Министерство науки и высшего образования Российской Федерации
Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Владимирский государственный университет
имени Александра Григорьевича и Николая Григорьевича Столетовых»

ТЕОРИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ: КОНВЕРГЕНЦИЯ И ДИВЕРГЕНЦИЯ В ПРАВЕ

Курс лекций

Владимир 2019

УДК 340.1
ББК 67.0
Т33

Авторы:
О. Д. Третьякова, Р. Б. Головкин, М. В. Новиков, И. Ю. Митропан

Рецензенты:
Кандидат юридических наук, доцент
зав. кафедрой государственного права и управления
таможенной деятельностью
Владимирского государственного университета
имени Александра Григорьевича и Николая Григорьевича Столетовых
С. Н. Мамедов

Кандидат юридических наук, доцент
зам. директора Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте Российской Федерации
(Владимирский филиал)
О. Р. Рузевич

Теория юридического взаимодействия: конвергенция и дивер-
Т33 генция в праве : курс лекций / О. Д. Третьякова [и др.] ; Владим. гос. ун-т им. А. Г. и Н. Г. Столетовых. – Владимир : Изд-во ВлГУ, 2019. – 320 с. – ISBN 978-5-9984-0920-2.

Излагаются основы теории юридического взаимодействия в виде конвергенции и дивергенции в праве, рассматриваются технология юридической конвергенции, процессы, пределы и практика сближения элементов системы права, правовых и иных социальных норм, правовых систем современности, а также противоположный процесс – дивергенция (расхождение) в праве.

Предназначен для магистрантов всех форм обучения, аспирантов и преподавателей юридических факультетов и вузов. Может быть полезен специалистам в области юриспруденции.

Рекомендовано для формирования профессиональных компетенций в соответствии с ФГОС ВО.

Табл. 1. Библиогр.: 44 назв.

УДК 340.1
ББК 67.0

ISBN 978-5-9984-0920-2

© ВлГУ, 2019
© Третьякова О. Д., Головкин Р. Б.,
Новиков М. В., Митропан И. Ю., 2019

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ 5

Глава 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ЮРИДИЧЕСКОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ 9
Лекция 1. Общая характеристика юридического взаимодействия 9
Лекция 2. Общая характеристика конвергенции в праве 14
Лекция 3. Общая характеристика дивергенции в праве 39
Лекция 4. Общая характеристика методологии юридического взаимодействия 49

Глава 2. МЕХАНИЗМ ЮРИДИЧЕСКОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ В ВИДЕ КОНВЕРГЕНЦИИ В ПРАВЕ 70
Лекция 5. Сущность механизма юридического взаимодействия в виде конвергенции в праве 70
Лекция 6. Субъекты юридического взаимодействия в виде конвергенции в праве 84
Лекция 7. Объекты юридического взаимодействия в виде конвергенции в праве 96
Лекция 8. Формы, средства, принципы и виды юридического взаимодействия в виде конвергенции в праве 116
Лекция 9. Мера юридического взаимодействия в виде конвергенции в праве 128

Глава 3. ВНУТРЕННЯЯ ФОРМА ЮРИДИЧЕСКОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ В ВИДЕ КОНВЕРГЕНЦИИ В ПРАВЕ ... 144
Лекция 10. Конвергенция права и закона 144
Лекция 11. Конвергенция нормативных и ненормативных правовых предписаний 160
Лекция 12. Конвергенция элементов системы права 182

Глава 4. КОНВЕРГЕНЦИОННОЕ ЮРИДИЧЕСКОЕ ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ С СИСТЕМОЙ СОЦИАЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ 193
Лекция 13. Конвергенция права и морали 193
Лекция 14. Конвергенция права и религиозных норм..... 206
Лекция 15. Конвергенция права и обычая 217
Лекция 16. Конвергенция права и корпоративных норм 230

Глава 5. ЮРИДИЧЕСКОЕ ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ В ВИДЕ КОНВЕРГЕНЦИИ В ПРАВЕ..... 245
Лекция 17. Глобальные процессы конвергенции правовых систем 245
Лекция 18. Конвергенция правовых систем в Европе..... 268
Лекция 19. Конвергенция правовых систем стран Содружества Независимых Государств 278

Глава 6. НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ЮРИДИЧЕСКОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ В ВИДЕ ДИВЕРГЕНЦИИ В ПРАВЕ..... 292
Лекция 20. Дивергенция права и закона 292
Лекция 21. Дивергенция и конвергенция в праве при формировании комплексных юридических образований 298

Контрольные вопросы..... 308

ЗАКЛЮЧЕНИЕ 310

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК 317

ВВЕДЕНИЕ

Взаимодействие стран и народов обусловливает тесную взаимосвязь различных правовых систем и их элементов в виде конвергенции и дивергенции – двух противоположных процессов сближения и расхождения в праве.

Процессы сближения (конвергенции) и расхождения (дивергенции) в полной мере затрагивает и право. Сам факт признания права наиболее эффективным социальным регулятором свидетельствует о интеграции взглядов в мире на эффективное взаимодействие права и его составляющих и производных элементов, как процессов конвергенции и дивергенции. Об этом обстоятельстве свидетельствует и наличие как национального, так и транснационального международного права. Деятельность современного государства осуществляется с учетом тенденций, которые присущи мировому сообществу. Интеграция мировой экономики, основанная на жесткой дезинтеграции и конкуренции, разделении рынков (сырья, сбыта, труда) требует учета конвергенции и дивергенции права и его элементов при взаимодействии правовых систем между собой и взаимодействие внутренних их элементов.

Международный характер права является внешним обстоятельством, обусловливающим факторы сближения (конвергенции) государств и народов, их экономик, культур и идеологий. Одновременно, национальное самосознание, традиционная самобытность, требуют противоположных векторов взаимодействия в виде дивергенции. Правом регламентируются и различные изменения в самом праве и правовой системе общества. Указанные обстоятельства свидетельствуют о наличии явления мирового масштаба, которое можно обозначить как юридическую взаимодействие. Несмотря на то, что «право разных стран сформулировано на разных языках, использует различную технику и создано для общества с весьма различными структурами, нравами, верованиями»[1], тем не менее, оно постоянно взаимодействует, сближаясь и расходясь в своих требованиях формах и методах воздействия на общественные отношения.

Именно конвергенция и дивергенция в праве рассматриваемые в единстве наиболее полно характеризуют процессы юридического взаимодействия.

---

[1] Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 18.

Позитивная роль юридического взаимодействия в виде конвергенции и дивергенции в праве безусловна и очевидна: благодаря ей признаются, охраняются и защищаются естественные и неотчуждаемые права и свободы человека практически во всех государствах и их правовых системах; она обусловила правовую охрану и защиту природы и окружающей среды, обеспечила единство подходов к организации деятельности государственных аппаратов различных стран, а также унификацию юридической техники и технологии.

Юридическое взаимодействие в виде конвергенция и дивергенции в праве неоднозначно. Так, конвергенция в праве породила негативные тенденции юридической экспансии, поглощения и выхолащивания национальных традиций правового регулирования и национальной самобытности правовой культуры, «преклонение» перед образцами правового регулирования в экономически развитых странах Запада, которые не всегда соответствуют национальным реалиям. Не случайно западные модели царствия божьего, коммунизма, правового государства и гражданского общества дают сбои, трансмутируют и приобретают свойства, не предусмотренные оригиналами. Как справедливо отмечал известный отечественный правовед П. П. Баранов, любая правовая конструкция, которую бездумно переносят на отечественную почву, неотделима от философской, юридической культуры определенного общества. Она – часть десятилетиями «притиравшегося» механизма, которая эффективно работает только в нем. Можно ли создать идеально функционирующий механизм из деталей, пусть даже превосходно сделанных, но от разных агрегатов? Причем, похоже, что детали эти берутся и соединяются вместе вообще без какого бы то ни было плана, едва ли не интуитивно»[1].

Все указанные выше процессы порождают протестную дивергенцию права, как это было, например, с правовыми системами некоторых бывших республик СССР, а также усиливают исконно русский правовой нигилизм. Между тем в настоящее время в Российской Федерации продолжается процесс реформирования правовой системы, построения ее на принципах уважения прав и свобод человека, приоритета гуманитарных ценностей и интересов личности. В современных условиях происходит расширение сферы правового регулирования, появляются новые общественные отношения: в области искус-

[1] Баранов П. П. Философия права: наука и учебная дисциплина // Философия права как учебная и научная дисциплина : материалы всерос. науч.-практ. конф. Ростов н/Д, 1999. С. 50–51.

ственного интеллекта, интернета вещей генной инженерии и другие, которые нуждаются в комплексном межотраслевом правовом регулировании с учетом общемировых тенденций, т. е. в рамках юридического взаимодействия.

