении; санкции за нарушение правил дорожного движения сгруппированы в Дорожном кодексе, а ответственность преподавателя четко прописана в Кодексе о образовании.

Весьма существенную специфику в романо-германской семье имеет уголовно-правовое регулирование. Так, в России Уголовный кодекс — единственный источник права, который может устанавливать преступность и наказуемость общественно опасных деяний. В континентальной правовой семье уголовный кодекс далеко не единственный источник уголовного права. Терминологически в зарубежной юридической доктрине другие акты уголовно-правового характера именуются «уголовным законодательством», «специальным законодательством», «дополнительным уголовным правом». Количество некодифицированных законодательных актов за рубежом довольно велико. Например, только в ФРГ, по данным Л. Ф. Шулеповой, насчитывается более 400 законов, относящихся к дополнительному уголовному праву. По сферам регулирования общественных отношений эти акты подразделяются на следующие группы: международное уголовное право; военно-уголовное право; молодежное уголовное право; уголовное право наркотиков; экономическое уголовное право; уголовное право дорожного движения⁵.

⁴ См.: Кабрияк Р. Кодификации / пер. с фр. Л. В. Головки. М.: Статут, 2007.

⁵ См. подробнее: Шулепова Л. Ф. Дополнительное уголовное право Федеративной Республики Германии: понятие, система, источники: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 208 с.

Совокупность вышеуказанных законов, поясняет профессор Гельмут Фристер, называется дополнительным уголовным правом. Такое название не должно вводить в заблуждение. Следует помнить, что в этих законах речь идет о полноценных составах уголовно наказуемых деяний, которые по соображениям юридической техники оказались не включены в Особенную часть УК. Нормы Общей части в полной мере действуют и по отношению к деликтам, описанным в дополнительном уголовном праве⁶.

Немецкий правовед считает нормальной такую ситуацию, когда Общая часть материального уголовного права описана в УК, а уголовно наказуемые деяния и наказания за них — как в Особенной части УК, так и в других законах, регулирующих соответствующую сферу общественных отношений (налоги, безопасность движения, владение оружием, защита животных и др.)⁷.

Общепризнанные принципы и нормы международного права являются важным элементом механизма правового регулирования для стран романо-германской семьи. Особенно это касается общественных отношений в сфере обеспечения прав и свобод человека и гражданина. Данная сфера в континентальной правовой семье, по сравнению с другими правовыми семьями, считается урегулированной наиболее детально. Среди актов, составляющих нормативную основу вышеуказанного элемента, можно назвать Всеобщую декларацию прав человека 1948 г., Международные пакты о правах человека 1966 г., Конвенцию ООН о правах ребенка 1989 г., Конвенцию о правах инвалидов 2006 г., Конвенцию о статусе беженцев 1951 г., Международную конвенцию о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей 2003 г., Принципы защиты психически больных лиц и улучшения психиатрической помощи (ООН, 1991 г.), Декларацию ООН по вопросам сексуальной ориентации и гендерной идентичности 2008 г. и другие документы.

Рассматривая источники права ЕС сквозь призму континентального механизма правового регулирования, необходимо отметить следующее. Одна часть источников права ЕС (например, постановления или регламенты) регламентирует общественные отношения в конкретном государстве — члене ЕС непосредственно, имея прямое действие, другая часть (например, директива) — опосредованно, путем внесения национальным законодателем, который руководствуется нормой права ЕС, соответствующих поправок в действующие акты либо посредством принятия новых документов⁸.

Место и роль права ЕС в механизме правового регулирования государств, входящих в ЕС, предопределяется следующими основными принципами:

- возможностью прямого действия права ЕС на всей территории Европейского Союза и относительно всех субъектов права;
- верховенством права ЕС над национальными правовыми системами государств-членов (в случае коллизии нормы права ЕС и национального права конкретного государства преимущественную силу имеет норма ЕС);

⁶ Фристер Г. Уголовное право Германии. Общая часть. М. ; Берлин, 2013. С. 13.

⁷ Там же. С. 13.

⁸ См. подробнее: Марченко М. Н., Дерябина Е. М. Правовая система Европейского союза. М., 2012 ; Европейское право : учебник / рук. авт. кол. и отв. ред. проф. Л. М. Энтин. М., 2007 ; Право Европейского Союза : учебник / под ред. С. Ю. Кашкина. М., 2011.



- интегрированностью права ЕС в национальные правовые системы государств-членов;
- юрисдикционной защищенностью права ЕС (защита норм права ЕС возлагается не только на судебные органы Европейского Союза, но и на национальные судебные органы государств-членов).

Схематично действие норм права ЕС в континентальном механизме правового регулирования можно представить в следующем виде: постановление Совета ЕС (или Европейской комиссии) → общественные отношения в конкретном государстве — члене ЕС. Либо второй вариант: директива ЕС → национальное законодательство → общественные отношения, подлежащие нормативно-правовому регулированию в государстве — члене ЕС.

Согласно решению Суда ЕС по делу 41/74 от 04 декабря 1974 г. по делу *van Duyn*, директива может иметь прямое действие в следующих случаях:

1. Истек предельный срок трансформации директивы в национальное законодательство.
2. Положения директивы достаточно точны и безусловны (прямого действия не приобретают только нормы-цели и нормы-задачи).
3. Директива содержит права частных лиц в отношении государства, которые должны защищаться судами государств — членов ЕС.
4. Директива регулирует «вертикальные» правоотношения (между частными лицами и публичной властью), а не «горизонтальные» (частных лиц между собой).

Нормативную основу европейского права в сфере прав человека составляют Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., Европейская социальная хартия 1965 г., Декларация принципов толерантности (утверждена ЮНЕСКО 1995 г.) и другие акты.

Особое нормативно-правовое значение в континентальном механизме правового регулирования имеют пилотные решения Европейского Суда по правам человека, которые являются итогом рассмотрения группы аналогичных судебных дел или разрешения большого количества сходных юридических споров (т.н. «структурные проблемы», т.е. ситуации, при которых сама структура правовой системы страны детерминирует конкретную правовую проблему или не в силах эффективно разрешать возникающие юридические споры). Так, в деле *Rumpf v. Germany* от 2 сентября 2010 года ЕСПЧ указал на следующие структурные проблемы в правовой системе Германии. Начиная с 2006 года в Германии не обеспечиваются разумные сроки рассмотрения дел в административных судах, а также отсутствует средство правовой защиты, позволяющее получить возмещение за чрезмерную длительность судебного разбирательства. Суд сообщил, что на его рассмотрении находится около 55 аналогичных жалоб. ЕСПЧ принял решение — обязать законодателя Германии исправить ситуацию в течение 1 года. Через год во исполнение вышеуказанного пилотного решения в Германии вступил в силу Закон «О средствах правовой защиты», который содержал предписания по ускорению разбирательства административных дел, а также предусматривал процедуру возмещения вреда, причиненного чрезмерной длительностью судебного разбирательства.

Таким образом, схемы действия пилотного решения ЕСПЧ посредством национального механизма правового регулирования выглядит следующим образом:

пилотное решение ЕСПЧ → изменения в национальном законодательстве → изменения в судебной практике конкретного государства.

Перейдем к анализу роли и значения судебной практики в механизме правового регулирования. Решения (приговоры) по конкретным делам не являются прецедентами. Прецедентное значение (в англо-американском смысле данного термина) могут иметь только некоторые акты высших судебных инстанций, обобщающие судебную практику по отдельным категориям споров и, строго говоря, не являющиеся решениями по конкретному делу. Как правило, речь идет о прецедентах толкования, которые содержат дефиниции или разъясняют законодательные понятия, или квалифицируют фактические обстоятельства дела в максимально абстрактной форме.

Постановления Верховного суда (или решения Конституционного суда), как говорят зарубежные компаративисты, могут считаться лишь вторичным (т.е. производным от закона) источником права.

В качестве примера можно привести решение Кассационного суда Франции (1958 г.), в котором в дополнении к УК Франции содержались (отсутствующие в Кодексе) условия правомерности крайней необходимости. Таким образом, данное решение вторично по отношению в закону, поскольку не подменяет его, а лишь дополняет отдельным предписанием.

Интересным объектом сравнительно-правового исследования является конкретное решение Конституционного суда зарубежного государства о признании не соответствующим конституции какого-либо правового института. Так, Федеральный конституционный суд ФРГ вынес решение о признании ст. 43а УК ФРГ (Имущественный штраф) не соответствующей п. 2 ст. 103 Основного Закона ФРГ («*Деяние может быть наказано, только если его наказуемость была установлена законом до совершения этого деяния*»), поскольку законодатель не урегулировал в УК ФРГ способ установления имущественной санкции и ее четкий размер. Такого рода решения встречаются практически во всех государствах континентальной правовой семьи. Они чрезвычайно важны, поскольку с их помощью не только устраняются юридические коллизии или совершенствуется конкретный закон, но и, образно выражаясь, происходит «починка» механизма правового регулирования. Неконституционный акт отменяется, в результате чего все другие элементы вышеуказанного механизма начинают работать лучше, обеспечивая верховенство основного закона.

Перейдем к другому аспекту роли судебной практики в механизме правового регулирования. В некоторых государствах, формально принадлежащих к романо-германской правовой семье, намечается очень интересная тенденция — признание постановлений высших судебных органов полноценным источником права. Наглядным примером в данном случае является Республика Казахстан. Согласно ст. 4 Конституции этого государства действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных, а также *нормативных постановлений Конституционного совета и Верховного суда Республики*.

Таким образом, Основной закон страны на конституционном уровне признает решения высших судов в качестве полноценного источника права наряду с законами, подзаконными актами и международными договорами. Согласно ст. 1 УК Республики Казахстан нормативные постановления Конституционного сове-



та и Верховного суда Республики Казахстан являются составной частью уголовного законодательства Республики Казахстан. В тексте каждого нормативного постановления указывается, что оно включается в состав действующего права, а также является общеобязательным. Так, в Нормативном постановлении Верховного суда Республики Казахстан № 8 от 11 июля 2003 г. предписывается, что кража — это тайное хищение чужого имущества. При решении вопроса, является ли хищение тайным, суды должны исходить из восприятия ситуации самим виновным. Если виновный считает, что он действует незаметно для окружающих, то хищение должно квалифицироваться как кража, даже если собственник либо иное лицо наблюдает за его действиями. Вполне очевидно, что суд в таком случае становится не только законодателем, но и начинает играть в процессе правообразования роль более значимую, чем суды англо-американской правовой семьи. Однако вышеописанный случай представляет собой скорее исключение, нежели правило.

Юридическая доктрина в современной романо-германской правовой системе утратила ту роль, которую в свое время играли труды выдающихся римских юристов (Гая, Ульпиана, Модестина и др.). Консультации и мнения докторов права (*common opinion doctorum*) в римском праве, как известно, признавались полноценными источниками права. На сегодняшний день ситуация обстоит следующим образом. Во-первых, труды ученых-юристов активно используются в процессе правообразования, и компаративистам здесь принадлежит главнейшая роль. Во-вторых, правоприменитель нередко использует доктринальное толкование для того, чтобы раскрыть первоначальный смысл юридического термина.

В качестве итога рассмотрим схему 1.



Схема 1. Механизм правового регулирования в романо-германской (континентальной) правовой семье

Выводы:

1. Конституция представляет собой главный системообразующий элемент континентального механизма правового регулирования. В соответствии с принципом верховенства конституции ей должны быть подчинены все другие нормативные правовые акты.
2. Регулятивное значение общепризнанных принципов и норм международного права заключается в их существенном влиянии на содержание национального законодательства.
3. Правовые нормы, регламентирующие общественные отношения, содержатся преимущественно в национальных законодательных актах и нормах европейского права.
4. Пилотные решения ЕСПЧ в механизме правового регулирования играют двоякую роль. С одной стороны, они являются источниками права, поскольку содержат обязательные для исполнения предписания. С другой стороны, применительно к конкретным обстоятельствам дела выступают актами применения права.
5. Судебная практика формально не является источником права. Однако она может оказать серьезное влияние на функционирование механизма правового регулирования, признавая закон неконституционным.
6. Юридическая доктрина формально не является источником права.
7. Тип правового регулирования общественных отношений в романо-германской правовой семье строится на основе принципа «разрешено все, что не запрещено национальным законом, международным правом и правом ЕС».
8. Метод правового регулирования преимущественно диспозитивный. Из способов правового регулирования (особенно в сфере прав человека) преобладает дозволение.
9. Наиболее урегулированными правом являются отношения в сфере обеспечения прав и свобод человека, они же считаются и самыми важными.

Англо-американская правовая семья

Основными элементами механизма правового регулирования англо-американской правовой семьи являются статутное и прецедентное право, а также право справедливости. Кратко остановимся на этих элементах.

Под **статутным правом** понимается совокупность законодательных актов, регламентирующих наиболее важные общественные отношения. Особенностью английской правовой системы, как известно, является отсутствие конституции и единых кодифицированных законодательных актов, объединяющих отраслевые нормы действующего права. Многовековая правовая традиция, отторгающая кодификацию, привела к тому, что правовые проблемы решаются здесь путем принятия специализированных статутов (законов, направленных на регламентацию конкретных вопросов). Причем если в статуте обнаруживается пробел, то он восполняется, как правило, не изменениями и дополнениями к уже существующему статуту, а принятием нового статута. Этим и объясняется наличие множества статутов с одинаковым названием, а значит, имеющих одну и ту же



сферу правового регулирования, которые отличаются друг от друга только датой принятия. Например, преступность и наказуемость половых преступлений была установлена законами о сексуальных преступлениях 1956, 1967, 1976, 1985 гг. Аналогичная ситуация наблюдается и в регламентации ответственности за кражу и другие преступления.

Попытки кодифицировать английские статуты до настоящего времени следует признать не слишком удачными. Даже в уголовно-правовой сфере, которая наиболее легко поддается кодификации, в настоящее время действует огромное количество (в том числе устаревших либо противоречащих друг другу) разрозненных статутов, что приводит к «пробуксовке» механизма правового регулирования. Такая ситуация в целом характерна для всей правовой системы Англии и детерминирует необходимость включения в механизм правового регулирования прецедентного права.

Представляется вполне объяснимым тот факт, что США и Австралия, тоже принадлежащие к англосаксонской правовой семье, отошли, как говорят компаративисты, от традиций материнского (английского) права и, заимствовав романо-германский подход к законодательному оформлению правовых предписаний, приняли единые акты, регламентирующие наиболее важные сферы общественных отношений. Однако объективности ради укажем, что некоторые сферы важных общественных отношений еще недостаточно кодифицированы. Например, во многих штатах отсутствуют гражданские кодексы, хотя в штате Луизиана, принадлежащем к романо-германской правовой семье, Гражданский кодекс (разработанный на основе Кодекса Наполеона) был принят еще в 1825 г.

Таким образом, статутное право, в отличие от континентального законодательства, представляет собой не стройную и строгую систему действующих и соподчиненных нормативных правовых актов, а совокупность разрозненных статутов. Существенно упрощает применение данных актов их объединение (в американской правовой системе) в своды законов, которые действуют как на федеральном уровне, так и на уровне штатов. Однако статутное право, исходя из самой природы семьи общего права, изначально не нацелено быть главным и единственным элементом механизма правового регулирования. Пробельность статута не считается его серьезным недостатком. Даже в кодифицированном статутном праве заложена необходимость дополнительного функционирования прецедентного права для регламентации одних и тех же общественных отношений.

Прецедентное право представляет собой совокупность вступивших в законную силу решений, вынесенных высшестоящими судами по конкретным делам и имеющих обязательную силу для исполнения. Правовая норма прецедентного характера (в отличие от статьи статута) имеет максимально конкретный характер и является правилом поведения, которое применимо лишь строго к аналогичным случаям.

По своему нормативному содержанию и характеру юридического воздействия на общественные отношения прецедентное право не однородно⁹. С точки зрения особенностей метода правового регулирования судебные прецеденты подразделяются на обязательные и убеждающие. Обязательный прецедент —

⁹ См.: Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985.

это судебное решение вышестоящего суда, которому обязаны следовать все нижестоящие суды. Речь, таким образом, идет об императивной норме, содержащейся в прецедентном праве. Суд не может отменить эту норму или отказаться от ее применения по своему усмотрению, поскольку в данном случае связан прецедентным правом. Юридическая сила этих прецедентов основывается на правиле «стоять на решенном» (*stare decisis*). Максима, взятая из римского права, — «стоять на решенном и не нарушать спокойствия» (*stare decisis et non quieta movere*) здесь означает, что норма обязывающего прецедента имеет верховенство над другими предписаниями, регламентирующими конкретные общественные отношения.

Убеждающий прецедент содержит нормы рекомендательного характера, применение которых полностью зависит от усмотрения суда. В данном случае правовая норма имеет диспозитивный характер. Кроме того, суд может пересмотреть убеждающий прецедент, если сочтет это необходимым. Вполне очевидно, что регулятивное значение убеждающего прецедента следует оценивать двояко. С одной стороны, возможность отказаться от устаревшего предписания или заменить его новым свидетельствует о гибкости прецедентного права, его способности оперативно регламентировать вновь возникшие общественные отношения. С другой стороны, такая ситуация приводит к правовой неопределенности, которая негативно влияет на правопорядок в целом и является нежелательной.

Схема механизма правового регулирования может выглядеть следующим образом: «закон → обязательный прецедент» либо «закон → убеждающий прецедент → создание нового прецедента».

В соответствии с другой классификацией прецеденты подразделяются на руководящие и уточняющие. Руководящий прецедент содержит норму права, которая в подавляющем большинстве случаев применяется к регламентации конкретных общественных отношений. При отсутствии надлежащего статутного регулирования данный прецедент является единственным полноценным источником права. В англо-американской правовой семье большинство важных правовых институтов регламентировано (в дополнение, вместо или помимо законодательства) руководящими прецедентами.

Уточняющий прецедент содержит норму, которая дополняет законодательное предписание или руководящий прецедент. Существенный недостаток данного элемента правового регулирования состоит в том, что число уточняющих прецедентов по одному и тому же вопросу может быть достаточно велико. Кроме того, некоторые из них могут прямо противоречить друг другу. Так, согласно прецеденту *R. v. Douce* (1972 г.) лицо, заболевшее депрессией, является полностью вменяемым, а в соответствии с делом *R. v. Seers* (1985 г.) лицо, заболевшее депрессией, может быть признано ограниченно вменяемым.

Что касается примерной схемы применения прецедентов (в рамках правового регулирования общественных отношений по модели «закон + прецедент»), то в англо-американской правовой семье она выглядит следующим образом. Для правильной юридической квалификации судья обращается к законодательной норме, регламентирующей конкретное общественное отношение или решение спорной ситуации. В целях уяснения общего смысла нормы конкретного статута судья изучает руководящий (ведущий) прецедент, в котором содержится норма-



дефиниция или норма-толкование существенных законодательных признаков анализируемого деяния либо норма — правило оценки фактических обстоятельств дела. Затем для выяснения юридических тонкостей, скрытых в расплывчатых формулировках, судья использует многочисленные уточняющие прецеденты, непосредственно относящиеся к анализируемому случаю. Например, в ст. 1 английского Закона о краже (1968 г.) указывается, что лицо виновно в совершении кражи, если оно *бесчестным* путем *присваивает имущество*, принадлежащее другому лицу, с намерением навсегда лишить его данного имущества. Руководящим прецедентом, раскрывающим сущность данной дефиниции, является дело *R. v. Ghosh* (1982 г.). В соответствии с этой дефиницией «бесчестно» любое деяние, которое обычные люди (читай — присяжные заседатели), исходя из представлений о разумности и правильности, расценят как бесчестное. Данная формулировка универсальна и относится ко всем преступлениям против собственности (кража, ограбление, мошенничество и др.), а также к категории «добросовестность» в гражданско-правовых сделках. Английскими юристами данный прецедент именуется как «Гош-тест» (тест на честность или добросовестность).

В других (уточняющих) прецедентах дается толкование терминов, указанных в дефиниции применительно к конкретному случаю. В частности, в деле *R. v. Morris* (1984 г.) под термином «присвоение имущества» понимается нарушение связи между вещью и собственником без его согласия. Однако кражей в соответствии с делом *R. v. Lawrence* (1972 г.) может считаться и такое присвоение имущества, которое осуществлено с согласия собственника.

Схема механизма правового регулирования следующая: закон → руководящий прецедент → уточняющий прецедент.

Примечательно, что есть и американские прецеденты, в которых сформулированы дефиниции кражи в лучших традициях англосаксонской правовой семьи. Так, в деле *United States v. Waronek* (1978) указывается: «Под кражей, как это определено общим правом [т.е. англосаксонским], следует понимать нарушающее право собственника взятие и унесение его движимого имущества, с намерением навсегда лишить собственника его имущества». Этот феномен называется «перетекание прецедента» (в рамках одной правовой семьи) из материнской правовой системы (английской) в дочернюю (американскую) правовую систему. Распространены случаи и прямой рецепции английских прецедентов американской уголовно-правовой системой (к примеру, правила невменяемости Мак-Натена 1843 г. широко применяются в США и Ирландии).

Судебная практика (главным образом в США) зачастую играет правообразующую роль. Например, Верховный суд США, рассмотрев 24 июня 2002 г. дело Т. Ринга, принял решение о том, что право вынесения смертных приговоров должно быть предоставлено только присяжным. Соответствующие изменения затем были внесены в уголовное и уголовно-процессуальное законодательство тех штатов, где присяжные лишь выносят вердикт о виновности, а меру наказания назначает судья единолично (Аризона, Айдахо, Колорадо, Монтана, Небраска). Нормы прецедентов, которые затем возводятся в закон, наиболее распространены в уголовном, процессуальном и налоговом праве. Схема правообразования в данном случае следующая: закон → руководящий прецедент → возведение в закон руководящего прецедента путем внесения дополнений.

Право справедливости представляет собой совокупность веками разработанных нравственно-правовых принципов, которые сформулированы в виде максим, направленных на вынесение судом справедливого, разумного и обоснованного решения по конкретному делу, которое затруднительно вынести, руководствуясь несовершенными нормами прецедентного права. Применительно к роли права справедливости в механизме правового регулирования следует отметить, что оно выполняет по отношению к прецедентному праву те же функции, что и прецедентное право по отношению к статутному. Речь идет о взаимной дополняемости одного несовершенного элемента (статутного права) другим (прецедентным правом), которое, также будучи несовершенным, в свою очередь, дополняется правом справедливости. Короче говоря, право справедливости — это «палочка-выручалочка», которая приходит на помощь всегда, когда речь идет о невозможности вынесения решения на основе пробельного статута и неидеального прецедента.

Норма права справедливости — это максимально абстрактное правовое предписание, применяемое для урегулирования конкретного общественного отношения в рамках рассматриваемого судом спорного случая, к которому невозможно непосредственно применить норму статутного или прецедентного права. Схема механизма правового регулирования выглядит следующим образом: статут → прецедент → право справедливости. Данная схема обусловлена одной из главных максим права справедливости: «судья не может отказать в рассмотрении дела, ссылаясь на отсутствие права, четко регулирующего данный вопрос». Именно в случае, когда статутное и прецедентное право не справились с ролью правовых регуляторов общественных отношений, и возникает необходимость в праве справедливости.

Непосредственно касаются вопросов правового регулирования следующие максимы права справедливости:

1. Право справедливости следует общему праву. Нормы права справедливости не должны подменять нормы общего права.
2. При коллизии между нормами права справедливости действует норма общего права.
3. Право справедливости признает верховенство статута, но не допускает ссылки на закон в целях достижения бесчестных намерений или оправдания зловредных действий.
4. Никакое причинение вреда не может быть оставлено без ответственности. Ответственность по нормам права справедливости наступает даже тогда, когда в соответствии с нормами общего права никакого нарушения не усматривается.

Конечно, значение права справедливости в настоящее время не такое, как 100—200 лет назад. Развивается статутное право, в том числе и путем возведения в закон максим права справедливости, резко увеличивается количество прецедентов, что снижает пробельность правового регулирования конкретных общественных отношений. Кроме того, принципы права справедливости являются важной составляющей профессионального правосознания англо-американских юристов, а поэтому нередко оказывают регулятивное воздействие на уровне правовой идеологии. Но тем не менее в таких сферах, как гражданское, семейное, наследственное, процессуальное право, роль права справедливости по-прежнему заметна.



Юридическая доктрина также является важнейшим источником англо-американского права. Несовершенство законодательного регулирования и противоречивость прецедентов обуславливают необходимость дополнительного элемента правового регулирования, устанавливающего единое для всех понимание содержания правового института или смысла юридического термина. Классические труды английских правоведов Э. Кока, У. Блэкстона, И. Бентама и других имеют такое же значение для англо-американских юристов, как и трактаты Гая, Папиниана и Модестина для римской юриспруденции.

С технико-юридической точки зрения многие английские трактаты более похожи на весьма предметные и обстоятельные комментарии к статутам и прецедентам, чем на абстрактные научные работы, написанные академическим языком. Можно с уверенностью сказать, что некоторые доктринальные труды английских юристов содержат правовые нормы. Безусловно, это облегчает пользование ими в качестве источника права. Например, в трактате классика английского уголовного права К. Кенни «Основы уголовного права Англии» (1902 г.) указывались четкие признаки практически всех преступлений, в том числе и чисто английского состава — берглэри: «Преступление берглэри считается совершенным, если кто-либо в ночное время: 1) при помощи взлома проникает в жилой дом, принадлежащий другому лицу, с целью совершить в этом доме фелонию либо 2) с помощью взлома выходит из принадлежащего другому лицу жилого дома, а) проникнув туда с целью совершить фелонию или б) действительно совершив фелонию в этом доме»¹⁰.

Правовая доктрина может находить свое отражение не только в научных трактатах, в законодательстве и судебной практике. Англо-американскому праву известны случаи как рецепции юридических доктрин, так и отказа от их использования.

Рассмотрим этот феномен на примере английской доктрины felony-murder («фелония — тяжкое убийство»). Данная доктрина представляет собой правило, согласно которому лицо признается виновным в тяжком убийстве, если при покушении или во время совершения фелонии (любое тяжкое преступление) оно лишает жизни (умышленно, однако не в форме злого умысла, или неосторожно) какое-либо другое лицо.

Доктрина felony-murder впервые сформулирована в Англии в решении по делу Лорда Дакреса (1535 г.). Однако Законом об убийстве 1957 г. она была отменена. Данная доктрина была заимствована американской правовой системой. В частности, она нашла свое законодательное закрепление как на федеральном уровне, так и в уголовных кодексах отдельных штатов (Алабама, Нью-Йорк, Техас и др.)¹¹. Широко используется данная доктрина и американской судебной практикой¹².

¹⁰ Кенни К. Основы уголовного права Англии. М., 1949.

¹¹ См. подробнее: Козочкин И. Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. М., 2007. С. 326—335.

¹² См., например, дело People v. Bodely (1995).

По данному делу грабитель похитил 75 долл. из супермаркета, выбежал на улицу и, желая скрыться от погони, сел в машину. Начав движение, он случайно сбил одного из преследователей. Приговором суда он был осужден за тяжкое убийство, совершенное в процессе ограбления.

Достаточно прочитать любое судебное решение высших судов англо-американской правовой семьи, чтобы быть пораженным обилием ссылок и цитат на классические юридические труды. Многие речи в суде начинаются со слов: «Я в своем выступлении хочу сослаться на авторитет Блэкстона (или другого правоведа) в этом вопросе».

Таким образом, применительно к рассматриваемым случаям схема правового регулирования может выглядеть следующим образом: «юридическая доктрина → закон», «закон → юридическая доктрина» либо «закон → отмена юридической доктрины → возведение в закон новых доктринальных положений» (схема 2).

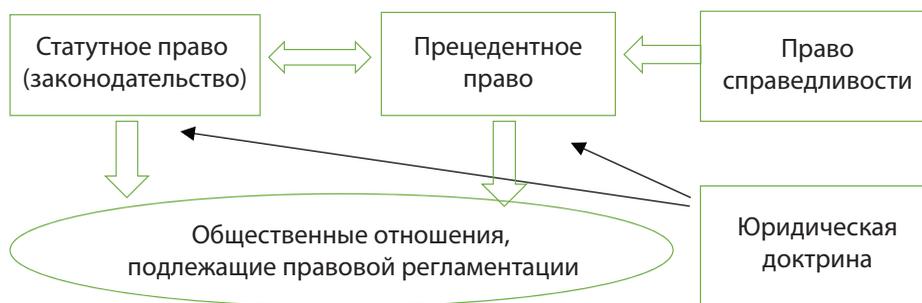


Схема 2. Механизм правового регулирования в англо-американской правовой семье

Выводы:

1. Механизм правового регулирования в англо-американской правовой семье включает в себя такие элементы, как статутное право, прецедентное право, право справедливости и юридическую доктрину.
2. Статутное право с точки зрения романо-германского юриста должным образом не кодифицировано. Пробельность и правовая неопределенность писаного права предопределяет необходимость прецедентного права. Сфера правового регулирования между статутным и прецедентным правом четко не определена. Любой статут может быть дополнен прецедентами, так же как и норма любого прецедента может быть возведена в закон.
3. Прецедентное право по своему регламентирующему характеру неоднородно. Нормы обязывающего прецедента императивны, а предписания убеждающего прецедента — диспозитивны. Все основные институты права, наряду с законодательством, регламентированы соответствующими руководящими прецедентами. Количество уточняющих прецедентов, принятых по одному и тому же вопросу, не ограничено. Их противоречивость не считается юристами англо-американской правовой семьи недостатком, а рассматривается как вариативность правового регулирования, позволяющая учесть большинство юридически значимых ситуаций. В рамках англо-американской правовой семьи допустима рецепция конкретного английского прецедента правовыми системами США, Австралии, Канады и Ирландии.
4. Равное значение прецедента и статута с точки зрения процесса правоприменения заключается в том, что на норму прецедентного права в акте при-



- менения права ссылаются точно так же, как и на норму законодательства. Ни одна из этих норм не имеет верховенства над другой.
5. Право справедливости в современных условиях является не столько элементом правового регулирования, сколько инструментом традиционного правового воздействия на общественные отношения, нуждающиеся в правовой регламентации. Его основная задача — преодолевать несовершенство прецедентного права.
 6. Юридическая доктрина является важным элементом механизма правового регулирования и призвана главным образом дополнять пробельное статутное и прецедентное право. Кроме того, верность фундаментальным доктринально-правовым истинам помогает современным юристам сохранять «старую добрую» английскую правовую традицию. Ссылка на авторитетное мнение юриста-классика в суде — сильное доказательство своей правоты.
 7. Тип правового регулирования общественных отношений в англо-американской правовой семье строится на основе принципа «разрешено все, что не запрещено статутным, прецедентным правом и правом справедливости».

Мусульманская правовая семья

Основными элементами механизма правового регулирования мусульманской правовой семьи являются нормы шариата (содержащиеся в Коране, Сунне, иджме и киясе) адатного права, а также действующего законодательства.

Коран представляет собой священную книгу мусульман, в котором содержится не только соответствующее вероучение, но и основы мусульманской правовой системы, что позволяет считать его первоисточником права.

В Коране четко закреплены запреты и обязанности правоверного мусульманина. В частности, к запретам (харам) относятся: многобожие, колдовство, непочтительное отношение к родителям; прелюбодеяние; кража, лжесвидетельство, ростовщичество, употребление алкоголя, азартные игры и др.

В Коране также прописаны Пять столпов ислама, т.е. основные обязанности мусульманина, среди которых:

- 1) декларация веры, содержащая исповедание единобожия и признание пророческой миссии Мухаммада (шахада);
- 2) пять ежедневных молитв (намаз);
- 3) пост во время месяца Рамадан (ураза);
- 4) религиозный налог в пользу нуждающихся (закят);
- 5) паломничество в Мекку (хадж).

Основные законы многих мусульманских государств признают верховенство Корана. В частности, Основной закон Королевства Саудовская Аравия (1992 г.) провозглашает: «Королевство Саудовская Аравия — суверенное арабское исламское государство. Его религия — ислам, Конституция — Книга Всевышнего Аллаха и сунна Его Пророка, да благословит его Аллах». Статья 4 Конституции Исламской Республики Иран (1979 г.) предписывает, что все гражданские, уголовные и другие законы и установления должны быть основаны на исламских нормах. Эта статья приоритетна по отношению к другим статьям Конституции, а также законам и установлениям, причем заключение по поводу соответствия законов исламским нормам выносится факихами (исламскими правоведами)

Совета по охране Конституции и исламских норм. Согласно ст. 2 Конституции Республики Ирак (2005 г.) ислам — официальная религия государства и основной источник законодательства. Ни один закон не может быть принят, если он противоречит установленным нормам ислама.

Особенность действующего законодательства мусульманских государств состоит в том, что коранические нормы практически без изменений в силу конституционных предписаний закрепляются во многих кодексах и законах. С точки зрения юридической техники можно говорить, например, о почти дословном дублировании положений Корана в действующем уголовном законодательстве. Так, в Коране предписывается: «Прелюбодейку и прелюбодея — каждого из них высеките сто раз. И пусть присутствует при их наказании группа верующих» (Сура «ан-Нур», аят 2). В соответствии с УК Ирана (1988 г.) «Прелюбодеяние, совершенное лицом, не состоящим в браке, наказывается бичеванием в размере ста ударов кнутом» (ст. 88); «при исполнении наказания необходимо присутствие не менее трех верующих мусульман» (ст. 101).

Схему коранического религиозно-правового регулирования можно представить в следующем виде: Коран → конституция → действующее законодательство.

Сунна представляет собой сборник юридически значимых примеров (хадисов) из жизни пророка Мухаммеда. Первоначально хадисы («хадис» в переводе на русский — «рассказ») не записывались, а передавались устно, что вызывало споры относительно достоверности некоторых из них. Считается, что хадисы дополняют коранические предписания, восполняют пробелы в мусульманском праве. Однако полноценными источниками мусульманского права являются только достоверные хадисы¹³. Приведем примеры.

Достоверный хадис: «Передают, что Рафи' ибн Хадидж, да будет доволен им Всевышний Аллах, рассказывал, что слышал, как Посланник Аллаха, мир ему и благословение Аллаха, сказал: *“За кражу фруктов или верхушки пальмового дерева руку не отрубают”*. Этот хадис передали Ахмад, Абу Давуд, ат-Тирмизи, ан-Насаи и Ибн Маджа, причем ат-Тирмизи и Ибн Хиббан назвали хадис достоверным» (хадис № 1231).

Недостоверный (аннулированный) хадис: «Передают, что Му'авийа, да будет доволен им Всевышний Аллах, рассказывал, что Пророк, мир ему и благословение Аллаха, сказал: *“Если человек выпил вино, то его надлежит высесть. Если он выпил вино во второй раз, то его также надлежит высесть. Если он выпил вино в третий раз, то его также надлежит высесть. Если же он выпил вино в четвертый раз, то ему надлежит отрубить голову”*. Этот хадис передали Ахмад, Абу Давуд, ат-Тирмизи, ан-Насаи и Ибн Маджа, причем текст хадиса принадлежит Ахмаду. Ат-Тирмизи сообщил, что этот хадис является аннулированным» (хадис № 1241).

С точки зрения механизма правового регулирования хадис представляет собой норму права, корреспондирующую конкретным общественным отношениям или спорному случаю. Структурно любой хадис, как видно из вышеприведенных примеров, состоит из двух частей: из собственно текста, который описывает юридически значимую ситуацию и применимую к ней норму (матн), и из цепочки

¹³ См. подробнее: Сборник достоверных хадисов имама аль-Бухари // URL: <http://hadis.info/sborniki-xadiso/saxix-al-buxari/>.



рассказчиков (иснад), содержащей имена людей, передававших текст хадиса из поколения в поколение, что свидетельствует о его достоверности.

Механизм правоприменения с учетом исламской правовой культуры и технико-юридических особенностей мусульманского правового регулирования таков. Первоначально выявляется кораническая норма, а затем дублирующая ее статья законодательного акта. После чего данная норма уточняется посредством соответствующих хадисов.

Проиллюстрируем сказанное примером квалификации кражи:

1. Кораническое предписание — *«Вору и воровке отсекайте руки в воздаяние за то, что они совершили»* (сура «аль-Маида», 38).
2. Предписание УК Ирана (1988 г.):
 Определение кражи — *«Кражей (сиркат) признается тайное хищение чужого имущества»* (ст. 197 УК).
 Санкция — *«За первую кражу отсекаются четыре пальца правой руки наказуемого, так чтобы нетронутыми остались большой палец и ладонь»* (ст. 201 УК).
3. Хадис 1226 уточняет стоимость похищенного имущества. «Передают, что ‘Аиша, да будет доволен ею Всевышний Аллах, рассказывала, что Посланник Аллаха, мир ему и благословение Аллаха, сказал: *“Вору надлежит отрубить руку только в том случае, если он украл четверть динара или более того”*».

Таким образом, схематично роль Сунны в механизме правового регулирования можно представить в следующем виде: кораническая норма → статья действующего законодательства → Сунна (достоверный хадис, применимый к конкретному случаю).

Иджма́ представляет собой единодушное решение авторитетных мусульманских юристов по спорному вопросу. Решение такого спорного вопроса в конкретном случае терминологически обозначается как фикх (в переводе с арабского — «знание»), богословы-правоведы, выносящие такое решение, именуются факихами (знающими). Так, в Постановлении № 58 (9/6) «О восстановлении органов, отсеченных во время актов наказания (хадд) и возмездия (кисас)» указывается: «Руководствуясь тем, что целью шариата при исполнении акта наказания (хадд) является устрашение, удержание от преступления и примерное наказание за него, а желаемое воздействие сводится к тому, чтобы преподать урок и наставление другим людям, а также искоренить позывы к преступлению, учитывая, что современная медицина гарантирует восстановление отсеченного органа, что приведет к принижению серьезности наказания и его действенности, постановляется:

— шариатом запрещается восстановление органа, отсеченного во время исполнения акта наказания (хадд), поскольку это обернется снижением действенности и продолжительности воспитательного эффекта и войдет в противоречие с целью наказания, преследуемой шариатом, — удержанием виновного от будущих правонарушений»¹⁴.

Кияс (суждение по аналогии) представляет собой такой источник мусульманского права, который действует в случае отсутствия необходимых предписаний применительно к конкретному случаю в Коране и Сунне, а также при отсутствии

¹⁴ Постановления и рекомендации Совета исламской Академии правоповедения (фикха) — фетвы. М., 2003.

единодушного решения правоведов-богословов по спорному вопросу. В то же время некоторыми исламскими правоведами кияс как источник права отвергается, поскольку предусматривает расширительное толкование коранических норм. Приведем пример кияса.

В сборнике Бухари цитируется хадис от пророка Мухаммада: «Пусть не выносит решений судья, если он разгневался» (Ахкам, 13). На основании этого хадиса был сделан следующий кияс: «Если судья находится в состоянии депрессии, печали и других состояниях, отражающихся на его способности принимать объективные решения, пусть он их не выносит». Здесь аналогия была проведена между состоянием гнева, который фигурирует в хадисе, и некоторыми другими состояниями (депрессия, печаль и т.д.), которые могут помешать судье выносить справедливые решения¹⁵.

Кодифицированное законодательство (также, как и в романо-германской правовой семье) в современных мусульманских странах играет весьма значимую роль. Однако, с точки зрения континентального правоведа, по своей структуре мусульманские кодексы не соответствуют отраслевому принципу, поскольку, как правило, объединяют в себе нормы как материального, так и процессуального права. Отчасти это можно объяснить тем, что такое разделение отсутствует в Коране. Так, Уголовный кодекс Ирана 1988 г., с точки зрения российского юриста, вообще объединяет в себе нормы трех кодексов — уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного. Например, в нем подробно прописываются признаки кражи (ст. 197, 198 УК), детально устанавливается процесс доказывания данного деяния в суде (ст. 199 УК), а также порядок исполнения наказания (ст. 201—203 УК). Такой подход применяется и в отношении других преступлений.

Необходимо отметить, что законодательство следует рассматривать как вторичный источник мусульманского права, действующий только с учетом коранических предписаний. Данное положение закреплено в конституциях и кодексах мусульманских стран. В частности, согласно ст. 48 Основного низама Королевства Саудовская Аравия «при решении поставленных перед судами вопросов они действуют в соответствии с исламским шариатом, Кораном и Сунной, а также основанными на соответствующих положениях постановлениями представителя власти, если они не противоречат Корану и Сунне».

Адатное право представляет собой совокупность древних местных обычаев мусульман, проживающих в определенном (как правило, сельском) регионе. Наиболее известный адат — это обычай кровной мести. С формально-юридической точки зрения Коран не имеет верховенства над адатным правом. Данное право, как правило, действует в сферах, непосредственно не урегулированных кораническими предписаниями. Прежде всего это касается земельных отношений, торговых обычаев и семейных отношений (в частности, нормы адата до сих пор устанавливают привила выкупа невесты), а также процедуры местных обрядов и праздников. Во многих сельских общинах не урегулированные Кораном спорные вопросы разрешаются на основе адатного права. В современных условиях адат является источником права локального характера.

Механизм правового регулирования мусульманской правовой системы отражен в схеме 3.

¹⁵ См. подробнее: URL: <http://slovar-islam.ru/books/k.html#Kyas62>.



