

Министерство образования и науки Российской Федерации
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего профессионального образования
«Московский государственный юридический университет
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»

LEX RUSSICA

№ 10, 2014 (октябрь)

2014 (изд. с 1948 г.). НАУЧНЫЕ ТРУДЫ МГЮА. Том XCV (№ 10)

Председатель Редакционного совета

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович — ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, профессор. Заслуженный юрист Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, почетный работник науки и техники Российской Федерации.

Заместитель председателя Редакционного совета

СИНЮКОВ Владимир Николаевич — проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, почетный сотрудник МВД России.

Главный редактор журнала

ЧУЧАЕВ Александр Иванович — доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.

Ответственный секретарь

ПРУГЛОВА Марина Николаевна — эксперт отдела научно-издательской политики Управления организации научной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

БАРАБАШ Юрий Григорьевич — доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой конституционного права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины.

БЕКЯШЕВ Камиль Абдулович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

БЕШЕ-ГОЛОВКО Карин — доктор публичного права, Франция.

БОНДАРЬ Николай Семенович — доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ, заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

ДМИТРИЕВА Галина Кирилловна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный юрист города Москвы.

ЗОЙЛЬ Отмар — доктор права, почетный доктор права, Emeritus профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).

ИСАЕВ Игорь Андреевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ.

КОМОРИДА Акио — профессор Университета Канагава (Япония).

КОЛЮШИН Евгений Иванович — доктор юридических наук, профессор, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.

МАЛИНОВСКИЙ Владимир Владимирович — кандидат юридических наук, заместитель Генерального прокурора РФ, государственный советник юстиции 1 класса.

ПАН Дунмэй — кандидат юридических наук, профессор юридического института Хэйлунцзянского университета КНР, приглашенный исследователь Центра славянских исследований университета Хоккайдо Японии.

ПИЛИПЕНКО Юрий Сергеевич — доктор юридических наук, вице-президент Федеральной палаты адвокатов России, председатель Совета коллегии адвокатов Московской области «Юридическая фирма «ЮСТ»».

РАДЬКО Тимофей Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ.

РАРОГ Алексей Иванович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы.

РАССОЛОВ Илья Михайлович — доктор юридических наук, профессор кафедры правовой информатики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Судебная и правоохранительная практика».

РЫБАКОВ Олег Юрьевич — доктор философских наук, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Российской правовой академии Министерства юстиции РФ, член российской секции Международной ассоциации философии права и социальной философии, член комиссии по науке ассоциации юристов России, член экспертного совета по праву Министерства образования и науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ.

ТУМАНОВА Лидия Владимировна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.

ХЕЛЛЬМАНН Уве — Dr. iur. habil, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

ФЕДОРОВ Александр Вячеславович — заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, кандидат юридических наук, профессор, главный редактор журнала «Наркоконтроль».

ШЕВЕЛЕВА Наталья Александровна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой государственного и административного права, декан юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

ШУГРИНА Екатерина Сергеевна — доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права, председатель редакционно-издательского Совета Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Актуальные проблемы российского права».

де ЗВААН Яап — профессор Роттердамского университета (Голландия), профессор кафедры Жана Монне (Европейский Союз).

2014 (Published in 1948)

RESEARCH PAPERS KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY. That XCV (№ 10)

Chairman of the Council of Editors

BLAZHEEV, Victor Vladimirovich — Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Professor, Head of the Department of Civil Process, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

Vice-Chairman of the Council of Editors

SINYUKOV, Vladimir Nikolaevich — Vice-Rector on Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Law, Professor, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Officer of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation.

Editor-in-Chief of the Journal

CHUCHAEV, Aleksandr Ivanovich — Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

Executive Editor

PRUGLOVA, Marina Nikolaevna — expert of the Division for the Scientific and Publishing Policy of the Department for the Organization of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University

BARABASH, Yuri Grigorievich — Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Constitutional Law of the National University Legal Academy of Ukraine named after Yaroslav the Wise, Correspondent Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine.

BEKYASHEV, Kamil Abdulovich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

BECHET-GOLOVKO, Karine — Doctor of Public Law, France.

BONDAR, Nikolay Semenovich — Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Court of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

GRACHEVA, Elena Yurievna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

DMITRIEVA, Galina Kirillovna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of the International Private Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education, Merited Lawyer of the City of Moscow.

ISAEV, Igor Andreevich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation.

KOMORIDA, Akio — Professor of the Kanagawa University (Japan).

KOLYUSHIN, Evgeniy Ivanovich — Doctor of Law, Professor, Member of the Central Election Committee of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation.

MALINOVSKIY, Vladimir Vladimirovich — PhD in Law, Vice Prosecutor-General of the Russian Federation, Class 1 State Councillor of Justice.

SEUL, Otmar — Doctor of Law, Merited Doctor of Law, Emeritus Professor of the University Paris Ouest-Nanterre-La Defense (France).

PILIPENKO, Yuri Sergeevich — Doctor of Law, Vice-President of the Federal Chamber of Advocates of Russia, Chairman of the Council of the Bar Associations of Advocates of the Moscow region, Legal Firm «JUST».

RADKO, Timofey Nikolaevich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation.

RAROG, Aleksey Ivanovich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Lawyer of the City of Moscow.

RASSOLOV, Ilya Mikhailovich — Doctor of Law, Professor of the Department of Legal Information Science of the Kutafin Moscow State Law University, Editor-in-Chief of the Journal «Judicial and Law-Enforcement Practice».

RYBAKOV, Oleg Yurievich — Rybakov, Oleg Yurievich - Doctor of Philosophy, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory and History of State and Law of the Russian Law Academy of the Ministry of Justice of the Russian Federation, Member of the Russian Section of the International Association of Philosophy of Law and Social Philosophy, Member of the Commission on Science of the Association of Lawyers of Russia, Member of the Expert Committee on Law of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

TUMANOVA, Lidia Vladimirovna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Process and Law-Enforcement Activities, the Dean of the Law Faculty of the Tver State University, the Merited Lawyer of the Russian Federation.

HELLMANN, Uwe — Dr. iur. habil, Professor, Head of the Department of the Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the Potsdam University (Germany).

FEDOROV, Aleksandr Vyacheslavovich — vice-Chairman of the Investigation Committee of the Russian Federation, Colonel General, PhD in Law, Professor, Editor-in-Chief of the Journal «Drug Enforcement» (Narcocontrol).

SHEVELEVA, Natalia Aleksandrovna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of State and Administrative Law, the Dean of the Law Faculty of the St. Petersburg State University.

SHUGRINA, Ekaterina Sergeevna — Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law, Head of the Editorial Advisory Board of the Kutafin Moscow State Law University, the Editor-in-Chief of the journal «Topical Problems of Russian Law».

DE ZWAAN, Jaap Willem — Professor of the Rotterdam University (Holland), Professor of the Jean Monnet Chair (the EU).

СОДЕРЖАНИЕ

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

- И.А. Исаев*
Политика и поэтика:
романтический вызов 1137

ТЕОРИЯ ПРАВА

- В.П. Беляев, Г.С. Беляева*
Принципы и гарантии процессуально-
правового режима юридической
деятельности 1169

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

- М.В. Мажорина*
Транснациональные нормы
в международном
коммерческом обороте 1177

ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

- A. Zienkiewicz*
The concept
of a comprehensive comparison —
from legal theory to practice 1185

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ПРЕСТУПНОСТИ ЗА РУБЕЖОМ

- В.И. Борисов, П.Л. Фрис*
Эффективность уголовно-
правовой политики 1192

НАУЧНОЕ СООБЩЕНИЕ

- Я.В. Комиссарова, В.И. Комиссаров*
Криминалистическое
изучение личности носителей
специальных знаний 1201

- А.С. Колесова*
Специфика
заключительного этапа
расследования насильственных
преступлений в семье 1207

ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

- О.А. Плоцкая*
Обычно-правовое
регулирование земельных
отношений у коми (зырян)
в период общинного
владения землей 1214

ИМЯ В НАУКЕ

- А.М. Лушников, М.В. Лушникова*
А.Е. Пашерстник 1222

КНИЖНАЯ ПОЛКА

- В.Р. Авхадеев*
Сиваков Д.О.
Тенденции
правового регулирования
водохозяйственной деятельности:
монография. — М.: ИЗСП,
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ, 2012. — 352 с. 1235

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ

- К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ
В ЖУРНАЛЕ МАТЕРИАЛАМ
И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ** 1238

CONTENTS

PHILOSOPHY OF LAW

- Isayev I.A.*
Politics and Poetics:
romantic challenge..... 1137

THEORY OF LAW

- Belyaev V.P., Belyaeva G.S.*
Principles and guarantees
of the procedural and legal regime
of the legal activity 1169

INTERNATIONAL PUBLIC LAW

- Mazhorina M.V.*
Transnational rules
in the international stream
of commerce..... 1177

INTERNATIONAL LAW

- Zienkiewicz A.*
The concept
of a comprehensive comparison —
from legal theory to practice..... 1185

FIGHTING CRIME ABROAD

- Borisov V.I., Fris P.L.*
The efficiency
of criminal law policy.....1192

SCIENTIFIC MESSAGE

- Komissarova Y.V., Komissarov V.I.*
Forensic Science on the study
of personalities enjoying
special knowledge 1201

- Kolesova A.S.*
Specific features
of the final stage of the family
violence cases investigation..... 1207

HISTORY OF STATE AND LAW

- Plotskaya O.A.*
Customary legal regulation
of land relations with the Komi (Zyryane)
in the historical period
of sharing land by
the community members1214

NAME IN SCIENCE

- Lushnikov A.M., Lushnikova M.V.*
A.Ye. Pasherstnik..... 1222

BOOK SHELF

- Avkhadeev V.R.*
Sivakov D.O.
Tendencies of legal regulation
of water economic practice:
monograph. — M.: IZISP,
Jurisprudence, 2012. — 352 p. 1235

- PUBLISHING CONDITIONS
AND THE REQUIREMENTS
TO THE MATERIALS
FOR THE JOURNAL..... 1238**

ПОЛИТИКА И ПОЭТИКА: РОМАНТИЧЕСКИЙ ВЫЗОВ

Аннотация. Статья посвящена теме, которая уже давно стала актуальной как в области теории и философии права, так и в области культурной истории. Европейская романтическая школа XIX в. со своими претензиями на эстетическую интерпретацию государства, власти и права раскрыла новые аспекты правовой реальности. Философия права, представленная Гегелем, восприняла под влиянием немецких романтиков — Ф. Шлегеля, А. Миллера, И. Гёрреса и других — элементы поэтики и мировосприятия, составившие особый культурный пласт. В дальнейшем этот тип мышления проявит себя в построениях «исторической школы права» Савиньи и практических государственных реформах в Европе. В статье анализируются различные аспекты данного влияния, заметные и в настоящее время. Речь идет о «эстетической «политике», власти темных сил», «империях зла» и других категориях, используемых в современной политической философии и практической политике. Особое место занимает анализ сформировавшегося романтиками понятия «национальная государственность» в его противопоставление имперской терминологии, присущей «старым ремеслам» Европы. Важнейшие правовые архетипы рассматриваются преимущественно в и литературном контексте.

Ключевые слова: романтизм, «историческая школа права», закон, правосознание, легальность, легитимность, нормативность, власть, монархия, нация, революция, воля к власти.

1. Возвращение поэзии в политику

Когда-то давно древние индусы и китайцы записывали свои законы в стихотворной форме. Поэзия и правда тогда еще не стояли друг от друга так далеко...

В письме Якоба Гримма к Савиньи (29.10.1814) намечается характерная для романтизма парадигматическая параллель: «Рост, формирование и отмирание права, укорененность его в сознании народа — все это точка в точку соответствует древней народной поэзии, поэзия и право поясняют друг друга». Право сравнимо с языком и сказанием: на языке говорят, легенды сказывают и поют, обычаи и права поддерживают и осуществляют. «Судья, правитель — словно певец, он управляет общим достоянием», это призвание древних царей. И только постепенно

начинает заявлять о себе некий технический элемент, меняющий отношение: выше всех оказывается собиратель и хранитель законов, который слагает, связывает их как поэт — песни и как певец стоит теперь ниже поэта, как и судья — ниже законодателя и царя. Певцы и судьи связывают царя и законодателя с народом, но певец поет лишь готовое, но сам не творит, а судья только разбирает. До этого элемент искусственности был все еще смешан с природой (народностью), но затем техника обособляется, причем так, что «сама первая ступень становится искусственной, но не дорастает до второй». Сталкиваются между собой доли искусственного и естественного. Вильгельм Гримм чуть позже добавит: наше намерение как раз и состоит в том, чтобы представить исток поэзии как «общее, нераздельное

© Исаев И.А., 2014

* Исаев Игорь Андреевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина, заслуженный деятель науки РФ.

[kafedra-igp@mail.ru]

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

с полной жизнью достояние народа, который нельзя увидеть телесным взором — оно, как начала всего живого, покрыто тайной»¹. И романтизм как мировоззрение вырос из поэзии и поэтики, при этом формируя собственную политическую идею и идею права.

Уже начиная с Платона философия, желая законодательствовать в политике и воспитании социальных тел, оказалась перед необходимостью прежде всего установить законы в области искусства. А из аристотелевской «Поэтики» сразу два порождающих катарсис аффекта — страх и сострадание — переходят в сферу политического как влиятельные и определяющие факторы, что позже наглядно продемонстрировал романтизм (прежде всего немецкого образца)². Платон, правда, категорически исключал поэтов из политики, поскольку они давали вредные примеры поведения в системе воспитания, основанной на традиционных образцах. Единство социума должен был обеспечить миф, в котором искусство органически соединялось с политикой: «политика — это только изобразительное искусство государства». Романтики и Мартин Хайдеггер могли бы под этим с готовностью подписаться. «История — это не наука о природе. Если она чем-то и является, то это — мифология» (М. Хайдеггер). Фантазия всегда выше фактов, а значит и поэзия выше истории.

Соединение поэтики и права обуславливается тем, что сама действительность духа и природы в целом поэтична: она обнаруживает свою глубинную духовную структуру, откуда поэзия и право получают свои идеи и туда же они приносят и свои поэтические новотворения. Мифизация политики и политизация мифа порождают также эстетизацию политики. Политический порядок стилизуется под произведение искусства, поэтическая сила мифа переоценивается таким образом, что миф позволяет выстраивать и политику, и социальные институты поэтически, исходя из эстетики. Государство превращается в «целостное произведение искусства». Но подмена социального устройства эстетическим делает подозрительным чрезмерное употребление слов «образ» и «преобразование» — в них скрывается явное притязание на власть. Политика тогда начинает восприниматься как эстетический феномен, и все текущие заботы социальной действительности изгоняются из политики. Романтический этос обнаруживает здесь близость гностицизму, стремившемуся создать собственную повествовательную теорию действительности³.

Поэзия рождается из акта отделения сознания от его объекта и сознания необходимости,

стремясь вновь объединить их. В истории больше случайностей, страстей, мнений и субъективности, которые в этой прозе «содержат гораздо больше странного и необычного, чем чудеса поэзии, которые всегда должны придерживаться общезначимого» (Гегель). Поэтому задача государственного права заключается в том, чтобы найти в этом субстрате общую волю, которая синтетически включила бы в себя все частные воли. Представление о том, что единое уже само по себе есть благо, а многообразие — зло, что истина — только одна, а заблуждения многочисленны, явно уходило своими корнями в платоническую традицию.

Эта точка зрения позднее стала преобладающей в классицизме, против которого выступил романтизм. В течение нескольких столетий забота о форме и структуре, правилах, находящихся рациональное оправдание, были присущи текущей политике и правовому сознанию. Ссылки на объективные нормы, крайним выражением которых было учение о вечных прототипах и платоновских образцах, с помощью которых всерьез судили о жизни и мышлении, теории и практике, неизбежно приводили к учению о «мимесисе», соединявшим античность, Средневековье и эпоху Возрождения с «большим стилем» XVIII в. и предполагавшим перманентное наличие неких вечных форм и универсальных истин.

Напротив, романтическое стремление к самовыражению стимулировалось действием свободной и ничем не сдерживаемой воли. «Независимость, непокорство индивидов, групп, стремление к целям, не потому что это были всеобщие цели, а потому что мои или моего народа, моей культуры — таким было мировоззрение... немецких романтиков». Уже у Шиллера понятие свободы выходит за ограничительные пределы разума: человек демонстрирует свою моральную независимость от природы и естественных законов, но отнюдь не разум и не чувство возвышают его над природой, а его воля. Попытки примирить ее с историей и природой только уводят поэта в иррациональную область искусства, где уже не работают причинно-следственные законы.

И уже сама природа представляется ему разрушительной силой: «она всех растаптывает в прах, важных и незначительных, благородных и низких — муравьиное царство она бережет, людей же, самое главное свое творение, уничтожает своими гигантскими руками» (Шиллер). Нападки на все, что окружает и стесняет, делая человека частью «большой машины», из которой невозможно вырваться, поскольку иллюзией является сама вера в то, что можно выйти из этой тюрьмы — это и есть общая нота романтического бунта⁴.

¹ Эстетика немецких романтиков. СПб., 2006. С. 285–286.

² Лаку-Лабарт Ф. Поэтика и политика. СПб., 1999. С. 10–11.

³ Козловски П. Миф о модерне. М., 2002. С. 223.

⁴ Берлин И. Апофеоз романтической воли // Подлинная цель познания. М., 2002. С. 676, 692.

Бунт непременно возглавляет художник-гений. Эта фигура становится идеалом, образно преобразившим понятие нации и роль меньшинства в их борьбе за свободу во что бы то ни стало. (Но Исая Берлин видит в этом еще и более зловещий аспект — непереносимое «поклонение вождю, творцу нового социального строя как художественного произведения, который обращается с людьми так же, как композитор со звуками, художник с красками — ведь люди слишком слабы, чтобы подняться с помощью усилий собственной воли».) Исключительное существо, герой и гений способны поднять людей на более высокий уровень, даже если он достигается ценой страданий и смерти множества людей; как и предположил Фихте, законы извлекаются не из фактов, а из нашего собственного «я». Реальность поэтому следовало распределять по категориям точно так, как это диктует воля.

Вся истории являет собой процесс борьбы, которую ведет толпа против героя. Историческое знание раскрывает «хаос бытия» для определения точек, в которых проявляются исключительные индивиды, навязывающие свою волю ленивой и непокорной толпе: «появление героя представляет победу человеческой свободной воли над необходимостью» (Карлейль).

Бунтующий герой — Прометей, подчиняющий себе природу и жизнь, не был связан никакими нормами и законами, поскольку только он и был в состоянии творить историю. Романтический идеал сверхчеловека находил подготовленную почву — государство как «высшее единство и как нравственное представление об индивидуальности» (Гегель) должно было привести к неизбежному деспотизму, в какой бы форме он ни проявился. Это — высший авторитет, божество для индивидуума, являющегося только его частью и повинующегося его воле. Представитель такого государства, объединяющий в своих руках всю власть и олицетворяющий волю государства, становится «сверхчеловеком» и воплощенным могуществом, нравственностью народа — его воля и есть высший закон⁵. Индивид выходит из театральной и шумной атмосферы XVIII в. в атмосферу молчания и безразличия, публичное сливается с частным. Безразличие становится важным фактором истории.

Иенские и гейдельбергские романтики мир фантазий прилагали к непосредственной действительности, подчиняя этику эстетике. Будучи по натуре антинормативистами, они тем не менее создавали свой собственный кодекс прекрасного. Гете назвал эстетико-политические конструкции Йозефа Мёзера «патриотическими фантазиями»; взаимопроникновение фантазии и чувства действительности, питаемое силами

души, вело мысль в сферу чистого созерцания, заставляя забыть об утилитаризме. «Автор всегда возвышается над своей темой и умеет придать удивительную легкость весьма серьезным «рассуждениям» (Гёте). (В восьмом «бдении» Бонавентура замечает: «Поэты — безобидный народец со своими грезами и восторгами... Но они свирепеют как только осмеливаются сопоставить свой идеал с действительностью, и яростно бьют ее, хотя им вообще не следовало бы к ней прикасаться».)

Еще Джамбатиста Вико незадолго до романтиков полагал, что даже математика и та достоверна лишь потому, что является человеческим изобретением. Но окружающую природу сам человек не в состоянии познать, поскольку не он ее сотворил. Однако все обряды, язык, мифы, законы, религиозные и юридические институты несомненно являются формами человеческого самовыражения, экспрессией и его желанием поведать о себе и своих стремлениях. При этом мифы и поэзия выражают видение мира столь же достоверно, как когда-то это делало то же самое римское право, но лишь того мира, в котором они появились сами. Не существует какого-то вневременного естественного закона, истины которого были бы доступны любому человеку: мифология и юриспруденция позволяют понять только те изменяющиеся формы общественного сознания, которые их же и породило.

И.Г. Гаман развивает эту идею неаполитанского философа: конечно же, любая истина носит именно частный, а не общий характер, а разум является только инструментом условной классификации и приведения фактов в соответствие с идеальными образцами. Сама вселенная оказывается своеобразным языком и все входящие в нее — лишь символы, посредством которых Бог общается со своими созданиями. «Народы — суть мысли Бога». Только любовь может открыть истинную природу, но ведь нельзя любить формулы, общие суждения, абстракции, системы понятий и категорий — все это только символы, далекие от действительности. Действительное же всегда индивидуально. Бог — настоящий поэт, а не математик. «Системы — это темницы духа», в которых рождаются чудовищные бюрократические механизмы, создаваемые в соответствии с правилами, игнорирующими живое многообразие мира, разрушающие внутренний мир человека, подавляющие его ради идеологической химеры, не имеющей представления о единстве духа и тела. Только история и дает конкретную истину, а поэты описывают свой мир на языке страстей и воображения. Гаман был первым, но за ним последовали Гердер, Якоби и Мёзер.

Любые правила и предписания смертельны для всего, имеющего определенную значимость: ничто великое никогда не достигается

⁵ Там же. С. 694–695.

путем их соблюдения, а все новое возникает как раз путем нарушения правил, любой творческий акт или новый взгляд достигаются вопреки правилам, установленным деспотическим законодателем. «Природа — это дикий танец», она наделена буйной фантазией, а так называемые практические люди подобны затворникам платоновой пещеры: они сошли бы с ума, если бы увидели перед собой реальную действительность такой, как она есть, а не такой, как они ее себе представляют⁶.

Только мистик адекватно воспринимает природу, поскольку не задает ей никаких вопросов. Но есть еще и некий высший закон, которому подчинены и природа и люди, он по-настоящему действенен и действителен — и только интуиция открывает его. Вячеслав Иванов был уверен, что задачей романтизма было прежде всего «преодоление идеализма мистическим реализмом». Людвиг Тик отказался от художественного творчества ради мистического погружения в откровения Якоба Бёме; поздняя философия Фихте и Шеллинга принимает мало-помалу ортодоксально религиозную католическую окраску. Для Фихте единственной реальностью остается «дух, природа же — только его проекция в бесконечность. Самосознание «я» сознательно воссоздает Вселенную, и тогда Новалис, поднимая мораль до теургии, следует Фихте: «Мы должны стать магами, чтобы быть моральными. Чем моральнее, тем согласованнее с Богом». Если Гете призывал только к созерцанию, то Новалис уже рассматривал познание как акт мирового творчества: основываясь на самоутверждении свободной личности, мистическое сознание позволяет ей вращаться «корнями в лоно Мировой Души, а ветвями в Небо».

2. Право и история

Но «благороднейшее сознание и прекраснейшая идея сами по себе не имеют никакого юридического значения» — чтобы стать правом, они должны предварительно подвергнуться особому процессу объективации, с помощью которого превращается в нормы (Бергбом). Форма так или иначе деформирует первоначальный порыв духа, а действие — изначальную иллюзию воображения и замысел творца. Логика подминает под себя хрупкую интуицию. Школа Савиньи в известной мере соглашалась с «логицизмом права», выводимым из разума, невзирая на тот факт, что уже само столкновение в праве противоположных интересов мешает юридической системе стать строго логической. Зато Иеринг и Меркель открыто провозгласили (в рамках все той же исторической школы), что «право

по самой своей природе находится вне логики»⁷. «Все истинное есть идея» (Гегель), и хотя принципы составляют настоящую суть предмета, сам этот «предмет часто оказывается выше сознания. «Пустое всеобщее» всегда чревато утратой иллюзий, и освобождение сознания должно способствовать политическим изменениям, «литература должна помогать политике». Романтики быстро осознали, что рационализация убивает ту небольшую долю поэзии, которая крайне важна для права, — ведь «никто еще не доказал, что поэтический элемент в праве так уж совсем бесполезен для преодоления кризиса источников права». (Нужно помнить, что древнее право часто выражалось в поэтической форме у китайцев, индусов и греков. Пьер Бурдьё заметил по этому поводу: «Общества, где кодификация развита мало, где основное внимание уделяется чувству игры, импровизации, имеют сумасшедший шарм». Так, с французским Гражданским кодексом была связана длящаяся интрига многочисленных романов — «Человеческой комедии» Бальзака, а персонажи Александра Дюма в важные психологические моменты развития сюжета не упускали случая воспользоваться карманным изданием ГК⁸.)

Романтикам и революция казалась неким театральным представлением (в пятнадцатом «бдении» Бонавентуры дается красочная зарисовка. «Мы раскинули нашу сцену в маленькой немецкой церкви вблизи французской границы, на которой давалась великая трагикомедия, но король дебютировал неудачно, а шут в роли Свободы и Равенства потрясал человеческими чувствами вместо бубенцов».) Общества и лица могут быть поняты только посредством целостного восприятия и впечатления. Каждый век и каждое государственное деяние имеют свой собственный стиль и окраску, не подчиняются тирании единообразных систем, но связанные «мирадам прядей», так же как и люди, составляют «исторически освященное целое, противопоставленное утилитарной модели общества как торговой компании» (Э. Бёрк).

Но это — уже программа «Бури и натиска», категорический акцент на воле и действии в противовес пассивному созерцанию, сопротивление природе и ее законам, в отличие от гармонизации с нею; вселенная саморазвивается под действием некоей иррациональной силы, которую можно постигнуть только путем интуиции и воображения. Шиллер как-то заметил: «Человек бывает вполне человеком лишь тогда, когда играет»: эстетическая потребность или влечение к игре как раз и заключается в том, что «равно-

⁶ Берлин И. Контрпросвещение // Подлинная цель бытия. М., 2002. С. 271–273.

⁷ Новгородцев П. Историческая школа юристов // Немецкая историческая школа права. Челябинск, 2010. С. 198.

⁸ Кабриак Р. Кодификации. М., 2007. С. 164.

мерно парализует и формальное и материальное влечение», и всю деятельность (у Фихте же действие существует только ради действия) направляет на бесцельную игру. Чувственная природа сближает человека с низшими существами, но нравственное назначение у него такое же, как и у высших духов. И только эстетическая жизнь, составляющая гармоническое согласование чувственного и сверхчувственного элементов, принадлежит исключительно ему, человеку (Шиллер). Йохан Хейзинга позже разовьет это положение применительно к юриспруденции: судопроизводство — это спор о справедливости и несправедливости, правоте и неправоте, победе и поражении. Все три игровые формы судопроизводства — игра на счастье, состязание или спор об заклад и словесный поединок — единодушно сводятся к принятию решения. «Понятие о приговоре божественных сил в отношении абстрактной истины и справедливости, может быть связано лишь вторично с подобными действиями, первичным же здесь является агональное решение как таковое, т.е. решение относительно серьезных вещей, принимаемое в игре и через игру»⁹. Фауст в «Русских ночах» Одоевского утверждает: «Человек никак не может отказаться от поэзии; она как одна из необходимых элементов, входит в каждое действие человека, без него жизнь этого действия была бы невозможна».

Оригинальное и индивидуальное единство жизни у романтиков должно было быть поставлено на место старой морали. Когда рационализм, этот корень «математико-механической натурфилософии», будет окончательно вырван, тогда сами собой отпадут и абстрактный индивидуализм, утилитаризм и морализм в социальном бытии, социальные отношения и политика тогда смогут строиться на сверхиндивидуальных, органических и эстетических ценностях: из лабиринтов утопии должно вырасти понятие развития.

Право, так стремящееся к стабильности и неизменности, вынуждено меняться под воздействием истории. Юридический романтизм искал в обычном праве устойчивую субстанцию, отождествляя его с «исток», неизменным началом. Но «исток» — это только потенция развития, таящая в себе бесчисленные вариации становления. Обычай прорастает в недрах народа и вместе с ним изменяет свои формы, он также живет внутри истории и ею же направляется.

«Человеческое множество, объединенное общей развивающей его историей созидания рейха, именуется народом» (Фихте). Его свобода выражается в развитии от самого себя до империи как конкретно-историческому политическому единству. Гегель представлял государство

как форму, которая идеально является «полной реализацией духа в наличном бытии»; такое государство не есть гражданский покой, безопасность и предсказуемый порядок, не есть голое суверенное решение или «норма нормы», оно есть конкретный порядок, институт институтов. Понимаемое как империя, оно готово встать над гражданским обществом и «сверху включить его в себя»¹⁰. Ведь только на почве национального по-настоящему сходятся интересы государства, желающего быть церковью, организовывать и господствовать над душами людей, и личности, стремящиеся к осуществлению одних и тех же национальных идеалов: «вождь и народ находятся здесь в состоянии обоюдной зависимости и рабства» — тому и другому национальное импонирует именно своей глубокой укорененностью в длительную жизнь (Н. Бердяев).

Романтизм ощущает это бесконечное как некое беспокойство: «несчастное сознание» Гегеля — это не более как дурная бесконечность или безразличный абсолют Шеллинга; оба относятся к потустороннему и абстрактному, становятся продуктом разрыва. Идея должного оказывается здесь связанной с идеей стремления и данного. Шеллинг говорит: «С точки зрения разделения, абсолютный синтез есть нечто потустороннее, противоположное своим определениям. Абсолют — это ночь. Бездна неба как множество звезд — это бесконечность без мышления: ложная глубина, ложное богатство»¹¹. В исторической смене формул можно выявить последовательность от воли законодателя через волю закона к самому закону (К. Шмит).

Поскольку еще Гердеру так и не удалось связать факт исторического изменения с фактом исторической длительности, он был вынужден возвысить оба эти состояния до высокой категории таинства и рассматривать проявление каждого из них как знамение мистической власти, единой органической силы¹². Чтобы изобразить вечное, следовало обратиться к прошлому, хотя бы потому, что оно остается неизменным. Но культ прошлого — это самое слабое место историцизма. Ведь история права вовсе не дает «полезных образцов» для настоящего, хотя и может давать примеры и идеи для ретроспективного размышления. (Н.Я. Берковский определил историческое восприятие романтиков как «пять веков европейского развития, пережитые с точки зрения одного великого пятилетия», — Французской революции.) Но романтики по самой своей сути оказались историками («Историк — это пророк, обращенный в прошлое» (Ф. Шлегель)): только в

¹⁰ Шмит К. О трех видах юридического мышления // Государство. М., 2013. С. 339–340.

¹¹ Валь Ж. Несчастное сознание в философии Гегеля. СПб., 2006. С. 109.

¹² Уайт Х. Метаистория. Екатеринбург, 2002. С. 101.

⁹ Хейзинга Й. Homo Ludens. М., 1997. С. 91–93.

историческом контексте и могут проявиться те изначальные сущности, которые живут в онтологической темноте бытия. Шеллинг смотрел на историю как на общий источник для искусства, науки и юридических институций, предлагая философски «конструировать государственный организм». Такой подход сочетался у романтиков с преувеличенной оценкой роли обычая как источника — «законодательство есть не более чем переписывание обычного права» (Пухта), все формы права в принципе сводятся к одному источнику.

И у Шеллинга, и у Пухты история — только ряд событий, которые лишь кажутся свободными и произвольными, однако в истории наиболее активно действует не отдельный индивид со своей свободой, а весь человеческий род, для которого и вся история едина. Поэтому и процесс образования права вполне объективизирован; он осуществляется вне отдельных лиц и в недоступной им области олицетворенного «народного духа». «Народно-правовое убеждение» дано как бы извне, оно не создано людьми, а навязано некоей символической силой. (Шталь был более окровененным и подчеркивал собственно божественный характер этой самой силы¹³).

Еще Монтескье обратил внимание на чудесный процесс становления и генезис законов положительного права из некоего права, первоначально имевшего совсем другой характер. Йозеф Мёзер воспринял этот экспрессивный стиль повышенного внимания к правовой динамике, дополнив картину анализом процессов трансформации публично-правовых институтов в частно-правовые (попутно заметив, что сами частноправовые отношения под воздействием публичноправовых факторов также податливо могут изменяться). Тогда перед ним и предстал некий эстетический образ «совокупного общеполитически упорядоченного и структурированного тела народа». (Правда, при этом его интересовал не общий тип абстрактного и сущего во все времена одного и того же человека, члена народа, а конкретный исторически определенный человек с его индивидуальными особенным страданием и радостями¹⁴.) Уже под влиянием Лейбница Мёзер начинает рассматривать старое естественное и основанное на разуме право в его конкретно-историческом и поэтически-одухотворенном аспекте: «Историк всякий раз берет из истории искусств и наук ровно столько, сколько нужно, чтобы дать знание об изменениях государственного строя».

«Каждое время имеет свой стиль» — это положение, интерпретированное исторической школой права, вскоре заменит собой традиционную веру в стабильную и всеобщую природу

человека верой в стабильную природу народов («народный дух» исторической школы под влиянием теперь уже гегелевской диалектики неизбежно начнет сближаться с «духом природы», чтобы занять место объективного духа — права, морали, государства, истории — приближенного к духу абсолютному — религии и искусству).

Критики романтиков заявляли: «Жизнь — не средство и не цель. Жизнь — это само право. Жизнь требует утверждения этого права вопреки претензиям превращающей в камень смерти, вопреки прошлому» (Генрих Гейне). Фундаментальными же основами человеческой природы являются воля и власть (основа политических убеждений), желание искупления (основа религиозных убеждений).

Под влиянием романтического волюнтаризма оказалось и субъективистское направление в теории права. Субъективный разум представлялся ему истинным и непосредственным источником права, ведь право не должно быть обязательно позитивным — при отсутствии определенного закона и обычая часто обращаются к субъективному усмотрению судьи. Поэтому наряду с положительным в истории существует еще и особое право, применимое к отдельному конкретному случаю, источником такого права и является субъективный разум¹⁵. Гегель очень скоро внесет свои поправки в эту трактовку, подчеркнув, что сферой бытия права является область объективного духа. «Мир может полностью обойтись без действительного права, как и без действительной истины» (Мёзер), но он не может отказаться от формального права и формальной истины, столь необходимых для обеспечения покоя людей. «Всеобщая любовь к людям», неписанным правам и т.п. отдают все выросшие и упрочившиеся формы порядка на милость субъективизму, поэтому идея государственной необходимости, которую так защищал Мёзер, коренилась прежде всего в понимании хрупкости самой человеческой природы; «сострадавая ей, Мёзер превратит жесткость правил, по которым надлежало жить человеку, в панцирь социального тела».

Отмечая «абстрактную бледность» договорной теории, Мёзер объяснял происхождение государства бесчисленными осознанными и неосознанными актами соединения воли людей. Концепцию «договора» (некогда такой договор был заключен «собственниками земли молча») он использовал, чтобы обрести прочную правовую почву для своего идеала «народного государства»: «право человечества заключается в праве завоевать все незанятое и защищать все завоеванное». Государство представлялось в виде «большого, энергичного, бесконечного движущегося и живого целого»¹⁶.

¹³ Муромцев С. Образование права по учению немецкой юриспруденции // Немецкая историческая школа права. С. 235–236.

¹⁴ Мейнике Ф. Возникновение историзма. М., 2004. С. 244–245.

¹⁵ Новгородцев П. Указ. соч. С. 167.

¹⁶ Берг Л. Указ. соч. С. 246.

Уже давно за тенденциями «просвещенного деспотизма» XVIII в. просматривался в качестве реальной движущей силы авторитарный и демонстративный дух «государственного интереса». Мёзер противопоставит ему другой государственный идеал, переживаемый в самых потаенных глубинах души и имеющий определенную романтическую окраску: ему будет сопутствовать идея государственной мудрости, правильно понимающей государственную необходимость. Тогда и сам государственный интерес будет менять свое содержание в зависимости от исторических особенностей места и времени, возвышаясь над ними. Макиавелли однажды уже открыл этот закон политического бытия и соединил его со своим государственным идеалом; то же самое сделал и Мёзер¹⁷.

3. Идеал против действительности

Фридрих Шлегель выделил в историческом контексте своей эпохи только три наиболее значимых явления: Французскую революцию, «Научное учение» Фихте и «Мейстера» Гете. Здесь Французская революция выступает только в качестве фрагмента более широкой и «нешумной» революции, по-настоящему меняющей взгляды на мир. Революционное желание осуществить Царство Божие на земле есть эластический момент прогрессирующего образования и начало современной истории. Что никак не соотносится с Царством Божиим, есть для нее лишь нечто побочное. «Пришло время основать новую религию, и это цель всех целей и центральный момент (Ф. Шлегель). В «Политическом романтизме» Карл Шмитт обратит внимание на то, что романтизм, поставленный в один ряд с Реформацией и революцией как весьма значимое явление эпохи, никак не поддается только политически организованному рассмотрению, которое не в состоянии схватить его суть. «Романтизм — это не просто политическое революционное движение, также сам по себе он не является консервативным или реакционным». Да и высказывания самих контрреволюционеров XIX в. де Местра, Бональда по поводу романтизма достаточно произвольно игнорировали некоторые значительные аспекты движения или же, напротив, наделяли его «безобидные высказывания злым и демоническим смыслом».

Именно эстетический взгляд романтиков на мир и политику породил двойственность их мировоззрения. Неразрешимое противоречие между идеалом и исторической действительностью (которая воспринималась ими как противоречие историческому идеалу и обобщенный образ) выражалось в неумном стремлении к истокам, изначально истинному, и не могло не вызвать отрицания всего нового. Новое вызывало в романтиз-

ме реакцию возвращения к старому, исторически новое непременно возводилось к незабываемому и вечному. Сам романтический идеал изначально находился в прошлом, и поворот к ней, «консервативной революции», могла осуществить только пробуждающаяся национальная воля, народный дух, конкретный и индивидуализированный.

Бог Ветхого Завета был одновременно и творцом и законодателем этого мира, и из этого истока закон, план и целесообразность обретали свой «божественный» характер. У Канта разум, природа и закон вполне тождественны — из механического понимания мира понятие закона «сначала переходит в биологию, а из нее уже вместе с терминами «организм» и «развитие» переносится романтической натурфилософией в сферу человеческого существования. Здесь закон уже существует как нечто неизменное, повторяющееся правило и норма, а «органический закон» — как некое соответствие, полярность органического целого и его частей. Закон как бы возвращается к своему истоку, где естественный закон сталкивается с искусственным законом законодателя. Чтобы быть действенным, он должен соответствовать естественному основному закону справедливости — только в этом случае право по-настоящему господствует¹⁸.

В XIX в. неожиданное единение историков и юристов, филологов и теологов произошло на базе «критического исследования единичного и идеи целостности или организма». Гегелевскому понятию идеи теперь противопоставлялось понятие жизни, понятие чего-то совершаемого, а не конструируемого. То уже была зародышевая «виталистическая идея, развитая, связанная с соответствующим ценностным направлением», и этот подход отмечался у Новалиса и Ф. Шлегеля, хотя А. Мюллер говорил, что сам он использовал для решения этой проблемы подходы Гете и Бёрка. Шлегель же ссылался на труды Якоби и Фихте. «Представители этого направления сделали консервативными революционерами духа, которые хотели построить новый жизненный порядок и новое историческое направление». Когда же идея органической общности и идея исторического развития отделились от первоначального эстетизма, они стали важными элементами исторической мысли, безразлично, приводили ли они при этом к консерватизму, католицизму, эстетизму или либерализму и демократии¹⁹.

Романтики достаточно рано увидели, что именно гармонизирующая сила религии не может быть заменена никакими государственными «суррогатами», тем суетливым и «бурным желанием установить конституцию», которое возникло именно

¹⁸ Крик Э. Национально-политическая антропология // Преодоление идеализма. М., 2004. С. 238–239.

¹⁹ Трельч Э. Историзм и его проблемы. М., 1994. С. 238–240.

¹⁷ Мейнике Ф. Указ. соч. С. 257.

тогда, когда погибли подлинные конституирующие государство принципы. «Хотя наши, корпящие над конституциями, художники государственности и протестуют против предположения, что за всеми их философскими спекуляциями скрывается всегнановое биржевое спекуляция, им трудно доказать свою невиновность, когда на них падает подозрение в фиктеанстве, потому что конституционное устройство государства есть у них не что иное, как фиктеанское полагание самого себя» (Франц Баадер). Кризис личности современной ему эпохи Баадер прозорливо увидел в гипертрофированном принципе индивидуальности, принципе «я» как истинном источнике зла в мире. (Все великое само нисходит в толпу, она же не может подняться до него, «масса существует, чтобы облекать идею в плоть или поклоняться ей, или ограничить произвол» (Л. Берг). Романтик Виктор Гюго заверил нас: «Все цивилизации начинаются с теократии, а заканчиваются демократией».)

Любая цивилизация — дело рук умственной аристократии, они и есть настоящие «боги народа» и поэтому должны пользоваться властью и поклонением. Правда, толпа при этом ничего не теряет, так как живет по иным законам. Но толпа все же может инстинктивно понять грозящую ей опасность порабощения разумом и восстать против него.

Эрнест Ренан, воспитанный на романтической традиции, доводит до логического конца картину развития тех образных и символических типов, которые еще Шекспир изобразил в своей «Буре». Просперо — властитель природы и людей, настоящий сверхчеловек делает из Калибана «просвещенное» человеческое существо, сняв с него чары колдовства, и выводит из состояния животной жизни. В ответ на это Калибан обрушивает на него всю силу своей ненависти, поняв, что власть его господина заключена именно в знании; отняв его, он сможет опустить господина на уровень всех остальных людей. Калибан ненавидит книги Просперо. Это — исчадие ада, и направляет на них ярость народа. Калибан — человек толпы вновь лишает Просперо власти, как и в начале шекспировской драмы. Там, где властвует Калибан, Просперо беспомощен, — «на народ нельзя влиять даже с помощью искусства». Развязанные Ариэлем стихии еще как-то могли произвести на него впечатление, поскольку тогда ему казалось, что сама природа восстает на дерзких преступников. Но революция снизу — это и есть самый воплощенный разум: «то, чего народ не видит, для него не существует». «При демократическом строе глупость всемогуща, потому что даже смех не будет иметь возможности ранить ее. В конце-концов толпа все-таки соединится с культурой, но что из этого произойдет, лучше и не помышлять»²⁰.

²⁰ Берг Л. Указ. соч. С. 43–45.

Надвигающиеся восставшие массы и все нарастающая и ощутимая победа парламентаризма, казалось, принципиально исключили из политических отношений европейского человечества всякое «более глубокое понимание и значение чувств и веры» (Федор Степун). Сама сущность теперь уходящей римской культуры заключалась в постоянном стремлении дарить формуле веру и в странном оскудении душевных сил, в систематической и упрямой борьбе против иррациональной силы безобразных переживаний, которые, однако, только и рождают «глубочайшую сущность человека с безликою тайной вечности». Некогда христианство внесло в этот мир рассудочности и формализма свою идею «единства в свободе и свободы в единстве», но юридический ум римлянина не мог принять этой формулы и поэтому он отверг свободу, что вполне соответствовало его центристустремительной тенденции к бездушной дисциплинированности²¹. Классицизм, с готовностью принявший римское наследие, поверхностно завуалировал это движение под видом стабильности и равновесия.

Рене Генон заметил, что «равновесие, гармония и справедливость на самом деле только три формы одной и той же вещи». Движение соединяет время и пространство, примиряя в себе противоположные тенденции. Сумма нарушений равновесия, из которых состоит движение, образует относительное равновесие, соответствующее закону становления²².

Правда, Гете и романтики, к нему тяготевшие, расходились в понимании такого равновесия. В обоих случаях речь у них шла о поиске равновесия противоборствующих сил, но романтики хотели такого равновесия, при котором гармония не должна была ослаблять интенсивности ни одной из сталкивающихся сил. Поэтому «романтический индивидуализм кажется более жестким и своевольным, сознательным и бескомпромиссным, нежели индивидуализм Гете». Поэзия есть этика, а мораль — это поэзия романтиков, ведь мораль в своей основе и является поэзией: «Наше мышление есть диалог, а наше восприятие — симпатия» (Новалис).

Романтики призывали к самой настоящей поэтизации судьбы, а не к ее конструктивному формированию или преодолению. Порядок, которого они желали, должен был быть настоящим «порядком порядков, в котором в созвучии всех диссонансов звучала бы мелодия», — ведь для поэзии все является символом и все имеет значение, но ничто не вправе само по себе притязать на исключительную ценность. Отождествляя придуманный в мечтах и само-

²¹ Степун Ф. Немецкий романтизм и русское славянофильство // Жизнь и творчество. М., 2000. С. 56–57.

²² Генон Р. Царство количества и знамения времени. М., 1994. С. 156.

сотворенный космос с действительным миром, они рассчитывали на нетрагическое итоговое разрешение трагических ситуаций. Поэтому их философия жизни вдруг стала представлять собой странную философию смерти, а их искусство жизни — искусство смерти, ибо «мировой охват, к которому они всегда так стремились, сделал их рабами всякой превратности рока»; от того и «Новалис представляется нам столь великим и столь цельным, и только потому, что сам он был рабом непреодолимого властителя»²³. Смертью искупалось все земное ничтожество и грехи, она обещала грядущее очищение и искупление. (Так, вагнеровские оперы стали настоящими мистериями искупления, ведь «величайшее чудо искупления есть прежде всего избавление самого избавляющего. «Наступило время избавления мира» (Вагнер), и баварский король-романтик попытался под влиянием этого художника превратить политику в поэзию.)

У Новалиса магическое преосуществление, позволяющее перескочить от профанной действительности к магической идеальности прошлой истории, предполагало создание нового мифа на материале рафинированного и переосмысленного Средневековья уже в «Христианском мире или Европе»; а в «Вере и любви» он уже изображает «государство-организм», которое только еще грядет, хотя и наделено чертами идеальной аттической республики, где патриархальный царь — сам есть живой закон. К. Брентано вторил Новалису в описании своего идеального утопического государства, где «все благое вершится без шума, а справедливость правит беспеременно и совершенно». Воображение уносило романтиков в ушедшее «золотое время», откуда они и черпали свои представления о настоящем.

Романтическая ирония позволяла рассматривать традиционную иерархию близкого и далекого, как бы не замечая ее и забывая о ней. Всякий деятель «бессовестен» и чужд знанию. По словам Ницше, он напрочь забывает все остальное, чтобы достичь только одного; он несправедлив к тому, что лежит позади него, и знает только одно: «право — право того, что в данную минуту должно совершиться». Действие несправедливо требует забвения той самой истории, которая и рождается в этих действиях²⁴. Но история тем самым включается в политику. Романтики поставили воображаемое и желаемое над действительностью, «их цели стояли слишком высоко над действительностью» (Жорж Сорель), а «реализм им не подходил, если он сталкивался с их моралью» (Ален Бенуа). Кажет-

ся, что романтический политико-правовой дискурс так и не выработал собственной утопии, поскольку давно известно, что консервативное мышление, как таковое, вообще не склонно к утопичности. Ему вполне хватает идеологии и теологии. «В результате разделения политики и морали моральные принципы с необходимостью отчуждают сами себя от политической реальности» (Р. Козелек). Олдос Хаксли считал, что романтизм явно преувеличивает значимость индивидуального и естественного, а заодно — технического и социального. К «новым романтикам» Хаксли причислял кубистов, супрематистов и других авангардистов.

Карл Мангейм подметил, что еще в эпоху Возрождения рационализм как идейный «противник качественного мышления, и рационализм как противник мышления по аналогии магического» только случайно оказались объединенными. Оба основывались на «разграничении знания и личности» и протестовали против приравнивания истины к всеобщей закономерности и приоритета обобщающих (унифицирующих) сил разума в человеке. Романтизм в дополнение к этому вскрыл подводные течения мысли, содержащиеся в самих рационалистических конструкциях. Он категорически противопоставил «сообщество» «обществу» (Ф. Теннис), семью — договору, интуитивную деятельность — разуму, духовные переживания — материальным интересам.

Заодно романтизм выработал и понятие «качественной идеи свободы». Либерал и революционер, мыслящие абстрактно и в категориях возможного, а не действительного, придерживаются абстрактного оптимизма и не в состоянии определить настоящих границ свободы индивида, настаивая на отвлеченном принципе всеобщего равенства; романтизм же видит свободу, конкретно ограниченной «законом развития индивидуализма» (Г. Зиммель), в рамках которого каждый должен сам определять как свои возможности, так и их ограничения. Подчиненными носителями свободы романтики признавали «органические сообщества», или сословия, а не абстрактного и атомизированного индивида²⁵. Не масса, и не индивид не являются органической составляющей политического бытия. Настоящая органика выражена и олицетворена только в сословиях и корпорациях, возрастающих в процессе исторического развития, ибо только сословная структура может гарантировать устойчивость общества, а органические корпорации питают государственность своими живыми силами. Поэтому идеальное государство всегда корпоративно, а сословия вносят свой язык и свою поэтику в эту механику управления и власти: ведь источником власти является-

²³ Лукач Г. О романтической философии жизни // Душа и формы. М., 2006. С. 95–97, 103.

²⁴ Ницше Ф. О пользе и вреде истории для жизни. Соч. Т. 1. М., 1996. С. 165.

²⁵ Мангейм К. Диагноз нашего времени. М., 1994. С. 584, 609.

ся сама власть (так же как источником права — само право), а она живет и генерируется при посредстве сословных организмов.

Люди, как правило, в своих представлениях находят современную им действительность не соответствующей тем целям, которые считают законными и хорошими. Между вещами и представлениями о них всегда существует контраст. Однако всякая попытка исправить или улучшить государство посредством реформы или революции ведут лишь к формированию нового, столь же несовершенного механизма: частные и общественные интересы по-прежнему не совпадают. Поэтому Гегель и предлагал «сохранить осознание иронической, т.е. парадоксальной и противоречивой природы этого уникального человеческого состояния, которое является фактическим результатом различия между частными и общественными интересами»; недовольство этой ситуацией — не более чем сентиментальность²⁶.

Сентиментализм, «всеобщее настроение жалостливости, обиженности», рессентимент или «несчастное сознание» всегда сопровождали падение высокой культуры. Прагматически ориентированная власть в свое время озаботилась тем, чтобы такая «лихорадка проявлялась не слишком уж сильно» и ради этого была готова ослабить даже весь организм. Это настроение казалось ей простым нарушением равновесия, а «неизбежные тяготы жизни в гражданском обществе скрывались, утаивались, поэтому... все дела управления и стали представляться занятием темным, греховным»²⁷. Карл Мангейм замечал, что для романтиков «понять философию означало понять природу действия, лежащего в ее основе», которое представляло собой специальный, свойственный «каждой группе или сословию способ постижения социальной действительности». Наиболее конкретные формы этот способ или стиль приобретает, конечно же, в политике. «Политическая борьба выражает цели и стремления, которые бессознательно, но систематически артикулируются во всех сознательных и полусознательных интерпретациях мира, характерных для данной группы»²⁸. Теперь же сословия потеряли веру в то, что их достоинство происходит естественным путем, а не благодаря «формулам и заклинаниям», правительство же перестало доверять людям по отдельности, запретив им роптать и возмущаться: «пока говорит один, так он и умнее всех — в результате отпала необходимость в том, чтобы старательно, настойчиво объединять умы, при-

влекать их к общему совету и изданию законов». Массовость подчинила волю индивида. Человечество в целом, когда оно не страдает навязчивыми политическими идеями, — «простецкая честная шкура и легко ударяется в противоположную крайность. Если сегодня оно разобьет свои теперешние легкие оковы, завтра оно с таким же энтузиазмом запросится в цепи» (пятнадцатое «бдение» Бонавентуры).

4. Эстетика тотального и конкретного

В романе Новалиса «Генрих фон Офтердинген» аллегория организует всю сюжетную линию: если отец — «разум», то мать — это «сердце», а мировая гармония требует, чтобы «разум» изменил «сердцу» с «фантазией», а эта последняя изменит «разуму» с «любовью» — эросом, и все это делается только с одной целью — чтобы восстановилась гармония Софии. Тогда сердце жертвует собой, чтобы избавить мир от солнца, всегда союзного смертностной рассудочности «переписчика». Когда мировая гармония все же восторжествует, все будет пребывать во всеединстве вселенской тайны. Единая индивидуальность распадается на множество действующих лиц, их число непрестанно увеличивается как в истории, так и в романе, однако эта множественность мнимая и обречена воссоединиться в некоей первоначальной индивидуальности, которая есть уже нечто большее, чем просто индивидуальность, поскольку, кроме нее, в мире и нет ничего²⁹.