Актуальность преподавания юридического взаимодействия в виде конвергенции и дивергенции в праве обусловлена и фактическим отсутствием общеправовых исследований, специально посвященных данному процессу и его проявлениям. Процессы юридического взаимодействия в различных формах: и конвергенции, и дивергенции, многомерны и сложны, они «ускользают» от анализа и не поддаются единой и окончательной типологизации[1]. При этом обширная практика юридической конвергенции и дивергенции требует ее теоретико-правового осмысления на дидактическом уровне и разработки концептуальных моделей ее реализации в отечественной правовой системе, которые бы учитывали отечественную социально-правовую, политическую, экономическую и духовную действительность.

Кроме того, познание юридического взаимодействия актуально не только в связи с установлением его механизмов и особенностей, но и в связи необходимостью соблюдения теоретического и практического баланса между конвергенцией и дивергенцией в праве.

Вопросы юридического взаимодействия достаточно фрагментарно освещены в научной литературе Известен ряд неюридических исследований, посвященных проблемам конвергенции и дивергенции в различных сферах жизнедеятельности общества.

Так, анализ научных, рассматривающих отдельные вопросы юридической конвергенции и дивергенции (О. Ю. Валько, Н. М. Коршунов, В. И. Кузьменко, С. Ю. Марочкин, О. Д. Третьякова и др.), позволяет заключить, что все они имеют исключительно отраслевой характер и посвящены исследованию лишь одной (внешней) формы юридической конвергенции и дивергенции.

В работах ученых-юристов, так или иначе отражающих предмет исследования (С. С. Алексеев, В. М. Баранов, П. П. Баранов, В. В. Богатырёв, Н. В. Витрук, Н. А. Власенко, Р. Давид, В. Н. Карташов В. Н. Кудрявцев, , М. Н. Марченко, М. А. Пшеничнов, Т. Н. Радько, А. Х. Саидов, В. М. Сырых, Ю. А. Тихомиров, В. А. Толстик и др.), проблемы юридической конвергенции и дивергенции затрагиваются

[1] Безбородов Юрий Сергеевич Методы и формы правовой конвергенции в международном праве. Автореф. Дисс..доктора юридич. наук. Екатеринбург, 2019. С.3.

фрагментарно – лишь в связи с исследованием смежных правовых явлений.

Исследования, не являющиеся юридическими, но содержащие сведения о политической, экономической и других видах конвергенции и дивергенции (Э. Брегель, Дж. Гэлбрейт, Ф. Перру, У. Ростоу, П. А. Сорокин, Я. Тинберген, О. Флехтгейм, Ж. Фурастье, Х. Шельски и др.), содержат сущностные характеристики явления юридического взаимодействия в общенаучном смысле с позиции исследований в экономике, политике, культуре и духовной жизни.

Высоко оценивая вклад указанных авторов в развитие юридической науки, следует констатировать, что с позиции общей теории права вопрос юридического взаимодействия в виде конвергенции и дивергенции в праве не получил еще должной разработки. Это свидетельствует об актуальности и необходимости настоящего специального лекционного курса.

Глава 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ЮРИДИЧЕСКОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ

Лекция 1. Общая характеристика юридического взаимодействия

Сущность и природа взаимодействия. Взаимодействие в праве. Характеристика юридического взаимодействия.

Второе десятилетие третьего тысячелетия ознаменовалось многочисленными попытками подвести исторические итоги в различных областях человеческой деятельности, обобщить родившиеся в последнюю четверть века новации, интерпретировать достижения прошлого. Все это в полной мере касается и юриспруденции. В последние годы активно разрабатываются проблемы обеспечения прав личности, проблемы существования самой юридической науки, уделяется значительное внимание проблемам юридической техники. Возрос исследовательский интерес и к проблемам взаимодействия правовых систем. Одним из центральных предметов отечественных юридических исследований последнего двадцатилетия стало изучение правовых систем и механизмов их внутренних и внешних взаимодействий. Общепринято, что взаимодействие – это прежде всего связь явлений, то есть принцип, общий закон. В нем, правда, не отражены конкретные особенности бесчисленных форм взаимосвязи в различных сферах объективного мира, но он отражает то общее, что живет в отдельных проявлениях взаимодействий. Изучение принципа универсальной связи необходимо для выработки мировоззренческих, общефилософских представлений, а анализ конкретных связей служит основой научного исследования конкретных явлений. Другое дело, что нельзя останавливаться только на взаимосвязи явлений, удовлетворяясь при этом лишь описанием их как непосредственно данных, не прибегая к теоретическим поискам. Иначе говоря, нельзя, по мысли Гегеля, ограничиваться одним понятием взаимодействия[1].

Связь элементов правовой системы и ее межсистемные связи объективируются во многих формах. По интересующей нас проблеме в юридической литературе чаще всего фигурируют такие понятия, как «отношение», «связь», «взаимодействие», «причинно-следственная зависимость», «функциональная зависимость» и т. д.

---

[1] Цыбиков Б. Б. Правовая модель Российского государства на современном этапе: вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2006. С. 18–19.

Однако каждая из существующих ныне правовых систем представляет собой результат не только внутреннего развития, но и, не в меньшей степени, долговременного культурного взаимодействия. Ускорение и углубление интеграционных процессов ставят современные государства и интернациональные организации всех уровней перед необходимостью выработки оптимальной модели международного правового сотрудничества, позволяющей наиболее безболезненно внедрить зарубежный опыт в национальную (включая и российскую) правовую систему.

Взаимодействие правовых систем на современном этапе развития правовой науки трактуется по-разному, существует целая гамма понятий и обозначающих их терминов: правовая аккультурация, правовая глобализация, правовая рецепция, правовая экспансия и т. д. Безусловно, все названные понятия в той или иной степени характеризуют взаимодействие правовых систем, однако всех нюансов различных правовых взаимосвязей не рассматривают.

Объем понятия «взаимодействие» в науке трактуется различно.

Так, в физике, взаимодействие – это воздействие тел или частиц друг на друга, приводящее к изменению состояния и движения[1]

В философии взаимодействие – это философская категория, отражающая процессы воздействия объектов друг на друга, их взаимную обусловленность и порождение одним объектом другого. Взаимодействие – универсальная форма движения, развития, определяет существование и структурную организацию любой материальной системы[2].

В психологии взаимодействие – процесс непосредственного или опосредованного воздействия объектов (субъектов) друг на друга, порождающий их взаимную обусловленность и связь. Каждая из взаимодействующих сторон выступает как причина другой и как следствие одновременного обратного влияния противоположной стороны, что обусловливает развитие объектов и их структур. Если в процессе В. обнаруживается противоречие, то оно выступает источником самодвижения и саморазвития структур[3].

---

[1] Взаимодействие. Физический энциклопедический словарь. — М.: Советская энциклопедия. Главный редактор А. М. Прохоров. 1983

[2] Взаимодействие. Большой Энциклопедический словарь. - М.: Энциклопедия 2000.

[3] Взаимодействие. Краткий психологический словарь. — Ростов-на-Дону: «ФЕНИКС». Л.А.Карпенко, А.В.Петровский, М. Г. Ярошевский. 1998.

Анализ словарного значения термина «взаимодействие» позволяет заключить, что взаимодействие, во-первых, это взаимное влияние различных элементов, структур, и объектов друг на друга.

Во- вторых, влияние различных структур, объектов, и т.д. является источником движения и развития этих элементов и структур, а также порождает различные процессы.

В-третьих, грани взаимодействия многообразны и охватывают взаимное влияние и противоположностей, и противоречащих сущностей, что, собственно и обусловливает развитие явлений и процессов, в том числе и в праве.

В связи с тем, что, взаимодействие противоположностей, противоречие являются самыми глубокими источниками, основой и конечной причиной возникновения, самодвижения и развития объектов[1], представляется, что конвергенция и дивергенция в праве самые яркие процессы, характеризующие юридическое взаимодействие.

Поэтому, в целях обогащения теории юридического взаимодействия целесообразно рассмотреть данное явление на основе двух противоположных процессов – *конвергенции и взаимосвязанным с ним, процессом дивергенции* в праве. ***Конвергенция в праве или юридическая конвергенция***, неотъемлемая часть явления конвергенции в целом. Конвергенция (от лат. *convergo* – приближаюсь, схожусь) в биологии – возникновение сходства в строении и функциях у относительно далеких по происхождению групп организмов в процессе эволюции; результат обитания в сходных условиях и одинаково направленного естественного отбора. В общественных науках *конвергенция* − одна из концепций западного обществоведения, считающая определяющей особенностью современного общественного развития тенденцию к сближению социально-политических систем, к сглаживанию экономических, политических и идеологических различий между капитализмом и социализмом до их последующего слияния.