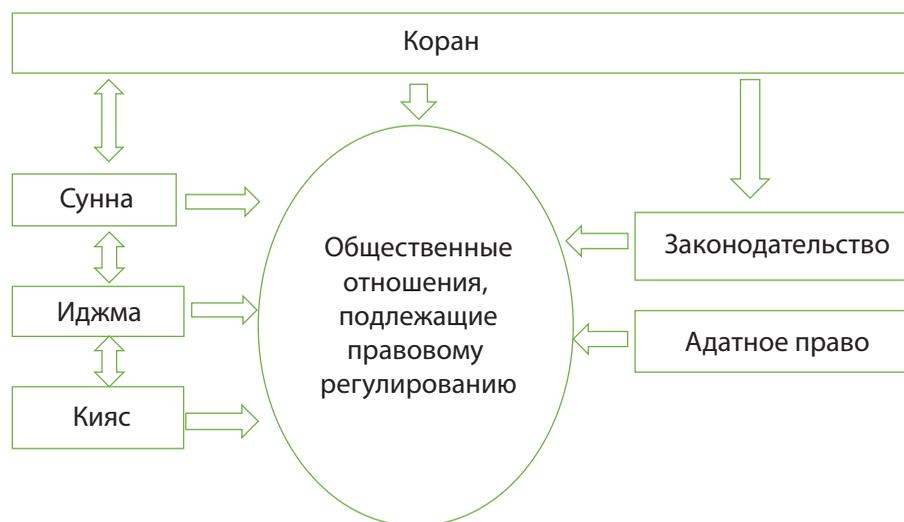


Схема 3. Механизм правового регулирования мусульманской правовой системы

Выводы:

1. Коран представляет собой главный системообразующий элемент механизма правового регулирования мусульманской правовой семьи. Верховенство Корана проявляется в том, что ему должны быть подчинены все другие источники исламского права, а также нормы действующего законодательства. Конституции мусульманских государств закрепляют принцип верховенства Корана.
2. Сунна, состоящая из достоверных хадисов, дополняет кораническое регулирование общественных отношений посредством формулирования казуистических норм, применяемых к конкретным случаям.
3. Иджма является элементом правового урегулирования спорных отношений, когда Коран и Сунна непосредственно не регламентируют конкретную юридическую ситуацию.
4. Адатное право представляет собой совокупность обычно-правовых норм, регламентирующих локальные общественные отношения с учетом многовековой традиции. Оно действует в дополнение к кораническому праву и, как правило, в той сфере, которая последним четко не регламентирована.
5. Правовые нормы, регламентирующие общественные отношения, содержатся преимущественно в Коране, Сунне, иджме и действующем законодательстве.
6. Тип правового регулирования общественных отношений в мусульманской правовой семье строится на основе принципа «дозволено только то, что разрешено Кораном».
7. Метод правового регулирования преимущественно императивный. Из способов правового регулирования (особенно в сфере отношений «Аллах — человек») преобладают обязывание и запреты (харам).

8. Сфера нормативно-правового регулирования общественных отношений в мусульманской правовой семье намного шире, чем в других правовых семьях. В эту сферу, в частности, входят: вопросы вероисповедания (в том числе процедуры религиозных обрядов, постов и молитв), отношения к женщинам, детям, запрет на употребление алкоголя и определенной пищи, недопустимость азартных игр, сексуальных отношений вне брака и др.

Социалистическая правовая семья

В социалистических правовых системах (Вьетнам, Северная Корея, Китай и др.) механизм правового регулирования включает в себя не только действующее законодательство, но и политические документы, отражающие господствующую идеологию. В частности, согласно ст. 4 Конституции Вьетнама (1992 г.) Коммунистическая партия Вьетнама — авангард рабочего класса, преданный представитель интересов рабочего класса, всех трудящихся и всех наций, следующая марксизму-ленинизму и идеям Хо Ши Мина, является руководящей силой государства и общества.

Множество идеологем, детерминирующих содержание действующего права, закреплено также в преамбулах социалистических конституций. Так, в Преамбуле к Конституции КНР 1982 г. указывается: «Под руководством Коммунистической партии Китая и следуя идеям марксизма-ленинизма и учению Мао Цзэдуна, все населяющие Китай народы продолжают движение по дороге народно-демократической диктатуры и социализма, поддержки реформ и открытости внешнему миру, неуклонного совершенствования институтов социалистического общества, развития социалистической демократии, совершенствования социалистического законодательства».

Устав Коммунистической партии — важнейший источник социалистического права, который определяет магистральные направления развития правовой системы общества. Так, в Уставе Коммунистической партии Китая (2002 г.) сказано: «Коммунистическая партия Китая руководит народом в развитии политического строя социалистической демократии и создании социалистической политической культуры. Необходимо неуклонно ширить социалистическую демократию, улучшать социалистический правопорядок, управлять страной на правовой основе, строить социалистическое правовое государство и укреплять демократическую диктатуру народа. Усиливать государственное законодательство и законноисполнение, постепенно переводить всю работу страны в русло юридизации. Твердой рукой подавлять по закону всю преступную деятельность и все преступные элементы, которые наносят вред безопасности и интересам страны, стабильности общества, развитию экономики».

Кодекс строителя коммунизма является специфическим источником социалистического права. Современный моральный кодекс представляет собой нормативный акт нравственно-правового характера, в котором четко указаны обязанности и ответственность членов коммунистической партии. Данный акт дополняет положения Устава коммунистической партии. Кодексы строителя коммунизма всех современных социалистических стран базируются на рецепции советского Морального кодекса строителя коммунизма — свода принципов коммунистиче-



ской морали, вошедшего в текст Третьей Программы КПСС, принятой XXII съездом (1961 г.). Примечательно, что конституции социалистических стран предписывают соблюдать нормы социалистической морали, таким образом возводя их в ранг конституционных обязанностей. В частности, согласно ст. 81 Конституции КНР (1972 г.) граждане обязаны соблюдать законы государства и социалистические нормы поведения, охранять честь и достоинство гражданина КНР.

Для примера приведем основные положения Кодекса строителей китайского коммунизма:

1. Китайские коммунисты обязаны работать на благо народа, не используя при этом в личных целях своего привилегированного положения.
2. Китайские коммунисты не должны принимать подарки или использовать свое влияние на благо членов своей семьи.
3. Китайским коммунистам запрещается спекулировать недвижимостью и заниматься бизнесом.
4. Китайским коммунистам запрещается совершать чрезмерные траты при организации свадеб или похорон, а также позволять себе роскошный отдых.
5. Китайские коммунисты не должны тратить необоснованно большие суммы на обустройство своих офисов и покупку служебных автомобилей.

Механизм правового регулирования в социалистической правовой семье осуществляется по схеме: решение партийного органа (съезда) → изменения в законодательстве → принятие рекомендаций, обязательных для исполнения правоприменителями. К примеру, соответствии с Постановлением ЦК Коммунистической партии Китая 2013 г. в КНР должна быть усовершенствована система защиты прав человека. Для этого:

- 1) необходимо совершенствовать защиту прав человека в ходе принудительного исполнения судебных актов;
- 2) необходимо усовершенствовать механизмы предупреждения и исправления судебных ошибок, а также механизм привлечения к ответственности виновных служащих;
- 3) необходим более строгий контроль за исключением недопустимых доказательств и запрет применения телесных наказаний и пыток;
- 4) должен быть уменьшен перечень преступлений, за совершение которых предусмотрена смертная казнь.

После принятия вышеуказанного Постановления ЦК КПК соответствующие изменения были внесены и в действующее законодательство. Кроме того, для правоприменителей Верховным народным судом КНР были разработаны Рекомендации № 11-2013, которые содержали четкие указания по претворению решений партии в правовую действительность на основе измененного законодательства.

Уголовное законодательство социалистических стран также выдержано в строгих идеологических рамках. Так, согласно ст. 2 УК КНР (1997 г.), задача Уголовного кодекса, применяя наказание, вести борьбу со всеми преступлениями с целью защиты государственной безопасности, демократической диктатуры народа и социалистического строя, охраны государственной и коллективной собственности трудящихся масс, частной собственности граждан, защиты прав личности, демократических и других прав граждан, поддержания общественного и экономического порядка для успешного осуществления социалистического строительства.

В комментариях к уголовным кодексам социалистических стран содержится множество отсылок к идеологическим постулатам и решениям партийных съездов¹⁶.

В целом законодательство социалистических стран как элемент механизма правового регулирования по своей роли, содержанию и функциям сходно с законодательством романо-германской правовой семьи. Данный факт признают подавляющее большинство компаративистов. Однако степень кодифицированности социалистического законодательства пока невелика. Многие сферы общественных отношений регламентируются разрозненными законами¹⁷. Так, например, в КНР до сих пор не принят гражданский кодекс. С точки зрения романо-германского юриста, есть проблемы и с иерархией законодательных актов. В частности, некоторые важные вопросы, традиционно в континентальной правовой семье регламентируемые законами, в социалистических странах регулируются подзаконными актами. К примеру, положения о налогообложении установлены Временными нормами и правилами¹⁸.

В лучших традициях китайского легизма (когда любое право понимается как приказ государства, подлежащий точному исполнению) единство правоприменения достигается принятием судебно-следственными органами совместных постановлений и разъяснений. Тем самым исключается разнобой между следственной и судебной практикой в вопросах толкования и применения УК. Так, Верховным народным судом КНР и Верховной народной прокуратурой КНР были приняты разъяснения № 8-2013 от 2 апреля 2013 г. «Некоторые вопросы применения законодательства при квалификации кражи». Приведем извлечения из данного документа.

В соответствии со ст. 264 УК КНР в действующей редакции кража государственного или частного имущества, совершенная в сравнительно крупном, в крупном, в особо крупном размере, совершенная многократно, с проникновением в жилище, карманная кража наказываются лишением свободы на срок от 3 до 10 лет.

Кражей в сравнительно крупном размере признается кража государственного или частного имущества на сумму от 1 000—3 000 юаней жэньминьби (приблизительно от 5—15 тыс. руб.);

— в крупном размере — на сумму от 30 000—100 000 юаней жэньминьби (от 150—500 тыс. руб.);

— в особо крупном размере — от 300 000—500 000 юаней жэньминьби (от 1,5—2,5 млн руб.).

Конкретная сумма порога сравнительно крупного, крупного и особо крупного размера должна быть установлена народными судами высшей ступени и органами прокуратуры провинциального уровня (провинций, автономных районов, городов центрального подчинения) в зависимости от уровня экономического развития региона и состояния общественной безопасности. Решения об определении поро-

¹⁶ См. подробнее: Комментарий к Особой части УК КНР // URL: <http://www.asia-business.ru/law/law1/criminalcode/remark/#6>.

¹⁷ См.: Современное право Китайской Народной Республики: Обзор законодательства 1978—2010 гг. / сост. и ред.: д. ю. н. Л. М. Гудошников и к. ю. н. П. В. Трошинский. М., 2012.

¹⁸ См.: Временные нормы и правила КНР «О налоге на добавленную стоимость» 2009 г.; Временные нормы и правила КНР «О налоге на недвижимость» 1986 г. // URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/statute_real_estate_tax.



гов сравнительно крупного, крупного и особо крупного размера подлежат утверждению в Верховном народном суде КНР и Верховной народной прокуратуре КНР.

Многokратным совершением кражи является совершение не менее трех краж в течение двух предшествующих лет.

Проникновением в жилище является незаконное проникновение в помещение, используемое для бытового использования и относительно изолированное от внешнего пространства.

Карманной кражей является кража из личных вещей, совершенная в общественных местах или на общественном транспорте.

Как можно заметить, вышеуказанные разъяснения содержат нормы права, отсутствующие в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве, что делает этот акт полноценным источником права, с учетом обязательности его исполнения.

Приговоры в социалистических правовых системах нередко имеют идеологическую окраску. В текстах приговоров и обвинительных речах прокуроров лица, совершившие кражу, клеймятся как расхитители общенародного достояния, а коррупционеры именуется врагами социалистического Отечества. Публичное исполнение приговоров (массовые казни в Китае, расстрелы в Северной Корее) имеет целью усилить уголовно-правовое воздействие на население и показать торжество социалистической законности.

Необходимо отметить, что судебный прецедент имеет большое значение для правоприменительной практики и с 2011 г. считается официальным источником права в Китае. По мнению профессора Пекинского университета С. Венга, существует три разновидности судебных решений, имеющих обязательную силу:

1. Письменные ответы нижестоящему суду. Ответ дается Верховным судом по конкретному делу в связи с запросом народного суда, а затем публикуется для ознакомления с ним других народных судей.
2. Толкование по наиболее трудным проблемам квалификации преступлений, которые актуальны в настоящее время.
3. Дела, рассмотренные по существу самим Верховным судом КНР.

В качестве примера прецедента С. Венг приводит решение Верховного суда Китая от 22 августа 1989 г., в котором указывается, что к спекулянтам, добровольно передавшим государству прибыль, полученную в результате преступления, смертная казнь применяться не должна, хотя она и предусмотрена санкцией соответствующей статьи.

Проводя сравнительный анализ решений, вынесенных судами США, ФРГ и Китая, профессор Венг указывает, что китайский прецедент имеет ряд преимуществ. Главным отличием является то, что решения Верховного суда КНР представляются более четкими и краткими по сравнению, например, с пространственными рассуждениями американских судей. Кроме того, китайские прецеденты толкования принимаются более оперативно, что позволяет судам решать возникающие проблемы без промедления¹⁹.

Механизм правового регулирования в социалистической правовой семье отражен на схеме 4.

¹⁹ См.: Wang S. The judicial explanation in chinese criminal law // Am. J. Comp. Law. 1995. Vol. 43. P. 569—579.

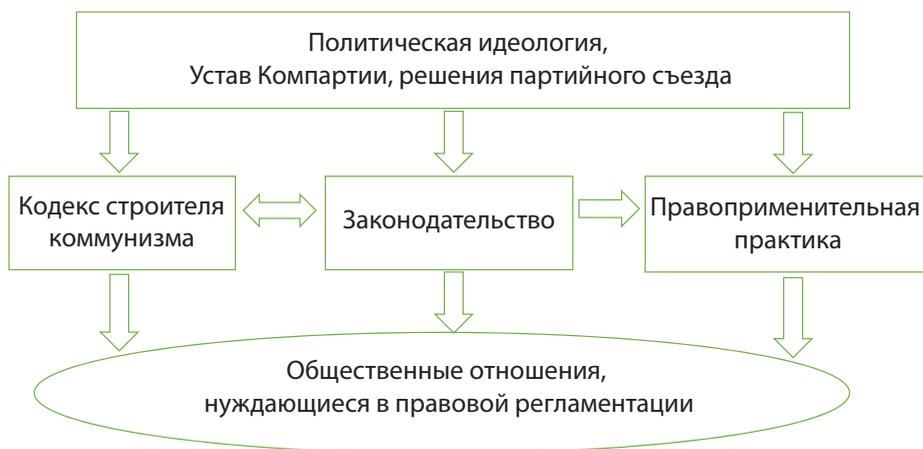


Схема 4. Механизм правового регулирования в социалистической правовой семье

Выводы:

1. Коммунистическая идеология марксизма-ленинизма (с национальным уточнением данного учения), которая находит свое выражение в Уставе коммунистической партии и партийных документах, представляет собой главный системообразующий элемент механизма правового регулирования социалистической правовой семьи.
2. Конституция закрепляет руководящую роль коммунистической партии в обществе, придавая тем самым юридическое верховенство ее решениям.
3. Законодательство, базирующееся на идеологических постулатах, представляет собой основной элемент механизма правового регулирования. При этом закон, как правило, по форме представляет собой приказ государства, устанавливающий права, обязанности и ответственность субъектов правоотношений.
4. Судебная практика идеологизирована и направлена на четкое претворение в жизнь партийных решений посредством механизма правоприменения.
5. Моральный кодекс строителя коммунизма является специфическим элементом механизма правового регулирования, поскольку регламентируя политико-нравственные отношения в обществе, обязывает субъектов правоотношений в своем поведении придерживаться социалистических идеалов и ценностей.
6. Тип правового регулирования общественных отношений в социалистической правовой семье строится на основе принципа «разрешено только то, что разрешено официальной идеологией и действующим законодательством».
7. Метод правового регулирования преимущественно императивный. Из способов правового регулирования преобладают обязывания и запреты.

В заключение отметим, что в настоящей статье была предпринята попытка дать лишь общую характеристику анализируемого вопроса. Механизм правового регулирования в зарубежных правовых семьях имеет множество особенностей и нюансов, которые, разумеется, достойны более детального исследования.



БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. — М., 1996.
2. Европейское право : учебник / рук. авт. колл. и отв. ред. проф. Л. М. Энтин. — М., 2007.
3. *Кабрияк Р.* Кодификации / пер. с фр. Л. В. Головки. — М., 2007.
4. *Кенни К.* Основы уголовного права Англии. — М., 1949.
5. *Козочкин И. Д.* Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. — М., 2007.
6. *Кросс Р.* Прецедент в английском праве. — М., 1985.
7. *Малько А. В.* Механизм правового регулирования // Правоведение. — 1996. — № 3 (214). — С. 54—62.
8. Постановления и рекомендации Совета исламской Академии правоведения (фикха) — фетвы. — М., 2003.
9. Право Европейского Союза : учебник / под ред. С. Ю. Кашкина. — М., 2011.
10. *Раймон Л.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. — М., 2009.
11. Современное право Китайской Народной Республики : Обзор законодательства 1978—2010 гг. / сост. и ред.: д. ю. н. Л. М. Гудошников и к. ю. н. П. В. Трощинский. — М., 2012.
12. *Фристер Г.* Уголовное право Германии. Общая часть. Москва-Берлин, 2013. С. 13.
13. *Шулепова Л. Ф.* Дополнительное уголовное право Федеративной Республики Германии : Понятие, система, источники : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2005.
14. *Glenn H. P.* Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity In Law. — Oxford University Press, 2014.
15. *Cruz P. de.* Comparative Law in a Changing World. — London, 2007.
16. *Wang S.* The judicial explanation in chinese criminal law // Am. J. Comp. Law. — 1995. — Vol. 43.

ПРЕЕМСТВЕННОСТЬ В РАЗВИТИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Аннотация. Статья посвящена преемственности в развитии правовой системы. Автор рассматривает понятие и виды правовой преемственности. Исследуется также преемственность в содержании правовой системы. Выявлены характеристики преемственности между правовыми системами. Автор использует отечественный и зарубежный правовой опыт.

Ключевые слова: преемственность, развитие, правовая система, содержание правовой системы, правовая наука, реализация права.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.081-090

A. R. GUBAYDULLIN,

*Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Associate Professor of the chair
«Theory and history of state and law» Kazan (Volga region)
Federal University, Kazan (Volga region) Federal University*

aidargubaidullin@list.ru

420008, Russia, Republic of Tatarstan, Kazan, Kremlyovskaya St., 18

CONTINUITY IN THE DEVELOPMENT OF LEGAL SYSTEM

Annotation. The article is devoted to the continuity of legal system development. The author considers the concept and types of legal continuity. The continuity in the content of legal system is also examined. In the process of the research characteristics of the continuity between legal systems are discovered. The author uses national and foreign legal experience.

Keywords: continuity, development, legal system, the content of legal system, international law, legal science, realization of law.



**Айдар
Рушанович
ГУБАЙДУЛЛИН,**

*кандидат юридических
наук, доцент,*

*доцент кафедры
«Теория и история
государства и права»*

*Казанского (Приволжского)
федерального
университета*

aidargubaidullin@list.ru

*420008, Россия, Республика
Татарстан, г. Казань,
ул. Кремлевская, д. 18*

Правовые системы современности пребывают в состоянии постоянной внутренней и внешней эволюции. Правовое развитие проявляет себя как в пределах данных систем, так и при их взаимодействии. При этом в роли неизбежного спутника эволюционных процессов выступает преемственность, благодаря которой происходит передача правового материала между правовыми системами, его последующая переработка и усвоение.

С точки зрения сравнительного правоведения данная тема не теряет своей актуальности и потому, что в современном мире взаимодействуют качественно различные правовые образования. Если раньше правовые связи в основном имели место в рамках отдельно взятой правовой семьи, то сейчас речь можно вести о конвергенции разнородных правовых систем. Например, право Европейского Союза действует в отношении романо-германских, скандинавских, постсоциалистических правовых систем.

© А. Р. Губайдуллин, 2017

Не стоит забывать, что правовая эволюция приобрела более сложный характер и в пределах данных систем. Изменились их содержание, структуры, функции.

Целью настоящего исследования является раскрытие понятия и некоторых особенностей преемственности в развитии правовой системы общества.

Основные задачи, которые здесь ставятся, заключаются в следующем: определение понятия признаков и видов правопреимственности; выявление особенностей внутренней преемственности в пределах правовой системы; выделение характерных черт внешней преемственности, проявляющейся при взаимодействии правовых систем друг с другом и с иными сферами жизнедеятельности общества.

Основу методологии данного исследования составляет системная диалектика. Она позволяет рассмотреть преемственность как связь в процессе развития. При этом используются структурно-функциональный, системный, исторический и другие методы научного познания.

Рассуждая о категориальном аппарате, мы неизбежно сталкиваемся с необходимостью определения правовой системы общества. В литературе присутствует широкий спектр дефиниций, их изучение — задача отдельного исследования. Поэтому в данном случае в силу краткости можно остановиться на модели В. Н. Карташова. Он отмечает, что правовую систему целесообразно рассматривать в качестве комплекса связанных друг с другом и взаимодействующих правовых явлений, целенаправленно воздействующего на деятельность субъектов и юридически обеспечивающего различные сферы жизни общества¹.

В качестве преимущества подобного взгляда на правовую систему можно выделить указание на комплекс, что подчеркивает тесные связи между компонентами. К тому же воздействие рассматриваемой системы не ограничивается правовым регулированием, оно носит предельно широкий характер.

В данном исследовании речь идет о национальных правовых системах, изучение преемственности в эволюции международной правовой системы — удел отдельного исследования.

Правовая система находится в состоянии развития, в рамках которого существует преемственность. Данная категория привлекает к себе внимание на уровне философии и на уровне правоведения.

Общее понимание преемственности обычно сводится к трактовке в качестве связи между этапами развития, позволяющей сохранить компоненты или некоторые особенности организации системы при трансформации ее состояний². Преемственность не предполагает механического переноса того или иного явления между стадиями эволюции. Напротив, оно неизбежно меняется, приспособливается к новым условиям. Преемственность обеспечивает жизнеспособность системы, ее умение решать стоящие перед ней задачи.

Рассуждая о данной связи в контексте правовой материи, мы можем говорить о правопреимственности. Однако здесь неизбежно возникает необходимость разграничения смежных понятий. Помимо ранее отмечавшейся правопреимственности, к ним относятся преемственность в праве, рецепция права. В данном случае сложности возникают в силу плюрализма понимания самого права,

¹ *Карташов В. Н.* Теория правовой системы общества : учеб. пособие : в 2 т. Ярославль : Яросл. гос. ун-т, 2005. Т. 1. С. 49.

² См.: *Баллер Э. А.* Социальный прогресс и культурное наследие. М. : Наука, 1987. С. 7.

его многозначности в различных правовых семьях современности. Например, широкий подход к его трактовке позволяет сблизить право и правовую систему. В свою очередь, это нивелирует различия между правопреемственностью и преемственностью в праве.

Выбор концепции правопонимания в итоге зависит от методологических установок конкретного исследования. Думается, что в данном случае, несмотря на всю свою спорность, наиболее оптимальным является нормативизм. Эволюционируя в основном в рамках романо-германской правовой семьи, нормативное понимание права позволяет размежевать преемственность в праве, относящуюся к системе права, и правопреемственность, пронизывающую правовую систему в целом.

Помимо преемственности, в литературе встречается термин «рецепция права». По мнению В. А. Рыбакова, данную категорию можно понимать в контексте санкционированного правотворчества, базирующегося на правовом материале иностранных государств³. Это положение нуждается в уточнении. Рецепция права является разновидностью преемственности в праве, она всегда носит добровольный характер и связана с восприятием определенных правовых ценностей.

Рассуждая по аналогии, можно прийти к выводу о том, что на уровне правопреемственности можно также говорить о ее отдельном виде — правовой рецепции. Здесь происходит заимствование и последующее развитие правовых ценностей, затрагивающих всю правовую систему.

Правопреемственность характеризуется определенным набором признаков. В частности, к ним относится универсальность. Она обуславливается всеобщностью самого развития, процессы которого охватывают все бытие. Не является исключением и правовая система. Для нее учет данного свойства имеет важное методологическое значение, так как из этого вытекает наличие преемственных связей как между правовыми системами, так в рамках каждой из них. Можно взглянуть на эту картину еще шире, признавая существование преемственности между правовой системой и иными социальными сферами.

Именно признание универсальности правопреемственности является одним из ключевых аргументов в пользу рассмотрения рецепции в качестве ее разновидности. Здесь нет упрощения, о котором иногда пишут в литературе⁴, сама методология, связанная с системной диалектикой, диктует необходимость подобного признания.

Универсальность правопреемственности отнюдь не отрицает того, что на определенных этапах социальной эволюции она приобретает некоторые особенности. Например, преемственные связи между правовой системой СССР и буржуазными правовыми системами до Второй мировой войны носили незначительный характер. Но это не умаляет данное свойство, а лишь говорит об его конкретных исторических особенностях.

В перечне общих признаков правопреемственности также необходимо выделить объективность, которая в контексте социального и правового развития также приобретает определенную специфику. Речь идет о роли личности, влияющей

³ См.: Рыбаков В. А. Преемственность в отечественном праве: в переходный период: общетеоретические вопросы : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Омск, 2009. С. 9.

⁴ См.: Азнагулова Г. М. Преемственность достижений римского права: историко-теоретические аспекты // Правовое государство: теория и практика. 2014. № 2 (36). С. 113.



на данные процессы. В качестве примера можно привести деятельность Наполеона Бонапарта, принимавшего участие в создании Гражданского кодекса 1804 г. Как известно, данный кодекс сыграл большую роль в правовом развитии Франции и ряда других государств. Учитывая это обстоятельство, а также принимая во внимание всю правотворческую активность великого французского деятеля, можно смело выделять личностный фактор в эволюции одной из выдающихся правовых систем современности.

Тем не менее это не умаляет объективного характера правопреемственности. Существует известное соотношение объективного и субъективного в процессе развития. В случае склонения чаши весов в пользу объективного аспекта, мы рискуем получить жестко детерминированную модель правовой системы, эволюция которой predetermined заранее. Если гиперболизировать роль личности, то стоящая перед исследователем картина также не будет адекватной, поскольку все сведется к волюнтаризму. Это очевидно даже в рамках приведенного примера, поскольку ключевые французские кодексы наполеоновской эпохи во многом были приняты потому, что возникли потребности юридической практики.

Поэтому здесь необходим компромиссный вариант: правопреемственность носит объективный характер, но в конкретной ситуации она может корректироваться с учетом личностного фактора.

Среди признаков правопреемственности можно отметить ее связь с правовым прогрессом. Здесь можно присоединиться к точке зрения Т. В. Наконечной, полагающей, что правопреемственность стóит рассматривать не как источник прогресса, а как некое сопутствующее условие, катализатор⁵. Данное положение представляется верным, но, тем не менее, оно нуждается в определенном уточнении. Правовая преемственность присутствует не только в правовом прогрессе, но и в правовом регрессе. Его понимание достаточно условно, однако в паре с правовым прогрессом он обеспечивает цикличность правовой эволюции. Правопреемственность в данном случае является не просто сопутствующим условием, ее можно рассматривать как один из факторов, позволяющих проводить мониторинг правового прогресса и правового регресса.

Продолжая характеристику свойств правопреемственности, стóит отметить, что она осуществляется во временном и в пространственном измерениях⁶. Иными словами, речь идет о вертикальной и горизонтальной правопреемственности, что применительно к сравнительному правоведению имеет определенное методологическое значение. Ведь именно в компаративистике ведется речь о разграничении диахронного и синхронного сравнения, а это переключается с направлениями преемственных связей.

Завершая общую характеристику правопреемственности, необходимо обратиться к раскрытию ее видов.

Весьма распространенным является уже отмечавшееся выделение вертикальной и горизонтальной правопреемственности. Однако можно говорить и об иных методологически значимых классификациях.

⁵ См.: Наконечная Т. В. Преемственность в развитии советского права. Киев : Наукова думка, 1987. С. 8.

⁶ См.: Шевцов Г. В. Преемственность в праве. М. : Высшая школа, 1983. С. 12.

В частности, учитывая сферу проявления процессов развития, целесообразно выделять преемственность в правовой системе и преемственность за пределами данной системы. При этом в первом случае речь идет о связях между компонентами правовой системы. Во втором — о преемственности между правовыми системами, а также между правовой системой и иными социальными системами.

Учитывая схожесть правовых систем, образующих определенную совокупность, можно говорить о специфике правопреемственности в различных правовых семьях. Например, связь между правовой системой и духовно-религиозной сферой жизни общества будет сильнее выражена в семье исламского права, преемственность между правовой и политической системами — в социалистической правовой семье.

Учитывая существование правового прогресса и правового регресса, необходимо выделять прогрессивную и реакционную правопреемственность. В частности, чрезмерное увлечение зарубежным правовым опытом, игнорирование собственных исторических особенностей может стимулировать существование реакционных преемственных связей.

Далее необходимо обратиться к выявлению особенностей внутренней преемственности в пределах правовой системы.

Речь идет о наличии преемственных связей между компонентами правовой системы общества. Среди них можно выделить позитивное право, правовую доктрину, процессы правообразования и правореализации, правовое сознание. Исходя из особенностей правовой системы, можно говорить и об иных правовых явлениях, в данном случае были определены лишь некоторые из них.

При этом необходимо отметить еще одно обстоятельство. Богатство содержания современных правовых систем обуславливает существование множества преемственных связей. Поэтому в данном исследовании точно рассматриваются их отдельные проявления.

Итак, между компонентами правовой системы существуют функциональные и генетические связи, в рамках которых можно увидеть преемственные связи. Их характер зависит от особенностей правовой системы.

В частности, можно рассмотреть преемственность в развитии позитивного права и правовой доктрины. В романо-германской правовой семье доктрина долгое время являлась одним из ключевых источников права, благодаря университетам в XIII—XIX вв. появились основные принципы права⁷. Как известно, сейчас в роли ведущего источника права в данной правовой семье выступает закон, правовая доктрина уступила свои позиции. Однако и здесь можно увидеть наличие правопреемственности в развитии этих правовых явлений. С одной стороны, достижения правовой доктрины вошли в содержание позитивного права. Данная модель существует и поныне: научные достижения в процессе правообразования интегрируются в правовые нормы. С другой стороны, произошло изменение соотношения источников права. И в этом тоже проявляются преемственные связи, так как закон приобрел тот статус, что раньше был более характерен для правовой доктрины.

⁷ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М. : Международные отношения, 2009. С. 120.



Несколько иное соотношение позитивного права и правовой доктрины можно наблюдать в англосаксонской правовой семье. В частности, английское право во многом развивалось благодаря усилиям юристов-практиков. Но здесь также можно увидеть преемственность между двумя компонентами правовой системы. Труды Глэнвилла, Брэктона, Кока пользовались большим авторитетом, в современной Англии доктрина порой цитируется судьями⁸. Все это свидетельствует о ее влиянии на развитие права.

Можно долго приводить примеры, показывающие преемственные связи между данными правовыми явлениями. Так, в религиозных правовых системах правовая доктрина играет большую роль в процессах толкования и последующего развития права. Поэтому можно сделать предварительный вывод о том, что преемственность способствует сохранению целостности правовой системы, более тесной интеграции ее компонентов.

Здесь необходимо отметить еще один момент. В отличие от позитивного права, полностью зависящего от воли государства, правовая доктрина даже в сложных условиях способна сохранять творческие начала. Например, в Российской империи в начале XIX в. отдельные ученые, несмотря на крепостничество, бюрократизм, абсолютную власть монарха, развивали идеи естественного права⁹. Они влияли на преемственность в развитии правового образования, правосознания, правовой культуры и иных правовых явлений.

Правопреемственность обеспечивает гармонию правовой системы общества, так как благодаря ей уменьшаются противоречия между правовыми явлениями. И здесь можно обратиться к рассмотрению преемственных связей между позитивным правом, правосознанием, правовым регулированием и правореализацией.

Столь широкий спектр компонентов правовой системы, находящихся на разных уровнях, в данном случае целесообразно рассмотреть через призму их функционального воздействия. Безусловно, можно анализировать преемственность в развитии правосознания в контексте его уровней и видов, изучать эволюцию механизмов правового регулирования и правореализации. Однако подобное детальное изучение правопреемственности требует проведения отдельного объемного исследования. Здесь же целесообразно сфокусироваться на одной из граней данной проблематики, касающейся всех компонентов.

В литературе выделяются оценочная, регулятивная, воспитательная функции правосознания¹⁰. Схожие направления воздействия имманентны позитивному праву. При этом эти функции осуществляются в рамках правового регулирования и правореализации.

В данном случае имеет место преемственность на уровне функционального взаимодействия компонентов правовой системы, проявляющая себя двояко.

С одной стороны, можно наблюдать преемственные связи между функциями правосознания и функциями иных правовых явлений. В конечном итоге в про-

⁸ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 298—299.

⁹ См.: Gubaydullin A. R., Shigabutdinova A. L. The Relation of J. Ch. Finke's Theory with the Features of Constitutional State // Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues. Volume 19. Special Issue. 2016. P. 44—50.

¹⁰ См.: Волленко Н. Н. Очерки общей теории права : монография. Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2009. С.109.

цессах правового регулирования и правореализации принимают участие отдельные индивиды, обладающие правосознанием.

Как известно, ведущим источником права в романо-германской правовой семье является нормативно-правовой акт. Его создание — результат деятельности множества личностей, в том числе выдающихся лиц. Регулятивный потенциал правосознания перерастает в регулятивную функцию права, осуществляемую в рамках правореализации.

К слову, подобную модель можно видеть и в истории государства и права. Достаточно вспомнить право римских юристов, несшее отпечаток их правосознания и признававшееся формой позитивного права¹¹.

Схожие связи можно видеть и в англосаксонской правовой семье, где правосознание судей оказывает влияние на право, а их разум является его вспомогательным источником¹².

С другой стороны, проявляются преемственные связи между функциями компонентов правовой системы и функциями данной системы в целом. В частности, на уровне последней также существуют регулятивная, воспитательная, информационная функции, в содержание которых включаются аналогичные функции различных правовых явлений.

Продолжая исследование, необходимо выделить характерные черты внешней преемственности, проявляющейся при взаимодействии правовых систем друг с другом и с иными сферами жизнедеятельности общества.

Среди них можно выделить политическую и экономическую системы, духовную сферу общества. Безусловно, с ними связана любая правовая система, однако характер данной связи может отличаться.

В частности, социалистические правовые системы активно взаимодействуют с политическими системами. Это приводит к возникновению политико-правовой преемственности, связанной с официальной идеологией и предполагающей проникновение политических явлений в правовую систему. Достаточно вспомнить опыт СССР, в котором научные труды в области права содержали бесчисленное множество ссылок на классиков марксизма-ленинизма и видных партийных деятелей.

Религиозные правовые системы невозможно рассматривать в отрыве от духовно-религиозной сферы жизнедеятельности общества, влияющей на все компоненты данных систем. Правопреемственность тут приобретает сложный характер. Поясним данную мысль на примере развития правовой системы Индии.

Уникальный набор источников права, а также действие в отношении лиц, исповедующих индуистскую религию, — оригинальные особенности индуистского права¹³. Часть общества, находящаяся в данном правовом пространстве, обладает общностью религиозно-правовой культуры, проявляющейся в правовом регулировании, правовом образовании и иных процессах. Правопреемственность в данном случае обуславливает синкретизм религиозного и правового начал.

¹¹ См.: Сильвестрова Е. В. *Lex generalis*. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V—X вв. н. э. М.: Индрик, 2007. С. 98.

¹² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 295.

¹³ Там же. С. 380.



Однако в Индии существуют различные религии, представители которых не следуют тем правилам, что сложились в индусской правовой традиции. К тому же современное индусское право регулирует узкий круг общественных отношений¹⁴. Поэтому еще во времена колониальной Индии на основе английских стандартов стало развиваться индийское право. Здесь уже были видны преемственные связи между правовыми пространствами Индии и Англии.

Таким образом, внешняя правопреимственность привела к сильному влиянию в Индии английской правовой культуры. При этом речь идет не только о юридической технике или об отдельных концепциях общего права. Оба государства придерживаются аналогичного понимания организации правосудия, психология юристов в Индии и Англии в чем-то является схожей¹⁵.

Сложившаяся дуалистическая модель привела к существованию различных направлений внешней правопреимственности. Принимая во внимание вестернизацию многих правовых систем, их ориентацию на стандарты романо-германского или общего права, можно говорить о том, что преемственные связи позволили сблизиться правовым системам, сохраняя при этом их исторические особенности.

Наконец, уникальной средой, в которой проявляется преемственность между правовыми системами, является Европейский Союз. В литературе предлагается рассматривать право Европейского Союза в качестве самостоятельной интеграционной системы права по отношению к системам национального и международного права¹⁶. Поэтому можно говорить о самостоятельности европейской правовой системы, способствующей сближению национальных правовых систем.

В конце исследования сделаем некоторые итоговые выводы.

Преемственность подразумевает сохранение в измененном виде старого в новом. Она обеспечивает жизнеспособность правовой системы, применительно к которой целесообразно говорить о правопреимственности. Правовая рецепция является ее разновидностью. Правопреимственность необходимо отличать от преемственности в праве.

К признакам правопреимственности относятся универсальность, объективность, связь с правовым прогрессом и с правовым регрессом, существование во временном и в пространственном измерениях.

Раскрывая виды изучаемого явления, необходимо выделять вертикальную и горизонтальную правопреимственность. Помимо этого можно говорить о преемственных связях в рамках правовой системы и за ее пределами. В качестве основания для классификации также можно рассматривать правовые семьи, правовой прогресс и правовой регресс.

¹⁴ См.: Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учебник / отв. ред. В. А. Туманов. 2-е изд., доп. и перераб. М. : Юристъ, 2007. С. 410.

¹⁵ См.: Правовые системы стран мира : энциклопедический справочник / Ф. М. Решетников, У. Э. Батлер, В. В. Бойцова [и др.] ; отв. ред. А. Я. Сухарев. М. : Норма — Инфра-М, 2000. С. 225.

¹⁶ См.: Право Европейского Союза : в 2 т. : учебник для бакалавров / С. Ю. Кашкин, А. О. Четвериков ; под ред. С. Ю. Кашкина. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2013. Т. 1 : Общая часть. С. 102—110.

Существует множество преемственных связей между компонентами правовой системы общества. В частности, их можно увидеть в развитии позитивного права и правовой доктрины, отдельные положения которой в романо-германской правовой семье вошли в содержание нормативных правовых актов. Несмотря на роль юристов-практиков, правовая доктрина также влияет на позитивное право в англосаксонской правовой семье, в Англии труды известных юристов цитируются судьями. В религиозных правовых системах правовая доктрина играет большую роль в процессах толкования и последующего развития права. Благодаря гибкости и наличию творческих начал правовая доктрина в рамках правопреимственности благотворно влияет на правовое образование, правовую культуру и иные правовые явления.

Преемственность в развитии состава правовой системы общества можно рассмотреть в контексте функций ее компонентов. Функциональное воздействие различных правовых явлений взаимосвязано, например, многие из них связаны с осуществлением регулятивной функции. Существует также преемственность в развитии функций правовой системы в целом и функционального воздействия ее составных частей.

Внешняя преемственность проявляется при взаимодействии правовых систем друг с другом и с иными сферами жизнедеятельности общества. Характер данных процессов определяется спецификой правовой семьи. В частности, социалистические правовые системы тесно связаны с политическими системами. Уникальной средой, в которой существует внешняя преемственность, является Европейский Союз.

Дуализм в развитии ряда правовых систем приводит к множеству внешних проявлений правопреимственности, позволяющих сближаться различным правовым пространствам, сохраняя при этом особенности национальной правовой культуры.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Азнагулова Г. М.* Преемственность достижений римского права: историко-теоретические аспекты // Правовое государство: теория и практика. — 2014. — № 2 (36). — С.112—117.
2. *Баллер Э. А.* Социальный прогресс и культурное наследие. — М. : Наука, 1987. — 160 с.
3. *Вопленко Н. Н.* Очерки общей теории права : монография. — Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2009. — 898 с.
4. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. — М. : Международные отношения, 2009. — 456 с.
5. *Карташов В. Н.* Теория правовой системы общества : учебное пособие : в 2 т. — Ярославль : Яросл. гос. ун-т, 2005. — Т. 1. — 547 с.
6. *Наконечная Т. В.* Преемственность в развитии советского права. — Киев : Наукова думка, 1987. — 104 с.
7. *Право Европейского Союза* : в 2 т. : учебник для бакалавров / С. Ю. Кашкин, А. О. Четвериков; под ред. С. Ю. Кашкина. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2013. — Т. 1 : Общая часть. — 647 с.



8. Правовые системы стран мира : энциклопедический справочник / Ф. М. Решетников, У. Э. Батлер, В. В. Бойцова [и др.] ; отв. ред. А. Я. Сухарев. — М. : Норма — Инфра-М, 2000. — 833 с.
9. Рыбаков В. А. Преемственность в отечественном праве: в переходный период: общетеоретические вопросы : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009. — 38 с.
10. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учебник / отв. ред. В. А. Туманов. — 2-е изд., доп. и перераб. — М. : Юристъ, 2007. — 510 с.
11. Сильвестрова Е. В. Lex generalis. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V—X вв. н. э. — М. : Индрик, 2007. — 248 с.
12. Швеков Г. В. Преемственность в праве. — М. : Высшая школа, 1983. — 184 с.
13. Gubaydullin A. R., Shigabutdinova A. L. The Relation of J.Ch. Finke's Theory with the Features of Constitutional State // Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues. — Volume 19. — Special Issue. — 2016. — P. 44—50.

ГИБРИДНЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ И ИХ МЕСТО В СМЕШАННОМ ПРАВОВОМ СЕМЕЙСТВЕ*

Аннотация. В статье дается анализ смешанных правовых систем. Автор обращает особое внимание на так называемые гибридные правовые системы, то есть сообщества государств с элементами сразу двух классических правовых семей — англо-американской и романо-германской.

Ключевые слова: право, правовые системы, смешанный.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.091-097



**Елена
Николаевна
ТРИКОЗ,**
кандидат юридических
наук, доцент,
доцент кафедры
истории права
и государства
Юридического института
РУДН (г. Москва)
alena_trikoz@mail.ru
117198, Россия, г. Москва,
ул. Миклухо-Маклая, д. 6

E. N. TRIKOV

*Ph D (Law), Department of History of Law and State,
Institute of Law, People's Friendship University of Russia
alena_trikoz@mail.ru
117198, Russia, Moscow, Miklukho-Maklaya Str., 6*

A HYBRID LEGAL SYSTEM AND THEIR PLACE IN MIXED LEGAL FAMILY

Annotation. In the article the analysis of mixed legal systems. The author pays special attention to so-called hybrid legal system, that is, of the community of States with elements of two classic legal families — the Anglo-American and Romano-Germanic.

Keywords: law, legal system, mixed.