«Да здравствуют наши исконные властители, — кричал народ, — они никогда не покидали нас, а мы их забыли. Их власть вовеки не минует». (София обращается с просьбой к молодой королеве, хотя настоящая властительница — она сама. «Но царство старых устарело», молодая королева, Фрейя, — супруга молодого короля — в сказке это король Эрос, в романе — Генрих.) Эзотерический же, т.е. настоящий сюжет романа — это политическое воцарение поэта: «И ты поэт, как принц наследный, взойдешь на королевский трон». (Томас Манн назовет Новалиса мистическим «роялистом особого рода», считавшим, что «король не может существовать без республики, а республика — без короля».) Но еще Гёррес заметил, что «все чудесные творения всегда производил на свет дух подлинно греческий, республиканский». Обращая историю в миф, Гёррес мог произвольно выбирать и приближать конкретную историческую эпоху к «первоначальному истоку исконности и первожданности». Чаще всего сам он выбирал Средневековье.

В «Ночных бдениях» Бонавентуры в действие уже вовлечены и театр, и Гамлет. Вместе с ними приходят какие-то навязчивые, вязкие образы су-

²⁶ Уайт Х. Указ. соч. С. 137.

²⁷ Арним Л. О народных песнях // Эстетика немецких романтиков. С. 384–387.

²⁸ Мангейм К. Указ. соч. С. 582.

²⁹ Микушевич В.Б. Миф Новалиса // Генрих фон Офтердинген М., 2003. С. 214–215.

масшества, безумия, которые выступают здесь как единственно возможная философская система. «В этой дурацкой каморке я лежал, замкнувшись как сфинкс в пещере, с моей загадкой, и мне уже открывался счастливый путь к настоящему безумию, к единственной устойчивой системе». Человек в конце концов должен будет «возомнить себя Богом или по меньшей мере, вместе с идеалистами и мировой историей творить подобную маску» (Двенадцатое «бдение»).

К «Буре» Шекспира, который говорит: «У грёзы и у нас один состав, и маленькая жизнь людская сном окружена» — тяготеет и идея «Бдений»: «я мысль мысли, грёза грёзы». Дурная бесконечность мнимого рождает еретическую мысль о том, что «творец всего — никто, ибо нельзя сказать, кто он». Автор обращается и к Данте (у него же заимствована и вся архитектурная иерархия, в которой локализованы и Страшный суд, и Чистилище), заверяя: «что такое жизнь, если не акт первый», т.е. ад в Божественной комедии, через который человек проходит в поисках идеала. Но и этот идеал в итоге отождествляется с Ничто. (Герой неожиданно видит в зеркале Ничто вместо «Я». Ничто, совпавшее с идеалом, совпадает и с «я»): «Жизнь — лишь народ с бубенчиками, облекающий Ничто».

Драматическим фоном «Ночных бдений» очевидно является наследие Шекспира, автор обращается к нему, чтобы подтвердить идею: «все это — всего-навсего театр»; появление же макбетовых ведьм и духов призвано здесь дополнительно продемонстрировать иллюзорность и поддельность как свою, так и мира. В повествование включается настоящая театральная полемика, роль короля Лира упоминается в связи с космическими катаклизмами и нюансами. Тяга к правдоподобию в этом контексте и есть настоящая фальшь, а грядущий упадок человеческого рода уподобляется упадку театра: «После меня не останется ничего, и я смело иду навстречу тебе, Бог, или Ничто»; «любовь, дружба, верность исчезнут с театральных подмостков». Поэтому маска в «Ночных бдениях» тождественна марионетке. Вслед за Клейстом автор восхищается физической и метафизической грацией куклы, подчеркнута противопоставляя ей людей, тоже марионеток, только эстетически и нравственно менее привлекательных. Театральные шекспировские пристрастия явно обращены к фигуре шута-трикстера. Дон Хуан по этому поводу выражается прямо: «Все это ...не более чем фарс, где... один только шут играет разумную роль именно потому, что для него фарс — не более чем фарс». Но автор тут же предупреждает: и «фарс может революционизироваться до серьезной трагедии»³⁰.

³⁰ См.: Микушевич В. Пророчество в пародии // Голубой цветок и дьявол. М., 1998. С. 479–494.

Романтизм преодолел два «великих фантома позитивистской буржуазной эпохи, этой эпохи «нейтрализаций и деполитизаций», по выражению Карла Шмита, «внеисторическое индифферентное качество и интеллектуальную свободу, безразличную к ценностям».

Прежде мир был «простиравшейся в неопределенность безбрежной плоскостью, а теперь стянулся в шар» (Гёррес), и если внешне он слился в одну огромную массу, то кругозор внутреннего мира при этом только расширился, душа стала трагической и лишь сильные впечатления способны теперь тронуть ее. Из «недр Бога» вышел наружу и этот мир, и материальные субстанции духа. Проснулись могучие инстинкты, разрушительные страсти, а вместе с ними в мир вошла война. «Земля ушла в себя и затворилась в себе, и лишь в возвышенном мифе продолжали жить, обретая среди смертных, образы богов». Мир сохранил память о Золотом веке и в наставлениях, данных ему небожителями, истина представала в обличье аллегии. Наступило новое Средневековье. Единственным искусством, на которое люди все еще возлагали свои надежды, стала политика. «Но именно политика и доказывает, что люди погрязли в Средневековье. Политика порока — достояние веков варварства, когда сильный стремится угнетать слабого, а слабый — обмануть сильного». И здесь душа никогда не сможет достичь справедливости, а рассудок — разумности. Только сдержанность может быть истинной политикой, но сдержанность — это продукт подлинной культуры, а «таковая еще не привилась в Европе XIX столетия»³¹. «Просвещение! Наш XIX век называют просвещенным, но... что вокруг нас? Зачем общества враждуют с обществом и еще более, с каждым из своих собственных членов? ... Зачем преступление и несчастье считаются необходимою буквою в математической формуле общества?» (В.Ф. Одоевский «Русские ночи»). Нет ничего опаснее такой веры в цифры — веры в механическое и плоскорассудочное знание: «Люди приняты за математические цифры, составлены уравнения, выкладки, все предвидено, все рассчитано, забыто только одно — забыта одна глубокая мысль, трудно уцелевшая только в выражении наших предков: счастье всех и каждого»³².

Как известно, большая часть романтических идеологов вышла из семей протестантских пасторов, но в конце своей деятельности обратилась в ортодоксальное католичество. Начав в качестве энтузиастов революции, большинство романтиков, если не все они, позже стали философами реакции. Прогрессисты, мечтавшие о светлом будущем, нашли свою мечту в

³¹ Гёррес Й. Сполохи // Эстетика немецких романтиков. С. 256–262.

³² Одоевский В.Ф. Русские ночи. Л., 1975. С. 19–21.

прошлом, политические республиканцы стали почти поголовно монархистами. Заложенное в романтизме необычное сочетание монархизма и народничества (но не республиканства) происходило из органицистских представлений о государстве и политическом вообще. И все же возобладав над государственностью народность, общественность уводили романтиков подалее от Гегеля и ослабляли в них чувство государственности (позже добавленный к этой тенденции элемент — «движение» — оттеснит на задний план не только государство, но и только что начавшие свое формирование политические образования и партии. Объединяющим моментом в этом странном синтезе монархичности и народности, разумеется, останется консерватизм, свойственный обоим типам мышления).

«Только миф входит в тела тех, кого он соединяет и требует от них такого же ожидания», только он оказывается основой всякого дела и сообщает «трагическую тональность, которая открывает доступ к его сакральной интимности». Миф — это не только божественная фигура судьбы и мира, в котором эта фигура размещается; миф — вот то самое чувственное выражение тотального народного существования. Он неотделим от сообщества, к которому принадлежит и «во владение империей которого он ритуально вступает»³³. Классицистская гетевская область всепространственного и вневременного существования «матерей», область архетипов и прообразов всех форм оказалась расположенной в самом небытии. Возникновение из ниоткуда противопоставляет стихии лицу; бесконечность романтиков могла быть воспринята только в противопоставлении этой безликой тотальности. Личность же рождается только в настоящей бесконечности (Э. Левинас).

Романтики критиковали революцию за свершившийся в ней метафизический разрыв идеального и реального. Но и в самом романтическом сознании сфера ирреального скрывалась от реального хода истории, замыкалась в себе и сливалась с вековыми мифическими представлениями об идеальном, соединяя старое и новое в форме вневременного идеала, обобщенной старины и заранее готового смысла, некоего вечного истока и начала. Эстетическое мировосприятие романтиков делало мир вечным спором и противоречием, динамическим единством вечного и временного. Между идеалом и историей помещался акт «магического преосуществления». Новалис, отождествив магическую действительность со Средневековьем, создает новый миф, в котором идеальная монархия и идеальная республика сливаются в едином организме (исторически-конкретное (например прусский государственный строй)

соединяется здесь с неким внеисторическим нормативом, идеей государства-организма). Создается эстетический миф, в котором действительное и идеальное формируют совершенно новую реальность. Все динамическое предстает в некоей вторичной «застылости», вечное «стяжение и растяжение» (Гете) определяют конкретные образы истории. Все мыслится в нерасчлененной целостности и слитности. Вот тогда-то и рождается мощная идея тотальности, в которой «все превращается во все» и где романтический организм переполняется беспокойными энергиями превращения³⁴: метаморфозы и трансформации неизбежно сопровождают тотальное на протяжении всей истории.

5. Власть «темных сил» и двойные стандарты

Альфред Вебер назвал XIX в., у истоков которого стоял романтизм, «веком воли». В своем подчеркнутом чувстве тотальности и индивидуального исторического многообразия романтизм наиболее ощутимо затронул казавшиеся надежными основания математически-рационального мышления XVIII в. Фридрих Шлегель искренне верил, что теперь следует говорить уже не об «идеях», а о «силах». Но только немногие из романтиков (например Гофман) сумели придать им хотя бы некоторый систематический вид: фантастические миры, вместо групп темных сил, определяющих наряду со светлыми силами весь стиль жизни, стали некоей промежуточной формой, которая уже затем трансформируется в гегелевский формализм всемогущего государства. Здесь старый государственный порядок (некогда «династически случайно образовавшийся») получит заметную поддержку со стороны романтизма, предложившего индивидуалистическое понимание конкретно-исторически сложившихся государственных идей с собственной сложившейся культурной органической субстанцией. «Старое в качестве т.н. принципа легитимности выступило против, ставших в национальных идеях по-новому плотью и кровью идей свободы, которые в этой форме грозили нежелательным преобразованием большей части Европы». Последствиями этого процесса было нарушение равновесия и порождение фактора «демонизации», который еще сыграет в будущем важную роль в политической жизни Европы³⁵. «Уже предчувствует земля небесный новый строй. Отчизну распознал вокруг впервые человек... из благодатных Божьих рук приема новый век» (Новалис. «Духовные песни». IX).

Двусмысленность и смятение, которые вызываются романтической интерпретацией того

³³ Батай Ж. Ученик колдуна // Коллеж социологии. СПб., 2004. С. 212–213.

³⁴ Михайлов А.В. Эстетические идеи немецкого романтизма // Эстетика немецких романтиков. С. 9–17.

³⁵ Вебер А. Кризис европейской культуры. СПб., 1999. С. 428–430.

традиционного символизма, который существовал при «старом порядке», вели к актам «псевдоинициации», ведущей далеко за рамки ортодоксального верования, и порождали состояние беспорядка и неустойчивости, утрате веры в единую истину и справедливость закона³⁶.

Знаменитая романтическая ирония вскрыла всю тщету и ирреальность пошлой действительности. Фридрих Шлегель определил романтическую иронию как «ясное осознание вечной подвижности бесконечно полного хаоса». Оказывается, нет ничего остроумнее и гротескнее древней мифологии и христианства потому, что сами по себе «они столь мистичны». Мистика и ирония неожиданно сближаются в романтизме, ведь обе являются проникновением в бесконечное и трансцендентное, возвышаясь над обыденностью. «Сокрытая и закрытая сущность универсума не имеет сил противостоять мужеству познания» (Гегель).

«Не существует иного самопознания, кроме исторического» (Ф. Шлегель). Но врожденное нежелание определенности и постоянное состояние сомнения вовсе не требовали от поэзии какого-то внятного выражения в рассудочных формулах, поэтому и рассудочная жизнь как таковая представлялась романтикам механической и основанной на калькуляции. Неверие и механический рассудок могут быть преодолены только тотальным установлением какой-то другой «космической этики»: придет новое Царство Божие на земле и новая религия, это и есть начало новой истории, «цель всех целей и центральный момент» (Ф. Шлегель).

Появление и проявление иронии (В. Беньямин полагал, что у романтиков она носила определенно мистический характер) как метода всегда свидетельствовали об исчезновении героического. «Ирония приобретает форму лжи посредством рассуждения, на которое надета маска истинности» (Якоб Буркхардт); под ней скрывается и сила, действующая там, где закон и мораль должны оправдывать любые поступки. Иронический язык выражает то самое «несчастное сознание» человека, действующего так, будто он свободен, хотя и сознает, что подчинен некой внешней силе, некоему тирану. Но именно антигероизм и делает иронию антитезой романтизма, подчеркивая только темную изнанку трагического³⁷.

В «Рассуждениях аполитичного» Томас Манн даже говорит об «иронической политике» (П. Слотердайт даст развернуто историко-философский анализ категории, обратившись к Токвилю и Буркхардту). Манн реабилитирует Адама Мюллера, который «не путал политику с правом»

и определял право как несомненное и позитивное, как данное природой и историей, как нечто легитимное, как очевидную власть и силу. Полита же или государственная мудрость есть тот самый принцип, который учит применять несомненное, однозначное, позитивно-историческое право с «известными уступками», примирять это право с совестью, умом, выгодой и пользой, современностью и будущим, как принцип посредничества, переговоров, уговоров и соглашений, которые отличались от научной юриспруденции, на практике вынужден идти вместе с ней. Так рождается действительная политика в ее ироническом и консервативном смысле и духе³⁸. Ирония и консерватизм — родственные настроения и это доказали романтики.

Еще Фауст жаловался, что в нем живут сразу две души — свет и тьма. Мефистофель же советовал ему перенестись из «мира форм рожденных в мир их прообразов», ведь рождение формы есть лишь некое их подобие, даже не символ. Мистический хор в финале гетевской поэмы сетует на невозможность для человека понять несовершенство этого мира. (В романтической трактовке образа Фауста мечта о власти над миром уступает стремлению к самопознанию и постижению смысла бытия и идее о преобразении мира. В этой связи изменяются и внешние формы договора, заключенного с Мефистофелем: он становится бессрочным и приобретает черты некоего пари. Вместе с тем усиливается катастрофическая доминанта фаустовского сознания, обусловленная бессмысленностью исканий Фауста³⁹.)

Свой миф о «матерях» Гете, как известно, заимствовал у Плутарха из его жизнеописания Марцелла. Эккерман цитирует высказывание Гете и рассуждает о деталях его интерпретации древней идеи: внутри гигантского тела нашей планеты обитают невидимые богини, живущие в пустом пространстве вне времени. «Матери» — созидательный и охранительный принцип, от которого берет начало все существующее. Метаморфозы земного бытия, зарождение и рост, гибель и новое возникновение — в этом их непрерывный и неустанный труд⁴⁰. Исследуя поэзию Гёльдерлина, Мартин Хайдеггер даст свое определение романтическому представлению о сакральном пространстве: хаос изначально означает зияющую полуотверстую бездну, жестокую рациональность, которая все поглощает, «хаос — это и есть само сакральное. Ничто реальное не предшествует этому знанию»; демоническое поэтому произрастает именно из земли как проявление сокрытого.

³⁸ Манн Т. Рассуждения аполитичного // Путь на Волшебную гору. М., 2008. С. 72–73.

³⁹ Степанова А.А. Поэтология фаустовской культуры. Днепропетровск, 2013. С. 116–117.

⁴⁰ Эккерман И.П. Разговоры с Гете. Ереван, 1988. С. 334–335.

³⁶ Генов Р. Указ. соч. С. 248–249.

³⁷ Уайт Х. Указ. соч. С. 271.

«Романтическому пространству не дано было собственного центра, оно существует исключительно в проекции» (Эрнст Юнгер); это пространство никогда не выступает как присутствующее в настоящем, а его отдаленность является существенным признаком: «близкое и далекое, свет и тьма, день и ночь, сон и действительность — таковы ориентиры в романтической системе координат». Романтик пытается ввести в действие все ценности стихийной жизни, о значимости которой сам он только догадывается, не будучи к ней причастен. Если романтическое пространство раскрывается как отдаленное и мираж, то сама романтическая позиция раскрывается как спонтанный протест. Романтический протест, превращаясь в действие, соответственно превращает романтическое пространство в стихийное. Опасность, прежде отнесенная к границам, вновь возвращается в центр; не случайно, что повод к войне всегда возникает и вызревает на окраинах в атмосфере политических сумерек⁴¹. (Томас Манн увидел в романтизме не столько игру воображения и мечты, счастливые странствия и народные песни, сколько тот самый «темный аспект, который рождается из безвольной покорности... стихийным силам, шевелящимся за деревьями в ночи».)

Фридрих Шлегель подчеркивал вполне позитивный характер порождающего непонимания: именно на нем покоится «благополучие семей и наций», оно сохраняет «ядро темноты и недоступности вокруг тех явлений, которые мы хотели бы сохранить». Все попытки обнаружить под маской («юридической персоной», которую уничтожит революция) естественного человека заканчивались обнаружением либо новой маски, либо пустоты: двусмысленность принципиально неуничтожима⁴², и Гегель отметил это одним из первых.

Со времени духовной революции, произведенной Сократом, индивиды смогли получать полное удовлетворение в духовном мире идей, не связывая себя с реальным государством и его материальными механизмами. Практические навыки стали поэтому утрачиваться, установилось неустойчивое состояние саморассеивания, из которого и родилась спасительная романтическая ирония. Вера в то, что только разум может определять, что справедливо и что такое справедливость, породила глубокие сомнения в могущество реального исторического развертывания, на которое Гегель возлагал такие большие надежды⁴³. Ирония, полагал Ф. Шлегель, относится к тому, что обозначает связь или раз-

деление идеального и реального, при этом она вызывает чувство неразрешимой борьбы между решенным и нерешенным. Ироническое рассеивание или дистанция непременно приводит к балансу крайностей, конвенциональному равновесию, которое Новалис определял как «благоразумие». Гегель же упрекал романтическую иронию в том, что сама она увязла в позитивности, вместо того, чтобы признать историческое развитие, которое, напротив, обеспечивается именно отрицанием: развитие иронии происходит в направлении, перпендикулярном развитию истории.

Всякое рассуждение, анализ, критика только расшатывают основы и разрушают ткань общественного знания. Сомнения и вопросы, обращенные к власти, лишь увеличивают силы хаоса. И если государство хочет выжить, «одолевать глупцов и негодяев, которые вечно будут стремиться разрушить его», источник власти должен быть абсолютным. Без ясной иерархии власти — силы, внушающей страх, — разрушительные инстинкты будут только порождать хаос и истребление. При этом иррациональность, вовсе не будучи препятствием, исторически всегда вела только к миру, безопасности и могуществу, рациональные же учреждения и институты (республики, выборные монархии, демократии, основанные на просветительских принципах) разрушают и разрушаются быстрее всего. А то, что называют суеверием и предрассудком, есть не что иное, как видимая оболочка традиции, живучесть которой лучшее доказательство против разрушительных воздействий и превратностей (Жозеф де Местр)⁴⁴. Жозеф де Местр полагал, что все важнейшие вопросы политики решаются на метафизическом уровне. Однако это не значит, что властитель и правитель тождественны тому, кто выстраивает картину мира или интерпретирует догму. Только мифологизация и эстетизация политики способствуют опьянению власти неограниченными возможностями воображения (в «Гелиополисе» Э. Юнгера проконсул утверждает, что «истинная политика возможна только там, где ей предшествует поэзия»).

Направленность античной мысли, к которой постоянно обращались романтики, состояла в том, чтобы повсюду придавать большую ценность закономерности формы, нежели мере проявленной силы: именно в этом искали вечную ценность (Ф. Шлегель). «Элегическое погружение в античность» (выражение В. Биндельбанда о Фридрихе Гёльдерлине) не гарантировало для романтизма полной уверенности в господстве разума над чувствами и страстями, которые наполняют жизнь. Романтики нанесли роковой удар по предположению, что сила на службе

⁴¹ Юнгер Э. Рабочий, господство и гештальт. СПб., 2000. С. 111–112, 115.

⁴² Анкерсмит Ф. Эстетическая политика. М., 2014. С. 276.

⁴³ Анкерсмит Ф. Указ. соч. С. 273–274.

⁴⁴ Берлин И. Контрпросвещение // Подлинная цель познания. С. 289–291.

разума может окончательно разрешить противоречия и непредсказуемость множества человеческих целей, что рациональная организация способна гармонично соединить такие ценности и контрценности, как индивидуальная свобода и организованное общество, абсолютное знание и полное счастье, потребности личной жизни, стремление наций и классов. Это невозможно в принципе, и романтизм настаивал на идее, что нравственность формируется исключительно волей, цели же создают, а не открывают.

Романтизм упрекают еще и в том, что он воспринимал саму жизнь в качестве «произведения искусства» и неосторожно применил эстетическую модель к политике, описав и рассматривая политического вождя на вершине власти в качестве художника, формирующего сознание и души людей в соответствии со своим творческим замыслом. В результате романтики только подорвали саму веру в универсальную объективность и социальную утопию «царства истины, счастья и добродетели, связанных неразрывной цепью» (Кондорсе)⁴⁵.

6. Порядок и механика

Королевская власть в сфере «непроницаемой тайны правления (Карл Шмитт определяет это как «арканы», элемент государственной мудрости) была наполнена странными и неподатливыми проблемами, которые было возможно решить разве что посредством использования макиавеллевского *virtu*, проверенного свойства, делавшего государя успешным и включавшим в себя собственно власть, авторитет, естественное превосходство и правильное понимание ситуации. *Virtu* давала возможность корректировать саму судьбу, и вся политика превращалась в *virtu* с фортуной, порядком, который, однако, неподконтролен разуму.

Романтики не желали даже размышлять о наступившей «демократической» эпохе. Из глубин бессознательного вышла на свет некая темная масса, разбуженная революцией. Ее карикатурные фигуры не следовало воспринимать всерьез и без иронии. Но и за этой иронией скрывался страх. Говоря о самой революции, Алоиз Токвиль писал: «Нечто новое и ужасное пришло в мир ... новый тип революции, самыми стойкими агентами которой являются наименее образованные и наиболее вульгарные классы, в то время как подстрекали их к этому и писали для них законы интеллектуалы»⁴⁶.

Невидимый дух истории, казалось, породил вполне видимых демонов. Но их плоть была не живая, а механическая; куклы и «песочный человек» Гофмана только завершали вереницу этих

монстров, выходящих из небытия. Было очевидно, что возникал какой-то новый порядок, имеющий странные формы и очертания хаоса. Утраченная стабильность и уверенность сменились войной, тайной или открытой, всех против всех. Это был уже настоящий «апофеоз беспочвенности»: двоимире стало нормальным состоянием мира.

Система равновесия для государства была изобретена тогда, когда «дух в своем стремлении к идеалу вдруг открыл для себя, что мироздание, как оказывается, было упорядочено вовсе без его участия, и амбициозно пожелал упорядочить по этому же образцу и сам беспорядочный людской смысл — сконструировав таковой в мире политики»; все что «подлинная» политика органически устроит для посюсторонней жизни в земном кругу, повторяется в том, что «надлунная религия разыскивает относительно нашего существования по ту сторону в лоне вечности». Продуктивный законодатель рисует Бога бесконечным и абсолютным Разумом, поднятым над пространством и временем. Законодатель к этому средоточию мира привязывает еще и «мистическое плетение своей религии». С помощью своей творческой силы он заполняет ими свой дух, выступая как настоящий религиозный метафизик⁴⁷. («Власть беззвучных средоточий, игры тайных сочетаний нам постичь дано. Сладостный предел желаний: заиграть в потоке цельном, словно брызги в беспредельном, и пригубить заодно». Новалис.)

Для Ф. Шлегеля, Новалиса, Гофмана и других романтиков порядок теперешней повседневной жизни казался только занавесом, за которым скрывается ужасающее зрелище подлинной реальности, у которой нет структуры и которая представляет собой какой-то дикий водоворот, вечное бурление творческого духа, не охватываемое системой. Жизнь и движение нельзя изобразить при помощи неподвижных безжизненных понятий, а бесконечное и беспредельное — с помощью конечного и застывшего; за занавесом находится «область, населенная снами и бредом» (Л. Тик).

Гофман довел эту войну с объективным миром и самим понятием объективности до крайних пределов (вспомним его персонажей: старуху, превращающуюся в медное дверное кольцо; статского советника, нырнувшего в коньячную рюмку). Неконтролируемая воля его персонажей и превращение реального мира в фантазмагорию стали прямым путем к Шопенгауэру и Кафке⁴⁸. В «Ночных бдениях» Бонавентуры функционирующий чиновник представлен какой-то бездушной марионеткой или куклой;

⁴⁵ Берлин И. Указ. соч. С. 701–702.

⁴⁶ Цит. по: Уайт Х. Указ. соч. С. 263.

⁴⁷ Гёппес Й. Афоризмы // Эстетика немецких романтиков М., 1987. С. 120–121.

⁴⁸ Берлин И. Указ. соч. С. 696–698.

кажется, что «кукольная тема» становится здесь центральной: «холодный праведник представляется... автоматической машиной смерти». И далее с иронией — «мудро устроено государство, предпочитающее налаженную машину смелому духу в своих согражданах». Это уже не куклы из платоновского мифа, подчиняющиеся трансцендентному кукловоду, куклы здесь действуют сами, спонтанно и бессмысленно.

«...Все страстное и участливое уже погасло на холодном деревянном лбу; марионетка сидела, безжизненно водруженная в канцелярской гробнице, полной книжных червей... На столе лежал Юстиниан вместе со сводом уголовных и уголовно-процессуальных законов, как бы олицетворяющим душу марионетки». Фигура представляется «автоматической машиной смерти, действующей без всяких побуждений» (третье бдение).

Механические ужимки марионеток автор усматривает и в самом политическом процессе: «... деревянное общество застучало внутри при ходьбе, как будто от нечего делать устраивало французскую революцию». В пятнадцатом бдении речь идет уже о революционном терроре: «Несправедливость в том, что приводятся в исполнение некие противоестественные приговоры, когда, например, настаивают на обезглавливании, а никакой головы нет, одна деревянная видимость». «Подлинное мое “я” превратилось в лютую игру прихотливейших обстоятельств и, распадаясь в чужеродных образах, качалось как в море, без всякой опоры на бешенных волнах превратностей ... Я безвозвратно потерял самого себя» (Гофман «Эликсиры Сатаны»).

Романтики постоянно колебались между двумя крайностями: разумом и фантазией (при этом разум у них брал на себя функции фантазии, а фантазия — работу разума), между современностью и страстным желанием отрешиться от этой действительности. Настоящее казалось им «кристаллизованным или уже распадающимся прошедшим» (Лео Берг), хотя и прошлое и будущее являются не более чем только видами предчувствия перемен в мышлении, утверждал Шопенгауэр. Но именно с Сократа начинается существование той странной отрицательной морали, которая «обесценивает саму жизнь, тело, волю, самоутверждение, т.е. всякая позитивная мораль при этом ослаблена, отрешена, раболепствует перед иным, в результате она преследует цель» растворения личности во вселенском, безмерном бытии или небытии, в сверхчувственном сверхмире ... в видимом или вселенском единстве, в Ничто, в «человечестве» или любой другой, столь же пустой фикции»⁴⁹.

⁴⁹ Иванов А.М. Рассветы и сумерки арийских богов. М., 2007. С. 398.

Сократовская ирония, пожалуй, единственное вполне произвольное и вместе с тем вполне обдуманное притворство. В ней все как бы шутка и все всерьез, все откровенно и глубоко скрыто. В ней соединяются искусство жизни и научный дух, но она же пробуждает чувство неразрешимого противоречия между безусловным и обусловленным. Ирония откровенно выражала и противоречие, и двойственность самого романтического духа: «Ирония — это форма парадоксального. Вообще же парадоксально все хорошее и великое одновременно» (Ф. Шлегель).

В романтической иронии все возникающие противопоставления сохраняются: «она содержит и вызывает чувство неразрешимого конфликта между условным и безусловным, одновременно «невозможности и необходимости окончательного суждения» (Ф. Шлегель). Романтизм стремился сохранить природу противоположных принципов в критической ситуации их столкновения, как это имело место в политике между принципами «старого режима» и революции. Токвиль иллюстрировал эту ситуацию, показав, как два идеала Французской революции — свобода и равенство — противостоят друг другу: попытка осуществить равенство всегда будет означать необходимость принуждения, а воцарение свободы обязательно породит неравенство. «В каждой политической позиции всегда есть “точка неразрешимости”», из которой неопределенность и смутность распространяются на любую политическую позицию и из-за которой она порождает непреднамеренные последствия»⁵⁰. Ироническая ситуация тем и отличается от патетической, что участвующий в ней человек в определенной мере ответствен за нее; она отличается от трагедии тем, что эта ответственность связана с бессознательной слабостью, а не с сознательной решимостью (Т.А. Спрагенс)⁵¹.

Серен Кьеркегор, упоминая о «Принцессе Брамбилле» Гофмана, настаивал на необходимости преодоления: она — не та сила, которая способна победить меланхолию, но лишь ее оборотная сторона. Если для Гофмана ирония целетельна, то у Кьеркегора она обратная сторона меланхолии, но через иронию нужно обязательно пройти, чтобы освободиться от ложной серьезности. «Приведенный к сознанию своей конечности, разум утрачивает энергию, которую пытался почерпнуть в бесконечности иронического отрицания. Опустошенный иронией мир уже не сделать пригодным для жизни. Остается лишь смирение, ниспосланное свыше. Остается вера»⁵².

⁵⁰ Анкерсмит Ф. Указ. соч. С. 178.

⁵¹ Цит. по: Анкерсмит Ф. Указ. соч. С. 254.

⁵² Старобинский Ж. Ирония и меланхолия // Поэзия и знание. М., 2002. С. 393–394.

Романтизм развивался под знаком этого кьеркегоровского «или-или», двойственность пронизывала все его основные концепты. Гофман не оставляет здесь сомнений в том, что «сверхчеловек» — не более чем иллюзия, а дьявол заключен не в нем, а в уклонении от Богочеловека во имя мнимого «сверхчеловека», он в самом колебании между истиной и ложной величиной. Между истинным и мнимым человек теряет самого себя, «я тот, за кого меня принимают, а принимают меня за меня самого, непостижимая загадка: я — уже не я?» (Гофман). Двойники наполняют гофмановские тексты, создавая атмосферу неустойчивости и лукаво напоминающая о грядущем Апокалипсисе. «Неотъемлемая особенность романтического мироощущения заключается в навязчивом двоении каждого образа, приводящем к непрерывному оспариванию и опровержению действительности идеалов»; такое опровержение вовсе не затушевывает, а подчеркивает и оттеняет действительность⁵³. («Я сам был как бы парализован и вокруг все было мертво, неподвижно, — говорит герой в «Ночных бдениях». Везде он видит «деревянные механические движения, тот же стиль каменной древности», которыми марионетки выгодно отличаются от живых актеров, «не умеющих даже умереть как следует на сцене».)

Онтологическое и феноменологическое у романтиков не разделено. Проявленность оказывается только продолжением невидимого. Древние индусы сказали бы здесь о действии «закона кармы», католики — о действии первородного греха, романтики же видели во внешнем мире символическое отображение действия темных и невидимых сил. Подобно ренессансным магам, они полагали, что могут эффективно воздействовать на эти силы. Человеческие законы и формообразования, если они согласованы с «духом народа» и «хитростью исторического разума», вполне могут скорректировать непредсказуемые и тяжеловесные действия объективного духа.

Действие для Новалиса — преимущественно магическое действие, искусство превращать произвольное в произвольное: «Физический маг умеет оживлять природу и располагать ею произвольно, как собственным телом». Магия — это умение превращать вещи в мысли, а мысли в вещи — это, по Новалису, и есть «магический идеализм».

«Голубой цветок» — самый известный эзотерический символ романтиков — аналог Грааля, который находится в ситуации вечного поиска. Его вечная «голубизна» (сакральный цвет иконографии) гармонирует с золотом, королем металлов и, возможно, всего остального», иде-

ал и символ здесь сливаются. Видно, что фихтенанский дух у Новалиса все еще силен: «Человек чувствует свою власть над миром, его могущественное “я” превыше зияющей пустоты», — пишет он в «Учениках в Саисе». Как и у Фихте: «“Я” есть “я” — высшая формула магического идеализма»⁵⁴.

В романе Новалиса золото символически означает еще и всеединство, без которого ничего нет и быть не может. Золото — идеал, а идеалы должны сравниваться один с другим. Из этого следует, что и не бывает другого идеала, идеал всех предметов — один и тот же: «Эта власть идеала над многообразием — для Новалиса власть “короля-золота” над миром». (Таково золото и в древнегерманских сказаниях, где с ним связано не столько богатство, сколько власть: золото нибелунгов грозит гибелью героям, богам и миру.) Но с помощью алхимической парадигмы Новалис раскрывает в золоте сокрушительное «всеединство бытия — небытия, брезжащее в причудливой эсхатологии его сказки в романе». Угроза, исходящая от идеального золота, возникает только как проклятие: «Эдда, Праматерь или Поэзия и есть Голубой цветок: но герой романа все же предпочтет золоту или всеединству идеала нечто иное» — «Цветок — символ тайны нашего духа», символ единения, но не всеединства, это — само многообразие». Символом творчества и жизни у Новалиса представлена целостность, не совпадающая с всеединством, в котором идеалы уравниваются и сводятся к одному. Целостность же — это единство различного, представленного символами⁵⁵. (Металлы, в соответствии с традиционным символизмом, находятся в отношении не только к «подземному огню», но и к «тайным сокровищам». Легенды показывают, что их хранители, т.е. связанные с ним «тонкие влияния», суть психические сущности, к которым опасно приближаться. Их силы, которые часто рассматриваются в телесном, физическом смысле, есть нечто иного порядка, видимостью которого они являются. И это нечто может однажды восстать и повергнуть тех, кто его недооценивает)⁵⁶.

Новалис утверждал: «Добродетель едина, это — безупречная твердая воля, не знающая колебаний, — в момент, когда настает ее час. В своей одушевляющей, неповторяемой цельности она владеет телом человеческим, этим нежным символом». «Сгущенная фантазия тогда превращается в золото, органические тела растягиваются и затем тоже сгущаются в золото»; золото — здесь все еще идеал. Только в процес-

⁵⁴ Микушевич В.Е. Миф Новалиса // Генрих фон Офтердинген. М., 2009. С. 207–208.

⁵⁵ Микушевич В. Там же. С. 210.

⁵⁶ Генон Р. Указ. соч. С. 161.

⁵³ См.: Микушевич В. Указ. соч. // Голубой цветок. С. 505–508.

се освоения природы «золото становится деньгами, деньги — капиталом, и вот — «начинается опустошительный бег рассудка, все увлекающим своим релятивизмом» (К. Шмитт). Деньги из «посредника» духовных влияний превращаются в материальные и количественные знаки, играя пагубную и «сатанинскую» роль.

У Фуке в «Адском жителе» тема коварной власти золота воплощена в образе отвратительного существа, «прилипчивого и злого»; у Шамиссо сам дьявол искушает героя волшебным кошельком, представ в облике «человека в сером», а мотив утраты собственной тени здесь обрастает массой реалистических подробностей, за которыми всегда стоит только один итог — утрата человеческого достоинства. Только у Клейста герой (Кольхаас) впервые начинает свой мятеж против «темных сил». Он восстает в защиту своих прав и против тех, кто нарушает закон, который все обязаны блюсти; он «восстает против закона и во имя закона». (И у Гофмана темы насилия над человеческой личностью со стороны несправедливой власти возникают в самой фантастической и сказочной форме: золото извращает человеческие отношения, уродец («Крошка Цахес») обладает властью, поскольку владеет золотом, золото и несправедливая власть всегда поддерживают друг друга. Первым министром государства делается камердинер суверена, поскольку когда-то он одолжил своему господину несколько дукатов).

Для победы над злом героям самим необходимо прибегать к волшебству, и большинство романтиков в своих работах использовали тайные атрибуты волшебства и магии, что явно отражало их ужас и благоговение перед стихийными и мрачными силами мира. Пожалуй, только у Гофмана в «Крошке Цахесе» и «Повелителе блох» романтическая волшебная сказка неожиданно обретает реалистические сатирические черты философско-просветительской притчи, в которой, однако, фантазия и реальность сливаются воедино⁵⁷.

Шеллинг говорил: «Через самую свободу, тогда как я думаю, что действую свободно, должно бессознательно, т.е. без моего участия, возникнуть то, чего я вовсе не имею в виду». Так и в истории скрытно действует нечто иное, чем только случайная комбинация отдельных действий. Скрытая необходимость внутри свободы и есть судьба или провидение: посредством свободного действия и против своей воли люди часто совершают нечто такое, чего сами они не желают. Абсолютный синтез действий, из которых складывается история, демонстрирует предопределенность и возможность даже такого исхода, который кажется дисгармоничным и противоречивым, поскольку такой синтез есть созерцающее,

вечное и общеобъективное, присутствующее во всяком действии. Но это и есть настоящее господство бессознательного, господство исторического инстинкта в действиях людей, некое онтологическое присутствие политического и правового, которое, прежде чем стать фактом, уже существует как юридическое: «чтобы возник правопорядок, нужен порядок» (К. Шмитт). Хотя рассудок еще и не созрел до этого понимания, но «что такое влечение в образовании государства, как не инстинкт власти — к которому применима в большей степени деятельность сознательного рассудка?»⁵⁸.

«Заповедная чудная тайна покоится в сокровеннейшей глубине мира», и каждая разгадка, которую делает природа у тайны, вновь обращивается новой загадкой (Й. Гёррес). Клеменс Брентано, рассматривая живопись Фридриха, восклицает: «Прискорбнее, неприятнее такого положения в мире — быть единственной искоркой жизни в обширном царстве смерти, быть одиноким центром одинокой окружности?» Какому закону должен подчиняться человек, отказавшийся от божественного закона? Природа со своими законами для него темна и закрыта, время от времени нанося свои страшные удары по человеческим созданиям. Человеческие же законы очевидно искусственны и преходящи, «золотой телец», ныне замещающий Бога, отвратителен и опасен: брошенный во вселенной человек оказывается совершенно одиноким и беспомощным. «Де Сад и романтики вошли в экзистенциальное “царство смерти” только потому, что хотели подлинной жизни... Неудивительно, что трагический призыв к законности, порядку и нравственности звучит в этой безумной Вселенной, словно в насмешку» (А. Камю). Их протест был направлен против тех сторон мироздания, которые являются диссонансом, замутнением и разрывом связей. Здесь речь идет о нескончаемом требовании единства.

Людвиг Тик в «Белокуром Экберте» рисует картины дикой природы, где человек затерян в мире могучих зловещих сил и часто без всякой вины становится их игрушкой. И именно эти силы каким-то таинственным образом связаны с богатством и корыстолюбием, хотя их демоническая суть воплощается в первозданной дикой природе, среди которой живут герои.

Представления о демонической власти богатства проходят через всю романтическую литературу. Герои Тика безвольны, они лишь «знаки» неизбывной человеческой судьбы, а могучая природа с ее лесными дебрями, ужасами и опасными тропами становится (как и в картинах Фридриха) силой, подчиняющей себе этого слабого человека, подавляющей его личность.

⁵⁷ Рангауз Г. Художественное наследие романтической литературы // Жизнь льется через край. М., 1991. С. 7–18.

⁵⁸ Гартман Э. Сущность мирового процесса или философия бессознательного. М., 2010. С. 268.

7. Форма права и дух законов

Предтечей романтиков несомненно был Монтескье. «Дух законов» оказался той дифференцирующей силой, которая была еще способна придать собственное лицо всякой национальной системе права. Правда, это была какая-то таинственная и невидимая сила, нисходящая свыше или выныривающая из темных недр бессознательного. Она придавала специфические черты отдельным культурам, побуждая их к росту и развитию, и эта же сила проводила между ними границы, которые было совсем нелегко преодолеть усилиями заимствования и подражания. Государства и правовые системы соседствовали и непрерывно боролись друг с другом как самостоятельные и автономные организмы. (При этом понятие «организм» перекочевало в политическую философию из области биологии, чтобы позже опять в нее вернуться. Монады Лейбница наглухо закрыли его самость в жестко артикулированных границах, а теория эволюции предложила ему довольно механистический архетип трансформации. И все же именно романтики оказались у истоков формирования самой органической теории.)

«Органический закон является плодом живой борьбы между властью и ее границами» (А. Мюллер). Адекватное выражение этого принципа находит место прежде всего в монархической форме. В республике же верховная власть присваивается мертвому и механическому закону, что приводит к постоянным болезненным колебаниям между противоположными началами без присутствия какого-либо высшего и примиряющего единства. Идея права здесь воплощается в отдельных политических телах, каждое из которых выражает как бы некое общее начало (хотя понятие «всемирной монархии» и остается лишь химерой); народ олицетворяет собой «высокое общение прошедших, настоящих и будущих поколений». Но ведь и адекватное понимание нации возможно только в форме идеи, т.е. в непрерывном движении, поскольку лишь идея адекватно вмещает в себя диалектику длительности и изменения, единства и многообразия. «Если государство и нация в потоке их истории... могут быть поняты лишь как идея, то это же относится и к праву. Эффективное право, а не его бледная тень существует, по Мюллеру, только как национальная идея права». О действительном законе — номосе как «действительном праве» можно говорить лишь в том случае, если номос означает тотальное понятие права, охватывающее конкретный порядок и сообщество. «Номос, закон, является здесь наставлением в том смысле, в каком оно представляет форму, посредством которой встречаются человек и бог, церковь и закон государства с унаследованными из прошлого установлениями, которые —

точнее искусства — схватывают жизненные отношения, в которых со временем определенный народ нашел и находит себя» (Гельдермин)⁵⁹.

Вне государства не существует никакого, в том числе и естественного, права. Право, претендующее на абсолютную общезначимость, есть только фикция, мираж, висящий в платоновом пространстве, поэтому каждый отдельный закон следует рассматривать только как идею, как нечто такое, что может быть познано лишь в становлении, росте, в том процессе, в котором оно было произведено. Закон служит для сиюминутной пользы, право же в течении длительного времени служит надвременной идее государства. И тогда идея, подобно ферменту, пронизывает все отдельные процессы национальной жизни и порождает все новые формы их воплощения (в поэме Айхендорфа «Пруссия и конституция» говорится: «В ходе истории нация, а вместе с ней конституция должна подрастать как дерево, если она не хочет остаться воздушным замком»)⁶⁰.

«Замкнутое торговое государство», о котором так убедительно говорил Фихте, такая же химера, как и всемирная идеальная монархия. Отсюда — великое значение войны в исторической жизни народов. Только в процессе «воинственного общения народов развивается общая идея права». Но с тех пор, как ослабела вера, которая только одна и могла бы вывести народы на «правильный путь», идея права превратилась в мертвое понятие. Вместо живого взаимодействия народов явилась «система механического равновесия государств, вместо развития народных особенностей — арифметический расчет», и вновь народилось стремление к всемирной монархии, угрожающее существованию всех и каждого (А. Мюллер).

Для романтиков государство не просто механизм и даже не только организм. Оно — некая континуальность, заключающая в себе идею и действие одновременно. Непроявленных сил и потенциалов в нем значительно больше, чем видимых феноменов. Государство мыслит и действует в едином акте, закон же государства — такая же органическая непрерывность и множественность в единстве: закон возрастает внутри государства, он имманентен ему и неотделим от него. Государства-организмы не могут слиться в единое механическое образование, как неспособны соединиться в целое монады Лейбница. Красота бытия заключена в многообразии, а не в унификации, только многообразием и живо органическое единство.

Современность уже содержит некоторые признаки Апокалипсиса, а может уже и живет

⁵⁹ Цит. по: Шмитт К. О трех видах юридического мышления // Государство. М., 2013. С. 316.

⁶⁰ Хьюбнер К. Нация. М., 2001. С. 158–162.

в нем. Что же может соединить множество, не разрушая единства? Некогда прекрасное и великое теперь разрушено, тенденция к разделению дошла до полного самоуничтожения. Но зато открывается место для чего-то нового, и именно потому, что все разрушено, находятся некие средства и для этого нового. «У нас нет недостатка в решимости построить и основать новый мир вместо разрушенного, если мы примем во внимание, что согласно органическому порядку телургических сил именно здесь подлинное местонахождение спора, здесь доброе начало земли... борется со злым, так что здесь должна решаться в конечном итоге судьба человечества». Чтобы содействовать этим силам, их единству и гармонии, должно распространять вокруг себя «могучими попытками железную силу Севера и световой пламень Востока, морально или физически» (Ф. Шлегель)⁶¹.

Во фрагментах «Вера и любовь или король и королева» Новалис неожиданно заявляет, что «все люди должны быть годны для трона»; однако при монархии каждый подданный «добровольно отрекается от престола» в пользу государя, веря в его более высокое предназначение, происхождение и подтверждая тем самым свое собственное благородство, на что и подвигает поэзия. «Король-поэт» Генрих в романе Новалиса намерен подтвердить свою власть «бракосочетанием времен года» и «времен рода». Его царствование, да и весь роман представляют собой некий «алхимический синтез, в котором исчезают не только времена года, но и времена рода людского, сам род людской». Устанавливается всеединство, о котором даже нельзя определенно сказать: есть оно на самом деле или его нет.

(Вильгельм Дильтей заметил, что в романе Новалиса наметилась отчетливая граница: земная жизнь Генриха кончилась, что явствует из опыта, «осваивавшего до сих пор чудесное, чья очевидность оставалась субъективной». Но если это так, тогда «общение с миром усопших и чуда в этом романе ограничиваются эпохой, когда смерть Матильды увлекает героя со всей силой»⁶².)

Король — единственное прочное символическое начало жизни в государстве; он — то же самое, что Солнце в планетной системе. Вокруг него творится высшая жизнь государства — атмосфера света. Неправильно было бы называть короля «первым слугою государства» (отсылка к заявлению Фридриха Великого), в том-то и отличие монархии, что она основана на вере в человека высшего по рождению, на добровольном допущении существования такого идеального

человека. Монархия оттого-то и истинная система, что сопряжена с абсолютным центром, с существованием, хотя и принадлежащим к человечеству, но не к государству. Современное государство почти невидимо, поэтому настоятельно необходимо, чтобы «оно стало зримым во всем, и лучший способ для правителя сохранить свое государство — это придать ему наивозможно индивидуальный облик»⁶³. С точки зрения монарха, составляющего виртуальный центр государственности, различие между государством и обществом малозначительно: лишь поначалу он замечает особенность того государства, которое формируется и кристаллизуется вокруг него, а затем вдруг исчезает из его поля зрения и неприметно переходит в сферу гражданских отношений. Границы власти абсолютного монарха никогда не были четко определенными и очерчивались лишь традицией, прецедентом и феодальными ограничениями.

Только на фоне королевства, воплощающего порядок, представитель, представляемое лицо и монарх могут выполнять свою роль: королевство и будет тем самым необходимым фоном, частями которого выступают и король, и его подданные. В романтической транскрипции власть имеет своим истоком отнюдь не народ (как полагают сторонники народного суверенитета) и не правителя (как думают теоретики абсолютистского государства), а рождается в «зазоре» между народом и государством. Как раз здесь политическая власть стремится сделаться невидимой и неконтролируемой. В этом разрыве между представляемым (индивидом) и представителем (государством) всегда обнаруживается присутствие бюрократии как конкретной и институализированной формы, стремящейся к непрерывности и коварно побуждающей государство раствориться в обществе. Государь же остается священной репрезентацией в умах людей, хотя и сам народ также может представляться государю только репрезентацией — всякая политика начинается с отчуждения (ее крайней формой оказывается дихотомия «друг — враг»). По замечанию Гегеля, монарх тогда уже не представляет собой некоей конкретной в себе вершины целого, а является лишь более или менее «абстрактным центром внутри уже самостоятельно развитых и установленных законом и конституцией учреждений»⁶⁴.

(Гизо иронически заявлял: что это за теория такая, где есть суверен, который не только не правит, но и подчиняется; и правительство, которое распоряжается, но не является сувереном? Политическая власть видит свое происхождение

⁶¹ Шлегель Ф. Путешествие по Франции // Шлегель Ф. Эстетика. Философия. Критика: в 2 т. М., 1983. Т. 2. С. 18–19.

⁶² Цит. по: Микушевич В.Б. Миф Новалиса. С. 215–216.

⁶³ Новалис. Вера и любовь // Эстетика немецких романтиков. С. 47–48.

⁶⁴ Гегель Г.-В.-Ф. Лекции по эстетике: в 2 т. М., 1938. Т. 12. С. 197.

не от представляемого народа и не от представителя, а происходит из самого процесса репрезентации. Она располагается между представителями и представляемыми как третья и реальная сила.)

Героические образы кудесника и властелина у романтиков развиваются параллельно по линии Фауст — Мерлин — Заратустра. Но рядом со «сверхчеловеком» неизбежно появлялась фигура «недочеловека»: «Народы не могли обходиться без париев... Из нравственных, социальных, национальных... или религиозных мотивов целые классы, сословия или типы клеймятся презрением». Сверхчеловек — только дополнительное явление недочеловека⁶⁵.

Искусственный характер человеческого закона и выражен как раз в том, что он не для всех одинаково обязателен и равномерен. Поскольку люди по сути разные, закон не может быть единым для всех. Здесь романтический бунт явно склоняется к правовому нигилизму, однако ведь и у Монтескье «дух законов» далеко не однороден, а дифференцирован в зависимости от специфики той культуры, в которой он произрастает и действует: индивидуализм романтиков находит для себя серьезный аргумент.

Фридрих Шлегель, вслед за Ф.Г. Якоби, утверждал право гениального индивидуума предписывать самому себе законы и в результате этого становиться выше всех установленных правил: человек есть дух, а не природа, «из которой он возник по необходимости одного только частного своего существа», он законно признает себя творцом и источником собственной природы, поэтому и может называть себя свободным⁶⁶. Индивидуальное «я» переносит за поставленные себе пределы игру своей фантазии, постепенно разлагая любое свое собственное произведение, и эта «свобода субъективности» открывается в произволе, в силу которого она не сливается ни с одним из своих объектов, но постоянно господствует над ними, по усмотрению предполагает свою игру и наслаждается этим торжеством над предметом». Иронический произвол не позволяет творчеству какую-нибудь определенную форму, оставляя ему только намеки и аллегории⁶⁷.

Нормы необходимы для того, чтобы служить ориентирами для определения нашего местоположения, наших желаний и потребностей. Утратив нормы, теряют способность действовать. Только нормы и делают действия осмысленными, связанными и в определенной мере предсказуемыми. Таинственная сила, которая производит различия в юридических учреждениях

у разных народов, неуловима, дух этих народов различен, поскольку их юридические учреждения также различны. «Право есть прежде всего идея, осуществляющаяся в области индивидуальной воли, направленной на внешний мир», поэтому для права требуется общая идея, форма и сфера, в которую это содержание переливается. «У римлян основная идея была владычество индивидуальной воли», содержание и форма здесь совпадали, отсюда «прозрачное и изящное в выражении, нашедшее себя в праве»⁶⁸.

Идея противопоставляется понятию как некое примиряющее начало противоположностей, поэтому представляется единственным живым и движущим моментом. Напротив, «естественное право», низводя государственную власть на уровень понятия, делает из него мертвый механизм, перманентно чреватый конфликтом, что, кстати говоря, и подтвердили результаты всех революционных теорий. Но все же государство есть прежде всего живой организм, оживляющим началом которого являются «дух народа»; в конечном счете государство — это «идея всех идей» (Адам Мюллер).