Предпосылкой теории конвергенции можно считать складывающуюся в западной науке, начиная с 1958 г., доктрину «единого индустриального общества». Эта доктрина рассматривает все индустриально развитые страны капитализма и социализма как компоненты некоего единого индустриального общественного целого. Еще один «камень» в фундамент теории конвергенции положила появившаяся в 1960 г. тео-

[1] Взаимодействие. Новая философская энциклопедия: В 4 тт. М.: Мысль. Под редакцией В. С. Стёпина. 2001.

рия «стадий роста», претендующая на социально-философское объяснение основных ступеней и стадий всемирной истории. Как следствие этих двух концепций сложилась и совокупность взглядов на процессы взаимодействия, взаимоотношений и перспектив капитализма и социализма, получившая название теории конвергенции[1].

Теорию конвергенции разрабатывали П. Сорокин, Гэлбрейт, Ростоу (США), Фурастье и Ф. Перру (Франция), Я. Тинберген (Нидерланды), Шельски, О. Флехтгейм (ФРГ) и др.[2]. Теория конвергенции за время ее существования претерпела определенное развитие. Первоначально она доказывала образование экономического сходства между развитыми странами капитализма и социализма. Это сходство она видела в развитии промышленности, технологии, науки. В дальнейшем теория конвергенции стала вместе с тем прокламировать растущее сходство в культурно-бытовом отношении между капиталистическими и социалистическими странами – тенденции развития искусства, культуры, развитие семьи, образования. Отмечалось происходящее сближение стран капитализма и социализма в социальном и политическом отношениях. Социально–экономическая и социально–политическая конвергенция капитализма и социализма стала дополняться идеей конвергенции идеологий, идеологических и научных доктрин[3].

Дивергенция в праве или юридическая дивергенция – это процесс, элемент юридического взаимодействия, противоположный, по своей сути, конвергенции (юридической конвергенции). Дивергенция, в праве, расхождение, удаление элементов права и правовых систем объективно необходимый процесс, позволяющий отразить все грани взаимодействия в праве, в том, числе отражения и закрепления национальной самобытности права.

С учетом краткого анализа юридического взаимодействия представляется возможным выделить следующие наиболее общие закономерности рассматриваемых процессов.

Во-первых, юридическое взаимодействие проявляется в различных формах: конвергенции, дивергенции, правовой глобализации, правовой аккультурацией, т.д.

Во-вторых, юридическая взаимодействие – это процесс, который охватывает относительно длительный исторический период.

---

[1] Современные буржуазные теории о слиянии капитализма и социализма. М., 1970. С. 22.

[2] Там же. С. 13.

[3] Подробнее об этом: Брегель Э. Теория конвергенции двух экономических систем // Мировая экономика и междунар. отношения. 1968. № 1.

В-третьих, юридическое взаимодействие является результатом либо целенаправленного, либо спонтанного сближения - отдаления национального права отдельных государств.

В-четвертых, юридическое взаимодействие охватывает системно-нормативный и ненормативно-стихийные уровни национального права отдельных государств.

В-пятых, юридическое взаимодействие в форме правовой аккультурации может развиваться как насильственным путем (правовая экспансия), так и в добровольном порядке (рецепция, заимствование).

В-шестых, можно выделить внутреннее юридическое взаимодействие (сближение – отдаление, расхождение элементов и системы права, права и закона, нормативных и ненормативных правовых предписаний и т. д.).

В-седьмых, можно выделить взаимодействие права и иных социальных регуляторов, виде конвергенции или дивергенции форму юридической конвергенции (сближение права и иных социальных норм).

В-восьмых, наиболее показательна внешняя форма юридической конвергенции (с ней обычно связывают весь объем исследуемого явления).

Таким образом, **юридическое взаимодействие** – *это процесс и результат взаимного влияния элементов, структур и объектов права и правовых систем, а также основанных на них процессов, преимущественно в виде их сближения(конвергенции) или отдаления и расхождения (дивергенции), являющихся средством юридического развития общества.*

Темы эссе:

1. *Формы и методы взаимодействия в праве.*
2. *Негативное взаимодействие в праве.*
3. *Позитивное взаимодействие в праве.*

Лекция 2. Общая характеристика конвергенции в праве

Признаки юридического взаимодействия в виде конвергенции в праве. Глобализация в праве. Правовая аккультурация. Цели конвергенции в праве. Когерентность права. Процесс конвергенции права. Понятие конвергенции права (юридической конвергенции).

Конвергенция в праве (юридическая конвергенция) как таковая еще не стала предметом специального научного анализа. О правовом аспекте конвергенции ведется речь преимущественно в компаративистских исследованиях (А. И. Саидова, Р. Давида и др.). В теории права этой проблеме в какой-то мере уделил внимание известный отечественный правовед С.С. Алексеев, посвятив этому вопросу один из разделов своей работы «Избранное», где правовая конвергенция рассматривается как сближение правовых систем современности[1]. В последние годы обозначил свой интерес к проблемам конвергенции Н. М. Коршунов[2].

Для того чтобы определить адекватный объем понятия юридической конвергенции, рассмотрим ее признаки, структуру и взаимосвязь с различными родственными явлениями.

Прежде всего обратимся к близким явлениям. Как уже отмечено выше, термин «конвергенция» означает сближение, сведение в единое. С этой позиции термин «юридическая конвергенция» корреспондирует с термином «правовая глобализация».

Правовая глобализация производна от глобализации вообще. Глобализация как самостоятельное научное направление сформировалась в конце XX – начале XXI века. В Большом энциклопедическом словаре ***глобализация*** (глобализм) определяется как возрастание роли внешних факторов (экономических, социальных и культурных) в воспроизводстве всех стран-участниц этого процесса, формирование единого мирового рынка (рынков) без национальных барьеров и создание единых юридических условий для всех стран[3].

Как особая форма (этап) международных отношений, глобализация зародилась несколько десятилетий назад, но ее формирование не завершилось и к началу третьего тысячелетия. Однако обществен-

---

[1] Алексеев С. С. Избранное. М., 2003.

[2] Коршунов Н. М. Концептуальные основы конвергенции правовых систем евразийских государств в условиях глобализации // Евразийская интеграция. 2011–1. № 5(36).

[3] Большой энциклопедический словарь. М., 2003.

ное внимание она привлекла лишь в 1990-х. В связи с огромным разбросом политических пристрастий в современной мировой науке и политике единого общепризнанного определения глобализации не существует; имеющиеся формулировки носят описательный либо взаимоисключающий характер. Так, бывший генеральный секретарь ООН К. Анан определяет: «Миллионы и миллионы граждан убеждаются на собственном опыте, что глобализация не подарок судьбы, а сила разрушения, подрывающая их материальное благополучие или их привычный образ жизни»[1].

В экономике глобализация рассматривается как увеличивающаяся экономическая взаимозависимость стран мира вследствие возрастающего объема и возрастающего многообразия международных перемещений товаров, услуг и интернациональных потоков капитала, а также все более быстрого и широкого распространения технологий[2].

Сторонники глобализации рассматривают ее как широкий, многоплановый процесс, захватывающий все стороны жизни человеческого общества. Во-первых, они считают, что глобализация вытекает из саморазвития экономики. Во-вторых, способствуя свободным потокам товаров, капиталов и информации, глобализация создает «наилучшие условия для роста и человеческого благосостояния». В-третьих, глобализация способствует формированию единого мирового социально-экономического строя, фактически приводя к одновариантности развития. В-четвертых, «международное распространение культуры было, по меньшей мере, так же важно, как и экономические процессы»[3].

Отсюда вытекает, что процесс глобализации состоит из трех взаимосвязанных компонентов – нового международного разделения труда, международного производства и политических отношений.

Теоретической основой глобализации стала неолиберальная теория (особенно монетаризм), которая утверждает приоритет рыночных механизмов в экономическом развитии, отказ от государственного вмешательства в экономику, устранение всех препятствий на пути движения капитала, товаров и рабочей силы. В последней четверти XX в. она захватила ведущие позиции вследствие придания этой теории – как научным сообществом, так и лидерами ведущих держав – характера единственно правильной, а также ввиду подготовки специалистов всех стран мира на ее основе. Поэтому содействие процессу

[1] Изв. 1998. 22 авг.
[2] World Economic Outlook. 1997. Oct. P. 45.
[3] World Commission on Culture and Development. Paris, 1995. P. 186.

глобализации в большинстве государств – безотносительно к уровню их развития, степени развития рыночных отношения и пр. – приобрело характер непререкаемой догмы.