В современном мире множество правовых сообществ группируются в особые *типы правовых систем* на основе сходства и различий в их правовых культурах и юридических традициях. Такое типологическое объединение нескольких национальных правовых систем обозначается в сравнительно-правовой науке термином «*правовое семейство*» («семья правовых систем», совокупность «великих систем права»). Введенная более полувека назад типология посемейственности (изначально «трихотомия правовых семей») долгое время помогала решать насущные учебно-познавательные и юрисдикционные задачи¹.

Но прошедшее под лозунгом государственно-правовой интеграции и конвергенции юридических систем столетие породило новый компаративистский феномен — *смешанные правовые системы*, объединяющие элементы сразу

* Статья выполнена в рамках НИР «Феноменологические и исторические основания правовой культуры» 2016 г. (тема № 090408-0-000).

¹ См. о критике подхода Р. Давида: *Немытина М. В.* Пространственные модели в сравнительно-правовых исследованиях // Служение праву : сборник статей / под ред. Д. А. Туманова, М. В. Захаровой. М., 2016. С. 464—465.

двух или более правовых семей и традиций, нередко конкурирующих между собой. Эта подгруппа «заимствованных» правовых систем развивалась как в федеративных, так и в унитарных государствах либо на уровне субрегиональных международных организаций. Объединение происходило сразу по нескольким совпадающим технико-юридическим, религиозно-этическим и этногеографическим признакам права, в результате взаимовлияния правовых традиций различных этносов. Это порождало, в свою очередь, такие цивилизационные явления, как «кочующие» правовые семьи, переходные правовые системы, «микстовые» и «атипичные» правовые конструкции, интегративное право (например, «страсбургское право») и даже такое плюралистическое правовое пространство, как всемирное (глобальное или универсальное) право, которое было сконструировано в виде трехуровневого «юридического зиккурата», возникшего вследствие взаимопроникновения национальных, региональных и международных правовых систем.

В последнее время всё чаще говорят о единой *семье западного права*, которая обособляется вследствие юридической конвергенции, глобализации экономики и культуры, встречных правовых рецепций и преодоления дихотомии «римское право vs. общее право». Сегодня западная цивилизация уже не определяется по компасу, представляя собой некий общекультурный термин, хотя и с весьма значимым «диахроническим измерением»². В западном цивилизационном пространстве прецедентная система обогащается законами и кодифицируется, а континентальная семья обрастает прецедентами и страдает от инфляции законов.

Но любопытно то, что современная вестернизированная семья содержит всё больше таких правовых систем, которые нельзя однозначно причислить к одному из двух классических семейств — *common law* или *civil law*. Это и есть смешение типов права, связанное с общностью цивилизационно-культурного развития, что исторически закономерно, ибо до появления первых национальных государств цивилизованный мир основывался на единообразной правовой традиции — романо-канонического права (*jus commune*). Поэтому от устаревшей искусственной дифференциации семей постепенно переходят к новому «правовому семейному древу», с общей генеалогической и лингвистической родословной на основе «живой» правовой комбинированности. На общекультурном стволе этого дерева соседствуют самые различные правовые системы, и все они генетически смешанные и заимствованные. Перед нами складывается новая картина мира права: «единство равных в их многообразии».

С точки зрения осмысления феномена «смешанности» правовых систем следует признать, что почти все национальные системы объективно смешаны и сегодня не осталось чистых правовых культур. В целях исследования этого феномена в современный период выделяют два устойчивых и одновременно полярных типа правовых семей: 1) «западное право», основанное на автономии личности и невмешательстве государства в ее дела, идеях справедливости, свободы и равенства, христианском вероучении (англосаксонская и романо-германская правовые системы), и 2) «восточное право», основанное на долженствовании, этатизации общества и сервильном долге человека, синкретизме и сакральном

² Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 20.

веровании (традиционные правовые системы — религиозные и клановые). При этом на стыке семьи «западного права» с «восточным правом» обособляется третье правовое сообщество — *смешанное правовое семейство*. Но в отличие от классических «универсальных» юрисдикций (романо-германской и англо-американской), объединяющих однородные национальные системы позитивного права, в смешанных правовых системах превалирует гетерогенность, неоднородность и полиюридизм (правовой плюрализм).

В этих *синкретичных правовых системах* имеются общие структурные черты права, совпадающие векторы юридической традиции и похожие проблемы правовой культуры. Ведь они основываются на общей историко-юридической традиции и сходных конструкциях нескольких правовых семей. Их составной частью выступает либо прецедентное (англосаксонское) право в альянсе с романо-германским (французским/голландским), либо же одна из этих правовых семей соприкасается с религиозно-традиционным правом (обычным, мусульманским, индусским и др.). В связи с этим выделяются два условных типа смешанных правовых систем — *гибридный и плюралистический*.

Когда мы говорим о *гибридном типе* смешанной правовой системы, то предполагаем некое сообщество государств с элементами сразу двух классических правовых семей — англо-американской и романо-германской. На этом основании к гибридным смешанным системам можно частично отнести латиноамериканский, скандинавский и афро-азиатский типы права. Их сближает опыт «пересадки» иностранного элемента на национальную правовую почву, когда в колониальный период происходило нормативно-практическое восприятие источников и институтов прецедентного и континентального права.

В целом общность историко-правовой традиции в смешанных юрисдикциях обуславливается преднамеренным сближением с зарубежными правовыми системами (законодательное заимствование, или рецепция) в результате сходных событий политической истории (колонизация, территориальная уступка или аннексия). При этом под смешанной правовой традицией следует понимать глубокое взаимопроникновение исторически сложившегося и территориально обусловленного отношения к природе права, его роли в обществе и политической идеологии, специфики его правореализации.

В смешанных (*гибридных и плюралистических*) правовых системах сочетаются элементы правовой семьи общего права с элементами романо-германской правовой семьи, а также с институтами традиционных и религиозных правовых систем. Такие системы зачастую складываются в границах государств, которые имеют самобытные правокультурные институты, колониальное юридическое прошлое и гетерогенные источники права. Очевидно, таких смешанных систем колониального правового происхождения большинство. Определенная мера независимости развития присуща лишь редким правовым системам, например праву Израиля, Японии, Китая и Эфиопии.

Среди исследователей-компаративистов нет единства мнений по поводу содержания понятия «смешанное правовое семейство». Считать ли смешанной такую систему права, которая содержит незначительные элементы, привнесенные из иностранных юридических систем, либо же признать такой систему, в которой нельзя точно определить доминирование элементов какой-то одной классической правовой семьи?



С позиций *широкой трактовки* смешанной правовой системы, основанной на концепциях правовой конвергенции и юридического плюрализма, в качестве центрального критерия выступает взаимодействие двух и более типов права (правовых традиций). Поэтому для признания правовой системы в качестве смешанной достаточно любого взаимодействия в ее рамках правовых подсистем разного вида или разнородных источников права (например, религиозного права с обычным). Расплывчатость критериев этого подхода не позволяет сгруппировать смешанные правовые системы и идентифицировать их в целях сравнительного правоведения.

Приверженцы *узкого подхода* к гетерогенным правовым системам используют ограниченное понимание «смешанности права», беря за основу лишь системы частного права, базирующиеся на общем праве с элементами романо-германского права. Это так называемая «смешанная система привязок» к законам гражданства или domicilia, получившая признание в международном частном праве и коллизионном праве по гражданским делам. Под термином «смешанная юрисдикция» понимается государство или его административно-территориальная единица, в которой преобладает смешанная правовая система, а позитивное право базируется на более чем одной семье права или правовой традиции.

Сегодня на правовой карте мира смешанные системы обслуживают почти 200 млн человек и юрисдикционно покрывают территорию размером с субконтинент. По данным исследователей Университета Оттавы (Канада), авторов виртуального проекта «Смешанные правовые системы», этим понятием охвачена почти половина современных правовых систем. Они выделяют следующие группы правовых семейств смешанного типа:

- 1) континентального и общего права;
- 2) континентального и обычного права;
- 3) континентального и мусульманского права;
- 4) общего и обычного права;
- 5) общего и мусульманского права;
- 6) континентального, мусульманского и обычного права;
- 7) общего, мусульманского и обычного права;
- 8) континентального, общего и обычного права;
- 9) общего, континентального, мусульманского и обычного права;
- 10) континентального, общего, иудейского и мусульманского права;
- 11) мусульманского и обычного права³.

В этом конгломерате смешанных правовых систем выделяются две большие подгруппы в зависимости от преобладающей правокультурной традиции — нерелигиозные, или *гибридные*, правовые системы, и религиозно-традиционные, или *плюралистические*, правовые системы. Так, гибридный тип смешанной правовой системы складывается в рамках западной традиции права, т.е. на перехлесте романо-германского и англо-американского права. Плюралистический тип смешанной правовой системы развивается в русле внезападной традиции права, объединяя юго-восточное азиатское право и африканское обычное (родовое) право.

³ Официальный сайт исследовательской группы JuriGlobe Оттавского университета в Канаде. URL: <http://www.juriglobe.ca/rus/sys-juri/class-poli/sys-mixtes.php> (дата обращения: 01.11.2016).

Рассмотрим практическую природу *гибридной смешанной правовой системы*. Ее нельзя отнести ни к сугубо континентально-правовому сообществу, ни к семье общего права, так как она, находясь в пограничном состоянии, представляет собой правовую систему *sui generis*, как семья двойных наций, анклав романо-германского права в англосаксонском правовом пространстве. Представителями такой системы в составе «западной» семьи права являются американская Луизиана, канадский Квебек, британская Шотландия, фламандские и валлонские регионы Бельгии, скандинавские и латиноамериканские государства, Южно-Африканская Республика и Филиппины. В целом данное смешанное семейство включает более 15 политических сообществ, в том числе 11 национальных государств и 4 автономных субъекта в составе государств (Шотландия, Квебек, Луизиана, Пуэрто-Рико). В этом ряду только Шотландия и Израиль без колониального принуждения, фактически свободно избрали смешанную систему для своего национального правового пространства. Причем старейшей смешанной юрисдикцией остается шотландская система права, которая приобрела отличительную гибридную идентичность еще в 1707 г. или даже раньше. Все остальные представители смешанных систем имеют постколониальную природу, они испытали юридическое влияние трех континентальных держав (Великобритании, Франции, Испании).

И хотя все эти смешанные дуалистические юрисдикции разделены географически, они взаимно понятны по своим ключевым законодательным кодам и смыслам судебной практики, конструкциям римского права и правовой доктрины. Юристы в этом правовом пространстве говорят на сходном «биправовом диалекте», ощущая родство по юридическому стилю и правовой традиции. Для гибридной правовой системы характерно доминирование нормативных правовых актов в системе источников, наличие писаной конституции, кодифицированного права, хотя судебная практика также имеет существенное влияние. Но все же основная роль отводится норме права как эталону поведения, а центральной правовой идеей выступает справедливость и добросовестность.

Структура права в гибридных смешанных системах аналогична составу романо-германского права, то есть имеется подразделение на частное и публичное право, пандектную/институциональную систему кодексов. С позиций преобладания в частном праве той или иной юридической субкультуры все гибридные системы можно условно разделить на две группы:

- 1) французская группа (Квебек, Луизиана, Сейшелы, Сент-Люсия, Маврикий), которая отличается кодифицированной французской моделью и более устойчива к проникновению общего права;
- 2) голландская группа (Шри-Ланка, ЮАР и пять других стран Африки), которая характеризуется некодифицированным римско-голландским правом и судебским правотворчеством.

Кроме того, по степени влияния английской или американской юридической системы страны со смешанной правовой культурой разграничиваются по двум типам:

- 1) частное право подвергается влиянию английских трибуналов, вестминстерских статутов и британских правоведов (Квебек, Израиль, ЮАР);
- 2) частное право испытывает сильное влияние американской судебной практики и модельных законов (Луизиана, Филиппины, Пуэрто-Рико).



И если в гибридных системах частное право состоит из принципов и институтов скорее романо-германского права, то состав публичного права определяется в большей мере под влиянием англо-американского права. Однако есть исключения — например, правовая система ЮАР, где уголовное законодательство имеет, по сути, континентальную основу, а конституционное право оформлялось на основе смешения континентального (в частности, немецкого) и общего английского права. Похожая модель смешения характерна для права Сейшельских островов: здесь гражданское право французского происхождения, а уголовное право и право компаний основано на британских парламентских актах. Аналогичная дуалистичность частного романского и публичного англосаксонского права наблюдается на острове Маврикий, где уголовный, гражданский и частично гражданско-процессуальный кодексы основаны на романо-германском праве, а конституционное, трудовое и уголовно-процессуальное законодательство происходят из английского права.

Правовая система провинции Квебек в составе Канады исторически сформировалась как смесь французского частного права и английского общего права (так называемый *бюрализм*). Первые 100 лет источниками местного права признавались Парижские кутюмы (*Coutume de Paris*) и право французской метрополии (декреты и указы королей, рецепированное римское право и церковное право). Современная правовая система Квебека являет собой пример гибридной юридической системы: во главе иерархии источников Хартия прав и свобод граждан Квебека, далее массив местных кодификаций, текущие законы и подзаконные акты, не исключающие применение статутов и прецедентов англосаксонского права. Но принцип прецедента (*stare decisis*) прямо не признается в Квебеке, оставаясь вопросом не права, а скорее судебной дискреции и практического удобства (доктрина «гибкого прецедента»).

Правовая система штата Луизиана в составе США до сих пор остается своего рода «правовым анклавом», сферой кодифицированного права в континентальном смысле слова. Юридическое оформление этой земли произошло в 1731 г. в качестве французской колонии, названной в честь короля Людовика XIV и занимавшей треть нынешней территории США. Почти на полвека здесь установилось коллективное испано-французское управление и смешанное правовое регулирование. В 1803 г. Наполеон подписал договор об уступке путем продажи Луизианы в пользу американцев, хотя сенаторы и Верховный суд США грозились отменить сделку по покупке новой земли как антиконституционную. Но по традиции в этом новом американском штате еще долго пользовались романской законодательной техникой и кодифицировали все отрасли права. Вскоре здесь были приняты собственные гражданский, уголовный и процессуальный кодексы с большим влиянием систематизированных юридических знаний испанцев и французов. Тем не менее правовая система Луизианы все более воспринимает стилистику и принципы англо-американского общего права.

Право *стран Северной Европы* (Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия, Швеция) также относится к гибриднему типу смешанной правовой системы, так как не имеет четкой исторической принадлежности к одной из двух универсальных юрисдикций. В разные периоды в этой скандинавской правовой семье проявлялось сходство то с континентально-европейской системой, то с общим английским правом. Поэтому компаративисты настаивают на промежуточном по-

ложении этой «нордической правовой системы», подчеркивая ее самобытность и автономность. Этому способствовали этническая близость и длительные исторические взаимосвязи стран Скандинавского полуострова. Взаимопроникновение их правовых систем и «смешанность» юридических порядков обусловлены общей генетической основой в виде восприятия старогерманского права и отсутствия рецепции римского права.

Правовая система Израиля представляет собой пример смешанного типа, отражая тесную взаимосвязь европейского западного и религиозного восточного права. Подобное сочетание разных правовых начал в государстве обусловлено особенностями историко-политического развития Израиля, территория которого до 1918 г. входила в состав Османской империи, а с 1922 по 1948 г. являлась подмандатной территорией Великобритании. Смешению различных правовых культур и традиций здесь способствовала активная нормотворческая деятельность сионистских общин на основе еврейского права, под влиянием оттоманского (франко-турецкого) права и британского мандатного законодательства. Но историческую основу израильского права по-прежнему составляют предписания иудаизма, мусульманские каноны и особые личностные начала. Сегодня в стране продолжают сосуществовать две системы религиозного права внутри еврейской и арабской общин.

Завершим обзор государств со смешанной дуальной правовой моделью *Южно-Африканской Республикой*. Здесь на формирование гибридного права влияли национально-этнические особенности и опыт колониальной зависимости. В современной правовой системе ЮАР отпечатались как признаки истории колонизации и сегрегации, так и попытки создания эгалитарного и интегрированного общества, сосуществуют обычное племенное право, романо-голландское право и английское общее право.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Даниелян А. С.* Феномен смешанных правовых систем как пример сближения правовых культур // Известия ТулГУ. Экономические и юридические науки. — 2016. — № 1—2. — С. 157—163.
2. *Маркова-Мурашова С. А.* Смешанные правовые системы // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. — 2006. — № 1 (29). — С. 24—31.
3. *Циммерманн Р.* «Двойной перекресток»: сравнение шотландского и южно-африканского права // Древнее право. — 2005. — № 2 (16). — С. 164—191.
4. *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and Mixed Jurisdictions.* — Louisiana, 2004.
5. *Du Plessis J.* Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems. — Oxford University Press, 2006.
6. *Jackson B.* Essays in Jewish and Comparative Legal History. — Leyden, 2005.
7. *Palmer V.V.* Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family. — Cambridge University Press, 2006.
8. *White D.* Some Problems of a Hybrid Legal System: A Case Study of St. Lucia // The International and Comparative Law Q. — 1981. — Vol. 30/4. — P. 862.



История сравнительного права

ИДЕЯ СРАВНЕНИЯ КАК ОСНОВА ОБЩЕГО УЧЕНИЯ О ПРАВЕ ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XVIII — ПЕРВОЙ ТРЕТИ XIX в.



**Алексей
Вениаминович
КРЕСИН,**

кандидат юридических наук, доцент,
член-корреспондент
Международной академии
сравнительного права,
руководитель Центра
сравнительного
правоведения
Института государства
и права имени
В. М. Корецкого НАН
Украины
okresin@gmail.com
01601, Украина, в. Киев,
ул. Трьохсвятительська, 4

Аннотация. Доказывается, что вторая половина XVIII — первая треть XIX в. стали периодом окончательного отделения юридического знания от философии и формирования на его основе позитивной, общественной, эмпирической юридической науки. Продемонстрировано, что ученые того времени однозначно признали автономию науки о позитивном праве, включая формирование собственной системы понятий на основе эмпирических исследований, а также отрицали возможность естественного права как собственно права. Поэтому, как показывает автор, историко-философское и историческое направление юридической мысли можно считать разными сторонами раннего становления позитивизма. В их учении произошло сочетание эмпирического юридического знания и правовой доктрины, юридическая наука была признана отдельной сферой деятельности юриста. Было также признано, что предмет юридической науки выходит за пределы национального правопорядка и охватывает многообразие правопорядков и их взаимодействие, она сама на основе эмпирического познания создает общее учение о праве. Поэтому сравнительно-правовой подход стал неизбежным, его значение для построения юридического знания было широко признано, концептуализовано и не вызывало возражений.

Ключевые слова: сравнительно-правовые исследования, сравнительное правоведение, позитивизм, сравнительный подход, общее учение о праве, историческая школа права, историко-философское направление.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.098-123

O. V. KRESIN,

Ph D (Law), Associate Professor, corresponding member of International Academy of Comparative Law, head of Center for Comparative Law of V. M. Koretsky Institute of State and Law of NAS of Ukraine
okresin@gmail.com

01601, Ukraine, Kyiv, Tryokhsviatitelska Str., 4

THE IDEA OF COMPARISON AS THE BASIS OF THE GENERAL TEACHING ON LAW IN THE SECOND HALF OF THE XVIII — THE FIRST THIRD OF THE XIX CENTURIES

Annotation. It is proved that the second half of the XVIII — the first third of the XIX century became the period of the final separation of legal knowledge from philosophy and the formation on its basis of a positive, social, empiri-

cal legal science. It is demonstrated that scholars of that time unequivocally recognized the autonomy of the science of positive law, including the formation of its own system of concepts based on empirical research, and also denied the possibility of natural law as the proper law. Therefore, as the author shows, the historical-philosophical and historical directions of legal thought can be considered different sides of the early formation of positivism. In their teaching there had been formed a combination of empirical legal knowledge and legal doctrine, legal science was recognized as a separate field of activity of a lawyer. It was also recognized that the subject of legal science transcends the national legal order and encompasses the diversity of legal orders and their interaction. Legal science itself, on the basis of empirical knowledge, creates a general teaching on law. Therefore, the comparative legal approach became inevitable, its importance for the construction of legal knowledge was widely recognized, conceptualized and not objected.

Keywords: *comparative legal studies, comparative jurisprudence, positivism, comparative approach, general teaching on law, historical school of law, historical and philosophical direction in legal science.*

Для правоведения и юридического образования до начала XIX в. был характерен дуализм: спекулятивное учение о естественном праве сосуществовало с чистой догматикой, но они практически не синтезировались — так же, как метафизическая доктрина не синтезировалась с эмпирическими исследованиями в ряде других дисциплин, в частности в истории¹. Юснатуралисты «не рассматривали право как специализированную сферу, профессиональными «держателями» знаний и навыков в которой должно быть юридическое сообщество», а право было прежде всего предметом философского познания, философы разрабатывали идеи и аксиомы, которые должны быть воплощены в жизнь².

Одним из первых четко отделил эмпирическое (чувственное) познание от метафизического априорного философствования И. Кант. Он не был последователем в вопросе применения этих подходов к общественным наукам, в частности правоведению, а также считал реальное (эмпирическое) правовое состояние — сферу рассудка — только временным на пути к праву чистого разума, но он призывал воспринимать такое временное состояние как данность: «Законы вообще содержат в себе основу объективной и практической необходимости»³.

¹ См., например: *Ziolkowski T.* Clio the Romantic Muse: Historicizing the Faculties in Germany. Ithaca: Cornell University Press, 2004. P. 104—105; *Михайлов А. М.* Сравнительное исследование философско-методологических оснований естественно-правовой и исторической школ правоведения. М.: Юридинформ, 2013. С. 275—276; *Перов Ю. В., Сергеев К. А.* «Философия истории» Гегеля: от субстанции к историчности // Гегель Г. В. Ф. Лекции по философии истории / пер. А. М. Водена. СПб.: Наука, 2000. С. 10.

² *Михайлов А. М.* Указ. соч. С. 335, 340.

³ *Кант И.* Вечный мир. Философский очерк / пер. С. М. Роговина, Б. В. Чредина, под ред. Л. А. Камаровского. М.: Типография Т-ва И. Д. Сытина, 1905. С. 9.



Именно на этом различии между требованиями временной рациональности и окончательной разумности тогдашние юристы-кантианцы основывали свою «философию позитивного права»⁴. И. Пюттер и ведущие представители основанной им в Геттингенском университете школы при формулировке своих идей непосредственно опирались на новое и не совсем соответствующее действительному содержанию и историческому контексту прочтение «О духе законов» Монтескье и «Нового метода изучения и преподавания юриспруденции» Лейбница, написанных в разное время, но запущенных в широкий научный оборот одновременно — в 1748 г. Очевидно, что теоретик естественного права Х. Вольф, который организовал издание труда Лейбница, совсем не усматривал в его «универсальной юриспруденции», «театре права» и призыве к изучению истории права угрозу для своих идей. Но геттингенская школа частично вывела из взглядов Лейбница, а в основном, по нашему мнению, приписала последнему собственные идеи относительно позитивизации и историзации юридической науки. Опираясь на интерпретацию труда Монтескье, геттингенская школа полностью отвергла идею общепригодного естественного права⁵.

Хотя Пюттер и предполагал, что в случае пробелов в позитивном праве оно должно дополняться принципами права естественного, но не верил в возможность законодательства, приемлемого для всех. Он предложил создать науку «общего гражданского⁶ права», или «философию позитивного права». Это означало фактически выведение естественного права за пределы предметно-объектной сферы юридической науки. Эта идея была поддержана геттингенскими профессорами Федером, Михаэлисом, а со временем — Рейтемейером, Мезером, Гуго и др.⁷

Гуго указывал на философию и науку позитивного права как на «противоположные друг другу силы и взгляды», «совокупное действие» которых развивает интеллектуальную сферу. Из них философия основана на субъективном мнении, а все юридическое является «делом изучения и приспособления к существующему» вне его моральной оценки. Философия позитивного права является их сочетанием, она на основе обобщения эмпирических данных определяет в них разумное и правомерное — ведь то, что признано или признавалось многими людьми (в частности, обычаи), не может быть совсем нерациональным и является по крайней мере относительно правомерным (для конкретного общества на определенном этапе развития), а безусловно и вечно правомерного позитивного права быть не может⁸.

⁴ Гуго Г. Учебник по курсу цивилистики // Антология мировой правовой мысли : в 5 т. / Нац. обществ.-науч. фонд ; рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. М. : Мысль, 1999. Т. 3 : Европа. Америка: XVII—XX вв. С. 273 ; Лысенко О. Л. Густав Гуго // Там же. С. 271 ; Чичерин Б. Н. История политических учений. 2-е изд., испр. СПб. : Изд-во РХГА, 2010. Т. 3. С. 125 ; Камаровский Л. А. От редактора // Кант И. Вечный мир. Философский очерк / пер. С. М. Роговина, Б. В. Чредина, под ред. Л. А. Камаровского. М. : Типография Т-ва И. Д. Сытина, 1905. С. XX.

⁵ Новгородцев П. Историческая школа юристов. Ее происхождение и судьба // Немецкая историческая школа права. Челябинск : Социум, 2010. С. 35.

⁶ «Гражданским/цивильным» в конце XVIII — начале XIX в. называли также все позитивное право, в отличие от естественного.

⁷ Новгородцев П. Указ. соч. С. 35—36, 38.

⁸ Привод. по: Чичерин Б. Н. Указ. соч. С. 125—128, 130.

Н. Е. Асламов отмечает, что Гуго предложил разграничение истории права и неметафизической философии: основой является эмпирический материал (догматика), а уже по его результатам — поиск разумных или исторических оснований. Причем «философия должна судить об истории... С другой стороны, философия должна брать свои примеры из истории так же, как и из современного права»⁹. Как справедливо отмечает ученый, здесь обе сферы связаны и окончательно не разграничены, но выделены: история права представлялась Гуго неравнозначной, подчиненной философии. Такое различие методологических подходов было основой отграничения как юриспруденции (включая философию позитивного права) от философии вообще, так и дисциплинарного разделения в пределах первой — на историю права и философию права.

Основанием философии позитивного права для Гуго должна была стать, как и у Канта, идея временной рациональности и обусловленности наличной правовой действительности — в отличие от окончательной и неизменной разумности идеальных критериев, а также отделения сфер легального и морального. Фактически речь шла, как отмечал И. Кёниг, не о философском обобщении или конструировании идеального права, а о рациональном выборе лучших правовых моделей из имеющихся в современности или в прошлом¹⁰.

Именно Гуго предложил термин «философия права»¹¹. Поэтому, когда он писал о философии естественного права, он должен был иметь в виду еще не осуществленное обобщение спектра различных, хотя и внутренне близких учений. Итак, «философия естественного права» — это термин гипотетический, воображаемый, определенный скорее отрицательно (то, что не является философией положительного права). На самом деле само по себе введение термина «философия права» уже было оппозицией учению о естественном праве, предусматривало дисциплинарное или, по крайней мере, предметное выделение права, т.е. его выделение из массива этических, теологических и других учений. А основным признаком такого выделения могла быть только нормативность, свойственная позитивному праву.

Гуго (и вся геттингенская школа второй половины XVIII в.) может считаться и основателем современной науки истории права¹². Ведь естественное право по определению постоянно и не имеет своей истории (это может быть только история учений о естественном праве), ее имеет только позитивное право. Философия и история позитивного права в учении Гуго вместе составляют «элегантную юриспруденцию» (ранее этот термин имел несколько иное значение), которая становится как бы общей частью юридической науки наряду с «юридическим ремеслом» — догматическим изучением права¹³.

⁹ Асламов Н. Е. Философия истории немецкой исторической школы права : дис. ... канд. филос. наук. М., 2012.

¹⁰ Кёниг И. Савиньи и его отношение к современной юриспруденции // Немецкая историческая школа права. Челябинск : Социум, 2010. С. 362.

¹¹ Об этом см., например: Мироненко О. М. Исторична школа права // Правова держава. 1999. Вип. 10. С. 232.

¹² См., например: Дамирли М. А. Право и История: эпистемологические проблемы (Опыт комплексного исследования проблем предмета и структуры историко-правового познания). СПб. : Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2002. С. 66.

¹³ См., например: Мироненко О. М. Указ. соч. С. 233.



Современники отдавали должное значению идей Гуго для становления юридической науки. В частности, Савиньи в 1806 г. отмечал, что Гуго первым придал юридической науке историко-правовую направленность¹⁴. На труды Гуго неизменно ссылались Фейербах, Гегель, Савиньи, Пухта, Миттермайер и другие выдающиеся ученые-юристы того времени. На заслуги Гуго в том, что «исследование юриспруденции в наше время получило новое направление и новый импульс», в основании исторической школы, на «триумф Гуго», и это «общее, если не всемирно» признано, обращали статьи в английском журнале *Foreign Review* в 1828 г., бельгийском *Thémis* в 1824 г.¹⁵ Автором первой концептуализации науки позитивного права Гуго однозначно называют М. Рейманн, Т. Жолковский и др.¹⁶ Н. Е. Асламов и А. М. Михайлов, которые по сложившейся традиции считают Гуго основателем исторической школы права, отмечают, что ему удалось четко отделить позитивную юридическую науку от философии права¹⁷.

Отметим также, что вопрос о характере и статусе юриспруденции рассматривался и украинскими мыслителями. По мнению С. Ю. Десницкого, юриспруденция как «знание о правилах истины» состоит из (1) «правоучебной» (моральной) философии и учения о естественном праве и (2) знания о позитивном праве (законоучение, законоискусство)¹⁸. Характерно, что в более позднем труде С. Ю. Десницкий в рамках «правил истины» четко отделяет этику (или моральную философию) от юриспруденции (или законоизучения) — на основе различения субъективного и объективного права¹⁹.

С. Ю. Десницкий подвергает сомнению «правоучебную философию», которая «ныне почти везде... не совсем к делу ведет», а также «натуральную юриспруденцию», основанную либо на априорной казуистике, либо на обобщении римского права; по его мнению, имеющиеся философские поиски естественного права являются абсурдом, лабиринтом, не имеющим выхода²⁰. И все же учение о естественном праве он не отрицает, но предлагает основать его на индуктивном познании реального исторического человеческого опыта («изучение природы человеческой, которая более познается из чтения и примечаний писателей о различных правлениях народов, чем из школьных метафизических споров»),

¹⁴ *Ziolkowski T.* Op. cit. P. 105—106.

¹⁵ [Анонимная рецензия на работы Л. Варнконира] *Study of the Civil Law // The Foreign Review and Continental Miscellany.* 1828. Vol. II. P. 48, 51 ; *Warnkoenig L.* De l'état actuel de la science du Droit en Allemagne, et de la révolution qu'elle y a éprouvée dans le cours des trente dernières années // *Thémis, ou Bibliothèque du jurisconsulte (Bruxelles).* 1824. T. I. P. 11, 13.

¹⁶ *Reimann M.* Nineteenth Century German Legal Science // *Boston College Law Review.* 1990. Vol. 31. No. 4. P. 848—849; *Ziolkowski T.* Op. cit. P. 105—106.

¹⁷ *Асламов Н. Е.* Указ. соч. С. 14 ; *Михайлов А. М.* Указ. соч. С. 277.

¹⁸ *Десницкий С.* Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции // *Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века : в 2 т. / под общ. ред. И. Я. Щипанова М. : Госполитиздат, 1952. Т. 1. С. 194, 199.*

¹⁹ *Десницкий С.* Из примечаний к переводу книги Блэкстона «Истолкования английских законов» // *Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века / под общ. ред. И. Я. Щипанова : в 2 т. М. : Госполитиздат, 1952. Т. 1. С. 287.*

²⁰ *Десницкий С.* Слово о прямом и ближайшем способе... С. 200—202.

который философски осмысливается, сделать наукой об общем в праве разных народов, которая помогает оценить состояние и развитие отдельного национального правопорядка²¹.

Юриспруденция в видении С. Ю. Десницкого выступает как наука «самая благородная и самая полезная», система знаний, которая находится на этапе обретения самостоятельности, должна быть основана на «историческом, метафизическом и политическом» (в более поздних работах — на историческом и философском, «по разным состояниям народов и по природе всего рода человеческого») способах получения знаний²².

Я. П. Козельский в работах «Философские предложения» (1768 г.) и «Размышления двух индейцев...» (1788 г.) рассматривал юриспруденцию как «знание всех возможных прав или правостей», причем правом он считал объективное право (международное, национальное), а учение о субъективном праве («правости») относил к сфере естественного права²³. Естественное право, в его представлении, это обобщенное видение физических потребностей человека (его животной природы, несвободы и неравенства), необходимость удовлетворения которых выступает как основа и ограничение для высшего и приоритетного по отношению к нему позитивного права как социального, нравственного, волевого, права свободы и равенства. В то же время естественное право определяется как «совет» — то, что стоит за позитивным правом («законом») с его обязательствами и санкциями²⁴. Любая наука, по мнению Я. П. Козельского, является знанием, основанным на наблюдении и опытах, которое может быть доказано, причем он выделяет науки, направленные на познание истины (философия, риторика, поэзия, история), естественные, а также нравственную философию, которая направлена на «отличение добра от зла» и делится на юриспруденцию и политику. Естественное право могло бы быть частью юриспруденции как науки, но оно основано на «мудрствовании» философов, а не на эмпирическом познании²⁵.

²¹ Десницкий С. Слово о прямом и ближайшем способе... С. 201—202, 204—205, 210, 218; Десницкий С. Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века. С. 304—305, 3

²² Десницкий С. Слово о прямом и ближайшем способе... С. 204; Он же. Юридическое рассуждение о начале и происхождении супружества у первоначальных народов и о совершенстве, к какому оно приведенным быть кажется последовавшими народами просвещеннейшими // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века. С. 258; Он же. Юридическое рассуждение о разных понятиях, какие имеют народы о собственности имения в различных состояниях общежития // Там же. С. 268, 285.

²³ Козельский Я. П. Философические предложения // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века. С. 464—465.

²⁴ Козельский Я. П. Философические предложения. С. 465—469, 525—526.

²⁵ Козельский Я. П. Философические предложения. С. 472; Он же. Рассуждения двух индийцев Калана и Ибрагима о человеческом познании. Искренний совет истинной дружбы // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века. С. 563, 564, 574, 576.



Независимо от того, принимать мнение о том, что юридическая наука возникла в Германии после революции во Франции и появления принципиально важных работ Гуго, или считать, что произошла коренная трансформация правоведения, следует отметить, что с 1789 по, условно говоря, 1803 г. в немецкой интеллектуальной жизни продолжалась чуть ли не первая волна активной дискуссии, посвященной уточнению концептов позитивного правоведения и философии позитивного права.

Свидетельством окончательного отделения позитивного правоведения от философии, в том числе от учения о естественном праве, является появление журналов, которые манифестировали свое посвящение исключительно позитивной юридической науке (мы анализировали статистику относительно немецких периодических изданий, библиографические издания и осуществляли самостоятельные поиски). С полной уверенностью в этом случае можно было бы начинать с появления в 1740-х гг. научных периодических изданий, посвященных истории права (например, журнал *Neue Sammlung...*, посвященный «мировой и немецкой истории права», издававшийся в 1745—1747 гг.), ведь она тогдашними интеллектуалами рассматривалась прежде всего как антитеза учению о естественном праве. И всё же: первый известный нам журнал, который провозгласил в названии свое посвящение позитивной юридической науке, издавался в 1792—1804 гг. и назывался «Журнал коррекции и развития позитивной правовой науки» (*Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften*). Кроме того, отметим «Архив естественного и позитивного права народов» (*Archiv für das natürliche und positive Völkerrecht*), единственный номер которого был издан в 1794 г.; «Библиотека позитивной правовой науки и дипломатии» (*Bibliothek für positive Rechtswissenschaft und Diplomatie*, 1798 г.), «Журнал позитивной юриспруденции» (*Magazin für positive Jurisprudenz*, 1803 г.); «Архив для любителей философии права и положительной юриспруденции» (*Archiv für Freunde der Philosophie des Rechts und der positiven Jurisprudenz*, 1805 г.) и др.

Отметим также, что И. Г. Гердер в своих «Идеях к философии истории человечества» (1784—1791 гг.) провозглашал эмпиричность философии истории: она формируется на основе эмпирических данных («Бог — все в своих творениях»); «метафизические размышления» он называл «плаванием в воздухе, без опоры», которое «редко приводит к цели»²⁶. Сущностно схожие идеи высказывал еще Дж. Вико в «Основаниях новой науки об общей природе наций» (эта книга оставалась малоизвестной и была заново «открыта» уже во времена Французской революции): народы создают право (как обычное, так и законодательное) исходя из своей отдельной рациональности («здорового смысла») и нравственности, а то, что есть в таких правопорядках общего, имеет «общую основу истины», является (постепенно становится) достоверным и субстанциально единым «естественным правом народов»²⁷. Украинский и польский ученый Т. Чацкий в работе

²⁶ Гердер И. Г. Идеи к философии истории человечества / пер. и примеч. А. В. Михайлова. М. : Наука, 1977. С. 9—10.

²⁷ Вико Дж. Основания новой науки об общей природе наций // Философия истории : антология / сост., ред. и вступ. ст. Ю. А. Кимелева. М. : Аспект Пресс, 1995. С. 31—32, 34—36.

«О литовских и польских правах, их духе, источниках, связи» (1800 г.), опираясь на Ч. Беккариа, Г. Филанджиери и других, утверждал существование науки законодательства, то есть позитивного правоведения²⁸.

Яркие труды этого времени принадлежат Гегелю и Савиньи. В частности, уже в «Конституции Германии» (1798—1802 гг.) Гегель выдвинул к философии права требование постигать в понятиях разум действительности — имеющийся эмпирический материал²⁹. В работе «О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве» (1802 г.) Гегель критиковал как дедуктивный формализм, так и направленный на отдельное эмпирицизм, и предлагал познавать естественное право как должное право для отдельного народа в контексте общего правового развития, ссылаясь при этом на Монтескье³⁰. При этом высшее постижение права Гегель предпочитает включить в философию. Гегель отделял философию от метафизики и указывал, что наука естественного права, как и ряд других наук, переместилась из сферы первой во вторую³¹. Впоследствии эти науки были вынуждены отказаться от метафизики, но отказались и от философии, став принципиально эмпирическими. Но тем самым они, по мнению Гегеля, «отказались... от претензий быть настоящей наукой»; их основой, причем прямо не признанной, стал рассудок, но прервалась связь с разумом³².

На самом же деле, по мнению Гегеля, каждая часть философии может быть отдельной наукой. Философия направлена на познание внутренней истины, но речь идет о философии права как отдельной науке. В то же время право он отнес к объективному, а философию — к абсолютному духу. Философия права познает разумность наличного права, а не указывает, каким ему быть, она разрабатывает понятие права, но находится в пределах философии — отдельно от позитивной правовой науки³³. Пределы каждой «обособленной» науки должны познаваться через потерю ее «единичности», в соотношении с другими и философией, эмпирическое определение пределов является вынужденным и недостаточным. Отдельная наука является простой определенностью, предусматривает последовательное описание и анализ, является целостностью, но может и «разветвляться»³⁴.

Гегель отмечал, что в эмпирической науке целостность рассматривается как единство и равенство многообразного, а в «настоящем формализме» — как последовательность; эмпирические данные никогда не могут быть полностью охвачены, а потому обобщения («определенности») будут относительными, могут противоречить новым эмпирическим данным и быть отвергнуты. Но еще в боль-

²⁸ *Czacki T.* O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym. Krakow : Czasu, 1861. Т. II. S. 293—294.

²⁹ *Нерсесянц В. С.* Философия права Гегеля. М. : Юрист, 1998. С. 20.

³⁰ *Нерсесянц В. С.* Указ. соч. С. 20—22, 29, 37—38.

³¹ *Гегель Г. В. Ф.* О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве // Гегель. Политические произведения. М. : Наука, 1978. С. 185.

³² *Гегель Г. В. Ф.* О научных способах исследования ... С. 185.

³³ *Нерсесянц В. С.* Указ. соч. С. 20—22, 29, 35—38.

³⁴ *Гегель Г. В. Ф.* О научных способах исследования ... С. 186—188, 256.



шей степени он осуждал чистый формализм, принципы которого пусты, содержание «приобретено хитростью», а реальные эмпирические данные «с отвращением» отвергнуты, в результате чего он является неполноценным. Поэтому «абсолютное единство» обязательно является отражением эмпирического знания, но эмпиризм и формализм все же выступают отдельно. Эмпирические науки (сфера рассудка) должны взаимодействовать с философией (сфера разума), но границы между ними не должны стираться³⁵.

Эмпирия не может преодолеть множественности, идеалом для нее выступает хаос, однако если мысленно снять множественность, особенность, изменчивость, историчность, то останется человек в естественном состоянии или его абстракция. Поэтому эмпиризм неизбежен, но ему не хватает критериев для определения случайного и необходимого. Познать последние Гегель предлагал апостериори — на основе гипотез, исходящих из знания эмпирических явлений по аналогии, а также через открытие взаимодействия и взаимовлияния этих явлений. Но полученное необходимое не устраняет множественности, оно получает господство над другими определенностями; чистое единство (идеальное) и разнообразие (реальное) в их взаимодействии сосуществуют и частично друг друга уничтожают на протяжении истории, но полностью преодолеть никогда не могут³⁶.

Традиционные способы исследования естественного права не могут считаться пригодными, ведь они смешивают негативное и позитивное в праве: «Поскольку наука о естественном праве существует, принадлежит необходимости, она должна быть тождественной эмпирическому образу нравственного, которое также находится в сфере необходимого, и в качестве науки выразить его в форме всеобщности». Для этого настоящая, научная эмпирия (в отличие от «чистой эмпирии») должна подняться от фактов к отношениям и фиксации последних в понятиях³⁷.

Гегель не признавал «абсолютного существования» и «самовольного отделения» от философии «того, что принято считать наукой о позитивном праве», но все же утверждал ее автономность. В то же время он четко отделял нравственную сущность науки о единении чистых понятий и субъектов и позитивно-правовую сущность науки о их не-единении. Нравственность является внутренней и позитивной, но не правовой, естественное право также имеет нравственную сущность, но оно внешнее, формальное и негативное — в отличие от также внешнего, но эмпирического и вненравственного («легального») позитивного права³⁸.