Право как идея также не есть только отвлеченный закон. И оно — некое живое начало, органически развивающееся в недрах народной жизни, поэтому противопоставление положительного и естественного права безосновательно: первое представляет собой развитие естественного права, второе — дух позитивного права. Кроме того, идея права сочетает в себе казалось бы несводимые противоположности закона и свободы: последняя сама становится производением закона, выражающего адекватное отношение к органическому целому, неким постоянным началом человеческого союза, в который включены как настоящие, так прошлые и будущие поколения людей.

В сочетании личного и общего явное предпочтение романтики отдавали общему. «Властитель судит теоретически и, желая воплотить на практике, найденное в теории, он тем самым губит все, что встречается у него на пути, он парит над веком “в облаке господствующей идеи”». Верша революции, он только экспериментирует, ожидая, когда же распадутся все узы, связывающие людей, падут преграды, разделяющие сословия, замолкнут правило и закон. Вот тогда он уже ничем не будет связан и ограничен в своей деятельности и фантазии. Его государство будет построено по типу идеи: примером практической реализации... послужат в наши дни якобинцы», — заключает Гёррес, рассуждая о «продуктивном властителе».

Исторически вся власть короля и королевства всегда находились в постоянной текучести,

⁶⁵ Берг Л. Указ. соч. С. 83–84.

⁶⁶ Якоби Ф.Г. *Философия чувства и веры*. СПб., 2006. С. 241.

⁶⁷ Вандельбанд В. *От Канта до Ницше*. М., 1998. С. 275.

⁶⁸ Кёниг И. Савиньи и его отношение к современной юриспруденции // *Немецкая историческая школа*. С. 364–370.

несовместимой с представлением о «правовом государстве». Поддержание такой текучести связывалось с попытками абсолютного монарха расширить свое влияние на гражданское общество, поэтому и «стратегия уклонения» (Ф. Анкерсмит) была для монарха неприемлемой. Романтики хотели бы видеть в законодателе прежде всего выразителя народной мысли: тогда и закон, как ему и положено, будет только отзвуком произвольного движения народного духа. Иеринг, завершавший романтическую традицию, при этом подчеркивал нежелательный произвольный характер закона. Но здесь само понятие произвола имело уже не юридический характер, — законодательная власть стоит над законом и каждый ее акт в юридическом смысле вполне легален, — а характер нравственный. Право законодателя есть одновременно и его обязанность. Негативно произвольными будут только законы, в которых законодатель становится в противоречие с общими принципами права. Очевидно, что уже здесь наметился частичный возврат романтизма к «естественно-правовой» критике закона⁶⁹.

8. Отказ от системы

Историческая же школа права предположила, что «обычай рождается из убеждения». Тем самым из числа источников права исключались и случай, и произвол (под убеждением следовало понимать, скорее всего, «сочувствие» или «расположение», выраженное субъектами по отношению к действующему праву). Языки, нравы и юридическое устройство соединяются здесь в единое целое общим убеждением народа, общим чувством внутренней необходимости, исключающим всякое предположение о случайном и произвольном происхождении. Право тогда живет «подобно языку в сознании народа», и эти его духовные функции нуждаются в «телесном» оформлении, которое выражается в «символических действиях», сопровождающих возникновение или прекращение правовых отношений (Савиньи). (Критика упрекала юридический романтизм за пассивность и неподвижность его правопонимания, отказ от действия и, заодно, за необоснованные параллели, отмеченные в развитии права и искусства. Критики подчеркивали также, что народное убеждение определяет лишь содержание права, но не его юридическое значение (Шталь). Юридическое же значение обычаев обуславливается фактом их продолжительного применения: «норма закона возникает в результате того, что ее длительное время применяют в качестве нормы закона».)

Гегель, усилив рационалистическую тенденцию, тем самым породил настоящую идеологию

(точнее, теологию) позитивного права, сделав из него единственный исходный момент «иррациональной рациональности», в котором формальный принцип эквивалентности превращался в норму, поскольку само право все меряет единой меркой: «равенство, в котором исчезают различия, втайне стимулирует неравенство». Правовые нормы отсекают все, что не скрыто от них, опытом же особенного они жертвуют ради беспредельной систематики и возводят инструментальную рациональность в ранг действительности. Но юридическая сфера уже сама по себе заповедная область, идеологическая по сути, которая осуществляет реальное насилие при помощи действующих в ней санкций права. «В диктатурах право непосредственно выходит за границы всяческих управляемых инстанций, и опосредованно — за ними всегда скрывается насилие. Отдельная личность особенно легко подпадает под власть несправедливости именно тогда, когда антагонизм загоняет ее в юридическую сферу»⁷⁰.

Рудольф Иеринг уважительно критически заметил по адресу Савиньи: «Романтизму наших сегодняшних взглядов на историю никак не повредила бы прививка грубой прозы». Органическое и спокойное романтизированное саморазвитие народного духа, по Иерингу, в реальности уступает место тяжелому процессу действия и борьбы. Право в состоянии обновиться только отказываясь от собственного прошлого; тогда непрерывность сменяется изменчивостью и разрывами: в истории нет ничего готового, все в ней только результат деятельности, а не дар природы или таинственное истечение народного духа.

В этом Иеринг близок гегелевскому представлению об источниках права. Историк не должен ограничиваться изображением системы норм и положений, представляющих только внешние очертания действительного юридического оборота, но должен вскрывать «подпочву права, причины его происхождения и условия применения. Силы, которые движут право, скрываются где-то внутри». Но вслед за романтиками Иеринг все еще полагал, что источником таких сил остается таинственная «индивидуальность народа, представляющая как бы сердце правового организма»⁷¹.

Установление абсолютной власти государя — явление весьма важное хотя бы уже в силу ее стабильности, однако в юридическом плане оно всегда и везде приводило к опасной унификации и систематизации права, т.е. к формальной кодификации. Власть не довольствовалась одним только санкционированием существующих частных кодификаций, «она присваивала от сво-

⁶⁹ Новгородцев П. Указ. соч. С. 159.

⁷⁰ Адорно Т. Негативная диалектика. М., 2003. С. 278.

⁷¹ Новгородцев П. Указ. соч. С. 128–135.

его имени единый официальный кодекс, имеющий обязательную силу, тем самым власть надеялась найти адекватный ответ на потребность в правовой определенности». Осуществляя кодификацию, власть способна была также успешно решать и свои сугубо политические задачи⁷². (По словам Ш. Карбонье, кодекс всегда выглядит как некий «символ остановленного времени»: годы, следующие за моментом принятия кодекса, как правило, небогаты на реформы. Создается впечатление, что кодификация опустошает всю законодательную энергию. Категорически порвав с прошлым, кодексы сами начинают стареть сразу же после принятия.)

Макс Вебер подчеркивал, что кодекс всегда замышляется как некий закрытый мир: «кодификация хочет быть исчерпывающей и верит, что может таковой стать». Кодекс видится воплощением законченной системы в юридической сфере, «он является некоей целостной совокупностью, в свою очередь включающей иные целостные совокупности, которые подчиняются друг другу и координируются между собой»: кодификация всегда пронизана абсолютистским духом системы и целостности⁷³.

Романтическая ирония оказывалась для государства одновременно и «исток и возмездием», она определила природу и цель политической репрезентации, но вместе с тем и подорвала ее. Ироническое недоверие к связанности и единству, порождаемая ею фрагментарность, вели к распыленности общества и политического порядка: «Снять мерку со всего моего “я” я могу не иначе, как через систему фрагментов, поскольку я сам похож на нее» (Ф. Шлегель). Господство исторической случайности как сети верований, желаний и эмоций исключало наличие какого-либо центра: для нее центр был интересен именно своей неактивностью, а еще более — своим отсутствием. Токвиль утверждал, что при демократии человеческий дух принципиально неактивен и только до бесконечности варьирует всевозможные следствия, вытекающие из известных уже положений, вместо того, чтобы заниматься поиском новых принципов». Но и в монархии король также обладает некоей «нейтральной властью», индифферентно стоящей над представителем и представляемым в ситуации политической репрезентации⁷⁴. (По мысли Б. Константа, главная задача монарха и заключается как раз в поддержании баланса и равновесия между тремя властями, обозначенными Монтескье.) Король с его «нейтральной властью» здесь только царствует, но не правит.

Народ в своих грезах воображает присутствующее в центре всемогущее государство, которое и есть, по его мнению, основание настоящего политического порядка. Пустота же и отсутствие центра создают нейтральный фон, на котором складывается этот политический баланс и организуется политическая власть.

Романтизму во всех его проявлениях — литературных и философских — была свойственна стилистическая фрагментарность. По-настоящему «подлинный систематический инстинкт» безошибочен, когда может представить универсальность только в форме фрагментов, отсюда и неприязнь романтиков к всякого рода кодификациям. «Народное право» и «дух нации» проявляются из небытия и темноты подсознательного вполне спонтанно и эпизодически. Поэтому искусственная систематизация только деформирует эту живую материю, которая существует сама по себе: Савиньи категорически выступил против концепции кодификации права, утверждая, что «право не устанавливается никаким правительством, но является плодом истории народов» (наполеоновское вторжение к тому моменту уже разбудило германский национализм), идет ли речь об обычном праве или о «праве ученых», созданном юристами. «Гражданское право уже имеет определенный характер, присущий каждому народу, как присущи ему его язык, его нравы, его конституция ... всякое право произведено тем способом, который в разговорном языке именуется обычаем, т.е. право является продуктом прежде всего опыта, народного сознания и судебной практики. И оно везде создается именно так, при помощи внутренних, молчаливых сил, а вовсе не по прихоти законодателя»⁷⁵.

Опасность кодификации заключена в искусственном и пагубном разделении между правом и правами, между законом и справедливостью, между текстами, которые выражают право, и новыми потребностями, которые его творят (Р. Салей)⁷⁶. Кодекс — это выражение формалистической техники, символ системности и антагонист любой фрагментарности; это искусственно созданный абсолют права, символ и конструкт одновременно.

Но кодекс может приобрести и по-настоящему мифическое значение. Так, ГК стал символом или «книгой символов» даже для тех, кто его никогда не открывал. «Мечта сменилась мифом, когда современники Гражданского кодекса вдруг поверили в то, что он тождественен всему гражданскому праву и включает его все целиком» (Кристиан Атиас)⁷⁷. Право и закон стали неправомерно отождествляться. Исчезла идея права и практика

⁷² Кабрияк Р. Указ. соч. С. 129–130.

⁷³ Цит. по: Кабрияк Р. Указ. соч. С. 168.

⁷⁴ Токвиль А. Демократия в Америке. М., 2000. С. 464; Анкерсмит Ф. Указ. соч. С. 182–183.

⁷⁵ Цит. по: Кабрияк Р. Указ. соч. С. 70–71.

⁷⁶ Кабрияк Р. Указ. соч. С. 156–157.

⁷⁷ Цит. по: Кабрияк Р. Указ. соч. 163, 169.

правоприменения, осталась только норма — императив. Поэтому задача действительного государственного права стала видиться в том, чтобы найти общую волю, которая включала бы в себя все частные воли. Еще Шеллинг заметил, что «история права лишь настолько заслуживает названия науки, насколько в историческом материале выражается идея». Большая же часть законов вообще оказалась лишенной всякой идеи, обращаясь только к внешнему организму государства. Еще у Цицерона Шеллинг находит подтверждение мысли, что и природа, и идеальный мир (история и государство) подлежат одним и тем же законам. Но поскольку люди не равны по отношению к закону, поэтому и государство есть для человека только навязанный ему извне порядок: «Закон не в состоянии дать человеку сердце, наоборот, его действие таково, что в конечном счете всякий нравственный поступок выглядит в его глазах предосудительно». У «я» появляется возможность отказаться от себя как чего-то активного, уклониться от пагубности любого действия, бежать от натиска закона в созерцательную жизнь. Здесь Шеллинг обращает свой взор на «некое темное основание бытия, на то ужасное, что есть в природе, и на то трагическое, что присуще духу»⁷⁸.

9. «Эстетическая политика»

Для XIX в. социальное становится средством «заклятия призраков» (Ханс Фрайер). Гражданин превращается в буржуа, публичная жизнь — в хозяйство, собственность — в капитал, отсутствие собственности — в пролетариат, политика — в либерализм⁷⁹. Постичь все это стало возможным только материалистически.

Однако Савиньи все еще «романтизировал» современную ему правовую теорию, используя гердеровское понятие «органического национального развития»; в этом выражался романтический протест против авторитета общих и вневременных законов и правил. Понятие индивидуального и уникального «духа нации» было воспринято им у предшественников — Вико и Монтескье, а также Гамана и Якоби, у которых уже встречаются также и соответствующие духу XIX в. «биологические» метафоры: «тех, кого природа разделила языком, обычаями, характерами, никому не дано искусственно соединить никакой алхимией» (Й. Гердер). Многонациональные империи (эти «хаотические смешения разных человеческих пород под одним скипетром») вынуждены были полагаться только на силу, чтобы сохранять свое «лоскутное» единство; чужие народы всегда осуждались Римом по неведомым и непонятным для них обычаям. Такое государство

представляло собой лишь способ, с помощью которого люди грабят самих себя. На фоне народов и наций выросло пугающее их государство, «самое холодное из чудовищ».

У Гамана Гердер заимствует идею о том, что мыслить — значит использовать символы, слова и идеи, что, по сути, одно и то же. Язык выражает коллективный опыт сообщества, и это есть самое дорогое, чем располагает нация. Мысль и действие, язык и деятельность тождественны. «Брожение Средних веков отпугивало алчную пасть деспотизма, склонную все подгонять под мертвящее единообразие... Даже если институты не совершенны, даже если люди не всегда честны, даже если имеется некоторый беспорядок и множество разногласий, это все равно предпочтительней, чем то состояние дел, при котором люди вынуждены прозябать и склоняться к упадку в течение своей собственной жизни». (Даже Монтескье не избежал подобной склонности, втиснув все многообразие человеческой жизни в «смирительную рубашку трех основных типов».)

Централизация и «дирижизм» — это настоящие враги, ведь даже некоторая степень бездействия предпочтительнее, чем «государственные дела, в которых человек должен прозябать и деградировать всю свою жизнь»⁸⁰. Сам Гердер сторонник тех таинственных сил, которые называет живыми и органическими: «мы живем в мире, который создаем сами». Естественное сообщество, которое развивается само по себе, как растение, и в которое индивид удачно интегрирован, не спаяно в единое голый силой и не регулируется законами, придуманными деспотом или его бюрократами, — оно имеет внутри себя «идеал собственного совершенства, независимый от идеалов других сообществ».

Слияние общества и государства, представляемых и представителей, которое происходит в рамках предустановленной гармонии, исходит из отождествления этики и политики, когда должное политического порядка выводится в конечном счете из наличествующей природы общества. Естественное право рассматривает этику и политику как единое целое, а из природных законов выводятся законы человеческие, включающие нормы, необходимые для наших действий. Однако политическая репрезентация при этом не располагает никакими конкретными фактами или нормами, которые могли бы предписывать, к каким формам политической реальности нам следовало бы стремиться, поскольку политическая философия, с точки зрения романтиков, представляет собой не форму этики, а искусство⁸¹. А. Токвиль прекрасно понимал, что

⁷⁸ Шпанн О. Философия истории. СПб., 2005. С. 81–82.

⁷⁹ Фрайер Х. Революция справа. М., 2009. С. 27.

⁸⁰ Берлин И. Гердер и просвещение // Подлинная цель познания. С. 440–455.

⁸¹ Анкерсмит Ф. Указ. соч. С. 70.

«наиболее опасно закрепощать людей именно в мелочах», а не в больших и важных делах. Стратегия государства — это «стратегия уклонения» от конфликтов путем создания пустот, где порядок не регламентируется в деталях и системно; здесь лежит область политического творчества и импровизации. Романтик видит политику в образе художника.

Фердинанд Тённис противопоставил, исходя из своей классической дилеммы: «общество-общность», «договорное общество» буржуазной эпохи — романтическому, основанному на душевных порывах», братству, поддерживаемому, благодаря «периодически воссоздаваемому возбуждению», социальному механизму, вырабатывающему сакральное. Сакральное вызывает к себе двойственное отношение: это смесь страха и преданности, объект представляется опасным и авторитетным, возбуждая в душе одновременно почтение, желание и ужас. Мир сакрального противостоит объединенному миру как мир энергий миру субстанций: с одной стороны, стиль, с другой — вещи. Если вещь обладает фиксированной природой, то сила может нести как добро, так и зло в зависимости от обстоятельств, в которых она проявляется. «Она хороша или плоха не по своей природе, а по направленности, которую она имеет».

Профанное — это мир довольства и безопасности, «буржуазный мир». Когда довольство и безопасность перестают удовлетворять, а подчинение правилам становится в тягость, становится понятным, что правило — всего-навсего барьер, что не оно является священным, а именно то, что правило, закон делают недостижимым, и понять это может тот, кто выходит за его пределы. Человек, который осмелился привести в действие «подземные адские силы», заключает с адом настоящий пакт, являющийся посвящением, как сделал это Фауст⁸².

Сакральное всегда инаково, отлично от «продажного мира», и заражено мощной энергией, противопоставленной порядку обыденного; сакральное — это настоящий романтический двойник, отнимающий у человека его телесную идентичность: тень, лицо, образ. (Как замечает современный историк романтизма, у Гёрреса биологизм исторического роста доведен до возможного предела: история буквально являет собой живой организм по аналогии с животными и растениями; это не могло не оттолкнуть от него филологически ориентированных романтиков⁸³.)

Франклин Анкерсмит полагает, что политическое, видимо, находится на линии, по которой движется вперед и назад романтическая ирония

Шлегеля. Эта ирония связывает то, что близко к нам и далеко от нее. Гегелевская же концепция реальности требует, чтобы мы поддерживали этот режим близкого и далекого, эту дистантность, тогда как ирония Шлегеля призвана дестабилизировать его и дать свободу движения по некоей воображаемой линии, связывающей близкое и далекое. «Романтическая ирония иронизирует над различием близкого и далекого, расшатывает его».

Понятие «народного суверенитета» явно способствовало этому смещению далекого и близкого. Поскольку в области между правителем и управляемыми неизбежно возникает и возрастает огромная бюрократия (немыслимая при «старом режиме»), то фактически близкое становится далеким, а далекое — близким. Исчезает шкала, на которой могли бы быть локализованы власть и авторитет, теперь они могут находиться в любой точке этой линии, связывающей обычного человека с политической элитой. «Устойчивость, достоверность, опознаваемые точки гегелевского режима политики теперь столкнулись с иронией гладкости этой линии. Незвестное и далекое стало известным и близким, весь мир сжался, не пощадив никого и ничего»⁸⁴.

Идеалом любой политической репрезентации всегда остается тождество представителя и представляемого. Романтический же эстетизм настаивал на противоположной точке зрения (Руссо и вовсе отрицал возможность какой-либо политической репрезентации: «воля народа не может быть представляема», депутаты народа не являются его представителями, они только ею уполномочены и ничего не могут постановлять окончательно). Политическая репрезентация делает присутствующим то, что на самом деле отсутствует. В процессе репрезентации изображение политической воли, которая находится в народе, делается видимым и присутствующим только в мире его представителей; по сути, репрезентация есть процесс изображения⁸⁵. Сама политическая реальность как бы создается в процедурах политической репрезентации, но тем не менее именно такая реальность становится политической властью.

Проблема особой задачи и особого назначения каждой национальности, поставленная Гердером, была этически оформлена и дополнена Фихте, превратившим идею народа в «сокровенный источник национального творчества»: так рождалась философия истории. Фихте подчеркнул примат нормы и долженствования над всем существующим: функция, даже пребывающая по ту сторону реальности, несет в себе

⁸² Кайуа Р. Двойственность сакрального // Коллеж социологии. СПб., 2004. С. 239, 261–262.

⁸³ См.: Михайлов А.В. Эстетические идеи немецкого романтизма // Эстетика немецких романтиков. С. 231, 261–262.

⁸⁴ Анкерсмит Ф. Указ. соч. С. 280–281.

⁸⁵ Там же. С. 64.

полноту власти над миром. Тем самым романтики вернули трансцендентному его изначальное значение, устойчивость и несомненную реальность; «из единого средоточия должна изойти полнота всякого движения» (Шеллинг); религиозное переживание становится у них центром всего остального первого и изначального; «религия — это все оживляющая мировая душа» (Ф. Шлегель)⁸⁶.

Семья и язык — вот те сферы, по которым все революции наносят свой главный разрушительный удар. Семья — ячейка, из которой произрастают род, племя и государство, основа всякого политического. Коллективная индивидуальность нации не постоянная, а вечно изменяющаяся величина, все политические процессы являются результатом неосознанного и спонтанного ее роста. На фоне бесконечного нация, как целое, получает свое явное преимущество над индивидуальностью, порождает и формирует ее. («Благодаря моему участию в деле национального возрождения... я из одинокого страждущего человека превратился в единое целое с моим народом и Богом», — писал Э. Арнт). «Душа народа» выражена в песнях, сказках, пословицах, легендах; нация конституируется прежде всего как единство культуры и истории, здесь язык оказывается фактором, определяющим все формы деятельности, — в этом сходились Гердер, Гегель и Якоб Гримм. В языке заключена национальная душа народа: не язык является следствием политического развития нации, а наоборот, все политическое развитие проистекает из законов языка. «Язык Бога — это притяжение и отталкивание» (Ф. Этингер). Тотальный охват целого и органического не исключает того, что конкретно-историческое подводится и подпадает под внеисторически-нормативное, где все противоположности действуют в бытии как в собственном материале: история как вечность сопрягается здесь с историей как движением.

Романтический органицизм, все еще питаемый натурфилософией XVIII в. и переполняемый беспокойной энергией метаморфозы, в политической области уже имел своим предшественником Гердера, а заключительный аккорд выполнил для него Гегель. Романтическая реакция обращалась к прошлому, отворачиваясь от настоящего. (Такая установка со временем сделала из революционера Гёрреса настоящего католика и долго питала надежды Баадера на превращение Священного союза в инструмент романтической политической утопии.) Такому повороту способствовал и язык романтиков — своеобразная проекция поэзии в реальную жизнь, поэтизация жизненного мира и полити-

ки; это была эстетика борьбы и противоречий, постоянного развертывания, в итоге ведущая к Царству Божьему: «И нет в мире ничего собственно мертвого, мертво лишь то, что не есть, лишь Ничто» (Лоренц Окен).

Й. Мёзер предельно развил идею Монтескье о том, что единство прошлого, современного и будущего составляет основу философии государственности. Нация, в которой соединяются универсальная идея и национальная идея, приобретает надвременной характер. У Шиллера естественное состояние народа категорически преобразуется в нравственное, здесь нравственный идеал уже был представлен государством, этой «канонической формой справедливого бытия», хотя бы исторически данное государство и являлось лишь «государством по необходимости». Чувственная природа человека требует от государства, чтобы нравственное начало сделалось в нем видимым при посредстве чувственного явления, т.е. искусства. Шиллер формирует идею «эстетического государства», где сама природа индивида осуществляет волю целого⁸⁷.

Надвременной характер нации составляет тем самым настоящий «залог земной вечности», поскольку в нем выражено нечто, далеко выходящее даже за пределы государственности (Фихте). («Кантовская противоположность права (легальности) и нравственности (моральности) по сей день господствует в правоведении, которое видит в ней неснимаемое напряжение между различными видами культуры»; даже у Фихте все еще сохраняется просвещенческое противопоставление государства и нравственности. Государство как внешняя сила и необходимое зло только у романтиков превращается в органическое единство, демонстрируя сущностную связь с нацией (О. Шпанн)).

В отличие от склонности к систематическому изложению, которое было свойственно политической теории при «старом режиме», эстетическая политическая теория романтизма выражалась в цепочках афоризмов. Метафизическая политическая теория стремилась установить пределы законного вмешательства публичной власти в частную сферу; «основные права индивида» и понятие «конституционного государства» стали итогом этого стремления. Но каждая политическая система есть прежде всего система сдерживания непрерывно возникающих конфликтов. Только чрезвычайное положение в состоянии сорвать «занавес неведения», обычно скрывающий действительный политический механизм, и тогда открывается настоящая картина вражды и войны всех против всех (исходный пункт, от которого отталкивались и Гоббс и Карл Шмитт. Шмитт упрекал романтиков за от-

⁸⁶ Степун Ф. Немецкий романтизм и русское славянофильство // Жизнь и творчество. М., 2000. С. 50–51.

⁸⁷ Хюбнер К. Указ. соч. С. 131–134.

существование ясных и определенных принципов, к которым так стремилось Просвещение, он иронически цитирует Новалиса: «все есть начало нескончаемого романа»).

Романтики отвергали какое-либо исключительно политическое обоснование политики, поскольку для них было одинаково важно любое обоснование: ведь «с основой задается и предел» (А. Мюллер). Они сторонились реальности, но делали это с иронией и духом интриги. Парадоксальное соединение противоположностей было в их духе. Национальная и универсальная идея взаимно обуславливают друг друга, образуют неразрывное единство — такова аксиома романтической философии государства. Подобно Новалису, А. Мюллер видел только в христианстве ту объединяющую силу, которая в Средневековье, несмотря на разнообразие представлений о праве, связанное с племенными различиями, создало для наций универсальный нравственный масштаб и сообщило праву идею всеобщей обязательности.

Макиавелли когда-то настаивал на позитивном характере политического конфликта и необходимости наличия разорванности: власть должна отправляться таким образом, чтобы еще больше политизировать, а не успокаивать народ. Только определенная склонность к разделению, эгоизму, несогласию и конфликту способна поддержать дело общественного благополучия. Индивидуализм искусственен, а коллективизм — естественен, поэтому следует заботиться о первом, второй же сам способен одержать верх.

Идеологи Просвещения хотели заниматься политикой и свергнуть абсолютное государство, оставаясь при этом в сфере приватной морали. Суверенитет народа они подменили верой в вымысел и благополучие. Это состояние и стало объектом романтической иронии. Но политика по своей внутренней природе чужда иронии, только историческая точка зрения способна еще иронизировать над политическим действием, сама же история разрушается как раз в тех действиях, которые, казалось бы, отрицают ее действительное существование⁸⁸.

10. Консервативный миф: народ и дух

Историческая школа использовала понятия «нации» и «национальный дух» с целью расширить общие представления о единстве и целом, тем самым избегая индивидуализации и «анархического каприза». При этом у Савиньи и Ранке понятие государства постепенно оттесняло на задний план понятие нации: гегелевская «качественная» свобода переносилась с индивидов и сословий на нацию и государство, при

этом подчеркивалось, что «только государство способно по-настоящему свободно развиваться по своим собственным законам развития», индивидуализм же сущностно ограничен и может быть полезен только в границах этих более широких общностей. Если либеральная мысль видит действительность в категориях нормы, то консервативная романтическая мысль желала видеть действительность как результат влияния реальных факторов, а норму воспринимать в категориях действительности. «Цель политики — обеспечить материальную, а не только формальную свободу. Она не должна отделять индивидуума от физической власти или морального авторитета и исторической традиции государства, чтобы не основывать государства на обычной индивидуальной воле» (Шталь). Стилю метафизического мышления, максимой которого является категорическое требование «так должно быть», здесь противопоставлялся конкретизированный подход к миру как к комплексу законченных и конечных продуктов длительного процесса развития: первый подход был чреват нереальностью восприятия действительности и отсутствием ощущения солидарности, второй — опасен эмпирическим погружением в море конкретики и деталей. «Прогрессист переживает настоящее как начало будущего, консерватор же считает его последним пунктом, которого достигало прошлое»⁸⁹. Ироник — всегда консерватор, радикал — метафизик, лишенный представления о непоследовательности и сложности жизни. В ироническом высказывании заключен провоцирующий контраст между тем, что подразумевается, и тем, что готовится, между намерением и результатом. Гегель заметил: в истории часто получаются совсем иные результаты, чем те, к которым стремятся люди, о которых они знают и которых желают. Они добиваются удовлетворения своих интересов, но благодаря этому осуществляется еще и нечто дальнейшее, нечто такое, что скрытно содержится в этих результатах, что не создавалось людьми и не входило в их намерения⁹⁰. Для средневекового человека весь социально-исторический мир был хаосом, где правила фортуна; введение в оборот ренессансного понятия «virtu» изменило ситуацию.

(Мифы отделяют доисторический мир вечной и естественной стабильности (Золотой век) от нашего переменчивого мира, в котором мы живем в настоящий момент. Хотя мифы и говорят о происхождении и начале всего, сами же они берут свое начало в переходных и конкретных исторических ситуациях (Виктор Тёрнер)).

⁸⁹ Мангейм К. Диагноз нашего времени. М., 1994. С. 607–609.

⁹⁰ Гегель Г.В.Ф. Лекции по философии истории. СПб., 1993. С. 79–80.

⁸⁸ Анкерсмит Ф. Указ. соч. С. 262.

«Идея нации» представлялась О. Ранке, вышедшему из романтического мира, такой же вечной и неизменной мыслью Бога. Эта идея породила систему наций — государств и позволила восстановить утраченное политическое равновесие. Нация — единственно возможная единица социальной организации, только в ее границах (а не в каком-то универсальном государстве) можно сдерживать разрушительные порывы, угрожающие авторитету церкви (материализм или рационализм), государства (капитализм, империализм, либерализм) и нации (социализм, коммунизм) как угрозу цивилизации вообще⁹¹.

«Обособленно, без связи друг с другом стоят в идеальном научном и художественном колоссе три призрака: рефлекс, эхо, видимость, — дух, душа, организм». Никакая цепь не связывает их в живое органическое тело, чтобы внести сюда реальность, соединить их в органическое целое, следует перенести «эти призраки из внешней среды внутрь самих себя, связать их с имманентной троичностью духа, души и тела»⁹². Только в сфере духа витает идеал; для его достижения стремящиеся к нему связывают себя «единой цепью совместного» — так возникает «гражданское государство». Из хаоса анархии и столкновения страстей, где господствуют инстинкт разрушения, сокрушающий любое равновесие, в результате только счастливого поворота случая укрощаются бешеные силы, и тогда «дух начинает вступать в свои права»: «Среди племен восстают властители. Закон материально воплощается в них, высшее нравственное достоинство вступает в них в тесный союз с властью... Кто посвящен в законодателя внутренним призванием и случаем, тот осуществляет величайшую власть... Словно Бог в мертвом универсуме творит он в живом мире людей, он вызывает аморфное к форме — и тогда образуется строй государства». Законодатель продуктивен, если заимствует в идее печать, налагаемую на людские массы, если все высшее лепит и бесформенное формирует, следуя вызревшему в его духе образу⁹³.

Кажется, что Гердер первым использовал выражение «душа народа», находя в нем сразу два полюса: «природу» и «историю». Вслед за ним Адам Мюллер увидел в «природе» общность длинного ряда прошлых, настоящих и будущих поколений, связанных «связью жизни и смерти», где каждый индивидуум является «поручкой общей связи». Народный и наследственный мир (изначальная природа) и народная среда (исторический феномен) формируют тело «основного народа». По Фихте, законы развития божественного начала, существу-

ющие в вечном мире, и законы мира преходящего соединяют множество в естественное и самоопределяющее целое. Если для Гердера народ — произведение природы, то для Фихте — он духовное начало, для Мюллера — вполне «государственный теологический порядок».

Фридрих Шлегель, откликаясь на революционные события во Франции, писал: «Естественно, что французы доминируют в нашу эпоху. Они — химическая нация, чувство химического распространено у них крайне широко, и даже в моральной химии они неизменно строят свои опыты скопом... Революции — эти универсальные, не органические, а химические движения. Торговля — это химия крупного хозяйства, существует, вероятно, и алхимия этого рода». (Мишле определил революцию в одной фразе: «Революция — это не что иное, как запоздалая реакция справедливости против правительства милости и религии добродетели».) Французскую революцию, конечно же, можно считать величайшим и самым значительным феноменом в истории государств, неким «универсальным землетрясением, безмерным наводнением в политическом мире, или символом всякой революции, полнейшим ее воплощением». Ее можно также рассматривать и как средоточие и вершину порожденного ею национального характера, где проявились все его парадоксы как отвратительный гротеск эпохи», где смешались «в ужасном хаосе глубокие предрассудки и насильственные кары, причудливо переплелись в грандиозную трагикомедию человечества» (Ф.Шлегель). (Известно, что Б. Франклин и Т. Джефферсон на начальном этапе своей политической деятельности подвергались заметному воздействию романтических идей в духе Руссо. Политические документы Французской революции говорили на языке, заимствованном из романтической литературы: идеал здесь представлялся одновременно идеей и фактом.)

Новалис убеждал читателя в своих «Фрагментах»: «Мы мечтаем о путешествии во вселенную, но разве не заключена вселенная внутри нас? Мы не знаем глубин нашего духа. Именно туда ведет таинственный путь. В нас самих или нигде заключается вечность с ее мирами, прошлое и будущее». Индивид и общество, гражданин и государство — единое органическое целое, наделенное общими качествами. Поэтому у Новалиса «нация» почти ничем неотличима от «государства». Первая для второго является субстанциональным носителем, государство есть «макроантропос» (у Сведенборга — «большой человек»), одновременно и индивидуальная форма и организм. Антропоморфность государства выражается и в персонификации его правителя: «Истинная королевская пара для целостного человека есть то же самое, что конституция для его голого рассудка... Что есть закон,

⁹¹ Уайт Х. Указ. соч. С. 208.

⁹² Гёррес Й. Афоризмы об искусстве // Эстетика немецких романтиков. С. 115–116.

⁹³ Руткофски Л. Что такое народ // Раса и мировоззрение. М., 2009. С. 262–263.

если он не является выразителем любимой, вызывающей поклонение личности?» Мистический суверен, «макроантропос» нуждается в живом символе.

Но для А. Мюллера мировое «стоическое» гражданство — только химера: «верьте прежде всего государству и лишь потом справедливому сообществу государств». Вслед за ним Гегель и Шиллер характеризуют рационалистическую идею государства как созданного «по необходимости и рассудком». Государство как и индивид одновременно являет собой объединение и личность, его устройство находит форму своего адекватного выражения в телесном индивиде-монархе, который воплощает собой самоопределение национальной воли; в этой фигуре заканчивается «всякое предварительное обдумывание аргументов и контраргументов» и принимается окончательное политическое решение, которое и становится началом действия и действительности (Гегель).

Размышляя о своей концепции «эстетического государства», Шиллер проводил различие между «динамическим», современным ему «государством, где люди живут «среди страшного царства сил» и «этическим государством», где человек существует «посреди священного царства законов», противопоставив им «эстетическое» государство как высшую форму. Только эстетика дает аргумент в пользу этического поведения, хороший вкус дает правильную нравственную ориентацию, демонстрируя при этом внутреннюю связь между эстетикой и дискуссией⁹⁴. (Гизо добавлял, что вопрос о том, представляет ли вообще государство свой народ, остается вопросом вкуса и ощущения самих представляемых.) Нормативный подход в данном случае будет только заменять дискуссию о репрезентации власти, основываясь на предполагаемых этических достоверностях.

Диалектическая идея Шеллинга о связи между особенным и общим была использована Адамом Мюллером в его антрополого-политическом учении о двойственной природе человека: «отдельный индивид не может существовать вне государства»; против просвещенческого «позитивно истолкованного эгоизма» выдвигалось представление о государстве как о «внутренней связанности целостных психических и духовных

потребностей» в одном динамическом целом. Субъективизм понятия государства у А. Мюллера выражен в представлении о государстве как о «состоянии человека», «двойственном состоянии владычества и подчинения». Сам человек является как бы «государством в государстве», а государственное тело почти ничем не отличается от индивидуального и частного, разница только в размере, а не в существе отношений. Мотивы Левиафана и «большого человека» Сведенборга здесь явно присутствуют.

Повиновение составляет главное условие владычества, а подчинение — выражение нормального человеческого достоинства: и только высшее откровение может раскрыть эту тайну. Гарантии порядка лежат глубоко в религиозности: по настоящему свободным становятся только с появлением чувства смирения и покорности, но в современных конституционных спорах существенным является только требование равновесия власти и подчинения. Однако набор конституционных правил, одинаковых для всех участников политического спора, только приводит их к удалению от собственно политической истины. Эти правила позволяют политикам достичь какого-то компромисса, даже если для этого нет почти ничего такого, на чем они могли бы сойтись, не дискредитируя самого понятия политической истины. Укорененная двойственность романтического дискурса позволяла эстетически переоценить традиционные и нормативистские представления о политическом только как о наборе правил, применяемых для достижения решений.

Обычно власть ассоциируется с нормативным порядком, принуждением и господством. Эстетическая же политическая философия романтиков предполагала рождение некоей особой формы власти, которой свойственна стратегия «уклонения от конфликта»; там, где обычно ожидают увидеть слабость, вдруг обнаруживается вечный источник власти. Контуры единого политического универсума тогда размываются, а государство и общество представляются напрочь разделенными. Однако именно «благодаря эстетическому — зазору или пустоте между представляемым миром и представителем, между государством и гражданином ... государство должно вернуть себе выдающееся место в политической теории и снова стать главной проблемой... политики»⁹⁵.

Библиография:

1. Адорно Т. Негативная диалектика. — М., 2003.
2. Анкерсмит Ф. Эстетическая политика. — М., 2014.
3. Арним Л. О народных песнях // Эстетика немецких романтиков.
4. Батай Ж. Ученик колдуна // Коллеж социологии. — СПб., 2004.
5. Берлин И. Апофеоз романтической воли // Подлинная цель познания. — М., 2002.

⁹⁴ Анкерсмит Ф. Указ. соч. С. 37–38.

⁹⁵ Анкерсмит Ф. Указ. соч. С. 141–142.

6. Берлин И. Гердер и просвещение // Подлинная цель познания. — М., 2002.
7. Берлин И. Контрпросвещение // Подлинная цель бытия. — М., 2002.
8. Валь Ж. Несчастное сознание в философии Гегеля. — СПб., 2006.
9. Вандельбанд В. От Канта до Ницше. — М., 1998.
10. Вебер А. Кризис европейской культуры. — СПб., 1999.
11. Гартман Э. Сущность мирового процесса или философия бессознательного. — М., 2010.
12. Гегель Г.-В.-Ф. Лекции по философии истории. — СПб., 1993.
13. Гегель Г.-В.-Ф. Лекции по эстетике: в 2 т. 1938. Т. 12.
14. Генон Р. Царство количества и знаменья времени. — М., 1994.
15. Гёррес Й. Афоризмы об искусстве // Эстетика немецких романтиков. — М., 1987.
16. Гёррес Й. Сполохи // Эстетика немецких романтиков.
17. Иванов А.М. Рассветы и сумерки арийских богов. — М., 2007.
18. Кабриак Р. Кодификации. — М., 2007.
19. Кайуа Р. Двойственность сакрального // Коллеж социологии. — СПб., 2004.
20. Кёниг И. Савиньи и его отношение к современной юриспруденции // Немецкая историческая школа.
21. Козловски П. Миф о модерне. — М., 2002.
22. Крик Э. Национально-политическая антропология // Преодоление идеализма. — М., 2004.
23. Лаку-Лабарт Ф. Поэтика и политика. — СПб., 1999.
24. Лукач Г. О романтической философии жизни // Душа и формы. — М., 2006.
25. Майнеке Ф. Возникновение историзма. — М., 2004.
26. Манхейм К. Диагноз нашего времени. — М., 1994.
27. Манн Т. Рассуждения аполитичного // Путь на Волшебную гору. — М., 2008.
28. Манхейм К. Диагноз нашего времени. — М., 1994.
29. Микушевич В.Е. Пророчество в пародии // Голубой цветок и дьявол. — М., 1998.
30. Микушевич В.Е. Миф Новалиса // Генрих фон Офтердинген. — М., 2009.
31. Михайлов А.В. Эстетические идеи немецкого романтизма // Эстетика немецких романтиков.
32. Муромцев С. Образование права по учению немецкой юриспруденции // Немецкая историческая школа права.
33. Ницше Ф. О пользе и вреде истории для жизни. Соч. Т. 1. — М., 1996.
34. Новалис. Вера и любовь // Эстетика немецких романтиков.
35. Новгородцев П. Историческая школа юристов // Немецкая историческая школа права. — Челябинск, 2010.
36. Одоевский В.Ф. Русские ночи. — Л., 1975.
37. Рангауз Г. Художественное наследие романтической литературы // Жизнь льется через край. — М., 1991.
38. Руткофски Л. Что такое народ // Раса и мировоззрение. — М., 2009.
39. Старобинский Ж. Ирония и меланхолия // Поэзия и знание. — М., 2002.
40. Степанова А.А. Поэтология фаустовской культуры. — Днепропетровск, 2013.
41. Степун Ф. Немецкий романтизм и русское славянофильство // Жизнь и творчество. М., 2000.
42. Токвиль А. Демократия в Америке. — М., 2000. С. 464; Анкерсмит Ф. Указ. соч.
43. Трёлльч Э. Историзм и его проблемы. — М., 1994.
44. Уайт Х. Метаистория. — Екатеринбург, 2002.
45. Фрайер Х. Революция справа. — М., 2009.
46. Хейзинга Й. Homo Ludens. — М., 1997.
47. Хюбнер К. Нация. — М., 2001.
48. Шлегель Ф. Путешествие по Франции // Шлегель Ф. Эстетика. Философия. Критика: в 2 т. — М., 1983. Т. 2.
49. Шмит К. О трех видах юридического мышления // Государство. — М., 2013.
50. Шпанн О. Философия истории. СПб., 2005. С. 81–82.
51. Эккерман И.П. Разговоры с Гете. — Ереван, 1988.
52. Эстетика немецких романтиков. — СПб., 2006.
53. Юнгер Э. Рабочий, господство и гештальт. — СПб., 2000.
54. Якоби Ф.Г. Философия чувства и веры. — СПб., 2006.

Материал поступил в редакцию 08 сентября 2014 г.

POLITICS AND POETICS: ROMANTIC CHALLENGE

Isayev Igor Andreevich

Doctor of Law, professor, Head of the Department of History of State and Law
of Kutafin Moscow State Law University, Honored Science Worker of the Russian Federation

[kafedra-igp@mail.ru]

Abstract

The article is devoted to a topic that has long been relevant both in the theory and philosophy of law, as well as in the field of cultural history. European romantic school of the XIX century with its claims on the aesthetic interpretation of state power and law revealed new aspects of the legal reality. Philosophy of law presented by Hegel perceived under the influence of German Romanticism — F. Schlegel, A. Miller, J. Goerres and others — elements of poetics and world perception, composing special cultural formation. In the future, this type of thinking will manifest itself in the construction of the «historical school of law» by Savigny and practical government reforms in Europe. The article analyzes various aspects of this influence noticeable nowadays. We are talking about the «aesthetic» politics, «the power of dark forces», «evil empire» and other categories used in modern political philosophy and practical politics. A special place occupies the analysis of the «national statehood» concept formed by romantics in its opposition to the imperial terminology inherent in the «old crafts» of Europe. Major legal archetypes are considered mainly in their literary context.

Keywords

Romanticism, «historical school of law», law, legal consciousness, legality, legitimacy, normalization, power, monarchy, nation, Revolution, will to power.

References

1. Adorno T. Negative Dialectics. — M., 2003
2. Ackerman I.P. Conversations with Goethe. — Yerevan, 1988.
3. Aesthetics of the German Romantics. — SPb., 2006.
4. Ankersmit F. Aesthetic policy. M., 2014.
5. Arnim L. About folk songs // Aesthetics of German Romanticism.
6. Bataille G. Sorcerer's Apprentice // Sociology College. — SPb., 2004,
7. Berlin I. Apotheosis of the romantic will // The real purpose of knowledge. — M., 2002,
8. Berlin I. Herder and education // The real purpose of knowledge.
9. Berlin I. Counter- education // The real purpose of life.
10. Berlin I. Counter- education // The real purpose of knowledge. — M., 2002.
11. Val J. Unhappy consciousness in Hegel's philosophy. — SPb., 2006.
12. Vandelband B. From Kant to Nietzsche. — M., 1998.
13. Weber A. The crisis of European culture. — SPb., 1999.
14. Hartmann E. The essence of the world process or philosophy of the unconscious. — M., 2010.
15. Hegel G.W.F. Lectures on the Philosophy of History. — SPb., 1993.
16. Hegel G.W.F. Lectures on Aesthetics. In 2 Vols., 1938 T. 12.
17. Guenon R. Kingdom of number and signs of the time. — M., 1994.
18. Goerres J. Aphorisms // Aesthetics German Romantics. — M., 1987.
19. Ivanov A.M. Dawn and dusk of Aryan gods. — M., 2007.
20. Kabriyakh R. Codification. — M., 2007.
21. Cailliois R. Duality of the sacred // Sociology college. — SPb., 2004.
22. Koenig I. Savigny and his relation to the modern jurisprudence // German historical school.
23. Kozlowsky P. The myth of the modernity. — M., 2002.
24. Creek E. National political anthropology // Overcoming idealism. — M., 2004.
25. Lacoue-Labarthe F. Poetics and Politics. — SPb., 1999.
26. Lukach G. On the romantic philosophy of life // Soul and form. — M., 2006.
27. Meinecke F. Emergence of historicism. — M., 2004.
28. Manheim K. Diagnosis of our time. — M., 1994.
29. Mann T. The arguments apolitical // Way to Magic Mountain. — M., 2008.
30. Manheim K. Diagnosis of our time. — M., 1994.
31. Mikushevich B. Prophecy in the parody // Blue Flower and the devil. — M., 1998.

32. Mikushevich V.E. Myth of Novalis // Heinrich von Ofterdingen. — М., 2009.
33. Mikhailov A.V. Aesthetic ideas of German Romanticism Aesthetics // German Romantics.
34. Muromtsev S. Emergence of law on according to German jurisprudence // German historical school of law.
35. Nietzsche F. On the Use and Abuse of History for Life. Op. 1. — М., 1996.
36. Novalis. Faith and love // Aesthetics of German Romanticism.
37. Novgorodtsev P. Historical School lawyers // German historical school of law. — Chelyabinsk, 2010.
38. Odoyevsky V.F. Russian nights. — Л., 1975.
39. Rangauz G. Artistic heritage of the romantic literature // Life pours over the edge. — М., 1991.
40. Rutkofsky L. What is people // Race and outlook. — М., 2009.
41. See comments of V. Mikushevich. Prophecy in the parody // Blue Flower and the devil. — М., 1998.
42. Starobinskii J. Irony and melancholy // Poetry and knowledge. — М., 2002.
43. Stepanova A.A. Poetology of Faustian culture. — Dnepropetrovsk, 2013.
44. Stepun F. German romanticism and Russian Slavophilism // Life and Work. — М., 2000.
45. Tocqueville A. Democracy in America. — М., 2000.
46. Troeltsch E. Historicism and its problems. — М., 1994.
47. White H. Metahistory. — Ekaterinburg, 2002.
48. Fryer H. Revolution of law. — М., 2009.
49. Heizinga J., Homo Ludens. — М., 1997.
50. Huebner K. Nation. — М., 2001.
51. Schlegel F. A journey to France // F. Schlegel Aesthetics. Philosophy. Criticism. In 2 Vols. — М., 1983.
52. Schmidt K. The three types of legal reasoning // State. — М., 2013.
53. Spann O. The philosophy of history. — SPb., 2005.
54. Junger E. Work, domination and gestalt. — SPb., 2000.
55. Jacobi F.G. Philosophy of feeling and faith. — SPb., 2006.

ПРИНЦИПЫ И ГАРАНТИИ ПРОЦЕССУАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕЖИМА ЮРИДИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ***

Аннотация. В статье предпринята попытка комплексного общетеоретического анализа системы принципов и гарантий процессуально-правового режима юридической деятельности. Отмечается, что процессуально-правовой режим характеризуется специфическим набором процессуально-правовых принципов, основой для их выделения выступают принципы юридического процесса, раскрывающие его сущность, характер и природу. Процессуальные принципы отражают существенные черты процессуальной деятельности, ее основные формы, воплощают основные черты и цели, общие закономерности и специфические особенности, присущие как юридическому процессу в целом, так и процессуально-правовому режиму в частности. В свою очередь, гарантии в структуре процессуально-правового режима юридической деятельности являются обеспечительным механизмом успешности и эффективности процессуально-правового режима. Комплексный теоретико-прикладной междисциплинарный подход к исследованию обусловил необходимость использования в работе системного метода, в рамках которого осуществлено интегрирование теоретических абстракций и положений, закрепленных в действующем законодательстве. Как результат, названы и охарактеризованы принципы и гарантии процессуально-правового режима юридической деятельности, выявлена их роль в юридическом процессе. В качестве итога проведенного системного рассмотрения проблемы следует вывод о том, что процессуально-правовые принципы и гарантии позволяют познать характер и основные закономерности юридической деятельности как в рамках юридического процесса в целом, так и процессуально-правового режима в частности, они ориентируют субъектов и участников юридического процесса на законное и обоснованное разрешение юридических дел.

Ключевые слова: правовой режим, процессуально-правовой режим, юридический процесс, юридическая деятельность, принципы юридического процесса, принципы процессуального режима, законность юридического процесса, процессуальная ответственность, гарантии процессуального режима, эффективность юридического процесса.

© Беляев В.П., 2014

* Беляев Валерий Петрович — доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права Юго-Западного государственного университета
[belvp46@mail.ru]
305040, Россия, г. Курск, ул. 50 лет Октября, д. 94.

© Беляева Г.С., 2014

** Беляева Галина Серафимовна — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Юго-Западного государственного университета
[belvp46@mail.ru]
305040, Россия, г. Курск, ул. 50 лет Октября, д. 94.

*** Публикация подготовлена в рамках выполнения государственного задания Министерства образования и науки Российской Федерации по теме: «Юридическая деятельность и ее процессуальное оформление» (заявка 2014/78).

В изучении процессуально-правовых режимов юридической деятельности долгое время внимание ученых акцентировалось исключительно на их вспомогательном, обеспечивающем функционирование правоохранительных и судебных органов характере, в силу чего данный вид правового режима долгое время оставался малоизученным.

Большинством теоретиков права категория «процессуальный режим» признается, но, несмотря на это, до настоящего времени (за редким исключением) практически отсутствуют работы, специально посвященные данному явлению¹.

Между тем уместно заметить, что еще в 80-е гг. прошлого столетия авторами монографии «Теория юридического процесса» совершенно справедливо отмечалось, что проблема процессуального режима сравнительно недавно оказалось «в поле зрения ... юридической науки. Естественно, что как элемент процессуальной формы она не только недостаточно разработана, но и не обрела еще своей понятийной определенности»². Надо признать, что и в настоящее время в исследовании обозначенной категории остается много нерешенных вопросов: четко не определена природа, сущность и содержание процессуально-правового режима, роль, значение и перспективы в юридическом процессе, принципы и гарантии его реализации.

Безусловно, для эффективного осуществления процессуально-правового режима юридической деятельности важную роль играют его принципы и гарантии — такие базовые положения, которые напрямую влияют на оптимальность каждого из видов процессуальных режимов, на их эффективность. В.М. Горшенев при определении принципов процессуальной деятельности пишет, что они служат своего рода ориентирами, указателями, соблюдение которых обеспечивает нормальное и единообразное осуществление традиционных и нетрадиционных юридических процессов³. По его мнению, принципы процессуальной деятельности представляют собой особую совокупность объективных и субъективных начал, руководящих идей

и познанных закономерностей, направленных на достижение оптимальных вариантов всякой процессуальной деятельности⁴.

Е.Г. Лукьянова раскрывает принципы процессуального права как теоретически обоснованные и законодательно закрепленные основные правовые идеи, которые выражают демократическую и гуманистическую сущность юридического процесса⁵.

В монографии В.Н. Баландина и А.А. Павлушиной «Принципы юридического процесса» утверждается, что между принципами права и процесса принципиальная разница отсутствует. По их мнению, принципы правовой государственности как общесоциальные приоритеты, провозглашаемые таковыми в конкретно-определенный исторический момент времени, выступают или должны выступать в качестве общеправовых принципов, т.е. их необходимо признавать и принципами права, и принципами юридического процесса; совпадение принципов права и процесса обеспечивает единство содержания и того, и другого⁶.

Соглашаясь в общем с таким подходом, со своей стороны добавим, что принципы юридического процесса — это прежде всего основа для выделения общих процессуально-правовых принципов процессуальной деятельности в структуре процессуально-правового режима, поскольку каждый конкретный процессуально-правовой режим характеризуется специфическим набором процессуально-правовых принципов.

С нашей точки зрения, к общим принципам юридического процесса следует отнести такие принципы, которые раскрывают сущность, характер и природу юридического процесса⁷.

Данная группа процессуальных принципов отражает существенные черты процессуальной деятельности, ее основные формы; воплощает основные черты и цели, общие закономерности и специфические особенности, присущие как юридическому процессу в целом, так и процессуальному режиму в частности.