Вследствие всех этих причин в мировой науке и политике возникло несколько постулатов. Во-первых, процесс глобализации приобрел планетарный характер. Во-вторых, все страны, вовлеченные в глобализацию, получают неоспоримые выгоды (от расширения масштабов производства, снижения издержек до повышения качества и увеличения возможностей выбора товаров). В-третьих, глобализация охватывает все стороны жизни человеческого общества – экономику, социальную жизнь, культуру и пр., что влечет за собой становление «общечеловеческой цивилизации». С учетом изложенного можно согласиться с мнением А. Н. Чумакова о том, что глобализация – это многовековой, естественно разворачивающийся процесс становления единых для всей планеты социальных структур, связей и отношений[1].

В рамках общей теории глобализации в начале 2000-х гг. появились представления о правовой глобализации. Так, известный обществовед Э. Г. Кочетов выдвинул идею мировой глобальной правовой системы, а также международного геоэкономического трибунала[2]. Постановочное значение для правовой глобализации имел и выход в свет основательного труда, подготовленного сотрудниками Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, посвященного влиянию глобализации на развитие законодательства. В первой главе этой книги справедливо отмечается, что глобализация стала вектором современного развития мира. Она проникла в жизнь каждого человека, использующего товары, произведенные в десятках стран. Это же относится и к культуре. Справедливо отмечается, что изменения происходят прежде всего в экономической сфере. Более того, утверждается факт создания глобального этноса, где все более укореняются «общие духовные ценности, единообразная идеология, основанная на демократических принципах свободы личности, общечеловеческих норм морали, права, гуманизма, единая культура»[3].

В условиях глобализации роль права существенно возрастает. Это закономерность глобального миропорядка. В рамках правовой глобали-

---

[1] Чумаков А. Н. Глобализация. М., 2005. С. 87.

[2] Кочетов Э. Г. Глобалистика. М., 2003. С. 86–87; 88; 90.

[3] Глобализация и развитие законодательства : очерки / отв. ред. Ю. А. Тихомиров, А. С. Пиголкин. М., 2004. С. 10.

зации активно воспринимаются национальными правовыми системами принципы и нормы международного права. Кроме того, в рамках данных процессов происходит унификация правовых предписаний[1]. Так, например, в мусульманском праве, традиционные религиозные и доктринальные источники права – Коран, Сунна, Иджма – фактически все больше замещаются квалифицированными нормативно-правовыми актами. В качестве характерной черты правовой глобализации следует отметить и тот факт, что постепенно уходит в прошлое четкое разделение международного и внутригосударственного права. На этой основе формируется так называемое «мировое право». Как международное, так и внутреннее право могут быть посвящены одним и тем же отношениям[2].

С учетом обозначенных особенностей ***правовой глобализации*** можно резюмировать, что она *представляет собой процесс формирования (создания новых норм или сближения уже имеющихся) правовых предписаний, имеющих регулятивную силу для всего населения планеты Земля*.

Исходя из анализа правовой глобализации, можно сделать вывод о том, что юридическая конвергенция – это один из двух путей к образованию единого глобального права (наряду с его искусственным созданием). Следовательно, юридическая конвергенция представляет собой процесс постепенного формирования толерантности и подобия правовых систем. При этом подобие, на наш взгляд, не означает формирования тождества и единообразия; это скорее когерентность на основании скоррелированности и комплементарности.

Юридическая конвергенция весьма близка по содержанию к правовой аккультурации. Как и множество других понятий, прилагаемых к сложным явлениям культуры (к коим относится и право), термин «аккультурация» и по сей день не получил у юристов (как и у других специалистов) устоявшегося толкования[3].

Юридическая конвергенция весьма близка по содержанию к правовой аккультурации. Как и множество других понятий, прилагаемых к сложным явлениям культуры (к коим относится и право), тер-

[1] Подробнее об этом: Богатырёв В. В. Правовая глобалистика – новый этап развития юридической науки // Правовая политика и правовая жизнь. 2006. № 3(24). С. 173–181.

[2] Глобализация и развитие законодательства. С. 36–40.

[3] Абрамов А. Е. Правовая аккультурация (на примере Испании в период Римской республики) : дис. … канд. юрид. наук. Владимир, 2005.

мин «аккультурация» и по сей день не получил у юристов (как и у других специалистов) устоявшегося толкования[1].

В отечественной литературе к проблеме аккультурации в праве так или иначе обращались такие авторы, как В. Н. Карташов, А. И. Ковлер, С. А. Софронова, Е. А. Тверякова, В. А. Глухов, А. Е. Абрамов[2] и др.

Исходя из анализа трудов названных авторов под правовой аккультурацией понимается такое юридическое взаимодействие, которое:

1) протекает на протяжении длительного времени;

2) приводит к частичной или полной трансформации одной или нескольких правовых систем, вступивших в контакт обществ[3] (другими словами, может быть как односторонним, так и двусторонним актом).

Следовательно, аккультурация может выступать как двусторонний процесс, предусматривающий не только влияние правовой системы донора на реципиента, но и обратное влияние. Например, многие правовые системы современного Запада восприняли модель правового планирования экономической деятельности, культивированную в нашем обществе в советский период его развития.

В целом, можно сказать, что правовая аккультурация – это один из способов «сближения» правовых систем, т. е. вариант юридической конвергенции на основании принципа подобия и следования *более совершенным образцам (парадигмам) регулирования* общественных отношений с помощью права.

Вместе с тем юридическая конвергенция шире правовой аккультурации, поскольку помимо процессов формирования подобия сближает не только правовые системы, но и их элементы внутри правовых систем и может быть направлена на глобализацию (если осуществляется целенаправленно).

Таким образом, аккультурация может выступать как двусторонний процесс, предусматривающий не только влияние правовой системы донора на реципиента, но и обратное влияние. Например, многие правовые системы современного Запада восприняли модель правово-

---

[1] Абрамов А. Е. Указ. соч.

[2] Карташов В. Н. Введение в общую теорию правовой системы общества : текст лекций. Ярославль, 1995. Ч. 1 ; Софронова С. А. Правовое наследие и аккультурация в условиях правового прогресса общества : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2000 ; Тверякова Е. А. Юридическая экспансия: теоретико-историческое исследование : дис. … канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2002 ; Кузьмин И. А. Юридическая аккультурация в системе социального управления : дис. … канд. социол. наук. М., 2002 ; Абрамов А. Е. Указ. соч.

[3] Абрамов А. Е. Правовая аккультурация (на примере Испании в период Римской республики): автореф. дис. … канд. юрид. наук. Владимир, 2005. С. 9.

го планирования экономической деятельности, культивированную в нашем обществе в советский период его развития.

Иными словами, можно сказать, что правовая аккультурация – это один из способов «сближения» правовых систем, то есть вариант юридической конвергенции на основании принципа подобия и следования *более совершенным образцам (парадигмам) регулирования* общественных отношений с помощью права.

Вместе с тем юридическая конвергенция шире правовой аккультурации, поскольку помимо процессов формирования подобия сближает не только правовые системы, но и их элементы внутри правовых систем и может быть направлена на глобализацию (если осуществляется целенаправленно).

Правовая глобализация, в свою очередь, с одной стороны, может выступать результатом юридической конвергенции (в случае правовой корреляции), с другой стороны, юридическая конвергенция может осуществляться спонтанно – на основе принципа комплементарности.

Юридическая конвергенция отличается и от гармонизации законодательства. Чтобы соотнести рассматриваемые явления обратимся к современным трактовкам понятия «гармонизация законодательства».

В международно-правовой литературе гармонизацию относят к числу основных форм сотрудничества государств[1]. Гармонизация российского законодательства в международно-правовом аспекте, как считает М. А. Пшеничнов, предстает как совокупность мер организационно-правового, политического характера, проводимых государством в целях согласования национального законодательства, в том числе и Конституции РФ, с общепризнанными принципами и нормами современного международного права и обязательными для Российского государства международными договорами[2].

М. М. Клетченкова говорит о том, что в более общей форме гармонизацию можно определить как способ, обеспечивающий формирование общих основ правовой политики сотрудничающих государств в отдельных областях общественной жизни или сферах эконо-

[1] Кашкин С. Ю. Стратегия и механизмы гармонизации законодательства России и Европейского союза как ключевые компоненты их эффективного взаиморазвития в XXI в. // Тенденции рос.-европ. отношений. 2005. № 6. С. 41–76.

[2] Пшеничнов М. А. К вопросу о концепции гармонизации российского законодательства в контексте международно-правовых стандартов // Междунар. публич. и част. право. 2007. № 3.

мики; это – процесс, направленный на сближение права разных государств и устранение или уменьшение различий в нем[1].