В своих лекциях по методологии права (1802 г.) Савиньи заявлял о существовании отдельной «законодательной науки»; в видении автора она была безусловно позитивной и неметафизической, объясняя исторически процесс возникновения современного права и легитимируя последнее³⁹. Как отмечает М. Рейманн, Савиньи в работе «Право владения» 1803 г., которая принесла ему признание,

³⁵ Гегель Г. В. Ф. О научных способах исследования ... С. 193—194, 199.

³⁶ Там же. С. 194—197, 199, 204—206, 235.

³⁷ Там же. С. 188—189.

³⁸ Там же. С. 190, 218, 255—257, 262.

³⁹ Mollnau K. A. The Contribution of Savigny to the Theory of Legislation // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. С. 87, 90.

утверждал: даже «как простое предварительное знание философия вообще не является необходимой для юриста», философия и правоведение являются отдельными науками, с совершенно разными подходами⁴⁰. Также в 1803 г. в работе «О современном состоянии немецких университетов» Савиньи предложил идею функции позитивной юридической науки — созидание национального правопорядка⁴¹.

П. И. А. Фейербах в инаугурационной лекции в Университете Ландсгута «Об философии и эмпирии в их связи с позитивной юридической наукой» (1804 г.) сделал попытку примирить опыт с теорией, а позитивное право — с естественным⁴². Как отмечал мыслитель, «эмпирическое знание дает юриспруденции ее тело, философское знание дает ей ее дух»⁴³. Тибо в 1808 г. в работе «Об изучении истории римского права» провозгласил уважение к позитивному праву, которое сформировалось эволюционным путем, и признание автономии позитивного правоведения⁴⁴. Опять-таки, уже само название труда свидетельствует о сближении взглядов мыслителя с позициями историко-позитивистской школы. Добавим в этом контексте, что К. Ф. Мюллербрух в своей «Энциклопедии и методологии действующего немецкого права» (1807 г.) указывал: юридическая наука не относится к тем, которые основаны на «простых выводах разума», вместо этого она опирается на историю права⁴⁵.

В этом контексте следует также обратить внимание на идеи украинского и российского ученого И. Ф. Тимковского, высказанные в работе «О применении знаний к состоянию и цели государства» (1808 г.). Он, явно интерпретируя Канта, указывал на то, что в основе научного знания лежат эмпирические наблюдения, которые в упорядоченном по определенному принципу виде уже составляют теорию определенного типа и могут рассматриваться как самодостаточные, а в сочетании с философией ведут к созданию теории более высокого уровня, предусматривающей типологию и классификацию, определение понятий и причин, их единства. Любая теоретическая система, которая отвергает «светоч опытности» и историзм, умозрительная или построенная на отрывочном эмпирическом знании, является ущербной⁴⁶.

Новые теоретико-методологические основания преобразования юридического знания в науку, социальную по своей сути, сформулированные мыслителями конца XVIII — начала XIX в., прежде всего Кантом и Гуго, реализовались в фор-

⁴⁰ *Reimann M.* Op. cit. P. 879.

⁴¹ *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat? // University of Pennsylvania law review. 1995. Vol. 143. P. 2021.

⁴² Об этом см., например: *Hamza G.* Comparative law and Antiquity. Budapest : Akademiai kiado, 1991. P. 36.

⁴³ Цит. по: *Reimann M.* Op. cit. P. 851.

⁴⁴ *Новгородцев П.* Указ. соч. С. 74—75.

⁴⁵ *Mühlenbruch Ch. F.* Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts. Zum Gebrauch academischer Vorlesungen. Rostock, Leipzig : K.C. Stillet, 1807. S. 485.

⁴⁶ *Тимковский И.* О применении знаний к состоянию и цели государства // Речи, говоренные в торжественном годовом собрании Императорского Харьковского университета, бывшем 17 января 1808 года. Харьков : Университетская типография, 1808. С. 13, 19.



мировании и соперничестве двух первых школ позитивного правоведения — философской (или историко-философской) и исторической. По нашему мнению, «моментом истины» для становления и выявления потенциала этих школ стала известная дискуссия между ними в 1814 г. (так называемые «кодификационные дебаты»), хронологические рамки которой на самом деле шире (по крайней мере 1810—1817 гг.), вокруг вопроса о пути развития немецкого права после освобождения немецких государств от французской оккупации. Дискуссию начал Фейербах, но наибольшее влияние на развитие юридической науки произвели трактаты Тибо и Савиньи.

Фейербах («Взгляд на немецкое правоведение», 1810 г.) не считал существование правоведения как такового всемирным явлением, указывал на другие, ненаучные способы организации юридических знаний в Англии и Франции, на причины, вызывающие потребность в конституировании юридической науки в немецких государствах (большой объем законодательства, разнообразие и взаимная противоречивость источников права, в том числе источников иностранного происхождения). Задачей юридической науки является упрощение и систематизация права, но так называемая «практическая юриспруденция», которая исходит из знания лишь одного (своего) правопорядка, не является научной⁴⁷. Еще хуже строить теорию на основе права правопорядка прошлого — римского права, ведь оно совсем не связано с потребностями общества. Позитивная правовая наука, по мнению Фейербаха, должна быть обобщением (прежде всего на основе сравнения) позитивного права и практики его применения в различных правопорядках мира, а не спекулятивным продуцированием идей⁴⁸.

Фейербах осуждал традиционную и кантовскую метафизическую философию естественного права — «непрочное плетение понятий, которое ни проливает свет на новые истины, ни закрепляет старые», искажает и ограничивает историческое позитивное достояние, всегда остается оторванной от позитивного права. Он отдавал должное «так называемому естественному праву» за различение морали и права, создание «метафизически-правовых понятий», но в то же время указывал, что такая понятийная система однобока и «неудачна в применении», ведь является спекулятивной, оторванной от реальных потребностей человека. Фейербах отмечал, что практический разум не охватывает правовые законы, не может быть права вне позитивного права и его применения⁴⁹.

Как отмечал К. Клетцер, Савиньи считал всю имеющуюся философию права подвидом теории естественного права, а потому — пустой тратой времени⁵⁰. В его видении, изложенном в работе «О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции» (1814 г.), право имеет исключительно позитивный,

⁴⁷ Фейербах П. Й. А. фон. Погляд на німецьке правознавство / пер. з фр. О. А. Шаблій за ред. О. В. Кресіна // Порівняльно-правові дослідження. 2011. № 2. С. 10—11.

⁴⁸ Там же. С. 10—12, 14, 19.

⁴⁹ Там же. С. 13, 16—17.

⁵⁰ Kletzer C. Custom and Positivity: an Examination of the philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy // The Nature of Customary Law: Philosophical, Historical and Legal Perspectives / ed. by A. Perreau-Saussine, J. Murphy. Cambridge : Cambridge University Press, 2007. P. 3.

но не чисто волевой, а традиционный характер: «С начала оно порождается благодаря обычаю и народной вере, впоследствии благодаря юриспруденции, следовательно, везде благодаря внутренним, незаметно действующим силам, а не вследствие произвола законодателя»⁵¹.

Савиньи позаимствовал у Гуго разделение истории национального права на, так сказать, народную и академическую эпохи. Как и Фейербах, он указывал на то, что наука не является единственной формой организации знаний о позитивном праве: «Стремление к научному обоснованию не относится к национальным потребностям французов, зато относится к нашим, и нельзя пренебрегать столь укоренившейся потребностью»⁵². Но в то же время его представления об академической эпохе в развитии права распространялось на все народы и подчеркивало эксклюзивность роли именно правовой науки в этом процессе, отодвигая в сторону философов и поднимая на уровень собственно науки отраслевую юридическую догматику, а также определяя ее практическую функцию — правотворческую. Обобщение действующего права и его систематизацию Савиньи называл задачей прежде всего юридической науки, а не законодателей⁵³ (в то же время мы считаем недостаточно аргументированным утверждение о том, что Савиньи в 1810-х гг., а тем более в позднейших работах, не усматривал правотворческий элемент в процессе систематизации права⁵⁴).

Мало кто обращал внимание на особенности названия трактата Савиньи 1814 г. «О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции», где каждое слово имеет глубинный смысл. Напомним, что его автор был лютеранином. Слово «призвание» имеет безусловную коннотацию именно с лютеровскими идеями, отраженными в трактате «О светской власти», где впервые выдвигается идея возможности светского призвания человека: светская «суетная» деятельность, не связанная со служением Богу, перестает осуждаться, а предстает в виде специальности, способности создавать материальные ценности, предоставлять те или иные профессиональные услуги людям. У каждого человека свое призвание, своя профессия, свое служение, все взаимно связаны услугами⁵⁵. Это прямо отражено в Аугсбургском лютеранском вероисповедании 1530 г.,

⁵¹ *Савиньи Ф. К. фон. О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции // Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права / пер. с нем. Г. Жигулина ; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. М. : Статут, 2011. Т. 1. С. 131—132, 134. См. также: Он же. Система современного римского права // Там же. С. 282, 284.*

Относительно современного периода Савиньи считал формой фиксации обычая судебную практику (см.: *Савиньи Ф. К. фон. О призвании нашего времени ... С. 193—194*). См. также: *Zimmermann R. Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science // The Law Quarterly Review. 1996. Vol. 112. С. 578.*

⁵² *Савиньи Ф. К. фон. О призвании нашего времени ... С. 201, 202, 207.*

⁵³ Там же. С. 165.

⁵⁴ *Rahmatian A. Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre // The Journal of Legal History. 2007. Vol. 28. No. 1. P. 11.*

⁵⁵ *Лютер М. О светской власти // Лютер М. Избранные произведения. СПб. : Согласие, 1994. См. также: Вебер М. Протестантська етика і дух капіталізму. Київ : Основи, 1994. С. 70, 100—106.*



где указывается на то, что у каждого человека есть своя профессия, каждое призвание предусматривает определенные обязанности, светские профессии достойны, если направлены на добрые дела⁵⁶.

В контексте этого мы полностью согласны с мнением К. А. Молнау: Савиньи считал юридическую профессию результатом функционального разделения труда⁵⁷. Приведем также мнение А. М. Михайлова: историческая школа впервые провозгласила, что анализ и создание права должны осуществляться исключительно юристами⁵⁸. Да, действительно, «призвание» в названии труда Савиньи следует понимать именно как заявку на самодостаточность определенной профессии в общественном разделении труда. И этой специальностью Савиньи охватывает «законодательство и юриспруденцию», то есть провозглашает единство эмпирического знания позитивного права и юридической доктрины, которая ранее охватывалась учением о естественном праве и входила в философию. Дуализм преодолен, самодостаточная и отдельная от философии позитивная юридическая наука охватывает и догму, и доктрину.

Как отмечал украинский ученый Е. В. Спекторский, видение права Савиньи является исключительно социальным, состоит из социологии, теории права и политики права⁵⁹, в нем нет места метафизике. Согласимся с исследователем и в его акценте на том, что позитивизм Савиньи не следует путать с классическим юридическим позитивизмом, зародившимся в первой половине XIX в.⁶⁰ Позитивизм Савиньи не является императивной юриспруденцией, это другой позитивизм, который мы рискнем назвать историческим, хотя и сознаем несовершенство этого термина. Его сущность — научное осмысление позитивного права, которое развивается эволюционно.

В отличие от своих предшественников, в частности Канта, который, по нашему мнению, в большей степени определял позитивное право и позитивную юридическую науку негативным путем — через то, чем они не являются (не являются естественным правом и философией), и Гуго, который предлагал сочетание исследования позитивного права и его рациональной оценки в рамках философии позитивного права, Савиньи предложил позитивное видение чисто позитивной юридической науки (прошу простить мне тавтологию). Он рассмотрел ее изнутри, превратив из описательной догматики и «правовой статистики» в структурированную совокупность научных знаний, объединенных предметом (правовое

⁵⁶ Привод. по: Вебер М. Указ. соч. С. 101—102.

⁵⁷ Molnau K. A. Op. cit. P. 91.

⁵⁸ Михайлов А. М. Указ. соч. С. 336.

⁵⁹ Спекторский Е. В. К столетию исторической школы в правоведении // Філософія та енциклопедія права в Університеті Святого Володимира : у 2 кн. / уклад І. С. Гриценко, В. А. Короткий ; за ред. І. С. Гриценка. Київ : Либідь, 2011. Кн. 2. С. 411.

⁶⁰ Спекторский Е. В. Указ. соч. С. 414.

Мы исходим при этом из широкого понимания термина «позитивизм» в юридической науке. См., например: «Позитивизм — философское движение XIX и XX вв., направленное на преобразование теологических и метафизических доктрин в системы логически организованных и эмпирически верифицированных предложений...» (Fuller S. W. Positivism and legal science // Encyclopedia of law and society. American and global perspectives / ed. by D. S. Clark. Thousand Oaks, CA; London : Sage, 2007. P. 1154).

регулирование общественных отношений) и методологией (исторический и системный, а впоследствии и сравнительный методы).

Савиньи также определил новую уникальную функцию ученых-юристов — обобщение и систематизацию права, отдельную как от юристов-практиков, так и от философов. Более того, позитивная юридическая наука (а не метафизический разум) в видении Савиньи стала новым и важным источником правотворчества⁶¹. Позитивная юридическая наука стала не просто самостоятельным феноменом, но и приобрела общественное значение. В связи с этим отметим мнение А. Рахматьяна: сам термин «юридическая наука» возник в Германии в 1810-х гг.⁶²

По нашему мнению, условную победу Савиньи в этой дискуссии определил также не только (а может, не столько) научный потенциал его концепций, но и развитие политических обстоятельств — консервация раздробленности Германии по Венскому договору 1815 г. Конечно, в таких условиях не могло быть и речи об общенациональной унификации и кодификации права, к чему призывал Тибо. Вместо этого национальное право становилось уже не позитивной реальностью, а научной концепцией.

Однако это вовсе не умаляет «побочного», но важнейшего результата дискуссии Фейербаха, Тибо, Савиньи и других ученых⁶³ (имевшей длительный эффект и ставшей предметом постоянной референции ведущих юристов в течение десятилетий) — триумфального утверждения идеи социальности и позитивности права и юридической науки (в форме учения о национальном праве). Именно это, по нашему глубокому убеждению, стало последней вехой в отделении правоведения от теологии, философии и этики, его превращении в самостоятельную науку о позитивном и социальном праве — современную общественную науку. Предметом этой науки стал правовой строй конкретного общества, локализованного в пространстве, — как индивидуальной / отдельной единицы правового развития. И, конечно, любое право локализовалось во времени, утвердилось разработанная более ранними мыслителями идея эволюции в праве. Следовательно, юридическая наука должна быть не статистом, а творцом, источником права, что означало также признание невозможности отдельного существования догматики и доктрины в праве, необходимости целостного позитивного правоведения.

Эта мысль находит подтверждение в работах многих современных ученых. Как считал Р. Паркер, именно Савиньи впервые смог заменить естественно-правовую философию работающей системой правовой теории⁶⁴. А А. М. Михайлов отмечает, что историческая школа разместила принципы права в основании позитивного права и выдвинула требование системности права, а потому впервые в истории западной юриспруденции преодолен разрыв между философией права и юридической догматикой, статус догматической юриспруденции значительно повысился,

⁶¹ *Berkowitz R.* The gift of science. Leibniz and the modern legal tradition. Cambridge, Mass; London : Harvard university press, 2005. P. 107.

⁶² *Rahmatian A.* Op. cit. P. 12. См. также: *Berkowitz R.* Op. cit. P. 6.

⁶³ О них см.: *Ziolkowski T.* German Romanticism and Its Institutions. Princeton : Princeton University Press, 1990. P. 86 ; *Келлі Д.* Людський вимір буття : Суспільна думка в західній правовій традиції / пер. з англ. Г. Є. Краснокутського. Одеса : Бахва, 2002. С. 235—237.

⁶⁴ *Parker R.* Legal Positivism // *Notre Dame Law Review.* 1956. Vol. 32, Iss. 1. P. 33—34.



она перестала рассматриваться как чисто техническая, получила высокую цель⁶⁵. А. Рахматьян и Р. Берковиц утверждают, что Савиньи впервые сформулировал потребность в развитии правовой науки, которая будет чем-то больше, чем просто догматическими студиями, и в отделении правовых исследований от практики судов и адвокатов⁶⁶. И хотя наш анализ показывает, что такие идеи высказывались и ранее, безусловно, дискуссия Савиньи и его оппонентов принципиально повлияла на утверждение такой идеи. Возможно, наиболее точно это сформулировал Р. Берковиц: «Савиньи называет “научную жизнь права” “техническим элементом” права. Поступая так, он отделяет научную природу права от его “политического элемента”... В то время как политический элемент права возникает в случае объединения массы людей вокруг общего убеждения и общего видения добра, технический элемент права берет начало в отдельности научного метода»⁶⁷.

В течение кодификационных дебатов было окончательно закреплено доминирование эмпирической методологии исследования права. Было в той или иной форме признано существование объективно конструированного особенно и общего социального в правовом развитии, которое должно познаваться эмпирически. И единственным возможным методологическим инструментом такого познания могло стать *сравнение*. Оппоненты четко признали творческую роль юридической науки в развитии права. Если в видении историко-философской школы функцией позитивного правоведения было прежде всего познание, то для исторической школы юридическая наука на современном этапе становилась также основным правотворцем (правда, санкция государства тоже предусматривалась). Имплицировано признавалась формула новой юридической науки как системы общих знаний о праве, объектом которой являются позитивные правовые порядки различных общественных образований, а предметом — познание особенностей национального права и определение путей его совершенствования с целью обеспечения потребностей общества. Таким образом, юридическая наука окончательно получила отдельную идентичность и одновременно была поставлена в круг общественных знаний, которые в это время активно институционализировались в форме социологии и других общественных наук.

Начиная по крайней мере с 20-х гг. XIX в. происходило постепенное сближение позиций исторической и историко-философской школ и частичный синтез их идей, несмотря на манифестации непримиримости и многочисленные личные конфликты их представителей. Это заметно в трудах и лидеров школ, и нового поколения ученых, и их последователей вне Германии. Например, личные связи и высказанные идеи Пухты свидетельствуют о его близости не только к Савиньи, но и к Гегелю и Шеллингу, на что уже обращали внимание ученые начиная еще с XIX в.⁶⁸ А преданный гегельянец Ганс, который был учеником одного из ранних

⁶⁵ Михайлов А. М. Указ. соч. С. 275—276, 340.

⁶⁶ Rahmatian A. Op. cit. P. 13 ; Berkowitz R. Op. cit. P. 112, 118—119.

⁶⁷ Berkowitz R. Op. cit. P. 119

⁶⁸ Hastie W. Translator's preface // Outlines of the science of jurisprudence. An introduction to the systematic study of law / Trans. and ed. by W. Hastie. Edinburgh: T & T. Clark, 1887. P. XXXVII ; Friedländer A. Definition and History of Juristic Encyclopaedia // Outlines of the science of jurisprudence. An introduction to the systematic study of law / trans. and ed. by W. Hastie. Edinburgh : T & T. Clark, 1887. P. 271.

лидеров историко-философской школы Тибо (получил под его руководством ученую степень в Гейдельбергском университете)⁶⁹, начинал писать свое «Наследственное право...», в большей степени следуя исторической школе права.

Значительным событием для обеих школ и в целом для развития мышления юристов в немецкоязычных странах стало появление «Философии права» Гегеля (1821 г.). Он отвергал «ультрапремудрость» и «тщеславное всезнайство» философии права, которая не воспринимает действительность и стремится ее свести к предложенной ею единой схеме. Познавая реальную действительность, она должна постичь в ней сущность и с ней примириться, не стремиться непосредственно ее менять: «...держаться как можно дальше от конструирования государства таким, каким оно должно быть... показать, как государство, этот универсум нравственности, должно быть познанным»⁷⁰.

Ю. В. Перов и К. А. Сергеев отмечают, что согласно с общей методологией Гегеля «понятие «общее» нельзя представлять как бы отделенным от особенного и единичного: в таком случае «общее» оказалось бы только положенным рядом «иным особенным»»⁷¹. Поэтому Гегель выступал против абстрактного аналитического метода в философии, последовательно критиковал тех, кто «деградирует философию от познания к угадыванию», указывал, что сущность познается через обобщение непосредственного бытия, углубление в него, она не оторвана от мира явлений и доступна человеческому познанию. В то же время он указывал, что метод и предмет в каждой науке неразделимы, а потому философия не может преодолеть свой логико-дедуктивный характер⁷².

По мнению Гегеля, истина, разумность заложены в действующем праве, право является позитивным и национальным, сферой осмысления рассудка, а не чистого разума. Исходной точкой для права является воля, исходящая от сознания, духа людей, конкретного человеческого общества, а не философские конструкции. Каждый правопорядок индивидуален сам по себе и развивает свои особенности на протяжении своей истории. Кроме того, позитивным является и международное право, основанное на воле государств и, соответственно, их обществ, над позитивным правом нет никаких других правопорядков⁷³.

Гегель подверг критике учение о естественном праве, указав, что человек не покорен необходимости природы, общественный мир не совпадает с природой, он не осмыслен снаружи, а самоосознается и воплощается в конкретном, в том числе в конкретных правопорядках, законы природы не могут совпадать с право-

⁶⁹ *Монгаупт Х.* Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. 2015. Т. 15. Вып. 4. С. 111

⁷⁰ *Гегель Г. В. Ф.* Основы философии права, або природне право і державознавство. Київ : Юніверс, 2000. С. 14—15.

⁷¹ *Перов Ю. В., Сергеев К. А.* Указ. соч. С. 19.

⁷² *Klenner H.* Savigny's Research Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century Berlin // *The American Journal of Comparative Law.* 1989. Vol. 37. No. 1. P. 77—79 ; *Дворцов А. Т.* Гегель / отв. ред. Б. С. Маньковский. М. : Наука, 1972. С. 65, 80—81, 108.

⁷³ *Гегель Г. В. Ф.* Основы философии права ... С. 6—7, 19, 24, 28, 47—49, 172, 185—187, 189, 212, 218, 216—217, 243, 281—282, 286—291.



выми законами. Дух людей свободный, самоосознанный, а не метафизический, а позитивное право он создает для регулирования только внешнего мира человека, отношений между людьми. Поэтому правовые законы не абсолютны — в отличие от законов природы, они «насажены людьми и традиционны», а естественное право является формой, которая субъективно наполняется мыслителями произвольным содержанием⁷⁴.

Добавим также, что в «Лекциях по философии истории» (изданы посмертно) Гегель представлял всемирную историю как научное завершение сферы объективного духа (которая охватывает право, мораль и нравственность), а вместе с ней — сферы рассудка, за ней следует переход к абсолютному духу (вместе с тем — разуму); но это была «философская всемирная история», то есть не чисто эмпирическая наука, а философский синтез всеобщего исторического процесса⁷⁵. Здесь он четко выделял эмпирическое и спекулятивное знание: «В истории мышление подчинено данному и наличному, основано на нем и руководится им, философии же, напротив, приписываются самостоятельные мысли, которые умозрение порождает из самого себя, не принимая во внимание то, что есть»; «История должна лишь охватывать то, что есть и было, события и деяния, и она тем ближе к истине, чем более она придерживается данного»; правда, в историю Гегель привносил презумпцию разумности исторического процесса и идею свободы как его цель, но эта разумность познается апостериори. Также он отделял историческое познание от этических оценок⁷⁶.

Ф. Энгельс несколько позже отмечал: «Гегелем вообще завершается философия» — и потому, что его система является ее «величественным итогом», и потому, что он указал, хотя и неосознанно, на выход из «этого лабиринта систем» к «настоящему позитивному познанию мира»⁷⁷.

Н. Н. Фальк в 1821 г. отмечал, что наука — это «комплекс взаимосвязанных правд, размещенных методично», а юридической наукой является «сумма знания, которая касается субъективного и объективного права». Философию при этом он определял также как науку, которая «излагает безусловные и высшие принципы всего человеческого знания», другие же науки прикладывают эти общие принципы к своим областям знаний⁷⁸.

В «Энциклопедии права» (1821 г.) Г. Ф. Пухта пытался четко отделять энциклопедию и методологию права, которую считал исторической дисциплиной, от философии⁷⁹. Он заявил, что философия естественного права на самом деле не имела своим предметом право (ведь оно имеет волевое происхождение) и не

⁷⁴ Гегель Г. В. Ф. Основы философии права ... С. 7—8, 188, 243, 292.

⁷⁵ Гегель Г. В. Ф. Лекции по философии истории / пер. А. М. Водена. СПб. : Наука, 2000. С. 55, 63, 112—113 ; Перов Ю. В., Сергеев К. А. Указ. соч. С. 15.

⁷⁶ Гегель Г. В. Ф. Лекции по философии истории ... С. 63—65, 76, 105, 112—113, 115, 394.

⁷⁷ Энгельс Ф. Людвиг Фейербах и конец классической немецкой философии // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. 2-е изд. М. : Госполитиздат, 1961. Т. 21. С. 278—279.

⁷⁸ Falck N. The scientific study of jurisprudence; its preliminaries, special subjects, means, and appliances. An outline of juristic study // Outlines of the science of jurisprudence. An introduction to the systematic study of law / trans. and ed. by W. Hastie. Edinburgh: T & T. Clark, 1887. P. 161, 170.

⁷⁹ Асламов Н. Е. Указ. соч.

была философией, ведь «только то, что имеет историю, может быть предметом философии», идея разума не может ограничить свободу позитивного права, а соответствующая философия имеет дело с недействительным. Поэтому юриспруденция является наукой, четко отделенной от любой метафизической философии; юриспруденция сама творит философию настоящего (позитивного в его развитии) права, а от метафизической философии получает только само понятие о праве и его месте в истории человеческого духа. Правоведение является отдельной наукой, которая изучает право как систему (организм) вне его философской оценки⁸⁰. Пухта выделял появление «науки о праве» как этап в развитии права народа, на котором происходит осознание единства национального правопорядка⁸¹.

Э. Ганс в предисловии к своему труду «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права» (1823 г.) указывал, что правоведение, как и любая другая настоящая наука, самостоятельно, является частью философии и общенаучного знания в целом, ведь направлено на чистое познание вне практических целей. Само понятие права, «исходя из процесса его возникновения», лежит за пределами позитивного знания⁸². В то же время правоведение имеет и исторический характер: философия права обобщает современное позитивное право и идеи, которые лежат в его основе, а история права обобщает становление этого современного права и понятий. Принципиально важно в этом контексте и то, что для Ганса именно содержание придает себе форму, содержание «саморазвивается», определенность в оценке явления появляется через сопоставление и противопоставление с другими явлениями, а понятие является результатом эмпирического исследования⁸³.

В работе Ганса философия отождествляется с методом, она стоит над позитивной наукой, а потому и вне ее, предлагает понятие права, но не претендует на определение его содержания. Поэтому принципиально трансформируется и представление о естественном праве — это идеальная конструкция, которая творится на основе критического переосмысления суммы разумности позитивных правопорядков, но само оно лишено конкретного позитивного содержания, «очищено» от него: позитивное и естественное право — разные по сути явления⁸⁴.

Также Ф. Ю. Сталь в своей книге «Философия права в исторической перспективе» (1830 г.) определил задачу конструировать положения философии права, в частности относительно оснований нормативности права, на основе исторических данных⁸⁵.

⁸⁰ Пухта Г. Ф. Энциклопедия права. Ярославль : Типография Г. Фальк, 1872. С. 88—90.

⁸¹ Асламов Н. Е. Указ. соч.

⁸² Ганс Э. Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права» / пер. с нем. яз. Е. В. Серебренниковой, В. В. Эмих ; под ред. А. В. Кресина, В. В. Эмих // Філософія порівняльного правознавства : зб. наук. праць / за ред. О. В. Кресіна. Київ; Львів : Ліра-прес, 2015. С. 92.

⁸³ Ганс Э. Указ. соч. С. 74—75, 92, 96—97.

⁸⁴ Там же. С. 75—77, 98.

⁸⁵ Toews J. E. The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 163.



Фейербах в работе «Идея и необходимость универсальной юридической науки. Естественное право, философия права, общее правоведение» (1832 или 1833 г.) утверждал, что любая философия, не основанная на общем (сравнительном) правоведении, не является собственно философией права⁸⁶. Он также указывал на «несовершенство», «ненужность», «бессодержательность», «бесплодие» «мнимой науки» «так называемого естественного права», которое на самом деле основано на материалах отдельного правопорядка в определенное время и в определенных условиях, является пустой формой, которая наполняется произвольным позитивным материалом и субъективными домыслами⁸⁷. Предметом юридической науки должно быть действующее, позитивное право — «как творение человеческого сообщества, независимо от того, где и как оно действует». А естественное право является частью философии, от которой его искусственно отделили⁸⁸.

Украинский и российский ученый П. И. Дегай в своей работе 1831 г. к предмету естественного или философского права, которые он отождествлял, относил «исследования главного понятия о праве и его общих принципах, основанные на природе человека, и выведение из них прав и обязанностей», отмечая, что настоящую действенность имеет национальное позитивное право, которое регулирует не намерения, а действия человека⁸⁹. Наука, в том числе юридическая, по его мнению, является средством совершенствования человеческого разума, а не фиксации внечеловеческой разумности, а потому философское/естественное право творится, а не познается как нечто независимое от человека⁹⁰.

Отметим также отображение проанализированных идей в развитии образования. Например, во всех немецких университетах в 1820-х гг. излагалась дисциплина энциклопедии и методологии права (Бреслау, Лейпциг, Марбург, Бонн, Кенигсберг, Киль); в других университетах ее предмет еще более выразительный — энциклопедия действующего права (Геттинген, Галле, Ландсгут, Берлин, Эрланген, Росток, Тюбинген, Берлин), энциклопедия практического правоведения и государственоведения (Вюрцбург); и/или энциклопедия и методология правоведения (Гейдельберг, Тюбинген, Иена, Марбург, Росток, Гессен, Лейпциг, Берлин) или юридическая энциклопедия и методология (Иена, Кенигсберг, Гессен, Росток, Гейдельберг, Марбург, Фрейбург). В большинстве случаев эти дисциплины преподавались на основе учебников ранних позитивистов Н. Н. Фалька или Г. Гуго.

Анализируя «кодификационные дебаты» в более широком контексте длительного соперничества между исторической и историко-философской школами и учитывая влияние более поздних работ Гегеля, Савиньи, Пухты и других

⁸⁶ *Фейербах П. И.* А. фон. Идея та необхідність універсальної юридичної науки. Природне право, філософія права, загальне правознавство // Порівняльно-правові дослідження. 2012. № 1—2. С. 13, 20—21.

⁸⁷ Там же. С. 13—20.

⁸⁸ Там же. С. 11, 16, 19—20.

⁸⁹ *Дегай П. И.* Пособия и правила изучения российских законов, или Материалы к энциклопедии, методологии и истории литературы российского права. М. : Типография А. Семена, 1831. С. 58.

⁹⁰ Там же. С. 11.

ученых, Х. Монгаупт отмечает, что сущность спора заключалась в разном понимании науки о праве: первая из школ видела правоправедение практически направленным, а вторая — свободным от целенаправленности⁹¹. Соответственно для первой правоправедение могло быть исключительно национальным, для второй национальное правоправедение было не наукой, а ремеслом, настоящая наука должна быть всемирной и входить в философию⁹². В целом мы согласны с этим глубоким обобщением, кроме одного: доктрина Савиньи и других представителей исторической школы права здесь отражена, так сказать, по состоянию на 1814 г., а затем их представления о национальном существенно эволюционировало, что позволило сблизить подходы двух школ.

Х. Шепел вслед за М. Вебером отмечает, что преобразование правоправедения в науку связано с развитием либерального капитализма: рациональное социальное действие, которое им предусматривается, вызывает замещение сущностной правовой рациональности формальной рациональностью⁹³. А. С. Фуллер связывает преобразование права в «научный комплекс знаний» с позитивизмом XIX в., что выразилось в «конверсии теологических и метафизических доктрин в системы логически организованных и эмпирически верифицированных утверждений»⁹⁴. Ряд ученых, в частности Р. Циммерманн, М. Рейманн, Р. Берковиц и другие, считают, что именно с отвержением идеи естественного права и восприятием позитивистских подходов связано превращение учения о праве в собственно юридическую науку⁹⁵. Украинский ученый А. Н. Мироненко называет эти изменения «революционным изломом в общемировом измерении в учениях о праве», переходом юридической науки «с одной фундаментальной мировоззренческой позиции на другую»⁹⁶. И. И. Царьков пишет о переходе от идеологического и метафизического правового знания к прагматической юридической науке⁹⁷.

Собственно, такой взгляд идет еще от одного из создателей позитивистской философии О. Конта, который в 1830 г. провозгласил позитивизм третьей стадией интеллектуального становления человечества в целом и каждой отрасли знания, на которой последние становятся полноценными специальными науками⁹⁸. Так как рассмотрение этого утверждения может привести к написанию отдельного исследования, мы его не станем развивать, но укажем, что позитивизация юридической науки, безусловно, означала принципиальную трансформацию ее предмета, а следовательно, ее характера.

⁹¹ Монгаупт Х. Указ. соч. С. 123, 125—126.

⁹² Там же. С. 123.

⁹³ Schepel H. The European Brotherhood of Lawyers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law // Law and Social Inquiry. 2007. Vol. 32, Is. 1. P. 3.

⁹⁴ Fuller S.W. Op. cit. P. 1154.

⁹⁵ См.: Berkowitz R. Op. cit. P. 6—7; Zimmermann R. Op. cit. P. 578—580; Reimann M. Op. cit. P. 837—843.

⁹⁶ Мироненко О. М. Указ. соч. С. 229, 232.

⁹⁷ Царьков И. И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2006. С. 248.

⁹⁸ Самардак М. М. Філософія науки: напрями, теми, концепції. Київ: Парапан, 2011. С. 27—28.



Полностью согласны с указанными учеными, но также считаем, что условия и ход процесса становления юридической науки в европейских странах были разными. Условия правового и интеллектуального развития немецких государств начала XIX в. оказались благоприятными для трансформации правоведения в современную юридическую науку. Эти государства, по нашему мнению, следует рассматривать как автономные политико-правовые образования, а не в телеологическом или идеологическом контексте — как части единой Германии. Итак, имеем дело с отдельными, хотя и во многом подобными, правовыми системами. Рациональный фактор — экономические связи, а также идеологический — осознание национального, исторического и культурного единства, в определенной степени стремление к единству политическому требовали постоянного анализа правовых систем этих стран и конструирования на этой основе общенемецкого права. Кроме того, со времен Реформации в немецких государствах сосуществовали как католические, так и протестантские общины. Церковное право этих конфессий регулировало существенную сферу правоотношений, для юриста было важно знать его независимо от его личной конфессиональной принадлежности.

Недавние реалии французской оккупации и внедрение французского Гражданского кодекса (по мнению Наполеона, это был шаг к унификации права западных стран), дискуссии относительно возможности следования французскому опыту кодификации вызывали безусловный интерес к французскому и другому зарубежному праву, а также осознание немецкого права как целостного и отличного от других феномена, который, опять же, мог быть представлен только на основе научных исследований. Также принципиально важным было наличие в немецких государствах чрезвычайно развитой научно-образовательной юридической инфраструктуры (значительное количество университетов, система академической мобильности студентов и преподавателей, научные журналы, общества и др.).

Толчком к существенным изменениям в юридической науке и образовании немецких государств стало постепенное формирование двух влиятельных направлений юридической мысли — исторического и историко-философского, представленных университетскими профессорами, а также публичная полемика между ними. Несмотря на значительные различия между взглядами представителей этих школ, мы убеждены, что их принципиальными основаниями стали позитивизм и связанная с ним уверенность в автономном статусе юридической науки. Это подтверждает распространенное еще в XIX в. мнение о том, что современная правовая наука была создана прежде всего в Германии⁹⁹.

Значительная часть ученых второй половины XVIII — первой трети XIX в. считала, что **сравнение в праве** является средством построения общего учения о праве, общетеоретической правовой дисциплины на неметафизических началах. Современные исследователи отмечают, что ученые начала XIX в. пытались выявить универсальные принципы права и в целом создать универсальное учение о праве на основе сравнения данных эмпирических исследований — вместо спекулятивного философствования. При этом В. Хюн считает, что речь шла

⁹⁹ Amos Sh. A Systematic View of the Science of Jurisprudence. London : Longmans, Green and Co., 1872. P. 505 ; Hastie W. Op. cit. P. VII.

о включении такого учения в позитивную правовую науку, а М. Даббер — о том, что его можно рассматривать как формальную теорию естественного права, в которой последнее фактически превращалось в теорию права¹⁰⁰.

Пюттер в 1767 г. отмечал, что история права (которая понималась им и его последователями как эмпирическая юридическая наука в целом — в отличие от априорно-философского познания права) должна изучать различия, сходства и взаимосвязи между правовыми системами всех народов и времен, устанавливая их причины и последствия¹⁰¹. Он выделял в пределах юридической науки национальные правоведения (каждый народ изучает свое право) и юридическую энциклопедию, которая охватывает данные о правах всех народов и времен, правда, утверждая, что неевропейские народы менее цивилизованны, а потому их право менее известно и менее полезно для юриста¹⁰². В частности, к сфере юридической энциклопедии он относил классификацию правопорядков, разработку методики сравнительно-правовых исследований, которым посвящал параграфы своей книги, во многих местах акцентировал использование сравнения при решении задач этой дисциплины¹⁰³.

Предметом юридической науки для Г. Гуго должно быть, в отличие от философии, которая априорно познает окончательную разумность, эмпирическое познание правовой рациональности: «Реальное правовое состояние, как мы говорим, является эмпирическим, зависимым от времени и места, случайным, факты которого следует изучать на основе собственного и чужого опыта, в историческом контексте (в полном смысле этого слова)»¹⁰⁴. Понятно, что «место» и «чужой опыт» здесь однозначно указывают именно на сравнительное познание, которое Гуго включал в историческое.

И. Кант выделил в 1795 г., кроме национального и международного, космополитическое право — общее в правовых устройствах первого и второго типов, которое формируется на основе связей и взаимовлияния между правовыми устройствами, но не может объективироваться в виде самостоятельного правового устройства (национального, международного или всемирного)¹⁰⁵. Этим он одновременно обозначил новую сферу знаний, не охваченную ни метафизической философией права, ни догматическим национальным или международным правознанием. Мыслитель подчеркивал невозможность единой теории для национального, международного и космополитического права, вместо этого утверждал необходимость постоянных эмпирических исследований «состояния

¹⁰⁰ Heun W. Die Entdeckung der Rechtsvergleichung // Wendepunkte der Rechtswissenschaft. Aspekte des Rechts in der Moderne / Hrsg. von W. Heun, F. Schorkopf. Göttingen : Wallstein, 2014. S. 13—14 ; Dubber M. Comparative Criminal Law // The Oxford handbook of comparative law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, New York : Oxford University Press, 2006. P. 1293.

¹⁰¹ Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права. Юрьев : Типография К. Маттисена, 1917. С. 302—303 ; Новгородцев П. Указ. соч. С. 35, 38.

¹⁰² Pütter J. S. Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie, 2 Aufl., Göttingen: im Verlag der Wittve Vandenhoeck, 1767. S. 23, 28.

¹⁰³ Pütter J. S. Op. cit. S. 28—29, 93, 95—96.

¹⁰⁴ Гуго Г. Указ. соч. С. 274.

¹⁰⁵ Кант И. Указ. соч. С. 12—13, 19, 39—40.



вещей в мире»¹⁰⁶. Таким образом, естественное право исчезает, рационализирована сфера правовых взаимодействий и обоснована плюралистичность правового развития, философский инструментарий более не является основным средством правового познания, речь идет о создании методологии эмпирического юридического исследования наднациональных изменений в праве.

В проекте королевского указа относительно организации народного образования (1809 г.) под редакцией В. Куоко (Неаполитанское королевство) утверждалось, что законодательство является отдельной наукой, основой которой является знание конкретных обществ, она основана как на общей идее права, так и на «сравнении законов разных народов», что позволяет определять полезность имеющегося правового опыта в конкретных условиях¹⁰⁷.

Миттермайер в 1812 г. указывал на сравнение как на едва ли не основной метод конструирования истории права¹⁰⁸. А Тибо в 1814 г. выступил против ограничения юридической науки и образования знанием германского и римского права: «наша история права, чтобы стать действительно прагматичной, должна охватывать законодательства всех древних и новых народов», считая, что знание иностранного права дает «истинное юридическое понимание»¹⁰⁹. Н. Н. Фальк в 1821 г. отмечал, что юриспруденция сможет стать практической наукой тогда, когда ее принципы будут «объединены одинаковым отношением к тому или иному государству в его нынешней конституции», будет учитывать различия национальных правопорядков и изменения в них. Он указывал, что сравнительное изучение права является принципиально важным для истории права и общего учения о праве¹¹⁰.

По мнению Пухты (1821 г.), предметом правоведения («отдельного правоведения») является исключительно право одного народа, а обобщением права разных народов в пределах человечества занимается философия права (она не может быть национальной по определению, хотя полностью этого избежать не удается). Это науки самостоятельные, но взаимосвязанные. Методами правоведения являются систематический и исторический, один обязательно предполагает другой, и наоборот¹¹¹. Правоведение является наукой практической и направленной на развитие права народа («самая национальная из всех наук»); юристы «должны действовать как представители народа, если они хотят оказывать влияние на право»¹¹². Вместе с тем в его предмет входит также связь правопорядков между собой («переход», «рецепция»), то есть конкретная, а не общая связь

¹⁰⁶ Кант И. Указ. соч. С. 49

¹⁰⁷ Progetto di decreto per l'organizzazione della pubblica istruzione / Relatore V. Coco. Napoli, 1809. P. 21—22.

¹⁰⁸ Mittermaier C. J. A. Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts. Landshut : bei Joseph Thomann, 1812. S. 20.

¹⁰⁹ Карасевич П. Историческая школа в области права // Московские университетские известия. 1870. № 7. С. 382.

¹¹⁰ Фальк Н. Н. Различия в праве и сравнительное правоведение / пер. с нем. яз. В. В. Эмих при участии Е. В. Серебrenниковой ; под ред. А. В. Кресина // Сучасні проблеми порівняльного правознавства : зб. наук. праць / за ред. Ю. С. Шемшученка, Я. В. Лазура ; упор. О. В. Кресін, М. В. Савчин. Ужгород-Київ : Говерла, 2015. С. 196—197.