К общим принципам юридического процесса относятся:

- принцип законности юридического процесса;
- принцип уважения и соблюдения прав личности;
- принцип процессуального равенства;
- принцип объективности;
- принцип процессуальной экономии;
- принцип процессуальной справедливости;
- принцип гласности;

¹ Назаров С.Н. Понятие процессуально-правового режима и его видов // Вестник Волжского университета им. В.Н. Таищева. Серия «Юриспруденция». Вып. 64. Тольятти, 2007. С. 37–38; Беляев В.П., Сорокина В.В. Процессуальная форма юридической деятельности: вопросы теории и практики. М., 2011; Беляев В.П., Беляева Г.С., Рубченко С.О. Процессуально-правовой режим юридической деятельности: общетеоретическое исследование. Курск, 2011; Беляева Г.С., Беляев В.П. К вопросу о понятии и сущности процессуального правового режима // Вопросы правоведения. 2013. № 2. С. 101–113; Беляева Г.С. К вопросу о сущности процессуального правового режима // История государства и права. 2013. № 13. С. 62–64.

² Теория юридического процесса / под общ. ред. В.М. Горшенева. Харьков, 1985. С. 151.

³ Теория юридического процесса. С. 43.

⁴ Там же. С. 154.

⁵ Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права. М., 2003. С. 185.

⁶ Баландин В.Н., Павлушина А.А. Принципы юридического процесса. Тольятти, 2001. С. 27–30.

⁷ Ляхова А.И. Принципы процессуального права: дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2011. С. 137.

- принцип процессуальной ответственности;
- принцип осуществления процессуального режима уполномоченными субъектами;
- принцип профессионализма и др.⁸

Принцип законности. Законность процессуального режима, по нашему мнению, отражается в законности субъектного состава участников юридического процесса, процедуры осуществления процессуальных действий, результатов принимаемого по делу решения, законности применяемой процессуальной ответственности. В силу того, что принцип законности является основополагающим процессуальным принципом, нарушение любого из принципов юридического процесса прямо ведет к нарушению принципа законности процессуального режима. Содержание всех остальных принципов юридического процесса должно в своей сущности отражать требование соблюдения правовых предписаний в ходе реализации любого из видов юридического процесса, верховенства закона в процессуальной сфере, приоритета Конституции РФ и норм международного права.

Рассматривая законность в качестве одного из принципов процессуального режима, важно поддержать высказанную в науке точку зрения Н.Н. Вопленко, который отстаивает наличие процессуальной законности, в частности утверждая, что законность имеет материальную и процессуальную природу⁹. Он считает, что процессуально-правовая законность характеризуется тем, что представляет собой систему требований соблюдения процедуры юридической деятельности. «Она имеет один универсальный объект своей охраны — организационно-управленческие отношения, возникающие в процессе реализации норм материального права. Это означает, что по своему функциональному назначению процессуальная законность призвана защищать не конкретные юридически охраняемые блага: экономические, политические, культурные и т.п., а процессуально урегулированный порядок деятельности по их достижению»¹⁰.

С нашей точки зрения, процессуальная законность имеет право на существование и может рассматриваться как своеобразная гарантия процессуального режима, поскольку понятие законности в целом подразумевает соблюдение всех видов правовых норм (как материальных, так и процессуальных). Можно с уверенностью говорить если не об автономии законности процессуальной, то о двух сторонах проявления законности — материальной и процессуальной. Исходя из этого юридическая деятельность управомоченных органов (ее способы, формы, методы, процедуры) должна точно соответство-

вать законам и иным нормативным правовым актам; права и интересы других участников процесса также должны строго соблюдаться.

Таким образом, законность процессуального режима — понятие системное, включающее в себя как действия должностных лиц уполномоченных органов в определенном законом процессуальном режиме, так и законные действия других участников юридического процесса.

Принцип уважения и соблюдения прав личности является общим для всех видов юридического процесса и имеет особую значимость в связи с наличием среди субъектов юридического процесса властных субъектов, наделенных правом применения мер процессуального принуждения. Данный принцип находит свое правовое закрепление в соответствующих процессуальных нормах. Так, ст. 11 УПК РФ закрепляет обязанности суда, прокурора, следователя, дознавателя разъяснять подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, а также другим участникам уголовного судопроизводства их права, обязанности и ответственность, обеспечивать возможность осуществления этих прав. В случае согласия лиц, обладающих свидетельским иммунитетом, дать показания, предупредить о том, что их показания могут использоваться в качестве доказательств в ходе дальнейшего производства по уголовному делу и т.д. В ч. 4 ст. 11 УПК РФ особо оговаривается, что вред, причиненный лицу в результате нарушения его прав и свобод судом, а также должностными лицами, осуществляющими уголовное преследование, подлежит возмещению по основаниям и в порядке, которые установлены Кодексом.

В гражданском процессе источником закрепления рассматриваемого принципа может служить ст. 2 ГПК РФ, где, в частности, говорится, что задачами гражданского судопроизводства являются правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан.

В ч. 3 ст. 1.6 КоАП РФ сказано, что при применении мер административного принуждения не допускаются решения и действия (бездействие), унижающие человеческое достоинство.

Принцип процессуального равноправия основывается на общеправовом принципе равенства граждан перед законом. Применительно к процессуальному режиму принцип равенства трансформируется в процессуальный принцип — принцип процессуального равноправия участников юридического процесса. Он введен законодателем для создания процессуального баланса отношений между изначально фактически неравными статусами субъектов и участников юридического процесса. Его сущность заключается в том, что права участников юридического процесса должны

⁸ Ляхова А.И. Указ. соч. С. 137–138.

⁹ Вопленко Н.Н. Законность и правовой порядок. Волгоград, 2006. С. 86–93.

¹⁰ Там же.

обеспечиваться процессуальными обязанностями государственно-властных субъектов.

Данный принцип изначально закреплен в ст. 46 и п. 1 ст. 48 Конституции РФ, в соответствии с которыми каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод и право на получение квалифицированной юридической помощи, и конкретизирован в отраслевом процессуальном законодательстве. Так, ч. 4 ст. 15 УПК РФ устанавливает, что стороны обвинения и защиты равноправны перед судом.

В некоторых случаях законом предусмотрена ответственность за любое прямое или косвенное ограничение полномочий субъектов юридического процесса. К примеру, в ст. 19 Федерального закона от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»¹¹ закреплено, что орган государственного контроля (надзора), орган муниципального контроля, их должностные лица в случае ненадлежащего исполнения соответственно функций, служебных обязанностей, совершения противоправных действий (бездействия) при проведении проверки несут ответственность в соответствии с законодательством РФ.

Сущность *принципа объективности* заключается в том, что подходы к планированию, методы и способы осуществления процессуальной деятельности, а также выводы государственных органов и их должностных лиц должны базироваться на объективных материалах, быть мотивированными и справедливыми, исключать любое проявление предвзятости, предрасположенности, заинтересованности в исходе юридического дела. Для этого в ходе проверки важно получить документы, подтверждающие либо отрицающие фактическую сторону юридического дела. Надо также изучить и другие, как смягчающие, так и отягчающие обстоятельства, что в итоге даст возможность беспристрастно и объективно взвесить все «за» и «против», принять законное и справедливое решение по делу.

В уголовном процессе принцип объективности закреплен в ст. 152 УПК РФ, где, в частности, говорится о том, что предварительное расследование может производиться по месту нахождения обвиняемого или большинства свидетелей в целях обеспечения его полноты, объективности и соблюдения процессуальных сроков. Согласно ст. 154 УПК РФ выделение уголовного дела в отдельное производство для завершения предварительного расследования допускается, если это не отразится на всесторонности и объективности предварительного расследования и разрешения уголовного дела, в случаях, когда это вызвано большим объемом уголовного дела или множественностью его эпизодов.

В ст. 12 ГПК РФ говорится: суд, сохраняя независимость, объективность и беспристрастность, осуществляет руководство процессом, разъясняет лицам, участвующим в деле, их права и обязанности, предупреждает о последствиях совершения или несовершения процессуальных действий, оказывает лицам, участвующим в деле, содействие в реализации их прав, создает условия для всестороннего и полного исследования доказательств, установления фактических обстоятельств и правильного применения законодательства при рассмотрении и разрешении гражданских дел.

Принцип процессуальной экономии содержит требование оперативности юридического процесса, а также осуществления юридической деятельности с возможно меньшими затратами сил, средств и времени. Его соблюдение предполагает эффективное, оперативное, полное и всестороннее процессуальное разбирательство в рамках установленных законом сроков и процедуры. Так, ст. 107 ГПК РФ закреплено, что процессуальные действия совершаются в процессуальные сроки, установленные федеральным законом. В случаях, если сроки не установлены федеральным законом, они назначаются судом с учетом принципа разумности.

Принцип процессуальной справедливости выражается в том, что все выносимые по делу решения, применение мер процессуальной ответственности и наказания должны быть справедливыми. Данный принцип прямо не закреплен в Конституции РФ, однако косвенно находит свое воплощение в ст. 7 Конституции РФ, где он вытекает из понятия и принципов построения социального государства, а именно: «Российская Федерация — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека».

В отраслевом законодательстве принцип процессуальной справедливости закрепляется, например, в ст. 6 УК РФ: наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, т.е. соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного. В ст. 6 ГК РФ говорится, что при реализации аналогии права, права и обязанности сторон необходимо применять, исходя из требований добросовестности, разумности и справедливости.

Принцип гласности заключается в открытости деятельности соответствующего государственно-го органа, доступности для каждого гражданина информации о ходе и результатах разрешения должностными лицами того или иного юридического дела (конечно же, за исключением случаев, предусмотренных законом). Гласность является необходимым атрибутом современного демократического общества, посредством которого общественность информируется о реальном по-

¹¹ Собрание законодательства РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249.

ложении дел своеобразным методом и средством общественного контроля. В этой связи в средствах массовой информации в форме официальных отчетов о результатах разрешения юридических дел и о мерах, принятых по выявленным недостаткам и нарушениям, следует освещать деятельность соответствующих государственных органов. В этом плане ярким примером могут служить регулярные выступления на телевидении официального представителя Следственного комитета РФ о ходе расследования уголовных дел. Более того, необходимо тесное взаимодействие государственных органов со средствами массовой информации для обнародования результатов юридической деятельности. Так, в ст. 38 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹² прямо закреплено, что результаты проверок, осуществляемых контрольным органом муниципального образования, подлежат опубликованию (обнародованию).

Принцип гласности нашел свое отражение в ряде законов, регулирующих деятельность судов РФ, а также в отраслевом процессуальном законодательстве. Так, ст. 31 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»¹³ предусматривает, что рассмотрение дел в заседаниях Конституционного Суда РФ проводится открыто. Проведение закрытых заседаний допускается лишь в случаях, предусмотренных законом. Решения, принятые как в открытых, так и в закрытых заседаниях, провозглашаются публично.

Статья 241 УПК РФ предусматривает проведение открытого разбирательства уголовных дел во всех судах. Принцип гласности может быть ограничен только на основании предписаний закона в целях обеспечения и защиты прав участников юридического процесса. В предварительном расследовании при необходимости у участников уголовного судопроизводства отбирается подписка о неразглашении данных предварительного расследования. При этом приговор суда всегда провозглашается в открытом судебном заседании. Статья 10 ГПК РФ содержит аналогичную норму.

Принцип процессуальной ответственности основан на общеправовом принципе неотвратимости юридической ответственности, который означает, что любое правонарушение должно быть раскрыто и расследовано, а виновные лица должны быть привлечены к соответствующей юридической ответственности. В процессуальном аспекте это означает, что все нарушения, отступления и игнорирования закона должны быть выявлены; установлены виновные лица, к которым в обязательном порядке должны быть при-

менены предусмотренные за данный вид правонарушения соответствующие меры.

Принцип осуществления процессуальной деятельности (в рамках процессуального режима) *уполномоченными на то субъектами* означает, что юридическая деятельность по реализации процессуальных норм должна осуществляться уполномоченными субъектами в рамках их компетенции, установленной законом. Так, в соответствии со ст. 38 УПК РФ должностным лицом, уполномоченным законом в пределах компетенции осуществлять предварительное следствие по уголовному делу, является следователь. На основании ст. 8 УПК РФ правосудие по уголовному делу в Российской Федерации осуществляется только судом. В ст. 1 и 4 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» закреплено, что осуществление конституционного контроля возложено на судей Конституционного Суда РФ.

Принцип профессионализма тесно связан с предыдущим принципом и обусловлен тем, что процессуальная деятельность властных субъектов требует высокой профессиональной подготовки и наличия практических навыков.

Данный принцип следует рассматривать в двух аспектах: во-первых, как этическое требование к каждому должностному лицу, во-вторых, как общее требование к государственному органу в области кадровой политики.

Должностные лица государственного органа для эффективного осуществления юридической деятельности должны иметь определенный уровень подготовки, опыта и квалификации, уметь профессионально грамотно оценивать фактические обстоятельства дела, знать и умело применять действующее законодательство (квалифицировать правонарушение), исполнять свои обязанности в соответствии с этическими нормами. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 4 Закона РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации»¹⁴ судьей может быть гражданин РФ, имеющий высшее юридическое образование; не имеющий или не имевший судимости либо уголовное преследование в отношении которого прекращено по реабилитирующим основаниям и т.д. Часть 2 данной статьи конкретизирует требования, предъявляемые к кандидатам на должность судьи. Так, судьей Конституционного Суда РФ может быть гражданин, достигший возраста 40 лет и имеющий стаж работы по юридической специальности не менее 15 лет.

Принцип независимости судей и должностных лиц, осуществляющих правоприменительную деятельность. Этот принцип базируется на положениях ст. 120 Конституции РФ, закрепляющей, что «судьи независимы и подчиняются только Конституции РФ и федеральному закону». В Законе «О ста-

¹² Собрание законодательства РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

¹³ Собрание законодательства РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

¹⁴ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1792.

туса судей в Российской Федерации» определены гарантии независимости судьи, включая меры его правовой защиты, материального и социального обеспечения (ст. 9). Независимость судей обеспечивается также порядком замещения должности судьи (п. «е» ст. 83 Конституции РФ), неограниченностью срока их полномочий (ст. 11 Закона «О статусе судей в Российской Федерации»), несменяемостью судей (ст. 121 Конституции, ст. 14 Закона «О статусе судей в Российской Федерации»), неприкосновенностью (ст. 122 Конституции, ст. 16 «О статусе судей в Российской Федерации»).

Например, в уголовном процессе в силу данного принципа судьи рассматривают и разрешают уголовные дела, руководствуясь уголовно-процессуальным и уголовным законом. Всякое вмешательство в деятельность судьи по осуществлению правосудия преследуется по закону. Никто не вправе оказывать давление на судей и присяжных заседателей и указывать, как должно быть разрешено конкретное уголовное дело. Любое воздействие на судей, народных или присяжных заседателей с целью воспрепятствовать объективному рассмотрению дела либо добиться вынесения незаконного решения преследуется в уголовном порядке (ст. 176 УК РФ).

Гарантии независимости и неприкосновенности присяжного заседателя определены в ст. 87 УПК РФ. В этой связи следует отметить, что гарантия независимости судьи и присяжного заседателя обеспечивается, в числе иных, предусмотренной законом процедурой осуществления правосудия. Так, в соответствии со ст. 298 УПК РФ приговор постановляется судом в совещательной комнате. Во время постановления приговора в этой комнате могут находиться лишь судьи, входящие в состав суда по данному уголовному делу. Судьи не вправе разглашать суждения, имевшие место при обсуждении и постановлении приговора.

Принцип процессуальной независимости следователя в уголовном процессе находит свое отражение в ст. 38 УПК РФ, в соответствии с которой следователь уполномочен самостоятельно направлять ход расследования, принимать решение о производстве следственных и иных процессуальных действий, за исключением случаев, когда в соответствии с УПК РФ требуется получение судебного решения или согласия руководителя следственного органа; обжаловать с согласия руководителя следственного органа в порядке, установленном ч. 4 ст. 221 УПК РФ, решение прокурора об отмене постановления о возбуждении уголовного дела, о возвращении уголовного дела следователю для производства дополнительного следствия, изменения объема обвинения либо квалификации действий обвиняемых или пересоставления обвинительного заключения и устранения выявленных недостатков.

Принцип непосредственности выражается в обязанности уполномоченных государственно-

властных субъектов юридического процесса (государственных органов и должностных лиц) получать доказательства из первоисточника, лично исследовать и использовать их при обосновании выводов по делу. В судопроизводстве данный принцип предполагает непосредственное восприятие процессуального материала судом в форме личного общения с участниками процесса. Так, в соответствии со ст. 240 УПК РФ суд заслушивает показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключение эксперта, осматривает вещественные доказательства, оглашает протоколы и иные документы, производит иные судебные действия. Не допускается демонстрация фотоснимков, воспроизведение аудио- и видеозаписи допроса без предварительного оглашения показаний, содержащихся в соответствующем протоколе (ст. 276, 281 УПК РФ). Как результат, в основу судебного решения могут быть положены только те доказательства, которые были исследованы судом непосредственно в судебном заседании (ст. 240 УПК РФ).

В порядке вывода отметим, что изложенные выше принципы позволяют познать характер и основные закономерности процессуальной деятельности как в рамках юридического процесса в целом, так и процессуального режима в частности.

Конечно же, наряду с принципами, важным составным элементом процессуального режима являются и процессуальные гарантии, детально проработанные законодателем, однако требующие в рамках данного исследования определенной системности.

К числу гарантий процессуальной деятельности, полагаем, возможно отнести следующие:

1) детальная регламентация законодателем процедурно-процессуальными нормами всех разновидностей юридической деятельности. Особенно ярко эта гарантия проявляется в гражданском, уголовном и арбитражных процессах;

2) юридическая процессуальная ответственность за отступление от порядка производства процессуальной деятельности. Процессуальная ответственность может быть следующих видов в зависимости от:

- отраслевой принадлежности (гражданско-процессуальная, уголовно-процессуальная, административно-процессуальная и т.д.);
- субъектов, к которым она применяется;
- характера применяемых мер:

а) меры неимущественного характера — удаление из зала судебного заседания; изменение меры пресечения на более строгую (п. 3 ст. 247, ст. 245 УПК РФ); предупреждение (п. 1 ст. 258 УПК РФ); отстранение от участия в судебном разбирательстве законного представителя несовершеннолетнего (п. 2 ст. 428 УПК РФ); оставление искового заявления без движения и др.;

б) меры имущественного характера — штраф, возложение судебных расходов; обращение за-

лога в доход государства (п. 4 ст. 106 УПК РФ); денежное взыскание (ст. 117, п. 1 ст. 258, п. 3 ст. 333 УПК РФ);

– сферы действия: ответственность в рамках законодательного процесса; ответственность в сфере правоприменительной деятельности и т.д.¹⁵;

3) законодательное установление правового статуса и компетенции всех субъектов и участников юридического процесса. Например, полномочия суда (ст. 29 УПК РФ), прокурора (ст. 37 УПК РФ), следователя (ст. 38 УПК РФ), руководителя следственного органа (ст. 39 УПК РФ), органа дознания (ст. 40 УПК РФ), начальника органа дознания (ст. 40.1 УПК РФ), дознавателя (ст. 41 УПК РФ) и т.д.;

4) возможность осуществления за всеми участниками процессуального режима контрольных и (или) надзорных функций как специально на то уполномоченными органами и их должностными лицами (например, Конституционным Судом РФ, прокуратурой РФ), так и общественными организациями (например Общественной палатой РФ¹⁶). Так, в соответствии со ст. 16 Федерального закона «Об Общественной палате Российской Федерации» Общественная палата вправе давать заключения о нарушениях законодательства РФ федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов РФ и органами местного самоуправления, а также о нарушениях свободы слова в средствах массовой информации и направлять указанные заключения в компетентные государственные органы или должностным лицам;

5) установление законодателем процессуальных сроков при разрешении юридических дел для

достижения оптимального материально-правового результата, защиты прав и свобод участников юридического процесса. К примеру, ст. 6.1 УПК РФ оперирует понятием «разумный срок уголовного судопроизводства», при определении которого учитываются такие обстоятельства, как правовая и фактическая сложность уголовного дела, поведение участников уголовного судопроизводства, достаточность и эффективность действий суда, прокурора, руководителя следственного органа, следователя, начальника подразделения дознания, органа дознания, дознавателя, производимых в целях своевременного осуществления уголовного преследования или рассмотрения уголовного дела, и общая продолжительность уголовного судопроизводства;

6) реальная и достаточная материально-техническая обеспеченность всех видов юридической деятельности. Так, наличие экспертно-криминалистических лабораторий позволяет заинтересованным органам получать необходимые заключения, являющиеся доказательствами в уголовном и гражданском процессах.

Таким образом, процессуально-правовые принципы позволяют познать характер и основные закономерности процессуальной деятельности как в рамках юридического процесса в целом, так и процессуально-правового режима в частности, они ориентируют субъектов и участников юридического процесса на законное и обоснованное разрешение юридических дел. В свою очередь, гарантии процессуальной деятельности в структуре процессуально-правового режима играют важную роль, являясь своего рода обеспечительным механизмом успешности и эффективности процессуально-правового режима.

Библиография:

1. Баландин В.Н., Павлушина А.А. Принципы юридического процесса. — Тольятти, 2001.
2. Беляев В.П., Сорокина В.В. Процессуальная форма юридической деятельности: вопросы теории и практики. — М., 2011.
3. Беляев В.П., Беляева Г.С., Рубченко С.О. Процессуально-правовой режим юридической деятельности: общетеоретическое исследование. — Курск, 2011.
4. Беляева Г.С., Беляев В.П. К вопросу о понятии и сущности процессуального правового режима // Вопросы правоведения. — 2013. — № 2.
5. Беляева Г.С. К вопросу о сущности процессуального правового режима // История государства и права. — 2013. — № 13.
6. Вопленко Н.Н. Законность и правовой порядок. — Волгоград, 2006.
7. Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права. — М., 2003.
8. Назаров С.Н. Понятие процессуально-правового режима и его видов // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. Серия «Юриспруденция». Вып. 64. — Тольятти, 2007.
9. Теория юридического процесса / под общ. ред. В.М. Горшенева. — Харьков, 1985.
10. Куракин А.В., Костенников М.В. Принципы организации и деятельности российской полиции // NB: Российское полицейское право. — 2013. — № 2. URL: http://www.e-notabene.ru/pm/article_799.html
11. Хабибулина О.В. Правовой режим государственной службы // Lex Russica (Русский закон). — 2013. — № 8.

¹⁵ Мелихов В.А. Процессуальная ответственность как особая форма государственного принуждения (теоретико-правовой анализ): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2011.

¹⁶ Собрание законодательства РФ. 2005. № 15. Ст. 1277.

Материал поступил в редакцию 26 февраля 2014 г.

PRINCIPLES AND GUARANTEES OF THE PROCEDURAL AND LEGAL REGIME OF THE LEGAL ACTIVITY*

Belyaev Valery Petrovich

Doctor of Law, Professor of the Department of Theory of state and law, Southwestern State University
[belvp46@mail.ru]

Belyaeva Galina Serafimovna

PhD in Law, Associate Professor of the Department of Theory of state and law, Southwestern State University
[belvp46@mail.ru]

Abstract

The article is an attempt to make a comprehensive analysis of the general theoretical principles and guarantees of procedural and legal regime of legal activity. It is noted that the procedural and legal regime is characterized by a specific set of procedural and legal principles, the basis for their selection are the principles of the legal process, revealing its essence, scope and nature. Procedural principles reflect the essential features of the procedural activity, its basic forms, embody the main features and objectives, general regularities and specific features inherent in the legal process as a whole and procedural regime in particular. In turn, guarantees in the structure of the procedural and legal regime of the legal activity are a security mechanism for the success and effectiveness of procedural and legal regime. Comprehensive theoretical and applied interdisciplinary approach to the study necessitated the use of the system method of work, in which it is carried out the integration of theoretical abstractions and provisions stipulated in the current legislation. As a result, the principles and guarantees of procedural and legal regime of legal activity are named and characterized, their role in the legal process is revealed. As an outcome of holding the system consideration of the problem the conclusion is made that the procedural and legal principles and guarantees allow to know the character and the basic laws of legal activity in the framework of the legal process as a whole, as well as procedural and legal regime in particular, they orient subjects and members of the legal procedure on the legitimate and reasonable resolution of legal cases..

Keywords

Legal regime, procedural and legal regime, legal procedure, legal activities, principles of the legal procedure, principles of procedural regime, the legitimacy of the legal procedure, procedural responsibility, guarantees of the procedural regime, efficiency of the legal procedure.

References

1. Balandin V.N., Pavlushina A.A. Principles of legal procedure. — Tolyatti, 2001.
2. Belyaev V.P., Sorokina V.V. Procedural form of legal activity: questions of the theory and practice. — M, 2011.
3. Belyaev V.P., Belyaeva G.S., Rubchenko S.O. Procedural legal regime of legal activity: general theoretical research. — Kursk, 2011.
4. Belyaeva G.S., Belyaev V.P. On the concept and essence of the procedural legal regime // Legal science matters. — 2013. — № 2.
5. Belyaeva G.S. On the essence of the procedural legal regime // History of state and law. — 2013. — № 13.
6. Voplenko N.N. Legality and legal order. — Volgograd, 2006.
7. Lukyanova E.G. Theory of procedural law. — M., 2003.
8. Nazarov S.N. Concept of the procedural legal regime and its types // Bulletin of the Volga university named after V.N. Tatishchev. Law series. № 64. — Tolyatti, 2007.
9. The theory of legal procedure / Ed. by V.M. Gorshenev. — Kharkov, 1985.
10. Kurakin A.V., Kostennikov M.V. Principles of the organization and activity of the Russian police // NB: Russian police law. — 2013. — № 2. URL: http://www.e-notabene.ru/pm/article_799.html
11. Khabibulina O. V. Legal regime of public service//Lex Russica (Russian law). — 2013. — № 8.

* The publication has been prepared in fulfilment of state tasks of the Ministry of education and science of the Russian Federation on the theme: «Law and its procedural implementation» (application 2014/78).

ТРАНСНАЦИОНАЛЬНЫЕ НОРМЫ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ ОБОРОТЕ

Аннотация. Предметом исследования выступают транснациональные нормы как современный феномен в области регулирования международного коммерческого оборота. В последние десятилетия активно появляется значительное число источников, не имеющих правовой природы, однако наделенных существенным нормативным зарядом. Чаще всего это писанные обновляемые своды, ядро которых составляют транснациональные нормы. Последние обладают существенной спецификой, выполняют разнообразные функции как в сфере регулирования трансграничных, так и внутригосударственных отношений. В настоящее время транснациональные нормы обретают новые формы объективирования вовне, выполняют новые функции, становясь достаточно универсальным инструментом регулирования трансграничной торговли. При написании статьи автор прибегает к использованию различных научных методов: анализа, синтеза, аналогии, гипотезы и пр. Применяются формально-юридический, сравнительно-правовой методы, в том числе с целью исследования трансграничных норм через призму *lex mercatoria*, *soft law* и прочих современных правовых и субправовых явлений. Полученные в ходе исследования данные демонстрируют отчетливую тенденцию перемещения активного интереса международного бизнес-сообщества в сторону особого рода норм — принципов и правил трансграничной торговли, в той или иной степени систематизированных в соответствующих сводах. Международное бизнес-сообщество отдает предпочтение неформальности и прагматизму перед догматизмом, формализованностью и категоричностью. В статье формулируется авторское определение транснациональных норм как регуляторов трансграничной торговли, выявляются их особые признаки, свойства, регулятивные и иные функции, а также анализируется судебная и арбитражная практика применения источников, содержащих транснациональные нормы.

Ключевые слова: международное частное право, международная торговля, применимое право, транснациональные нормы, коллизионное регулирование, *lex mercatoria*, принципы УНИДРУА, международные контракты, ИНКОТЕРМС, коллизионные нормы.

Современные трансграничные торговые отношения существенно эволюционируют, что неизбежно приводит к эволюции правовой надстройки, появлению новых форм объективирования норм, обеспечивающих адекватное регулирование соответствующих отношений. Наиболее яркой тенденцией в области регулирования современных трансграничных торговых отношений выступает движение от правового к негосударственному механизму регулирования.

В последние десятилетия появилось значительное число новых источников (Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА¹, Принципы европейского договорного права (Принципы Ландо), Свод принципов, пра-

¹ В мае 2011 г. Принципы УНИДРУА в редакции 2010 г. были дополнены новой главой о множественности лиц в обязательстве.

вил и требований *lex mercatoria CENTRAL*², *Draft Common Fame of Reference*³, Свод правил европейского договорного страхового права и пр.), а также набрали силу известные еще в первой половине XX в. источники (ИКОТЕРМС, Унифицированные правила по инкассо, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Правила страхования грузов объединения лондонских страховщиков и пр.), не имеющие правовой природы, однако наделенные существенным нормативным зарядом. К числу наиболее поздних документов того же порядка, разработанных совместными усилиями Международной торговой палаты и специализированных неправительственных организаций, относятся Унифицированные правила для банковских платежных обязательств (публикация МТП № 750⁴), вступившие в силу с 1 июля 2013 г., Унифицированные правила для форфейтинга (URF 800), действующие с 1 января 2013 г.

Все это нашло отражение в науке международного частного права в форме появления значительного числа исследований⁵. Не созданные государствами, но рожденные в рамках международных неправительственных организаций или объединений, не обеспеченные механизмом принудительного и даже обязательного исполнения, соответствующие источники приобрели в какой-то степени просто феноменальную популярность в сфере международного бизнес-сообщества⁶.

² URL: <http://www.trans-lex.org/principles>

³ URL: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

⁴ ICC Uniform Rules for Bank Payment Obligations, Pub No.750, ICC 2013, ISBN 978-92-842-0189-1.

⁵ Алимова Я.О. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА: нормативная природа и роль в регулировании трансграничных коммерческих отношений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011; Ахаимова Е.А. Реализация Принципов европейского договорного права в зарубежном законодательстве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009; Беликова К.М. Унификации договорного права: общее и специфическое в Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА и Принципах европейского договорного права // Юрист. 2006. № 11. С. 22–30; Дроздов-Тихомиров А.А. Свод принципов договорного права как инструмент регулирования сделок в международном коммерческом обороте: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011; Кукин А.В. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА: основные положения, юридическая природа: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004; Сироткина О.В. Гражданско-правовые договоры в правовой системе Европейского Союза: проблемы унификации и гармонизации: дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2004.

⁶ В работе А.В. Асоскова последовательно обосновывается юридическая возможность выбора вненациональных источников в качестве применимого права сторонами трансграничного договора, заключенного при осуществлении предпринимательской деятельности (Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012. С. 323–340).

Унификация и создание транснациональных норм, по образному выражению К. Бергера, — это вовсе не модное явление или современный тренд, а отражение реалий международной деловой практики. Развитие «*lex petroli*» в международной нефтяной индустрии, «*lex numerica*» или «*lex informatica*» в области международного обмена данными, «*lex constructionis*» в международной строительной отрасли или «*lex finanziaria*» в финансовой сфере⁷ показывает, что транснационализация коммерческого права уже вышла за традиционные границы общего договорного права⁸. К. Бергер также говорит о развитии «*self-made law of international business*» — этаком «самодельном праве» международного бизнес-сообщества⁹.

Интерес международного бизнес-сообщества к нормам, отличным от правовых в формально-юридическом смысле, обусловлен рядом причин:

- отсутствием необходимого массива международных договоров, содержащих унифицирующие материально-правовые нормы. Имеющиеся же международные договоры не соответствуют современным стремительно меняющимся потребностям в правовом регулировании и не наделены гибкими механизмами адаптации. Объективно государства не стремятся к унификации, в сфере трансграничной торговли активно популяризируется применение английского права¹⁰, что тем не менее не ведет к упрощению практики разрешения трансграничных коммерческих споров;
- сложностью и непредсказуемостью коллизионного механизма регулирования, который по-прежнему остается «прыжком в неизвестность». В ряде случаев при заключении договора сторонам бывает крайне сложно найти компромисс в вопросе применимого права. Кроме того, выбор сторонами права в контракте далеко не всегда приводит к юридическим последствиям, которые способны предусмотреть стороны;

⁷ Липовцев В.Н. *Lex mercatoria* на международном финансовом рынке: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 12.

⁸ Berger, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague, London, Boston 1999 // URL: <http://www.trans-lex.org/100600> (дата посещения — 15.11.2013).

⁹ Там же.

¹⁰ По данным исследования, проведенного в 2010 г. совместно White & Case LLP и School of International Arbitration, Centre of Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London, выбирая применимое право 53 % респондентов предпочтут собственное национальное право, а 23 % — английское право, которое в значительной степени опережает другие юрисдикции по популярности. При невозможности выбрать свое национальное право 40 % респондентов отдадут предпочтение английскому праву (URL: <http://arbitrationchoices.whitecase.com>).

- заинтересованностью самих хозяйствующих субъектов, коммерсантов в поиске некоего «нейтрального» нормативного ресурса, что связано с их нежеланием обращаться к нормам какого-либо иностранного правового порядка в целях разрешения спора, а также потребностью в применении актуальных норм, адаптированных к современной действительности, норм, эффективность и функциональность которых проверена практикой;
- легальной допустимостью применения негосударственных источников: в ряде актов международного характера предусмотрено признание права сторон контракта включать посредством отсылки в свой договор источники негосударственного права;
- широким признанием в международной арбитражной практике источников негосударственного регулирования трансграничных торговых отношений¹¹.

Все активнее арбитры применяют нормы таких источников даже в отсутствие ссылок на последние в контрактах, чем создают благоприятную почву для признания нового феномена в международной торговле. Признание негосударственных источников, не обладающих юридической силой, есть общественный, негосударственный механизм обеспечения гарантирования их применения.

В ходе исследования, проведенного в 2010 г. совместно White & Case LLP и School of International Arbitration, Centre of Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London¹², были получены любопытные результаты: в целях разрешения трансграничных коммерческих споров к Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. иногда обращается 41 % респондентов, а к нормам иных писаных правил (УСР — Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов и им подобным) — 35%. В противовес названным источникам реже всего на международные коммерческие нормы (Принципы УНИДРУА, ИНКОТЕРМС) ссылались более чем в 60 % случаев.

Полученные в ходе исследования данные демонстрируют отчетливую тенденцию перемещения активного интереса международного бизнес-сообщества в сторону особого рода норм — принципов и правил трансграничной торговли, в той или иной степени систематизированных в соответствующих сводах. Международное бизнес-сообщество отдает предпочтение неформальности и прагматизму перед догматизмом, формализованностью и категоричностью.

¹¹ Алимова Я.О. Практика международного коммерческого арбитража как источник *Lex Mercatoria* // Актуальные проблемы российского права. 2010. № 3 С. 340–349.

¹² URL: <http://arbitrationchoices.whitecase.com>

Для обобщенного обозначения регуляторов, отличных от правовых норм, в российской доктрине международного частного права было предложено использовать термин «негосударственное регулирование»¹³, в определенной степени синонимами которому выступают дефиниции «вспомогательные средства», «транснациональное право», «современное торговое право», «ненациональное право», «интернациональное коммерческое право», «*lex mercatoria*», «квазиправо» и пр. С.В. Бахин для обозначения подобных регуляторов предложил термин «субправо»¹⁴. Однако уязвимым местом большинства подобных терминов является «правовая составляющая», которая с точки зрения формально-юридического подхода никак не вписывается в исследуемое явление — нормы негосударственного характера, которые не могут обобщенно именоваться «правом». Термин «негосударственное регулирование» также не отражает сущности и природы данных норм, так как не идентифицирует нормы, регулирующие трансграничные отношения, и применим в равной степени в отношении норм внутринационального характера. В этой связи представляется целесообразным использование в доктрине международного частного права, а также в международных и национальных актах термина «транснациональные нормы» как системы общепризнанных норм межгосударственного и негосударственного происхождения, регулирующих трансграничные частные отношения и, как правило, объективированных в писаных источниках, имеющих характер обновляемых сводов.

По мнению профессора Б. Гольдмана, независимые транснациональные нормы, наряду с общепринятыми принципами права, международными торговыми обычаями и обычкновениями, типовыми контрактами и практикой международного коммерческого арбитража, относятся к источникам *lex mercatoria*¹⁵. Не подвергая критике системную принадлежность транснациональных норм, можно лишь констатировать, что степень консолидации и практической применимости последних сегодня существенно возрастает. Отчасти это обусловлено особенностями современных транснациональных норм:

- во-первых, общепризнанным характером, что выражается в широком применении соответствующих норм как в международном коммерческом обороте в форме отсылки к ним в трансграничных контрактах, в деловой переписке, так и в судебной и арбитражной практике. Большой вклад в популяризацию соответствующих норм вносят междуна-

¹³ Богуславский М.М. *Международное частное право: современные проблемы*. М., 1994. С. 507.

¹⁴ Бахин С.В. *Субправо (международный свод унифицированного контрактного права)*. СПб., 2002.

¹⁵ Goldman B. *Lex mercatoria*. Boston, 1983. P. 17.

- родные коммерческие арбитражи и иные специализированные форумы по разрешению международных коммерческих споров, которые при выборе применимого права к спору не связаны национальными коллизийными принципами и нормами;
- во-вторых, негосударственная природа норм, которая обусловлена особым механизмом их формирования: субъектом нормотворчества и одновременно субъектом нормоприменения выступает международное бизнес-сообщество. Последнее, будучи своего рода «заказчиком» трансграничных норм, стимулирует международныегово-промышленные палаты, профессиональные ассоциации, межгосударственные торговые организации и объединения к активной работе не только по созданию норм, но и по постоянному обновлению существующих источников норм в целях поддержания их актуальности. Такое понимание особенностей создания транснациональных норм коррелирует с набирающей популярность социологическими теориями права, в соответствии с которыми каждая социальная группа может создавать собственный набор правил поведения, обеспеченных особыми формами принуждения;
 - в-третьих, в настоящее время трансграничные нормы обретают характер устойчивых нормативных конструкций, которые формулируют достаточно универсальные правила поведения и требуют соответствующей формы объективирования. Такой формой чаще всего становятся обновляемые своды принципов и норм, в рамках которых осуществляется консолидация нормативного массива общецивилистического или специализированного характера. Свод принципов и норм выступают формой реализации процессов прогрессирующей, поступательной кодификации транснациональных норм в сфере международной торговли.

Для обозначения источников, в которых консолидируются транснациональные нормы, А.А. Дроздов-Тихомиров употребляет термин «свод принципов договорного права»¹⁶, что, на наш взгляд, может быть подвергнуто критике, так как принципы договорного права есть основополагающие правовые нормы, нормы-принципы, в соответствии с которыми строится в последующем правовое регулирование обязательственных отношений как на национальном, так и на международном уровнях. Более удачным видится вывод Я.О. Алимовой относительно природы Принципов УНИДРУА, выступающих классическим примером свода транснациональных принципов

и норм: «По своей природе Принципы УНИДРУА являются негосударственным доктринальным сводом общих правил международной торговли, которые преимущественно применяются по воле сторон договорных обязательств»¹⁷. Вывод Я.О. Алимовой коррелирует с положениями Принципов УНИДРУА, закрепленными в Преамбуле: Принципы «устанавливают общие нормы для международных коммерческих договоров». Таким образом, речь должна идти о сводах принципов и норм (правил) международной торговли, но никак не о сводах договорного или торгового права.

Свод принципов и правил трансграничной торговли обретают все большую популярность в международных деловых кругах ввиду писаной формы, сбалансированного содержания, обновляемости, многофункциональности, а также в связи с тем, что они специально создаются в целях регулирования трансграничных отношений, для решения проблем, возникающих в международном коммерческом обороте, что позитивно отличает их от соответствующих внутренних норм национальных правовых порядков. К. Бергер считает, что создание сводов норм *lex mercatoria* не является гибким методом кодификации, так как требует достаточно больших усилий, направленных на обновление и пересмотр таких сводов. В качестве альтернативы автор предложил метод «ползучей кодификации»¹⁸, ключевые принципы которого были восприняты при создании принципов, правил и требований *lex mercatoria CENTRAL*.

Транснациональные нормы обладают, используя терминологию Бенсона, «соблазнительными характеристиками»: 1) универсальным характером; 2) гибкостью и активной способностью развиваться; 3) неформальностью и скоростным зарядом; 4) опорой на торговые обычаи и практику¹⁹.

Современные транснациональные нормы, консолидированные в сводах принципов и правил трансграничной торговли, выполняют функцию первичного нормативного регулирования трансграничных торговых отношений. Трансграничные нормы непосредственно применяются для регулирования трансграничных торговых отношений по существу в качестве *lex contractus*²⁰. Практике международных коммерческих арбитражей, а также государственных судов широко известны случаи применения, например, норм

¹⁷ Алимова Я.О. Указ. соч. С. 8.

¹⁸ Berger K.P. *The Creeping Codification of the New Lex mercatoria*. 2nd ed. Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

¹⁹ Benson, *Southern Economic Journal* 1989, at 644, 654.

²⁰ Fabrizio Marrella. *Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* // URL: (дата посещения — 19.11.2013).

¹⁶ Дроздов-Тихомиров А.А. Указ. соч.

Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, как в случае отсылки к последним в контракте, так и в отсутствие таковой. Возможность применения Принципов УНИДРУА в качестве применимого к контракту права признается не только международными коммерческими арбитражами, но и во внутреннем законодательстве ряда государств. Например, в комментарии к Закону Орегона 2001 г. о реформе коллизионного регулирования контрактов прямо указывается, что стороны международного контракта могут выбрать в качестве применимого права Принципы УНИДРУА²¹. По мнению Н.Ю. Ерпылевой, нормы *lex mercatoria* могут быть охарактеризованы как нормы прямого действия, устраняющие а priori исконно существовавшую коллизию между правовыми системами разных государств²².

Однако далеко не все своды транснациональных норм получили такое широкое признание. Международной практике известны примеры, когда суды не признавали ссылку сторон в контракте на Унифицированные правила МТП о документарных аккредитивах и другие подобные источники²³ в качестве *lex contractus*, констатируя невозможность коллизионного выбора транснациональных источников. В этой ситуации транснациональные нормы, на источники объективирования которых ссылаются в контракте стороны, как правило, могут быть применены, но лишь в качестве инкорпорированных в контракт с подчинением последнего императивным нормам применимого права²⁴. В европейском Регламенте Рим I в п. 13 Преамбулы также прописывается возможность для сторон инкорпорировать в контракт внешненациональные нормы права или международные договоры.

В судебной практике, а также в доктринах разных государств еще достаточно сильны догматические аргументы о том, что внешненациональные источники не могут выступать в качестве применимого права, так как, по сути, не являются таковым. Образным и не лишенным логики является образное заключение А.В. Асоскова о том, что непризнание внешненациональных источников правом только в силу того, что большая часть стран в своем законодательстве пока не называет их таким образом, сравнимо с непри-

знанием арбуза ягодой только из-за того, что в силу его размеров большинство обывателей считают его овощем²⁵. Автор предлагает свою редакцию п. 1 ст. 1210 ГК РФ, дополненную легитимным правом сторон договора, заключенного при осуществлении предпринимательской деятельности, выбрать в качестве применимого права систему норм, применение которой не будет противоречить основным началам российского гражданского права²⁶.

Транснациональные нормы выполняют также функцию восполнения пробелов международных договоров. Реализация транснациональных норм в таком случае исключает необходимость обращения к праву, применимому в силу норм международного частного права. Применение Принципов УНИДРУА для толкования конвенций и в целях восполнения пробелов, в частности Венской конвенции 1980 г., является уже сложившейся практикой международных коммерческих арбитражей. Основания для этого закреплены в ст. 7 Венской конвенции 1980 г., а также могут быть базированы на принципах добросовестности, единообразного применения международных договоров и др.

Применение транснациональных норм в ряде случаев позволяет оптимизировать преддоговорную практику контрагентов, работу по согласованию условий трансграничных контрактов, а также осуществлять толкование условий международных коммерческих контрактов. Транснациональные нормы служат своего рода средством улучшения взаимопонимания между субъектами трансграничных отношений, принадлежащими к разным юрисдикциям, позволяют преодолевать языковые барьеры и находить компромиссы в цивилистических спорах концептуального, системного характера. Трансграничные нормы могут также служить моделью при разработке трансграничных контрактов и выполнять иные практически ориентированные функции.

Исследуя проблемы выбора применимого права в третьем тысячелетии, Фабрицио Маррелла рассматривает Принципы УНИДРУА как новый инструмент для арбитров международных арбитражей. При необходимости применения национального права к тому или иному спору арбитры могут применять национальные нормы, соотносимые с Принципами УНИДРУА. Иными словами, Принципы УНИДРУА могут быть использованы арбитрами для придания транснационального статуса нормам национального законодательства. Автор обозначает такой метод как транснациональный тест (Т-тест, или тест TNT) юридических решений, принятых на основе

²¹ Асосков А.В. Указ. соч. С. 327.

²² Ерпылева Н.Ю. Международное частное право. М., 2011. С. 709–710.

²³ Асосков А.В. Указ. соч. С. 326–327.

²⁴ Подробно о механизме инкорпорации внешненациональных источников в контракт см.: Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 72; Комментарий к части третьей Гражданского кодекса РФ / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002. С. 426–427 (автор комментария к ст. 1210 ГК РФ — И.С. Зыкин).

²⁵ Асосков А.В. Указ. соч. С. 335.

²⁶ Там же. С. 340.

норм внутреннего законодательства. Такая практика, по его мнению, может стать поворотным пунктом в эволюции коллизионного способа регулирования, примененного в практике международного арбитража²⁷. После того как надлежащее национальное право было определено, арбитры, используя объективный инструмент для проверки, могут оценить, находятся ли нормы, извлеченные из внутренней правовой системы, в гармонии с общепризнанными и универсальными принципами международного договорного права, содержащимися в Принципах УНИДРУА²⁸.

Таким образом, транснациональные нормы выступают неким «мерилом» для норм национального права, и применение первых в этом ключе представляет собой метод адаптации национального права, созданного преимущественно для регулирования внутригосударственных отношений в целях разрешения трансграничных коммерческих споров. Примечательно, что транснациональные нормы в таком случае не выступают конкурирующей системой норм, не нивелируют значимость норм национального права, а лишь сглаживают негативные аспекты коллизионного способа регулирования, позволяя сделать результат правоприменения в той или иной степени предсказуемым. Выбор иностранного права уже не становится для контрагента «прыжком в неизвестность» или «плутанием в темном лабиринте», а порождает определенную уверенность, что в случае возникновения спора при его разрешении суд будет руководствоваться теми нормами национального права, которые являются по меньшей мере соотносимыми с международными принципами трансграничной торговли, нашедшими отражение в транснациональных нормах.

Гипотезе, выдвинутой Фабрицио Маррелла, отчасти коррелирует российская правоприменительная практика. Активное признание трансграничных норм в практике международной торговли способствует тому, что они получают неожиданное применение и во внутригосударственном торговом обороте. Нередки случаи в российской судебной практике, когда судьи, разрешая внутригосударственный спор, возникший из договорных отношений, не осложненных иностранным элементом, тем не менее ссылаются в решениях на нормы международных договоров (например на нормы Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г.)²⁹

²⁷ Fabrizio Marrella. Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts // URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/marrella.html#v> (дата посещения — 19.11.2013).

²⁸ Там же.

²⁹ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 29.05.2012; Решение Арбитражного суда г. Москвы от 20.06.2011; Ре-

или международных актов, не имеющих юридической силы (чаще всего на нормы Принципов УНИДРУА³⁰). Например, в одном из решений Арбитражный суд Сахалинской области ссылается на нормы Принципов УНИДРУА (в устаревшей на момент вынесения решения редакции 1994 г.) при квалификации непреодолимой силы, разрешая спор, вытекающий из внутригосударственного муниципального контракта³¹. Нормы Принципов УНИДРУА в исследуемом контексте применяются как доказательство общепризнанной мировой практики.

Обосновывая же применимость норм Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г. к внутригосударственному спору, суды: а) констатируют, что нормы национального российского законодательства соответствуют нормам международного договора, тем самым проводя определенную «сверку» норм национального законодательства с международными стандартами; б) напрямую применяют нормы международного договора, ссылаясь на п. 4 ст. 15 Конституции РФ и ст. 7 ГК РФ о приоритете правил международного договора перед гражданским законом, с учетом чего «к внутреннему лизингу применяются нормы и положения Конвенции УНИДРУА (...) в части определения лизинга, его признаков и иных общих положений»; в) отмечают наличие «международной практики, которая нашла отражение в (...) Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге от 28.05.1998»³². По замечанию А.С. Громова, факт использования Конвенции УНИДРУА при разрешении внутренних лизинговых споров «следует только приветствовать»³³.

Ссылаясь при разрешении внутренних споров на транснациональные нормы, нашедшие закрепление в актах межгосударственного и негосударственного регулирования, суды в определенном смысле дают оценку степени зрелости и адаптированности российского законодательства к принципам международной торговли,

шение 9 арбитражного апелляционного суда от 30.01.2008; Решение Арбитражного суда г. Москвы от 21.11.2013 // Картоoteca арбитражных дел // URL: <http://ras.arbitr.ru/> (дата посещения — 05.12.13).

³⁰ Постановление 4 арбитражного апелляционного суда от 20.11.2013 // Картоoteca арбитражных дел // URL: <http://ras.arbitr.ru/> (дата посещения — 05.12.13).

³¹ Решение Арбитражного суда Сахалинской области 02.12.2013. См. также: Решение Арбитражного суда Республики Марий Эл от 16.10.2013 // Картоoteca арбитражных дел // URL: <http://ras.arbitr.ru/> (дата посещения — 05.12.13).

³² Постановление ФАС Московского округа от 26.11.2013. См. также: Решение Арбитражного суда г. Москвы от 15.10.2013 // Картоoteca арбитражных дел // URL: <http://ras.arbitr.ru/> (дата посещения — 05.12.13).

³³ Громов А.С. Определение финансового результата лизинговой операции при досрочном расторжении договора лизинга // Вестник ВАС РФ. 2011. № 3. С. 78.

а также формируют тенденцию гармонизации правоприменительной практики в сфере разрешения коммерческих споров.

Таким образом, в силу специфики природы и авторитетности нормообразующих структур трансграничные нормы обладают серьезным потенциалом. Они все активнее применяются в практике разрешения коммерческих споров как трансграничного, так и национального характера, формируют новую нормативную реальность, прочно заняв нишу нормативных регуляторов, сравнимых по отдельным критериям с правовыми. Транснациональные нормы, кодифицированные в обновляемых сводах, не создают конкуренции правовым нормам, но становятся новым мощным инструментом регулирования трансграничных коммерческих отношений. Процесс создания таких норм набирает обороты, что служит основанием для озабоченности от-

дельных ученых относительно чрезмерной кодификации норм негосударственного регулирования, конкуренции источников неформального регулирования трансграничной торговли³⁴.

Транснациональные нормы — это новый продукт, создаваемый не по лекалу права, направленный на регулирование трансграничных отношений, носящих преимущественно коммерческий характер. Трансграничные нормы, консолидированные в международных договорах и негосударственных обновляемых сводах, давно «переросли» *lex mercatoria* по степени своей эффективности и широте практического применения. Будучи продуктом глобализационных процессов в праве, они имеют значительный потенциал в разных областях: нормотворчества, нормоприменения, толкования, обеспечения возможности автономной квалификации и др.

Библиография:

1. Алимova Я.О. Практика международного коммерческого арбитража как источник *Lex Mercatoria* // Актуальные проблемы российского права. — 2010. — № 3.
2. Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. — М., 2012.
3. Бахин С.В. Субправо (международный свод унифицированного контрактного права). — СПб., 2002.
4. Беликова К.М. Унификации договорного права: общее и специфическое в Принципах международных коммерческих договоров УНИДУА и Принципах европейского договорного права // Юрист. — 2006. — № 11.
5. Богуславский М.М. Международное частное право: современные проблемы. — М., 1994.
6. Громов А.С. Определение финансового результата лизинговой операции при досрочном расторжении договора лизинга // Вестник ВАС РФ. — 2011. — № 3.
7. Ерпылева Н.Ю. Международное частное право. — М., 2011.
8. Комментарий к части третьей Гражданского кодекса РФ / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. — М., 2002.
9. Berger, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague, London, Boston 1999 // URL: <http://www.trans-lex.org/100600>.
10. Berger K.P. *The Creeping Codification of the New Lex mercatoria*. 2nd ed. Netherlands: Kluwer Law International, 2010.
11. Benson, *Southern Economic Journal* 1989, at 644, 654.
12. Goldman B. *Lex mercatoria*. — Boston, 1983. P. 17.
13. Fabrizio Marrella. *Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* // URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/marrella.html#v>.