В. М. Баранов и М. А. Пшеничнов в совместной статье утверждают, что гармонизация законодательства – особый тип взаимодействия законов, сложное системное явление, пронизывающее собой многие, если не все, процессы совершенствования, унификации, социализации структурных элементов правовой системы. В общегосударственном контексте гармонизация позволяет согласовывать (сближать) различные по динамике и направленности, а порой и встречные противоборствующие интересы отдельных слоев и групп населения, хозяйствующих субъектов, территориальных единиц и образований[2].

В юридической практике так же имеются суждения о гармонизации законодательства. Так, например, в Постановлении Конституционного Суда РФ от 14 июля 2003 г. № 12-П по делу о проверке конституционности положений ст. 4, п. 1 ст. 164, пп. 1 и 4 ст. 165 Налогового кодекса РФ, ст. 11 Таможенного кодекса РФ и ст. 10 Закона РФ «О налоге на добавленную стоимость» в связи с запросами Арбитражного суда Липецкой области, жалобами ООО «Папирус», ОАО «Дальневосточное морское пароходство» и ООО «Коммерческая компания «Балис» указывается, что «нормы налогового законодательства должны быть гармонизированы с диспозитивными нормами гражданского законодательства, в том числе с Кодексом торгового мореплавания Российской Федерации, который, как и Гражданский кодекс Российской Федерации, предусматривает возможность использования других, помимо коносамента, документов, подтверждающих морскую перевозку грузов»[3].

Действующее законодательство России тоже не обошло эту проблему. Например, в ст. 4 Соглашения от 9 декабря 2010 г. «О торговле услугами и инвестициях в государствах – участниках Единого экономического пространства» которая называется «Гармонизация законодательств Сторон» указывает: «Стороны осуществляют гармонизацию национальных законодательств на базе международных принципов и стандартов, либо наилучшей международной практики, и не ниже наилучших стандартов и практики, уже применяющихся в государствах

---

[1] Клетченкова М. М. Гармонизация правового регулирования отношений с участием потребителей в странах СНГ // Там же. № 4.

[2] Баранов В. М., Пшеничнов М. А. Гармонизация законодательства как общеправовой феномен // Журн. рос. права. 2009. № 6.

[3] Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 30, ст. 3100.

Сторон, с целью установления гармонизированного уровня требований в отношении лиц Сторон, осуществляющих свою деятельность»[1].

В другом Соглашении стран СНГ от 15апреля 1994 г. «О создании зоны свободной торговли» в ст. 6 «Унификация и (или) гармонизация таможенных процедур» закреплено:

1. Договаривающиеся Стороны примут меры к максимальному упрощению и унификации таможенных формальностей, в частности, путем введения единых форм таможенной и товаросопроводительной документации, ориентируясь на действующие международные соглашения и договоренности.

2. Договаривающиеся Стороны поручат своим компетентным органам подготовить предложения, касающиеся гармонизации таможенных процедур и взаимного признания таможенных документов и таможенных обеспечений[2].

Анализ приведенных суждений о гармонизации позволяет отметить следующие обстоятельства:

– гармонизация законодательства – это способ взаимодействия внутри и вовне правовых систем;

– гармонизация законодательства – это разновидность согласования требований правовых предписаний;

– гармонизация законодательства – это двусторонняя или многосторонняя добровольная процедура, когда деятельность субъектов гармонизации направлена согласование и совместное преодоление противоречий и недостатков;

– гармонизация законодательства – это метод сближения правовых систем и их элементов.

Следовательно, юридическая конвергенция соотноситься гармонизацией законодательства как целое и часть. Гармонизация законодательства выступает методом юридической конвергенции.

При рассмотрении юридической конвергенции, как уже отмечалось выше, чаще всего ведется речь о сближении правовых систем. Вместе с тем, несмотря на имеющиеся определения правовой системы, охватывающие, по мнению их авторов, все, что так или иначе опосредовано правом[3], некоторая часть права выходит за рамки пра-

---

[1] Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

[2] Бюл. междунар. договоров. 1994. № 9.

[3] Напр.: Бабаев В. К. Правовая система общества // Общая теория государства и права. М., 2002. С. 126 ; Карташов В. Н. Правовая система общества. Ярославль, 2005. Т. 1 и др.

вовой системы общества. Следовательно, юридическая конвергенция – это сближение не только системно-юридических элементов национального права, но и стихийно-правовых явлений в праве отдельных государств. Кроме того, анализ современного законодательства позволяет проявить и сближение права и закона, права и иных социальных и несоциальных регуляторов.

Юридическая конвергенция представляет собой определенный процесс. Чтобы определить особенности процесса юридической конвергенции обратимся к анализу родственного явления – законодательного процесса.

Существует позиция, согласно которой под законодательным процессом понимается процесс разработки, принятия, издания и вступления в силу законов. Соответственно, к стадиям законодательного процесса относят разработку, принятие, издание и вступление в силу законов[1].

Г. П. Ивлиев и Г. А. Гаджимагомедов, понимая законодательный процесс в широком смысле, определяют его содержание как регламентированную деятельность компетентных органов государственной власти и должностных лиц по разработке, внесению и рассмотрению законопроектов, а также принятию, одобрению, подписанию, обнародованию (официальному опубликованию) и реализации законов[2].

В научной литературе встречается понимание законодательного процесса и в узком значении, в частности как конституционно установленного ряда последовательно сменяющих друг друга этапов[3].

Опираясь на представленный анализ понятия «законодательный процесс» определим по аналогии понятие «процесс юридической конвергенции». ***Процесс конвергенции в праве*** *– это совокупность взаимосогласованных этапов сближения юридических и на их основе не юридических явлений для достижения целей юридической конвергенции.*

Представляется, что можно выделить четыре основных этапа (стадии) юридической конвергенции.

Первая стадия – инициация процесса конвергенции – осуществляется как правило заинтересованными лицами, либо (что значительно реже) возникает спонтанно - за счет возникновения определенных об-

---

[1] Карпов Н. Н. Законодательный процесс в Российской Федерации. М., 2008. С. 6–7.

[2] Ивлиев Г. П., Гаджимагомедов Г. А. Участие Правительства Российской Федерации в законодательной деятельности. М., 2008. С. 14–21.

[3] Парламентское право России : учеб. пособие / под ред. Т. Я. Хабриевой. М., 2003. С. 195.

стоятельств (например, бурное развитие связи и транспорта в XX в. обусловило всеобщее сближение стран и народов – глобализацию).

Вторая стадия – это выбор субъектами юридической конвергенции средств, методов, определение объектов и предметов конвергенции.

Третья стадия – осуществление конвергирующих действий субъектами с помощью определенных средств методов и предметов.

Четвертая стадия – достижение целей юридической конвергенции (например, когерентность права, образование единого экономического пространства и т. д.).

В качестве иллюстрации рассмотрим, например, сближение права и закона. Инициируется различными субъектами, как правило, субъектами законодательной инициативы. Избираются, как правило, правовые средства, методы, объекты и предметы. Осуществляется на основе регулятивной деятельности государства (объект) в форме правотворчества (предмет) с использованием нормативно-правовых актов (средства) на основе дозволений, запретов, позитивных обязываний, поощрений и рекомендаций (методы) с непосредственной целью – достижение когерентности права и закона и опосредованной (производной) целью – обеспечение естественных и неотчуждаемых прав и свобод.

Цели конвергенции в праве

Любой процесс как система упорядоченных этапов человеческой деятельности, как правило, почти всегда подчинен определенной цели, очевидно, это положение приемлемо и для процесса юридической конвергенции. Для определения явных и скрытых, ложных и истинных целей юридической конвергенции обратимся, прежде всего, к анализу теории целей, или телеологии.

В философском словаре телеология (от греч. telos (teleos) – результат, цель и logos – слово, учение) – философское учение об объяснении развития в мире с помощью конечных, целевых причин. В современной методологии рассматривается как принцип объяснения, дополняющий традиционную причинность причинами-целями. Корни телеологического подхода к действительности следует искать в тех теряющихся в глубокой древности антропоморфных представлениях, когда люди стали приписывать явлениям и процессам природы целесообразный характер своих действий и поведения[1].

[1] Философия : энцикл. словь / под ред. А. А. Ивина. М., 2004.

В философском энциклопедическом словаре телеология (от греч. род. падеж – результат, завершение, цель и – слово, учение) – идеалистическое учение о цели и целесообразности. В противовес детерминизму, а иногда в «дополнение» к нему, телеология постулирует особый вид причинности: целевой, отвечающей на вопрос – для чего, ради какой цели совершается тот или иной природный процесс[1].