¹¹¹ Пухта Г. Ф. Указ. соч. С. 90—92, 96.

¹¹² Пухта Г. Ф. Указ. соч. С. 96, 98 ; Михайлов А. М. Указ. соч. С. 143.

(«настолько переступает границы этого народа, насколько переходит их само по себе его право»). В частности, такая связь исторически существует между правопорядками народов германского происхождения, а также римское право связывает «все европейские нации и их ответвления». Поэтому правоведение способствует общению с другими народами и имеет «значение, выходящее за пределы народа», но противится смешению национальных правопорядков (кроме рецепции римского права, которое является одновременно и национальным правопорядком, и «общим правом цивилизованных народов»)¹¹³.

Ганс в 1823 г. указывал на то, что сравнительное исследование правопорядков может представлять собой «особый вид философии» (философии позитивного права), если станет чем-то большим, чем простым описанием, поклонением факту. В то же время он указывал, что все науки о духе (исторические) позитивны, а «единственно правильным путем» в них является сравнение, которое ведет к выработке понятий: «Самые умные мужи выдвинули к науке требование, чтобы она развивалась в сравнительную науку», стала «расширенной», «универсальной и всеобъемлющей», возникло «универсальное исследование в правовой науке». Знание о праве в пределах одного правопорядка, которое рассматривает его как самодостаточное и замкнутое с практической целью («имеет определенную цель вне себя самого»), является «правоумением» («правознанием»), «если оно называет себя наукой, то является наукой практического разума», но на самом деле лишь юридическим ремеслом, которое не следует нагружать научными элементами. Ганс отмечал, что сравнение в правоведении является элементом, который превращает простое «правоумение»/«правознание» в науку¹¹⁴.

П. И. Дегай в работе 1831 г. утверждал, что существенные различия между правопорядками государств, особенно в сфере публичного права, значительно ограничивают возможности их теоретического (очевидно, также философского) обобщения. Более того, он отмечал, что опыт невозможно оторвать от теории, последняя творится путем обобщения первого («приведение в порядок, представление в связи», переход от наблюдений к синтетическим суждениям). Отдельный раздел своей книги он посвятил «совершенствованию изучения отечественных законов общей теорией права и познанием иностранного правоведения», предложив в нем познавать право философски, исторически, эмпирически, догматически и литературно (история юридического знания). При этом, по его мнению, изучаться должны все позитивные законодательства — «хотя составляет труды бесчисленные, цель недостижимую отдельными усилиями одного человека, но в сфере, которая ведет к этому идеалу, все отдельные успехи являются новым шагом к общему совершенствованию» — только так юрист может понять и усовершенствовать свое национальное право. Важнейшими зарубежными законодательствами, опыт которых особенно полезен, П. И. Дегай считал римское, английское, французское и немецкое, отмечая, что все остальные также особенные и заслуживают внимания¹¹⁵.

Итак, для юридического знания в середине XVIII в. был характерен дуализм — параллельное развитие знания позитивного права и философского по своей сути учения о естественном праве, которые не были синтезированы, хотя и могли про-

¹¹³ Пухта Г. Ф. Указ. соч. С. 90—91, 96—98.

¹¹⁴ Ганс Э. Указ. соч. С. 77—78, 80—84, 90—93.

¹¹⁵ Дегай П. И. Указ. соч. С. 11, 114—115, 108—109, 141.



извольно сочетаться, и не составляли единой правоведческой дисциплины. В то же время более системное, чем во многих других странах, развитие наук в немецких государствах, реформы организации образования и науки создали основу для прогресса и дисциплинарного становления общественных знаний в этих странах.

Во второй половине XVIII в. более или менее параллельно во времени геттингенская школа И. Пюттера и кенигсбергский профессор И. Кант развили учение об отделении знания о позитивном праве от философии (в том числе от учения о естественном праве) и формировании на его основе позитивной, общественной, эмпирической юридической науки. Они указывали на: эксклюзивность позитивного права как собственно права; нормативность/легальность как его природу, лежащую в плоскости, отличной от морали и нравственности, хотя и связанной с ними; правомерность и рациональность позитивного права как выражения общественных опыта и воли, его неслучайность и самоценность как предмета исследования; эмпиричность как основание познания права; систематизацию знания о позитивном праве и оформление его в юридическую науку.

Одним из проявлений формирования отдельной юридической науки в начале XIX в. стало появление в немецких государствах журналов, непосредственно посвященных развитию позитивного правоведения. Другим проявлением стало уточнение оснований новой (или принципиально трансформированной) юридической науки ведущими учеными эпохи. Для историко-философского учения о праве Гегеля, Фейербаха, Тибо и других характерно подчинение позитивной юридической науки эмпирической и позитивной философии, в том числе философии права, но с признанием отдельности обеих сфер, невозможности нивелирования их пределов, осуждением формализма метафизики (включая теорию естественного права). Историческое учение о праве Савиньи провозглашало однозначное отделение правоведения от философии. Общим для обоих учений стало провозглашение автономии науки о позитивном праве, включая формирование собственной системы понятий на основе эмпирических исследований, а также отрицание возможности естественного права как собственно права — благодаря чему эти направления юридической мысли можно признать различными сторонами раннего становления позитивизма.

Принципиальную роль в становлении юридической науки сыграли т.н. «кодификационные дебаты» — публичная дискуссия 1810—1817 гг., которая стала ключевой для формирования и четкого разграничения позиций историко-философской и исторической школ, а также уточнила и обогатила их общие принципы. Среди них:

- 1) формирование учения о праве на основе эмпирических исследований позитивного права, единство эмпирического знания и правовой доктрины;
- 2) признание профессии и призвания ученого-юриста — независимо от юридической практики и преподавания;
- 3) признание плюрализма форм организации юридических знаний — в виде как фундаментальной юридической науки немецкого типа, так и практико-ориентированных учений английского или французского образца.

Именно поэтому эту дискуссию, и в частности 1814 г. как время ее пика, можно считать последней вехой на пути преодоления дуализма юридического знания и формирования позитивной и общественной юридической науки (или соответствующего ее принципиального преобразования).

Дальнейшее развитие идей историко-философской и исторической школ относительно юридической науки до 1830-х гг. было связано с раскрытием и взаимовлиянием их программ. Например, Пухта провозгласил, что само по себе понятие права разрабатывается вне эмпирического позитивного правоведения — философией права; Ганс настаивал на том, что основой при этом выступают данные эмпирических исследований, философия же предоставляет для этого только свой метод, а не спекулятивные абстракции; Фейербах провозгласил созидание философии права на основе сравнительного (общего) правоведения. Конституирование отдельного от философии позитивного правоведения получило отражение в содержании юридического образования, базовой дисциплиной для которого стала энциклопедия позитивного права.

Споры ученых в это время касались, в частности, включенности философии позитивного права в юридическую науку или в философию, а также практической правоведения, на чем настаивала историческая школа, или его свободе от практических целей, что манифестировала историко-философская школа. С последним вопросом был связан принципиальный в контексте нашего исследования вопрос — о соответственно национальном или универсальном характере предмета юридической науки. Но указанные споры никоим образом не отрицают конвенции обеих наиболее влиятельных немецких и, в значительной степени, общеевропейских школ относительно автономного характера юридической науки, ее позитивных и социальных теоретических оснований.

Особый статус юридической науки объективно ставил вопрос о путях и принципах построения общего учения о праве — отдельного от философии. Кроме того, начиная по крайней мере со школы Пюттера к предмету юридической науки относили постижение многообразия правопорядков и их взаимодействия. Средством решения этих проблем ученые считали постоянное и масштабное сравнение позитивного права различных народов и его обобщение.

Как историческая, так и историко-философская школы признавали, что догматики отраслей национального права недостаточно для построения новой юридической науки. Изолированное национальное правознание провозглашалось ненаучным, свое право должно было познаваться в контексте других правопорядков, а общее учение о позитивном праве должно было охватывать, в идеале, все правопорядки. При этом обе школы по своему характеру были позитивистскими и социальными, а потому при попытках построения универсальной юридической науки дистанцировались от априорной рационалистической или идеалистической философии права. Поэтому основным инструментом конструирования правовой картины мира и новой юридической науки для ее познания стал сравнительный подход. Новая юридическая наука, в единстве ее объекта, предмета и методологии, зародилась как отчетливо компаративистская, что в значительной степени было также концентрированным и сущностным выражением ее социального и позитивистского характера.



Зарубежное право

РОЛЬ ВЫСШИХ СУДОВ В РАЗВИТИИ ПЕРЕСЕЛЕНЧЕСКИХ ФЕДЕРАТИВНЫХ ГОСУДАРСТВ (НА ПРИМЕРЕ США И АВСТРАЛИИ)¹



**Александр Дмитриевич
ГУЛЯКОВ,**
кандидат юридических
наук, доцент, ректор
Пензенского
государственного
университета
Comp_federalism@yandex.ru
440026, Россия, г. Пенза,
ул. Красная, д. 40



**Алексей Юрьевич
САЛОМАТИН,**
д.ю.н., д.и.н., профессор,
заведующий кафедрой тео-
рии государства и права
и политологии
Пензенского
государственного
университета,
член-корреспондент
Международной академии
сравнительного права
valeriya_zinovev@mail.ru
440026, Россия, г. Пенза,
ул. Красная, д. 40

Аннотация. В переселенческих социумах, где становление федеративного государства начиналось практически с нуля, исполнительная власть не могла быть сильной, а законодательной власти была отведена консолидирующая роль главным образом в момент конституционализации. В регулировании взаимоотношений между федеративным центром и субъектами важную роль была призвана сыграть судебная власть, выполнявшая функции арбитра. Однако в этой роли судебная власть, перешедшая затем к властной экспансии, не удержалась и превратилась в политически пристрастную силу. Именно она содействовала централизации молодых федеративных государств. В США этот процесс протекал более активно, в Австралии, которая не сталкивалась с очевидными проявлениями сепаратизма, он имел место в менее явной форме.

Ключевые слова: высшие суды, первооселенческие государства, история США, история Австралии, Верховный суд США, Высокий суд Австралии.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.124-133

A. D. GULYAKOV,
Candidate of legal Sciences, Associate Professor, Rector of Penza state University
Comp_federalism@yandex.ru
440026, Russia, Penza, Krasnaya Str., 40 A.

Yu. SALOMATIN,
doctor of legal Sciences, doctor of historical Sciences Professor, Head of the
Department Theory of State and Law and Political Science of Penza State
University, corresponding member of International Academy of Comparative Law
valeriya_zinovev@mail.ru
440026, Russia, Penza, Krasnaya Str., 40

THE ROLE OF HIGHER COURTS IN THE DEVELOPMENT OF PIONEERING STATES (USA AND AUSTRALIA BEING THE EXAMPLES)

Annotation. In the pioneering societies where the creation of federative state had begun from the zero level, the executive power wasn't strong and legislative power had a consolidated effect mainly in the moment of consti

tutionalization. In the relations between federative center and sub-units the courts were of high importance functioning as arbitrator. But the courts beginning with the power expansion have turned partisan. They have helped to centralize young federative states. This process was developing rapidly in the USA and in Australia where there were not acts of clear separatism it look place in less obvious manner.

Keywords: *Higher Courts; Pioneering States; History of the USA; History of Australia; USA Supreme Court; Higher Court of Australia.*

В знаменитом сборнике политических памфлетов «Федералист» сюжетам судебной власти была посвящена только третья, завершающая часть (статьи № 78—83), но отношение к ней было весьма комплиментарным. Автор этих статей, лидер федералистов А. Гамильтон, обосновывал мысль о том, что из всех трех властей судебная наиболее слабая, «она не имеет никакого влияния ни на меч, ни на “казну”, и значит, ей надо дать возможность защищаться от властных ветвей — конкурентов»². Утверждалось, что судьи должны «служить промежуточными органами между народом и законодательной властью, дабы, помимо прочего, они держали ее в рамках предоставленной ей компетенции»³. Все указанные сентенции формулировались в рамках **классической схемы разделения властей**.

Политика наибольшего благоприятствования федеральной судебной власти нашла свое выражение в Законе о судостроительстве от 24 сентября 1789 г., который учредил трехзвенную федеральную судебную систему во главе с Верховным судом. Отбор судей (и прежде всего в высший суд страны) прошел по жестким критериям политической благонадежности и элитарности⁴, а решения по первым делам продемонстрировали, что власть не ошиблась в консерватизме и социальной слепоте своих лиц. Однако в 1790-е гг. Верховный суд в силу тех или иных объективных и субъективных причин еще не стал достаточно авторитетным и по-настоящему работоспособным органом. Ситуация меняется только с приходом в председательское кресло энергичного политика Джона Маршалла.

Решение по делу **Marbury v. Madison** (1803) стало поворотным в судебной экспансии и в переходе Суда к решительной защите федерализма. Хотя в этом случае Дж. Маршалл прагматично избежал прямой конфронтации с администрацией и формально она одержала победу, так и не выдав патент судьи федералисту Мэрбери, фактически Маршалл добился для Суда полномочий конституционного контроля. В решении подчеркивалась высшая юридическая сила конституции по отношению к обычному закону и обосновывалась интерпретирующая роль Суда⁵.

² Федералист. Политические эссе Александра Гамильтона, Джеймса Мэдисона и Джона Джея. М., 1994, С. 503.

³ Федералист. С. 505.

⁴ Саломатин А. Ю. Верховный суд США. Судебная правовая политика от Дж. Джея до Дж. Робертса. М., 2013, С. 7—9.

⁵ Конституции зарубежных государств. М., 1996. С. 53.

Период 1819—1824 гг. — наиболее резонансный момент в деятельности высшего органа страны. В это время принимается поворотное решение **McCulloch v. Maryland** (1819), всколыхнувшее многочисленных сторонников прав штатов. Касаясь двух принципиальных вопросов — о конституционности Первого и Второго национального банков и о законности введения штатом Мэриленд налога на деятельность местного банковского филиала, Суд всецело принял сторону банка и кассира его мэрилендского филиала Мак Куллоха, возбудившего иск к штату.

Верховный суд не подвергал сомнению право штата на налогообложение, а только подчеркнул, что «суверенитет штата распространяется на все, что существует с его санкции», но никак не на структуры, созданные конгрессом. Иначе говоря, если штату будет позволено взимать налог на деятельность одного федерального органа, может возникнуть вопрос о законности налогообложения других органов и институтов — таких как почта, монетный двор, патентные права и т.д.⁶

Решение в пользу Второго национального банка не прибавило Верховному суду популярности, ибо банк этот в стране не любили, справедливо рассматривая его прежде всего как предприятие узкого клана спекулянтов, враждебное рядовым гражданам и другим, не привилегированным банкам.

В конгрессе было вынесено 26 предложений с целью изменить состав Суда или характер его решений. Специфическая критика в адрес судебного органа звучала в устах сенаторов и конгрессменов 13 из 24 штатов. Аргументы о правах штатов постоянно выдвигались их губернаторами. С критикой Суда выступали законодатели и судьи из отдельных штатов. Все это давление на Верховный суд, возможно, возымело бы успех, если бы его поддержала исполнительная власть. Однако из президентов лишь Эндрю Джексон (1829—1837) частично и не вполне последовательно оказал воздействие на федеральный судебный орган⁷.

К тому времени и сам Суд стал смягчать свою позицию, выказывая большее уважение правам отдельных штатов и здравому смыслу. Так, адекватным потребностям времени и общественным настроениям было решение по делу **Gibbons v. Ogden** (1824).

Судебный спор между обладателем пароходной лицензии Огденом, выданной монополистом — пароходной компанией Фултона, и другим пароходчиком, Гиббонсом, получившим разрешение конгресса США на занятие прибрежной торговли, в суде штата Нью-Йорк был решен в пользу первого. В результате этого «пароходное движение в водах Нью-Йорка было заблокировано для всех аутсайдеров, во-первых, и нанесен удар по власти конгресса, во-вторых. Т. Гиббонс принес дело в Верховный суд США, и им занялся сам Маршалл». Маршалл при этом исходил из конституционного принципа о праве конгресса регулировать торговлю: «Полномочия в отношении торговли с иностранными государствами и между двумя или несколькими штатами, предоставленные конгрессу конституцией, столь же неограниченны, полны и закончены, — заключил Маршалл, — как если бы Соединенные Штаты управлялись одним правительством»⁸.

⁶ Basic Readings in US Democracy / ed. by M. I. Urofsky. Wash., 1994. P. 61, 63, 64—68.

⁷ Jessup D. W. Reaction and Accomodation. The US Supreme Court and Political Conflict. N. Y. and L., 1987. P. 423, 425, 428—432.

⁸ Черниловский В. М. От Маршалла до Уоррена. Очерки истории Верховного суда США. М., 1982. С. 47—48.

Дело было решено в пользу Гиббонса, «причем данное решение было довольно популярным, т.к. ограничение выдачи всевозможных монопольных прав в это время поддерживалось многочисленными слоями населения. В решении Верховного суда специально оговаривалось, что полномочия конгресса простираются на отношения между штатами, в принципе — вне зависимости от типа транспорта. Тем самым создались предпосылки к созданию единой транспортной сети страны, не зависимой от деятельности отдельного штата. В полной мере значение этого решения сказалось уже через несколько лет, когда, наряду с развитием паровозного движения по водным путям, началось интенсивное строительство железных дорог»⁹.

Примечательно, что судебная политика менялась не только в связи со сменой состава Суда, но и в соответствии с потребностями страны. Дуалистический федерализм, в рамках которого развивались США примерно до 1930—1940-х гг., предусматривал известный параллелизм федерального и штатного уровня власти, и централизаторский вектор развития страны должен был быть сбалансирован с учетом интересов штатов. Защитой «полицейских» (т.е. административных) полномочий штатов как раз и занимался Верховный суд США под председательством Р. Тэни.

По праву знаковым для Суда Маршалла являлось дело **Dartmouth College v. Woodward** (1819), в котором в жесткой и даже анахроничной форме была подтверждена нерушимость контракта, заключенного еще колониальными властями. В новых условиях, во многом в аналогичном деле **Charles River Bridge v. Warren Bridge** (1837) Суд Тэни вынес совершенно иной вердикт. Спор двух мостостроительных компаний — первой, чья хартия была выдана в 1785 г., и второй, чье разрешение на строительство почти в том же месте было датировано 1828 г., был, по сути, спором между сторонниками и противниками монополии, а не сторонниками и противниками собственности. Верховный суд, признав право штата регулировать вопросы, связанные со «всеобщим благом», отказался рассматривать выдачу второй хартии как нарушение договора.

Характерно, что Р. Тэни не подверг ревизии прежнее решение по дартмутскому делу, а лишь вывел рассматриваемый вопрос из сферы его применения. Более того, в период председательства Тэни из более чем ста конституционных решений 30 касались проблемы нерушимости контракта, и Верховный суд во многих случаях достаточно активно защищал права собственника от властей штатов¹⁰. Другой вопрос, что дело двух мостостроительных компаний создало важный прецедент, новый регулирующий подход по поводу собственности. «... Годы Тэни в Суде были отмечены растущей озабоченностью судей защитой прав общины, противостоящих праву собственности»¹¹. Эта озабоченность была вполне в духе официальной риторики тех дней, которую обозначил один из ведущих редакторов О. Браун, заявивший: «Мы полагаем, что собственность должна занимать подчиненное место по отношению к человеку, а не человек по отношению к собственности»¹².

⁹ Конституция США: история и современность. М., 1988. С. 112.

¹⁰ *Currie D. P.* The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years. 1789—1888. Chicago & L., 1985. P. 210—211.

¹¹ *Schwartz B.* From Confederation to Nation. The American Constitution, 1835—1877. Baltimore, L., 1973. P. 5.

¹² *Schlesinger A. M.* The Age of Jackson. N. Y., 1945. P. 312.



В то же время решение *Charles River Bridge v. Warner Bridge*, а также дело **Mayor of New York v. Miln**, в ходе рассмотрения которого в том же 1837 г. были признаны конституционными законы штата Нью-Йорк по поводу судов, заходивших в нью-йоркский порт, не только открывали широкую возможность для развития транспортной сети страны, но и создавали климат, способствующий появлению новых предприятий. Верховный суд с гораздо большей снисходительностью, нежели прежде, смотрел на действия отдельных штатов в социально-экономических вопросах. Концепция народного суверенитета, и «полицейских» (т.е. административных) полномочий штатов, служили в годы «джексоновской демократии» делу развития капитализма «вширь». «Так, в деле **Brisco v. Bank of Kentucky**, в значительной мере вразрез с прежними решениями, суд признал законным выпуск бумажных денег банком, контролируемым штатом Кентукки»¹³.

Разумеется, процессы централизации государства после окончания Гражданской войны ускоряются, поскольку, во-первых, рухнуло последнее препятствие на пути к созданию единого внутреннего рынка — рабство. Во-вторых, в стране начинаются процессы индустриализации, которые фактически стирают границы между штатами. В-третьих, завершается освоение Запада, что требует усиления интеграционных усилий в отношении пионерских территорий.

В этот момент Верховный суд усиливает централизаторский прессинг на штаты — причем действует социально агрессивно, исключительно в интересах крупного капитала. Это касается непризнания конституционными актов легислатур штатов по поводу регулирования железнодорожных тарифов и условий труда. Консервативно настроенные судьи пытаются заблокировать антикризисное законодательство «Нового курса» Ф. Д Рузвельта, расширявшее полномочия центральной власти, но терпят поражение в конце 1930-х гг. Но кульминация вмешательства Верховного суда США в дела штатов происходит в условиях **кооперативного федерализма**.

Председательская эра Э. Уоррена (1953—1969) богата подобными событиями. Дело **Brown V. Board of Education of Topeka** (1954) заложило основы политики десегрегации школ, что в известной мере было вмешательством в дела штатов. В решении по делу **Heart of Atlanta Motel v. US** (1964) Суд воспользовался весьма расширительной трактовкой полномочий федеральной власти контролировать торговлю между штатами, чтобы запретить сегрегацию в отеле, формально и фактически не имевшего отношения к межштатным перевозкам. В решении по делу **Baker v. Carr** (1962) судьи вмешались в такой деликатный вопрос, как «нарезка» избирательных округов штатов, что традиционно не являлось полномочием судебной власти. Словом, Верховный суд осуществил беспрецедентную экспансию, и во всех случаях она укрепляла власть федерального правительства.

Общественно-политическое развитие США отчетливо связано с чередованием этапов либерализма и консерватизма¹⁴. В послевоенной истории США выделяют **6 консервативных волн**, но только 3-я из них (вторая половина 1970-х — 1980- гг.) отличалась беспрецедентной длительностью и повлияла на федеративные отношения¹⁵. Именно при Р. Рейгане были выдвинуты лозунги «нового федерализма»,

¹³ Конституция США: история и современность. С. 122—123.

¹⁴ Шлязингер А. Циклы в американской истории. М., 1992.

¹⁵ Гарбузов В. Н. Американские консервативные волны // США. Экономика. Политика. Культура. 2016. № 5. С. 3—17.

направленного на сокращении федеральных расходов и частичного перекладывания финансового бремени на штаты. Однако реальный перелом в настроениях управленческой элиты происходит позже — в 1990-е гг., что нашло подтверждение и в решениях высшего судебного органа страны.

Вступление США в этап **конкурентного федерализма** на рубеже тысячелетий побудил Верховный суд скорректировать судебскую экспансию и либерально-центристскую интерпретацию. Новые, антицентрализаторские тенденции появились и в деятельности Верховного суда США. С 1991 г. он начал год за годом выносить решения, в которых отвергалось право конгресса командовать административным аппаратом штатов и местных органов власти и навязывать им конкретные политические действия, подрывать суверенитет штатов, чрезвычайно широко толковать право федерального центра регулировать торговлю между штатами, недолжным образом толковать право конгресса регулировать деятельность штатов на основании 14-й конституционной поправки¹⁶. Первым в череде вердиктов было решение по делу **Gregory v. Ashcroft** (1991), где Суд отказал в возможности применить федеральный закон в отношении судей штата Миссури, для которых штатом предусматривался обязательный возраст выхода в отставку. Суд указал, что «данное дело затрагивает положение конституции штата, посредством которого население Миссури устанавливает квалификацию для тех, кто работает в качестве судей. Это положение не выходит за рамки того, что традиционно регулируется штатами... Посредством установления структуры правительства и требований к тем, кто осуществляет власть, штат самоопределяет себя как суверенная единица»¹⁷.

В решении по делу **US v. Lopez** (1995) было покончено с неадекватно расширительной, можно сказать, мифотворческой практикой трактовки положения о регулировании федеральной властью межштатной торговли. Было констатировано, что федеральный закон 1990 г., запрещавший ношение оружия вблизи школ, никакого отношения к конституционным полномочиям конгресса регулировать торговлю не имеет.

В следующий раз, в 1997 г., Суд отметил, что билль Брейди, обязывающий сотрудников местной полиции участвовать в федеральных программах борьбы с распространением оружия, ущемляет полномочия штатов. Подтвердили компетенцию штатов верховные судьи и в других делах — **Idaho v. Cour d'Alene Tribe of Idaho** (1997), **Seminol Tribe of Florida v. Florida** (1996), **Alden v. Maine** (1999). Впрочем, чуть позже были вынесены решения по другим вопросам, благоприятные в отношении федерального центра¹⁸.

В Австралии развитие высшего суда страны пошло примерно по той же траектории, хотя и с рядом особенностей. Как признавались сами себе создатели австралийского государства, процесс его строительства происходил медленно и осторожно, и перед общественным мнением не довлел фактор возможной катастрофы, связанной с промедлением его организации¹⁹.

¹⁶ Conlan T. J., De Chantal F. V. The Rehnquist Court and Contemporary American Federalism // Political Science Quarterly. Vol. 116. 2001. № 2. P. 257.

¹⁷ Conlan T. J., De Chantal F. V. Op. cit. P. 259.

¹⁸ См.: Urofsky M. I., Finkelman P. A March of Liberty. A Constitutional History of the US. Vol. 2. N. Y., Oxford, 2002. P. 977—979.

¹⁹ Davidson A. The Invisible State. The Formation of Australian State. 1788—1901. N.Y., 1991. P. 239.



Созданная государственная конструкция учитывала опыт других демократий и федеративных государств. Так, например, в Конституции «имеется аналог швейцарской практики прямой демократии — вынесение отдельных вопросов на референдум...». И в то же время опыт Великобритании был использован в видоизмененном виде — без официального признания «суверенитета парламента». «Точно так же видоизменилась и американская система сдержек и противовесов. Присущая ей четкая демаркационная линия между властью законодательной и исполнительной по существу исчезла»²⁰.

Властные возможности высшего судебного органа страны носили более широкий характер, чем у его американского аналога. Кроме того, что он занимался интерпретацией Конституции, его апелляционные полномочия были особо оговорены.

В то же время в австралийском парламенте изначально не было полного единодушия по поводу необходимости Высокого суда. Генеральному прокурору Дикинсу, внесшему билль в феврале 1901 г., пришлось уговаривать парламентариев.

Назначение судей Высшего суда состоялось только в 1903 г. в соответствии со ст. 71 Конституции и Судебного акта 1903 г. Первоначально он имел очень узкий состав — трех членов (включая председателя), но все они были известными ветеранами политики. Используя собственную интерпретацию Конституции и Судебного акта, судьи быстро присвоили широкую апелляционную юрисдикцию в отношении дел, направляемых из судов штатов, чем не только обеспечили себя работой, но даже оказались перегружены потоком хлынувших дел. В 1906 г. парламент удовлетворил их просьбу и расширил состав Суда за счет двух новых членов. В 1913 г. было решено, что судей должно быть не 5, а 7.

Сложилась практика выездных заседаний: причем исходя из климатических особенностей за каждым штатом был закреплен свой временной отрезок: февраль — за Тасманией, июнь — за Квинслендом, сентябрь — за Западной Австралией, октябрь — за Южной Австралией. Обычно сессия длилась неделю. Суд постоянно находился в Мельбурне (штат Виктория) и регулярно заседал в Сиднее (новый Южный Уэльс).

До 1920 г. Суд придерживался трактовки Конституции в пользу штатов, и в этом он отличался от централизаторски настроенного Верховного суда США под председательством Дж. Маршалла. Высший суд Австралии уже в решении **D'Emden v. Pedder** (1904) исходил из параллельного, независимого друг от друга существования федерального права и права штатов. Доктрину зарезервированных за штатами прав Суд развил в решениях по делам **Peterswald v. Bartley** (1904), **R v. Barger** (1908), **Attorney General (NSW) v. Brewery Employees Union (NSW)** (1908) и **Huddart Parker v. Moorehead** (1908). Полномочия федерального центра Судом интерпретировались тогда узко, чтобы оставить максимальное поле деятельности для штатов²¹.

²⁰ Федерализм: теория и история развития (сравнительно-правовой анализ) : учеб. пособие / отв. ред. М. Н. Марченко М., 2000, С.237

²¹ *Sawer G. Australian Federalism in the Courts. L. : Cambr. Univ. Press, 1967. P. 127 ; Hanks P., Keyzer P. and Clarke J. Australian Constitutional Law. Materials and Commentary. 7th ed. Sydney : Butterworths, 2004. P. 579.*

Исходя из концепции зарезервированных полномочий за штатами, он отказывал федеральному парламенту в расширении его прав. С двумя судьями-старожилами — **С. Гриффитом** и **Э. Бартоном**, постоянно консультировались генерал-губернаторы, и эта практика сохранилась и в более поздние времена.

При новом председателе — **А. Ноксе**, Суд стал благосклоннее относиться к центральной власти, что продемонстрировало решение по делу **Amalgamated Society of Engineers v. Adelaide Steam ship Co. Ltd.** (1920). Конечно, Адриана Нокса трудно отождествить с Джоном Маршаллом, как трудно провести параллель между осторожно-централизаторской линией австралийского суда и напористостью Маршалла и его коллег, агрессивно утверждавших свой авторитет и авторитет федерального центра. Тем не менее общий вектор на централизацию в данных двух странах четко просматривается.

При председателе **Ф. Г. Даффи** судьи в 1932 г. признали незаконным игнорирование выплаты займов штатом Новый Южный Уэльс и его премьер-министром Дж. Лэнгом. Это решение было в пользу зарубежных кредиторов и не отвечало интересам жителей штата, с трудом выживавших в годы Великой депрессии. В то же время при председателе **Дж. Лэтеме** в ходе рассмотрения **First Uniform case** (1942) действия федерального правительства по концентрированию в его руках налогов, ранее принадлежавших штатам, получили одобрение, и это, безусловно, усилило обороноспособность страны в годы Второй мировой войны.

Считается, что 23-летний период председательства **О. Диксона**, который начался в 1952 г., был «золотым веком» Суда. Председатель пользовался большим влиянием среди коллег, и ему удалось навязать им свою централизаторскую интерпретацию Конституции, позже отмененную. После окончания Второй мировой войны штатам было сложно восстановить у себя подоходный налог, и второе дело о взимании унифицированного налога — **Victoria v. Commonwealth (Second Uniform Tax Case)** (1957) — было решено Высоким судом в пользу федеральной власти.

В 1980-е гг. в бытность председателем Г. Гиббса высший судебный орган страны опять стал на сторону федерального правительства, широко трактуя его внешние полномочия для решения чисто внутренних проблем.

Важной вехой на пути дальнейшего усиления федеральной власти стало дело **Commonwealth v. Tasmania** (1983). Это был спор между федеральным правительством и властями острова Тасмания по поводу строительства дамбы на реке Франклин, осуществляемого по предложению Гидроэлектрической комиссии штата. В 1982 г. ЮНЕСКО причислил район реки Франклин к мировому наследию, что усилило позиции противников строительства и дало повод федеральному лейбористскому правительству издать в 1983 г. Акт о сохранении собственности, принадлежащей к мировому наследию. Тогда же оба правительства — федеральное и штатное — обратились в Высокий суд.

Судьи с перевесом в один голос (4 против 3) приняли решение, что акт федерального правительства, запрещающий штату строительство бомбы, является конституционным на основе подсекции 29 секции 51 Конституции о так называемых «внешних» полномочиях федеральной власти, сформулированных, объективно говоря, крайне туманно. Судья Мейсон подчеркнул, что эта неопределенность в конституционном тексте была допущена намеренно, с перспективой расширительного толкования, и в момент принятия Конституции не существова-



ло ни международных организаций, ни транснациональных корпораций. Судья Мерфи сформулировал обстоятельства, при которых закон приобретает международный, или «внешний», характер (они включали случаи, когда речь шла о выполнении международного договора, рекомендаций со стороны ООН, ВТО, МОТ, сделок юридических лиц внутри Австралии с зарубежными партнерами, сделок внутри Австралии, имеющих международный характер)²².

Надо ли говорить, что подобная широкая интерпретация конституционного текста не могла не встревожить сторонников прав штатов. Дебаты по поводу «внешних полномочий» нашли продолжение в последующих делах²³, причем Высочайший суд выступал за их широкое толкование.

Еще более щедрые полномочия федеральному центру давало решение по делу **New South Wales v. Commonwealth** (2006). Речь шла о конституционной оценке *Work Choices Act* (2005) — Закона о «трудовом выборе», корректирующем Закон об отношениях на рабочем месте (*Workplace Relations Act*) 1996 г. Закон 2005 г. нарушил обязательства по Конвенции МОТ № 87 «О свободе ассоциации и защите прав на организацию», Конвенции МОТ № 98 «О применении принципов права на организацию и на введение коллективных переговоров», Конвенции МОТ № 158 «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя». Эта мера, подвергшаяся резкой критике со стороны профсоюзов, продвигала принципы классического либерализма о невмешательстве государства в трудовые отношения²⁴.

Суд выступил на стороне правоцентристских сил, поддержав крайне непопулярный среди рядовых австралийцев акт. Против федерального правительства выступили штаты Новый Южный Уэльс, Западная Австралия, Южная Австралия, Квинсленд, Виктория и австралийский Союз рабочих совместно с профсоюзами Нового Южного Уэльса.

И тем не менее судьи нашли возможным проигнорировать широкое общественное недовольство и обосновали свою позицию подсецией 20 секции 51 Конституции о правомочности федерального парламента принимать законы о «зарубежных корпорациях и торговых и финансовых корпорациях, сформированных внутри федеративного сообщества».

В свою очередь, сторонники прав штатов и прав трудящихся обращали внимание судей на то, что конституционное положение о регулировании корпораций не может пониматься столь широко: оно распространяется только на их внешнее регулирование (т.е. не охватывает регулирование персонала) и важнейшую их деятельность, не включает в себя процедуры примирения и арбитража между работниками и работодателями²⁵.

Упорство, с каким консерваторы-рыночники и большой бизнес продвигали закон, достойно сожаления. Их недальновидное стремление к безусловной победе привело к поражению правящей партии на последующих парламентских выборах

²² URL: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1983/21.html>.

²³ См.: *Richardson v. Forestry Commission* (1988); *Queensland v. Commonwealth* (1989); *Victoria v. Commonwealth* (1996).

²⁴ См.: *Бобровникова М.* Судьба либеральных реформ в сфере труда // *Сравнительное трудовое право.* 2009. № 2.

²⁵ URL: [https://en.wikipedia.org/wiki/New_South_Wales_v_Commonwealth\(2006\)](https://en.wikipedia.org/wiki/New_South_Wales_v_Commonwealth(2006)).

в декабре 2007 г. и фактическому демонтажу защищаемого Судом законодательства. Возникли разговоры о необходимости реформы федерализма. Усилилась критика Высокого суда. Теперь выражается недовольство тем, как члены Высокого суда произвольно интерпретируют Конституцию, неоправданно далеко уходя от намерений отцов-основателей²⁶.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бобровникова М. Судьба либеральных реформ в сфере труда // Сравнительное трудовое право. — 2009. — № 2.
2. Гарбузов В. Н. Американские консервативные волны // США. Экономика. Политика. Культура. — 2016. — № 5. — С. 3—17.
3. Конституции зарубежных государств. — М., 1996.
4. Конституция США: история и современность. — М., 1988.
5. Саломатин А. Ю. Верховный суд США. Судебная правовая политика от Дж. Джея до Дж. Робертса. — М., 2013.
6. Федералист. Политические эссе Александра Гамильтона, Джеймса Мэдисона и Джона Джея. — М., 1994.
7. Федерализм: теория и история развития (сравнительно-правовой анализ) : учебное пособие / отв. ред. М. Н. Марченко. — М., 2000.
8. Черниловский В. М. От Маршалла до Уоррена. Очерки истории Верховного суда США. — М., 1982.
9. Шлязингер А. Циклы в американской истории. — М., 1992.
10. Allan J. and Aroney N. An Uncommon Court: How the High Court of Australia Has Undermined Australian Federalism // Sydney Law review. — Vol. 30. — P. 246—247.
11. Basic Readings in US Democracy / ed. by M. I. Urofsky. — Wash., 1994.
12. Conlan T. J., De Chantal F. V. The Rehnquist Court and Contemporary American Federalism // Political Science Quarterly. — Vol. 116. — 2001. — № 2. — P. 257.
13. Currie D. P. The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years. 1789—1888. — Chicago & L., 1985.
14. Jessup D. W. Reaction and Accommodation. The US Supreme Court and Political Conflict. — N. Y. and L., 1987.
15. Schwartz B. From Confederation to Nation. The American Constitution, 1835—1877. — Baltimore, L., 1973.
16. Schlesinger A. M. The Age of Jackson. — N. Y., 1945.
17. Urofsky M. I., Finkelman P. A March of Liberty. A Constitutional History of the US. — Vol. 2. — N. Y., Oxford, 2002.

²⁶ См.: Allan J. and Aroney N. An Uncommon Court: How the High Court of Australia Has Undermined Australian Federalism // Sydney Law review. Vol. 30. P. 246—247.





**Павел
Валерьевич
ЛАПО,**

кандидат юридических
наук,
старший преподаватель
кафедры истории права
и государства
Юридического института
Российского университета
дружбы народов
lapo_pv@rudn.university
117198, Россия, г. Москва,
ул. Миклухо-Маклая, д. 6

© П. В. Лапо, 2017

ОРГАНИЗАЦИЯ ВЕРХОВНОЙ ВЛАСТИ В ПЕРВОМ ЛАТИНО-ИЕРУСАЛИМСКОМ КОРОЛЕВСТВЕ (1099—1187): КОНФЛИКТ КОРОНЫ И ЦЕРКВИ

Аннотация. Процесс организации верховной власти в Первом Латино-Иерусалимском королевстве (1099—1187), занявший первую треть XII в., с первых дней существования нового государства принял форму борьбы за инвеституру. При этом сопоставление европейских и ближневосточных событий XI—XII вв. позволяет сделать вывод, что конфликт между королями и патриархами Иерусалима отличался от аналогичного, хотя и значительно более масштабного, противостояния глав католической церкви и императоров Священной Римской империи как по причинам, так и по последствиям. Уделяя основное внимание анализу оригинальных исторических и правовых источников XII—XIII вв. на латинском и старофранцузском языках, автор подробно рассматривает конфликт короны и церкви, в первую очередь по поводу владения Иерусалимом. Важное место в работе занимает характеристика роли Наблусского собора 1120 г. в урегулировании взаимных притязаний короля и патриарха на главенство над государством. В заключительной части исследования на основе положений коронационного чина иерусалимских королей подтверждается гипотеза автора о том, что именно они одержали верх в противостоянии с патриархами и являлись единственными реальными правителями королевства.

Ключевые слова: Латино-Иерусалимское королевство, борьба за инвеституру, королевская власть, церковная власть, Наблусский собор.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.134-144

P. V. LAPO,
Ph D (Law), Department of History of Law and State, Institute of Law,
People's Friendship University of Russia
lapo_pv@rudn.university
117198, Russia, Moscow, Miklukho-Maklaya Str., 6

ORGANISATION OF SUPREME POWER IN THE FIRST KINGDOM OF JERUSALEM (1099—1187)

Annotation. Organisation of supreme power in the First Kingdom of Jerusalem (1099—1187) during the first one third of the XII century was transformed into investiture controversy

Correlation of European and Near East events of the XI—XII centuries enables to say that confrontation between the king and patriarchs of Jerusalem strongly differed from one taken place between popes and emperors of the Holy Roman Empire. While analyzing Latin and Old French sources of

the XII—XIII centuries author observes in details conflict of the crown and the church concerning the possession of Jerusalem. He also focuses on the Council of Nablus' role in regulating of king and patriarch mutual claims to the power over the kingdom. In the final part of the research the author with help of the text of coronation order of the kings of Jerusalem proves his own hypothesis that only the latter were real rulers of the kingdom.

Keywords: Kingdom of Jerusalem, Investiture Controversy, royal power, ecclesiastical authority, Council of Nablus.

Рассматривая организацию верховной власти в государствах крестоносцев Латинского Востока, исследователи вслед за авторами латинских хроник Крестовых походов традиционно именуют крупнейшее из них Латино-Иерусалимским королевством. Двойственность названия подчеркивает двойственную же природу этого государства, созданного на основе западноевропейских¹ и ближневосточных традиций. Обозначение его исключительно как королевства («*regnum*» — именно так и не иначе оно именуется в латинских правовых и исторических источниках XII в.), казалось бы, не оставляет сомнений в том, кто являлся главой данного государства. Но насколько данное определение согласуется с исторической реальностью? Анализ событий конца XI — первой трети XII в. показывает, что ситуация с управлением королевством как минимум в первые десятилетия его существования была значительно сложнее.

Изучение комплекса проблем, связанных с формой правления Латино-Иерусалимского королевства, необходимо начать с рассмотрения событий, произошедших сразу по окончании Первого крестового похода (1096—1099). Первой сложностью, с которой столкнулись крестоносцы, стало избрание правителя для управления завоеванными землями². Как сообщает Гильом Тирский, после взятия Иерусалима «...на восьмой день (23 июля 1099 г. — Прим. П. Л.) собрались предводители Похода и пришли к согласию, призывая милость Святого Духа, что они должны избрать из своего числа того, кто бы правил сими землями и принял бремя королевской власти»³. Узнав об этом, «...собрались вместе некоторые кли-

¹ Западная Европа в период XI—XII вв. включала Францию (кроме Лангедока), германские земли (в том числе Швейцарию и будущие Нидерланды), Британские острова (см.: История Европы : в 5 т. М., 1992. Т. 2 : Средневековая Европа. С. 256—257), а также территории Аппенинского и Пиренейского полуостровов.