Материал поступил в редакцию 4 марта 2013 г.

³⁴ Дроздов-Тихомиров А.А. Конкуренция источников неформального регулирования международных коммерческих договоров // Российский внешнеэкономический вестник. 2009. № 9. С. 61–67.

TRANSNATIONAL RULES IN THE INTERNATIONAL STREAM OF COMMERCE

Mazhorina Mariya Viktorovna

PhD in Law, Associate Professor of the Department of Private International Law of Kutafin Moscow State Law University

[mazhorina@inbox.ru]

Abstract

The subject of the study are the transnational rules as a modern phenomenon in the regulation of international commercial trade. In recent decades, there is a significant number of active sources, not having a legal nature, but endowed with a significant regulatory charge. Most often these are written sets of rules being updated, the kernel of which are the transnational rules. The latter have essential characteristics, perform a variety of functions in the regulation of both cross-border and domestic relations. Currently, transnational norms acquire new forms of objectification outside, perform new functions, becoming a sufficiently universal tool for regulating cross-border trade. When writing an article, the author resorts to the use of various scientific methods: analysis, synthesis, analogies, hypotheses and so on. She applies legalistic, comparative legal methods, including in order to investigate cross-border rules in the light of *lex mercatoria*, soft law and other contemporary legal and sublegal phenomena. The findings of the study data show a clear trend of moving active interest in the international business community in the direction of a special kind of rules — the principles and rules of cross-border trade, in a varying degree, classified in appropriate codes. International business community prefers informality and pragmatism to dogmatism, formalization and categoricity. The article formulates the author's definition of transnational rules as regulators of cross-border trade, identifies their particular features, properties, regulatory and other functions, as well as analyzes the arbitration and litigation practice for use of sources containing transnational rules.

Keywords

Private international law, international trade, applicable law, transnational rules, conflict regulation, *lex mercatoria*, UNIDROIT principles, international contracts, Incoterms, conflict rules.

References

1. Alimova Y.O. Practice of the international commercial arbitration as *Lex Mercatoria* source // Actual problems of Russian law. — 2010. — № 3.
2. Asoskov A.V. Conflict regulation of contractual obligations. — M., 2012.
3. Bakhin S.V. Sublaw (the international body of the unified contract law). — SPb., 2002.
4. Belikova K.M. Standardization of the contract law: the general and the specific in the Principles of the international commercial treaties UNIDUA and the Principles of the European contract law // Lawyer. — 2006. — № 11.
5. Boguslavsky M.M. International private law: modern problems. — M, 1994.
6. Gromov A.S. Definition of the financial result of leasing operation at early cancellation of the contract of leasing // Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation. — 2011. — № 3.
7. Erpyleva N.Yu. International private law. — M., 2011.
8. Comment to the part 3 of the Civil code of the Russian Federation / Ed. by A.L. Makovsky, E.A. Sukhanov. — M, 2002.

THE CONCEPT OF A COMPREHENSIVE COMPARISON — FROM LEGAL THEORY TO PRACTICE

Abstract: *The article is aimed at presenting the concept of a comprehensive comparison of the various forms of legal dispute resolution. The results of comparative studies may help a comprehensive characterization of these forms. They should also significantly contribute in the process of identifying the areas of their preferable (appropriate/correct) use. The presented theoretical legal model is based on a wide variety of analysis criteria and the comparison of the three basic forms: mediation, arbitration and adjudication. The necessity to undertake a comprehensive study and a discussion on the subject of understanding, optimal organization and the utilization of the different forms of dispute resolution determines the need to use an extensive catalogue of criteria, transcending legal issues per se. The author provides an overview of the selected concepts for criteria catalogues present in the literature. Furthermore, he presents his own broad collection of criteria, on which his concept of a comprehensive comparison is based. The presented theoretical legal model of a comprehensive comparison may be used in the proposed holistic approach to legal practice. The summary includes the nature and the basic kinds of the holistic law practice (elementary, broad, transformative). It also examines the main roles of a lawyer working in accordance with the holistic law practice.*

Methods. *The main subject of research are the criteria of comparison concerning the main forms of dispute resolution (adjudication, arbitration, mediation). The main methods are: logical-linguistic method, comparative method, analysis and argumentation.*

The article concerns current issues and includes innovative thesis. *The article presents the author's own concept of a comprehensive catalogue of criteria of comparison concerning the main forms of dispute resolution (adjudication, arbitration, mediation). The author postulates the use of the concept of a comprehensive comparison in order to comprehensively characterize these forms. The presented model should also significantly contribute in the process of identifying the areas of their preferable (appropriate/correct) use.*

Key words: *holistic legal practice, justice, a comprehensive comparison, criterion of a comparison, adjudication, arbitration, mediation, Alternative Dispute Resolution, aims and nature of basic forms of dispute resolution, determine the optimal form of dispute resolution in each cases.*

I.

The aim of this article is to present the concept of a comprehensive comparison of legal dispute resolution. The presented theoretical

legal model is based on a wide variety of analysis criteria and the comparison of the three basic forms: mediation, arbitration and adjudication. The necessity to undertake a comprehensive study and

© Zienkiewicz A., 2014

* Adam Zygmunt Zienkiewicz — PhD in Law, mediator, legal counsel, politologist, Head of Postgraduate Studies «Mediation and other Alternative Forms of Dispute Resolution», Department of Theory and Philosophy of Law and the State, Faculty of Law and Administration, University of Warmia and Mazury in Olsztyn.

[radcaprawny@zienkiewicz.com.pl]

The address of the Faculty of Law and Administration, University of Warmia and Mazury in Olsztyn: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, ul. Warszawska 98, 10-702 Olsztyn, Polska.

The address for delivery: KANCELARIA RADCY PRAWNEGO DR ADAM ZIENKIEWICZ, ul. Mikołaja Kopernika 1/10, 10-510 OLSZTYN, POLAND.

a discussion on the subject of understanding, optimal organization and the utilization of the different forms of dispute resolution determines the need to use an extensive catalogue of criteria, transcending legal issues per se. The results of comparative studies concerning different forms of dispute resolution may assist in their comprehensive characterization. Furthermore, they should greatly contribute in a practical way in the process of identifying their preferable (appropriate) usage, which constitutes valuable knowledge, especially for the parties involved in the dispute, allowing them to take conscious and correct decisions concerning the choice of the most suitable way of resolving their dispute according to the priorities they have as well as social reality and needs.

The attempts to «assess the quality» of serving justice (within the various forms of dispute resolution), found in the literature on the matter as well as in practice, which on the one hand imprudently glorify court mechanisms and deprecate the alternatives on the other, ought to be considered too unsuitable and one-sided¹. However, each form of serving justice (resolving dispute) has its own individual characteristics, which makes it more justified to consider and take advantage of the given form taking into account the areas of its preferable (appropriate) usage than to decide on their smaller or greater value, often on the basis of merely one chosen assessment criterion.

In the literature on the subject one can find proposals for the comparison criteria of the different forms of dispute resolution, usually created on the basis of several criteria. For instance:

Frank E. A. Sander, Łukasz Rozdeiczer, in one of their proposals, indicated the following comparison criteria: 1) Speed; 2) Privacy; 3) Public Vindication; 4) Neutral Opinion; 5) Minimize Costs; 6) Maintain/Improve Relationship; 7) Precedent; 8) Max/Min Recovery; 9) Create New Solutions; 10) Party Control of Process; 11) Party Control of Outcome; 12) Shift Responsibility for Decision to a Third Party; 13) Court Supervision or Compulsion; 14) Transformation of the Parties; 15) Provide Satisfying Process; 16) Improve Understanding of the Dispute².

L. Riskin, J. Westbrook, Ch. Guthrie, T. Heinsz, R. Reuben, J. Robbennolt, indicated two catalogues of the criteria for characterizing the various forms of

dispute resolution, including their benefits and drawbacks. The first catalogue: 1) time savings; 2) cost savings; 3) parties satisfaction; 4) attorney's satisfaction; 5) settlement rates; 6) parties' compliance with the reached settlements; 7) perceived fairness; 8) effects on relationships; 9) changes in social values about disputing; 10) changes in the role or behavior of lawyers³. The second catalogue: 1) nature; 2) decision maker; 3) third party role; 4) basis for decision; 5) desired result; 6) confidential; 7) binding; 8) appeal⁴.

J. Falke, V. Gessner in their comparison of negotiation, mediation, arbitration and adjudication indicate the following criteria: 1) the increase of formalism; 2) the increase of time and cost; 3) the influence of the parties; 4) orientation towards the norms; 5) orientation towards interests; 6) freedom of communication; 7) orientation towards the future; 8) orientation towards the past⁵.

A. Korybski compared the characteristics of the hybrid ADR models most common in the USA (*mini-trial, confidential listening, court-annexed arbitration, private judging, med.-arb, summary jury trial, corporate ombudsman*) according to six fundamental criteria: 1) the mode of initiating the proceedings; 2) the role of the third party; 3) the nature of the proceedings; 4) the proceedings' attitude towards legal norms; 5) the area of particular applicability of the proceedings; 6) the nature of the dispute-resolving decision⁶.

Seven main criteria were accepted within *The Report of the Ad Hoc Panel on Dispute Resolution and Public Policy* organized in 1983 by the *National Institute for Dispute Resolution*⁷. The authors of the report rightly pointed out that there is no singular model of dispute resolution which would be suitable for all forms of conflict (optimally adjusted to their nature and the expectations of the parties). Among the prerequisites influencing the choice of the given model they include: the need (desire) to continue the relationship between the parties in the future (or its lack), financial circumstances, the parties' expectations concerning privacy and the possibility of affecting the process of dispute resolution, as well as the degree of urgency for dispute resolution. Moreover, the following criteria for the

¹ In the literature on the subject there are also opinions glorifying ADR and deeming it more appropriate, effective and fair than adjudication — see e.g. Resnik J., *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, 10 «Ohio State Journal on Dispute Resolution», 1994–1995, p. 246–252; Cf.: Norton E., *Justice and Efficiency in Dispute System*, 5 «Ohio State Journal on Dispute Resolution», 1989–1990, p. 207–230.

² Sander F.E.A., Rozdeiczer L., *Matching Cases and Dispute Resolution Proceedings: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach*, 11 «Harvard Negotiation Law Review» 1, 2006, p. 12.

³ Riskin L., Westbrook J., Guthrie Ch., Heinsz T., Reuben R., Robbennolt J., *Dispute Resolution and Lawyers*. Abridged Edition. Third Edition, Saint Paul 2006, p. 516.

⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁵ Falke J., Gessner V., *Konfliktnähe als Massstab für gerichtliche und aussergerichtliche Streitbehandlung // Alternativen i der Ziviljustiz*, ed. E. Blankenburg, W. Gottwald, D. Stempel, Köln 1982. S. 292.

⁶ Korybski A., *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA — studium teoretycznoprawne*, Lublin 1993, p. 134.

⁷ see *The Report of the Ad Hoc Panel on Dispute Resolution and Public Policy*, p. 3–4, 8–18, 30, 34–35 // Riskin L., Westbrook J., Guthrie Ch., Heinsz T., Reuben R., Robbennolt J., *Dispute Resolution and Lawyers*. Abridged Edition. Third Edition, Saint Paul 2006, p. 495–497.

assessment of dispute resolution models were developed: 1) availability of the given model; 2) the level of the parties' rights protection; 3) the aptness of the time and cost of the proceedings for the nature and complexity of the dispute; 4) the nature of administering justice and the proceedings; 5) the level of finality and enforceability of the dispute resolution; 6) the level of credibility and social recognition for the given proceedings, the level of competence and training of the third party executing the proceedings; 7) the level of expression of the social understanding of justice through the protection and propagation of observing the commonly accepted social norms and values and the appropriate prevention and encouragement to resolve dispute by oneself. The authors of the report emphasize the fact that the panel resulted in putting forward the fundamental thesis stating that no single model of dispute resolution is equally attractive (powerful) in all seven aspects described by the above criteria. The activity of the parties should therefore include: establishing their own priorities regarding the particular aspects and thereafter choosing the one model which is most appropriate for the given needs of the parties⁸. It must also be taken into account that each form of dispute resolution can lead to unexpected consequences, less or more desirable by the party(ies)⁹.

II.

What follows is the author's proposal for a wide catalogue of criteria for characterizing and comparison of the three elementary forms of serving justice — mediation, arbitration and adjudication — which also concerns aspect transcending legal issues per se. It does not attempt to be a complete catalogue. It forms the scope of the concept of comprehensive comparison.

Depending on the preferences or needs, the entity performing a comprehensive characterization and comparison should rely either on the models of the analyzed institutions in the reconstructive sense (preferably on the ones based on data describing the institution's operations or the established norms) or on the models in the optimization (or standard-oriented) sense. A comparison of three randomly selected proceedings (i.e. their groups) might seriously distort the obtained research results, owing to their atypical (non-representative) character¹⁰.

⁸ Riskin L., Westbrook J., Guthrie Ch., Heinsz T., Reuben R., Robbennolt J., *Dispute Resolution and Lawyers*. Abridged Edition. Third Edition, Saint Paul 2006, p. 497.

⁹ Cf. *ibid.*, s. 496.

¹⁰ For obvious reasons I reject the use of complete induction whilst characterizing and comparing the different forms. However, particularly for the sake of fact analysis, it is necessary to use incomplete induction addressed to a specified representative group of mediation, arbitration and adjudication proceedings.

The scope of the characterization and comparison of the institutions: mediation, arbitration and adjudication should focus on the following main criteria (appropriately adjusted to each analyzed form):

I. THE MAIN CRITERIA

1) *The fundamental aims of the proceedings*

2) *The breakdown structure: judge/arbitrator/mediator — the parties* (the representatives of the parties, other participant of the proceedings, e.g. experts, witnesses)

a) the roles of the participants of proceedings,

b) the status of the participants of proceedings and their competency (nature of the competency standard),

c) the division of rights and responsibilities — the relations between the participants of proceedings.

3) *The substantive — procedural area:*

a) the nature of the practical discourse criterion (truth, correctness, effectiveness) — the specificity of administering justice (material basis for reaching a decision — the values, norms, interests (needs) of the parties or the social environment¹¹);

b) rules of conduct versus rules of law and other extralegal rules,

c) nature of the matter of dispute (the scope of perceptible issues),

d) the areas of particular applicability of the proceedings — types of predisposed cases.

Additionally — for the sake of specifying the main criteria, I propose to make use of the following additional (auxiliary) characterizing criteria:

II. SPECIFYING CRITERIA

1. *Criteria of the objectives of the proceedings*

a) the criterion of overriding objectives (further — personal, interpersonal, social);

b) the criterion of minor objectives (closer — communicative, psychological, informational, procedural).

2. *Criteria of the paradigms of conduct*

a) the criterion of the proceeding outcome-based paradigm (*win-win paradigm, win-lose paradigm*);

b) the criterion of analyzing (assessing) the position, interests and relations of the parties (*right-wrong based paradigm, interest-based paradigm, relational values — based paradigm*);

c) the criterion of the parties' attitude in the course of proceedings (*competitive paradigm, cooperative/integrative paradigm; adversarial paradigm, non-adversarial paradigm*);

¹¹ It needs to be said that the question put forwards by J. Auerbach: is it possible to serving justice without law? — should be deemed rhetorical — Cf. Auerbach J., *Justice Without Law? Resolving Dispute Without Lawyers*, New York, 1983; E. Steele, *Morality, Legality, and Dispute Processing: Auerbach's Justice Without Law?*, 9 «American Bar Foundation Research Journal», 1984, nr 1, p. 189–205.

d) the criterion of the orientation towards the parties' future or past;

e) the criterion of considering the points of issue and the parties' emotions (*Issues — Oriented Dispute Resolution, Blending Issues and Emotions in Dispute Resolution, Emotions — Oriented Dispute Resolution*) in the course of proceedings.

3. Procedural criteria

a) the criterion of the mode of proceedings initiation (initiation by the court — compulsory proceedings/voluntary proceedings (with the parties' agreement), initiated by the parties, initiated by a party);

b) the criterion of the prerequisites for initiating proceedings;

c) the criterion of the availability of the given form of the administering justice;

d) the criterion of quality and the means of safeguarding (protecting) the parties' equal treatment in the course of proceedings;

e) the criterion of the existence of non-symmetric proceedings;

f) the criterion of the speed of proceedings;

g) the criterion of the possibility of choice, creating and accepting the proceedings by the parties;

h) the criterion of the scope of the parties' possibility to influence the proceedings and their outcome;

i) the criterion of the nature of proceedings (public, non-public);

j) the criterion of the formality (flexibility) of proceedings;

k) the criterion of the disclosure of proceedings;

l) the criterion of the rules of conduct;

m) the criterion of the relation between the rules of conduct, rules of law and other extralegal rules;

n) the criterion of the types of proceedings stages (establishing legal and factual status, the process of reaching the final decision in the proceedings);

o) the criterion of the nature of reasoning exercised in the proceedings (legal reasoning: validation, interpretation, cognition, other);

p) the criterion of the significance of evidence for the outcome of proceedings;

q) the criterion of acquiring, collecting and assessing evidence in the case;

r) the criterion of the means of acquiring expertise knowledge (experts);

s) the criterion of the justifiability of establishing objective truth and its significance for the outcome of proceedings;

t) the criterion of the nature and the outcome of the dispute-resolving decision — the dispute (form, content matter, binding, non-binding, contract agreement, advisory nature);

u) the level of risk of achieving a disadvantageous outcome or resolution of the dispute (the level of predictability of the outcome of proceedings);

v) the criterion of the nature of the statement of reasons behind the dispute-resolving decision;

w) the criterion of the nature of the content control of the dispute-resolving decision (or its stage) — internal control, external control;

x) the criterion of the effectiveness of proceedings — resolving or settling dispute (enforceability and its scope, the level of risk of finding enforcement not possible).

4. Personal criteria

a) the criterion of the level of satisfying the parties' procedural, substantial and psychological interests;

b) the criterion of the level of the parties' contentment (with the proceedings, their outcome, the work of the judge/arbitrator/mediator);

c) the criterion of the level of the parties' self-cognition, self-improvement and inner moral development;

d) the criterion of the parties' emotional level in the course of proceedings (the level of stress, the presence and possibility of expressing negative emotions).

5. Interpersonal criteria

a) the criterion of the influence of proceedings on reestablishing unobstructed communication and a positive nature of the relations between the parties during the proceedings and thereafter;

b) the criterion of the forms, ways and conditions of communication (allegation) by the parties;

c) the criterion of the influence of the proceedings on achieving mutual respect, recognizing the dispute opponent's conditions and the parties' reconciliation;

d) the criterion of the level of eliminating the causes and results of the dispute;

6. Economic criteria

a) the criterion of the costs of proceedings;

b) the criterion of the influence of the speed of proceedings on the economic situation of the parties;

c) the criterion of prospective cooperation (the possibility for the parties to maintain positive business/professional relations in the future);

d) the criterion of the economic outcomes of the particular form of administering justice for the state and the society (the social cost);

7. Social criteria

a) the criterion of the level of satisfying significant social interests connected with dispute resolution;

b) the criterion of organizing and stabilizing (harmonizing) social relations;

c) the criterion of including a civil society in the process of serving justice (the idea of *participatory and individualized justice*);

d) the educational criterion (the impact on raising legal awareness, legal culture and discourse culture);

e) the didactic criterion (the impact on enriching interpersonal relations with social sensitivity, social values — good, freedom, equality, justice — respect for the law and its entities as well as creating social

attitudes leading to peaceful coexistence — development/moral advancement of the society);

f) the communication criterion (the impact on building an effective, unobstructed social communication and discursive decision-making (expressing will) in social relations);

g) the integration criterion (the impact on the formation of communication community, a common identity and culture);

h) the criterion of the level of preventing future social conflicts.

III.

To conclude the above deliberations, it must be pointed out that in order to avoid subjective one-sidedness and establish the factual areas of particular preference (usefulness/appropriateness) regarding the use of the given forms of administering justice, it is therefore justified to:

1) make attempts to develop an objective catalogue of criteria aiming at their orderly, comprehensive characterization and comparison;

2) in an attempt to assess the quality of administering justice (existing within the various forms of dispute resolution), make use of at least several fundamental criteria of its evaluation (the comprehensiveness postulate), among which one should include above all:

a) the availability of the given form of administering justice (conditioned by e.g. financial, personal or social costs, the level of complexity of the procedure, necessary legal knowledge or the need to employ professional legal help, etc.);

b) the average time of proceedings conducted within the given form;

c) the quality and means of safeguarding (protecting) the parties' equality in the course of proceedings;

d) integrity (correctness, appropriateness) of resolving (settling) dispute;

e) the parties' possibility to influence proceedings and their outcome;

f) the level of implementation of the dispute resolution (settlement) by the parties and the effectiveness of the enforcement;

g) the impact of the nature of proceedings and their outcome on eliminating the causes of dispute, the mutual relations of their participants and increasing their ability to amicably resolve conflicts by themselves in the future;

h) the level of (broadly understood) contentment of the parties with the course of proceedings and their outcome.

The presented concept of a comprehensive comparison stems from the author's preferred holistic approach to legal practice¹². It is based on a

comprehensive approach to legal phenomena (the area of language and logic, sociology, psychology and axiology). The holistic approach in legal practice is not easy to unequivocally define. It is characterized by usually appointing one of the three scopes of a lawyer's activity in relation to the client/party or the matter of dispute itself¹³.

Holism which can be described as elementary assumes an analysis of the situation in the light of all the legal institutions relevant at the time and the regulations of different areas of the law. The aim of such approach is to comprehensively establish and assess the legal aspects of the problem (from the viewpoint of the public and private law — in the administrative, penal, fiscal, civil, domestic, labour, economic, copyright, etc. context).

Holism which can be described as broad assumes an analysis of the problem/legal dispute not only in the comprehensive legal sense, but also on the relative level transcending legal issues per se. It adopts examining the aims, interests, needs of the client/parties in parallel in the light of such spheres as: communication, relations, psychology, economy, society or ethics. In accordance with broad holism, the analysis made by the lawyer while diagnosing the client's situation concerns, on the one hand, legal issues such as e.g.: 1) establishing relevant factual circumstances, 2) a correct choice and interpretation of legal regulations aimed at determining all rights and responsibilities of the client/parties, 3) guilt, 4) right, 5) evidence position of the parties (including evidence preclusion), 6) the statute of limitations of the claims, 7) the need for legal representation, 8) the analysis of the possible schemes of action in the course of adjudication, 9) anticipating the nature of the court's decision (winning/losing the case). On the other hand, according to broad holistic approach, in the course of diagnosis, one does not overlook extralegal criteria such as e.g.: 1) the aims, interests, needs (procedural/communicative, substantial, psychological/emotional, short term/long term) of the client/parties,

Representation Makes for Good Policy, Better Lawyers, and More Satisfied Clients, 30 «New York University Review of Law & Social Change», 2005–2006, p. 625; Zienkiewicz A., *Mediation als eine Form der Justiz // Mediation als Verfahren konsensualer Streitbeilegung. Die deutsche, polnische und ukrainische Perspektive*, red. Tina de Vries, Frankfurt am Main 2012, p. 3–22; Zienkiewicz A., *Koncepcja sądu otwartego — wzmocnienie pluralizmu form wymiaru sprawiedliwosci // Mediacja — nowa droga rozwiązywania sporów*, edited by Rękas A., Warszawa 2011, p. 29–47; Araszkiewicz M., Łopatkiewicz A., Zienkiewicz A., *Parent Plan Support System — Context, Functions and Knowledge Base // Business Information Systems Workshops, BIS 2013 International Workshops, Revised Papers*, edited by W. Abramowicz, Springer Berlin Heidelberg, 2013, p. 160–171.

¹² Cf. e.g. Greenberg M., *Beyond Confrontation: A Holistic Approach to the Practice of Law*, 30 «New England Law Review», 1995–1996, p. 927; Steinberg R., *Beyond Lawyering: How Holistic*

¹³ Cf. Kim Wright, *Lawyers as Peacemakers. Practicing Holistic, Problem Solving Law*, American Bar Association, Chicago 2010, p. 23–24.

2) the nature of the dispute and the possibility of eliminating its causes, 3) the length of potential in-court and out-of-court proceedings, 4) the possibility of influencing the course and outcome of the dispute resolution and its potential effectiveness, 5) comprehensive consequences of taking particular measures/distance in the personal, interpersonal and social aspect, 6) financial costs of making particular choices, 7) the impact of particular choices on the client's mental (the emotional aspect) and physical health, 8) the possibility of improving the parties' communication and relations, 9) short-or long-term basis of their future contact (the need for future cooperation), 10) the need for other expert's participation in a comprehensive resolution of a dispute (*collaborative team*).

Holism which can be described as transformative prefers to perceive the problem/legal dispute merely as one aspect of the client's life situation, with the assumption that his or her main need is spiritual and emotional 'healing' or inner transformation. The relation between the client and the lawyer is of particular importance, since it is based on cooperation aimed at solving the party's legal problems with due consideration for the possibility of his or her personal development and positive transformation. In such situation the lawyer also fulfills the role of

a peculiar guide/trainer, who, within the discourse, encourages the client/party to recognize the importance and possible interpretations of the significant circumstances of the case in the broader perspective including, among other things, his or her life hierarchy, aims, aspirations and even dreams. The presented attitude assumes showing the client creative solutions to legal problems and focusing his or her activity on what can be changed, and not on what is beyond his or her control, in order to 'allow the client to shift the client's life to new levels of productivity and fulfillment'¹⁴.

The proposed concept of a holistic legal practice assumes that a lawyer can play at least three basic roles: a) the person who prevents disputes from happening, b) the person who diagnoses the dispute holistically, including designing and implementing the optimal form of its comprehensive resolution with the use of mediation or other ADR models, c) the person who represents the party in the course of adjudication (in-court and arbitration).

Out of the above, it is assumed that the two former are preferred and that the scope of a lawyer's duties is determined by the model of the employed holistic stance (elementary, broad, transformative).

Аннотация. В статье представлена концепция комплексного сравнения различных форм правового разрешения споров. Результаты сравнительного анализа помогут в характеристике этих форм и внесут существенный вклад в процесс выявления областей их предпочтительного применения. Эта теоретическая правовая модель имеет широкий диапазон аналитических критериев в сравнении с тремя основными формами: медиацией, арбитражем и судебным решением. Для проведения комплексного исследования и дискуссии на тему понимания, оптимальной организации и применения различных форм разрешения споров необходимо использование расширенного перечня критериев, раскрывающих правовые вопросы по существу. Автор дает обзор отдельных направлений существующих в литературе указанных перечней. Кроме того, он представляет собственный расширенный список критериев, на котором основана авторская концепция комплексного сравнения. Данная теоретическая правовая модель комплексного сравнения может применяться в юридической практике. Выводы основаны на сущностных и базовых видах практики целостного закона (начальной, широкой, преобразующей). В статье также рассматриваются основные роли юриста, работающего в соответствии с практикой «целостного закона». Главным предметом исследования являются сравнительные критерии, касающиеся основных форм разрешения споров (вынесения судебного решения, арбитража, медиации). Основные методы: логико-лингвистический, сравнительный, анализ и аргументация.

Ключевые слова: «целостный» закон, практика его применения, юстиция, комплексное сравнение, критерий сравнения, вынесения судебного решения, арбитраж, медиация, альтернативное урегулирование споров, цели и сущность основных форм разрешения споров, оптимальная форма разрешения споров.

¹⁴ Cf. URL: <http://www.coachapproachlawyers.com/eight-possibilities/> (10.02.2014)

References:

1. Auerbach J., *Justice Without Law? Resolving Dispute Without Lawyers*, New York, 1983.
2. Araszkiwicz M., Łopatkiewicz A., Zienkiewicz A., *Parent Plan Support System — Context, Functions and Knowledge Base // Business Information Systems Workshops, BIS 2013 International Workshops, Revised Papers*, edited by W. Abramowicz, Springer Berlin Heidelberg, 2013, p. 160–171.
3. URL: <http://www.coachapproachlawyers.com/eight-possibilities/> (10.02.2014)
4. Falke J., Gessner V., *Konfliktnähe als Massstab für gerichtliche und aussergerichtliche Streitbehandlung // Alternativen i der Ziviljustiz*, red. E. Blankenburg, W. Gottwald, D. Stempel, Köln 1982.
5. Greenberg M., *Beyond Confrontation: A Holistic Approach to the Practice of Law*, 30 «*New England Law Review*», 1995–1996, p. 927.
6. Korybski A., *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA — studium teoretycznoprawne*, Lublin 1993, p. 134.
7. Norton E., *Justice and Efficiency in Dispute System*, 5 «*Ohio State Journal on Dispute Resolution*», 1989–1990, p. 207–230.
8. Resnik J., *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, 10 «*Ohio State Journal on Dispute Resolution*», 1994–1995, p. 246–252.
9. Riskin L., Westbrook J., Guthrie Ch., Heinsz T., Reuben R., Robbennolt J., *Dispute Resolution and Lawyers. Abridged Edition. Third Edition*, Saint Paul 2006.
10. *The Report of the Ad Hoc Panel on Dispute Resolution and Public Policy // Riskin L., Westbrook J., Guthrie Ch., Heinsz T., Reuben R., Robbennolt J., Dispute Resolution and Lawyers. Abridged Edition. Third Edition, Saint Paul 2006, p. 495–497.*
11. Sander F.E.A., Rozdeiczner L., *Matching Cases and Dispute Resolution Proceedings: Detailed Analysis Leading to a Mediation — Centered Approach*, 11 «*Harvard Negotiation Law Review*» 1, 2006, p. 1–41.
12. Steele E., *Morality, Legality, and Dispute Processing: Auerbach's «Justice Without Law?»*, 9 «*American Bar Foundation Research Journal*», 1984, nr 1, p. 189–205.
13. Steinberg R., *Beyond Lawyering: How Holistic Representation Makes for Good Policy, Better Lawyers, and More Satisfied Clients*, 30 «*New York University Review of Law & Social Change*», 2005–2006.
14. Wright K., *Lawyers as Peacemakers. Practicing Holistic, Problem Solving Law*, American Bar Association, Chicago 2010.
15. Zienkiewicz A., *Mediation als eine Form der Justiz // Mediation als Verfahren konsensualer Streitbeilegung. Die deutsche, polnische und ukrainische Perspektive*, red. Tina de Vries, Frankfurt am Main 2012, p. 3–22.
16. Zienkiewicz A., *Konceptcja sądu otwartego — wzmocnienie pluralizmu form wymiaru sprawiedliwosci // Mediacja — nowa droga rozwiązywania sporów*, edited by Rękas A., Warszawa 2011, p. 29–47.

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ПРЕСТУПНОСТИ ЗА РУБЕЖОМ

В.И. Борисов*, П.Л. Фрис**

ЭФФЕКТИВНОСТЬ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ

Аннотация. В статье рассматривается комплекс вопросов, относящихся к проблеме эффективности уголовно-правовой политики Украины. При этом эффективность определяется как степень достижения намеченных целей и задач в сфере борьбы с преступностью с применением норм и институтов законодательства об уголовной ответственности. Эффективность уголовно-правовой политики в первую очередь базируется на эффективности законодательства об уголовной ответственности, зависит от эффективности влияния и непосредственного применения его уголовно-правовых норм, обуславливается действием всего комплекса уголовно-правовых функций (охранительной, регулятивной, превентивной и др.). Законодательство Украины об уголовной ответственности составляет УК Украины, который представляет собой законодательную отрасль, являющуюся относительно стабильной системой, подчиняющейся закономерностям рационально-правовой системности, и поэтому эффективность уголовно-правовой политики является свойством такой системы в целом. В ситуации, при которой уголовно-правовая норма имеет целью охрану важнейших для общества отношений от преступных посягательств, и эта цель полностью или в значительной мере достигается с помощью самого факта ее принятия (путем влияния на общественное сознание), то уголовно-правовая политика реализуется в первую очередь не за счет ее применения, а благодаря сознательному соблюдению законов, регулирующих индивидуальное поведение человека, деятельность общественных объединений, работу учреждений, предприятий, организаций и государственному управлению. В таком случае неприменения закона об уголовной ответственности при отсутствии на это повода свидетельствует о высоком уровне ее эффективности. В противном случае частое применение закона об уголовной ответственности не может рассматриваться как показатель высокого уровня его эффективности, поскольку закон не достиг желаемого результата — не повлиял должным образом на общество и его членов. Даются определения и рассматриваются критерии эффективности, ее уровни, а также ряд других смежных вопросов.

Ключевые слова: антиэффективность, неэффективность, уровни эффективности, цели, критерии эффективности, эффективность, борьба с преступностью, оценка эффективности, уголовно-правовая политика, уголовно-правовой менталитет.

© Борисов В.И., 2014

* Борисов Вячеслав Иванович — доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Научно-исследовательского института изучения проблем преступности имени академика В.В. Стахиса НАПрН Украины.

[ivpz@mail.ru]

61002, Украина, г. Харьков, ул. Пушкинская, д. 49.

© Фрис П.Л., 2014

** Фрис Павел Львович — доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Прикарпатского национального университета имени Василя Стефаника.

[lawdept@pu.if.ua]

76000, Украина, г. Ивано-Франковск, ул. Шевченко, д. 44а.

Достижение максимальной эффективности уголовно-правовой политики фактически является основной целью этого вида внутренней политики государства¹.

Общее понятие эффективности определяется как то, что приводит к нужным результатам, следствиям, дает наибольший эффект. Применительно к уголовно-правовой политике ее эффективность должна рассматриваться как степень достижения намеченных целей и задач в сфере борьбы с преступностью с применением норм и институтов законодательства об уголовной ответственности.

Эффективность уголовно-правовой политики определяется соотношением ее критериев и показателей. Под критериями уголовно-правовой политики понимается система обоснованных показателей, которые характеризуют уровень достижения поставленных задач. Критерии оценки эффективности уголовно-правовой политики пока не имеют нормированного выражения, формально не закреплены. Их наработка осуществляется на научном уровне.

Эффективность уголовно-правовой политики актуальна прежде всего с позиции социального управления. Правовое государство предусматривает доминирование права как регулятора индивидуального поведения человека, деятельности общественных объединений, работы учреждений, предприятий, организаций и государственного управления, когда все правовые нормы являются инструментами, с помощью которых обеспечивается нормальное функционирование общественных отношений. При этом следует иметь в виду, что в отличие от управления механическими системами, где существует цепь на уровне элементарной связки «приказ — выполнение», управление в социальной среде является явлением намного более сложным и требует принятия управленческих решений на

основании выработанной и научно обоснованной политической доктрины.

Уголовно-правовая политика как элемент правовой политики государства в целом выступает основой для принятия управленческих решений в сфере охраны важнейших для общества отношений. Решение определенным образом ее задач свидетельствует о соответствующем уровне эффективности. Понятно, что чем выше уровень решения задач, тем больше будет и эффективность уголовно-правовой политики.

Эффективность уголовно-правовой политики в первую очередь базируется на эффективности законодательства об уголовной ответственности и зависит от эффективности влияния и непосредственного применения его уголовно-правовых норм. Вместе с тем рассматривать эффективность уголовно-правовой политики как простую сумму эффективности отдельных уголовно-правовых норм было бы неправильно. Она определяется действием всего комплекса уголовно-правовых функций (охранительной, регулятивной, превентивной и др.).

Законодательство Украины об уголовной ответственности составляет УК Украины. Эта законодательная отрасль является относительно стабильной системой, которая подчиняется закономерностям рационально-правовой системности, и поэтому эффективность уголовно-правовой политики является свойством такой системы в целом.

Уголовно-правовая политика направлена в первую очередь на решение стратегических задач борьбы с преступностью. Она основывается на комплексном подходе, в котором каждому из составных элементов присуща соответствующая роль. Этими составными элементами выступают направления уголовно-правовой политики². Эффективность уголовно-правовой политики каждого из них обусловлена эффективностью других, а эффективность уголовно-правовой политики в целом — комплексной эффективностью всей системы. Вместе с этим на эффективность политики существенно влияют и правоприменительная практика, и общий уровень развития законодательства, и уровень правосознания общества.

Эффективность уголовно-правовой политики является ее внутренним свойством. Поэтому в значительной степени уголовно-правовая политика определяется эффективностью уголовно-

¹ Следует заметить, что вопросами эффективности права в целом, эффективности политики в сфере борьбы с преступностью и уголовно-правовой политики в частности в правовой науке бывшего СССР не уделялось надлежащего внимания. Об эффективности правовых норм, в том числе и уголовно-правовых, см.: Эффективность правовых норм. М., 1980; Стручков Н.А. Эффективность уголовно-правовых мер борьбы с преступностью. М., 1968; Эффективность применения уголовного закона. М., 1973.

В современной отечественной уголовно-правовой науке этой проблеме посвящено несколько работ: Фрис П.Л. До питання про ефективність кримінально-правової політики // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: матеріали міжнар. наук. практ. конф.: у 2 ч. Ч. 1. Львів, 2006. С. 294–300; Розенфельд Н.Л. Коротка методика юридичного аналізу ефективності застосування законодавства. Київ, 2009; Ефективність застосування кримінально-правових норм органами досудового розслідування та прокурором // Проблеми забезпечення ефективності діяльності органів кримінального переслідування в Україні / за заг. ред. В.І. Борисова, В.С. Зеленецького. Харків, 2010.

² Фрис П.Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. Київ, 2005. С. 13–15; Борисов В.И. Современная политика государства в сфере борьбы с преступностью и ее уголовно-правовое направление // Правовая система Украины: история, состояние и перспективы: в 5 т. Т. 5. Уголовно-правовые науки. Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Украине / под общ. ред. В.В. Сташиса. Харьков, 2011. С. 248–264.

правовых норм. Можно согласиться с А.Д. Бойковым, который отмечает, что «...эффективность нормы может быть выявлена путем констатации изменений в характере общественных отношений после ее введения (уголовное право, трудовое право и другие отрасли права)»³.

Эффективность — это «внутреннее свойство самих правовых норм, их “способность” осуществлять благотворное влияние на объект в заданном направлении»⁴. Однако необходимо еще раз подчеркнуть, что сводить эффективность политики к простой сумме эффективности отдельных норм было бы ошибочным, хотя основой, по понятной причине, выступает эффективность конкретной уголовно-правовой нормы.

Если уголовно-правовая норма имеет целью прежде всего охрану важнейших для общества отношений от преступных посягательств и эта цель полностью или в значительной мере достигается с помощью самого факта ее принятия (путем влияния на общественное сознание), то уголовно-правовая политика реализуется в первую очередь не за счет ее применения, а благодаря сознательному соблюдению законов, которые регулируют индивидуальное поведение человека, деятельность общественных объединений, работу учреждений, предприятий, организаций и государственное управление. В таком случае неприменения закона об уголовной ответственности при отсутствии на это повода свидетельствует о высоком уровне ее эффективности. В противоположном случае частое применение закона об уголовной ответственности не может рассматриваться как показатель высокого уровня его эффективности, поскольку закон не достиг желаемого результата — он не повлиял надлежащим образом на общество и его членов (примером тому является применение норм УК Украины об ответственности за незаконный оборот наркотических средств). Однако такая система оценок не всегда является корректной. Неприменение или незначительное применение уголовно-правовой нормы необязательно должно оцениваться как высокий уровень ее эффективности, поскольку это может зависеть и от высокого уровня латентности конкретного вида преступности, от низкого уровня исполнительной дисциплины должностных лиц, призванных ее применять, и других подобных негативных факторов.

Ряд авторов, рассматривая проблему эффективности нормы, ставят ее решение в зависимость от эффективности ее составных эле-

ментов (гипотезы, диспозиции и санкции)⁵. Не умаляя значение каждого из этих элементов для эффективности нормы в целом, следует отметить, что такой подход не может быть признан убедительным. Бесспорно, что индивидуализация качеств разных структурных элементов правовых норм имеет большое познавательное и практическое значение. Такой подход способствует установлению причин недостаточной эффективности правовых норм и принятию научно обоснованных решений, направленных на усовершенствование законодательства. Однако первичным элементом действующей правовой материи есть сама правовая норма как единое целое. Правовая норма имеет специфические особенности, которые позволяют использовать право в качестве целенаправленного регулятора общественного отношения. Собственно правовые нормы в целом, а не их структурные элементы преследуют конкретные социальные цели, по уровню достижения которых можно судить об эффективности действия правовых решений. В конечном счете вне правовых норм их структурные элементы вообще действовать не могут.

Эффективность уголовно-правовой политики должна определяться на основании тех конкретных целей, которые установлены при ее выработке и принятии с помощью специальных методов.

Конечно, эффективность уголовно-правовой политики в целом зависит от эффективности отдельных ее направлений, а последних — от эффективности уголовно-правовых норм и институтов. Это абсолютно понятно, поскольку эффективность систем высшего уровня всегда находится в зависимости от эффективности подсистем, которые их образуют. Для понимания их взаимообусловленности можно использовать терминологию, применяемую в теории информатики, которая такие взаимосвязи определяет как неаддитивную сложность, т.е. целостность, качества которой нельзя сводить к сумме качеств элементов, ее образующих. Она является соответствующим соотношением между социальными целями, которые были намечены как результат реализации уголовно-правовой политики, и фактическим результатом, который был достигнут при ее реализации. На эффективность уголовно-правовой политики, по понятной причине, активно влияет и уровень развития законодательства как в целом, так и уголовно-правового в частности, а также правоприменительная практика.

Эффективность уголовно-правовой политики не всегда может быть определена путем применения эмпирических методов (наблюдение,

³ Бойков А.Д. К изучению эффективности уголовно-процессуального закона // Эффективность применения уголовного закона М., 1973. С. 163.

⁴ Фаткуллин Ф.Н., Чулюкин Л.Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. Казань, 1977. С. 22–23.

⁵ Фаткуллин Ф. Н., Чулюкин Л.Д. Указ. соч. С. 22–23.

эксперимент). Она может быть определена на основании общественно-исторической практики как общая тенденция развития. При этом неэффективность отдельных направлений и более мелких элементов может в целом и не отражаться на определении эффективности всей системы.

Эффективность уголовно-правовой политики определяется ее уровнем. При этом уровень эффективности может быть определен как степень достижения задач и целей, определенных при принятии закона об уголовной ответственности, адекватность между запланированным и достигнутым. Она также может быть установлена на основании фиксации достижения максимального (наибольшего) возможного результата.

Определение эффективности уголовно-правовой политики должно основываться на оценочных критериях достижения намеченных уголовно-правовой политикой целей. Это должно осуществляться на уровневой основе:

- макроуровне (в масштабах всей страны);
- микроуровне (в масштабах соответствующей территориальной единицы).

На макроуровне эффективность уголовно-правовой политики всегда определяется исходя в первую очередь из достижения цели фактического снижения уровня (стабилизации) преступности в стране как в целом, так и отдельных ее видов. Именно это является основным критерием эффективности, хотя, по большому счету, такой подход не может рассматриваться всегда как надлежащий. Представляется, что оценка эффективности должна соотноситься с оценкой превентивного потенциала уголовно-правовой политики.

В связи с этим возникает вопрос об оценке методов уголовно-правовой превенции. В общественном правосознании всегда доминировала оценка профилактического потенциала законодательства об уголовной ответственности, которая строилась на известной формуле: «чем более жестким является закон об уголовной ответственности, тем более сильный его превентивный потенциал». Эта позиция неоднократно и справедливо подвергалась критике.

На микроуровне оценка уголовно-правовой политики связана в первую очередь с правоприменительной деятельностью. Несмотря на единое для Украины законодательство об уголовной ответственности (а отсюда и уголовно-правовой политики страны в целом), уровень его эффективности в различных регионах страны является неодинаковым. Подтверждением могут быть системные расхождения в показателях уровня преступности в разных регионах страны, о чем свидетельствует практика. Так же различается и тяжесть преступных проявлений, которые совершаются в разных регионах.

При наличии региональных расхождений в условиях существования единого УК Украины говорить о зависимости уголовно-правовой политики только от законодательного регламентирования было бы неправильно. На эффективность в регионах прежде всего влияет именно местная практика применения законодательства об уголовной ответственности, которая по ряду преступных проявлений существенно различается.

С учетом различий оценочных показателей как на макро-, так и на микроуровне следует вести речь не только об эффективности уголовно-правовой политики, но и о ее неэффективности или даже антиэффективности.

Неэффективной следует признавать такую уголовно-правовую политику, потенциал которой в достижении поставленных задач равняется нулю или близок к нему. Это такая уголовно-правовая политика, которая, фактически существуя, срывает «вхолостую», безрезультатно. При этом может быть зафиксирована и парадоксальная ситуация, когда поставленные уголовно-правовой политикой задачи (или их часть) достигнуты, но за счет действия других социальных факторов (политических, экономических, идеологических, воспитательных и др.). Это имеет место в тех случаях, когда результат не находится в причинно-следственной связи с уголовно-правовой политикой, а зависит от действия других факторов. Такая парадоксальная ситуация должна, однако, рассматриваться более как положительное для общества последствие, чем негативное (примером являются ход и результаты проведения выборов в Верховную Раду Украины в 2006 и 2007 гг., успешное проведение которых было обусловлено в первую очередь сложившейся политической обстановкой в Украине, а не изменениями (дополнениями) на протяжении 2005–2007 гг. норм УК об ответственности за нарушения избирательного законодательства⁶, которые, к тому же, следует оценивать как неудачные).

Уголовно-правовая политика может быть и антиэффективной, т.е. такой, которая приводит к наступлению (вследствие усиления негативных качеств) результатов, которые должны быть ликвидированы (или уровень которых должен быть сниженным) вследствие ее реализации, что фактически отдалило поставленные задачи от намеченной цели (это, например, произошло при предоставлении явных преференций мерам административно-правового характера в борьбе с коррупцией в сравнении с уголовно-правовыми мерами на основании Закона Украи-

⁶ Борисов В.І. Сучасна політика держави у сфері боротьби зі злочинністю та її кримінально-правовий напрям // Право України. 2012. № 1–2. С. 232.

ны № 356/95 ВР от 5 октября 1995 г. «О борьбе с коррупцией»⁷).

Эффективность уголовно-правовой политики тесно связана с ее полезностью. Ф. Энгельс, в частности, отмечал, что действие может иметь известную желательную цель, однако ее последствия, вытекающие из этих действий, могут быть абсолютно нежелательными. Если сначала они, казалось, и отвечали поставленной цели, то в конечном счете могут привести совсем не к тем последствиям, которые были желательными⁸. Часто «сила» этих вторичных (нежелательных) последствий может быть настолько большой, что она перечеркивает значение первичных, запланированных. В связи с этим следует обратиться к праксиологии, которая разделяет эффективность и полезность (выгодность) как разные качества действия.

Праксиология понимает под полезностью соотношение намеченных последствий и последствий побочных, которые возникли вне предвидения действующего субъекта. Как следствие, могут сложиться несколько вариантов соотношения эффективности и полезности — от высокоэффективной, социально полезной (эффективность 100%, полезность 100 %) до неэффективной (эффективность 0 %, полезность 0 %) или даже антиэффективной, социально вредной (отдаляет поставленные задачи от намеченной цели)⁹.

Рассматривать вопрос об эффективности уголовно-правовой политики невозможно в отрыве от вопроса ее экономичности. Определяя понятие экономичности, Я. Зеленецкий отмечает, что деятельность является экономичной, если отношение полезного следствия к расходам больше единицы; она нейтральная как с точки зрения экономичности, так и с точки зрения выгоды, если это отношение равняется единице; деятельность неэкономична, если отношение, о котором идет речь, меньше единицы¹⁰. Для уголовно-правовой политики как составной части социальной политики вопрос экономичности имеет далеко не последнее значение. Ведь использование известной формулы: «цель оправдывает средства» — не может быть признано соответствующим для социального управления. Может сложиться ситуация, когда израсходованные для достижения цели средства

вследствие неэкономичности сведут на нет все достижения. Вместе с тем планирование уголовно-правовой политики исключительно с учетом ее соответствия основам экономичности не всегда может признаваться соответствующим. Материальные расходы не должны заслонять высшие социальные цели. Так, в период дискуссии относительно сохранения в уголовном законодательстве исключительной меры наказания — смертной казни ее сторонники в своих тезисах достаточно часто аргументировали ее сохранение (и до сих пор аргументируют) необходимостью значительных расходов, связанных как с созданием соответствующих учреждений для содержания лиц, осужденных к пожизненному лишению свободы, так и с расходами на их содержание и т.п. Однако эти доводы противоречат очевидной неконституционности этого вида наказания (которая была определена в решении Конституционного Суда Украины). В пользу этого конституционного решения свидетельствуют доводы тех, кто указывает на невозможность исправить судебную ошибку (которая, кстати, в случаях вынесения наказания в виде смертной казни, по некоторым данным, равнялась 10 %), что и привело в совокупности с другими аргументами к признанию смертной казни наказанием, не соответствующим Конституции Украины, и к его отмене.

Именно поэтому экономичность не должна однозначно определять уголовно-правовую политику. Ее планирование исключительно с позиций экономического интереса может заслонить цель. Цель может быть экономически невыгодной, тем не менее важной социально. Экономичность должна прежде всего приниматься во внимание при выборе средств достижения цели.

Принцип рациональной общественной деятельности состоит в достижении максимальных положительных последствий при минимальных затратах. Основным критерием такой оценки является, с одной стороны, социальная ценность, полезность полученного результата, а с другой — фактический размер материальных расходов, осуществленных для его достижения.

Оценка эффективности уголовно-правовой политики представляет собой анализ соотношения задач, которые были определены при принятии закона об уголовной ответственности с критериями эффективности уголовно-правовой политики. Такая оценка осуществляется с помощью соответствующих методов, которые представляют собой совокупность приемов, способов и средств, применяемых при собирании, обработке и анализе показателей эффективности уголовно-правовой политики. Основными методами изучения эффективности уголовно-правовой политики являются социологические,

⁷ Борисов В.І. Державна політика у сфері боротьби зі злочинністю та її напрямки // Проблеми законності: республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В.Я. Тацій. Харків, 2009. Вип. 100. С. 311.

⁸ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 21. С. 306.

⁹ Возможные варианты соотношения эффективности и полезности см.: Фріс П.Л. Кримінально-правова політика України: дис. ... д-ра юрид. наук. Киев, 2005. С. 274.

¹⁰ Зеленецкий Я. Организация трудовых коллективов. Введение в теорию организации управления. М., 1971. С. 129.

сравнительные методы, методы статистики и экономического анализа, кибернетики и математического моделирования. С помощью метода математического моделирования эффективность уголовно-правовой политики может быть определена следующей формулой:

$$E = \frac{P\dot{I}-}{\dot{A}}$$

где: E — показатель эффективности уголовно-правовой политики;

P — результат, который был достигнут вследствие ее осуществления;

П — предыдущее состояние, которое подлежало изменению вследствие реализации уголовно-правовой политики;

В — расходы, необходимые для достижения результата.

Представляется, что указанная формула дает возможность разработать общую методiku определения эффективности уголовно-правовой политики.

Следует отметить, что эффективность должна определяться как на общегосударственном уровне, так и на уровне (как уже было подчеркнуто) отдельных регионов, поскольку и преступность, и правоприменительная практика, как уже отмечалось, существенно различаются в отдельных регионах страны. Эффективность также должна определяться как в разрезе отдельных видов преступности, так и по отдельным видам преступлений. Эффективность будет тем выше, чем большим будет позитивное различие между достигнутым и предыдущим результатом при минимизации расходов. Конечно, для определения эффективности нужны продолжительные исследования с анализом значительного массива данных. К сожалению, такие исследования в нашей стране системно не проводятся. В большинстве случаев удовлетворяются сбором элементарной статистической отчетности без сопоставления полученных показателей, без углубленного анализа тенденций. Не все показатели эффективности надлежаще учитываются. Так, очень тяжело определить уровень расходов. Указанный показатель включает в себя расходы и на законодательскую деятельность, и на правоприменительную деятельность, и на профилактику преступлений и др. (это лишь данные, которые находятся на поверхности). Понятно, что методика установления эффективности уголовно-правовой политики требует серьезных исследований, в их числе разработки математического аппарата, частных методик.

Эффективность уголовно-правовой политики зависит от всей совокупности объективных и субъективных условий, в которых она реализу-

ется. Это связано с тем, что она осуществляется не в «пустоте», а в обществе, которое пронизано бесконечным числом общественных отношений. Характер взаимосвязей уголовно-правовой политики с разными сторонами общественной жизни и определяет те условия, которые в конечном счете, измеряют ее эффективность.