Философская энциклопедия наиболее полно раскрывает содержание телеологии, давая четыре значения данной категории:

1) онтологическое учение о наличии в природе и обществе объективных, внечеловеческих целей, целевых зависимостей;

2) приемы познания (в том числе формы научного объяснения), в которых используются категория цели и входящие в ее смысловое поле понятия (методологическая телеология.);

3) описание поведения, определяемого сознательными целями, структуры и движения этих целей;

4) общая философская теория цели и выражаемых ею отношений[2].

Анализ словарного значения термина «телеология» позволяет проявить следующие обстоятельства:

– теология представляет собой систему знаний о целях и причинах окружающей мыслимой или реальной действительности;

– представляет собой способ познания окружающей мыслимой или реальной действительности;

– представляет собой кажущееся или реальное систематизированное знание о взаимосвязанных целях, с помощью которых то или иное явление, процесс реализуется в определенном направлении.

Иными словами, для анализа юридической конвергенции целесообразно опираться на третье значение понятия «телеология», изложенное в философской энциклопедии.

Вообще юридическая (правовая) цель обычно рассматривается как идеально предполагаемая и гарантированная государством модель какого-либо социального состояния или процесса, к достижению которой при помощи юридических средств стремятся субъекты правотворческой и правореализационной деятельности. Указанным понятием охватывается как цель в праве (официальный ориентир, установленный на нормативном уровне), так и цель в юридической практике (ориентир конкретного субъекта правореализационного процес-

---

[1] Философский энциклопедический словарь / гл. ред.: Л. Ф. Ильичёв [и др.]. М., 1983.

[2] Философская энциклопедия / под ред. Ф. В. Константинова. М., 1960–1970.

са), ибо в идеале они совпадают. Юридические цели устанавливаются прежде всего государством в лице его правотворческих органов, отражают наиболее общественно значимые интересы и потребности, формально выражаются в специфических правовых средствах своего определения и реализации, отличаются общеобязательной нормативностью, их единообразная практическая реализация гарантируется государственной властью. В правовой системе юридическая цель выполняет коммуникативную, смыслообразующую (мотивационную), оценивающую, прогностическую, стимулирующую (побудительную) и регулятивную функции[1].

Международно-правовую цель И. И. Лукашук определяет как модель желаемого состояния в будущем, которую субъекты согласились реализовать совместными усилиями и придали ей юридическую силу. Цели занимают важное место в системе международного права. Они являются системообразующим и системоорганизующим фактором. Действуя как элемент системы, цели предполагают наличие принципов и норм, следование которым ведет к цели, а также средств контроля за соответствием норм и поведения целям. В международном праве цели приобрели особое значение, по-новому решается проблема соотношения целей и средств их достижения не только в праве, но и, что особенно важно, в политике.

В отношении целей принципы и нормы являются средствами их достижения. Достижение оптимального соотношения целей и средств – одна из основных задач теории и практики международно-правового регулирования. Цель во многом определяет характер средств. Однако это ни в коей мере не подтверждает того, будто цель оправдывает средства[2].

Довольно интересное, методологически оправданное для настоящего исследования определение цели дали Р. Акофф и Ф. Эмери. Они выделили итог, задачу, цель и идеал, связанные между собой в «древе целей».

Итог, в их понимании, – это достижимый результат, к которому субъект стремится больше всего в определенном окружении и в определенный момент.

---

[1] Шундиков К. В. Цели и средства в праве: Общетеоретический аспект : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 7.

[2] Лукашук И. И. Международно-правовые цели // Международное право. Общая часть : учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. Изд. 3-е, перераб. и доп. URL: http://www.studylaw.narod.ru/lukashuk1/lukashuk1_4_3.htm (дата обращения 20.10.2011).

Задача – это результат, к которому субъект больше всего стремится в течение некоторого времени для некоторой совокупности окружений.

Цель – это желаемый результат, недостижимый за рассматриваемый промежуток времени, но доступный в будущем, причем за данный период к нему можно приблизиться. Например, для студента юридического факультета целью может быть овладение профессией юриста, задачей – получение диплома об окончании факультета, итогом - перевод на следующий курс.

Наконец, идеал – это результат, который никогда нельзя получить, но к которому можно неограниченно приближаться[1].

Г. Федоров считает, что цель по своей природе субъективна, так как является продуктом сознательного творчества человека. Но в его деятельности субъективный характер цели превращается в объективный. Таким образом, цель в праве, подобно самому праву, может рассматриваться и как объективная, и как субъективная категория. Объективный источник возникновения цели в праве и субъективная ее природа – две органически связанные между собой стороны одного и того же явления. Всякое действие имеет определенную цель. Любой волевой акт, направленный на достижение той или иной цели, будучи по своей природе субъективной категорией, определяется объективной действительностью. Таким образом, цель является исходным пунктом и двигательной силой волевой деятельности индивида и одновременно направляющим фактором в этой деятельности. Цель в праве возникает раньше, чем ее реальное воплощение в жизнь. Цель в праве – идеальная реализация объективной возможности должного поведения членов общества[2].

С учетом научных подходов к определению сущности понятия «цель» применительно к исследованию целей юридической конвергенции уже можно вынести определенные суждения – предположения:

1. Цель юридической конвергенции имеет не однозначный, а скорее множественный характер.

2. Цель юридической конвергенции – это непосредственные результаты, к которым с учетом логики развития данного процесса он должен прийти.

---

[1] Акофф Р., Эмери Ф. О целеустремленных системах : [пер. с англ.] / под ред. и с предисл. И. А. Ушакова. Изд. 2-е, доп. М., 2008. С. 63–65.

[2] Федоров Г. Цель и ценность права. Гражданское общество и государство // Закон и жизнь. 2003. № 10.

3. Цель юридической конвергенции – обеспечение развития других процессов.

Рассмотрим непосредственные цели юридической конвергенции. Как установлено ранее, юридическая конвергенция – это процессы сближения различных юридических элементов, важное место среди которых занимает сближение правовых систем.

Рассмотрим когерентность права, возникающую на основе сближения некоторых национальных правовых систем. Правовые системы когерентны, если разность в результатах регулирования однотипных отношений несущественна и правовые последствия не противоречат общим и частным целям правового регулирования (на основании достигнутой общности и согласованности между правовыми системами возможно общее установление, изменение и прекращение правоотношений).

Наиболее показательно когерентность правовых систем проявляется в конституционном законодательстве. Рассмотрим в качестве примера когеренциального влияния на Восточные правовые системы права Западного образца. Возьмем за основу Конституцию США.

Конституция США – Основной закон США, имеющий высшую юридическую силу. Конституция США была принята 17 сентября 1787 г. на Конституционном Конвенте в Филадельфии и впоследствии ратифицирована всеми тринадцатью существовавшими тогда американскими штатами. Конституция США считается первой в мире конституцией в современном понимании[1]. Конституция состоит из семи статей, за время действия Конституции были приняты двадцать семь поправок, которые являются ее неотъемлемой частью (в том числе поправки, составляющие Билль о правах).

Конституция США состоит из преамбулы, семи статей и двадцати семи поправок. В качестве основы сравнительного анализа используем конституционно закрепленную форму правления и охрану основных прав и свобод.

По форме правления США – это президентская республика с демократическим политическим режимом. О том, что США являются республикой с демократическим политическим режимом, прежде всего свидетельствует преамбула Конституции США, где зафиксировано: «Мы, народ Соединенных Штатов, в целях образования более совершенного Союза, утверждения правосудия, обеспечения внутренне-

[1] Подробнее об этом: Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты. М., 1993.

го спокойствия, организации совместной обороны, содействия общему благосостоянию и обеспечения нам и нашему потомству благ свободы, учреждаем и принимаем эту Конституцию для Соединенных Штатов Америки».

Хотя преамбула обозначает общие цели, ради достижения которых народ принял Конституцию, она никогда не считалась источником каких-либо конкретных полномочий, возложенных на правительство Соединенных Штатов или какой-либо из его департаментов. Вместе с тем преамбула содержит исключительно важное положение о том, что Конституция принимается народом Соединенных Штатов в целом, то есть это положение свидетельствует в пользу демократической республиканской формы правления в США. В пользу республиканской формы правления свидетельствует и деление государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную (ст. 1–3 Конституции).

Приоритет президентской власти обозначен в ст. 2, которая гласит, что исполнительная власть предоставляется Президенту Соединенных Штатов. В 1951 г. была ратифицирована 22 поправка, которая установила, что никто не может занимать пост президента более двух сроков, однако в ст. 2 никакие изменения не были внесены. Кроме того, в этой же статье предусмотрена возможность отрешения от должности всех гражданских должностных лиц, включая президента (импичмент). В разделе втором ст. 2 упоминаются «высшие должностные лица каждого из департаментов исполнительной власти» (англ. *principal Officer in each of the executive Departments*). Фактически это единственное упоминание о Кабинете Президента США – аналоге правительства.