² «В XII в. процесс образования государства происходил в головах и речи людей, а не путем становления государственных институтов» (см.: Канторович Э. Х. Два тела короля. Исследование по средневековой политической теологии / пер. с англ. М., 2013. С. 52). Таким образом, с точки зрения современников, государство крестоносцев должно было возникнуть одновременно с избранием его правителя.

³ Huygens R. B. C. (ed.). Willelmi Tyrensis Archiepiscopi Chronicon (Historia Rerum in Partibus Transmarinis Gestarum). Corpus Christianorum Continuatio Medievalis. 63-63 A. Turnholt, 1986. IX, 1. P. 421: «...octava die convenerunt principes habituri tractatum, invocata sancti spiritus gratia, ut aliquem de suo eligant collegio qui regioni presit et regiam provincie impendat sollicitudinem».



рики... и их посланники заявили: “Клиру было объявлено, что вы собрались с целью избрать одного из вас королем. Ваш план кажется нам праведным, вполне пригодным и достойным претворения в жизнь, если в этом деле будет соблюден определенный порядок. Ибо представляется ясным, что дела духовные достойнее дел мирских, и поскольку они достойнее, должны тем предшествовать. По этой причине видится нам... что первым должен быть избран человек, угодный Господу и набожный, который будет знать, как руководить и управлять церковью Христовой. Это должно быть сделано в первую очередь, и лишь затем стóит заняться выборами того, кто примет мирскую власть”⁴.

Притязания клириков казались им вполне законными еще по двум причинам, не упоминаемым в хронике. Во-первых, наряду с Константинополем, Антиохией и Александрией, в Иерусалиме располагалась одна из ближневосточных патриарших кафедр. Во-вторых, сам Крестовый поход был вдохновлен папой⁵, а потому клирики претендовали на духовное главенство над знатью. Но представители церкви не учли, что в войске крестоносцев не осталось ни одного священника, влиятельного настолько, чтобы его признали достойным сана патриарха⁶. Вероятно, именно так думали бароны, «*посчитавшие вышеупомянутое послание не-серьезным и ничего не значащим*»⁷. Они отказались передать верховную власть в руки клира, решив выбрать в первую очередь короля⁸ и только затем — главу иерусалимской церкви.

Причина избрания двух правителей, а не одного заключается, по мнению автора, в особенности статуса самого сиро-палестинского региона. Обширная территория Святой земли, где библейские святыни⁹ и владения церкви встречались буквально на каждом шагу, населенная сотнями тысяч приверженцев различных ответвлений восточного христианства, с одной стороны, и мусульман — с другой, не могла оказаться под рукой только короля или патриарха. Но вопрос о превосходстве, пусть даже моральном, одного из них над другим играл в данном случае немаловажную роль и одновременно влиял на статус всего государства. Здесь на первое место выходила проблема управления Иерусалимом. И для знати, и для духовенства он имел колоссальное значение как конечная цель Крестового по-

⁴ Huygens R. B. C. Op. cit. IX, 1. P. 421: «...congregati sunt quidam de clero... et intromissi dixerunt: “Nuntiatum est clero, quod ad hoc ut de vobis unum eligatis in regem convenistis. Videtur autem nobis propositum vestrum sanctum et utile et omni cura exsequutioni mandandum, si tamen ad id ordine congruo veniatur. Certum est porro spiritualia temporalibus digniora esse, que vero digniora sunt, merito debere precedere. Unde videtur nobis... quod prius eligenda sit deo placens et religiosa persona que ecclesie dei preesse sciat et prodesse, quam de secularis potestatis electione agatur”».

⁵ Munro D. C. The Popes and the Crusades // Proceedings of the American Philosophical Society. 1916. № 5. P. 348.

⁶ Huygens R. B. C. Op. cit. IX, 2. P. 421—422 ; La Monte J. Feudal Monarchy in the Latin Kingdom of Jerusalem, 1100—1291. Cambridge, 1932. P. 3—4 ; Prager J. The world of the crusaders. London, 1972. P. 67—68.

⁷ Huygens R. B. C. Op. cit. IX, 2. P. 422: «Principes tamen, leve et frivolum reputantes predictorum verbum...».

⁸ Huygens R. B. C. Op. cit. IX, 2. P. 421.

⁹ Рижар Ж. Латино-Иерусалимское королевство. СПб., 2000. С. 26—29.

хода, центр Святой земли и всего христианского мира¹⁰, к тому же с точки зрения современников вновь обретший свою божественную сущность благодаря возвращению в руки христиан¹¹.

По мнению немецкого ученого Х. Э. Майера (которое представляется верным в силу приведенных в его работе доказательств), спор между представителями знати и духовенства по поводу избрания правителей и управления Иерусалимом был вполне закономерным, т.к. являлся отголоском крупного европейского конфликта — борьбы за инвеституру¹². *Libertas ecclesiae* в Святой земле была изначально поставлена под вопрос, и победа клириков в вышеуказанном конфликте стала бы первым шагом на пути к установлению примата церковной власти над королевской. Последнее ни в коей мере не отвечало интересам нобилитета, который рассчитывал после избрания короля на получение крупных земельных владений¹³.

Избрание первым правителем Иерусалима одного из предводителей Крестового похода, герцога Нижней Лотарингии Готфрида Бульонского¹⁴, должно было раз и навсегда положить конец спорам о характере власти в едва основанном государстве. Однако сам Готфрид «не пожелал быть коронованным по обычаю королей золотым венцом в Святом Граде из смирения, благоговейно объяснив это тем, что Искупитель рода человеческого до распятия носил здесь ради нашего спасения терновый венец»¹⁵. Он принял лишь титул Защитника Гроба Господня (*protector Sancti Sepulchri*)¹⁶, сохраненный в дальнейшем королями Иерусалима¹⁷. Кроме того, Готфрид вернул Иерусалим со всеми прилегающими землями патриарху¹⁸, хотя и с условием, что сохранит власть над ним на время, которое понадобится ему для завоевания другого города, подходящего в качестве столицы¹⁹.

¹⁰ «Как правило, расположение Земли определялось верованием, что ее «пупом» является Иерусалим...» (см.: *Ле Гофф Ж.* Цивилизация средневекового Запада : пер. с фр. / под общ. ред. В. А. Бабинцева ; послесл. А. Я. Гуревича. Екатеринбург, 2005. С. 168).

¹¹ *Канторович Э. Х.* Указ. соч. С. 160.

¹² *Неусыхин А. И.* Проблемы европейского феодализма. М., 1974. С. 295—312 ; *Mayer H. E.* The Concordat of Nablus // *Journal of Ecclesiastical History.* 1982. № 33. P. 536—537.

¹³ *Huygens R. B. C.* Op. cit. IX, 2. P. 423.

¹⁴ *Huygens R. B. C.* Op. cit. IX, 3. P. 424.

¹⁵ *Huygens R. B. C.* Op. cit. IX, 9. P. 431: «...humilitatis causa corona aurea, regum more, in sancta civitate noluit insigniri, ea contentus et illi reverentiam exhibens, quam humani generis Reparator in eodem loco usque ad crucis patibulum pro nostra salute spineam deportavit».

¹⁶ *Röricht R.* (ed.) *Regesta Regni Hierosolymitani* (MXCVII—MCCXCI). Innsbruck, 1893. № 29. P. 3.

¹⁷ *Huygens R. B. C.* Op. cit. XX, 22. P. 942.

¹⁸ *Regesta.* № 34. P. 5.

¹⁹ *Huygens R. B. C.* Op. cit. IX, 16. P. 441: «...urbem Ierosolimam cum turri David et universis eius pertinentiis in manu domini patriarche resignavit, ea tamen conditione, ut predictis urbibus cum territoriis suis ipse interim frueretur uteretur, quousque captis ex aliis urbibus una vel duabus regnum dominus permetteret ampliari...[...город Иерусалим вместе с башней Давида и всеми его окрестностями под руку господина патриарха вернул, но с условием, что при этом названными городом и землями сам будет управлять, пока не захватит из прочих городов один или два, за счет которых Господь позволит расширить королевство...]».



До того момента власть патриарха распространялась лишь на четвертую часть Святого города²⁰. Таким образом, ситуация с управлением королевством лишь еще более осложнилась.

В 1100 г., после смерти Готфрида, был помазан на царство первый король Иерусалима — брат почившего герцога Балдуин Булонский, граф Эдесский. Правление Балдуина I (1100—1118) ознаменовалось краткой борьбой и практически полной победой королевской власти в споре о *libertas ecclesiae*. Причиной этому во многом послужил властный характер наследника Готфрида, который не привык поступать своими интересами в пользу церкви. Хотя король принял помазание в Вифлееме от патриарха Даимберта²¹, он быстро пресек притязания последнего на Иерусалим и какую-либо независимость в церковных делах²², а в 1102 г. и вовсе вынудил покинуть королевство, обвинив в симонии²³. Впоследствии и вплоть до 1118 г. все патриархи Иерусалима (при Балдуине I их сменилось трое) были вынуждены подписывать свои акты в Высокой Курии (*inde privilegio sigillo regio signans*)²⁴, порой специально обращаясь к королю за заверением (*vos humiliter postulo ut hoc ipsum confirmetis*)²⁵, и делать пожалования только по его совету²⁶. Балдуин же позволял себе регулярно вмешиваться в дела церкви, собирая десятину с Иерусалимского, Наблусского и Акрского диоцезов (здесь он не был новатором — подобным образом в отношении владений духовенства действовали еще король Франции Филипп I (1060—1108) и король Англии Вильгельм I Завоеватель (1066—1087))²⁷. Влияние же короля на выборы епископов было столь сильным, что без его согласия не происходило ни одно избрание²⁸ (в этом случае Балдуин I лишь следовал политике своих исконных суверенов, императоров Священной Римской империи)²⁹. В то же время он понимал, что тесное сотрудничество с церковью в деле защиты государства является насущной необходимостью, а потому, несмотря на периодические конфликты с патриархом, активно способствовал укреплению ее положения. Об этом свидетельствует ряд документов, закреплявших королевские пожалова-

²⁰ Huygens R. B. C. Op. cit., IX, 17. P. 442.

²¹ Huygens R. B. C. Op. cit. X, 9. P. 463. Помазание Балдуина I именно в Вифлееме позволило ему, с точки зрения современников, связать титул короля Иерусалима с воспоминаниями о библейских правителях Давиде и Соломоне, по сути, «возродив» древнюю династию (см.: Канторович Э. X. Указ. соч. С. 379, 428, 456, 458), тем самым существенно укрепить свои позиции (см.: Пишар Ж. Указ. соч. С. 83).

²² Beugnot A. (ed.) Albertus Aquensis. Historia Hierosolymitanae Expeditionis // Recueil des Historiens des Croisades. Historiens Occidentaux. T. IV. Paris, 1879. Cap. LX. P. 547—548; WT. X, 7. P. 461—462; X, 9. 463—464.

²³ Huygens R. B. C. Op. cit. 10, XXV. P. 484. Балдуин I как человек, которого изначально готовили к духовной карьере, несомненно, был знаком с основами церковного права (см.: Блок М. Феодальное общество / пер. с фр. М. Ю. Кожевниковой. М., 2003. С. 85) и потому мог лично определить «проступок» патриарха.

²⁴ Rozière E. de (ed.). Cartulaire de l'église du saint Sépulcre de Jérusalem. Paris, 1849. № 36. P. 72.

²⁵ Rozière E. de. Op. cit. № 42. P. 79.

²⁶ RRH. № 67. P. 14—15.

²⁷ Пти-Дютайи Ш. Феодальная монархия во Франции и в Англии X—XIII вв. М., 1938. С. 56.

²⁸ Mayer H. E. Op. cit. P. 538.

²⁹ Неусыхин А. И. Указ. соч. С. 274, 293.

ния в пользу нескольких храмов и монастырей в период 1106—1115 гг.³⁰ Кроме того, по воле Балдуина I в 1110 г. Вифлеем, бывший до того лишь приоратом, получил собственную кафедру³¹, перенесенную из Аскалона³², а в 1113 г., после двухлетней переписки короля с папой, Иерусалимскому патриархату были подчинены кафедры во всех захваченных крестоносцами городах³³.

Таким образом, в период 1100—1118 гг. связанные между собой проблемы *libertas ecclesiae* и соотношения властных полномочий патриарха и короля в новом государстве разрешились в пользу последнего, что напрямую повлияло на статус Латино-Иерусалимской монархии (хотя в процессе коронации «светский» правитель и становился наполовину клириком³⁴, он оставался прежде всего носителем *potestas secularis*)³⁵. Тем не менее вопрос о первенстве между королем и патриархом окончательно был снят только в правление Балдуина II (1118—1131).

Восшествие на престол второго короля Иерусалимского было сопряжено со значительными трудностями и стало возможным лишь при серьезной поддержке, которую оказал будущему монарху патриарх Арнульф³⁶. Последний рассчитывал таким образом получить Иерусалим, поставив условие, что коронует нового правителя только после передачи города в руки церкви. Балдуин, «в делах благочестивый, кроткий и милосердный, религиозный и богобоязненный»³⁷, все же предпочел сохранить Святой город у себя. И хотя коронация состоялась только после смерти Арнульфа, в 1119 г., твердость, проявленная новым королем, позволила «светской» власти сохранить позиции, завоеванные при Балдуине I.

В 1120 г. при участии короля, патриарха и представителей всего населения королевства состоялся Наблусский собор, где были приняты 25 канонов, которые регулировали различные стороны общественной жизни королевства. Согласно первым трем канонам король возвращал патриарху право сбора десятины с Иерусалимского, Наблусского и Акрского диоцезов³⁸, а также с фьефов

³⁰ RRH. № 51. P. 51, № 52. P. 10, № 59. P. 13, № 74. P. 16, № 79. P. 18.

³¹ Huygens R. B. C. Op. cit. X, 12. P. 512.

³² Huygens R. B. C. Op. cit. X, 12. P. 514.

³³ Huygens R. B. C. Op. cit. X, 28. P. 536—541.

³⁴ Edbury P. W. (ed.). John of Ibelin. Le Livre des Assises. Leiden, 2003. Ch. 220. P. 573; Канторович Э. Х. Указ. соч. С. 116.

³⁵ Huygens R. B. C. Op. cit. IX, 2. P. 421.

³⁶ Mayer H. E. Op. cit. P. 539.

³⁷ Huygens R. B. C. Op. cit. XII, 4. P. 551: «...in operibus pius, clemens et misericors, religiosus et timens deum...».

³⁸ Kedar B. Z. (ed.) The canons of Nablus. № I // Kedar B. Z. On the origins of the earliest laws of Frankish Jerusalem // The Crusades. Critical Concepts in historical studies / ed. by A. Jotischky. Vol. IV. Crusading Cultures. London and New York, 2008. P. 146: «Ego Balduinus Latinitatis Ierosolimorum rex secundus... reddo et concede sacrosancte ecclesie Ierusalem et presenti patriarche Garmundi et eius successiribus redditum meum decimas sicut ratio diocesis eis exigit... Ierusalem et Neapolis et Tholomaidis, que alio nomine Accon appellatur [Я, Балдуин, второй из латинских королей Иерусалима... возвращаю и уступаю святой церкви Иерусалимской и присутствующему здесь патриарху Гормонду и его наследникам десятину с дохода моего, поскольку того требуют нужды его диоцеза... от городов



своих вассалов³⁹. Последний, в свою очередь, благосклонно принял этот дар⁴⁰. По мнению Х. Э. Майера, подписание указанных канонов следует рассматривать как Наблусский конкордат, который, таким образом, был принят ранее Вормского конкордата 1122 г.⁴¹ Однако борьба за инвеституру в государстве крестоносцев завершилась не компромиссом, как в Европе⁴², а победой королевской власти⁴³. Пойдя на уступки церкви, Балдуин II в действительности лишь признал себя и баронов виновными в присвоении ее доходов: «...*decimas reddo et super his, que ego vel ipsi inde retinimus, culpam faciens cum ipsis veniam peto*»⁴⁴. При этом он в полной мере сохранил влияние на избрание прелатов (императоры Священной Римской империи после принятия Вормского конкордата полностью лишились данного права в Италии, а в Германии оно было сильно ограничено)⁴⁵, чьи кандидатуры иерусалимские короли подтверждали вплоть до 1187 г.⁴⁶ Например, в 1157 г. *Tyrensi ecclesiam per regiam violentiam intruditur Radulfus, regius cancellarius*⁴⁷. В том же 1157 г.⁴⁸, а также в 1180 г.⁴⁹ при участии монарха были утверждены кандидатуры патриархов. Наконец, Иерусалим — основная цель притязаний духовенства — также остался в руках короля.

В 1123 г., в отсутствие Балдуина II, находившегося в плену, представители королевства заключили договор (*Pactum Warmundi* — по имени патриарха Гормонда, главы делегации крестоносцев) с венецианцами для совместной осады Тира. От лица патриарха и баронов в нем было указано, что если король по возвращении из плена откажется подписать данный документ, то не будет возведен на престол. Однако это было сделано не с целью поставить под угрозу власть монарха, а лишь для лучшего выполнения условий *Pactum Warmundi*⁵⁰. Следует отметить также, что в указанное время Гормонд не являлся главой государства — после пленения Балдуина II Высокая Курия избрала регентом королевства коннетабля Евстахия Гранье⁵¹. Таким образом, о каком-либо признании патриарха единственным правителем на время отсутствия короля не шло и речи.

Иерусалима, и Наблуса, и Птолемаиды, которая иначе зовется Акрой]».

³⁹ The canons of Nablus. № I, II. P. 146.

⁴⁰ The canons of Nablus. № III. P. 146.

⁴¹ Неусыхин А. И. Указ. соч. С. 307—308.

⁴² Канторович Э. Х. Указ. соч. С. 167.

⁴³ Mayer H. E. Op. cit. P. 540—541.

⁴⁴ The canons of Nablus. № II. P. 146: «...десятину возвращаю и сверх того, поскольку я и они присваивали ее, вину свою признавая, вместе с ними прошу о прощении».

⁴⁵ Неусыхин А. И. Указ. соч. С. 308.

⁴⁶ Rörich R. (ed.). Regesta Regni Hierosolymitani (MXCVII—MCCXCI). Additamentum. Innsbruck, 1904. № 366. P. 22; Mayer H. E. Op. cit. P. 539.

⁴⁷ Huygens R. B. C. Op. cit. XVI, 17. 738—739: «Из-за своеволия короля был навязан Тирской церкви Рауль, королевский канцлер».

⁴⁸ Huygens R. B. C. Op. cit. XVIII, 20. P. 840.

⁴⁹ Huygens R. B. C. Op. cit. XX, 4. P. 1011—1012; Edbury P. W., Rowe J. G. William of Tyre and the Patriarchal Election of 1180 // English Historical Review. 1980. № 93. P. 1—25.

⁵⁰ Huygens R. B. C. Op. cit. XII, 25. P. 580.

⁵¹ Huygens R. B. C. Op. cit. XII, 17. P. 567—568.

В 1128 г. патриарх Стефан возродил старые притязания церкви на главенство над короной, потребовав от Балдуина II передать ему Иерусалим и Яффу после взятия Аскалона⁵², но тот не пошел на уступки⁵³. В 1130 г. со смертью Стефана многолетняя борьба за обладание столицей прекратилась и вопрос о превосходстве был окончательно решен в пользу «светской» власти. В источниках периода 1130—1187 гг. не упоминается о каких-либо попытках патриарха укрепить свою власть в ущерб короне⁵⁴, хотя он сохранил во владении четвертую часть Иерусалима⁵⁵ и управлял церковью с помощью собственной курии⁵⁶.

Подводя итог всему вышеизложенному, логично было бы сказать, что к концу правления Балдуина II попытки церкви поставить короля в подчиненное себе положение были полностью пресечены и он окончательно утвердился в роли полновластного правителя королевства, оставив в ведении патриарха лишь духовные дела. Однако для того, чтобы исключить возможные сомнения в правомерности данного вывода, необходимо обратиться к еще одной группе источников — «Книге Королю» (ок. 1198—1205), «Книге Филиппа Новарского» (ок. 1260) и «Книге ассиз Жана Ибелина» (ок. 1261—1264). В ходе анализа указанных правовых памятников автору удалось выяснить, что только Жан Ибелин приводит сведения о том, что можно назвать «правовым статусом» короля и патриарха. Следует заметить, что рассмотренные ассизы не входят в список законодательных установлений, отнесенных М. Гранклодом к периоду 1099—1187 гг.⁵⁷ Однако их сравнение с вышеизученным материалом позволяет говорить о высокой степени соответствия реалиям XII в., что и будет показано далее.

Итак, в главе 127, посвященной пожалованию фьефов королем, о последнем говорится, что «поскольку он во всей своей сеньории единственный сеньор и правитель, и держит ее только от Господа, то не обязан он ни мужчине, ни женщине ни оммажем, ни службой, ни каким-либо другим долгом...»⁵⁸. В данном случае лишь закрепляется особый статус короля (он не мог быть чьим-либо вассалом), но не определяется его положение по отношению к патриарху. Далее, в главе 219, сказано: «Король Иерусалимский держит свое королевство только от Господа... И патриарх должен короновать короля, если есть патриарх в королевстве, когда короля должно короновать»⁵⁹. Здесь повторяется по-

⁵² Huygens R. B. C. Op. cit. XIII, 25. P. 619—620.

⁵³ Пушар Ж. Указ. соч. С. 120.

⁵⁴ Huygens R. B. C. Op. cit. XIII, 26. P. 622 ; XXIII, 1. P. 1064 ; Regesta. P. 30—177.

⁵⁵ Boas A. J. Jerusalem in the time of the Crusades. Society, landscape and art in the Holy City under Frankish rule. London and N. Y., 2001. P. 83—85.

⁵⁶ Boas A. J. Op. cit. P. 23—25 ; Nader M. Burgesses and Burgess law in the Latin Kingdom of Jerusalem. Aldershot, 2008. P. 132.

⁵⁷ Grandclaude M. Liste des assises remontant au premier royaume de Jerusalem // Mélanges Paul Fournier. Paris, 1929. P. 335—345.

⁵⁸ John of Ibelin. Ch. 127. P. 309: «Quar il est de sa seignorie soul seignor et chief, ne ne la tient d'autre seignor que de Dieu, ne il n'en doit a home ne a feme homage ne servise ne aucune autre redevance...».

⁵⁹ John of Ibelin. Ch. 219. P. 569: «Le rey dou reyaume de Jerusalem ne tient son reiaume que de Dieu <...> Et le patriarche doit coroner le roy, se il a patriarche el roiaume quant le roy se fait coroner».



ложение из главы 127, а также указывается часть обязанностей патриарха по отношению к будущему королю. Это не стоит воспринимать как указание на подчиненное положение первого второму, поскольку коронационные обязанности патриарха — одна из традиционных для западноевропейского Средневековья функций высшего духовного лица, сохраненная участниками Первого крестового похода. В главе 220, посвященной процедуре коронации (которая почти полностью совпадает с французской)⁶⁰, приводятся взаимные клятвы короля и патриарха, причем обязанности первого изложены весьма подробно: «Я... с великим смирением коронуюсь королем Иерусалима, обещаю тебе, мой господин... патриарх Иерусалимский и тем, кто согласно канонам займет твое место, при свидетельстве Господа всемогущего и церкви, и всех прелатов и моих баронов, находящихся рядом, от сего дня и впредь быть преданным тебе и помогать и защищать тебя и всех людей, живущих в Иерусалимском королевстве. Клянусь хранить и защищать владения и привилегии матери моей, святой Иерусалимской Церкви, и владения и свободы принадлежащих ей храмов, которыми они по обычаю владели во времена славных королей, мне предшествовавших, и которые они справедливо приобретут и в мое правление. Клянусь хранить и отстаивать их каноны, древние привилегии, доходы, права и вольности»⁶¹. Таким образом, король формально отказывался от вмешательства в дела церкви, но все же сохранял определенное влияние на нее. Что касается патриарха, то он лишь «...должен поклясться так: "Я буду помогать тебе, возлагая корону на твою голову, справедливо поддерживать и защищать, кроме как в делах, которыми руковожу сам"»⁶². Таким образом, он силой своего авторитета стремился ограничить власть короля над церковью. Что касается его обязанности помогать королю в управлении, то он мог выполнять ее, только входя в состав главного органа управления королевства, Высокой курии (королевского совета), что уже делало его ниже по статусу, чем «председатель» курии, коим, разумеется, являлся сам король.

В главе 225 прямо указано: «В королевстве Иерусалимском существуют два верховных сеньора, духовный и мирской. Патриарх Иерусалимский является духовным, а король Иерусалима — мирским правителем Иерусалимско-

⁶⁰ Польшая С. А. «...Суверенитет, права и достоинство короны Франции...»: Юрисдикция монархии в инаугурационных клятвах французских королей (IX—XV вв.) // Искусство власти : сборник в честь профессора Н. А. Хачатурян / отв. ред. О. В. Дмитриева. СПб., 2007. С. 222.

⁶¹ *John of Ibelin*. Ch. 220. P. 571: «'Je tel... par digne soufrance a coroner en roy de Jerusalem, promet a toi mon seignor tel... patriarche de Jerusalem et a tes susesors canonement entrans, desous le tesmoing de Deu le tout puissant et de toute l'iglise et des perlas et de mes barons qui ci environ sont, que je de cest jor en avant serai ton feal et aideor et defendeor de ta persone contre tos homes vivans el reiaume de Jerusalem. Les pocesions et les franchises de la sainte yglise de Jerusalem ma mere et de totes les yglises apartenanstprincipalement a li, lesques pocesions et franchises eles ont acostumé a avoir jadis es tens de bonseurous rois mes devantiers et que eles aqueront justement ça en avant en mes tens, maintendrai a eles et defendrai».

⁶² *John of Ibelin*. Ch. 220. P. 574: «...doit prometre en ceste maniere: 'Je t'aiderai, la corone mise en ton chief, justement a maintenir et a defendre, sauf m'ordene'».

го королевства»⁶³. Хотя в тексте патриарх указан перед королем, это не должно вводить в заблуждение. В данном положении закреплен порядок, принятый еще участниками Первого крестового похода, согласно которому патриарх был главой церкви, а король — государства. Наконец, в главе 239 приведен список храмов, монастырей и городов, обязанных «в случае крайней нужды» (*quant il i a grant besoing*) снаряжать для защиты королевства отряды сержантов⁶⁴. На первом месте в нем указан патриарх, которому надлежало выставить 500 человек⁶⁵. Здесь следует вспомнить о конфликте, произошедшем в 1101 г. между Балдуином I и патриархом Даимбертом, причиной которого стала обязанность церкви снаряжать отряды для королевской армии⁶⁶. Упоминание ее в тексте ассиз означает, что в этом эпизоде борьбы за инвеституру верх одержал король. Таким образом, положения «Книги ассиз Жана Ибелина» окончательно подтверждают вывод автора о том, что к 1131 г. патриарх, несмотря на титул и власть «духовного правителя» королевства, ни в коей мере не являлся лицом, равным по статусу и полномочиям человеку, занимавшему престол Иерусалима, и единственным реальным правителем оставался король.

Латино-Иерусалимское королевство создавалось по западноевропейскому (в основе своей французскому) образцу и не могло не унаследовать многих его характерных черт, в том числе тесной связи с церковью. Условия, в которых происходило рождение этого государства, послужили причиной конфликта между светской и духовной властью, ставшего эпизодом европейской борьбы за инвеституру. Подписание Наблусских канонов в 1120 г., сохранение влияния короны на дела церкви и пресечение притязаний главы иерусалимской церкви на Святой город позволили завершить не только этот конфликт, но и спор о главенстве между королем и патриархом. С 1130 по 1187 гг. последний, сохранив формальный статус духовного правителя, занимал по отношению к королю второстепенное положение. Этому во многом поспособствовала активная внутренняя политика Готфрида Бульонского и первых двух иерусалимских королей.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Блок М. Феодальное общество / пер. с фр. М. Ю. Кожевниковой. — М., 2003. — 504 с.
2. История Европы : в 5 т. — М., 1992. — Т. 2 : Средневековая Европа. — 815 с.
3. Канторович Э. Х. Два тела короля. Исследование по средневековой политической теологии / пер. с англ. — М., 2013. — 744 с.
4. Ле Гофф Ж. Цивилизация средневекового Запада / пер. с фр. ; под общ. ред. В. А. Бабинцева ; послесл. А. Я. Гуревича. — Екатеринбург, 2005. — 560 с.

⁶³ *John of Ibelin*. Ch. 225. P. 590: «Il y a ou roiaume de Jerusalem .ii. chies seignors, l'un esperituel et l'autre temporel. Le patriarche de Jerusalem est le seignor esperituel, et le roy dou reiaume de Jerusalem est le seignor temporel dou dit Roiaume».

⁶⁴ *John of Ibelin* Ch. 239. P. 615. Сержанты — небогатые держатели земли или рент, обязанные определенной службой королю или сеньору более низкого ранга.

⁶⁵ *John of Ibelin*. Ch. 239. P. 615: «Le patriarche de Jerusalem doit sergens. v. c. [Патриарх Иерусалима должен .500. сержантов]».

⁶⁶ *Albertus Aquensis*. Cap. LX. P. 547—548.

5. Неусыхин А. И. Проблемы европейского феодализма. — М., 1974.— 540 с.
6. Польская С. А. «...Суверенитет, права и достоинство короны Франции...» : Юрисдикция монархии в инаугурационных клятвах французских королей (IX—XV вв.) // Искусство власти : сборник в честь профессора Н. А. Хачатурян / отв. ред. О. В. Дмитриева. — СПб., 2007.— С. 221—235.
7. Пти-Дютайи Ш. Феодальная монархия во Франции и в Англии X—XIII в. — М., 1938.— 410 с.
8. Ришар Ж. Латино-Иерусалимское королевство. — СПб., 2000.— 447 с.
9. Beugnot A. (ed.) Albertus Aquensis. Historia Hierosolymitanae Expeditionis // Recueil des Historiens des Croisades. Historiens Occidentaux. T. IV. Paris, 1879. — P. 265—713.
10. Boas A. J. Jerusalem in the time of the Crusades. Society, landscape and art in the Holy City under Frankish rule. — London and New York, 2001. — 272 p.
11. Edbury P. W. (ed.). John of Ibelin. Le Livre des Assises. — Leiden, 2003. — 854 p.
12. Edbury P. W., Rowe J. G. William of Tyre and the Patriarchal Election of 1180 // English Historical Review. — 1980. — № 93. — P. 1—25.
13. Grandclaud M. Liste des assises remontant au premier royaume de Jerusalem // Mélanges Paul Fournier. — Paris, 1929. — P. 329—345.
14. Huygens R. B. C. (ed.). Willelmi Tyrensis Archiepiscopi Chronicon (Historia Rerum in Partibus Transmarinis Gestarum). Corpus Christianorum Continuatio Medievalis. 63-63 A. — Turnholt, 1986. — 1170 p.
15. Kedar B. Z. On the origins of the earliest laws of Frankish Jerusalem // The Crusades. Critical Concepts in historical studies / ed. by A. Jotischky. — Vol. IV : Crusading Cultures. — London and New York, 2008. — P. 145—149.
16. La Monte J. Feudal Monarchy in the Latin Kingdom of Jerusalem, 1100—1291. — Cambridge, 1932. — 293 p.
17. Mayer H. E. The Concordat of Nablus // Journal of Ecclesiastical History. — 1982. — № 33. — P. 531—543.
18. Munro D. C. The Popes and the Crusades // Proceedings of the American Philosophical Society. — 1916. — № 5. — P. 348—356.
19. Nader M. Burgesses and Burgess law in the Latin Kingdom of Jerusalem. — Aldershot, 2008. — 225 p.
20. Praver J. The world of the crusaders. — London, 1972.— 160 p.
21. Rörich R. (ed.). Regesta Regni Hierosolymitani (MXCVII—MCCXCI). Additamentum. — Innsbruck, 1904. — 523 p.
22. Rörich R. (ed.). Regesta Regni Hierosolymitani (MXCVII—MCCXCI). — Innsbruck, 1893.— 137 p.
23. Rozière E. de (ed.). Cartulaire de l'église du saint Sépulcre de Jérusalem. — Paris, 1849. — 348 p.

ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ ОСОБЕННОСТИ ПРИНЯТИЯ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ: РОССИЙСКИЙ И ИНОСТРАННЫЙ ОПЫТ

Аннотация. Процесс рассмотрения спора можно представить в виде коммуникации, в ходе которой стороны и их представители пытаются убедить судью в определенных доводах и по итогам которой судья выносят решение. В данной статье рассмотрены психологические особенности принятия решения, которое для улучшения процесса следует учитывать как сторонам, так и самим судьям.
Ключевые слова: судебное решение, российский, иностранный, право.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.145-151

A. V. GRISHCHENKOVA,
American master of law (L. LM), partner of the Law Bureau «KIAP»
ag@kiaplav.ru
127055, Russia, Moscow, Butyrskiy Val St., 68/70, 4/5, Baker Plaza

PSYCHOLOGICAL CHARACTERISTICS OF THE COURT DECISION: RUSSIAN AND FOREIGN EXPERIENCE

Annotation. Dispute resolution can be deemed as a communication in a course of which the parties and their representatives try to persuade the judge and as a result of which the judge renders a decision. This article discusses the psychological aspects of decision making. Both the parties and the judges should be aware of these factors in order to improve decision making process.
Keywords: judicial decision, Russian foreign, right.



Анна Владимировна ГРИЩЕНКОВА,
партнер адвокатского бюро «КИАП», магистр американского права (L.LM)
ag@kiaplav.ru
127055, Россия, Москва, ул. Бутырский Вал, д. 68/70, стр. 4/5, БЦ «Бейкер Плаза»

Российским законодательством закреплена возможность судебского усмотрения при принятии решений. Судейская дискреция проявляется различными способами, начиная от права судьи оценивать доказательства по своему внутреннему убеждению¹ и заканчивая возможностью судьи определять по своему усмотрению присуждаемые по делу суммы².

Возникает вопрос, можно ли каким-то образом определить, как возникает внутреннее убеждение, как оно влияет на принятие окончательного решения по делу? Ответ можно найти в специальных исследованиях.

¹ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 19.12.2016; с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2017). Ст. 71 ; Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 19.12.2016; с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2017). Ст. 67.

² Например, уменьшать неустойку на основании ст. 333 Гражданского кодекса РФ, определять «разумные пределы» судебных расходов, подлежащих возмещению в соответствии с ч. 2 ст. 110 АПК РФ и пр.

Системы принятия решений

Существует несколько исследований по вопросу принятия людьми решений в различных областях деятельности.

Часть исследователей предполагает, что в ситуациях, когда время ограничено, а вопрос является важным, люди действуют на основании смутно осознаваемых впечатлений. Процесс принятия решения заключается не в тщательном сравнении двух или более вариантов, а в оценке одного, чаще всего первого пришедшего в голову, варианта. Люди используют данный вариант, если он прилежит, но не обязательно является наилучшим³.

Большое количество решений принимается на основании «озарений», то есть с помощью быстро поступающей и практически незаметно обработанной информации⁴. Так, например, Гладуэлл рассказывает о следующем случае. В американский музей обратился человек с предложением приобрести очень редкие скульптуры «курор» за несколько десятков миллионов долларов. Больше года музей проводил многочисленные экспертизы данных скульптур (химические и пр.). По итогам экспертиз, подтвердивших, что скульптуры являются очень древними и подлинными, музей принял решение об их приобретении и выставил их на продажу на аукционе. За несколько дней до аукциона музей показал скульптуры двум экспертам, реакция которых оказалась неожиданной. Один эксперт после первого взгляда на скульптуры выразил сожаление о том, что музей их приобрел. Второй эксперт осознал, что его первой мыслью о скульптурах была мысль «какие новенькие», что было достаточно странно в отношении скульптур, возраст которых насчитывал несколько тысячелетий. Впоследствии было доказано, что скульптуры были искусной подделкой и «первое впечатление» и «озарение» экспертов оказалось точнее многочисленных экспертиз.

Однако, как показывают исследования, не всегда подобные «озарения» являются правильными.

Наиболее полно процесс принятия решений описан нобелевским лауреатом Даниэлем Канеманом⁵. Он предлагает разделять две системы принятия решений: — систему 1 — интуитивную, действующую автоматически и очень быстро с небольшим усилием или вообще без усилия и ощущения контроля; — систему 2 — рациональную, требующую сознательных усилий, концентрации на вопросе, включающую порой сложные рассуждения, расчеты и поэтому медленную⁶.

Канеман приводит следующие примеры.

³ Гари Клейн пришел к таким выводам по итогам исследования процесса принятия решений людьми, вовлеченными в экстремальные ситуации, — пожарными, военными и пр. (см.: *Klein G. Sources of power: How People Make decisions. Kindle edition*).

⁴ См.: *Гладуэлл М. Сила мгновенных решений. Интуиция как навык. М. : Альпина Диджитал, 2013.*

⁵ *Kahneman D. Thinking, Fast and Slow. Kindle edition. Location 265.*

⁶ Примеры влияния системы 1 и системы 2 на процесс принятия решения см. также: *Грищенкова А. Психология в судебном процессе. Введение // URL: https://zakon.ru/blog/2016/04/19/psihologiya_v_sudebnom_processe_vvedenie (дата обращения: 21 марта 2017 г.).*

Так, при взгляде на данную фотографию наш мозг определяет, что женщина на фотографии разъярена. Это происходит без особых усилий и практически мгновенно и является примером действия системы 1.

Если же нам нужно решить задачу, сколько будет 13×28 , решение потребует гораздо больше времени. Прежде всего человеку нужно вспомнить таблицу умножения, порядок действий при умножении, а затем произвести расчеты. Тело будет реагировать соответствующим образом — зрачки будут расширяться, пульс увеличиваться, то есть дополнительные усилия для принятия решения будут не только умственные, но и физические.



Соответственно, в обычной жизни большинство решений принимается автоматически, поскольку это позволяет действовать быстрее и меньше утомляться.

Интуитивные решения

Исследования показывают, что интуитивные решения не всегда правильные.

Учеными был разработан специальный тест для определения того, интуитивно или рационально принимается решение человеком. Тест получил название CRT (cognitive reflection test⁷).

Тест CRT состоит из трех вопросов, сложность которых постепенно возрастает. В данной статье приведем лишь первый вопрос:

Теннисная ракетка и теннисный мячик стоят вместе 1,10 евро. Теннисная ракетка на 1 евро дороже мячика. Сколько стоит теннисный мячик?

Данный вопрос, как и два остальных, имеет правильный ответ, который достаточно легко обнаружить, если приложить усилия, а также интуитивный, но неправильный ответ, который практически сразу приходит на ум.

Так, в рассмотренном выше примере, первый ответ, который приходит на ум — это 10 центов. Однако данный интуитивный ответ является неверным. Если мячик стоит 10 центов и теннисная ракетка стоит на 1 евро больше, то ракетка должна стоить 1,10 евро. Соответственно, вместе мячик и ракетка будут стоить 1,20 евро, а не 1,10. Правильный ответ — 5 центов, потому что в таком случае ракетка стоит 1,05 центов и общая стоимость составляет 1,10 евро.

Задачи теста простые и процесс их решения достаточно легко объяснить, однако для достижения правильного ответа опрашиваемым вначале необходимо отклонить первый пришедший в голову неправильный ответ и продолжить поиски верного ответа.

Как выяснилось в ходе исследования, большинство людей неправильный интуитивный ответ отклонить не могут. В тридцати пяти отдельных исследованиях, в которых приняли участие 3428 опрашиваемых, исследователи обнаружили,

⁷ Более подробно об использовании теста см.: *Frederick S. Cognitive Reflection and Decision Making // 19 J. ECON. PERSP. 25, 26 (2005).*



что в среднем люди правильно отвечали на 1,24 вопроса из 3⁸. Необходимо отметить, что в разных группах процент правильных ответов немного различался: — у студентов университета в Толедо средний балл составлял 0,57; — у студентов Мичигана — 1,18; — у студентов Гарварда — 1,43; — у студентов Массачусетского технологического университета был самый высший балл — 2,18.

Среди всех опрашиваемых только 17 % ответили правильно на все три вопроса, в то время как 33 % участников не смогли ответить правильно ни на один вопрос.

Данный эксперимент продемонстрировал, как высока склонность людей доверять интуитивным ответам и не перепроверять их.

Тестирование иностранных судей и арбитров с помощью CRT

Возникает вопрос, а как именно — интуитивно или рационально — принимают решение судьи?

Для ответа на вопрос были проведены опросы судей и арбитров в международном арбитраже.

В одном эксперименте тест проходили американские судьи в штате Флорида (trial judges)⁹. Было опрошено 295 судей первой инстанции. Исследователи полагают, что опрос судей первой инстанции является наиболее полезным, поскольку чаще всего именно их решение по делу является финальным, так как вышестоящие суды оставляют его в силе¹⁰. Средний балл по итогам тестов составил 1,23. Данный балл выше, чем у студентов Мичигана, но ниже, чем у студентов Гарварда. Треть опрошенных судей (30 %) не смогли ответить правильно ни на один вопрос. На все три вопроса правильно ответили лишь 14,7 % судей. При этом результаты не зависели от возраста (опыта) судей¹¹.

В другом эксперименте тест проходили международные арбитры¹². Было опрошено 548 человек. Средний балл по итогам тестов составил 1,47, что выше, чем у судей государственных судов. Четверть арбитров (24,3 %) не смогли ответить правильно ни на один вопрос. На все три вопроса правильно ответили 20,5 % арбитров. Таким образом, международные арбитры показали чуть лучшие результаты, однако все равно во многих случаях решение ими принималось на основании интуиции, а не на основании подробного анализа.

⁸ Цит. по: Guthrie C., Rachlinski J. J., Wistrich A. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases (2007) // Cornell Law Faculty Publications. Paper 917. P. 11.

⁹ Guthrie C., Rachlinski J. J., Wistrich A.. Op. cit. P. 15.

¹⁰ В России также чаще всего решение суда первой инстанции является ключевым решением по делу, поскольку процент отмены решений в судах вышестоящих инстанций достаточно небольшой (не более 15 %) (см. статистику на сайте www.cdep.ru).

¹¹ Guthrie C., Rachlinski J. J., Wistrich A. Op. cit. P. 32.