Данные условия могут быть дифференцированы в зависимости от сферы их действия на:

- общественно-политические;
- общественно-экономические;
- идеологические.

С точки зрения общественно-политической уголовно-правовая политика будет эффективной тогда, когда будет отвечать социальной структуре общества и существующей системе общественных отношений. Особенно ярко условия этой сферы проявляются в переломные моменты истории. Примером могут стать события недалекого прошлого, когда с обретением независимости Украина перешла на путь построения нового вида экономики — рыночной. Уголовно-правовая политика социализма (общественного строя, ушедшего в прошлое) в вопросах, в частности, борьбы с частнопредпринимательской деятельностью вступила в противоречие с новыми общественными отношениями. Законодатель преимущественно смог своевременно откорректировать эту проблему путем декриминализации частнопредпринимательской деятельности, коммерческого посредничества и ряда других деяний. В то же время с существенным опозданием отреагировал (или еще продолжает не реагировать) на социально опасные вызовы, которые сопровождают вхождение украинского общества в рыночные отношения (например в вопросах ответственности за легализацию (отмывание) доходов, полученных преступным путем¹¹, создание мошеннических финансовых пирамид и др.).

В системе общественно-политических условий эффективности уголовно-правовой политики может быть выделен как элемент подсистемы комплекс организационных условий, которые связаны с системой законодательных органов, структурой органов уголовной юстиции страны, органов судебной власти, других государственных правоприменительных органов, системой общественных организаций, которые сотрудничают с государственными органами в вопросах борьбы с преступностью и ее профилактики. Уголовно-правовая политика не может рассматриваться в отрыве от тех механизмов, которые ее образуют и реализуют. От этой системы суще-

¹¹ Борисов В.И. Відповідність кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом міжнародним договором України // Відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності: матеріали наук. практ. конф. Харьков, 2006. С. 95.

ственным образом зависит качество нормативных актов, определяющих уголовно-правовую политику, правоприменительную деятельность и в значительной мере практический аспект ее реализации.

Еще один аспект, связанный с организационной подсистемой, состоит в техническом уровне нормативных правовых актов, которые определяют уголовно-правовую политику. Недоработанность, техническое несовершенство нормативного правового акта часто становятся преградой его реализации, могут существенно затормозить и даже изменить направление уголовно-правовой политики.

Социально-экономическая сфера, указывая направления реализации уголовно-правовой политики, одновременно определяет и материальные возможности для ее осуществления.

Идеологическая сфера, которой продолжительное время уделялось внимание исключительно с позиций соответствия уголовно-правовой политики господствующей в СССР марксистско-ленинской идеологии, на самом деле должна иметь абсолютно другую окраску и другие ориентиры. В первую очередь, чтобы быть эффективной, уголовно-правовая политика должна отвечать менталитету, социально-психологическим особенностям украинского общества, его социально-правовой психологии. На это обращал внимание родоначальник психологической теории права Л.И. Петражицкий, который отмечал, что источником права является душа народа¹².

Уголовно-правовой менталитет связан с восприятием уголовно-правовой действительности, ее оценкой (в том числе оценкой определения преступного и непроступного, практики назначения наказания), требованиями к этим процессам¹³.

В зависимости от уровня соответствия уголовно-правовому менталитету общества уго-

ловно-правовая политика будет более или менее эффективной или вообще неэффективной в случае, когда она не будет ему отвечать вообще. При этом данный тезис можно углубить, зафиксировав, что в связи со сложной структурой общества, наличием расхождений в уголовно-правовом менталитете различных национальностей, с различиями в социально-правовой психологии между различными социальными группами, коллективами и конкретными лицами эффективность уголовно-правовой политики зависит и от ее соответствия этим характеристикам.

На эффективность уголовно-правовой политики будут влиять и особенности политической и правовой культуры различных слоев общества, социальных групп населения, уровень их правового сознания. В связи с этим следует поддержать точку зрения А.М. Яковлева, который подчеркивал, что действие уголовного законодательства тем эффективнее, чем больше оно учитывает социально-психологические категории правового общественного сознания¹⁴.

Высказанная позиция ни в коем случае не должна привести к выводу о необходимости «приспособления» уголовно-правовой политики под идеологические позиции, уголовно-правовой менталитет и социально-правовую психологию отсталой части общества. Наоборот, уголовно-правовая политика должна быть ориентирована на прогрессивные элементы общества, быть общим ориентиром поведения для большинства населения.

И последний момент, который определяет эффективность уголовно-правовой политики. Он связан с соблюдением режима законности при применении уголовно-правовых норм. Нарушение закона дискредитирует уголовно-правовую политику, сводит на нет возможности достижения намеченной цели.

Библиография:

1. Бойков А.Д. К изучению эффективности уголовно-процессуального закона // Эффективность применения уголовного закона. — М., 1973.
2. Борисов В.І. Відповідність кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом міжнародним до-говорам України // Відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності: матеріали наук.-практ. конф. — Харьков, 2006.
3. Борисов В.І. Державна політика у сфері боротьби зі злочинністю та її напрямки // Проблеми законності: республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В.Я. Тацій. — Харьков, 2009. — Вип. 100.
4. Борисов В.І. Современная политика государства в сфере борьбы с преступностью и ее уголовно-правовое направление // Правовая система Украины: история, состояние и перспективы: в 5 т. Т. 5. Уголовно-право-

¹² Kowalski J., prof. nadzw. dr hab. Psychologiczna teoria prawa i państwa Leona Petrażyckiego. Warszawa, 1963. С. 28.

¹³ Костенко О. Принцип верховенства законів природного права — «генетичний код» прогресивної Конституції // Наук. вісн. України. 2013. 22–28 черв. С. 4.

¹⁴ Яковлев А.М. Преступность и социальная психология. М., 1971. С. 216.

- вые науки. Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Украине / под общ. ред. В.В. Сташиса. — Харьков, 2011.
5. Борисов В.І. Сучасна політика держави у сфері боротьби зі злочинністю та її кримінально-правовий напрям // Право України. — 2012. — № 1–2.
 6. Эффективность застосування кримінально-правових норм органами досудового розслідування та прокурором // Проблеми забезпечення ефективності діяльності органів кримінального переслідування в Україні / за заг. ред. В.І. Борисова, В.С. Зеленецького. — Харьков, 2010.
 7. Зеленевский Я. Организация трудовых коллективов. Введение в теорию организации управления. — М., 1971.
 8. Костенко О. Принцип верховенства законів природного права — «генетичний код» прогресивної Конституції // Наук. вісн. України. — 2013. — 22–28 черв. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 21. — М., 1961.
 9. Розенфельд Н. Л. Коротка методика юридичного аналізу ефективності застосування законодавства. — Киев, 2009.
 10. Стручков Н.А. Эффективность уголовно-правовых мер борьбы с преступностью. — М., 1968.
 11. Фаткуллин Ф.Н., Чулюкин Л.Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. — Казань, 1977.
 12. Фріс П.Л. До питання про ефективність кримінально-правової політики // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: матеріали міжнар. наук.-практ. конф.: у 2 ч. Ч. 1. Львів, 2006.
 13. Фріс П.Л. Кримінально-правовий менталітет народу і кримінально-правова політика // Кримінальний кодекс України 2001 року: проблеми застосування і перспективи удосконалення: тези доп. та повідомл. учасн. Міжнар. симпозіуму (Львів, 21–22 верес. 2012 р.) — Львів, 2012.
 14. Фріс П.Л. Кримінально-правова політика України: дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 2005.
 15. Эффективность правовых норм. — М., 1980.
 16. Эффективность применения уголовного закона. — М., 1973.
 17. Яковлев А.М. Преступность и социальная психология. — М., 1971.
 18. Kowalski J., prof. nadzw. dr hab. Psychologiczna teoria prawa i państwa Leona Petrażyckiego. — Warszawa, 1963.

Матеріал поступил в редакцію 4 марта 2014 г.

THE EFFICIENCY OF CRIMINAL LAW POLICY

Borisov Vyacheslav Ivanovich

Doctor of Law, professor of the Department of Criminal law of the Research Institute for the Study of problems of Crime named after the academician V. Stashis of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

[ivpz@mail.ru]

Fris Pavel Lvovich

Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal law of Vasyl Stefanyk Precarpathian National University

[lawdept@pu.if.ua]

Abstract

The article discusses a range of issues relating to the effectiveness of the criminal law policy of Ukraine. The efficiency is defined as the degree of achievement of the goals and objectives in the fight against crime with the use of norms and institutions of the law on criminal responsibility. The effectiveness of criminal law policy is primarily based on the impact of legislation on criminal liability, it depends on the efficiency and impact of the direct application of its criminal law rules, it is conditioned with the action of the whole complex of criminal law functions (enforcement, regulatory, preventive and others). Ukrainian legislation on the criminal liability of the Criminal Code of Ukraine, which is the legislative branch, which is a relatively stable system, obeying the laws of rational legal systemacy, and therefore the efficiency of criminal law policy is a feature of such a system as a whole. In a situation in which the criminal law rule is intended to protect the most important relationship for the society from criminal attacks, and this goal is fully or largely achieved with the help of the very fact of its adoption (by influencing the public consciousness), the criminal law policy is primarily implemented not because of its use, but because of the conscious compliance with laws governing the behavior of individual human activities of public associations, the work of institutions, enterprises, organizations, and public administration. In this case, the non-use of the law on criminal liability in the absence of occasion for this shows the high level of its effectiveness. Otherwise, the frequent application of the law on criminal liability can not be regarded as an indicator of its high level of efficiency, since the law did not achieve the desired result — it did not effect properly on the society and its members. The article defines and discusses criteria for effectiveness, its levels, as well as a number of other related issues.

Keywords

Anti-effectiveness, inefficiency, efficiency levels, goals, criteria of efficiency, effectiveness, combat against crime, evaluation of the effectiveness, criminal law policy, criminal law mentality.

References

1. Boykov A.D. To the study of the effectiveness of criminal procedure law // The effectiveness of criminal law. — M., 1973.
2. Borisov V.I. Compliance with criminal liability for the legalization (laundering) of proceeds from crime to international-speaking Ukraine // Responsibility for crimes in the sphere of economic activity: outcomes of the scientific Pract. conf. — Kharkov, 2006.
3. Borisov V. Public policy in the fight against crime and its direction // Problems of the legality: Republic. international scient. Conf. / Ed. by V.J. Tatsyi. — Kharkov, 2009. № 100.
4. Borisov V.I. Modern state policy in sphere pf struggle against crime and its criminal law direction // Ukraine Legal system: History, Status and Prospects: In 5 vol. Vol. 5. Criminal and legal science. Actual problems of the combat against crime in Ukraine / Ed. by V. Stashys. — Kharkov, 2011.
5. Borisov V.I. Current policy of the government in the combat against crime and its criminal law direction // Ukraine. — 2012. — № 1–2.
6. Efficacy of the application of criminal law rules by the pre-trial investigation and the prosecutor // Problems of efficiency of the activity of criminal prosecution in Ukraine / Ed. by V.I. Borisova, V.S. Zelenetsky. — Kharkov, 2010.
7. Zelenevskaya J. Organization of labor collectives. Introduction to the theory of administration. — M., 1971.
8. Kostenko O. Rule of law principle in the natural law — genetic code» of the progressive Constitution // Ukraine scientific Bulletin. — 2013.
9. Marx K. and Engels F. Op. vol. 21. — M., 1961.
10. Rosenfeld N.L. The short methods of legal analysis of the efficiency of the application of the legislation. — Kiev, 2009.
11. Struchkov N.A. The effectiveness of the criminal law measures in combat against crime. — M., 1968.

Я.В. Комиссарова*, В.И. Комиссаров**

КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЕ ИЗУЧЕНИЕ ЛИЧНОСТИ НОСИТЕЛЕЙ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ

Аннотация. При расследовании преступлений решение множества криминалистических и процессуальных задач определяется качеством и количеством так называемой гомологической информации. Использование современных достижений наук о человеке и человеческой деятельности в ходе досудебного производства по уголовным делам позволяет повысить эффективность противодействия преступности. Успех в борьбе с криминалом зависит не только от уровня технической оснащенности правоохранительных органов и качества нормативной базы, но и от наличия у практических работников знаний об особенностях межличностного общения, навыков и умений, способствующих его процессуально грамотной организации. Поэтому изучению личности в криминалистике придается большое значение. Однако развитие целостной криминалистической теории изучения личности осложняется отсутствием в юриспруденции универсальных определений категорий «человек» и «личность»; на уровне законодательства они не разграничиваются. В ряде научных трудов были подняты и исследуются проблемы анализа личности подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля. Вопросы криминалистического изучения личности иных субъектов судопроизводства проработаны слабо.

В современных условиях представляется весьма актуальным анализ с позиций криминалистики личности носителей специальных знаний, прежде всего тех, кто участвует в уголовном процессе в статусе эксперта и специалиста. История использования специальных знаний в судопроизводстве России сложилась таким образом, что судебно-экспертная деятельность стала самостоятельным видом общественно полезной деятельности, а деятельность лиц, занимающихся производством судебных экспертиз, — профессией. В работах по общей теории судебной экспертизы можно найти разделы, в которых характеризуются субъекты судебно-экспертной деятельности (преимущественно, с позиций действующего процессуального законодательства), и отдельно — психологические основы деятельности судебного эксперта как профессионала. В то же время авторы учебников по криминалистике делают упор на научно-технические аспекты использования специальных знаний. Тактика взаимодействия следователя с экспертами и специалистами рассматривается, как правило, с позиций сотрудничества без учета конфликта интересов.

Ключевые слова: расследование преступлений, криминалистика, личность, участники процесса, эксперт, специалист, межличностное общение, заключение эксперта, заключение специалиста, оценка доказательств.

© Комиссарова Я.В., 2014

* Комиссарова Ярослава Владимировна — кандидат юридических наук, доцент кафедры криминалистики, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА). [kafcrim@msal.ru]
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

© Комиссаров В.И., 2014

** Комиссаров Владимир Иванович — доктор юридических наук, профессор кафедры криминалистики Саратовской государственной юридической академии. [kafcrim@msal.ru]
410056, Россия, г. Саратов, ул. Вольская, д. 1.

Понятия «человек», «индивид», «личность» зачастую используются как синонимы, что не совсем верно. Личность есть результат социализации человека, осуществляемой под воздействием множества различных факторов, как внешних, так и внутренних. Не случайно в языковой практике слово «личность» не употребляется применительно к новорожденному, указывая на человека, начиная с определенного этапа его развития.

Однако не следует игнорировать биологические начала формирования личности. Мы всегда имеем дело одновременно и с живым организмом, и с членом общества. Многоаспектность восприятия индивидом собственной личности это подтверждает. Так, Д.А. Леонтьев выделяет пять граней «Я»¹, среди которых на первом месте телесное или физическое «Я», «образ тела». Вторая грань «Я» — социально-ролевое ощущение себя как носителя тех или иных социальных функций. Третья грань — психологическое «Я» (восприятие собственных мотивов, потребностей, способностей и т.д.). Четвертая отражает диспозицию человека в окружающем мире как источника активности или, наоборот, пассивного объекта воздействия и связанные с этим переживания. Пятая грань — это самоотношение (включая самооценку), смысл «Я», определяющий жизнедеятельность личности.

Было бы ошибкой полагать, что психология является «монополистом» в исследовании категории «личность». Сущность данного понятия, его соотношение с другими категориями, характеризующими современного человека как «*homo sapiens*», в силу объемности каждого из них было и остается предметом самостоятельного изучения многих наук. Криминалистика — не исключение.

При раскрытии и расследовании преступлений решение широкого спектра криминалистических, уголовно-правовых, уголовно-процессуальных, криминологических задач определяется качеством и количеством так называемой гомологической информации. Использование современных достижений наук о человеке и человеческой деятельности в ходе досудебного производства по уголовным делам позволяет повысить эффективность противодействия преступности. Успех в борьбе с криминалом напрямую зависит не только от уровня технической оснащенности правоохранительных органов и качества нормативной базы, но и от наличия у практических работников знаний об особенностях межличностного общения, навыков и умений, способствующих его процессуально

грамотной организации на всех стадиях уголовного процесса. Еще Г. Гросс писал: «Важным условием “точной” деятельности судебного следователя является основательное знание человека как главного материала предварительного следствия. Люди, так или иначе выступающие в следствии, в этом положении суть не что иное, как средства доказательства, и приносят делу много или мало пользы, смотря по тому, умеет ли следователь с ними обращаться. ...свидетель неумелому следователю или ничего не расскажет, либо покажет несущественное, или совсем неверное, и тот же свидетель правдиво, точно и подробно покажет тому следователю, который сумеет заглянуть в его душу, понять его и сумеет с ним обойтись»².

Процесс становления и развития учения о методах и средствах изучения личности в отечественной криминалистике можно условно разделить на три этапа: VIII — первая половина XIX вв.; вторая половина XIX — начало XX вв.; середина XX–XXI вв.³

Одним из первых обратил внимание на необходимость учета психологии преступников И.Т. Посошков. Сегодня он известен не только как выдающийся русский экономист-теоретик, автор остросоциального для своего времени трактата «Книга о скудости и богатстве» (1724), но и как разработчик основ тактики допроса обвиняемых и свидетелей, в том числе лиц, дающих ложные показания.

С этой точки зрения не меньшего внимания заслуживают труды братьев Якова и Сергея Баршевых. В 1841 г. были опубликованы курс уголовного права «Общие начала теории и законодательства о преступлениях и наказаниях» С.И. Баршева и «Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству» Я.И. Баршева. В своей работе Я. Баршев, в частности, подчеркивал:

1) применительно к производству обыска — «домашний обыск должен быть производим неожиданно, со всею внимательностью и наблюдением над действиями лиц, живущих в обыскиваемом доме»;

2) относительно тактики допроса — «наилучшим должно почтить тот образ допроса, в котором делается переход от более общих вопросов к наиболее частным, чтобы таким образом дать обвиняемому повод высказать себя и обстоятельство преступления»;

3) описание хода и результатов «личного осмотра преступления и следов его» должно

¹ Куликов Л.В. Психология личности в трудах отечественных психологов: хрестоматия. СПб., 2009. С. 386–388.

² Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики. М., 2002. С. 44–45.

³ Малыгина Н.И. Лицо, совершившее преступление, как объект изучения в криминалистике. Саратов, 2012. С. 13–20.

быть настолько подробным и точным, чтобы те, «которые должны воспользоваться этим актом, могли получить посредством него столь ясное и полное представление о предмете осмотра, как будто б они сами произвели его»⁴.

Основой для формирования изучения личности как отдельного направления в криминалистике послужил цикл исследований, посвященных личности обвиняемого, проведенных в 1960–1970 гг. прошлого столетия М.Г. Коршиком, С.С. Степичевым, А.С. Кривошеевым, Н.Т. Ведерниковым, П.П. Цветковым и др. Именно в тот период сложилось понимание необходимости многоаспектного исследования личности преступника — с уголовно-правовых, криминологических, уголовно-процессуальных, криминалистических позиций.

В 1973 г. в числе первых Ф.В. Глазырин предложил рассматривать криминалистическое изучение личности преступника в качестве самостоятельной частной криминалистической теории⁵. В 1980-е гг. появились работы, в которых В.Е. Корноухов, Ш.Н. Хазиев, Г.А. Густов и др. акцентировали внимание на проблемах установления личности неизвестного преступника. На рубеже 1980–1990 гг. В.А. Жбанковым были разработаны концептуальные основы установления личности преступника в криминалистике⁶.

Итогом научных изысканий стало формирование трех основных направлений изучения личности преступника. Первое связано с получением и анализом сведений о нем, позволяющих осуществить отождествление личности и ответить на вопрос, кто именно совершил преступление. Второе ориентировано на исследование личности подозреваемого и обвиняемого после установления лица, совершившего преступление, для решения комплекса тактических задач. Третьим можно считать изучение личности в целях реализации мер криминалистической профилактики⁷.

Параллельно с исследованиями личности преступника ученые В.М. Быков, В.В. Вандышев, Е.Е. Центров, А.А. Закатов, Д.А. Турчин, В.И. Шиканов и др. достаточно активно работали над криминалистическими проблемами изучения личности жертвы (потерпевшего). В ряде науч-

ных трудов, опубликованных на рубеже веков, так или иначе затрагивались различные аспекты анализа личностных особенностей несовершеннолетних участников процесса. Были подняты проблемы криминалистического исследования личности свидетеля (Т.С. Волчецкая, И.Е. Козырева и др.). Однако вопросы криминалистического изучения личности иных субъектов судопроизводства проработаны слабо.

В современных условиях представляется весьма актуальным анализ с позиций криминалистики личности носителей специальных знаний, прежде всего тех, кто участвует в уголовном процессе в статусе эксперта и специалиста.

История использования специальных знаний в судопроизводстве России сложилась таким образом, что судебно-экспертная деятельность стала самостоятельным видом общественно полезной деятельности, а деятельность лиц, занимающихся производством судебных экспертиз, — профессией. Это привело к появлению судебной экспертологии — обособленной от криминалистики области знания. Сегодня судебная экспертиза — и процессуальное действие, проводимое лицами, назначенными экспертами в порядке, предусмотренном УПК, ГПК, АПК, КоАП РФ, и самостоятельный вид услуг, и специальность высшего профессионального образования. Статус эксперта субъект может приобрести, вступая в различные общественные отношения, урегулированные множеством отраслей права.

Вместе с тем процессуальным правом эксперт до сих пор воспринимается в качестве лица, оказывающего посильное содействие сторонам и суду в урегулировании проблем, на разрешение которых нацелен соответствующий вид правоприменительной деятельности, а экспертиза рассматривается исключительно как правовая форма использования специальных знаний. Что касается роли специалиста в раскрытии и расследовании преступлений, то пока внимание ученых сосредоточено на содержании его функций, существенно расширенных в 2003 г., и возникшей в связи с этим необходимости более четкого разграничения процессуального статуса эксперта и специалиста. Возможно, поэтому большинство исследователей по-прежнему при анализе понятия «специальные знания» не учитывают различия между образовательной, профессиональной и уголовно-процессуальной деятельностью⁸.

В работах по общей теории судебной экспертизы можно найти разделы, в которых характеризуются субъекты судебно-экспертной

⁴ Криминалистика / под ред. Е.П. Ищенко. М., 2011. С. 28.

⁵ Глазырин Ф.В. Криминалистическое изучение личности обвиняемого: дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1973.

⁶ Жбанков В.А. Концептуальные основы установления личности преступника в криминалистике: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1995.

⁷ Лушечкина М.А. Криминалистическое изучение личности в тактике расследования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 14–18.

⁸ Шапиро Л.Г., Степанов В.В. Специальные знания в уголовном судопроизводстве. М., 2008; Лазарева Л.В. Специальные знания и их применение в доказывании по уголовному делу. М., 2009.

деятельности (преимущественно с позиций действующего процессуального законодательства), и отдельно — психологические основы деятельности судебного эксперта как профессионала⁹. В то же время авторы учебников по криминалистике делают упор на научно-технические аспекты использования специальных знаний. За редким исключением¹⁰ тактика взаимодействия следователя с экспертами и специалистами рассматривается с позиций сотрудничества без учета конфликта интересов. Речь идет не только о конфликте интересов сторон в условиях состязательности, но и о внутриличностных конфликтах. Носитель специальных знаний (независимо от своего процессуального статуса) — это физическое лицо, обыкновенный человек, признаваемый субъектом права, правоотношений или деятельности. В каком бы контексте ни шла речь об участниках уголовного судопроизводства, мы говорим об индивидах либо социально организованных общностях людей.

С точки зрения психологии каждый член общества, будучи субъектом сложной системы социальных отношений, выбирая тот или иной вариант поведения — действуя или бездействуя, решает поставленные перед ним задачи исходя из имеющихся психических возможностей, руководствуясь своими привычками и предпочтениями, социокультурным опытом, приобретенными знаниями и т.д. При этом главный для человека смысл может отражать внутреннюю невидимую активность, замаскированную внешней физической картиной и объективным содержанием деятельности¹¹.

В основе всякого субъективного права и субъективной обязанности лежат интересы личности. Поскольку носители специальных знаний не имеют собственных материально-правовых интересов в уголовном деле, стремление человека получить предусмотренное законом вознаграждение за исполнение возложенных на него обязанностей, оказавшись ключевым, может негативно сказаться (и на практике зачастую сказывается) на результатах действий, выполняемых им в качестве участника процесса.

Современная юриспруденция, насколько возможно, стремится учитывать целостность человеческой личности. Вместе с тем типиза-

ция общественных отношений, предопределяя необходимость деления права на отрасли и институты, далеко не всегда позволяет на уровне отраслевого законодательства в полной мере отразить значение данного фактора. За редким исключением, например в части дееспособности, возраста участников судопроизводства, учет их личностных особенностей не вписывается в рамки уголовно-процессуального регулирования. Исходя из того что экспертом или специалистом может стать любой человек, обладающий специальными знаниями, процессуальное право оставляет без внимания вопрос о его личности, в том числе способности квалифицированно применять на практике имеющиеся знания, навыки и умения. Постулируя, что эксперт или специалист — это носитель специальных знаний, законодатель производному характеру их процессуальных функций от профессиональных составляющих деятельности субъекта, вовлекаемого в судопроизводство, должного внимания не уделяет.

Востребованность специальных знаний при раскрытии и расследовании преступлений в последние годы растет чрезвычайно быстрыми темпами. Научно-технический прогресс и глобализация информационных потоков осложняют проверку обоснованности заключения эксперта с научной точки зрения. По справедливому замечанию Ю.К. Орлова, хотя заключение эксперта как доказательство не имеет каких-либо преимуществ и оценивается по общим правилам, оно обладает весьма существенной спецификой, его оценка вызывает немало затруднений¹².

Не вдаваясь в анализ сложнейшей проблемы оценки доказательств, отметим, что особенности оценки заключения эксперта в процессе доказывания исследовались многими видными учеными (Р.С. Белкиным, А.Р. Белкиным, А.И. Винбергом, В.М. Галкиным, Ю.Г. Коруховым, А.В. Кудрявцевой, И.В. Овсянниковым, Ю.К. Орловым, А.Я. Палишвили, И.Л. Петрухиным, А.А. Эйсманом и др.). Предлагая свои варианты детализации процедуры оценки заключения эксперта с учетом общих правил оценки доказательств, они единодушно отмечали: наибольшую сложность для лиц, несущих бремя доказывания, представляет оценка научной обоснованности экспертного заключения.

Позиция научной общественности нашла отражение в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2010 г. № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам», в п. 19 которого прямо указано: «Для оказания помощи в

⁹ Аверьянова Т.В. Судебная экспертиза: курс общей теории. М., 2006; Теория судебной экспертизы / под ред. Е.Р. Россинской. М., 2009.

¹⁰ Криминалистика для государственных обвинителей / под ред. А.Ф. Козусева, В.Н. Исаенко, А.М. Кустова. М., 2012. С. 197–215.

¹¹ Иванников В.А. Подходы к анализу деятельности // Традиции и перспективы деятельностного подхода в психологии: школа А.Н. Леонтьева / под ред. А.Е. Войскунского, А.Н. Ждан, О.К. Тихомирова. М., 1999. С. 45.

¹² Орлов Ю.К. Судебная экспертиза как средство доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005. С. 5–6.

оценке заключения эксперта и допросе эксперта по ходатайству стороны или по инициативе суда может привлекаться специалист. Разъяснения специалист дает в форме устных показаний или письменного заключения»¹³.

Однако постановление не содержит уточнения, позволяющего четко ограничить такого рода помощь вопросами, связанными с оценкой научной обоснованности заключения эксперта, что с процессуальной точки зрения некорректно. На наш взгляд, позиция Пленума Верховного Суда РФ фактически предопределяет, без весомых к тому оснований, возможность противопоставления одной из сторон (в первую очередь стороной защиты) заключения специалиста, порядок получения которого в УПК РФ должным образом не урегулирован, заключению эксперта, что в настоящее время все чаще происходит на практике. Между тем оценка результатов чужого труда — дело ответственное. Зачастую оценка результатов чужого научного исследования может быть приравнена к самостоятельному научному исследованию еще более высокого ранга, чем изначально проведенное.

Неудивительно, что суды крайне неохотно идут на приобщение к материалам дела заключений специалистов, указывающих на ошибки в заключениях экспертов. Многолетний личный опыт работы одного из соавторов (Я.В. Комиссаровой) в качестве государственного судебного эксперта свидетельствует: даже когда речь идет о предоставлении экспертом более чем сомнительных документов, якобы подтверждающих его квалификацию (согласно ст. 70 УПК РФ эксперт не может принимать участие в производстве по уголовному делу, если обнаружится его некомпетентность), судьи всеми правдами и неправдами пытаются уклониться от допроса явившегося в суд специалиста.

С учетом изложенного представляется актуальным изучение с позиций криминалистической тактики соотношения профессионального и процессуального компонентов деятельности носителей специальных знаний в целях выработки рекомендаций по оптимизации взаимодействия следователя с указанными участниками уголовного судопроизводства.

Библиография:

1. Аверьянова Т.В. Судебная экспертиза: курс общей теории. — М., 2006.
2. Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики. — М., 2002.
3. Иванников В.А. Подходы к анализу деятельности // Традиции и перспективы деятельностного подхода в психологии: школа А.Н. Леонтьева / под ред. А.Е. Войскунского, А.Н. Ждан, О.К. Тихомирова. — М., 1999.
4. Криминалистика / под ред. Е.П. Ищенко. — М., 2011.
5. Криминалистика для государственных обвинителей: учебник / под ред. А.Ф. Козусева, В.Н. Исаенко, А.М. Кустова. — М., 2012.
6. Куликов Л.В. Психология личности в трудах отечественных психологов : хрестоматия. — СПб., 2009.
7. Лазарева Л.В. Специальные знания и их применение в доказывании по уголовному делу. — М., 2009.
8. Малыгина Н.И. Лицо, совершившее преступление, как объект изучения в криминалистике. — Саратов, 2012.
9. Орлов Ю.К. Судебная экспертиза как средство доказывания в уголовном судопроизводстве. — М., 2005.
10. Теория судебной экспертизы / под ред. Е.Р. Россинской. — М., 2009.
11. Шапиро Л.Г., Степанов В.В. Специальные знания в уголовном судопроизводстве. — М., 2008.

Материал поступил в редакцию 2 апреля 2014 г.

¹³ Верховный Суд РФ: [сайт]. URL: <http://www.vsrfr.ru/second.php> (дата обращения — 11.02.2014).

FORENSIC SCIENCE ON THE STUDY OF PERSONALITIES ENJOYING SPECIAL KNOWLEDGE

Komissarova Yaroslava Vladimirovna

PhD in Law, assistant professor, Department of Forensic Science, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
[kakrim@msal.ru]

Komissarov Vladimir Ivanovich

Doctor of Law, professor, Department of Forensic Science, Saratov State Law Academy
[kakrim@msal.ru]

Abstract

In the course of crime investigating forensic science and procedural law have to deal with a great number of issues whose solution depends on the quality and amount of so-called homologous information. The employment of present-day scientific achievements related to man and human activities in the course of conducting pre-trial criminal investigation makes possible increasing the efficiency of crime-fighting activities. The success in fighting crime depends not only on the advanced technical means delivered to law enforcement bodies and on the high level of the regulatory structure, but also on the field officers' knowledge concerning peculiarities of interpersonal communication, on mastering relevant skills and capacities. That is why forensic science pays special attention to the study of personality. However, the development of the comprehensive forensic science doctrine, dealing with the personality study, is hindered by the lack of uniform legal definitions of such categories as «a human being» and a «personality»; they are not distinguished at the legislation level. Several scientific works dwell on the study and analysis of the personality of the suspect, the accused, the victim and the witness. The issues dealing with the forensic science's study of other subjects' personalities involved in legal proceedings are studied insufficiently.

Under current conditions, the analysis of personalities enjoying special knowledge, especially the ones involved in criminal proceedings as an expert and as a specialist, seems rather relevant in the context of forensic science application. The process of employing special knowledge in legal procedure in Russia has developed in such way that forensic science activities have gained the status of independent socially useful activities; and the activities of people involved in forensic expertise have shaped into a separate profession. While studying the works dealing with the general theory of forensic expertise one can find the parts carrying characteristics of the subjects involved in forensic science activities (primarily from the positions of the acting procedural legislation); and separately – psychological basics of the activities of a forensic science expert in the status of specialist. At the same time the authors of the forensic science's textbooks highlight mainly scientific technical aspects of special knowledge application. Relations between investigator and forensic experts are normally considered from the positions of collaboration and fail to take into account the conflict of interests.

Keywords

Crime investigation, forensic science, personality, participants of the process, expert, specialist, interpersonal communication, expert's opinion, specialist's opinion, evidence evaluation.

References

1. Averyanova T.V. Forensic Science: general theory course. — M., 2006.
2. Gross G. Guidelines for forensic science investigators as a system of forensic science. — M., 2002.
3. Ivannikov V.A. Approaches to the practice analysis // Traditions and perspectives of the activity approach in psychology: A.N. Leontyev's school / under the editorship of A.E. Voyskunsky, A.N. Zhdan, O. K. Tikhomirov. — M., 1999.
4. Forensic Science / under the editorship of E.P. Ishchenko. — M., 2011.
5. Forensic Science for state procurators: textbook / under the editorship of A.F. Kozusev, V.N. Isayenko, A.M. Kustov. — M., 2012.
6. Kulikov L.V. Psychology of personality in the works of domestic psychologists: anthology. — SPb., 2009.
7. Lazareva L. V. Special knowledge and its application in evidence providing in a criminal case. — M., 2009.
8. Malykhina N.I. Criminal as a subject of forensic science study. — Saratov, 2012.
9. Orlov Yu.K. Forensic science as means of providing evidence in criminal procedure. — M., 2005.
10. Forensic expertise theory/under the editorship of E.P. Rossinskaya. — M., 2009.
11. Shapiro L.G., Stepanov V. . Special knowledge in criminal procedure. — M., 2008.

СПЕЦИФИКА ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ЭТАПА РАССЛЕДОВАНИЯ НАСИЛЬСТВЕННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СЕМЬЕ

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы механизма насильственных преступлений, совершенных в семье; появления информации о данных преступлениях и его участниках; собирания, исследования и использования этой криминалистически значимой информации при расследовании данных преступлений. Сформулированы методические рекомендации по организации действий следователя (дознавателя) на этапе между принятием решения об окончании производства по уголовному делу и направлением его прокурору с обвинительным заключением или обвинительным актом. Проанализирован алгоритм действий следователя (дознавателя) на последующем этапе расследования, показаны задачи завершающего этапа расследования, схема их решения, исследована практика рассмотрения ходатайств обвиняемых и их защитников следователем (дознавателем) на заключительном этапе расследования насильственных преступлений в семье.

Использовались диалектический метод научного познания, отражающий взаимосвязь теории и практики, а также следующие частнонаучные методы: статистический, логический, информационно-аналитический методы; метод системного анализа; обобщение и описание полученных данных.

Ключевые слова: следователь, расследование, уголовное дело, заключение, предварительное следствие, доказательства, ходатайство, этап расследования, обвинительное, криминалист.

Большинство ученых-криминалистов считают необходимым разработку методических рекомендаций по организации действий следователя (дознавателя) на этапе между принятием решения об окончании производства по уголовному делу и направлением его прокурору с обвинительным заключением или обвинительным актом. В то же время они по-разному подходят к содержанию данного этапа. Так, по мнению Р.С. Белкина, в содержание заключительного этапа входят:

1) процессуальные действия по завершению производства расследования;

2) дополнительные следственные действия, проводимые по ходатайству обвиняемого или его защитника, указанию надзирающего прокурора или начальника следственного подразделения органа внутренних дел, а также по определению распорядительного заседания суда;

3) повторные следственные действия, проводимые по тем же основаниям, а также в связи

с возобновлением производства по приостановленному или прекращенному делу, возвращением дела со стадии судебного разбирательства или после отмены приговора;

4) организационные и организационно-технические мероприятия, необходимые для завершения расследования.

Р.С. Белкин отмечает, что «в каждом конкретном случае содержание заключительного этапа будет определяться задачами расследования, и не обязательно, чтобы наличествовали все перечисленные элементы. Приведенный перечень является по своему составу максимальным»¹.

По мнению М.В. Кардашевской, задачей завершающего этапа расследования является подведение итогов предварительного следствия (гл. 30 УПК РФ) или дознания (ст. 225 УПК РФ), а задачей последующего этапа — сбор доказательств, достаточных для принятия реше-

¹ Белкин Р.С. Курс криминалистики. М., 2001. С. 391.

ния об окончании предварительного следствия (ст. 212, 215 УПК РФ) или дознания (ст. 225 УПК РФ). «Если приоритетная задача не решена, то невозможно наступление следующего этапа расследования»².

Н.Г. Шурухнов в содержание заключительного этапа включает только разрешение заявленных ходатайств (ст. 219 УПК РФ), составление обвинительного заключения. После подписания следователем обвинительного заключения уголовное дело с согласия руководителя следственного органа немедленно направляется прокурору (ст. 220 УПК РФ). На заключительном этапе подводятся итоги проведенного расследования, устраняются допущенные ошибки и недоработки и принимается процессуальное решение, формулируемое обычно в виде обвинительного заключения или постановления о прекращении дальнейшего производства по делу³.

Мы согласны с точкой зрения указанных ученых, так как удовлетворение ходатайств в виде производства каких-либо следственных действий означает, что следователь (дознатель) не собрал достаточных для принятия решения об окончании предварительного следствия или дознания доказательств. После проведения заявленных следственных действий может возникнуть необходимость в проведении других, после чего следователь (дознатель) будет снова принимать решение об окончании предварительного расследования и снова знакомить участников процесса с материалами уголовного дела. Таким образом, следователь (дознатель), приняв решение об удовлетворении ходатайств о производстве следственных действий (тем более при дополнительном или повторном расследовании) возвращается на последующий этап расследования, на котором и решается задача сбора доказательств, достаточных для принятия решения об окончании предварительного следствия. Таким образом, задачами завершающего этапа расследования следует признать: 1) анализ собранных доказательств с целью определения их достаточности для составления обвинительного заключения (акта); 2) ознакомление участников уголовного судопроизводства с материалами уголовного дела; 3) разрешение заявленных ходатайств; 4) составление обвинительного заключения (акта).

² Кардашевская М.В. Базовые методики расследования. LAP, 2012. С. 97.

³ Шурухнов Н.Г. Влияние уголовно-процессуального законодательства на структуру и содержание расследования преступлений // Органы предварительного следствия в системе МВД России: история, современность, перспективы (к 50-летию со дня образования следственного аппарата в системе МВД России): сб. матер. всерос. науч.-практ. конф.: в 2 ч. М., 2013. С. 141.

Анализ собранных доказательств может производиться по определенной схеме.

Анализ процессуального порядка получения доказательств. Каждое доказательство проверяется на предмет соответствия способа его получения уголовно-процессуальному законодательству: не были ли при его собирании нарушены гарантированные Конституцией РФ права человека и гражданина; собрано ли оно и закреплено в том порядке и в результате тех действий, которые предусмотрены процессуальными нормами; уполномоченным ли на то законом лицом; заполнены ли все необходимые реквизиты в постановлениях, протоколах, заключениях, т. е. нет ли доказательств, которые могут быть признаны недопустимыми. Если есть возможность исправить выявленные недостатки, то их необходимо сразу устранить.

В соответствии с ч. 3 ст. 88 УПК РФ следователь и дознаватель вправе признать доказательство недопустимым по собственной инициативе. Исходя из содержания ч. 3 и 4 данной статьи следователь и дознаватель должны оформить свое решение о признании доказательства недопустимым в процессуальном документе. Однако порядок принятия такого решения в действующем УПК РФ не предусмотрен. Поэтому лица, производящие расследование, по сути, фактически игнорируют выполнение требования закона о необходимости оценки собранных доказательств с точки зрения их допустимости. По изученным нами уголовным делам не было ни одного случая признания доказательства недопустимым по инициативе следователя или дознавателя.

Е.С. Березина полагает, что решать проблемные вопросы в этой области следует с уточнения алгоритма действий следователя и дознавателя в случае признания ими доказательства недопустимым. Она считает, что это целесообразно сделать посредством введения в УПК РФ самостоятельной статьи «Решение прокурора, следователя, дознавателя о признании доказательства недопустимым» (соответственно, помещенной после ст. 88 УПК РФ)⁴.

В целом поддерживая данное предложение, хотим отметить только один момент, нуждающийся в дополнительном обосновании. В ч. 3 предложенной статьи Е.С. Березина указывает: «3. Следователь, дознаватель вправе допросить свидетеля, прокурор вправе получить объяснение от свидетеля и приобщить к уголовному делу документ, указанный в ходатайстве». Совершенно непонятно, о каком свидетеле и документе идет речь. Если в ходатайстве участников процесса идет речь о том, что есть документ или

⁴ Березина Е.С. Проблемные вопросы исключения недопустимых доказательств в досудебном производстве // Российский следователь. 2013. № 5. С. 12.

свидетель, опровергающие то или иное доказательство, то следователь (дознатель) в любом случае должны проводить необходимые следственные действия, направленные на устранение имеющихся противоречий, и для этого им не нужна дополнительная санкция закона. Или же под свидетелем подразумевается лицо, получившее доказательство с нарушением требований УПК РФ? Тогда о каком документе идет речь? Представляется, что ч. 3 из предложенной Е.С. Березиной редакции новой статьи УПК РФ следует исключить в связи с трудностью ее толкования.

Анализ полноты расследования. Материалы уголовного дела изучаются с позиции:

- все ли необходимые процессуальные решения приняты (жертва преступления признана потерпевшим; различные объекты признаны в качестве вещественных доказательств и определено место их хранения и т.п.);
- позволяет ли объем собранных доказательств утверждать, что обвиняемый действительно совершил именно то преступление, в котором его обвиняют, либо другое;
- в необходимом ли объеме изучена личность обвиняемого;
- установлены ли все обстоятельства, входящие в предмет доказывания.

Анализ соответствия доказательств друг другу. Следователь (дознатель) должен сопоставить каждое имеющееся доказательство с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, для того чтобы выявить, подтверждают ли они друг друга или опровергают (между ними есть существенное противоречие); оценить это противоречие с точки зрения причин его возникновения; проверить, удалось ли при получении других доказательств по делу устранить это противоречие.

Именно на основании анализа собранных доказательств принимается решение об окончании расследования. После проведения анализа собранных доказательств и устранения выявленных недостатков следователь (дознатель) приступает к ознакомлению участников уголовного судопроизводства с материалами уголовного дела.

Решение данной задачи на завершающем этапе расследования насильственного преступления в семье является достаточно сложной, особенно по тем уголовным делам, когда потерпевший остался жив, а обвиняемый не находится под стражей. Причин, усложняющих ее решение, несколько. Во-первых, это повышенный отрицательный эмоциональный фон, обусловленный ознакомлением обвиняемого с показаниями потерпевшего и свидетелей, который переносится из кабинета следователя в семью. Особенно это опасно в тех ситуациях, когда потерпевший и обвиняемый

продолжают жить в одной квартире (доме). В результате обвиняемый может вновь совершить насильственное преступление в отношении потерпевшего или свидетелей либо угрозами вынудить потерпевшего написать заявление о примирении. К сожалению, законодательство не предусматривает действенных мер по защите потерпевших и свидетелей в данной ситуации. Единственный возможный способ защиты, если потерпевший отказывается переселяться в приют для жертв домашнего насилия, — это предложить ему временно переехать к кому-либо из родственников, друзей и знакомых, кто мог бы их защитить от агрессии обвиняемого. Необходимо учитывать, что данная агрессия будет носить временный характер, и при невозможности ее реализации обвиняемый, как правило, успокаивается. О своем местонахождении потерпевший должен сообщить следователю (дознателю), чтобы он имел возможность предупредить дежурную часть того территориального органа, на территории которого будет находиться потерпевший, о возможности возникновения конфликтной ситуации по конкретному адресу с тем, чтобы было организовано максимально быстрое реагирование.

Второй причиной, усложняющей ознакомление обвиняемого с материалами уголовного дела, является умышленное затягивание сроков ознакомления. Обвиняемый надеется, что ему удастся уговорить потерпевшего помириться, и единственный способ всего этого добиться на данном этапе — не знакомиться с материалами уголовного дела. Одновременно это и моральный удар по потерпевшему, так как чем больше проходит времени с момента совершения насильственного преступления в семье, тем меньше уверенности остается у человека на справедливое судебное разбирательство, тем больше ощущается его правовая незащищенность.

Законодатель практически ничем не ограничил сроки ознакомления с материалами уголовного дела. Ознакомление с материалами уголовного дела по УПК РФ формально входит в срок предварительного расследования, поскольку его следует начать не позднее последнего дня срока предварительного расследования, но продлевать в дальнейшем срок предварительного расследования не нужно. Более того, если по окончании предварительного расследования будут заявлены ходатайства, которые, по мнению следователя (дознателя), необходимо удовлетворить, то при продлении срока расследования не будет учитываться срок, в течение которого происходило ознакомление с материалами уголовного дела.

Если обвиняемый и его защитник, приступившие к ознакомлению с материалами уголовного дела, явно затягивают время ознакомления с указанными материалами, то на основании судеб-

ного решения, принимаемого в порядке ст. 125 УПК РФ, устанавливается определенный срок для ознакомления с материалами уголовного дела. Наличие в ч. 3 ст. 217 УПК РФ соответствующего положения не разрешает обозначенной проблемы. Как правильно отмечают К.Г. Бычков и А.А. Резяпов, непонятно, во-первых, что законодатель понимает «под явным затягиванием времени ознакомления с материалами уголовного дела»; во-вторых, кто должен решать вопрос об обращении с указанным ходатайством: следователь, руководитель следственного органа или прокурор; в-третьих, какой срок должен быть приемлемым для того, чтобы обратиться с указанным ходатайством в суд⁵.

По мнению Конституционного Суда РФ, ч. 3 ст. 217 УПК РФ, рассматриваемая в единстве с ч. 4 ст. 7 УПК РФ, закрепляющей требования о законности, обоснованности и мотивированности судебных решений, обязывает суд при установлении срока для ознакомления с материалами уголовного дела приводить фактическое и правовое основание такого решения, которое в целях обеспечения объективности и справедливости, во всяком случае, должно быть мотивировано ссылками на конкретные обстоятельства, а также на нормы материального и процессуального права⁶. При этом Конституционный Суд РФ указал, что ч. 3 ст. 217 УПК РФ не предполагает произвольное и необоснованное принятие судом решения об установлении срока для ознакомления с материалами уголовного дела⁷.

Таким образом, понятие «явное затягивание времени ознакомления с материалами уголовного дела» отдается на усмотрение суда. Однако сбор фактических данных, на основе которых суд будет принимать свое решение, остается обязанностью следователя и дознавателя. Что же может входить в эти фактические данные? По нашему мнению, это может быть:

- рапорт следователя (дознавателя) на имя своего руководителя о том, что приглашенные для ознакомления с материалами уголовного дела обвиняемый и защитник не явились;
- график ознакомления с материалами уголовного дела, подписанный следователем, обвиняемым, защитником, с отметками о соблюдении (несоблюдении) этого графика;

⁵ Бычков К.Г., Резяпов А.А. Реализация принципа разумного срока при ознакомлении с материалами уголовного дела // Органы предварительного следствия в системе МВД России: история, современность, перспективы (к 50-летию со дня образования следственного аппарата в системе МВД России). С. 22.

⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 16 июля 2009 г. № 978-О-О.

⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 19 октября 2010 г. № 1379-Ш-Ш.

— объяснения обвиняемого, почему он не явился для ознакомления с материалами уголовного дела.

Полагаем, что не следует учитывать ссылки обвиняемого на его нахождение на работе либо на занятиях, реабилитационных процедурах в виде лечения от алкоголизма или наркомании, поскольку в указанных случаях процесс ознакомления может затянуться на несколько лет.

Указанные и иные документы будут, на наш взгляд, достаточным обоснованием для принятия судом решения об установлении срока ознакомления с материалами уголовного дела.

С ходатайством об установлении срока ознакомления с материалами уголовного дела могут обратиться в суд следователь, руководитель следственного органа, дознаватель, руководитель группы дознавателей с согласия прокурора. Они обеспечивают процесс ознакомления, планируют деятельность по уголовному делу, могут определить действительный срок, необходимый для ознакомления. Им очевидна реакция обвиняемого и его защитника на процесс ознакомления, они однозначно могут определить наличие волокиты в действиях последних.

К.Г. Бычкова и А.А. Резяпов предлагают изменить механизм ознакомления с материалами уголовного дела: «во-первых, предоставить прокурору или руководителю следственного органа право ограничивать сроки ознакомления с материалами уголовного дела. Предусмотреть обязанность обвиняемых, не находящихся под стражей, являться по вызову для ознакомления с материалами уголовного дела в установленный срок. Уважительной причиной неявки рассматривать только заболевание обвиняемого, подтвержденного медицинскими документами. Во-вторых, определить содержание разумного срока ознакомления с материалами уголовного дела. В-третьих, обязать защитников являться для ознакомления с материалами уголовного дела в установленные сроки, в целях исключения нарушения права обвиняемого на ознакомление с материалами уголовного дела с участием защитника»⁸.

Мы не можем поддержать данные предложения. Любое ограничение прав обвиняемого, в том числе и установление сроков его ознакомления с материалами уголовного дела, возможно только по решению суда — это общий принцип уголовного судопроизводства. Обвиняемый, не находящийся под стражей, и так обязан являться по вызову следователя (дознавателя), и неважно, идет ли речь о производстве следственных действий или об ознакомлении с материалами уголовного дела. Это же касается и его защитника. Определение содержания разумного срока

⁸ Бычков К.Г., Резяпов А.А. Указ. соч. С. 24.

ознакомления с материалами уголовного дела — достаточно сложный вопрос, решение которого зависит от объема уголовного дела, квалификации преступления, личности обвиняемого (уровня его образования, психического развития и т.п.), его отношения к предъявленному обвинению и многих других факторов, определение которых возможно только по конкретному уголовному делу. Так, ознакомление с материалами уголовного дела по факту убийства в ситуации, когда обвиняемый признал себя полностью виновным, может пройти быстрее, чем ознакомление с материалами уголовного дела по факту угрозы убийством или причинением тяжкого вреда здоровью в ситуации, когда обвиняемый виновным себя не признает. Поэтому определение содержания разумного срока ознакомления с материалами уголовного дела должно быть прерогативой следователя (дознателя) по каждому конкретному уголовному делу.

Анализ практики показал, что только по 6% изученных уголовных дел на заключительном этапе расследования обвиняемый и его защитник не заявляли никаких ходатайств. В остальных случаях были заявлены ходатайства:

- 1) о прекращении уголовного дела в связи с отсутствием вины — 25 %;
- 2) о признании доказательств недопустимыми — 25 %;
- 3) о проведении дополнительных экспертиз — 19 %;
- 4) о переквалификации преступления в связи с его совершением в состоянии аффекта — 13 %;
- 5) о проведении дополнительного допроса обвиняемого — 7 %;
- 6) о проведении новых экспертиз — 8 %.

Ходатайства о прекращении уголовного дела в связи с отсутствием вины и о признании доказательств недопустимыми часто заявляются одновременно. При этом недопустимыми чаще всего предлагается признать доказательства, полученные с участием обвиняемого (протоколы его допроса, проверки показаний на месте — 50 %). Так, Б., обвиняемый в совершении убийства своих родителей, в ходатайстве при ознакомлении с материалами уголовного дела указал, что он непричастен к совершению преступлений и просил уголовное дело в отношении него прекратить. Его адвокат заявил ходатайство о прекращении в отношении Б. уголовного дела в связи с непричастностью его к совершенным преступлениям, а также о признании показаний, данных Б. в ходе предварительного следствия в качестве подозреваемого и обвиняемого, протокола проверки показаний на месте в качестве недопустимых, так как они были получены с нарушением норм УПК РФ, с оказанием на Б. физического и психического

давления⁹. Основание для признания доказательств недопустимыми — оказание на обвиняемого физического и психического давления — является самым распространенным (99%), при этом заявителей не смущает тот факт, что это их вымысел. Так, по указанному выше делу адвокат присутствовал при проверке показаний на месте. Поэтому следователь, вынося постановление об отказе в удовлетворении данного ходатайства, указал, что показания Б. являются достоверными и допустимыми, получены с соблюдением норм УПК и оснований для признания их недопустимыми, предусмотренным ст. 75 УПК РФ, не имеется.