Следовательно, исходя из конституционного законодательства США, по форме правления – это демократическая президентская республика, практически в классическом, чистом виде.

Наиболее показательно когерентность правовых систем проявляется в конституционном законодательстве.

В настоящее время насчитывается более ста действующих конституций. Некоторые из них приняты свыше ста лет назад (конституции Швейцарии 1874 г., США 1787 г., Норвегии 1814 г.), однако большинство конституций появилось после второй мировой войны. Несмотря на то, что каждая из ныне действующих конституций обладает специфическими индивидуальными чертами, им присущи некоторые общие черты. Эти совпадения являются следствием конвергенции и примером формирующейся когеренции конституционного права в важнейших институтах и принципах данной отрасли. Причем ко-

геренция между конституциями формируется по двум основным типам: во-первых, сближение на основании совершенных образцов и формирования подобия за счет синхронизации и гармонизации законодательства; во-вторых, сближение на основании односторонней комплементации (ключ-замок). Данный способ характеризует перестройку правовой системы реципиента таким образом, чтобы страна-донор имела определенные тайные или скрытые политические, экономические и другие преференции во взаимоотношениях с государством реципиентом.

В качестве примера можно рассмотреть Конституцию Японии 1947 г. В отличие от большинства европейских государств, Япония не имела в своей истории многочисленных конституционных актов. Более 300 лет она оставалась изолированной и закрытой от внешнего мира. В конце 80-х гг. XIX в. начались резкие изменения в японском праве, т. е. его европеизация, в том числе были провозглашены первые права граждан (свобода выбора места жительства, профессии). Поражение Японии во Второй мировой войне и ее оккупация войсками США – одна из основных причин, приведших к крутой ломке конституционных институтов. Проект послевоенной Конституции Японии был составлен в штабе оккупационных войск и затем доработан Правительством страны; Конституция была принята Парламентом, избранным в апреле 1946 г.; 3 ноября 1946 г. император специальным декретом промульгировал Основной закон, который вступил в силу 3 мая 1947 г. В Конституции 1947 г. заметно влияние Конституции США, которое прослеживается в закреплении прав и свобод, особенно личных прав, основанных на концепции индивидуализма[1]. Главной основой конвергенции норм, регулирующих правовой статус гражданина, стало признание западноевропейской концепции естественного права и личности, как активного носителя прав и свобод.

Конституция 1947 г. гарантирует «нерушимость и вечность» основных прав граждан (ст. 11 и 97). Основные права и свободы личности рассматриваются как абсолютные и присущие человеку от рождения, они не могут нарушаться даже путем издания парламентом соответствующего закона. Конституция установила, что «все люди должны уважаться как личности» (ст. 13), они «равны перед законом и не могут подвергаться дискриминации в политическом, экономическом и социальном отношениях по мотивам расы, пола, социального поло-

[1] Мишин А. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М., 2009. С. 38.

жения, а также происхождения». Особо оговаривается равенство мужчин и женщин, в том числе и равенство при замещении государственных постов (ст. 44).

В японской Конституции нашли свое отражение все группы прав, свобод и обязанностей граждан: личные (гражданские), политические и экономические, социальные, культурные. Личные права и свободы предоставляют конституционную защиту частной жизни граждан, свободу человека от неправомерного вмешательства государства.

Право «на жизнь, свободу и стремление к счастью» закрепляет ст. 13. Далее конституционное право на жизнь развивается в ст. 36, в которой запрещается применение пыток и жестоких наказаний и в ст. 31, гласящей, что «никто не может быть лишен жизни или свободы или быть подвергнут какому либо наказанию иначе как в соответствии с процедурой, установленной законом». Среди так называемых инновационных прав Конституция Японии закрепляет право на безопасность и право на здоровую окружающую среду.

Право на свободу мысли и совести (ст. 19) отражает личные права в духовной сфере и предполагает свободу от идеологического контроля. Япония является светским государством, поскольку Конституция признает свободу религии и, кроме того, «государство и его органы должны воздерживаться от проведения религиозного обучения и какой-либо религиозной деятельности» (ст. 20).

Также Конституция Японии закрепляет неприкосновенность жилища, тайну частной жизни и коммуникаций (ст. 35). Статья 22 предусматривает свободу передвижения и поселения.

В достаточно широком объеме Конституция Японии устанавливает уголовно-правовые и процессуальные гарантии личных прав и свобод. По американскому образцу Конституция провозгласила принцип «привилегии против самообвинения»: «Никто не может быть принуждаемым давать показания против самого себя. Признание, сделанное по принуждению, под пыткой или под угрозой, либо после неоправданно длительного ареста или содержания под стражей, не может рассматриваться как доказательство. Никто не может быть осужден или подвергнут наказанию в случае, когда единственным доказательством против него является его собственное признание». Никто не может быть арестован без должных оснований (ст. 34). Арест может проводиться только при наличии приказа компетентного работника органов юстиции (ст. 39 запрещает привлечение к ответственности вторично одно и то же деяние). Право на беспристрастный

суд, открытое разбирательство и на защиту в судебном процессе сформулировано в ст. 37 Конституции Японии.

Политические права связаны с участием в политической жизни государства и управлением государством. Японская Конституция предоставляет гражданам избирательное право (ст. 15, 44 и 93) и право подачи «мирных петиций» причем в основном законе обозначен круг к ним относятся: возмещение ущерба, смещение публичных должностных лиц, введение, отмена исправление законов, указов или предписаний. К политическим свободам относятся свобода собраний и объединений, а также свобода слова, печати и всех иных форм выражения мнений (ст. 21).

Понимание социально-экономических прав и свобод тесно связано с концепцией социального государства, ядром которой является принцип ответственности государства за обеспечение развития общественного благосостояния, социального обеспечения и народного здравия. Эти идеи нашли отражение в ст. 25 Конституции Японии.

В целях недопущения и предотвращения возможной военной агрессии, союзники включили в проект принцип-обязательство об отказе Японии от войны и вооруженных сил. Статья 9 Конституции, по которой до сих пор не умолкают дискуссии, гласит, что «искренне стремясь к международному миру, основанному на справедливости и порядке, японский народ на вечные времена отказывается от войны как суверенного права нации, а также от угрозы или применения вооруженной силы как средства разрешения международных споров. Для достижения цели, указанной в предыдущем абзаце, никогда впредь не будут создаваться сухопутные, морские и военно-воздушные силы, равно как и другие средства войны. Право на ведение государством войны не признается»[1].

В целом, наличие в Конституции Японии блока охраняемых прав и свобод – это яркое свидетельство юридической конвергенции на глобальном уровне. Вместе с тем наличие обусловленного американской оккупацией законодательного запрета Японии иметь вооруженные силы свидетельствует о методе комплементации, примененном в рассмотренном варианте конвергенции и достигнутой на этой основе когерентности.

Обратимся еще к одному примеру конвергенции с правовой системой США, где присутствие государства и права этого государства более очевидно, – это правовая система республики Филиппины. В

[1] Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран. М., 1999. С. 475.

настоящее время в данном государстве действует Конституция, принятая в 1987 г.

Территория Филиппин, состоящая более чем из 7 тыс. островов, до конца 1930-х гг. находилась в орбите американской модели колониальной конституционной юстиции, до 4 июля 1946 г., когда после почти двухлетней борьбы с США, которые пытались затормозить освободительный процесс и возобновить полное господство над довоенными автономными Филиппинами – фактически одной из самых больших колоний Вашингтона, президенты США и Филиппин в Маниле подписали соглашение о суверенитете Филиппинских островов. И хотя в соглашении им был навязан ряд принципиальных условий, выход на мировую арену независимой Республики Филиппины стал историческим фактом.

Однако при этом объектом конституционного контроля в новой республике оставалась Конституция 1935 г., которая изменялась парламентом Филиппин; эти изменения в 1939 и 1940 гг. были утверждены президентом США и лишь в 1947 г. – всенародным референдумом. Иными словами, сильное влияние США сохранялось и после разрушения колониальной зависимости Филиппин. Современная конституция Филиппин, продолжая традиции конституций 1935 и 1972 гг., предписывает создание и функционирование правовой системы по американскому образцу: четко проявляются три ветви власти; создан двухпалатный парламент, президент формирует ответственное перед ним правительство, имеется свой Билль о правах[1].

Анализ конституционного законодательства показывает, что форма правления Филиппин, сформированная под сильным внешним влиянием, когерентна форме правления США по принципу комплементарности, что позволяет США и по сей день активно вмешиваться во внутреннюю и внешнюю политику Филиппин. Иными словами, формально-парадигмальная аккультурация на деле оборачивается возможностью «подобрать ключи» к управлению этой бывшей колонией. Конечно, конвергенция в данном случае не вызывает сомнений, но она носит односторонний, неравноправный характер.