¹² Данные пока содержатся лишь в проекте статьи по итогам проведенного исследования (см.: Franck, S. D., van Aaken A., Freda J. and Guthrie C. and Rachlinski J. J. Inside the Arbitrator's Mind (November 20, 2016) // Emory Law Journal, Vol. 66, Forthcoming; Cornell Legal Studies Research Paper No. 16-46 ; American University, WCL Research Paper No. 2017-08 // URL: <https://ssrn.com/abstract=2884150> (дата обращения: 21 марта 2017 г.)).

Тестирование российских юристов

Исследования в отношении российских судей практически отсутствуют¹³. Возможность провести тестирование судей с помощью теста CRT пока не представилась.

Можно, конечно, предположить, что российские судьи существенно отличаются от иностранных судей и международных арбитров и к решению всех вопросов подходят исключительно рационально. Однако с учетом большой текущей загрузки российских судей¹⁴ и с учетом того, что рациональное принятие решений требует больших усилий, на взгляд автора, принятие российскими судьями решений рациональным способом маловероятно. Скорее всего, российские судьи так же, как и обычные люди и как иностранные коллеги, во многих ситуациях при принятии решений склонны полагаться на интуицию.

В качестве косвенного доказательства можно привести результаты теста, проведенного в отношении российских юристов. Было опрошено 20 человек, которые участвовали в специальном семинаре, посвященном влиянию психологии на процесс разрешения спора и принятия решения¹⁵. Участники отвечали на три вопроса теста. Время ответов ограничено не было. По итогам тестирования средний балл составил 1,35, что выше, чем у судей Флориды, но ниже, чем у международных арбитров.

Сводные данные по тестированию судей, арбитров и российских юристов приведены в таблице:

Опрашиваемые	Средний балл	0 правильных, %	1 правильный, %	2 правильных, %	3 правильных, %
МГЮА (61)	2,18	7	16	30	48
Гарвард (51)	1,43	20	37	24	20
Судьи Флориды (192) ¹⁶	1,23	31	31	24	15
Международные арбитры (239)	1,47	24,3	24,7	30,5	20,5
Участники семинара (20)	1,35	35	15	30	20

¹³ См.: Волков В., Дмитриева А., Поздняков М., Титаев К. Российские судьи. Социологическое исследование профессии. М.: Норма, 2015. 272 с.

¹⁴ Среднемесячная нагрузка на судей в Арбитражном суде города Москвы в 2016 году составляла 221,1 дело (см.: URL: <http://www.msk.arbitr.ru/node/15114> (дата обращения: 26 марта 2017 г.)).

¹⁵ URL: <http://www.kiaplaw.ru/press-centr/events/13580/> (дата обращения: 21 марта 2017 г.).

¹⁶ Разница в количестве опрошенных судей (и арбитров) и количестве полученных данных связана с тем, что анкеты, в которых не было ответов на все три вопроса, из результатов исследования исключались как неполные. Иными словами, в итоге попали лишь анкеты, содержащие ответы (верные/неверные) по всем трем вопросам.

Отметим дополнительно, что российских юристов в ходе теста просили указать, сколько процентов участников ответят правильно на поставленные вопросы. Те участники, которые дали интуитивный неверный ответ, в большинстве случаев полагали, что правильный ответ дадут 90—100 % участников. В то время как участники, ответившие правильно на все вопросы, указали, что верно ответят лишь 5—15 % участников. Иными словами, те участники, которые давали интуитивный ответ, воспринимали вопросы как легкие и полагали, что все другие люди так же легко справятся с задачей¹⁷.

Заключение

Результаты исследований показывают, что люди (судьи и арбитры не исключение) достаточно часто используют при принятии решений интуитивные ответы. В некоторых ситуациях интуитивные ответы помогают быстрее решить поставленные задачи, однако следует помнить, что они не всегда верны.

Использование интуитивных ответов означает, что человек задействует систему 1, а не систему 2, в результате чего могут срабатывать различные стереотипы, предубеждения, возникать статистические ошибки¹⁸.

Для принятия правильного решения необходимо тестирование интуитивного ответа с помощью рациональных и логических рассуждений.

Однако для этого необходимо, во-первых, чтобы судьи осознавали существование названной проблемы. Этому помогло бы тестирование судей и обсуждение полученных результатов. Во-вторых, судьи должны обладать большим количеством времени для разрешения конкретных дел и иметь мотивацию данные дела рассматривать более взвешенно и тщательно. Полагаем, что без судебной реформы здесь не обойтись.

А пока судебная реформа не проведена, можно лишь привлекать внимание судебных юристов к данной проблеме для того, чтобы они в ходе представительства в суде по возможности задействовали рациональную систему принятия решений судьями.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Волков В., Дмитриева А., Поздняков М., Титаев К. Российские судьи. Социологическое исследование профессии. — М. : Норма, 2015. — 272 с.
2. Гладуэлл М. Сила мгновенных решений. Интуиция как навык. — М. : Альпина Диджитал, 2013.

¹⁷ Данные результаты совпадают с результатами иностранных исследований, см., например: Guthrie C., Rachlinski J. J., Wistrich A. Op. cit. P. 12.

¹⁸ Подробнее см.: Kahneman D. Op. cit. ; Dobelli R. The art of thinking clearly. Kindle edition ; Грищенкова А. Психология в судебном процессе. Часть 1. Способы убеждения в письменных документах и устных выступлениях // URL: https://zakon.ru/blog/2016/05/26/psihologiya_v_sudebnom_processe_chast_1_sposoby_ubezhdeniya_v_pismennyh_dokumentah_i_ustnyh_vystuple (дата обращения: 21 марта 2017 г.).

3. *Гриценкова А.* Психология в судебном процессе. Введение // URL: https://zakon.ru/blog/2016/04/19/psihologiya_v_sudebnom_processe_vvedenie.
4. *Гриценкова А.* Психология в судебном процессе. Часть 1. Способы убеждения в письменных документах и устных выступлениях // URL: https://zakon.ru/blog/2016/05/26/psihologiya_v_sudebnom_processe_chast_1_sposoby_ubezhdeniya_v_pismennyh_dokumentah_i_ustnyh_vystuple.
5. *Guthrie C., Rachlinski J. J., Wistrich A.* Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases (2007) // Cornell Law Faculty Publications. — Paper 917.
6. *Frederick S.* Cognitive Reflection and Decision Making // 19 J. ECON. PERSP. 25, 26 (2005).
7. *Kahneman D.* Thinking, fast and slow. — Kindle edition.
8. *Klein G.* Sources of power: How People Make decisions. — Kindle edition.



**Максим
Валерьевич
ВОРОНИН,**

кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Казанского (Приволжского) федерального университета
maksim.v.voronin@mail.ru
420008, Россия,
Республика Татарстан,
г. Казань, ул. Кремлевская,
д. 18

ИННОВАЦИОННЫЕ ФОРМЫ НАУЧНОЙ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СФЕРЕ ЮРИДИЧЕСКОЙ КОМПАРАТИВИСТИКИ

Аннотация. Цель статьи — сформировать представление о развитии инновационных форм педагогической практики и практики организации научной работы в области сравнительного правоведения на примерах опыта Казанского федерального университета (КФУ) и совместных проектов КФУ и Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). В статье рассматриваются потребности применения указанных инновационных форм, приводятся аргументы за работу с данными инновационными формами как содержательного, так и методического характера. Анализируются следующие современные формы работы и проекты: круглые столы в мультимедийном формате, научно-образовательные поездки в зарубежные государства, электронные образовательные ресурсы.

Ключевые слова: инновационная форма, научная деятельность, научно-образовательная поездка, образование, педагогическая технология, сравнительное правоведение, юридическая компаративистика.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.152-159

M. V. VORONIN,

Ph D, Associate Professor of the Department of Theory and History of State and Law
Kazan (Volga Region) Federal University
maksim.v.voronin@mail.ru
Russia, Republic of Tatarstan, 420008, Kazan, Kremlyovskaya St., 18,

INNOVATIVE FORMS OF SCIENTIFIC AND EDUCATIONAL ACTIVITY IN THE SPHERE OF COMPARATIVE LAW

Annotation. The objectives of the work are to form an opinion about the development of innovative forms of pedagogical practice and practice of scientific work organization in the sphere of comparative law based on experience of Kazan Federal University (KFU) and collaborative projects between KFU and Kutafin Moscow State Law University (MSAL). In the article the needs for the said innovative forms application are considered, arguments "For" the work with said innovative forms both in substantial and methodological character are drawn. The next contemporary forms of work and projects managing are analysed: round tables in multi-media format, scientific and educational trips to foreign sates, electronic educational resources.

Keywords: Innovative Form, Scientific Activity, Scientific and Educational Trip, Pedagogical Technology, Comparative Law.

Интеграция научного поиска и классического познавательного процесса крайне необходима современной правовой компаративистике. Реалии сегодняшнего дня подводят к необходимости познания разных правовых систем современными способами, заставляют транслировать знания, взвешенно, но быстро внедряя их. Применение инновационных моделей в области познания сравнительного правоведения на кафедре теории и истории государства и права в Казанском университете не является самоцелью, а является реакцией на вызовы времени.

Чтобы детализировать предмет дальнейшего разговора, назовем формы научной и образовательной деятельности в сфере юридической компаративистики, о которых пойдет речь: круглые столы в современном мультимедийном формате, научно-образовательные поездки в зарубежные государства, электронные образовательные ресурсы.

Потребность в применении инновационных форм

Начиная с 2010 г. на кафедре теории и истории государства и права юридического факультета Казанского федерального университета наблюдается рост интереса обучающихся к сравнительному правоведению. Этот рост, с нашей точки зрения, объясняется как более глубоким осознанием роли сравнительного правоведения участниками научного и образовательного процессов, так и активным применением преподавателями кафедры инновационных форм работы с современными студентами.

Любая инновационная модель в социальной системе прежде всего призвана *улучшить адаптационные возможности того или иного компонента этой системы*. Так, выстраивая модели работы применяемых инновационных форм образовательных практик и организации научной деятельности в студенческой среде, преподаватели кафедры понимали, что в основу должно быть положено *обогащение содержания сравнительного правоведения, развитие его функций*. Именно это позволит не отойти от целей введения данных инновационных форм.

Основы компаративистского знания и сравнительно-правовая методология закладываются у обучающихся по программам бакалавриата еще на первом курсе в рамках теории государства и права, истории государства и права зарубежных стран, а также в рамках других юридических дисциплин. В качестве отдельной обязательной дисциплины сравнительное правоведение преподается у магистрантов всех профилей подготовки на первом году обучения. Но инновационные методы и формы работы не только нацелены на совершенствование основного образовательного процесса, но и *призваны развивать и исследовательскую работу, обогащать основной образовательный процесс продуктами, получаемыми в результате данной познавательной деятельности*.

С позиции содержания сравнительного правоведения потребностями введения инновационных форм выступают такие положения:

1. «Сравнительное право дает возможность лучше узнать национальное право и совершенствовать его»¹.

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М. : Международные отношения, 2009. С. 15.



2. «Сравнительное право полезно для взаимопонимания между народами и создания международного режима отношений в международной жизни»².
3. «Сравнительное право призвано сыграть огромную роль в обновлении правовой науки и в выработке нового международного права, отвечающего условиям современного мира. <...> Все юристы должны заинтересовываться сравнительным правом, для того чтобы лучше понимать и совершенствовать свое право. <...> Однако сегодняшний мир уже не тот, что был раньше. Юристы, получившие современное образование, используют другие понятия, их мировоззрение и понимание права отличается от принятых ранее. Тут нужны компаративисты, чтобы обучить юристов понимать своих собеседников и быть понятыми ими, предупредить юристов о тех трудностях, с которыми они могут встретиться. Именно этим объясняется прежде всего современное развитие курсов и институтов, где преподается сравнительное право»³.
4. Сравнительное правоведение претерпевает эволюцию в постклассической фазе своего развития: изменяется юридическая карта мира (как ее содержательная, так и структурная стороны), эволюционирует методологическая платформа сравнительного права, изменяется субъектный состав компаративистов⁴.

С позиции методики и педагогики потребностями введения инновационных форм выступают следующие положения:

1. Потребность в активном мышлении, отношении к объектам культуры, к элементам сравнения должны быть именно сформированы, развиты. Только так знания обретают прочное закрепление, проходят естественное ценностное становление.
2. Инновационные формы, как правило, интересны, а поэтому процесс вовлечения в обучение с их помощью становится более легким.

Научно-образовательные поездки в зарубежные государства

Специфика организации научно-образовательной поездки — особая модель ее конструирования под отдельную правовую систему. Каждая поездка представляет собой отдельный, но интегрированный в образовательный процесс элемент. На кафедре теории и истории государства и права применяется следующий алгоритм работы в рамках подготовки к образовательному и научному маршруту поездки:

- 1) подготовительный (длится около года) — выбираются города, где расположены университеты-партнеры, изучается российская и зарубежная литература, выдвигаются гипотезы, и на основе научной литературы делаются предварительные выводы о состоянии исследуемой правовой системы, проводятся круглый стол и модельная деловая игра, организуется конференция участников научно-образовательного маршрута, публикуется сборник их тезисов;

² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 16.

³ Указ. соч. С. 19—20.

⁴ Voronin M. V., Zakharova M. V. Comparative Law: Postclassical Epoch // The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication. TOJDAC. November 2016. Special Edition. P. 2480—2484.

- 2) сама научно-образовательная поездка — посещение университетов, участие в учебных занятиях, конференциях, круглых столах, работа в крупнейших мировых библиотеках и научных центрах;
- 3) заключительный — здесь происходит обобщение полученного опыта, проверка (сравнение) выдвинутых гипотез о состоянии исследуемой правовой системы с полученными фактами.

Практическая польза от таких поездок:

- 1) обогащение содержания образования;
- 2) написание научных статей и работ, объективно отражающих социальную реальность в целом и правовую реальность в частности;
- 3) развитие образовательных и научных связей, позволяющих проводить интернет-конференции в ходе учебного процесса, организовывать круглые столы в режиме видеозаписи, транслируемые по университетскому телевидению и являющиеся компонентами электронных образовательных ресурсов.

Как правило, участники научно-образовательной поездки занимаются в рамках студенческого научного кружка по истории государства и права зарубежных стран и истории политических и правовых учений. Изучая проблемы французского правового пространства, члены кружка участвовали в научно-образовательной поездке во Францию (ноябрь 2010 г.), организованной в рамках Года России во Франции и Франции в России. Студенты познакомились с культурой Франции, увидели правовые памятники мира, посетили государственные органы Французской Республики, Европейский парламент, познакомились с деятельностью Европейского Суда по правам человека, с научными школами Страсбургского университета, приняли участие в конференции в Совете Европы.

Изучая правовую систему Великобритании (2012 г.), студенты посетили палату лордов и палату общин Британского парламента; узнали об особенностях английской системы юридического образования в Оксфордском университете; посетили судебные процессы с разной правовой спецификой в Эдинбурге и Лондоне; приняли участие в семинарах, организованных компанией BSI по особенностям земельного, семейного, эмиграционного права Англии; посетили места, связанные с основанием английской и шотландской систем государственности и судебных систем; познакомились с особенностями формы государства Великобритании, с историческими памятниками и документами британской монархии начиная с X в. до наших дней.

В Германии члены исследовательской группы посетили Рейхстаг; узнали об особенностях немецкой системы юридического образования в Берлинском университете имени Гумбольдта, посетили библиотеку; находясь в Мюнхене, посетили мемориальный комплекс Дахау (бывший концентрационный лагерь, 22 марта 1933 г. — 29 апреля 1945 г.) и иные исторические места, значимые для познания истории государственности отдельных федеральных земель Германии; познакомились с историей правового режима свободного портового города Гамбург, с особенностями изменения правового статуса Гамбурга в результате европейской интеграции.

В рамках научно-образовательной поездки в Швейцарию «Правовое пространство Швейцарской Конфедерации: история и современность» студенты посетили образовательную ярмарку (выставки вузов Швейцарии); участвовали в Международной научной конференции «Ломоносов в Женеве-2014» и Дне русской



культуры, проводимом Международным центром МГУ имени М.В.Ломоносова в Женеве; посетили университет Фрибурга, Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС), Организацию Объединенных Наций (Женевское отделение ООН) (были проведены обзорная экскурсия, семинар «Миссия ООН в деле защиты прав человека»), музей Международного комитета Красного Креста, музей Олимпийских игр в Лозанне.

Научно-образовательная поездка в Китай «Правовая система Китайской Народной Республики» состоялась в июле 2015-го. Студенты приняли участие в научной конференции в Фуданьском университете (Шанхай) с участием директора Департамента развития образовательных программ Ying Zhifeng и профессора Яна Синьюя (29 июня 2015 г.). Исследовательская группа смогла подискутировать в рамках круглого стола на юридическом факультете Фуданьского университета на тему «Правовые системы Российской Федерации и Китайской Народной Республики на юридической карте мира: к вопросу о правовых реформах». Модератор — ассистент юридического факультета Фуданьского университета LLB, LLM, Ph D Xiong Hao. Преподавателями из России и Китая была организована интегрированная лекция «Правовые реформы Китая и России: сравнительно-правовой анализ» на юридическом факультете Фуданьского университета (перевод Р. И. Нигматуллина). Участники группы прошли научно-образовательную стажировку в Пекинском политехническом университете. Модераторы — Head, General Affairs Division International Office of Beijing Institute of Technology Mao Yufeng; Ph.D, Associate Professor, Assistant of the Dean of Law School, Deputy Director of the Institute of Space Law of Beijing Institute of Technology Guoyu Wang (1 июля 2015 г.). Завершилась программа круглым столом в Научно-исследовательском центре российского права при участии его руководителя — кавалера Ордена дружбы Российской Федерации профессора Хуан Даосю (Политико-юридический университет Китая, Пекин) и зампреда Научно-исследовательского центра российского права, доктора юридических наук, профессора Политико-юридического университета Китая, генсека Ассоциации сравнительного правоведения Китая профессора Ван Чжихуа (2 июля 2015 г.) и семинаром в консалтинговой компании China Window (Пекин, КНР) на тему «Особенности правового консалтинга в КНР» (3 июля 2015 г.). Модераторы — глава юридического отдела Ренат Баймухаметов и арбитр Международного арбитражного центра Шанхая Александр Зайнигабдинов.

Результатом поездки явились три ответных визита китайской стороны в Казанский университет на протяжении 2015/2016 учебного года; по материалам взаимодействия опубликовано 10 научных изданий, выпущен сборник работ студентов⁵.

В 9—20 октября 2016 г. состоялась научно-образовательная поездка в Итальянскую Республику «Россия и Италия на юридической карте современного мира». Маршрут включал посещение научного междисциплинарного центра в Венеции, круглый стол в университете Тор Вергата, выступление на круглом столе в Школе права Болонского университета, чтение лекции представителем

⁵ Правовые системы Российской Федерации и Китайской Народной Республики на юридической карте мира : материалы работы студенческой научной исследовательской группы по истории государства и права зарубежных стран и истории политических и правовых учений / науч. ред. М. В. Воронин, Ю. С. Решетов ; Казан. фед. ун-т ; Ассоциация юристов России. Казань : Изд-во Казан. ун-та, 2015. 130 с.

Казанского университета и участие в круглом столе в Неаполитанском университете имени Фридриха II. По итогам выпущен сборник тезисов студенческих исследовательских работ⁶.

Организуемые научно-образовательные поездки способствуют формированию метапредметных компетенций студентов, развитию компаративистских исследований в рамках кафедры; являются инструментом налаживания контактов между университетами мира.

Круглые столы в мультимедийном формате

Научно-образовательные поездки способствуют наращиванию академических связей кафедры, привлечению в университет зарубежных ученых, но важно сохранять наработки данных мероприятий и быстро транслировать их в учебный процесс. Для этого на юридическом факультете был разработан целый комплекс мультимедийных проектов. Один из них — интеллектуальное ток-шоу «Правовая жизнь». Запись данного мероприятия происходит в студии медиацентра Казанского федерального университета, где одновременно работают четыре оператора и режиссер. При этом сохраняется атмосфера свободной научной дискуссии. На следующий день обработанный материал может быть размещен на платформе электронного обучения КФУ и таким образом внедрен в учебный процесс.

Так, темой эфира 24 сентября 2014 г. было развитие методологии компаративистики в условиях глобализации. Данный эфир был совместным проектом кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Казанского федерального университета и Научно-образовательного центра сравнительного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Мероприятие объединило исследователей разных поколений, представителей практически полярных концепций правопонимания. Основным спикером в эфире выступил доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ Владимир Михайлович Сырых, который обозначил три подхода к определению места и значению методологии сравнительного правоведения: 1) сравнительное правоведение как часть общей теории права; 2) сравнительное правоведение как отдельная наука, имеющая свой предмет, метод и задачи; 3) сравнительное правоведение как область научного знания, носящая вспомогательный характер для отраслевых юридических наук. Всем имеющимся подходам была дана оценка, которая позволяла вести дискуссию. При этом основной докладчик смог «зарядить» аудиторию творческим настроением, создать атмосферу корректного и продуктивного научного спора. Гости, приглашенные в качестве экспертов, высказывали свои предложения, делились новыми тенденциями в области компаративистского правового знания. Так, приглашенная в качестве эксперта Мария Владимировна Захарова — кандидат юридических наук, руководитель Научно-образовательного центра сравнительного права, доцент кафедры теории государства и пра-

⁶ Правовые системы Российской Федерации и Итальянской Республики на юридической карте мира : материалы работы студенческой научной исследовательской группы по истории государства и права зарубежных стран и истории политических и правовых учений / С. В. Александров, Л. Т. Бакулина, М. В. Воронин, Ю. С. Решетов. Казань : Изд-во Казан. ун-та, 2016. 140 с.



ва Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) — смогла убедить участников в том, что юридическая компаративистика способна вывести правовой анализ на новый уровень осмысления государственно-правовых процессов. Мария Владимировна рассказала о работе Раймона Леже (профессор Университета Пуатье, Франция) «Толстой и право», о новых магистерских программах, включающих сравнительно-правовое знание, прокомментировала разницу отдельных концепций французской и российской теории права.

Этот эфир пользуется большим спросом у студентов, членов кружка: за учебный год было зарегистрировано более 1 000 просмотров на закрытом образовательном ресурсе. Материал этой передачи обсуждался на многих семинарских занятиях у студентов, изучающих теорию государства и права, проблемы теории государства и права, сравнительное правоведение.

Назовем похожие по уникальности и «накалу» дискуссий эфиры. 20 июня 2016 г. состоялась запись программы «Правовая жизнь» на тему «Вызовы компаративистики в XXI веке: теория и практика». В этой программе приняли участие ведущие ученые кафедры, активные студенты и аспиранты, а также приглашенные гости: Уильям Эллиотт Батлер, заслуженный профессор права имени Джона Эдварда Фаулера Университета штата Пенсильвания, заслуженный профессор сравнительного правоведения Лондонского университета, и Мария Владимировна Захарова. 29 сентября 2016 г. состоялся круглый стол в формате видеозаписи «Китай и Россия на юридической карте современного мира: новые тенденции развития», в котором приняли участие ученые из Нанкинского педагогического университета — партнера Казанского университета. Профессора Ли Хао, Ли Кэси смогли открыть много нового для студентов, углубить понимание природы китайского права. Данный эфир впервые проводился с участием переводчика.

Электронные образовательные ресурсы

Прежде всего электронные образовательные ресурсы (ЭОР) нацелены на дистанционное обучение. «Дистанционное обучение предназначено в первую очередь для индивидуального обучения людей... Единая концепция дистанционного обучения отсутствует»⁷. На юридическом факультете Казанского университета принята Программа дистанционного обучения, согласно которой студенты очного отделения работают по модели «смешанного», поддерживающего обучения. В частности, блок «Сравнительное право», представленный в электронном ресурсе по теории государства и права, а также в качестве отдельного ЭОР, позволяет студентам проявить свои творческие исследовательские навыки в части подготовки разного рода элементов контента по отдельным правовым системам — это может быть глоссарий по теме, презентация или творческое задание. Такое задание готовится не за одну неделю, обычно оно выглядит как проект, который находит свое практическое воплощение в учебном процессе. Безусловными плюсами выступают: быстрота публикации, удобство удаленного общения с преподавателем вне аудиторных часов (при подготовке проекта), дешевизна распространения результата проекта при сохранении качества контента, сохранность и долговечность, востребованность, современность подачи.

⁷ Левитан К. М. Юридическая педагогика. М. : Норма — Инфра-М, 2017. С. 242.

Кафедра рассматривает модуль «Сравнительное право» как элемент электронного образовательного ресурса в качестве формы представления результатов проекта по юридической компаративистике. При этом развитие самого по себе проектного метода на качественно новом уровне — это важнейшее условие инновационной педагогики. «Сегодня метод проектов — одна из личностно ориентированных технологий, способ организации самостоятельной деятельности обучающихся, направленной на решение задач учебного проекта, интегрирующего в себе проблемный подход, групповые методы, рефлексивные, презентативные, исследовательские, поисковые и прочие методики»⁸.

Выводы

Ключевой вывод к разговору об инновационных формах научной и образовательной деятельности в сфере юридической компаративистики можно выразить, проиллюстрировав результатами опроса студентов, обучающихся с использованием данных технологий. Так, 84 % опрошенных студентов отметили «большой эффект в части запоминания информации», приобретенной в результате описанных в статье форм работы, 95 % высказались за необходимость развития данных форм.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. — М. : Международные отношения, 2009. — 456 с.
2. Левитан К. М. Юридическая педагогика. — М. : Норма — Инфра-М, 2017. — 416 с.
3. Правовые системы Российской Федерации и Итальянской Республики на юридической карте мира : материалы работы студенческой научной исследовательской группы по истории государства и права зарубежных стран и истории политических и правовых учений / С. В. Александров, Л. Т. Бакулина, М. В. Воронин, Ю. С. Решетов. — Казань : Изд-во Казан. ун-та, 2016. — 140 с.
4. Правовые системы Российской Федерации и Китайской Народной Республики на юридической карте мира: материалы работы студенческой научной исследовательской группы по истории государства и права зарубежных стран и истории политических и правовых учений / науч. ред. М. В. Воронин, Ю. С. Решетов ; Казанский федеральный университет ; Ассоциация юристов России. — Казань : Изд-во Казан. ун-та, 2015. — 130 с.
5. Турик Л. А. Педагогические технологии в теории и практике. — Ростов н/Д : Феникс, 2009. — 281 с.
6. Voronin M. V., Zakharova M. V. Comparative Law: Postclassical Epoch // The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication. TOJDAC. — November 2016. — Special edition. — P. 2480—2484.

⁸ Турик Л. А. Педагогические технологии в теории и практике. Ростов н/Д : Феникс, 2009. С. 172.



**Феликс
Артемович
ЛЕЩЕНКОВ,**

научный сотрудник
Института
законодательства
и сравнительного
правоведения
при Правительстве РФ
morimoo@yandex.ru
117218, Россия, г. Москва,
ул. Б. Черемушкинская, д. 34

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КОМПАНИЙ ПО ОСВОЕНИЮ МЕСТОРОЖДЕНИЙ МИНЕРАЛЬНОГО СЫРЬЯ НЕМЕЦКОГО КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ШЕЛЬФА

Аннотация. В настоящей статье автор рассматривает правовые требования, предъявляемые к частным компаниям, занимающимся освоением месторождений немецкого континентального шельфа. Внимание автора сосредоточено на таких вопросах, как соблюдение технических требований, лицензирование, защита окружающей среды.

Ключевые слова: континентальный шельф, углеводородное сырье, ресурсы, экология, требования, закон, Федеративная Республика Германия, лицензирование.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.160-165

F. A. LESHENKOV,

*Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation*
morimoo@yandex.ru

117218, Russia, Moscow, B. Cheremushkinskaya Str., 34

LEGAL REGULATION OF ACTIVITIES OF COMPANIES TO DEVELOP DEPOSITS OF MINERAL RAW MATERIALS OF THE GERMAN CONTINENTAL SHELF

Annotation. In this article the author inspects legal requirements for companies engaged in development of German continental shelf. Special attention is paid to issues of meeting technical requirements, licensing and environment protection.

Keywords: continental shelf, hydrocarbon resources, resources, ecology, requirements, law, Federal Republic of Germany, licensing.

В ФРГ основным актом, регулирующим правовые отношения в сфере разработки, исследования и добычи ресурсов немецкого континентального шельфа, является Постановление о континентальном шельфе от 21 марта 1989 г. в редакции от 4 августа 2009 г. (Bergverordnung für den Festlandsockel (Festlandsockel-Bergverordnung), FlsBergV)¹.

Данный акт устанавливает требования, предъявляемые к компаниям, осуществляющим исследование, добычу и разработку месторождений минерального сырья на территории континентального шельфа Германии.

В частности, второй раздел Постановления (§ 2—18) обязывает предпринимателя принимать необходимые меры к обеспечению безопасности труда на предприятии и безопасности использования добывающих платформ.

В соответствии с § 2 к работе на предприятии, связанной непосредственно с разработкой, исследованием и добычей ресурсов континентального шельфа, допускаются лица, прошедшие медицинское освидетельствование и не имеющие серьезных проблем со здоровьем. Работодатель (предприятие) организует прохождение сотрудниками медицинской комиссии не реже одного раза в два года.

Предприниматель, согласно § 3, обязан организовать работу таким образом, чтобы рабочее оборудование всегда находилось под присмотром компетентных сотрудников, для этого возможна организация посменной работы или учреждение специальной должности контролера-инспектора.

Кроме того, Постановление обязывает предпринимателя проводить регулярный инструктаж сотрудников компании по безопасной работе на предприятии. При проведении подобного инструктажа работодатель назначает инженера по технике безопасности — лицо, ответственное за контроль безопасности труда на производстве. Помимо инженера безопасности, работодатель должен обеспечить деятельность на предприятии лиц с медицинским образованием для оказания сотрудникам медицинской помощи в случае необходимости и контроля за соблюдением санитарно-гигиенических норм.

Параграф 5 Постановления возлагает на предпринимателя обязанность обучения по крайней мере 10 % сотрудников правилам оказания первой помощи в виде сердечно-легочной реанимации, остановки кровотечения и приведения в сознание сотрудников предприятия. Следует отметить, что курсы оказания первой помощи в Германии организованы как при общественных организациях, таких как Красный Крест, так и при государственных органах и организациях, занимающихся предупреждением и ликвидацией чрезвычайных ситуаций. Задача работодателя, таким образом, оплатить стоимость курса для определенного числа работников и удостовериться в успешном прохождении этого курса. По результатам прохождения курса работник сдает теоретический и практический экзамены и получает на руки удостоверение о прохождении курсов оказания первой помощи.

В случае, когда для нормального функционирования оборудования требуется постоянная работа трех и более человек, по крайней мере один из них должен владеть навыком оказания первой помощи, о чем гласит п. 2 § 5 Постановления.

Параграф 6 устанавливает правило, согласно которому техника безопасности на предприятии должна преподаваться на языке, которым владеют все без исключения сотрудники предприятия. Если сотрудник не владеет языком, используемым на предприятии, работодатель обязуется перевести ему текст правил безопасности. Следует отметить, что в соответствии с п. 2 § 6 Постановления инструктаж должен проводиться на максимально упрощенном языке.

Согласно § 7 работодатель должен обеспечить своих сотрудников средствами индивидуальной защиты тела, а также органов зрения и слуха от внешних воздействий, возникающих в связи с работой предприятия. Пункт 2 рассматриваемого параграфа обязывает работодателя снабжать сотрудников теплой одеждой в холодных условиях работы, водонепроницаемой одеждой в случае работы на открытом воздухе и в условиях повышенной влажности, а также средствами за-



щиты слуха, если на предприятии уровень шума превышает 85 дБ. В случае возможности повреждения органов зрения и дыхания работодатель должен снабжать сотрудников соответствующими средствами защиты.

Согласно § 8 предпринимателю, занимающемуся разработкой, исследованием и добычей ресурсов континентального шельфа ФРГ, следует использовать только то оборудование, которое прошло техническую сертификацию и не представляет серьезной угрозы для жизни и здоровья человека. Сертификация осуществляется в соответствии с международными стандартами ISO о безопасности рабочего оборудования по установленной процедуре. Данные правила распространяются как на электрооборудование (в таком случае действуют стандарты Международной электротехнической комиссии — МЭК), так и на иное оборудование, к которому предъявляются требования стандартов ISO. Следует также отметить, что Постановление обязывает предпринимателя привлекать к эксплуатации оборудования только дипломированных специалистов — инженеров, электриков и техников. Вмешательство в работу оборудования лиц без соответствующего образования категорически запрещается.

Параграф 10 Постановления предъявляет определенные требования к оборудованию и эксплуатации добывающих платформ. Разрешается эксплуатация и строительство лишь тех платформ, безопасность конструкции и работы которых была подтверждена уполномоченными техническими организациями. Эксплуатируемая платформа должна быть оборудована системой беспроводной связи, позволяющей поддерживать с рабочим персоналом платформы постоянный контакт.

Согласно § 13 Постановления работодатель должен снабдить все добывающие платформы системами аудиовизуального оповещения об опасности. На предприятии должен функционировать план действий в случае объявления тревоги, содержание которого доводится до сведения сотрудников предприятия в качестве элемента инструктажа по технике безопасности.

Параграф 13, в свою очередь, обязывает работодателя оборудовать предприятие спасательными средствами, которые в случае необходимости будут использованы для эвакуации персонала с территории предприятия, на которой возникла опасная ситуация.

Параграфы 14—18 Постановления определяют требования к пожарной безопасности на предприятии, правила безопасного обращения с легковоспламеняющимися, взрывоопасными, радиоактивными и иными материалами, надлежащее обращение с которыми может повлечь причинение ущерба жизни и здоровью человека, окружающей среде и инфраструктуре предприятия. Обращение с некоторыми видами опасных веществ требует наличия соответствующей лицензии, что обязывает предпринимателя пройти процедуру лицензирования в соответствии с нормами законодательства ФРГ.

Основные требования к пожарной, взрывной и иной безопасности можно условно разделить на две группы: требования к процессу и требования к персоналу. В первом случае Постановление обязывает предпринимателя принимать все необходимые меры безопасности, в частности использование специализированных контейнеров для опасных веществ, использование открытого огня в специально оборудованных камерах сгорания, возможность оперативного устранения утечки вещества и т.д. Требования к персоналу обязывают предпринимателя нанимать на работу только квалифицированных специалистов, чья квалификация

подтверждается наличием у них документов о соответствующем образовании, проводить регулярное медицинское освидетельствование персонала, обеспечивать персонал всей необходимой информацией и оборудованием.

Раздел 3 Постановления (параграфы 19—25) устанавливает требования к организации и проведению процессов бурения скважин и иных процессов добычи углеводородного сырья из недр континентального шельфа ФРГ. Данные требования носят преимущественно технический характер (требования к добывающему оборудованию, проведению нефтепроводов, подключению к скважине, процессу бурения и т.д.).

Раздел 4 (параграфы 26—34) предъявляют к предпринимателю требования об охране водной экосистемы Германии при проведении исследовательских и добывающих работ.

В соответствии с § 26 предприниматель, осуществляющий деятельность в сфере добычи углеводородного сырья и разработки месторождений должен организовать свою деятельность таким образом, чтобы ущерб окружающей среде (в частности, водной экосистеме) от его деятельности был минимальным. Данное положение распространяется не только на саму компанию, но и на ее отдельных ключевых сотрудников, ответственных за проведение основных процессов добычи сырья и разработки месторождений. С целью соблюдения норм рассматриваемого параграфа работодатель должен проводить с сотрудниками предприятия инструктаж по минимизации негативного воздействия на окружающую среду.

Параграф 27 обязывает предпринимателя соблюдать определенные нормы при сливании сточной воды: концентрация углеводородного сырья в сливаемой воде не должна превышать по общему правилу 30 мг вещества на один литр воды. Постановление также отмечает, что для отдельных морских районов могут быть установлены иные нормативы с учетом особенностей водной экосистемы в соответствующем районе. Согласно § 28 для очистки добытого сырья и добывающего оборудования способами, способными причинить ущерб водной экосистеме, требуется разрешение уполномоченного органа, отвечающего за охрану окружающей среды. Из всех доступных методов очистки Постановление предписывает предпринимателю использовать наиболее экологичные, т.е. наименее опасные для окружающей среды.

Параграф 29 Постановления запрещает предпринимателю размещать платформы и иные элементы добывающей инфраструктуры в местах, предназначенных для рыбозаповедения, рыболовства и в зонах судоходной навигации (местах прохождения путей водного сообщения, портах, местах фрахтования водных транспортных средств).

Рассматриваемый раздел Постановления обязывает предпринимателя также закрывать (запечатывать) разработанные месторождения в целях сохранения экосистемы водного объекта.

Раздел 5 Постановления (параграфы 35—39) требует от предпринимателя размещать световые маяки на платформах и иных элементах добывающей инфраструктуры для их видимости в условиях тумана, в ночное время и в иных ситуациях, затрудняющих обзор. В случае если элементы инфраструктуры выступают ввысь на расстояние более 50 м от поверхности воды, самая верхняя точка также должна быть обозначена маяком для предупреждения летательных аппаратов. Элементы инфраструктуры, не представляющие никакой опасности для водно-



воздушного транспорта, предприниматель помечать не обязан. Маячковые огни на контурах крупногабаритной платформы или иного крупного элемента добывающей инфраструктуры должны быть размещены по периметру — в данном случае они играют роль габаритных огней. Работа габаритных огней и иных маячков должна обеспечиваться аварийными генераторами бесперебойного питания — если электросеть добывающего комплекса выйдет из строя, аварийный генератор призван обеспечивать работу маячков. Следует отметить, что все маячковые огни в соответствии с Постановлением должны быть красного цвета, что позволит отличить их от осветительных приборов и световых сигналов транспортных средств.

Раздел 6 «Заключительные положения» Постановления обязывает предпринимателя проводить техническую экспертизу добывающей инфраструктуры перед вводом ее в эксплуатацию. Экспертиза должна осуществляться специальным субъектом, имеющим лицензию на осуществление такой деятельности. Предприниматель при наличии специальной лицензии вправе сам осуществлять техническую экспертизу, инфраструктура, не прошедшая экспертизу, не может быть допущена к эксплуатации. Данный раздел также обязывает предпринимателя проводить регулярный технический осмотр инфраструктуры и немедленно устранять выявленные неисправности. Ремонт элементов добывающей инфраструктуры осуществляется на основании лицензии самим предпринимателем или иной компанией, имеющей соответствующую лицензию.

Соблюдение норм рассматриваемого Постановления является условием допуска компании к освоению недр континентального шельфа. Помимо Постановления, предприниматель обязан соблюдать иные нормы немецкого законодательства: административного, экологического, гражданского, трудового и др.

Следующим условием, о котором уже частично упоминалось выше, является наличие у предпринимателя лицензии на осуществление деятельности в сфере освоения недр континентального шельфа.

Отличительной чертой лицензирования деятельности в сфере разработки, исследования и добычи ресурсов немецкого континентального шельфа является осуществление процедуры лицензирования на уровне федеральных земель. Подобная схема отражает в достаточной степени особенности немецкого федерализма — самостоятельность земель и наличие у них собственной компетенции.

В связи с этим каждая земля самостоятельно определяет условия и процедуру лицензирования рассматриваемой деятельности, однако общие черты регулирования все же можно проследить.

Лицензированием в рассматриваемой сфере занимается уполномоченный орган федеральной земли. К примеру, в Нижней Саксонии функции лицензирования осуществляются Ведомством Нижней Саксонии по горнодобывающей деятельности, энергетике и геологии².

Любое предприятие, а также индивидуальный предприниматель вправе обратиться в Ведомство с заявлением о выдаче лицензии в любое время. Формальных правил для обращения в Ведомство не существует, за исключением перечня документов, которые прилагаются к заявлению о выдаче лицензии. К заявлению, в частности, прилагаются:

² Официальный сайт-портал Ведомства Нижней Саксонии по горнодобывающей деятельности, энергетике и геологии: URL: <http://www.lbeg.niedersachsen.de/startseite/>.

- учредительные документы юридического лица/индивидуального предпринимателя с указанием реквизитов;
- рабочая программа лицензируемой деятельности (в данном документе подробно описываются виды лицензируемой деятельности и способы ее осуществления);
- документы, подтверждающие финансовое положение предприятия (подобным документом могут быть сведения о капитале компании, сведения об активах и т.д.);
- материалы технического исследования, подтверждающие возможность размещения инфраструктуры в заявляемом регионе.

Лицензия выдается сроком на пять лет с правом однократной пролонгации еще на три года. По истечении суммарно восьми лет с момента выдачи лицензии процедуру лицензирования следует пройти заново — как при первичном оформлении лицензии.

Предприятие, получившее лицензию, обязано ежегодно сообщать лицензирующему органу о процессе соблюдения рабочей программы и сложностях, возникших в связи с ее осуществлением.

Лицензия аннулируется в случаях, если предприниматель:

- не начал фактическое осуществление деятельности в течение года с момента получения лицензии;
- приостановил осуществление деятельности на срок более одного года;
- нарушил условия лицензии;
- допустил серьезное отклонение от рабочей программы;
- ввел лицензирующий орган в заблуждение, указав заведомо ложные сведения;
- нарушил правила техники безопасности на предприятии;
- допустил нарушение норм немецкого законодательства.

Государственный сбор (лицензионный сбор) за осуществление лицензируемой деятельности в сфере освоения недр континентального шельфа варьируется от одной федеральной земли к другой. К примеру, в Нижней Саксонии размер сбора составляет 17 % с добычи и дальнейшей реализации нефти и 36 % с добычи газового сырья. В отношении иных ресурсов могут быть установлены другие цифры, они ежегодно корректируются.

Корпоративное право Германии не предъявляет каких-либо требований к организациям и предпринимателям, занимающимся освоением недр континентального шельфа, к этой деятельности могут быть допущены любые частные компании, в том числе и зарубежные, а также индивидуальные предприниматели.





**Станислав
Сергеевич
АГЕЕВ,**

студент международно-
правового факультета
МГИМО МИД России
stas555ag@mail.ru
119454, Россия, г. Москва,
пр-т Вернадского, д. 76

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА В ВЕЛИКОБРИТАНИИ

Аннотация. В данной статье рассматривается законодательный процесс в Великобритании с упором на его правовое регулирование. Автор последовательно описывает стадии законодательного процесса в Парламенте Великобритании: от законодательной инициативы до опубликования законов. При описании автор указывает на сходства и различия с законодательными процедурами в других странах общего права.