Необходимость проведения дополнительных экспертиз зачастую бывает связана с ходатайствами о переквалификации действий обвиняемого в связи с его якобы нахождением в состоянии аффекта; в этом случае, как правило, ставят вопрос о проведении дополнительной стационарной психолого-психиатрической экспертизы. Следователи отказывают в удовлетворении подобных ходатайств, поскольку в материалах уголовного дела имеются заключения амбулаторных психолого-психиатрических экспертиз. Следует отметить, что даже если в отношении обвиняемого проведена стационарная комплексная психолого-психиатрическая экспертиза, то он чаще всего остается недоволен ее результатами. Так, в отношении Б., обвиняемого в причинении легкого вреда здоровью его жене и дочери, в угрозе убийством в отношении жены, в убийстве жены и троих детей, в покушении на убийство дочери, была проведена стационарная комплексная психолого-психиатрическая экспертиза, согласно заключению которой «Б. каким-либо хроническим психическим расстройством или слабоумием не страдает. В периоды времени, относящиеся к совершению инкриминируемых ему деяний, он не обнаружил какого-либо временного психического расстройства, а находился в состоянии простого алкогольного опьянения и мог сознавать фактический характер и общественную опасность своих действий и руководить ими. В настоящее время он также может осознавать фактический характер своих действий и руководить ими, правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для дела, и давать о них показания, а также участвовать в проведении следственных действий. В момент инкриминируемого деяния Б. в состоянии аффекта или ином выраженном эмоциональном состоянии не находился. В применении принудительных мер медицинского характера не нуждается». Однако при ознакомлении с материалами уголовного дела Б. заявил ходатайство о проведении дополнительной

⁹ Архив Кемеровского областного суда. Дело № 1-81/2011.

судебно-психиатрической экспертизы, указав, что его психиатрическое обследование было неполноценным. Следователь отказал в удовлетворении данного ходатайства, отметив, что в процессе расследования психическая полноценность Б. тщательно проверялась и обоснованно не вызывает сомнений¹⁰.

Распространенными являются ходатайства о необходимости дополнительного допроса обвиняемого. Как правило, обвиняемый при этом преследует цель доказать наличие у него состояния аффекта. Так, К., обвиняемый в совершении убийства своего дяди и его жены, при ознакомлении с материалами уголовного дела заявил ходатайство о его дополнительном допросе. При этом к ходатайству он приложил письменные дополнения к своим ранее данным показаниям. В них К. своей вины не отрицал, указав лишь на то, что и раньше, и в

день совершения преступления потерпевшие оскорбляли его, заявили, что он болен венерическим заболеванием. Следователь, отказывая в удовлетворении ходатайства, отметил, что данные дополнения сами по себе не ставят под сомнение виновность К. в убийстве потерпевших, подтверждая лишь мотив совершения преступления — ссора и личные неприязненные отношения с потерпевшими¹¹.

Практика показывает, что следователи и дознаватели зачастую и повсеместно отказывают в удовлетворении ходатайств обвиняемых и их защитников, даже при наличии обоснованных сомнений в правомерности заявленного ходатайства перекладывают решение этого вопроса на суд. На наш взгляд, сказанное связано с тем, что к моменту заявления ходатайств срок предварительного расследования истек, и следователь (дознаватель) не хочет его продлевать.

Библиография:

1. Белкин Р.С. Курс криминалистики. — М., 2001.
2. Березина Е.С. Проблемные вопросы исключения недопустимых доказательств в досудебном производстве // Российский следователь. — 2013. — № 5.
3. Быков В.М. Правовое положение следователя в уголовном процессе России (ч. 1) // Право и политика. — 2012. № 5.
4. Бычков К.Г., Резяпов А.А. Реализация принципа разумного срока при ознакомлении с материалами уголовного дела // Органы предварительного следствия в системе МВД России: история, современность, перспективы (к 50-летию со дня образования следственного аппарата в системе МВД России): сб. матер. всерос. науч.-практ. конф.: в 2 ч. — М., 2013.
5. Терехов А.Ю. К вопросу об основаниях выбора способа собирания доказательств в ходе досудебного производства по уголовному делу // NB: Российское полицейское право. — 2013. — № 2. URL: http://www.e-notabene.ru/pm/article_802.html
6. Шурухнов Н.Г. Влияние уголовно-процессуального законодательства на структуру и содержание расследования преступлений // Органы предварительного следствия в системе МВД России: история, современность, перспективы (к 50-летию со дня образования следственного аппарата в системе МВД России): сб. матер. всерос. науч.-практ. конф.: в 2 ч. — М., 2013.

Материал поступил в редакцию 14 апреля 2014 г.

¹⁰ Архив Верховного Суда Республики Башкортостан. Дело № 1-49/2013.

¹¹ Архив Забайкальского краевого суда. Дело № 1-72/2013.

SPECIFIC FEATURES OF THE FINAL STAGE OF THE FAMILY VIOLENCE CASES INVESTIGATION

Kolesova Anatsiya Sergeevna

PhD in Law, assistant professor, Department of Criminal Procedural Law and Forensic Science, Russian Law Academy of the Justice Ministry of the Russian Federation

[nas2481@yandex.ru]

Abstract

The article considers the issues of the mechanism of violent crimes committed in the household; the release of information concerning this type of crimes and the people involved in them; the issues of gathering, investigating this kind of information which enjoys special relevance in terms of its assessment by forensic science experts. There have been formulated methodological recommendations concerning the investigator's (interrogator's) activities at the stage of closing a criminal investigation: either the case should be directed to the procurator's office with the charge of indictable offence or summary offence. There has been performed the analysis of the set of actions, typical of the investigator's (interrogator's) behaviour at the next stage of investigation; there have been shown the challenges of the finalizing stage of investigation as well as the ways of meeting them; there has been performed the research of the practice of considering pleadings of the accused and their lawyers by the investigator (interrogator) at the final stage of investigating crimes connected with family violence. There has been used the dialectical method of scientific cognition reflecting the interrelations between theory and practice; there have been applied the following special scientific methods: the statistical, the logical, the information analytical methods, the method of comprehensive analysis; summing-up and the description of the obtained data.

Keywords

Investigator, investigation, criminal case, custody, preliminary investigation, evidence, pleading, investigation stage, charge, forensic science.

References

1. Belkin R.S. Course of forensic science. — M., 2001.
2. Berezina E.S. Problem issues of excluding inadmissible evidence in pre-trial procedure // Russian investigator. — 2013. — № 5.
3. Bykov V.M. Legal position of investigator in criminal procedure in Russia (part 1) // Law and politics. — 2012. № 5.
4. Bychkov K.G., Rezyapov A.A. Implementation of the principle of reasonable term while familiarizing with the criminal case // Preliminary investigation bodies in the structure of the Ministry of Internal Affairs of Russia: history, modern times, prospects (regarding the 50-th anniversary of the formation of the investigative body in the structure of the Ministry of Internal Affairs of Russia): Collection of materials of the all-Russian scientific practical conference: in 2 parts. — M., 2013.
5. Terekhov A.Yu. Regarding the issue of providing ground for a choice of the way of collecting evidence in the course of pretrial criminal proceeding // NB: Russian police law. — 2013. — № 2. URL: http://www.e-notabene.ru/pm/article_802.html
6. Shurukhnov N.G. Influence of criminal procedural legislation on the structure and contents of crime investigation // Bodies of preliminary investigation in the system of the Ministry of Internal Affairs of Russia: history, modern times, prospects (regarding the 50-th anniversary of the formation of the investigative body in the structure of the Ministry of Internal Affairs of Russia): Collection of materials of the all-Russian scientific practical conference: in 2 parts. — M., 2013.

О.А. Плоцкая*

ОБЫЧНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЗЕМЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЙ У КОМИ (ЗЫРЯН) В ПЕРИОД ОБЩИННОГО ВЛАДЕНИЯ ЗЕМЛЕЙ**

Аннотация. В статье представлен анализ обычно-правовых норм, регулировавших земельные отношения у коми (зырян) в период общинного владения. Используя работы теоретиков права, этнографов, этнолингвистов, разработки социальной психологии, истории права, взяв за основу неклассическую методологию, показаны генезис и эволюция обычно-правового регулирования. Отдельное внимание уделено рассмотрению особенностей существования обычного этнического права у коми (зырян). В результате автором выделены их юридические воззрения в сфере поземельных отношений, а также способы обычно-правового закрепления права на пользование земельным участком с приложением хозяйственного труда. Новизна работы состоит в том, что она является самостоятельным научным исследованием общетеоретических и историко-правовых аспектов генезиса и развития обычно-правового регулирования земельных отношений у коми (зырян). В современной России результаты данного исследования могут быть применимы в системе поземельных отношений.

Ключевые слова: правовой обычай, земельные отношения, коми (зыряне), общинное владение, обычно-правовые отношения, община, поземельные отношения, формы землевладения, право собственности, генеральное межевание.

Научный интерес к вопросам обычно-правового регулирования в современной правовой науке обусловлен своеобразием ситуации, которая в ней складывается. Наметилась тенденция пересмотра теоретических подходов и переосмысление взаимосвязи таких явлений, как право и государство, а также их генезис, а соответственно, и генезис обычного права.

Процесс реформирования и модернизации современного российского общества связан с решением сложных политических, социально-экономических, правовых задач, среди которых особое значение приобретает вопрос о формах землевладения, землепользования, а также видах поземельных отношений.

Система поземельных отношений в России и в ее субъектах подвергалась изменениям в большей степени, нежели какая-либо другая, о чем свидетельствуют множественные реформы

в этой области. Однако проблемы в сфере поземельных отношений в России, к сожалению, не уменьшаются. В этой связи актуальным представляется обращение к историческому опыту правового регулирования поземельных отношений у коми (зырян), в частности проведение исследования на основе правоустановлений, сконцентрированных в обычном праве, отражавших мировоззрение коми (зырян).

Среди дореволюционных авторов, которые занимались исследованием особенностей формирования и развития обычно-правовых отношений в сфере землепользования у коми (зырян) в середине XIX — начале XX в. следует выделить П.И. Соколова¹, описавшего не только

¹ Труды экспедиции по исследованию земель Печерского края Вологодской губернии / под ред. П.И. Соколова. Т. I, II. СПб., 1910.

© Плоцкая О.А., 2014

* Плоцкая Ольга Андреевна — кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой теории государства и права и основ правоведения Сыктывкарского государственного университета.

[olga.plockaia@mail.ru]

167001, Россия, г. Сыктывкар, Октябрьский пр-т, д. 55.

** Исследование проведено при финансовой поддержке РГНФ и Республики Коми, проект № 14-13-11001 «Этно-правовой мир коми (зырян)».

формы их землевладения, землепользования, но и виды поземельных отношений; М.А. Большакова², изучившего земельно-правовой уклад в зырянской общине; А.Я. Ефименко³, описавшей формы крестьянского землевладения на Крайнем Севере, и др. В отечественной историографии советского и современного периодов практически нет специальных юридических исследований, посвященных обычно-правовому регулированию земельных отношений у коми (зырян).

Среди особенностей формирования и развития обычно-правовых отношений в сфере землепользования на протяжении XVI — первой половины XVIII вв. можно выделить следующие:

- свободная колонизация земель зырянами, которая происходила исключительно под влиянием исторических и хозяйственно-бытовых условий;
- отсутствие тех исторических событий, которые имели место на остальной территории российского государства (в зырянском крае не существовало татарского режима, крепостного права, помещиков и др.), а соответственно земельно-правовые отношения имели свободное развитие в течение многих веков;
- отсутствие норм позитивного права или их слабое влияние и проникновение в правовое пространство северо-восточной Европы позволяли нормам обычного права регулировать возникающие правовые отношения в зырянском обществе;
- на территорию северо-восточной Европы долгое время не распространялись законодательные акты, регламентировавшие отношение крестьян и государства к земле;
- естественно-исторические особенности региона (суровый климат, земли, малопригодные для ведения сельского хозяйства) не дали развиваться богатству форм землевладения;
- распространение господствовавшего практически до начала XVIII в. обычая свободной заимки земельного участка, занимавшегося кем-либо по праву первого владения, вдали от освоенных территорий.

Ситуация постепенно стала изменяться уже в XVIII в. Согласно воззрениям в XVIII в., по мнению П.И. Соколова, земля понималась «как ресурс для извлечения средств к жизни (путем ли пользования ее естественных даров или через разработку в сельскохозяйственных целях) и как

объект пользования и владения»⁴. Таким образом, в правосознании коми (зырян) можно выделить два основных правомочия собственника, которые воспитывались с детства. Речь идет о пользовании как о праве потребления вещи в зависимости от ее назначения либо праве на ее использование и о владении как о фактическом обладании вещью.

По мнению М.А. Большакова, в этой сфере «не существовало ничего, кроме произвола и безначалия»⁵. В результате весь земельный фонд был поделен на две части. К первой относились разработанные земли, которые закреплялись за разработавшим их населением, ко второй части — неразработанные, в том числе и лесные, которые были объявлены достоянием государства или казны. Однако правовой статус, способы и задачи эксплуатации государственных земель четко определены не были. Кроме того, не было определенности и в вопросах регулирования процесса расчисток и вырубки леса для расширения сельскохозяйственных угодий. Подобный процесс мог бы, скорее всего, внести смуту в правосознание крестьян и в правовые понятия, если бы все издаваемые нормативные правовые акты имели бы реальное влияние на земельно-правовые отношения и, соответственно, реализовывались бы на практике. Население, которое проживало на больших территориях малыми группами, оторванными друг от друга лесами и болотами, в большинстве своем не знало даже о существовании этой нормативной правовой базы, продолжало жить по прежней системе земельно-правовых отношений, вытекавшей из существа народной, общественной жизни.

«Когда в конце XVIII и в начале XIX столетий по указу 1765 г. было выполнено на Севере генеральное межевание, внутри дач этого межевания населению было представлено свободное право производства расчисток и разделки земель, а в казенных дачах и лесах расчистки были совершенно запрещены»⁶.

По утверждению В.И. Семевского, во второй половине XVIII — первой половине XIX вв. «правительственная деятельность оказывала полезное влияние на распространение общинного землевладения с переделами земли от центра России к ее окраинам... дело правительства состояло в том, что оно подмечало созревающую народную необходимость и, по крайней мере относительно черносошных крестьян, содействовало ее удовлетворению, помогая таким образом распространению центрального типа общины к окраинам России»⁷.

² Большаков М.А. Община у зырян. СПб., 1907.

³ Ефименко А.Я. Крестьянское землевладение на Крайнем Севере // Исследования народной жизни. Вып. I. М., 1884.

⁴ Александров В.А. Обычное право крепостной деревни России XVIII — начала XIX в. М., 1984. С. 36.

⁵ Большаков М.А. Указ. соч. С. 2.

⁶ Александров В.А. Указ. соч. С. 36.

⁷ Там же. С. 82.

Причем с этого времени право собственности на все земли закреплялось исключительно за государством. И хотя расчистки в казенных лесах были запрещены, однако население вторгалось в пределы государственных земель, разрабатывая и эксплуатируя их с сельскохозяйственной целью, несмотря на запретительные меры, существовавшие вплоть до начала 60-х гг. XIX в. По словам М.А. Большакова, «Указ 1765 г. совершил колоссальный юридический переворот»⁸. Ранее запущенный механизм, направленный на индивидуализацию поземельной собственности крестьян и превращение их в собственников занятых ими земель, без ломки сложившихся стереотипов в мировоззрении коми (зырян) остановить было сложно. В этом процессе определенную роль сыграли акты генерального межевания, которые не только лишили крестьян возможности приобрести когда-либо право собственности на занимаемые земли, но и привели к замене принципа индивидуализма на принцип общинного землевладения в земельно-правовых отношениях. Кроме того, ограничивалось трудовое право крестьян в виде душевого раздела земли, который производился самой общиной, что, в свою очередь, ускоряло переход от индивидуального землевладения к общинному.

Но зырянское население с ним не считалось, прежде всего потому, что не были разработаны мероприятия, направленные на реализацию как данного Указа, так и ранее изданных нормативных правовых актов. Коренным образом изменить правосознание коми (зырян) акты генерального межевания не могли, хотя определенный отпечаток в правосознании они оставили. По итогам проведенного генерального межевания было установлено, что земля, находившаяся в пределах крестьянских дач, являлась общим владением всех крестьян селения, что свидетельствовало о навязывании общинной формы землевладения, которая просуществовала до второй половины XIX в. Акты генерального межевания способствовали переходу от индивидуального землевладения к общинному. Однако реально крестьянское землевладение общинным так и не стало.

А.Я. Ефименко считает, что «акты генерального межевания имели решающее значение в образовании на Севере общинной формы землепользования, пришедшей на смену индивидуалистической формы ведения хозяйства и землепользования»⁹. М.А. Большаков отмечал, что «генеральное межевание фактическим установлением территориальных границ закрепля-

ло в правосознании зырянского крестьянина понимание об определенной площади земли, подлежащей разработке и эксплуатации каждой семьей»¹⁰. В сознании крестьян появлялось понятие права на пользование землей, которое признавалось (санкционировалось) и защищалось не только общиной, но и государством от посягательства со стороны.

После проведения генерального межевания земли, входящие в составе крестьянских дач, были отнесены к категории земель общего пользования. Предполагалось, что все близлежащие селения должны были составить одну поземельную общину, имеющую землю в общем пользовании. Однако крупных составных общин, имевших статус хозяйственных, обладавших правом распоряжения сенокосными и иными сельскохозяйственными угодьями, было немного.

В начале XX в. в трех северо-восточных уездах — Сольвычегодском, Усть-Сысольском и Яренском — из-за несвоевременного проведения генерального межевания сложилась критическая ситуация, связанная с нехваткой земли. Малоземелье крестьян в этих уездах носило массовый характер. «Абсурдность ситуации заключалась в том, что крестьяне проживали среди большого количества свободных казенных земель, но воспользоваться ими не могли из-за не проведенной своевременно процедуры генерального межевания, а продолжали эксплуатировать земельные наделы в тех размерах, в которых они были определены во время проведения генерального межевания 1784 г. Из-за отсутствия необходимого количества земли у крестьянского населения земледелие в этих уездах играло незначительную роль»¹¹.

В результате подобных действий часть крестьян была вынуждена переселиться в Сибирские губернии, где земли было достаточно для прокорма семьи, оставляя нажитое имущество и землю, а часть крестьян стали заниматься отхожими промыслами и тем самым переходить от оседлого образа жизни к бродячему. Однако находились крестьяне, которые, несмотря на законодательно установленные запреты, продолжали самовольные расчистки леса, находящегося на территории казенных дач. «... Отведенной крестьянам более ста лет тому назад при генеральном межевании земли стало с течением времени, вследствие прироста населения, недостаточно, то крестьяне обратились к самовольным расчисткам леса в казенных дачах, из-за владения которыми возникают частые споры при переделах. Расчистки и захваты

⁸ Большаков М.А. Указ. соч. С. 3.

⁹ Ефименко А.Я. Крестьянское землевладение на Крайнем Севере // Исследования народной жизни. Вып. I. М., 1884. С. 45.

¹⁰ Большаков М.А. Указ. соч. С. 34.

¹¹ Александров В.А. Указ. соч. С. 135.

казенной земли производятся как вблизи селений, так и в глубь лесов, в этих лесах были случаи открытия целых незарегистрированных поселков»¹².

Обычай свободной заимки земельного участка, существовавший ранее, постепенно трансформировался под влиянием общинных интересов. Право свободного выбора земель ушло в прошлое, так как зырянская община постепенно приобретала функцию проведения периодических земельных переделов. Такой обычай теперь был подчинен общинному началу. Передел земли являлся признаком ограничения права собственности на землю крестьян. Последние самостоятельно стремились к уравнительному распределению земли исходя из принципа трудовой разверстки. Их действия подкреплялись нормами обычного права.

Стремление к уравнительному распределению земли одновременно сочеталось с усилением роли самих общин; оно отражало борьбу индивидуального и общинного начал.

Неурегулированной долгое время оставалась проблема самовольных сенокосов в чащобах, находящихся в пределах государственных земель. При введении трехпольной системы обработки земли значение сенокосного хозяйства, несмотря на удаленность от селений, возрастает. Каждый зырянин имел одинаковую возможность разрабатывать земли под сенокосы в любом месте. Сенокосное землепользование создавало между отдельными селениями связь.

Только в XIX в. произошла легализация пользования чащоб, находящихся в пределах государственных земель, путем придания им статуса земель, сдававшихся населению на определенные сроки и получившие названия «оброчные статьи». Необходимо отметить, что разнообразнее проявлялись права общины в отношении именно «оброчных статей», так как на этих землях реализовывались земельные традиции, культивировавшиеся в зырянском обществе веками, и обычно-правовые нормы, принятые в общине. Практика введения в хозяйственный оборот чащоб и пустошей основывалась на традиционных нормах, поля и сенокосы рассматривались общим владением всей общины. Приговорные книги общинных сходов, собиравшихся по хозяйственным вопросам (Вильгорт, Благовещенская), содержали поименные разрешения на разработку «новых земель». Подобные «новые земли», передаваемые крестьянам на основании поименного разрешения, получили название «приговорные земли», а процесс выдачи разрешений назывался «обычаем выправки разрешений». «Об-

щественные приговоры» регулировали также вопросы передачи части казенных земель крестьянам во временное пользование. Так, «...все эти покосы, есть не ненадельная, а составляют казенную оброчную статью под названием верхолузских, почему на право пользования периодически заключаются с лесным ведомством в форме общественных приговоров, договоры уплачивая также с незапамятных времен в казенную оброчку с числа душ»¹³.

Ввиду периодических несанкционированных «причисток», осуществляемых населением, реальная площадь «оброчных статей» была значительно больше, чем площадь, официально зарегистрированная лесным ведомством.

В первой половине XIX в. по ходатайствам крестьян производились не только изменения статуса ряда территорий, находящихся в пределах государственных земель, но и дополнительные прирезки земли. Однако противоречивая земельная политика, проводимая в российском государстве, привела к тому, что в 1857 г. дополнительные прирезки и наделение землей были прекращены. Запреты на этом не завершились, рядом распоряжений лесного департамента производство расчисток ограничивалось расстоянием от селения до 5 верст. А в конце XIX в. лесной департамент вообще запретил производить новые расчистки. Подобная тенденция в производстве расчисток со стороны государства была направлена на то, чтобы ограничить крестьян свободно производить расчистки и сохранить леса, ограничив свободу пользования для населения лесными территориями.

Закрепление участка за крестьянином происходило всевозможными путями и способами, если не на праве собственности, «то на возможно продолжительное время, в течение которого затраченный труд может вознаградиться не раз и не два, а может быть, в десяток раз»¹⁴.

Стремления отдельных зырянских семей приобрести право собственности и закрепить в единоличном пользовании распространялось на сенокосные угодья, чащобы и «разделки» как участки земли, к которым применялся целый ряд сельскохозяйственных операций, благодаря чему ранее необработанные земельные участки улучшались и со временем использовались под посевы сельскохозяйственных растений. Подобные явления были вызваны стремлением взрослых женившихся сыновей домохозяина (отца семейства), живших совместно с родителями, произвести так называемую «разделку новых земель», т.е. закрепить за собой общесемейные неиндивидуализированные земли, которые часто называли «росчисти», представлявшие со-

¹² Там же. С. 112.

¹³ Прошение крестьян // НА РК. Ф. 273. Оп. 1. Д. 617. С. 8.

¹⁴ Там же. С. 37.

бой вырубленное и выжженное место в лесу для пашни.

Данная проблема появилась одновременно с формированием зырянской земельной общины, в основе которой лежали семейно-родовые земельные отношения. Постепенно складывалась ситуация, при которой демографический рост общины не позволял совместно проживать на одной территории всем членам общины. Поэтому со временем между членами общины проводился раздел всех разработанных и пригодных для сельскохозяйственных целей земельных угодий. Однако критерии деления, способы и приемы не всегда были «прозрачны». Отсюда и возникали споры по поводу принадлежности ряда земель, которые со временем стали признаваться общим достоянием всех семей.

Несмотря на проводившиеся реформы во второй половине XIX в. в поземельном устройстве, направленные на замену огромной массы противоречащих друг другу нормативных правовых актов единым законом и провозглашение основного принципа в поземельном устройстве — выкуп наделов в собственность самими крестьянами, поземельное устройство в Сольвычегодском, Яренском, Усть-Сысольском уездах не изменилось, так как они были изъяты из числа мест, подлежащих поземельному устройству. Необходимо отметить, что предлагаемый из центра принцип выкупа крестьянами наделных земель в собственность не воспринимался правосознанием зырянского населения, так как коми (зыряне) по-прежнему признавали право любого приступить к разработке и эксплуатации еще незанятых земель. Несмотря на то, что органы государственной власти устанавливали порядок пользования землей и лесом путем приобретения разрешения на их эксплуатацию, население продолжало проводить расчистки без получения соответствующего разрешения. Органам власти оставалось только лишь задним числом признавать подобные расчистки.

Обычай занимать землю, незанятую другим для ее разработки и эксплуатации, представлял собой первоначально привычку, постепенно превратившуюся в добровольно выполняемое правило поведения членами зырянской общины. Данный обычай, сложившийся в веках и воспитывавшийся в молодежи, существовавший долгое время, становился необходимым в силу поддержания гармонии интересов зырянского общества традиционного порядка, являлся выражением предшествовавшего ему народного правосознания, неоднократно применялся, причем его содержание не противоречило общепризнанным нравственным воззрениям коми (зырян). Он придавал простой и понят-

ный характер системе поземельных отношений. Тем не менее к концу XIX в. он был значительно ограничен. В правосознании зырян ранее существовавшие принципы трудового пользования и владения землей, в соответствии с которыми «затрата труда влекла к приобретению не права собственности на землю, а лишь право на владение (ею)»¹⁵, изменились. Общинники стремились использовать в сельскохозяйственных целях участок закрепить за собой. Такая же ситуация складывалась и с лесными участками, которые крестьяне старались получить на условиях аренды: «... заарендовать ... казенный участок ... с правом пользования сроком 12 лет и расчистки леса с платежом оброка по определению лесного ведомства»¹⁶.

«Всегда, когда обычно-правовые нормы перестают находить себе основание в явлениях действительной жизни, они лишаются вместе с тем и своего практического значения; просуществовав некоторое время в виде пережитка, они совершенно скрываются с горизонта народного правосознания. Но в хозяйственной жизни зырян никогда не исчезали явления, дающие жизнь этим нормам. Подсечное и залежное хозяйство существуют и до сих пор, мешая появлению правовой оторванности селений; да и в самом трехполье есть особенности, действующие в том же направлении»¹⁷.

Большая часть видов земельных угодий сельскохозяйственного назначения на территории Коми края к первой половине XIX в. являлись объектами временного владения, что, в свою очередь, сдерживало расслоение среди общинников и появление частных собственников. Обычное право, не предусматривавшее полной свободы распоряжения имуществом, также являлось тем сдерживающим рычагом, который не позволял развивать институт частного собственника в крестьянской среде.

Переход к общинному землевладению от индивидуального происходил начиная со второй половины XVIII в. в результате резкого уменьшения земельного пространства, пригодного для сельскохозяйственной деятельности, сопровождавший проводившийся центральной властью процесс «огораживания» лесных пространств от вторжения на их территорию местного населения.

Общинное владение — не характерное для зырянского мировоззрения правовое явление.

¹⁵ Труды экспедиции по исследованию земель Печерского края Вологодской губернии. С. 37.

¹⁶ Из прошения крестьянина Подъельской волости лесничему 3-го Устьсысольского лесничества об аренде лесного участка под сенокос от 13 мая 1896 г. // История Коми края: хрестоматия. Дореволюционный период / под ред. О.Е. Бондаренко, В.И. Чупрова. Ч. I. Сыктывкар, 1991. С. 109.

¹⁷ Большаков М.А. Указ. соч. С. 23.

В отличие от восточно-славянских общин у коми (зырян) общинное владение не воплощало идеал правовой жизни крестьянина, и они к этому не стремились.

Трудовое право в зырянском правосознании проявлялось в различных формах в зависимости от существовавших в то время видов трудовой деятельности. Так, коми (зыряне) выделяли несколько видов трудовой деятельности, которые приводили к появлению трудовых прав. К ним относились:

- первоначальная разработка лесного участка, которая предоставляла разработавшему его крестьянину право на его эксплуатацию;
- эксплуатирующий земельный участок крестьянин приобретал право собственности на произведенный урожай, т.е. продукт эксплуатации.

Право владения землей поземельная община у своих членов постепенно экспроприировала, ограничивая его бессрочным владением землей, позднее заменив его на право ограниченного пользования землей. По словам М.А. Большакова, данный принцип получил следующую формулировку: «каждый может разработать участок земли и пользоваться им, пока не окупятся расходы по обработке; после же этого община имеет право отобрать излишнюю против других общинников часть и передать ее тем, у кого земли меньше»¹⁸.

Опираясь на традиционные нормы обычного этнического права коми (зырян), которые постепенно приспособлялись и трансформировались к сложившейся экономической действительности, община регулировала земельные отношения между ее членами, порождая практику систематических уравнивательных переделов земли.

Община у зырян развивалась по особому пути. По мнению М.М. Ковалевского, «феодализм не привел к разложению сельской общины, он только изменил ее характер, и из свободной, какой она была вначале, община сделалась крепостной. Крестьянин сохранил пользование своей землей, он оставался общинником, каким он был в предшествующую эпоху; совершенно изменилось только его личное положение, и его общинные права должны были подчиниться требованиям службы и платежей, которые возложил на него его сеньор»¹⁹. В отличие от центральнорусской общины зырянская община не являлась «крепостной». По утверждению В.И. Семевского, во второй половине XVIII — первой половине XIX вв. «правительственная деятельность оказывала полез-

ное влияние на распространение общинного землевладения с переделами земли от центра России к ее окраинам... дело правительства состояло в том, что оно подмечало созревающую народную необходимость и, по крайней мере относительно черносошных крестьян, содействовало ее удовлетворению, помогая таким образом распространению центрального типа общины к окраинам России»²⁰.

В результате вся земля была поделена на две категории, к которым относились старинная (дедовская), не подвергавшаяся уравниванию, или новая, на которой проводились новые расчистки и распашки, постоянно претерпевавшая процесс передела и уравнивания при переходе ее из индивидуального пользования в общинное владение. Последняя категория земли со временем получила название «подворная», или льготная, так как она не только освобождалась от различных податей и повинностей, но и имела особый статус. Члены общины стремились зарегистрировать (закрепить) за собой вновь расчищаемые участки путем вынесения приговора общинным сходом, в котором описывались не только качественные характеристики участка и его местоположение, но и год расчистки, а также срок подворного пользования. Крестьяне, таким образом, не получали разрешения на расчистку, а заявляли уже о проведенной расчистке участка. Юридическое значение данной процедуры состояло в том, что пока продолжался срок подворного пользования, община гарантировала неприкосновенность права пользования расчистившим ее крестьянам. Кроме того, это позволяло вести учет участков, находящихся в подворном пользовании.

Крестьяне владели подворной землей на праве неограниченного владения, которое было очень похоже на право собственности, так как для зырянина эта земля была не только предметом, находящимся практически в полном распоряжении его, но и объектом продажи, передачи по наследству, мены, аренды и т.д. Все эти сделки допускались обычно-правовыми нормами. Соглашения об этих сделках оформлялись мирскими приговорами. Единственное ограничение права отчуждения этого участка состояло в том, что его нельзя было передать члену другой общины. Земля, таким образом, не отчуждалась на сторону, а менялись лишь лица, являвшиеся держателями наделов. Такие сделки являлись отражением потребности крестьян и их правовых отношений, обусловленных фактом владения землей и вложенным трудовым началом. Поэтому

¹⁸ Большаков М.А. Указ. соч. С. 25.

¹⁹ Ковалевский М.М. Очерк происхождения и развития семьи и собственности. М., 1939. С. 171.

²⁰ Из докладной записки в Министерство земледелия и государственных имуществ о землеустройстве от 24 августа 1903 г. // История Коми края. Хрестоматия. Дореволюционный период / под ред. О.Е. Бондаренко, В.И. Чупрова. Ч. I. Сыктывкар, 1991. С. 82.

и возникала ситуация, при которой отчуждался не земельный участок, а право на дальнейшее вложение своего труда в этот участок.

Во всех аналогичных сделках возникали два существенных с правовой точки зрения обстоятельства. Купленная земля представлялась личной собственностью покупателя, однако в случае ее продажи на нее распространялось право преимущественной передачи ее члену одной общины или даже ближайшему родственнику. Последний мог претендовать на преимущественное перед иными лицами приобретение земли.

Формы землепользования у коми (зырян) находились в тесной взаимосвязи не только с видами хозяйствования, но и определялись принципами обычного зырянского права.

Таким образом, юридические воззрения коми (зырян), воспитывавшиеся и передававшиеся из поколения в поколение в сфере поземельных отношений, несмотря на многочисленные попытки со стороны органов государственной власти регламентировать и ограничить формы землевладения, землепользования, права крестьян, оставались без значительных изменений. Закрепленное обычно-правовыми нормами основное право коми (зырян) на свободную заимку земельных участков с приложением хозяйственного труда на протяжении веков реализовывалось непосредственно и являлось правом на применение труда. Важнейшей нормой обычного зырянского права являлось неоспоримое право крестьянина на пользование землей.

Библиография:

1. Александров В.А. Обычное право крепостной деревни России XVIII — начала XIX в. — М., 1984.
2. Большаков М.А. Община у зырян. — СПб., 1907.
3. Ефименко А.Я. Крестьянское землевладение на Крайнем Севере // Исследования народной жизни. Вып. I. — М., 1884.
4. Ковалевский М.М. Очерк происхождения и развития семьи и собственности. — М., 1939.
5. Труды экспедиции по исследованию земель Печерского края Вологодской губернии / под ред. П.И. Соколова. Т. I, II. — СПб., 1910.

Материал поступил в редакцию 22 апреля 2014 г.

CUSTOMARY LEGAL REGULATION OF LAND RELATIONS WITH THE KOMI (ZYRYANE) IN THE HISTORICAL PERIOD OF SHARING LAND BY THE COMMUNITY MEMBERS*

Plotskaya Olga Andreevna

PhD in Law, assistant professor, head of the Department of State-and-Law Theory and Basics of Law, Syktyvkar State University

[olga.plockaya@mail.ru]

Abstract

The article carries the analysis of the customary legal rules governing land relations of the Komi (Zyryane) in the period of community land sharing. Making use of the works compiled by jurists, ethnographers, ethno-linguists, researches of social psychology, history of law; applying non-classical methodology as the background of the study the author has shown the genesis and evolution of the customary legal regulation. Special attention is given to the consideration of particulars of customary ethnic law applied by the Komi (Zyryane). As a result the author has singled out their legal outlook in the area of land relations as well as the ways of customary legal fixing of a land plot use with the application of agricultural labour. The novelty of the research is in the fact that it has been performed as an independent scientific study of the general science and historical legal aspects of the genesis and evolution of the customary legal governing of land relations existing in the Komi's (Zyryane's) community. In present-day Russia the results obtained in the course of the research may be applied in the modern system of land relations.

Keywords

Legal custom, land relations, the Komi (Zyryane), community land sharing, customary legal relations, community, land relations, forms of land ownership, right of property, ordnance survey.

References

1. Aleksandrov V.A. Customary law of bondslave Russian village in XVIII — the early XIX centuries— M., 1984.
2. Bolshakov M.A. The Komi (Zyryane) ancient community.— St. Petersburg, 1907.
3. Yefimenko A.Ya. Peasant land ownership in the Far North // Study of the folk life. Edition I. — M., 1884.
4. Kovalevsky M.M. Essay on the origin and evolution of family and property. — M., 1939.
5. Works of the expedition performed in the course of the research of lands Pecherskiy region of Vologda province / under the editorship of P.I. Sokolov. Vol. I, II. — SPb., 1910.

* The research has been conducted with the financial support of the Russian Humanitarian Science Foundation and the Republic of Komi, project № 14-13-11001 «The ethno-legal world of the Komi (Zyryane)».

А.М. Лушников*, М.В. Лушникова**

А.Е. ПАШЕРСТНИК

Аннотация. В статье рассмотрен жизненный путь и научное наследие заведующего кафедрой трудового и колхозного права ВЮЗИ в 1947–1948 гг. Арона Ефимовича Пашерстника, внесшего существенный вклад в развитие советской науки трудового права, преимущественно на монографическом уровне исследовал практически все основные проблемы отрасли. Особого внимания заслуживает его учение об имущественном критерии трудового правоотношения. В правовом и экономическом аспектах он всесторонне рассмотрел весь комплекс проблем, связанных с заработной платой. Кроме того, стал одним из первых исследователей, обратившихся к истории трудового права, причем не только в России и СССР, но и за рубежом. Он стоял у истоков возобновления исследований зарубежного и международного трудового права. Им уделено существенное внимание учениям о трудовом правоотношении, трудовых спорах, трудовых договорах, в том числе коллективном и индивидуальном ученическом, о праве на труд.

Ключевые слова: А.Е. Пашерстник, вознаграждение за труд, право на труд, трудовое правоотношение, научное наследие, биография, ВЮЗИ, наука трудового права, трудовые споры, зарубежное трудовое право.

Видный ученый и педагог преподавал в ВЮЗИ относительно недолго, однако оставил в истории юридической науки достаточно глубокий след. Важно и то, что он стал первым заведующим кафедрой трудового и колхозного права ВЮЗИ, созданной в 1947 г.

Арон Ефимович Пашерстник (1900–1958) родился 6 декабря 1900 г. в Минске в семье мещанина¹. Общее среднее образование получил в трудовой школе второй ступени в 1919 г., хотя обучение начинал еще в классической гимназии. В 1919–1922 гг. служил следователем в Черниговском и Киевском губернских революционных трибуналах, в 1922–1923 гг. был военным следователем в Киеве и Запорожье. В 1924–1927 гг. Арон Ефимович работал в профсоюзных органах

и параллельно в 1926 г. окончил юридический факультет Киевского института народного хозяйства по специальности «юрист-экономист». По некоторым данным, в 1930 г. он получил диплом экономического факультета того же института.

Первоначально деятельность Пашерстника была связана с экономикой и планированием промышленности в профсоюзе «Пищевкус» и Киевском областном совете профсоюзов. Пашерстник совмещал ее с научной работой, а с 1932 г. начал преподавать в Киевском технологическом институте (читал курсы «экономика труда» и «трудовое право»), в 1937–1941 гг. был доцентом Киевского политехнического института. Параллельно с 1938 г. Пашерстник был доцентом Киевского государственного университета и заведующим сектором гражданского права Украинского института юридических наук. В 1939 г. он защитил кандидатскую диссертацию

¹ Архив МГУ. Ф. 1. Оп. 34 л, Д. 6845 (личное дело А.Е. Пашерстника).

© Лушников А.М., 2014

* Лушников Андрей Михайлович — доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой трудового и финансового права Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова.

[amlu0909@yandex.ru]

150000, Россия, г. Ярославль, ул. Советская, д. 14.

© Лушникова М.В., 2014

** Лушникова Марина Владимировна — доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и финансового права Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова.

[amlu0909@yandex.ru]

150000, Россия, г. Ярославль, ул. Советская, д. 14.

на тему «Социалистическая природа и содержание советского трудового права», в 1940 г. получил ученое звание доцента. Уже в то время показал себя видным специалистом по проблемам заработной платы и материальным аспектам трудового отношения. Существенное место он отводил истории трудового права как досоветского, так и советского периодов².

В дальнейшем Арон Ефимович обоснованно считался одним из лучших специалистов по истории трудового права³. Относительно хорошее знание французского и немецкого языков помогло стать ему одним из ведущих отечественных специалистов по западному законодательству. При этом он всю жизнь оставался беспартийным, что затрудняло его карьерный рост. Известность ученого до Великой Отечественной войны ограничивалась в основном пределами Украины, тем более что некоторые работы он публиковал на украинском языке⁴. Надо отметить, что его всесоюзная известность была связана с выходом учебника по трудовому праву, где он являлся одним из авторов⁵. В то время Пашерстник определял границу предмета трудового права как правоотношение, возникающее в процессе труда или вытекающее из участия в труде рабочих и служащих, колхозников и членов промысловых и иных кооперативных артелей⁶. Широкое понимание предмета трудового права он отстаивал и в дальнейшем. Так, разрабатывая теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства о труде, Пашерстник к сфере действия трудового права причислял к трудовым отношениям и все другие отношения по применению труда на предприятиях, в учреждениях, колхозах, промысловых артелях. В предмет трудового права он также включал отношения по государственному социальному страхованию и кооперативному страхованию, отношения по распределению рабочей силы,

а также отношения по подготовке кадров, возникающие в процессе реализации трудовых отношений. Этой позиции он придерживался и в дальнейшем⁷.

С началом Великой Отечественной войны Пашерстник находился в эвакуации в Ташкенте, где преподавал в Среднеазиатском индустриальном институте и продолжал научную работу⁸. В дальнейшем он неоднократно обращался к проблемам трудового права в условиях войны⁹. В 1943 г. переехал в Москву, стал старшим научным сотрудником Института права (впоследствии — государства и права) АН СССР.

В 1947–1948 гг. — он первый заведующий кафедрой трудового и колхозного права ВЮЗИ. Именно в послевоенный московский период к Пашерстнику пришла общесоюзная известность и признание как одного из ведущих теоретиков трудового права. 4 апреля 1947 г. в Институте права АН СССР он защищает докторскую диссертацию на тему «Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих (по советскому и иностранному праву)», в 1948 г. становится профессором (заметим — профессором ВЮЗИ). Официальными оппонентами на защите диссертации выступили доктор юридических наук, профессора В.М. Догадов (1886–1962), А.Ф. Клейнман (1889–1983) (профессор МГУ, специалист в области гражданского процесса) и Н.Г. Александров (1908–1974), еще не утвержденный в докторской степени и профессорском звании. Среди неофициальных оппонентов были Г.К. Москаленко (о нем будет отдельный очерк) и П.Д. Каминская (1894 — после 1959) и др.¹⁰

Отношение к Пашерстнику со стороны власть предержащих было довольно противоречивым. Долгие годы в Москве вместе с семьей ютился в коммунальной квартире в ветхом доме на окраине, его обошли правительственными наградами и официальными званиями. По меньшей мере дважды над ним нависала угроза ареста (в 1940 и 1953 гг.). В то же время Арон Ефимович был одним из самых публикуемых ученых-трудовиков, участвовал в качестве эксперта от СССР в разработке Всеобщей декларации прав человека (1948 г.). С его командировкой в Нью-

² Пашерстник А.Е. К тридцатилетию советского трудового права // Советское государство и право. 1947. № 10. С. 78–97; Он же. Фабричное законодательство капиталистической России // Научные записки юридического факультета КГУ. Киев, 1940. Т. 1. С. 99–144 (на украинском языке) и др.

³ Пашерстник А.Е. К 30-летию советского трудового права // Советское государство и право. 1947. № 10. С. 78–97; Он же. Развитие советского трудового законодательства // Вопросы труда в СССР. М., 1958. С. 320–371; и др.

⁴ Пашерстник А.Е. Природа советского трудового права // Советская юстиция. 1938. № 22. С. 16–20; № 23–24. С. 16–20; Он же. О системе советского трудового права // Советская юстиция. 1939. № 17–18. С. 20–22; К вопросу о предмете и системе советского трудового права // Украинский юридический институт. Ученые записки. Киев, 1940. С. 63–79; Он же. Регулирование рабочего времени в свете последних законодательных актов // Советское государство и право. 1941. № 2. С. 48–56; и др.

⁵ Пашерстник А.Е., Марченко В.П. Советское трудовое право. М., 1940.

⁶ Там же. С. 5.

⁷ Пашерстник А.Е. Теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства о труде. М., 1955. С. 42.

⁸ Пашерстник А.Е. Новые рабочие и Великая Отечественная война. Ташкент, 1942; Он же. Труд в колхозах и Великая Отечественная война. Ташкент, 1942 и др.

⁹ Пашерстник А.Е. Вопросы правового регулирования заработной платы в условиях Отечественной войны // Известия АН СССР. Отд. экономики и права. 1945. № 2. С. 13–23; Он же. Правовое регулирование условий труда // Советское право в период Великой Отечественной войны / под ред. И.Г. Голякова. М., 1948. С. 314–366 и др.

¹⁰ Отчет о защите диссертации см.: Правовые вопросы вознаграждения за труд (диссертация А.Е. Пашерстника) // Советское государство и право. 1947. № 4. С. 75–78.

Йорк связано одно курьезное происшествие. Арон Ефимович не обладал богатой статью и аристократической внешностью, да и его совпромовский костюм был явно не в русле моды. В ожидании нашей делегации он присел на парапет у здания ООН. Проходящий мимо важный американский господин принял его за чистильщика обуви, что вызвало неподдельный гнев нашего ученого. Пашерстник рассказывал об этом впоследствии с улыбкой, что его едва не приняли за американского пролетария.

Ему поручалось написание обличительных «антиимпериалистических» статей¹¹. Пашерстник готовил ответ на представление американскими профсоюзами в экономический и социальный совет ООН меморандума «О принудительном труде в СССР» (1949 г.). Он писал о «капиталистическом наемном рабстве, системе долгового рабства, продажи в рабство детей», а также — что особенно примечательно — о принудительном труде заключенных в США. При этом Пашерстник хорошо изучил статистику травматизма в США и другие данные, характеризующие положение рабочих на Западе. В общем получилось крайне тенденциозное сочинение, где действительные недостатки в правовом регулировании трудовых отношений перемешаны с односторонне подобранными фактами и явным преувеличением¹².

В период борьбы с «космополитизмом» ученый был вынужден доказывать свое «верноподданничество» путем неумеренной критики своих коллег, в том числе Н.Г. Александрова и В.М. Догадова¹³ и заявлениями, не относящимися к предмету научного исследования. Например, одной из задач трудового права в 1951 г. он называл «очищение кадров от врагов народа и прочих вредителей»¹⁴. Однако это было следствием сталинской «пытки страхом», сильного идеологического пресса. У Пашерстника, как и у большинства ученых того времени, не оставалось выбора, и его также можно признать жертвой идеологического давления.

¹¹ Пашерстник А.Е. Расовая дискриминация в регулировании условий труда и принудительный труд в странах англо-американского блока // Советское государство и право. 1950. № 10. С. 68–78; Пашерстник А.Е., Левин И.Д. Принудительный труд и рабство в странах капитала. М., 1952; Краснопольский А.С., Пашерстник А.Е. Бесправное положение негров в США. М., 1954 и др.

¹² Пашерстник А.Е. О принудительном труде в США и других странах американско-английского блока. М., 1952. С. 3–17 и др.

¹³ Пашерстник А.Е. К вопросу о роли советского трудового права в коммунистическом строительстве // Советское государство и право. 1953. № 4. С. 65–79; Он же. Некоторые вопросы советского трудового права // Советское государство и право. 1946. № 5–6. С. 31–43 и др.

¹⁴ Пашерстник А.Е. Право на труд. Очерки по советскому праву. М., 1951. С. 9–10.

С 1948 г. он избирается профессором Московского юридического института (по совместительству), оставив заведование кафедрой ВЮЗИ, а с 1952 г. возглавил в институте кафедру трудового права (утвержден заведующим в августе 1953 г.). Наконец, 23 июля 1954 г. он утверждается заведующим кафедрой трудового права МГУ и остается в этой должности до самой смерти в 1958 г. Под его руководством на кафедре был создан работоспособный коллектив, состоящий из ярких личностей. Помимо профессоров К.П. Горшенина и Г.К. Москаленко (его преемник в ВЮЗИ) на кафедре трудились доценты А.А. Абрамова и И.Я. Киселев, молодые кандидаты наук В.С. Андреев (будущий завкафедрой ВЮЗИ) и А.Д. Зайкин (1924–2002).

В условиях ослабления идеологического пресса подготовил теоретические работы, посвященные проблемам предмета отрасли, определению места трудового права в системе советского права, вопросам соотношения общесоюзного и республиканского законодательства о труде, сравнительному анализу законодательства о труде союзных республик¹⁵.

Пашерстник стал одним из первых советских ученых, которые возродили «забытую» с начала 30-х гг. XX в. практику исследования правового регулирования трудовых отношений в капиталистических странах. Он подготовил добротный исторический экскурс западного трудового законодательства, упомянул труды Л.С. Таля, В. Эндеманна, Ф. Лотмара, Г. Зинцгеймера, И.А. Покровского не только в критическом, но и в позитивном аспектах.

По сути, ученый утверждал, что трудовые отношения на Западе существуют и регулируются они нормами трудового права, хотя и с сильным цивилистическим уклоном¹⁶. Исследовал он и проблемы правового регулирования труда в социалистических странах. Примечательно, что это было не столько идеологическое, сколько догматическое исследование с подробным анализом действующих нормативных правовых актов¹⁷. Пашерстника можно считать основателем новой советской школы международного и зарубежного трудового права.

Однако его исследования по данной проблематике традиционно сопровождали излишние критичность и категоричность. Так, он отмечал, что Международная организация труда (МОТ) в «демагогических целях» декларировала необходимость равенства в оплате труда женщин и мужчин. Эта организация только регистриро-

¹⁵ Пашерстник А.Е. Теоретические вопросы общесоюзного законодательства о труде. М., 1955; Он же. Основы советского трудового права. М., 1956 и др.

¹⁶ Пашерстник А.Е. Правовое регулирование труда в капиталистических странах. М., 1955.

¹⁷ Пашерстник А.Е. Трудовое право стран народной демократии. М., 1955.

вала разницу в оплате труда в зависимости от расового и конфессионального признаков, но не могла ее преодолеть¹⁸.

Ученый обоснованно отмечал, что начало социальной доктрине католичества положила первая социальная энциклика папы Льва XIII «Рерум новарум» («К новым временам») (1891 г.), получившая развитие в энциклике папы Пия XI (1931 г.). Пашерстник не без основания назвал их «энцикликами римских пап по рабочему вопросу», но опять же отмечал их декларативность¹⁹.

Многие ученики Пашерстника стали кандидатами, а двое — докторами наук. Это ведущие впоследствии отечественные ученые-трудовики профессора А.Д. Зайкин и С.А. Иванов (1924–2008). Арон Ефимович был первым оппонентом на защите кандидатской диссертации А.С. Пашкова (1921–1996) и оказал на его последующее творчество в части концепции права на труд большое влияние. На протяжении своей научной деятельности ученый рассмотрел почти все основные проблемы трудового права²⁰. Но основной тематикой его исследований стали право на труд и правовое регулирование вознаграждения за труд. Он подготовил уже к 1948 г. 130 научных публикаций, причем 80 по трудовому праву и 50 по экономике, прежде всего экономике труда. Всего он опубликовал около 200 работ. В числе его государственных наград две медали. Умер ученый 21 декабря 1958 г.

Кратко остановимся на характеристике научного наследия Пашерстника. Ему принадлежит определенная заслуга в разработке теории трудового правоотношения. Начнем с того, что он поставил вопрос о существовании трудового законодательства в капиталистических странах, что предполагало наличие трудовых отношений, регулируемых его нормами, т.е. так называемых буржуазных трудовых правоотношений. Отметим, что с начала 30-х гг. прошлого века отрицалось советской идеологической моделью существование трудового законодательства на Западе, где наемный труд регулировался якобы только гражданским правом. В то же время Пашерстник только реанимировал общепризнанное в советской науке в начале 20-х гг. положение. Так, А.Я. Канторович (1859–1925) уже в 20-е гг., как о прописной истине, упоминал о том, что рабочее законодательство имеется в настоящее время во

всех странах. Оно различается только по объему и содержанию²¹. В середине 50-х гг. эту идею Пашерстник был вынужден доказывать заново, не только критикуя «буржуазных фальсификаторов», но и рассматривая историю становления трудового права. Пашерстник в обоснование отраслевого критерия дифференциации обращал внимание на значение данной отрасли для народного хозяйства и степень ее обеспеченности кадрами. В основном им рассматривалась дифференциация, основанная на объективных факторах (различие форм социалистической собственности, особенности отдельных отраслей народного хозяйства, неравные климатические условия и др.)²².

Пашерстник также допускал параллельное существование в случае совершения изобретения при исполнении трудовых обязанностей трудового и гражданско-правового отношений, но без конкретизации этого положения. Впрочем, по поводу оплаты труда он был категоричен: либо заработная плата, либо авторский гонорар²³.

Хрестоматийным стала его ссылка на разделение «внутренних» и «внешних» отношений в сфере государственной службы. Ученый писал: «Линия разграничения между трудовым и административным правом лежит в плоскости различия между положением государственных служащих в трудовом процессе и их положением во внешней среде. Отношения с внешней средой являются областью административного права, отношения в процессе труда — областью трудового права»²⁴. Аналогичные аргументы разграничения трудовых и административных отношений в сфере государственной службы звучат и в современной литературе по трудовому праву²⁵.

Опираясь на учение К. Маркса, А.Е. Пашерстник обосновывал товарный характер труда при капитализме и его нетоварный характер при социализме. Он утверждал, что при капитализме рабочая сила связана с личностью, но не совпадает с ней. В этой связи работник продает не труд, а рабочую силу, которая в израсходованном виде переходит в имущественную сферу ра-

¹⁸ Пашерстник А.Е. Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих. М.–Л., 1949. С. 18, 42–43, 49.

¹⁹ Пашерстник А.Е. К вопросу о понятии вознаграждения за труд рабочих и служащих // Вопросы трудового права. М.–Л., 1948. Вып. 1. С. 128–129.

²⁰ Пашерстник А.Е. Дисциплина труда в СССР. М., 1950; Он же. Коллективный договор. М., 1951; Он же. Соблюдение социалистической трудовой дисциплины — долг каждого советского гражданина. М., 1953; Он же. Рассмотрение трудовых споров. М., 1958 и др.

²¹ Канторович Я.А. Коллективный договор. Л., 1924. С. 31.

²² Пашерстник А.Е. Теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства о труде. М., 1955. С. 72–73.

²³ Пашерстник А.Е. К вопросу о понятии вознаграждения за труд рабочих и служащих // Вопросы трудового права. М.–Л., 1948. Вып. 1. С. 221–222.

²⁴ Пашерстник А.Е. К вопросу о советской государственной службе // Вопросы советского административного права. М.–Л., 1949. С. 123.

²⁵ Гафаров З.С., Иванова С.А., Шайхатдинов В.Ш. Правовое регулирование труда и социальной защиты государственных служащих субъектов Российской Федерации. Екатеринбург, 1998. С. 10–19; Нестерова Т.А. Государственная служба в Российской Федерации и проблемы трудового права. Пермь, 2002.

ботодателя. Таким образом, прежней способности к труду нет, а возникает новая способность к труду. Арон Ефимович определял наем труда как усложненную товарную сделку, содержащую в себе акт продажи и фактического вступления в отношения власти и подчинения²⁶.

Ученый писал, что об ограничении трудовой правосубъектности можно говорить лишь в тех случаях, когда объем предоставленных гражданам прав сужается вследствие совершения ими преступления (ограниченная трудовая правосубъектность). При этом «объем трудовой правосубъектности может быть временно ограничен только по суду...»²⁷. Если Пашерстник писал о временном уменьшении объема трудовых прав, то Б.К. Бегичев (1924–1986), К.П. Уржинский (1826–1997)²⁸ — о временном лишении субъективных прав.

Но основная заслуга ученого состоит в разработке имущественного критерия трудового правоотношения, которому в то время уделялось явно недостаточное внимание. Так, даже Н.Г. Александров не считал первоначально вознаграждение специфическим признаком трудового правоотношения, хотя и признавал обязательным денежное вознаграждение за труд²⁹. Пашерстник, наоборот, настаивал на необходимости выделения имущественного признака трудового правоотношения. Арон Ефимович обратил внимание на то, что в буржуазном праве нет четкого разграничения между понятиями возмездности и взаимности. Отсюда классическое для французской науки начала XX в. утверждение о вознаграждении за труд, восходящее к трудам М. Капитана: «Можно сказать, что это синоним исполнения. Платить — это значит исполнять обязательства»³⁰. С этим можно было бы согласиться, если абстрагироваться от единства частных и публичных начал в трудовых отношениях. Это означает, что выплата заработной платы остается юридической обязанностью работодателя, но она определяется не только самим договором на принципах взаимности, но и с участием государства с учетом возмездности, понимаемой более широко, чем в гражданском праве.

Ученый подчеркивал, что личная заинтересованность и материальное стимулирование остаются важнейшими факторами развития обществен-

ного производства и при социализме, выступал за субсидиарное применение норм гражданского права при вознаграждении за труд³¹. Условия оплаты труда являются обязательными (необходимыми), так как трудовой договор всегда является возмездным. «Возмездность трудового правоотношения, — писал Пашерстник, — не презумпция, а совершенно непоколебимый императивный принцип, действие которого не может быть нарушено или ослаблено никакими оговорками или мнением сторон»³². Эти положения можно признать вполне обоснованными.

В советский период, начиная с 50-х гг. XX в., наметился «водораздел» между двумя концепциями: «единого длящегося трудового правоотношения» и комплекса взаимосвязанных трудовых правоотношений (так называемая концепция «расщепленного трудового правоотношения»). Пашерстник первым, в противовес Н.Г. Александрову, утверждал, что «в реальности речь идет не о едином трудовом правоотношении, а комплексе различных, но взаимосвязанных отношений. Эта связь обусловлена их общностью и выражает не слияние, а соединение правоотношений»³³.

Развивая эту идею, С.С. Алексеев подчеркнул, что трудового отношения в жизни не существует, а есть лишь абстракция³⁴. Напротив, Н.Г. Александров считал логическим обособлением и абстракцией выделение в особые подразделения изучаемого объекта отдельных составных частей единого длящегося правоотношения. По его мнению, «правовое регулирование заработной платы образует не самостоятельное правоотношение, а регулирование ответного действия на выполнение трудовой обязанности; правовое же регулирование трудовой дисциплины образует не самостоятельное правоотношение, а представляет собой регулирование способа исполнения трудовой обязанности и тех мер поддержки выполнения ее, которыми наделена администрация (как орган управления предприятием) в трудовом правоотношении, и т.д.»³⁵.

Не соглашался Пашерстник и с позицией Александрова о выделении ограниченной и специальной трудовой правосубъектности работника. Он считал, что в этих случаях речь только о проблеме фактического состава возникновения

²⁶ Пашерстник А.Е. К вопросу о понятии вознаграждения за труд рабочих и служащих. С. 134–146.

²⁷ Пашерстник А.Е. Право на труд. М., 1951. С. 26.

²⁸ Уржинский К.П. Теория и практика субъективных прав рабочих и служащих в свете новейшего законодательства. Калинин, 1975. С. 54–55.

²⁹ Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М., 1948. С. 230, 307 и др.

³⁰ Цит по.: Пашерстник А.Е. К вопросу о понятии вознаграждения за труд рабочих и служащих. С. 121.

³¹ Там же. С. 175, 180 и др.

³² Пашерстник А.Е. Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих. С. 52.

³³ Пашерстник А.Е. О сфере действия и принципах трудового права // Советское государство и право. 1957. № 10. С. 94.

³⁴ Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. М., 1961. С. 108.

³⁵ Советское трудовое право / под ред. Н.Г. Александрова. М., 1972. С. 154–155.

трудового правоотношения³⁶. Критике была подвергнута также позиция Александрова, согласно которой за трудовым договором при всех условиях признается только значение юридического факта, основания возникновения трудового правоотношения, вследствие чего трудовой договор не определяет содержание этого правоотношения. Арон Ефимович отстаивал иную точку зрения, в соответствии с которой содержание трудового договора при известных условиях и в известных пределах составляет содержание самого трудового правоотношения³⁷. Он возражал против определения трудового договора, данного Александровым, как соглашения о работе в качестве рабочего и служащего. Ученый считал, что тем самым трудовому договору придается значение фактора, на основании которого формируется социальная категория рабочих и служащих. Следовательно, по мнению Пашерстника, речь идет не о юридической, а о социально-экономической категории «новый советский рабочий» и «новый советский служащий»³⁸. С точки зрения теории трудового права в этой критике трудно найти рациональное зерно. Вероятно, мы имеем дело, когда критика дается ради критики.

Как уже указывалось, основной тематикой его исследований стали право на труд и правовое регулирование вознаграждения за труд³⁹. Пашерстник является автором фундаментального исследования «Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих», которое в определенной степени не утратило своей актуальности и в настоящее время. Им были обоснованы критерии разграничения вознаграждения за труд в трудовых отношениях от вознаграждения за труд в имущественных отношениях гражданско-правового характера. Среди этих критериев назывались и особые принципы правовой организации заработной платы, такие как запрет дискриминации в оплате труда и оплата по количеству и качеству труда (соразмерность вознаграждения)⁴⁰.

Особой заслугой Пашерстника является обоснование необходимости исследования заработной платы не как общественно-экономической категории вообще, а сквозь призму трудового правоотношения, с точки зрения правомочий и обязанностей субъектов трудового правоотношения. По его утверждению, юридическая

природа и содержание вознаграждения за труд могут быть поняты лишь в связи с природой и содержанием трудового правоотношения: притязания работника на определенный размер заработной платы и соответствующая обязанность предприятия в конкретном трудовом правоотношении. В этой связи он дал следующее определение: «Заработная плата как элемент трудового правоотношения есть вознаграждение, которое предприятие, учреждение или хозяйство обязано выплачивать рабочим и служащим за их труд в соответствии с его количеством и качеством по заранее установленным нормативам»⁴¹.

В.М. Догадов и Ф.М. Левиант считали это определение сомнительным, так как в нем нет достаточно четкого отграничения заработной платы от вознаграждения за труд колхозников и членов промысловой кооперации⁴².

Пашерстник выделил три главных народнохозяйственных функции заработной платы: 1) как фактора, определяющего материально-бытовое положение трудящегося; 2) как важнейший рычаг повышения производительности труда; 3) как вид издержек производства, один из элементов себестоимости продукции⁴³.

Ученый последовательно связывал размер заработной платы с результатами работы предприятий, тогда как ряд специалистов⁴⁴ указывали на независимость размера вознаграждения от доходности предприятия.

А.А. Фатуев отмечал, что «концепция Пашерстника была настолько стройна, а аргументация убедительна, а обобщенный им материал — труды отечественных и зарубежных авторов по экономике, философии, праву, социологии, политической экономии наряду с практической деятельностью государственных и профсоюзных органов в области трудовых отношений за несколько десятков лет — столь впечатляющ, что определение понятия заработной платы, сформулированное им в 1946 г., стало общепризнанным во всей учебной и научной литературе по трудовому праву более чем на 20-летний период»⁴⁵. При этом следует отметить, что эта научная концепция была создана в период господства государственного нормирования заработной платы. Таким образом, минимальная оплата труда была «привязана» к прожиточному

⁴¹ Там же. С. 160.

⁴² Догадов В.М., Левиант Ф.М. Рец. на кн.: Пашерстник А.Е. Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих. М.—Л., 1949 // Советское государство и право. 1950. № 2. С. 80–81.

⁴³ Пашерстник А.Е. Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих. С. 155–156.

⁴⁴ Александров Н.Г. Советское трудовое право. М., 1954. С. 240.

⁴⁵ Фатуев А.А. Вознаграждение за труд по советскому трудовому праву. М., 1977. С. 7.

³⁶ Пашерстник А.Е. Право на труд. М., 1951. С. 29–30.

³⁷ Там же. С. 194–199.

³⁸ Там же. С. 204–205.

³⁹ Пашерстник А.Е. К вопросу о понятии вознаграждения за труд рабочих и служащих // Вопросы труда. М.—Л., 1948. Вып. 1. С. 121–273; Он же. Правовая организация заработной платы в СССР. М., 1948 и др.

⁴⁰ Пашерстник А.Е. Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих. М.—Л., 1949. С. 107–130.

минимуму определенной местности. Пашерстник писал, что «в период гражданской войны, в связи с жестким нормированием и натурализацией заработной платы, система установления государственного минимума заработной платы потеряла практическое значение, но она была вновь восстановлена в 1922 г., с переходом к новой экономической политике»⁴⁶.

По мнению ученого, процесс централизации оплаты труда завершился Постановлением СНК СССР от 4 июня 1938 г. «О порядке издания народными комиссариатами приказов по вопросам заработной платы»⁴⁷. Такие приказы могли издаваться только с разрешения Экономического Совета при СНК СССР, что выводило правовое регулирование заработной платы на общесоюзный уровень. Даже проблемы отраслевой и региональной дифференциации заработной платы решались теперь союзными органами. Всеобщая централизация традиционно считалась советской спецификой и сильной стороной правового регулирования заработной платы при социализме⁴⁸. Таким образом, размер заработной платы мог устанавливаться только на государственном уровне и не подлежал пересмотру на местах. Формальное возрождение коллективно-договорной практики в 1947 г. привело только к включению этих императивных норм в тексты коллективных договоров.

В этой связи ученый писал, что советскому праву известны два метода регулирования заработной платы, сменявших друг друга или существовавших рядом и находившихся в различном соотношении между собой в зависимости от особенностей момента: метод регулирования при помощи коллективного договора и метод государственного нормирования⁴⁹. В теории и нормативной практике основным принципом Ароном Ефимовичем признавался принцип оплаты по труду. Этот принцип он раскрывал через соразмерность заработной платы затратам живого труда, т.е. в соответствии с количеством и качеством затраченного труда⁵⁰.

Пашерстник раскрыл содержание права на труд в СССР, странах народной демократии и доказывал неосуществимость этого права при капитализме. Под правом на труд в СССР он понимал право на получение гарантированной работы с оплатой труда по его количеству и качеству. По его мнению, право на труд означает не только то, что каждый должен быть обеспечен работой.

Огромное принципиальное и практическое значение имеет еще и то, что работа должна обязательно предоставляться в соответствии со специальностью и квалификацией работника⁵¹. Он ввел в научный оборот трактовку понятия распределения рабочей силы в СССР, которое не сводится к юридическим фактам возникновения трудовых правоотношений, а гораздо шире. Это не только регулирование форм привлечения к труду, как считалось ранее, но и регулирование условий труда и быта, заработной платы, повышения квалификации, предоставление льгот⁵².

Ученый проанализировал формы привлечения к труду в СССР (договорные и прямое распределение рабочей силы на основании актов направления на работу) и их соотношение на том или ином историческом этапе развития советского государства. Он констатировал, что в зависимости от условий конкретной обстановки используется то одна, то другая форма привлечения к труду или они применяются одновременно.

По его мнению, возникновению трудовых отношений предшествуют два вида правовых актов: 1) акты планового распределения рабочей силы (например план организационного набора рабочей силы, утвержденный министерством); 2) акты привлечения к труду (заключение трудового договора; прием в члены колхоза; направление на работу по окончании учебного заведения; направление на работу в порядке обязательного перевода; трудовая повинность)⁵³. Планово-распределительные акты, как справедливо отмечал ученый, в отличие от актов привлечения к труду, не порождают непосредственно трудовых отношений, создавая лишь предпосылки к возникновению последних на основании актов второй группы и оказывая некоторое влияние на содержание и развитие трудовых правоотношений.

Пашерстник писал о сочетании в ходе Великой Отечественной войны мобилизации трудовых резервов и широкого развертывания социалистического соревнования, единоначалие с широкой производственной демократией⁵⁴. Очевидно, что такое утверждение могло появиться только в условиях сталинского идеологического диктата. При этом Пашерстник обоснованно отмечал, что материальное стимулирование в условиях боевых действий не было ведущим стимулом к труду, а заработная плата не всем категориям работников выплачивалась в полном объеме. Пашерстник, как и другие исследователи, основное внимание концентриро-

⁴⁶ Пашерстник А.Е. Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих. М.–Л., 1949. С. 110–111.

⁴⁷ СЗ СССР. 1938. № 27. Ст. 178.

⁴⁸ Пашерстник А.Е. Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих. С. 189–214.

⁴⁹ Там же. С. 189.

⁵⁰ Там же. С. 117, 158–159.

⁵¹ Пашерстник А.Е. Право на труд. М., 1951. С. 25, 33.

⁵² Там же. С. 167.

⁵³ Там же. С. 168.

⁵⁴ Пашерстник А.Е. Правовое регулирование условий труда // Советское право в период Великой Отечественной войны / под ред. И.Г. Голякова. М., 1948. С. 318, 335 и др.

вал на трудовых мобилизациях и других полудобровольных или принудительных способах распределения рабочей силы.

Пашерстник, а вслед за ним и А.С. Пашков отрицали необходимость определения трудового договора через «организованное сотрудничество», считая, что оно присуще всем без исключения договорам в советском праве⁵⁵. Это во многом надуманная проблема занимала непропорционально большое место в научных исследованиях. Понятие организованного сотрудничества, легализованное в КЗоТ РСФСР 1918 г., было формально рецепировано из гражданского права как производное от простого товарищества и договора о совместной деятельности. При этом оно получило иное правовое наполнение, что отражало небрежное отношение советского законодателя к юридической терминологии. В советских исследованиях данная проблема порой выходила на первый план и из нее делались неадекватные выводы. Так, Пашерстник и А.С. Пашков утверждали, что обязанность организовать труд лежит не только на администрации, но и на каждом работнике⁵⁶.

В качестве признаков трудового договора Пашерстник выделял: 1) привлечение к труду по соглашению сторон; 2) установление заранее рода работы, что охватывает и признак подчинения сторон трудового договора внутреннему трудовому распорядку; 3) уплата вознаграждения в соответствии с количеством и качеством труда по заранее установленным расценкам; 4) обеспечение условий труда в соответствии с требованиями законодательства.

В этой связи трудовой договор определялся как соглашение, по которому трудящийся обязуется выполнять работу определенного рода, а предприятие (учреждение) — выплачивать вознаграждение за выполненную работу в соответствии с количеством и качеством труда по заранее установленным нормам и обеспечить трудящемуся условия труда согласно требованиям законодательства⁵⁷.

Относительно новым признаком трудового договора, предложенным Пашерстником (почти одновременно с Н.Г. Александровым и В.М. Догадовым), можно считать включение лица, заключившего такой договор, в личный состав предприятия для выполнения там определенной трудовой функции⁵⁸. Данный признак обо-

значался уже в начале XX в. немецкими учеными Г. Зинцгеймером (1875–1945) и Х. Поттгофом, которые писали о лично-правовой зависимости работника от работодателя, что необходимо для объединения отдельных лиц для совместных действий. Это соответствует и тому, что трудовое право регулирует не единичный, а кооперированный труд. Примечательно, что об этом же писал К. Маркс в «Капитале»⁵⁹, а затем Н.Г. Александров акцентировал на этом внимание при анализе научного наследия немецких ученых⁶⁰. Вместе с тем данный признак можно признать самостоятельным, хотя термин «личный состав» или штат предприятия достаточно многозначны.

Пашерстник конкретизировал понятие перевода на другую работу, при котором изменяется род работы. Он определил его как перемещение, при котором работник переходит к выполнению работы, отличающейся от прежней по своим профессиональным, квалификационным или объединенным признакам⁶¹. Позднее он дополнил это определение указанием «на работу, которая отличается от прежней по своему объему»⁶².

Арон Ефимович одним из первых определил ученический договор как разновидность трудового договора, по которому трудящийся наряду с трудовыми обязанностями берет на себя дополнительную обязанность — в течение определенного срока освоить в процессе работы изучаемую специальность⁶³.

Его исследование коллективного договора носило не только правовой, но и хозяйственно-идеологический характер⁶⁴. В этот период коллективный договор определялся им как соглашение между администрацией предприятия (организации) и рабочими (служащими) в лице профсоюзных органов, устанавливающее обязательства предприятия, работников и профсоюзной организации по выполнению и перевыполнению производственного плана, обеспечению материальных, культурно-бытовых и других условий труда. Практическая ценность коллективного договора представлялась прежде всего в

рования трудового договора // Вопросы трудового, колхозного и земельного права. Л., 1959. С. 4–14; Пашерстник А.Е. Теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства о труде. М., 1955. С. 24–25 и др.

⁵⁹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 25. С. 420.

⁶⁰ Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М., 1948. С. 110.

⁶¹ Пашерстник А.Е. Право на труд. С. 41.

⁶² Пашерстник А.Е. Рассмотрение трудовых споров. М., 1958. С. 130.

⁶³ Пашерстник А.Е. Право на труд. С. 147.

⁶⁴ Пашерстник А.Е. Коллективный договор. М., 1951; Он же. Коллективный договор в буржуазных юридических теориях и законодательстве капиталистических стран // Известия АН СССР. Отд. экономики и права. 1948. № 1 и др.

⁵⁵ Пашерстник А.Е. Право на труд. С. 206; Пашков А.С. Правовые формы обеспечения производства кадрами в СССР. М., 1961. С. 54.

⁵⁶ Пашерстник А.Е. Право на труд. С. 207; Пашков А.С. Правовые формы обеспечения производства кадрами в СССР. С. 54–56.

⁵⁷ Пашерстник А.Е. Право на труд. С. 200–201.

⁵⁸ Александров Н.Г. Советское трудовое право. М., 1963. С. 180; Догадов В.М. Некоторые вопросы правового регули-

мобилизации трудящихся на выполнение задач, поставленных КПСС⁶⁵. В отношении работодателя стороной коллективного договора он называл предприятие, и эта позиция была поддержана многими советскими трудовиками⁶⁶.

Пашерстник определял рабочее время как время, в течение которого работник по закону обязан выполнять порученную ему работу на предприятии, учреждении, хозяйстве⁶⁷. Его поддержали большинство ученых-трудоуников⁶⁸. Ученый обращал внимание на то, что в американском законодательстве понятие нормального рабочего времени трансформируется в понятие грани или рубежа, за которым работнику за ту же работу полагается большая оплата, в связи с чем понятие нормы получило чисто расчетное значение⁶⁹.

Ученый справедливо подчеркнул, что всегда, во все периоды развития советского трудового права «неотъемлемость нормы рабочего времени вытекала из всего смысла советского законодательства о труде, из правительственных директив, указывавших на необходимость максимального использования рабочего дня, из принципов социалистической организации труда и трудовой дисциплины»⁷⁰. Он утверждал, что договорное начало не имело места в установлении нормальной продолжительности рабочего времени в первые годы после Октября 1917 г. Ученый считал, что если в коллективных договорах по КЗоТ 1918 г. и первых лет нэпа было принято воспроизводить нормы трудового законодательства, то это не меняло юридической природы, не превращало их в договорные, а служило лишь целям популяризации законов, информации сторон об их взаимных правах и обязанностях⁷¹.

⁶⁵ Пашерстник А.Е. Коллективный договор. С. 53, 92 и др.

⁶⁶ Пашерстник А.Е. Коллективный договор. С. 56–58; Москаленко Г.К. Хозяйственная реформа и коллективный договор // Хозяйственная реформа и трудовое право. М., 1970. С. 151–152; Бару М.И. Коллективный договор. Харьков, 1973. С. 17 и др.

⁶⁷ Пашерстник А.Е. Регулирование рабочего времени в свете последних законодательных актов // Советское государство и право. 1941. № 2. С. 54.

⁶⁸ Гинцбург Л.Я. Сокращение рабочего времени // Улучшение условий труда рабочих и служащих. М., 1963. С. 21–22; Левинант Ф.М., Догадов В.М. Трудовое право // Сорок лет советского права. Т. 2. 1917–1957. Л., 1957. С. 316–317; Москаленко Г.К. Рабочее время по советскому праву. М., 1960. С. 8.

⁶⁹ Пашерстник А.Е. К истории правового регулирования продолжительности рабочего дня в СССР // Вопросы советского государства и права. 1917–1957 гг. М., 1958. С. 417–427.

⁷⁰ Пашерстник А.Е. К истории правового регулирования продолжительности рабочего дня в СССР // Вопросы советского государства и права. 1917–1957 гг. С. 410; Он же. Регулирование рабочего времени в свете последних законодательных актов // Советское государство и право. 1941. № 2. С. 52–53.

⁷¹ Пашерстник А.Е. К истории правового регулирования продолжительности рабочего дня в СССР. С. 399, 410.

Пашерстник одним из первых написал о безусловной обязанности работника, выполнившего норму выработки, продолжить работу в течение всего рабочего дня, установленного законом⁷². В этой связи им обосновывались предложения по совершенствованию правового регулирования мер материального стимулирования для лиц, перевыполнивших нормы труда. Арон Ефимович обоснованно указывал на связь нормы выработки с вознаграждением за труд, но не подчеркнул значение фактора времени⁷³. В дальнейшем нормирование труда неразрывно связывалось им как с рабочим временем, так и с оплатой труда. Он утверждал, что нормирование труда связано непосредственно с мерой вознаграждения за труд, и правовое значение имеет только одна связь нормирования труда — с заработной платой⁷⁴. Далее он писал: «Выполнение нормы выработки является обязательным условием получения работником вознаграждения в размере, соответствующем единице времени, на которую установлена норма выработки»⁷⁵.

Пашерстник провел классификацию индивидуальных трудовых споров, опираясь на анализ Правил о применении третейского и судебного разбирательства трудовых конфликтов от 28 августа 1928 г. Он указывал: «По своему содержанию споры, рассматриваемые в РКК (расчетно-конфликтных комиссиях. — *Авт.*), могут касаться или установления условий труда (эти споры называются неисковыми, или спорами неискового характера), или выполнения условий труда, уже установленных законом, правилами внутреннего трудового распорядка, коллективным договором, трудовым договором, ведомственными инструкциями, приказами и т.д. (эти споры именуются исковыми или спорами искового характера)»⁷⁶.

Пашерстник критиковал определение Н.Г. Александровым трудовой дисциплины как общественной связи между людьми, обусловленной «выделением руководства и надзора в особую функцию». По мнению Пашерстника, это не соответствовало характеру социалистической трудовой дисциплины как связи между самими работниками⁷⁷. Ученый неоднократно обращался к проблемам трудовой дисциплины вообще и проблемам дисциплинарной от-

⁷² Пашерстник А.Е. Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих. М.–Л., 1949. С. 233–234.

⁷³ Там же. С. 235–238.

⁷⁴ Там же. С. 233.

⁷⁵ Там же. С. 235.

⁷⁶ Пашерстник А.Е. Рассмотрение трудовых споров. М., 1956. С. 18.

⁷⁷ Пашерстник А.Е. К вопросу о роли советского трудового права в коммунистическом строительстве // Советское государство и право. 1953. № 4. С. 65–67.

ветственности в частности⁷⁸. Он предлагал считать нарушение обязательного для соблюдения порядка, установленного на предприятии или в организации, трудовым нарушением. Очевидно, что такое нарушение мог совершить как работник, так и работодатель, а само оно могло быть связано с несоблюдением как норм внутреннего порядка, так и «совокупности юридических актов и юридических правил, исходящих от установленной социальной власти». Примечательно, что с учетом классового подхода аналогичную позицию в отношении трудовой дис-

циплины и внутреннего трудового распорядка на предприятии занимали как Н.Г. Александров, так и А.Е. Пашерстник⁷⁹.

Арон Ефимович определил, что смешанная вина при совершении дисциплинарных проступков влияет на тяжесть дисциплинарного взыскания. При наличии смешанной вины нескольких причинителей материального вреда она должна учитываться при определении размеров долевой ответственности. Солидарная ответственность в этом случае не допускается ни в качестве общего правила, ни в качестве исключения⁸⁰.

Библиография:

1. Александров Н.Г. Советское трудовое право. — М., 1963.
2. Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. — М., 1948.
3. Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. — М., 1961.
4. Гафаров З.С., Иванова С.А., Шайхатдинов В.Ш. Правовое регулирование труда и социальной защиты государственных служащих субъектов Российской Федерации. — Екатеринбург, 1998.
5. Бару М.И. Коллективный договор. — Харьков, 1973.
6. Гинцбург Л.Я. Сокращение рабочего времени // Улучшение условий труда рабочих и служащих. — М., 1963.
7. Догадов В.М., Левиант Ф.М. Рец. на кн.: Пашерстник А.Е. Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих. М.—Л., 1949 // Советское государство и право. — 1950. — № 2.
8. Догадов В.М. Некоторые вопросы правового регулирования трудового договора // Вопросы трудового, колхозного и земельного права. — Л., 1959.
9. Канторович Я.А. Коллективный договор. — Л., 1924.
10. Краснопольский А.С., Пашерстник А.Е. Бесправное положение негров в США. — М., 1954.
11. Левиант Ф.М., Догадов В.М. Трудовое право // Сорок лет советского права. Т. 2. 1917–1957. — Л., 1957.
12. Москаленко Г.К. Рабочее время по советскому праву. — М., 1960.
13. Москаленко Г.К. Хозяйственная реформа и коллективный договор // Хозяйственная реформа и трудовое право. — М., 1970.
14. Нестерова Т.А. Государственная служба в Российской Федерации и проблемы трудового права. — Пермь, 2002.
15. Пашерстник А.Е. К тридцатилетию советского трудового права // Советское государство и право. — 1947. — № 10.
16. Пашерстник А.Е. Фабричное законодательство капиталистической России // Научные записки юридического факультета КГУ. — Киев, 1940. — Т. 1 (на украинском языке).
17. Пашерстник А.Е. К 30-летию советского трудового права // Советское государство и право. — 1947. — № 10.
18. Пашерстник А.Е. Развитие советского трудового законодательства // Вопросы труда в СССР. — М., 1958.
19. Пашерстник А.Е. Природа советского трудового права // Советская юстиция. — 1938. — № 22, 23–24.
20. Пашерстник А.Е. О системе советского трудового права // Советская юстиция. — 1939. — № 17–18.
21. Пашерстник А.Е. К вопросу о предмете и системе советского трудового права // Украинский юридический институт. Ученые записки. — Киев, 1940.
22. Пашерстник А.Е. Регулирование рабочего времени в свете последних законодательных актов // Советское государство и право. — 1941. — № 2.
23. Пашерстник А.Е., Марченко В.П. Советское трудовое право. — М., 1940.
24. Пашерстник А.Е. Теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства о труде. — М., 1955.
25. Пашерстник А.Е. Новые рабочие и Великая Отечественная война. — Ташкент, 1942.
26. Пашерстник А.Е. Труд в колхозах и Великая Отечественная война. — Ташкент, 1942.
27. Пашерстник А.Е. Вопросы правового регулирования заработной платы в условиях Отечественной войны // Известия АН СССР. Отд. экономики и права. — 1945. — № 2.
28. Пашерстник А.Е. Правовое регулирование условий труда // Советское право в период Великой Отечественной войны / под ред. И.Г. Голякова. — М., 1948.
29. Пашерстник А.Е. Регулирование рабочего времени в свете последних законодательных актов // Советское государство и право. — 1941. — № 2.

⁷⁸ Пашерстник А.Е. Дисциплина труда в СССР. М., 1950; Он же. Соблюдение социалистической дисциплины труда — долг каждого советского гражданина. М., 1953.

⁷⁹ Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М., 1948. С. 126; Пашерстник А.Е. Теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства о труде. М., 1955. С. 31.

⁸⁰ Пашерстник А.Е. Рассмотрение трудовых споров. С. 190.

30. Пашерстник А.Е. Расовая дискриминация в регулировании условий труда и принудительный труд в странах англо-американского блока // Советское государство и право. — 1950. — № 10.
31. Пашерстник А.Е. Коллективный договор. — М., 1951.
32. Пашерстник А.Е., Левин И.Д. Принудительный труд и рабство в странах капитала. — М., 1952.
33. Пашерстник А.Е. О принудительном труде в США и других странах американско-английского блока. — М., 1952.
34. Пашерстник А.Е. К вопросу о роли советского трудового права в коммунистическом строительстве // Советское государство и право. — 1953. — № 4.
35. Пашерстник А.Е. Некоторые вопросы советского трудового права // Советское государство и право. — 1946. — № 5–6.
36. Пашерстник А.Е. Право на труд. Очерки по советскому праву. — М., 1951.
37. Пашерстник А.Е. Теоретические вопросы общесоюзного законодательства о труде. — М., 1955.
38. Пашерстник А.Е. Основы советского трудового права. — М., 1956.
39. Пашерстник А.Е. Правовое регулирование труда в капиталистических странах. — М., 1955.
40. Пашерстник А.Е. Трудовое право стран народной демократии. — М., 1955.
41. Пашерстник А.Е. Правовые вопросы вознаграждения за труд рабочих и служащих. — М.–Л., 1949.
42. Пашерстник А.Е. К вопросу о понятии вознаграждения за труд рабочих и служащих // Вопросы трудового права. — М.–Л., 1948. — Вып. 1.
43. Пашерстник А.Е. Дисциплина труда в СССР. — М., 1950.
44. Пашерстник А.Е. Соблюдение социалистической трудовой дисциплины — долг каждого советского гражданина. — М., 1953.
45. Пашерстник А.Е. Рассмотрение трудовых споров. — М., 1958.
46. Пашерстник А.Е. К вопросу о советской государственной службе // Вопросы советского административного права. — М.–Л., 1949.
47. Пашерстник А.Е. О сфере действия и принципах трудового права // Советское государство и право. — 1957. — № 10.
48. Пашерстник А.Е. Правовая организация заработной платы в СССР. — М., 1948.
49. Пашерстник А.Е. Правовое регулирование условий труда // Советское право в период Великой Отечественной войны / под ред. И.Г. Голякова. — М., 1948.
50. Пашерстник А.Е. Коллективный договор в буржуазных юридических теориях и законодательстве капиталистических стран // Известия АН СССР. Отд. экономики и права. — 1948. — № 1.
51. Пашерстник А.Е. К истории правового регулирования продолжительности рабочего дня в СССР // Вопросы советского государства и права. 1917–1957 гг. — М., 1958.
52. Пашков А.С. Правовые формы обеспечения производства кадрами в СССР. — М., 1961.
53. Правовые вопросы вознаграждения за труд (Диссертация А.Е. Пашерстника) // Советское государство и право. — 1947. — № 4.
54. Уржинский К.П. Теория и практика субъективных прав рабочих и служащих в свете новейшего законодательства. — Калинин, 1975.
55. Фатуев А.А. Вознаграждение за труд по советскому трудовому праву. — М., 1977.

Материал поступил в редакцию 21 июля 2013 г.

A.YE. PASHERSTNIK

Lushnikov Andrei Mikhailovich

Doctor in Law, professor, head of Department of Labour and Financial law, Yaroslavl State University named after P.G. Demidov

[amlu0909@yandex.ru]

Lushnikova Marina Vladimirovna

Doctor in Law, professor, Department of Labour and Financial law, Yaroslavl State University named after P.G. Demidov.

[amlu0909@yandex.ru]

Abstract

The article dwells on the description of life and scientific heritage of Aron Yefimovich Pasherstnik, head of the Department of Labour and Kolkhoz Law of the All-Union Law Correspondence Institute in 1947–1948 years, who has made a great contribution to the development of the Soviet science of labour law; mostly by way of releasing monograph works he has researched practically all the issues relevant to this area of law. But his most significant contribution has been made to the development of the property criteria of employment legal relationship. He has performed the comprehensive research of the whole set of issues connected with wages payment both in legal and economical aspects. Besides, he has become one of the first scholars who turned to the history of labour law development not only on the Russian and Soviet soil, but also in foreign countries. He conducted the pioneer research of foreign and international labour law. He thoroughly studied the doctrines of employment legal relationship, labour disputes, employment contracts including collective labour agreements and individual apprenticeship agreements; he also studied the issue of the right to employment.

Keywords

A.Ye. Pasherstnik, remuneration for work, right to employment, labour law relationship, scientific heritage, biography, of the All-Union Law Correspondence Institute, the science of labour law, labour disputes, foreign labour law.

References

1. Aleksandrov N.G. Soviet labour law. — M., 1963.
2. Aleksandrov N.G. Labour relationship. — M., 1948.
3. Alekseev S.S. General theoretical problems of the system of Soviet law. — M., 1961.
4. Gafarov Z.S., Ivanova S.A., Shaykhatdinov V.Sh. Legal regulation of labour and social security of public officers of the constituent entities of the Russian Federation. — Yekaterinburg, 1998.
5. Baru M.I. Collective agreement. — Kharkov, 1973.
6. Gintsburg L.Ya. Reduction of working hours, improvement of labour conditions of manual and office workers. — M., 1963.
7. Dogadov V.M., Leviant F.M. Book review: Pasherstnik A.Ye. Legal issues of remuneration for manual and office workers' labour. M.–L., 1949 // Soviet state and law. — 1950. — № 2.
8. Dogadov V.M. Some issues of labour contract legal regulation // Issues of labour, kolkhoz and land law. — L., 1959.
9. Kantorovich Ya.A. Collective agreement. — L., 1924.
10. Krasnopolsky A.S., Pasherstnik A.Ye. Denial of rights for Negro population in the USA. — M., 1954.
11. Leviant F.M., Dogadov V.M. Labour law // Forty years of Soviet law. Vol. 2. 1917–1957. — L., 1957.
12. Moskalenko G.K. Working hours under Soviet law. — M., 1960.
13. Moskalenko G.K. Economical reform and collective agreement // Economical reform and labour law. — M., 1970.
14. Nesterova T.A. State service in the Russian Federation and problems of labour law. — Perm, 2002.
15. Pasherstnik A.Ye. To the thirtieth anniversary of Soviet labour law // Soviet state and law. — 1947. — № 10.
16. Pasherstnik A.Ye. Factory law of capitalist Russia // Scientific records of the law faculty of Kiev State University. — Kiev, 1940. — Vol. 1 (in the Ukrainian language).
17. Pasherstnik A.Ye. To the 30-th anniversary of Soviet labour law // Soviet state and law. — 1947. — № 10.
18. Pasherstnik A.Ye. Development of Soviet labour legislation // Labour issues in the USSR. — M., 1958.
19. Pasherstnik A.Ye. Nature of Soviet labour law // Soviet justice. — 1938. — № 22, 23–24.
20. Pasherstnik A.Ye. About the system of Soviet labour law // Soviet justice. — 1939. — № 17–18.
21. Pasherstnik A.Ye. Regarding the issue of the subject and the system of Soviet labour law // The Ukrainian law institute. Scientific records. — Kiev, 1940.

22. Pasherstnik A.Ye. Regulation of working hours in the light of recent laws// Soviet state and law. — 1941. — № 2.
23. Pasherstnik A.Ye. , Marchenko V.P. Soviet labour law. — М., 1940.
24. Pasherstnik A.Ye. Theoretical issues of codification of the all-union labour legislation. — М., 1955.
25. Pasherstnik A.Ye. New workers and the Great Patriotic War. — Tashkent, 1942.
26. Pasherstnik A.Ye. Work in kolkhozes and the Great Patriotic War. — Tashkent, 1942.
27. Pasherstnik A.Ye. Legal issues of wages regulation in conditions of the Great Patriotic War// News of the Academy of Sciences of the USSR. Department of Economics and law. — 1945. — № 2.
28. Pasherstnik A.Ye. Legal regulation of working conditions // Soviet law in the period of the Great Patriotic War / under the editorship of I.G. Golyakov. — М., 1948.
29. Pasherstnik A.Ye. Regulation of working hours in the light of recent laws // Soviet state and law. — 1941. — № 2.
30. Pasherstnik A.Ye. Race discrimination in regulating of working conditions and forced labour in Anglo-American alliance // Soviet state and law. — 1950. — № 10.
31. Pasherstnik A.Ye. Collective agreement. — М., 1951.
32. Pasherstnik A.Ye., Levin I.D. Forced labour and slavery in capitalist countries. — М., 1952.
33. Pasherstnik A.Ye. Regarding forced labour in the USA and other countries of America-English alliance. — М., 1952.
34. Pasherstnik A.Ye. Regarding the issue of Soviet labour law in the construction of communism // Soviet state and law. — 1953. — № 4.
35. Pasherstnik A.Ye. Certain issues of Soviet labour law // Soviet state and law. — 1946. — № 5–6.
36. Pasherstnik A.Ye. Right to labour. Essays on Soviet law. — М., 1951.
37. Pasherstnik A.Ye. Theoretical issues of the all-union labour legislation. — М., 1955.
38. Pasherstnik A.Ye. Basics of Soviet labour law. — М., 1956.
39. Pasherstnik A.Ye. Legal labour regulation in capitalist countries. — М., 1955.
40. Pasherstnik A.Ye. Labour law of the countries of peoples' democracy. — М., 1955.
41. Pasherstnik A.Ye. Legal issues of remuneration for manual and office workers' labour. — М.–Л., 1949.
42. Pasherstnik A.Ye. Regarding the issue of remuneration for manual and office workers' labour. //Issues of labour law. — М.–Л., 1948. — Edit. 1.
43. Pasherstnik A.Ye. Labour discipline in the USSR. — М., 1950.
44. Pasherstnik A.Ye. Complying with socialist labour discipline is a Soviet citizen's duty. — М., 1953.
45. Pasherstnik A.Ye. Hearing of labour disputes. — М., 1958.
46. Pasherstnik A.Ye. Regarding the issue of Soviet public service // Issues of Soviet administrative law. — М.–Л., 1949.
47. Pasherstnik A.Ye. Regarding the application area and principles of labour law// Soviet state and law. — 1957. — № 10.
48. Pasherstnik A.Ye. Legal organization of wages payment in the USSR. — М., 1948.
49. Pasherstnik A.Ye. Legal regulation of working conditions // Soviet law in the period of the Great Patriotic War / under the editorship of I.G. Golyakov. — М., 1948.
50. Pasherstnik A.Ye. Collective agreement in bourgeois legal doctrines and legislation of capitalist countries // News of the Academy of Sciences of the USSR. Department of Economics and law. — 1948. — № 1.
51. Pasherstnik A.Ye. Regarding the evolution of legal regulation of working hours in the USSR // Issues of Soviet state and law in 1917–1957. — М., 1958.
52. Pashkov A.S. Legal issues of providing industry with workforce in the USSR. — М., 1961.
53. Legal issues of labour remuneration (Thesis by Pasherstnik A.Ye) // Soviet state and law. — 1947. — № 4.
54. Urzhinsky K.P. Theory and practice of individual rights of manual and office workers in the light of latest legislation. — Kalinin, 1975.
55. Fatuev A.A. Remuneration for work under Soviet labour law. — М., 1977..

**СИВАКОВ Д.О.
ТЕНДЕНЦИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ВОДОХОЗЯЙСТВЕННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ:
монография. — М.: ИЗИСП, ЮРИСПРУДЕНЦИЯ,
2012. — 352 с.**

***Аннотация.** Рецензия посвящена одному из фундаментальных научных исследований, проведенных в области современного водного права. Автором на основе весьма значительного научного и практического материала проанализированы современные проблемы правового регулирования водохозяйственной деятельности, которые до сравнительно недавнего времени не были достаточно изучены. При подготовке издания были применены методы исторической ретроспективы и моделирования. Кроме того, автором проведен сравнительный анализ российского и зарубежного опыта правового регулирования. В монографии, подготовленной Д.О. Сиваковым, выявлены существующие в наше время тенденции правового регулирования водохозяйственной деятельности, обозначены перспективы их развития; дан анализ дефектов и пробелов в правоприменительной практике водного законодательства, а также его противоречия с иными отраслями законодательства. Автором последовательно представлены субъекты водохозяйственной деятельности в их многообразии, раскрыты наиболее сложные вопросы правового режима водных объектов, а также иные правовые проблемы. Отдельно проанализированы правовые режимы объектов, непосредственно связанных с водохозяйственной деятельностью. Кроме того, исследованы вопросы, связанные с финансовыми обязательствами, возникающими в связи с осуществлением водохозяйственной деятельности. Научное исследование, проведенное автором, отличается высоким научно-теоретическим и методическим уровнем и будет способствовать разрешению актуальных проблем, возникающих при использовании водных объектов в хозяйственных целях.*

***Ключевые слова:** правовое регулирование, водохозяйственная деятельность, водное законодательство, защита окружающей среды, водные ресурсы, водные объекты, право собственности, правовой режим земель, водохозяйственные сооружения, водохранилища, налоги, хозяйственные платежи.*

Вода является основой всей жизнедеятельности человечества. Без нее невозможно нормальное функционирование любого живого организма на Земле.

В связи с особой ценностью водных ресурсов и водного фонда возникает необходимость в их

особо качественном регулировании нормами законодательства. Качество нормативного правового регулирования, в свою очередь, во многом зависит от качества научных исследований, проведенных по соответствующему направлению правового регулирования.

© Авхадеев В.Р., 2014

* Авхадеев Владислав Рамилевич — кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник отдела международного публичного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

[vladislavavkhadeev@yandex.ru]

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушкинская, д. 34.

Актуальность необходимости защиты водных ресурсов подтверждена в Основах государственной политики в области экологического развития РФ на период до 2030 г., утвержденных Президентом РФ 30 апреля 2012 г., где говорится, что объем сточных вод, сбрасываемых в поверхностные водные объекты без очистки или недостаточно очищенных, остается высоким.

Разумеется, ситуация, связанная с серьезными загрязнениями водной среды, влечет за собой как ухудшение состояния здоровья населения, так и деградацию окружающей человека природной среды в целом.

Автор рецензируемой монографии кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник отдела аграрного, экологического и природоресурсного законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ Д.О. Сиваков является одним из признанных специалистов в области водного законодательства. В представленном монографическом исследовании он, основываясь на весьма значительном объеме материалов научного и практического характера, проанализировал проблемы правового регулирования водохозяйственной деятельности, которые до сравнительно недавнего времени были недостаточно изучены и разработаны. В целях проведения научного исследования по водохозяйственной проблематике автором применен метод исторической ретроспективы. Также был сопоставлен опыт законодательного регулирования использования водных объектов в Российской Федерации и зарубежных странах. Кроме того, использован метод правового моделирования, который позволяет увидеть основные тенденции развития водохозяйственной деятельности в будущем.

Д.О. Сиваковым детально изучены и проанализированы наиболее важные аспекты правового регулирования водохозяйственной деятельности. Так, в первой главе рассмотрены различные подходы к терминологии водохозяйственной деятельности и исследованы ее основы. Во второй главе дан анализ правового режима отдельных видов и разновидностей водных объектов — от прудов-копаней до морей. В третьей главе исследована деятельность субъектов водного хозяйства в их многообразии, при этом особый интерес представляет § 6, в котором рассмотрены вопросы самоорганизации водопользователей в России и зарубежных странах. В четвертой главе проанализированы права на водные объекты и проблемы правового регулирования водохозяйственной деятельности. В пятой главе раскрыт правовой режим земель, обеспечивающих водохозяйственную деятельность.

Особого внимания заслуживает глава шестая, в которой анализируются недостатки правового режима водохозяйственных сооружений и предлагаются различные способы их устранения. Помимо недобросовестного выполнения правил эксплуатации гидротехнических сооружений к числу названных недостатков относятся правовые пробелы в части проектирования, размещения, демонтажа и перепрофилирования гидротехнических сооружений. В данных процессах речь идет не только о негативном правоприменении, но и о сравнительно малом количестве правовых норм. Так, на практике гидроэнергетические сооружения играют роль мостов, а перепрофилировать их официально собственники затрудняются.

Седьмая глава посвящена анализу проблем правового регулирования водохозяйственной деятельности, связанных с использованием водохранилищ. В восьмой главе рассматриваются правовые проблемы, связанные с осуществлением платежей и возмещением убытков при водохозяйственной деятельности, раскрывается суть европейского принципа: «вода платит за воду». Он заключается в том, что деньги от водопользования государство вкладывает в охрану и восстановление водного фонда.

В свое время в России действовали целевые фонды, обеспечивающие компенсационные использования «водных» денег. Однако в настоящее время ни водный налог, ни плата по договору водопользования не идет на изучение, охрану и восстановление водных ресурсов.

В заключение автором высказан ряд интересных предложений, направленных на совершенствование правового регулирования проблем водохозяйственной деятельности. Особого внимания заслуживает положение о том, что государство в рамках своей экологической функции может и должно при поддержке муниципальных образований и саморегулируемых организаций перепрограммировать водопользование любого хозяйствующего субъекта на «зеленый» лад. Для этого нужны не только приказы и наказания, но и создание условий, при которых экологически ориентированные технологии окажутся выгодными для хозяйствующих субъектов.

Учитывая глобальный характер исследуемой проблематики, при проведении аналогичных научных исследований автору было бы желательно анализировать не только российское и зарубежное законодательство, но также и соответствующие источники международного права. Другими словами, представляется целесообразным в рамках отдельной главы рассмотреть вопросы, связанные с международно-правовым регулированием использования водных ресурсов.

Библиография:

1. Сиваков Д.О. Тенденции правового регулирования водохозяйственной деятельности: монография. — М., 2012.

SIVAKOV D.O.
TENDENCIES OF LEGAL REGULATION
OF WATER-ECONOMIC PRACTICE: monograph. — M.:
IZISP, JURISPRUDENCE, 2012. — 352 p.

Avkhadeev Vladislav Ramilevich

PhD in law, assistant professor, senior researcher, department of public international law, Institute of
Legislation and Comparative Law of the Government of the Russian Federation

[vladislavavkhadeev@yandex.ru]

Abstract

The book review is devoted to one of the fundamental scientific studies performed in the area of current water-economic practice. On the basis of considerable amount of scientific and practical material the author has analyzed current problems of legal regulation of water-economic activities which have not been properly studied up till recent times. While conducting the research there have been applied the method of the historical retrospective and the modelling method. Besides, the author has performed the comparative analysis of Russian and foreign experience in legal regulation. In the monograph, compiled by Sivakov D.O., there have been exposed the actual tendencies of legal regulation in water-economic practice, there have been indicated prospects of their development; there has been given the analysis of drawbacks and flaws in the legal application practice referring to water-economic practice, as well as the analysis of its contradictions with other areas of law. The author has consistently represented the subjects of water-economic practice in their diversity, there have been thoroughly considered the most complicated issues of the legal regime of water-providing facilities and other legal issues. Special attention has been given to analyzing the legal regimes of the facilities closely connected with water-economic practice. Moreover, there have been studied the issues regarding the financial obligations arising in connection with water-economic practice. The scientific research performed by the author is distinguished by the high level of scientific theoretical and methodological work and will contribute to the solution of relevant problems connected with the use of water-providing facilities in economic activities.

Keywords

Legal regulation, water-economic practice, water-economic legislation, environmental protection, water resources, water-providing facilities, proprietorship, land legal regime, economic water-providing facilities, water reservoirs, taxes, economic payment transaction.

References

1. Sivakov D.O. Tendencies of legal regulation of water-economic practice: monograph. — M., 2012.

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛЕ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) в разделе «Издательская деятельность», «Научные журналы»
http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific_journals/lex_russica/

1. В Журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения Авторам, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой Журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются Авторы — ведущие специалисты, ученые и практики. При прочих равных условиях преимущественное право на опубликование имеют:
 - профессорско-преподавательский состав МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) — перед сотрудниками иных вузов и научных учреждений;
 - лица, имеющие учёные степени, — перед аспирантами и соискателями.
3. Один Автор может опубликовать в течение года не более трех своих статей. Все исключения необходимо заранее согласовывать с редакцией.
4. **Направление Автором статьи для опубликования в Журнале считается акцептом**, т.е. согласием Автора на заключение Лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Lex Russica». Содержание договора опубликовано на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).
5. Автор направляет в редакцию Журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина). **При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью Автору без рассмотрения.**
6. Статья направляется в редакцию. Автору необходимо зарегистрироваться в системе, указав все запрашиваемые данные. **Для аспирантов и соискателей** обязательна для заполнения информация о научном руководителе / консультанте, его контактная информация (в поле «Дополнительные сведения»). В дальнейшем для отправки очередной статьи заново вводить эти данные не потребуется. При добавлении новой статьи откроется окошко регистрации статьи, где приводятся все данные о статье (соавторы, название статьи, название журнала, название рубрики, ключевые слова на русском, аннотация на русском, библиография на русском). Текст статьи прикрепляется к регистрационной форме в виде файла, сохраненного в любой версии Word с расширением .doc, .docx или .rtf.
7. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 25 до 50 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 15–30 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией Журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;

- в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
8. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
9. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
10. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться **библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008**. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например, с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный. Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина). **Ссылки на иностранные источники** следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке. **Ссылки на электронные ресурсы** следует оформлять в соответствии с **библиографическим ГОСТом 7.82–2001**. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, <в угловых скобках> полный адрес местонахождения ресурса и (в круглых скобках) дату последнего посещения веб-страницы.
11. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться **библиографическим ГОСТом 7.1-2003**. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.

ISSN 1729-5920

Телефон редакции (8-499)244-85-56.

Почтовый адрес редакции: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

E-mail: lexrus@msal.ru.

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

Объем: 13,02 усл.-печ.л., формат 60x84¹/₈. Тираж 250 экз. Дата подписания в печать 31.10.2014 г.

Печать офсетная. Бумага офсетная.

Отпечатано с готовых диапозитивов

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Подписка на журнал возможна с любого месяца.

Распространяется через Объединенный каталог «Пресса России» и Интернет-каталог Агентства «Книга-Сервис».

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11198.

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Lex Russica» обязательна.

Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией.

Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Ответственность за достоверность информации в рекламных объявлениях несут рекламодатели.

Для заметок

Для заметок

Для заметок