Ключевые слова: Парламент Великобритании, палата общин, палата лордов, законодательный процесс, билль, закон, делегированное законодательство, королевская санкция, Соглашение Сэлisbury.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.166-175

S. S. AGEEV,

student of the Faculty of International Law MGIMO
stas555ag@mail.ru
119454, Russia, Moscow, Pr-t Vernadskogo, 76

LAW REGULATION OF LEGISLATIVE PROCESS IN GREAT BRITAIN

Annotation. In this article the legislative process in Great Britain is observed with an emphasis on its regulation. The author describes step-by-step the stages of legislative process in the British Parliament: from the legislative initiative to the publication. While describing it the author points out to the similarities and differences of legislative procedures in other common law states.

Keywords: the British Parliament, the House of Commons, the House of Lords, legislative process, bill, act, statutory instruments, Royal assent, the Salisbury Convention.

Система источников права Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии (далее — Великобритания) состоит из двух основных элементов: общего права (включая право справедливости) и статутного права. Ключевое отличие общего права от статутного права в субъекте правотворчества. Так, для прецедентов этим субъектом является корпус судей, тогда как для законов — Парламент Великобритании (далее — Парламент), принимающий законодательство преимущественно для Англии и Уэльса, а также законодательные органы Шотландии и Северной Ирландии. Отметим, что в Австралии

прецеденты едины на уровне федерации и штатов (равно как и территорий), а законодательство различается. В свою очередь, в США имеет место дуализм как в системе прецедентов, так и в системе законов федерации и штатов.

По административно-территориальному устройству Великобритания является региональным государством¹, состоящим из Англии, Уэльса, Шотландии и Северной Ирландии. Таким образом, законы Парламента действуют на территории всего государства, но для Шотландии и Северной Ирландии их применение сопряжено с рядом особенностей.

Так, в Шотландии существует собственная правовая система (Scots law). Следовательно, для применения законов Парламента на территории Шотландии необходимо либо принять специальный закон, учитывающий особенности региона, либо предоставить Парламенту Шотландии возможность принять собственный закон с аналогичным содержанием. «Для Ассамблеи Уэльса предусматриваются иные права, нежели для Парламента Шотландии. Она не наделяется законодательными полномочиями, а получает лишь право расширительного толкования законов, принятых Парламентом, с учетом особенностей регионального развития Уэльса»².

В Великобритании принцип разделения властей, в соответствии с которым законодательная, исполнительная и судебная власть осуществляются разными государственными органами, проявляется особым образом. Так, например, законодательная власть в Великобритании представлена «Королевой в Парламенте», палатой общин и палатой лордов. Аналогичная ситуация имеет место в Парламенте Австралии, тогда как в США принцип разделения властей соблюдается в его классическом проявлении.

«Особенности принципа разделения властей в Великобритании проявляются не только в положении монарха в системе государственных органов, но и в том, что члены Правительства являются членами законодательного органа власти, а также обладают полномочиями издавать акты делегированного законодательства»³. То же в Австралии, но не в США.

Начнем рассмотрение законодательного процесса в Парламенте с определения круга источников права. Ввиду отсутствия в Великобритании писаной конституции (примечательно, что в США действует Конституция 1787 г., в Австралии Конституция 1901 г.) правовые положения, регулирующие законодательный процесс, закреплены преимущественно в следующих законах: *Parliament Act of 1911, Statute of Westminster of 1931, Statutory Instruments Act of 1946, Parliament Act of 1949, Royal Assent Act of 1967, European Communities Act of 1972*. Наряду с ними регулирование законодательного процесса представлено в *конституционных соглашениях, прецедентах и правовых обычаях*. Так, основное конституционное соглашение в сфере законодательного процесса сформулировано следующим образом: «Монарх обязан подписать закон,

¹ Великобританию принято считать унитарным государством, однако для государства с таким административно-территориальным устройством характерно единство законодательства, которое отсутствует в Соединенном Королевстве.

² Конституционное право зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Норма — Инфра-М, 2013. С. 522, 504.

³ Конституционное право зарубежных стран. С. 522, 504.



принятый палатами Парламента». Среди ранее существовавших конституционных соглашений наиболее интересны следующие: «В случае спора между палатами Парламента в конечном счете спор решался в пользу Палаты общин» (данное соглашение стало частью Parliament Act of 1911); «Право Парламента принимать законы для государства — члена Содружества по требованию или с согласия последнего» (это соглашение было включено, к примеру, в Преамбулу к Statute of Westminster of 1931).

«Компетенция Парламента является абсолютно неопределенной. По известному выражению швейцарского исследователя английской конституции Де Лольма (XVIII век), «английский Парламент может все, он не может только превратить мужчину в женщину и наоборот». Однако членство Соединенного Королевства в Европейском Союзе накладывает некоторые ограничения на компетенцию Парламента: он не может принимать акты, противоречащие актам Европейского Союза, изданные в рамках компетенции последнего»⁴.

Конституционного контроля в Великобритании нет, тогда как в США (решение Верховного суда США по делу *Marbury v. Madison*⁵) и в Австралии (правовая позиция Высокого суда Австралии) он есть. «Выражение «неконституционный» в применении к закону имеет несколько значений, изменяющихся сообразно с характером конституции, в применении к которой оно употребляется. Когда дело идет об английском парламентском акте, это выражение означает только, что данный акт, по мнению лица говорящего, противен духу английской конституции; оно не может означать, что этот акт есть нарушение закона или что он недействителен»⁶.

Субъекты законодательной инициативы

В Великобритании билли (законопроекты) можно классифицировать по трем основаниям: по влиянию на действующее законодательство, по субъектам законодательной инициативы и по содержанию.

По влиянию на действующее законодательство билли подразделяются на правообразующие, правоизменяющие и отменяющие существующие правовые предписания. Поскольку в Великобритании отсутствует конституционный контроль, действующий закон может быть изменен или отменен только посредством издания Парламентом другого закона.

По субъектам законодательной инициативы законопроекты делятся на правительственные билли (government bills) и частные билли членов палаты (private member bills). Отметим, что «подавляющее большинство законопроектов в Великобритании (около 95 %) принимается по инициативе Правительства, тогда как для обсуждения законопроектов членов Парламента выделяется лишь один день в неделю»⁷.

⁴ Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник / под ред. Б. А. Страшуна. М. : Проспект, 2012. С. 194.

⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁶ *Дайси А. В.* Основы государственного права Англии. М. : Изд-е Тов-ва И. Д. Сытина, 1905. С. 557.

⁷ *Чиркин В. Е.* Конституционное право зарубежных стран. М. : Юрист, 2006. С. 360.

«В рамках Кабинета министров по традиции (начиная с XIX века) создаются комитеты для рассмотрения вопросов внутренней и внешней политики. Названия комитетов и их количество определяется внутри Кабинета преимущественно Премьер-министром. Среди прочих создается Комитет законотворчества, занимающийся подготовкой правительственных законопроектов и актов делегированного законодательства»⁸.

«Законодательная инициатива Правительства может быть сопряжена с вопросом о доверии, адресованным Парламенту. Вопрос о вотуме недоверия в Великобритании бывает только связанным, то есть он ставится самим Правительством в связи с предлагаемым им законопроектом: Правительство заявляет, что если билль не будет принят, то оно уйдет в отставку, оказывая тем самым давление на палату общин. Применяется этот институт очень редко (всего два таких случая было зафиксировано в XX веке)»⁹.

Частные билли членов палаты принимаются Парламентом к рассмотрению преимущественно в тех случаях, когда издание подобного закона необходимо, но Правительство не хочет быть его инициатором. По общему правилу у члена палаты Парламента есть три способа внести законопроект: «the ballot» (билли, внесенные в палату Парламента таким образом, имеют приоритет при обсуждении в условиях ограниченного времени); «ten minutes rule» (согласно этому правилу для представления билля выделяется десять минут); «presentation» (предупредив Спикера палаты за день, можно формально внести билль в список для обсуждения).

По содержанию законопроекты, рассматриваемые в Парламенте, можно разделить на три группы: публичные билли (public bills), частные билли (private bills) и смешанные билли (hybrid bills). Первая группа ориентирована на интересы всего общества, тогда как вторая группа связана с интересами определенной группы лиц или населения определенной территории. Третья группа биллей сочетает в себе признаки как публичных, так и частных биллей. Тем не менее критерии смешанного билля нигде не регламентированы, что приводит к правовой неопределенности. «Например, законопроект о национализации Банка Англии принимался как смешанный билль, а законопроекты о национализации газовой, электрической и угольной промышленности как публичные билли»¹⁰.

«В отличие от США, глава государства (монарх) обладает законодательной инициативой, но законопроекты от его имени представляют королевские министры (члены Тайного совета)»¹¹. То же в Австралии.

Прохождение законопроекта в Палате общин

В последнее время в Великобритании получили распространение «черновые варианты законопроектов» (draft bills). Как правило, они составляются Правительством и выносятся на публичные обсуждения, которые проводятся до представления законопроекта в Парламент.

⁸ Конституционное право зарубежных стран. С. 514

⁹ Чиркин В. Е. Указ. соч. С. 361.

¹⁰ Конституционное право зарубежных стран. С. 509.

¹¹ Чиркин В. Е. Указ. соч. С. 360.



Далее, «черновой вариант законопроекта» рассматривается специальным комитетом в Палате общин или совместным комитетом Палаты лордов и Палаты общин. Это позволяет членам Парламента заблаговременно ознакомиться с законопроектом и внести в него необходимые изменения и дополнения. Данный процесс называется «проверкой, предшествующей законодательному процессу» (pre-legislative scrutiny).

«Самыми известными примерами «черновых вариантов законопроектов» являются «белые и зеленые бумаги» (white and green papers). Данные термины не имеют законодательного толкования, однако на практике сложились следующие определения: в «зеленых бумагах» выдвинуты идеи, касающиеся политики Правительства, которые открыты для публичных обсуждений; в «белых бумагах» закреплены более определенные цели Правительства, по которым тоже проводятся публичные обсуждения»¹².

«Законопроект рассматривается в трех чтениях, но, в отличие от США, в первом чтении Клерк палаты лишь зачитывает его заголовок, во втором чтении обсуждаются основные положения законопроекта, после чего он передается в ответственный комитет, где происходит постатейное обсуждение с поправками и голосованием»¹³.

Данная стадия называется «стадией комитета» (committee stage). Поправки, по которым будет проводиться голосование, отбираются председателем ответственного комитета. Далее, только члены ответственного комитета могут голосовать по данным поправкам.

«В палатах Парламента создаются и действуют следующие комитеты, каждый из которых может получить статус ответственного в рамках законодательного процесса: комитет всей палаты (the committee of the whole House), постоянные комитеты (standing committees), отобранные комитеты (select committees) и совместные комитеты (joint committees)»¹⁴.

Комитет всей палаты представляет собой палату общин в полном составе (заседание такой палаты проводится не под руководством спикера, а во главе с избираемым председателем). Данный комитет созывается, как правило, при принятии законов конституционного значения (например, *European Communities Act of 1972*).

Постоянные комитеты формируются в составе 16—50 депутатов для рассмотрения конкретных законопроектов. Например, в палате общин сформированы комитеты по законодательству Европейского Союза, по финансовым законопроектам, по законопроектам и другим вопросам, связанным с Шотландией и Северной Ирландией.

Отобранные комитеты создаются после консультаций с руководителями партийных фракций, а совместные комитеты обеих палат Парламента формируются для рассмотрения вопросов, не связанных с политикой.

После возвращения из ответственного комитета в палату общин законопроект оказывается на «стадии доклада» (report stage). На этой стадии ответственный комитет представляет обработанный законопроект, а члены палаты общин,

¹² URL: <http://www.parliament.uk>.

¹³ Чиркин В. Е. К Указ. соч. С. 360.

¹⁴ Конституционное право зарубежных стран. С. 506.

не участвовавшие в его обработке, могут предлагать собственные поправки. По данному законопроекту проводятся дебаты.

В Парламенте спикер палаты общин может использовать одну из трех процедур ограничения дебатов: «процедуру гильотины» (спикер заранее определяет время дебатов, по истечении которого законопроект выносится на голосование); «процедуру кенгуру» (спикер самостоятельно отбирает положения законопроекта, которые подлежат обсуждению); «процедуру прекращения дебатов» (по требованию 100 депутатов спикер завершает обсуждение законопроекта и выносит его на голосование).

«Третье чтение представляет собой общую дискуссию по законопроекту с предложениями за или против его принятия, но нередко вместо такой дискуссии спикер ставит проект на голосование “за” и “против” (как и в США, спикер палаты пользуется широкими полномочиями). Для дискуссий по проекту необходимо присутствие 40 членов палаты, но для принятия закона требуется большинство голосов от общего числа членов палаты, в связи с чем в такие периоды “кнуты” (whips) развивают бурную деятельность, обеспечивая участие в голосовании членов своей партии»¹⁵.

Прохождение законопроекта в палате лордов

Принятый палатой общин законопроект направляется в палату лордов, где он проходит аналогичную процедуру рассмотрения: первое чтение, второе чтение, «стадия комитета», «стадия доклада» и третье чтение. Несмотря на то что данные стадии в обеих палатах Парламента одинаковы по форме, их содержание различается. Рассмотрим их с упором на те особенности палаты лордов, которые не характерны для палаты общин.

На первом чтении в палате лордов зачитывается не «короткий заголовок» законопроекта (short title), а его «длинное название» (long title), из которого можно сделать вывод о сути данного законопроекта.

В рамках второго чтения в силу Соглашения Сэлисбури (*the Salisbury Convention*) законопроекты Правительства, включенные в его предвыборный манифест, не встречают возражений со стороны лордов.

На «стадии комитета» в палате лордов рассматриваются все поправки, поскольку голосование по ним не ограничено по времени. Между тем, «стадии доклада» в обеих палатах Парламента абсолютно одинаковы.

Отличительная особенность третьего чтения состоит в том, что лорды могут вносить поправки (при условии, что на более ранних стадиях конкретно по этим поправкам они не голосовали), тогда как в палате общин на аналогичной стадии внесение поправок не допускается.

После проведения лордами окончательного голосования по законопроекту законопроект направляется либо на стадию согласительной процедуры (consideration of amendments), либо на стадию получения королевской санкции (Royal assent). Судьба законопроекта зависит от согласия палаты лордов с его исходным текстом, предложенным палатой общин.

¹⁵ Чиркин В. Е. Указ. соч. С. 361.



Особенности финансовых законопроектов

«Традиционно к полномочиям палаты общин относят финансовые полномочия, поскольку налогообложение невозможно без представительства народа, ибо налоги изначально платит население, а представительством народа считается нижняя палата. Законопроект о бюджете всегда принимается сначала нижней палатой, а вносит его только Правительство»¹⁶.

В 1911 году был принят первый *Parliament Act*, значительно ограничивший права палаты лордов. В настоящее время он действует с учетом поправок второго *Parliament Act*, датированного 1949 годом¹⁷.

Согласно *Parliament Act of 1911* (в редакции *Parliament Act of 1949*) «финансовым законопроектом признается публичный законопроект, который, по мнению спикера палаты общин, содержит лишь положения, касающиеся всех или одного из перечисленных ниже вопросов, а именно:

- 1) установления, отмены, освобождения от, изменения или регулирования налогообложения;
- 2) установления, изменения или отмены платежей из Консолидированного фонда, Фонда национального кредитования или из денежных фондов, сформированных Парламентом, для выплаты долга или иных финансовых целей;
- 3) финансирования;
- 4) операций по счетам, на которых находятся публичные финансы (включая распределение, зачисление, сбережение, выпуск и аудит публичных финансов);
- 5) получения кредита, предоставления гарантии по нему или его выплаты;
- 6) иных вопросов, связанных со всеми или с некоторыми из перечисленных выше».

Согласительная процедура

В соответствии с *Parliament Acts of 1911 and 1949* при несогласии с законопроектом, принятым палатой общин, Палата лордов может лишь отсрочить его принятие (отлагательное вето, которое не свойственно для Сената США), так как по истечении одного года Палата общин вправе преодолеть возражения верхней палаты. Возражения палаты лордов на обычные законы преодолеваются палатой общин путем голосования: если дважды в течение года палата общин примет законопроект в прежней редакции, то законопроект считается принятым парламентом.

«Еще проще преодолеваются возражения палаты лордов на финансовые законопроекты (money bills)»¹⁸. В *Parliament Act of 1911* (в редакции *Parliament Act of 1949*) сказано следующее: «Если финансовый законопроект, принятый палатой общин и направленный в палату лордов по меньшей мере за месяц до окончания сессии, не будет принят без поправок палатой лордов в течение месяца, то

¹⁶ Чиркин В. Е. Указ. соч. С. 361.

¹⁷ В Великобритании существует разница между терминами «Acts of Parliament» и «Parliament Acts», которые переводятся на русский язык как «законы Парламента» и «законы о Парламенте» соответственно.

¹⁸ Конституционное (государственное) право зарубежных стран. С. 194, 195.

этот законопроект будет представлен монарху, и после получения королевской санкции он станет законом Парламента, несмотря на то что палата лордов его не приняла».

Так или иначе, согласно *Parliament Acts of 1911 and 1949* одобрение Палаты лордов по некоторым законопроектам является обязательным условием их принятия. К таким законопроектам относятся: билли, продлевающие срок полномочий Парламента; частные билли; билли, направленные лордам менее, чем за месяц до окончания сессии Парламента; билли, инициаторами которых выступили члены палаты лордов.

«На практике разногласия между палатами по любым законопроектам разрешаются с помощью “законодательного челнока” (ping pong)»¹⁹. Так, законопроект с поправками, внесенными палатой лордов в рамках третьего чтения, направляется в палату общин для согласования предложенных лордами изменений и дополнений. При «законодательном челноке» законопроект может передаваться из одной палаты в другую до тех пор, пока не будет достигнуто полное согласие между обеими палатами Парламента. Между тем, в Австралии палата представителей и Сенат назначают своих представителей для выработки общего решения. Что касается США, то там формируется согласительный комитет.

Когда между палатой общин и палатой лордов достигнуто полное согласие по поводу законопроекта, его окончательная редакция направляется на стадию получения королевской санкции. По сути, данная стадия является данью традиции, поскольку последний раз монарх давал королевскую санкцию лично в 1854 г. В Австралии королевская санкция дается генерал-губернатором, действующим от имени монарха, а в США подписание законов является конституционной обязанностью Президента.

Промульгация

«После одобрения билля обеими палатами или преодоления возражений лордов палатой общин билль направляется на королевскую санкцию. Она дается монархом устно на старофранцузском языке»²⁰.

В соответствии с *Royal Assent Act of 1967* «закон Парламента считается принятым должным образом, если королевская санкция, подтвержденная Патентной грамотой, большой государственной печатью Соединенного Королевства и собственноручной подписью монарха, — (а) произнесена в присутствии обеих палат Парламента в палате лордов в той форме и тем способом, который установлен обычаем, перед принятием закона или (б) доведена до сведения каждой палаты Парламента, заседающих отдельно, через спикера палаты, а в случае его отсутствия — через лицо, которое его заменяет». Далее сказано: «Ничто в данной статье не влияет на право монарха объявить королевскую санкцию лично в Парламенте и на тот способ, каким закон Парламента должен быть подписан от имени монарха».

¹⁹ Rogers R., Walters R. How Parliament works. 6th ed. London : Longman Pearson Education, 2006.

²⁰ Конституционное (государственное) право зарубежных стран. С. 194, 195.



«Монарх Великобритании формально обладает правом абсолютного вето, однако с 1707 года (Королева Анна не утвердила законопроект о создании шотландского ополчения) ни один суверен в этой стране не воспользовался данным правом»²¹. Примечательно, что в США Президент обладает правом отлагательного, «карманного» и выборочного вето.

Для всех законов, принимаемых Парламентом, обязательна формула обнародования. Ее текст закреплен в *Parliament Act of 1911* (в редакции *Parliament Act of 1949*): «Превосходнейшим Величеством Королем с совета и согласия общин, собранных в настоящем Парламенте, в соответствии с постановлениями Законов о Парламенте 1911 и 1949 года и в силу этих Законов, утверждается и обнародуется нижеследующее».

«Чтобы вступить в силу, акт должен быть опубликован в Своде законов. До 1798 года публичные и частные акты публиковались в одной серии. С 1798 года они публикуются в различных сериях. Публичные акты публикуются в серии “Public general acts”, частные акты публикуются в серии “Local and personal acts”. Канцелярия Ее Величества (Her Majesty’s Stationary Office, HMSO) публикует законодательство Великобритании на своем сайте с 1996 года. Как королевский публикатор, HMSO контролирует опубликование законов, правительственных документов, официальных бюллетеней и другого. Газеты “London”, “Edinburgh”, “Belfast” являются официальными журналами Англии, Шотландии и Северной Ирландии. Они издаются частными компаниями под надзором HMSO. В Интернете представлены сайты (электронные версии) этих газет. С 2000 года все британское законодательство публикуется одновременно в печатном виде и на сайте HMSO²². С октября 2002 года эти публикации получили статус официальных. Акты Парламента публикуются HMSO на сайте в течение 24 часов после того, как они были опубликованы в печатном виде. Опубликование актов Европейского Союза осуществляется в официальном журнале Сообщества — “The Official Journal of the Community” (согласно *European Communities Act of 1972*)»²³.

Делегированное законодательство

«Акты, принимаемые в порядке делегирования, обобщенно называются актами делегированного законодательства (statutory instruments). Парламент может делегировать свои полномочия широкому кругу субъектов: министрам, Правительству, публичным компаниям (например, “British Broadcasting Company”) и органам местного самоуправления»²⁴.

Делегированное законодательство позволяет Правительству вносить изменения в законы без необходимости принятия нового закона Парламентом. Исходный закон (primary legislation) обычно содержит в себе положения, закрепляющие

²¹ Лейбо Ю. И. [и др.]. Законодательный процесс в зарубежных странах. М. : МГИМО-Университет, 2012. С. 14.

²² URL: <http://www.legislation.gov.uk>.

²³ Официальное электронное опубликование : История, подходы, перспективы / под ред. проф. В. Б. Исакова. М. : Формула права, 2012. С. 30.

²⁴ Конституционное (государственное) право зарубежных стран. С. 195.

возможность его изменения посредством делегированного законодательства (secondary legislation) в будущем.

Для контроля за актами делегированного законодательства в палате лордов были созданы следующие комитеты, аналоги которых отсутствуют в палате общин: комитет по надзору за делегированием полномочий в области законодательства (Delegated Powers Scrutiny Committee) и комитет по надзору за делегированным законодательством (Secondary Legislation Scrutiny Committee). *Statutory Instruments Act of 1946* предусматривает и иные формы контроля Парламента за делегированным законодательством.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Дайси А. В.* Основы государственного права Англии. — М. : Издание Товарищества И. Д. Сытина, 1905.
2. Конституционное право зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма — Инфра-М, 2013.
3. Конституционное право зарубежных стран : учебник / отв. ред. проф. Ю. И. Лейбо. — М. : Статут, 2012.
4. Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник / под ред. Б. А. Страшуна. — М. : Проспект, 2012.
5. *Лейбо Ю. И.* [и др.]. Законодательный процесс в зарубежных странах. — М. : МГИМО-Университет, 2012.
6. *Чиркин В. Е.* Конституционное право зарубежных стран. — М. : Юрист, 2006.
7. *Rogers R. & Walters R.* How Parliament works. — 6th ed. — London : Longman Pearson Education, 2006.

23 ноября 2016 г.

Мероприятия НОЦ Сравнительного права

В зале Ученого совета Университета состоялась работа секции сравнительного права, посвященная памяти профессора В. А. Туманова. Организаторами работы секции выступили: Научно-образовательный центр сравнительного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и сектор сравнительного права Института государства и права РАН.

В ходе работы секции была проведена презентация книги памяти профессора В. А. Туманова «Служение праву» под редакцией М. В. Захаровой и Д. А. Туманова. Служение праву — творческое кредо профессора Туманова и его линия жизни. Та линия жизни, с которой он никогда не сходил. Человек огромной творческой энергии, он всегда умел протягивать хрупкие мостики между фундаментальными основами юридической теории и юридической практикой, между отечественной юриспруденцией и зарубежной юридической наукой, между прошлым российской правовой системы и ее будущим.

В первой части работы секции с приветственными словами выступили видные российские, зарубежные правоведы и государственные деятели: проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор В. Н. Синюков; доктор юридических наук, профессор, советник Президента России В. Ф. Яковлев; полномочный представитель Президента РФ в Конституционном Суде

РФ, кандидат юридических наук М. В. Кротов; руководитель Представительства Конституционного Суда РФ в г. Москве, кандидат юридических наук, заслуженный юрист РФ Ю. В. Кудрявцев; заместитель директора Института государства и права РАН по научной работе, доктор юридических наук, профессор Т. А. Васильева; доктор юридических наук, заслуженный профессор юридической школы им. Дикинсона при Пенсильванском штатном университете; заслуженный профессор сравнительного правоведения Лондонского университета У. Э. Батлер; доктор юридических наук, профессор, судья Европейского Суда по правам человека в отставке А. И. Ковлер; главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, доктор юридических наук, профессор Ю. А. Тихомиров.

Во второй части работы секции участники выступили с докладами по ключевым проблемам творческой биографии профессора В. Н. Туманова: конституционное и европейское право; общая теория права и история правовых и политических учений; судебная защита и сравнительное право.



Ю. А. Тихомиров,
У. Э. Батлер



М. В. Кротов

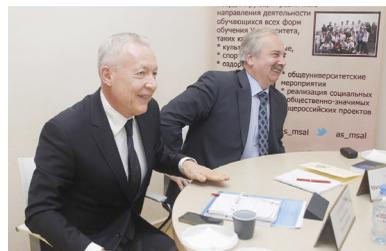


В. Н. Синюков,
В. Ф. Яковлев,
М. В. Кротов,
Т. А. Васильева

7 апреля 2017 г.

В рамках IV Московского юридического форума состоялось заседание секции сравнительного права на тему «Влияние экономики на правовую культуру: зарубежный опыт». Руководителями работы секции выступили: кандидат юридических наук, полномочный представитель Президента РФ в Конституционном Суде РФ М. В. Кротов и доктор юридических наук, профессор, проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) В. Н. Синюков; заместитель руководителя секции — кандидат юридических наук, член-корреспондент Международной академии сравнительного права М. В. Захарова.

С теоретико-методологическими докладами по теме круглого стола выступили доктор юридических наук, профессор, руководитель Юридического института «М-Логос» А. Г. Карапетов («Взаимовлияния правового и экономического развития в контексте методологии правовой науки»); кандидат юридических наук, профессор кафедры теории государства и права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) В. И. Лафитский («Правовые традиции как фактор экономического развития в историческом и сравнительно-правовом измерении»); кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Казанского (Приволжского) федерального университета М. В. Воронин («Влияние экономического фактора на юридическую карту мира»).



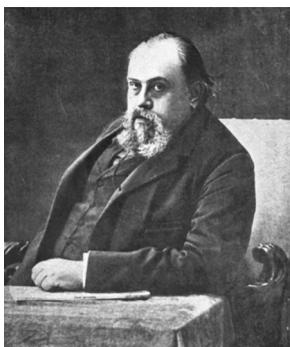
В. Н. Синюков, М. В. Кротов

Вопросы публичного права были представлены в выступлениях доктора юридических наук, профессора, и. о. директора Института государства и права РАН Т. А. Васильевой («Проблемы реализации прав человека в условиях экономического кризиса в государствах — членах ЕС»); доктора юридических наук, профессора, главного научного сотрудника Института государства и права РАН В. Е. Чиркина («Современная парадигма конституционного регулирования социально-экономических отношений»); кандидата юридических наук, ведущего научного сотрудника Института государства и права РАН А. И. Черкасова («Некоторые особенности взаимоотношений государства и местного управления в области финансов в странах современного мира»); кандидата юридических наук, доцента Северо-Западного Института (филиала) университета имени О.Е. Кутафина М. Н. Лазаревой («Экономика в решениях конституционных судов стран Восточной Европы»). Частноправовые аспекты проблематики круглого стола были затронуты в докладе представителя университета Гонконга, доктора права, солиситора Renat Baymukhametov («Финансирование арбитража третьими лицами в САР Конконг, Китай»).

В заключение все участники круглого стола выразили уверенность, что в будущем встречи за круглым столом по актуальным проблемам юридической компаративистики будут продолжены и платформа междисциплинарности станет для них устойчивым началом.

Рубрику подготовила М. В. Захарова

Т. А. Васильева,
В. Е. ЧиркинВ. М. Кротов,
М. В. Захарова,
А. Г. Карапетов



**Максим Максимович
КОВАЛЕВСКИЙ,**

(1851—1916),

российский и украинский
ученый, историк, юрист,
социолог и общественный
деятель,

член I Государственной
думы

и Государственного
совета.

Академик Императорской
Санкт-Петербургской
академии наук

ИСТОРИКО-СРАВНИТЕЛЬНЫЙ МЕТОД В ЮРИСПРУДЕНЦИИ И ПРИЕМЫ ИЗУЧЕНИЯ ПРАВА

(фрагменты)¹

Историко-сравнительное изучение права — дело пока еще новое, не только у нас, но и на Западе. Как ни прост может показаться с первого взгляда сам термин сравнительного метода, тем не менее в понимании его конкретного содержания существует доселе полное разногласие. Отсюда необходимость остановиться на первых же порах на вопросе о том, что мы разумеем под сравнительным методом в применении к вопросам права?

Что сравнительный метод предполагает параллельное изучение, по меньшей мере, двух законодательств, что результатом его применения является выделение черт сходства и различия — вот то представление, какое невольно возникает в уме каждого, кто слышит о сравнительном методе в применении к юриспруденции. Здравый смысл говорит вместе с тем всякому, что такого рода сравнение, как бы любопытны ни были сравниваемые факты, никакого научного значения не имеет и иметь не может. В самом деле, какую важность может иметь, положим, тот вывод, какой получается при сравнении кастового устройства древней Индии с полным отсутствием не только каст, но и сословий в Соединенных Штатах; или какое научное положение вправе мы построить, узнавши из сравнения, что система двух палат существует как в Англии, так и в Бельгии, или что Министерство внутренних дел можно найти и в России, и в Испании? — Я привожу, очевидно, только самые резкие примеры, так как они всего нагляднее иллюстрируют мою мысль. Бесполезность простого сравнения законодательств двух народов, стоящих на разных ступенях общественного развития, выступает гораздо слабее, если взять, напр., такие две страны, как Франция или Англия в начале XIX века, и задаться, положим, тем же вопросом о преимуществах политического устройства той или другой, каким занимались сплошь и рядом французские доктринеры эпохи реставрации. Ошибка таких публицистов, как Бенжамен Констан или Барант, — ошибка, отразившаяся самым роковым образом не только в сфере политики, как науки, но и политики, как практики, — состояла именно в том, что, сравнивая государственные учреждения обеих стран и отдавая преимущество английским, они в воссоздании всех особенностей английской конституции с ее аристократическим строем, с ее высоким избирательным цензом, с ее, выражаясь одним словом, феодальными анахронизмами, видели, так сказать, категорический императив разума. В Англии существовала политическая свобода, рассуждали они, во Франции ее не было; в Англии политическая свобода встречалась рука об руку с крупным землевладением, с политическим преобладанием аристократии, с фактической возможностью представительства для одних владетельных классов. Чтобы Франция могла уподобиться Англии, необходи-

¹ Цит. по: Ковалевский М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения права. М., 1880.

мо было, думали доктринеры, воссоздать во Франции аристократию и как земледельческий класс, и как политически правящее сословие; необходимо было установить верхнюю палату из членов искусственно созданной перии, ввести высокий избирательный ценз, одним словом, перенести целиком в общество, в течение веков развивавшееся в направлении к гражданскому равенству и всеобщности, недавно еще пережившее в интересах практического упрочения этих общественных идеалов самый крутой переворот, какой запомнит история, привычки и учреждения страны, и которой общественное неравенство уживается с полной политической терпимостью, а потому и свободой. При таком перенесении целиком чужих нравов, обычаев и институтов, очевидно, не принималось в расчет, что обе страны, между которыми производимо было сравнение, находились на двух совершенно различных ступенях развития, что отсталая в политическом отношении Франция далеко опередила Англию в отношении общественном и что поэтому, то, что считали делом прогресса, было в действительности делом реакции. Таким образом, в основании факта пародирования Францией, а по ее образцу и другими государствами континента английской конституции, — лежит в действительности ничто иное, как логическая ошибка, — логическая ошибка, которая для своего исправления потребовала революций 30 и 48 года.

Мне кажется, что после сказанного едва ли является необходимость настаивать на том, что простое сравнение между законодательством двух стран, помимо отношения к вопросу о том, в какой мере одна из них отстала от другой в своем общественном развитии, и бесполезно, и опасно; — бесполезно в том смысле, что из факта случайного сходства или не менее возможного различия нельзя выводить ровно никаких научных заключений; опасно, так как принимая свое произвольное заключение за научный вывод, легко временно навязать стране учреждения и нравы, переворот в которых стоил ей многих усилий и жертв, сжиться с которыми она более не в состоянии иначе, как под условием отказаться от своего прошлого — от своей истории.

Бесплодность простого сравнения учреждений двух произвольно взятых стран в настоящее время так чутко сознается историками права, что они даже отказываются признавать за таким сравнением значение сравнительного метода и называют его просто-напросто методом сопоставительным. Сопоставлять законодательства нескольких народов по тому или другому вопросу, конечно, может быть очень интересно; но делать на основании этого сопоставления тот вывод, что одно абсолютно хорошо, а другое абсолютно дурно; что одно поэтому должно быть всюду введено, а другое отовсюду вытеснено — значит ни больше ни меньше, как наглядно доказывать полнейшую неспособность видеть причинную связь между законодательством известного народа и суммой тех общественных явлений, при которых оно развилось. Уже из сказанного ясно, что, говоря о сравнительном методе, мы отнюдь не разумеем под ним простого сравнения или сопоставления. В чем же, если не в сопоставлении, состоит метод сравнительный? — Отвечая на этот вопрос, я позволю себе, прежде всего, изменить несколько самый термин и говорить не о сравнительном методе просто, а о методе историко-сравнительном. При сравнительном методе просто, который, для меня, то же, что метод сопоставительный, сравнение делается между двумя или более, произвольно взятыми, законодательствами. Китай и Англия, Персия и Франция постоянно сравниваются между собой в сочинении Монтескье, держащегося метода

сравнительного, в смысле сопоставительного. О таком сравнении нет и помину в работах тех немногих историков и юристов, которые своими трудами проложили путь и представили образцы историко-сравнительного метода в юриспруденции. Те или другие законодательства сравниваются ими или потому, что те народы, которым принадлежат эти законодательства, происходят от одного общего ствола, а, следовательно, и способны были в их глазах вынести из общей родины общие юридические убеждения и институты, или же потому, что не имея даже такого общего происхождения, а, следовательно, и такого общего достояния обычаев, нравов и учреждений, они одинаково дожили или доросли до них, другими словами, достигли одинаковых ступеней общественного развития...

Историко-сравнительный метод является не только средством к построению совершенно новой науки — истории естественного роста человеческих обществ, но и необходимым приемом изучения истории права того или другого народа. С этой точки зрения мы и рассмотрим его в настоящей главе, посвященной обозрению приемов исторического изучения права <...>

Значение сравнительного метода вовсе не состоит в открытии новых фактов, а в научном объяснении уже найденных. Очевидно, что с тех пор, как история права стала останавливать на себе внимание юристов, другими словами, с самого возникновения исторической школы правоведения в Германии в конце прошлого и начале нынешнего столетия стала чувствоваться потребность и в объяснении причин, породивших обнаруживаемые историей правовые факты. При узкой специализации научного труда, при исключительном знакомстве с законодательством лишь одного какого-нибудь народа трудно было приписать возникновение в его среде тех или других юридических норм действию общих ему с другими народами причин; оставалось поэтому искать источник их возникновения в той сложной и нелегко расчлняемой причине, которую, говорит Бинер в одном месте своих сочинений, мы привыкли называть духом народа. Года два тому назад я имел уже случай говорить о полной ненаучности такого рода объяснений; избегая повторений, я ограничусь в настоящее время одним лишь указанием на то обстоятельство, что целый ряд правовых явлений, которые немцы отнесли на счет германского духа, а наши славянофилы на счет славянского, оказались общими, не только обеим народностям, но и целому ряду других, хотя и разноплеменных с ними, но достигших в тот или другой период своей истории одинаковых ступеней общественного развития <...>

Путем сравнения одного законодательства с возможно большим числом других, притом не случайно взятых, а принадлежащих народам, близким по своему общественному развитию к тому, законодательство которого представляет прямой предмет изучения, юрист-историк приобретает возможность постепенного восхождения до общих мировых причин развития тех или других юридических отношений. Относя в отдельную группу то сравнительно небольшое число норм изучаемого им права, которые обязаны своим возникновением факту прямого заимствования у соседей, историк-юрист открывает действительный источник происхождения для большинства явлений изучаемого им права не в метафизическом представлении о каком-то особом «народном духе», а в вполне реальном факте постепенного осложнения исконной борьбы за существование прогрессивным дифференцированием общественных групп, выделением из родовых и общинных союзов особого религиозного, военно-служилого и ремесленно-тор-

гового классов, постепенным разветвлением правительственных функций и созданием особых органов для каждой из них в лице народных старейшин, советов и собраний с подчиненными им инстанциями. Не настаивая более на этой мысли, более обстоятельно развитой мной в другом месте, я замечу в заключение, что далеко не все факты юридической жизни народа найдут объяснение себе в одной из двух вышеуказанных причин, — я разумею прямое заимствование или прохождение одинаковых ступеней развития. Сравнительно небольшое число явлений останутся все-таки необъясненными; в этих явлениях и следует видеть действительные особенности правового развития изучаемого народа, источник которых лежит частью в привитых ему историей психических свойствах, частью в физических условиях занимаемой им страны. Сказанного вполне достаточно, чтобы показать, что сравнительный метод составляет необходимый прием при изучении не только всемирно-исторического права, но и истории права какого-нибудь определенного народа. Его применение, не ведя к открытию новых фактов юридической жизни, одно способно дать научное объяснение уже установленным фактам.



**Альбер
СОРЕЛЬ,**
 (1842—1906),
 французский историк,
 член Французской
 академии,
 иностранный
 член-корреспондент
 Петербургской академии
 наук

ИСТОРИКО-КУЛЬТУРНОЕ ЗНАЧЕНИЕ ФРАНЦУЗСКОГО ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА (фрагменты)¹

В течение целого столетия французский Гражданский кодекс управлял взаимными отношениями граждан великой страны. Сохранив и по истечении этого века, несмотря на преобразования в общественной жизни, все свои существенные элементы,— для того, чтобы удовлетворять новым условиям быта, он нуждается лишь в дальнейшем развитии своего духа и совершенствовании тех методов, при помощи которых был выработан. Такой законодательный памятник — редкое и могучее творение, делающее честь нации, которую и ради которой он был предпринят и создан. Он входит в историю этой нации, как один из основных элементов, наиболее способствующих укреплению устойчивости их развития.

У каждой нации есть свои условия существования, свои общественные и частные обычаи, свой характер и свой ход жизни, в зависимости от которых определяется и развиваются их учреждения. Вскрыть эти отличительные их особенности, установить и выяснить их значения, определить условия существования, свойственные этому народу, законы его развития, смысл его прошедшего и судьбы будущего; это значит указать его общественную гигиену.

Первые творцы кодекса следовали в этом отношении за духом своего времени и вдохновлялись свойственным этому времени пониманием человеческой природы. Думая, что эта природа всегда и везде одна и та же, хотели было сначала писать законы для человечества. Они догадались, однако, что исходить только из понимаемой таким образом духовной и интеллектуальной природы людей значило бы не считаться с их действительными качествами. Они поняли, что настоящая природа у людей создается условиями той среды, в которой они рождены; что «естественные» принципы для них те, к которым они привыкли, — и что, стремясь к лучшему, более легкому и справедливому строю жизни, они прежде всего не желают нарушения привычных для них условий существования и лишения их благ, которыми они уже обладают и по отношению к которым хотят достигнуть лишь большей полноты пользования. После некоторого блуждания в беспредельности, эти законодатели поняли, что для того, чтобы закрепить для Франции реформы, проведенные революцией, которая ставила себе в большую честь то, что она была французской, — необходимо приспособить их к французской почве, — к интересам и характеру французов. Они возвратились в свою стихию, Францию, и стали издавать законы для французов, потому что сами были французами. Если они и льстили себя тем, что создают вместе с тем законы и для всего человеческого рода, то только потому, что в их глазах весь род человеческий казался только большой Францией и что само человечество каждый из них представляет себе, как распространенное в бесконечность я.

¹ Цит. по: Сорель А. Историко-культурное значение Французского гражданского кодекса. СПб., 1905. С. 1—3.

Гражданский кодекс лишен всякой трансцендентности и не претендовал на выспренность. Он был создан для обыкновенных французов и предназначен был регулировать обычный порядок их общественной жизни. Он был почвенным произведением. Будучи привит к дереву Франции, он почерпал свои соки из французской земли, потому и сам оплодотворил эту землю.

Благодаря тому, однако, что вокруг Франции жили народы с схожей цивилизацией и в условиях существования, мало отличавшихся от французских, оказалось, что французы, издавая законы для себя самих, издавали их вместе с тем и для этих народов. Французский закон распространился и акклиматизировался у них естественным путем, здесь благодаря инфильтрации, а там — трансплантации. После эпохи рецепции римского права это единственный известный нам пример столь широкого распространения законов одного народа у других. Мы имеем право чувствовать в сознании этого некоторую гордость и усмотреть в этом и признании освящение того интеллектуального и социального верховенства, которым пользовалась Франция в XVII и XVIII веках.

Рубрику подготовила
М. В. Захарова

ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА имени О.Е. КУТАФИНА (МГЮА) № 4 (32) / 2017

**Выпуск
«СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО»**

Литературный редактор *М. В. Баукина*
Корректор *А. Б. Рыбакова*
Компьютерная верстка *Т. В. Серёгина*

Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
125993, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9

Отпечатано в типографии Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
125993, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9