Обеспечение прав человека на Филиппинах конституционно зафиксировано в ст. III Конституции Филиппин, которая содержит Билль о правах. Нормы Билля охраняют человеческое достоинство, личную неприкосновенность и неприкосновенность жилища, непри-

[1] The Constitution of Philippines // Philippines NBI Clamps Down on Cyberthieves. 2001. 13 June.

косновенность частной жизни и т. д. По форме и по названию Филиппинский Билль о правах когерентен американскому. По содержанию данные нормы в большей степени когерентны Всеобщей декларации прав человека.

Рассмотренный пример, позволяет заметить, что основным конвергирующим фактором являются права и свободы, использование метода комплементации при сближении явно не выражено, но тем не менее присутствует в отраслевом законодательстве, так как даже на сегодняшний день (хотя колониальный режим далеко в прошлом) присутствие США проявляется во многих сферах жизни Филиппин.

Как видно из представленных примеров, максимальная когерентность между конституционным законодательством различных стран уже существует на основании всемерного обеспечения прав и свобод, ставших образцом (парадигмой) сближения стран и народов. При этом в других вопросах конституционного регулирования возможны расхождения в использовании метода комплементации. Причем прямой зависимости между оккупацией или другой формой экспансии и методами конвергенции.

Например, оккупация Западной Германии не повлекла однозначных итогов, как в Японии. В послевоенной Конституции (Основном законе) ФРГ также большое внимание уделяется правам и свободам личности. Основные права и свободы в ФРГ имеют особое значение – они поставлены в начале документа, как реакция на необходимость преодоления опыта Веймарской республики и националистического государства. Вследствие этого они стали правом прямого действия, которому подчинено законодательство, исполнительная и судебная ветви власти. Центральное место занимают право человека на достоинство и право человека на свободу (ст. 1 и 2). Общее право немца на свободу дополняется правом на жизнь, здоровье, свободу вероисповедания, свободу мнений, объединений. Права, обеспечивающие свободы, дополняются правами, обеспечивающими равенство. Наряду с общей формулировкой принципа равенства (ч. 1 ст. 3) имеются специальные положения, обеспечивающие равенство мужчины и женщины (ч. 2 ст. 3), запрет предпочтения по признакам пола, происхождения, расы, языка, отечества, места рождения, вероисповедания, религиозных и политических взглядов, не допускается ущемление из-за недостатков (ч. 3 ст. 3). Также закрепляется равенство статуса граждан (ст. 33) и равенство в избирательных правах (ст. 38). Основной закон обеспечивает незыблемость конституционных прав и

их судебную защиту (ч. 4 ст. 19)[1]. Вместе с тем запрета на вооруженные силы в ФРГ не имеется, хотя и существуют некоторые ограничения в данном вопросе.

Второй важный фактор конвергенции (ее опосредованная цель) и последующей когеренции правовых систем является народный суверенитет.

В этом отношении едины как старые, так и новые конституции. Конституция США (преамбула): «Мы, народ Соединенных Штатов... торжественно провозглашаем и устанавливаем настоящую конституцию...». В преамбуле перечисляются «цели образования более совершенного Союза», но ничего не говорится о власти и ее носителях. Конституция Бельгии 1831 г.: «Все власти исходят от народа. Они осуществляются установленным Конституцией порядком» (ст. 25). В ст. 1 Конституции Итальянской Республики сказано: «Италия – демократическая республика, основывающаяся на труде. Суверенитет принадлежит народу, который осуществляет его в формах и в границах Конституции». В ст. 1 Конституции Испании 1978 г. сказано: «1. Испания – социальное, правовое и демократическое государство... 2. Национальный суверенитет принадлежит испанскому народу, от которого исходят полномочия государства». Конституция Филиппинской Республики в редакции 1984 г. говорит о «суверенном филиппинском народе»[2].

Принцип народного суверенитета как основы государственной власти ранее не существовал в японской конституционной истории. По Конституции 1947 г. такой основой стал народ. Принцип народного суверенитета реализуется и при изменении Конституции – требуется проведение особого референдума или выборов; способ ратификации определяется Парламентом.

К высокой степени когеренции, как результату конвергенции норм конституционного права, можно отнести и то, что все современные конституции в той либо иной форме закрепляют институты частной собственности, устанавливают и закрепляют форму правления соответствующего государства – республику или монархию, формы конституционного контроля и основные принципы теории разделения властей.

В некоторых конституциях (итальянская, французская, западногерманская) концепция разделения властей не выражена семантиче-

---

[1] Катана И. В. Институт основных прав и свобод человека и гражданина в конституционном законодательстве ФРГ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 12.

[2] Мишин А. А. Указ. соч. С. 36–37.

ски точно, она как бы подразумевается, из нее исходят. В других (американская, датская, японская) принципы разделения власти четко сформулированы в соответствующих статьях. Принцип разделения властей, дополненный «системой сдержек и противовесов», положен в основу американской конституции. Три первые главы конституции начинаются следующими положениями: «Все законодательные полномочия, сим установленные, предоставляются конгрессу Соединенных Штатов...» (ст. 1 гл. 1); «Исполнительная власть принадлежит президенту Соединенных Штатов Америки...» (ст. 1 гл. 2); «Судебная власть Соединенных Штатов предоставляется одному Верховному суду...» (ст. 1 гл. 3). В японской Конституции содержатся такие предписания по этому предмету: «Парламент является высшим органом государственной власти и единственным законодательным органом государства» (ст. 41); «Исполнительная власть осуществляется Кабинетом» (ст. 65); «Вся полнота судебной власти принадлежит Верховному суду...» (ст. 76). В датской конституции концепция разделения властей сформулирована в одной статье: «Законодательная власть принадлежит Королю и Фолькетингу совместно. Исполнительная власть принадлежит Королю, судебная власть – судам» (§3 гл. 1)[1].

Итак, если сравнить ныне действующие «старые» и «новые» конституции, то можно обнаружить их неуклонное сближение путем формирования сходства и подобия, в отдельных случаях используется одностороння комплементация. Все это свидетельствует о той или иной степени их когерентности с перспективной целью – обеспечения возможностей более эффективно взаимодействовать странам и народам. Вместе с тем принципиальное сходство и безусловную конвергенцию анализируемых правовых систем нельзя рассматривать как одновекторный вариант парадигмальной когерентности или глобализации. Представляется, что по отношению к формированию и осуществлению власти, а также способам обеспечения и фиксации основных прав и свобод результаты конвергенции различны.

При этом формально-парадигмальная когеренция верховной власти, создание формы правления по американскому (или английскому) образцу фактически оборачивается вариантом экспансивного насаждения представителями администраций развитых стран (или стран-победительниц) конституционного строя, основанного на вертикальной централизованной системе, с возможностью сохранения контроля или хотя бы влияния со своей стороны.

[1] Мишин А. А. Указ. соч. С. 37.

Права и свободы в рассмотренных конституциях имеют содержательные различия, но принципиально подобны. Конвергенция в данном случае осуществляется в рамках общемирового процесса правовой глобализации, основанной на интегративной аккультурации или транснациональной правовой парадигме[1].

В целом, подводя итог рассмотрению основ послевоенных конституций, с уверенностью можно сказать, что, несмотря на то, что в целом действующее конституционное законодательство отражает исторически сложившиеся особенности, присущие отдельным странам, в них прослеживаются результаты иностранного экспансивного влияния, прежде всего Соединенных Штатов Америки.

Таким образом, рассмотренные примеры юридической конвергенции и основанной на ней когерентности права зависят от многих факторов, среди которых решающее значение имеют:

а) тип и форма сближающихся правовых систем;

б) степень экономической и политической развитости государств их носителей;

в) степень совершенства самой правовой системы, с точки зрения юридической техники;

г) практика реализации содержащихся в правовой системе предписаний.

Итог конвергенции рассмотренных выше правовых систем – это достижение значительной степени связанности (когерентности) данных правовых систем. Следовательно, и непосредственная цель юридической конвергенции выражается в установлении (образовании) когерентности правовых *систем*.

Если проанализировать по подобной же схеме сближение права и закона, элементов системы права, нормативного и ненормативного правового регулирования, а также сближения права и иного социального и несоциального регулирования[2], то можно тоже проявить когерентность как непосредственную цель осуществляемой конвергенции. Следовательно, когерентность – общая непосредственная цель[3] юридической конвергенции, которую обозначим как когерентность права.

---

[1] Третьякова О. Д. Государственно-правовая имплантация как форма аккультурации // Вестник ВГПУ. 2006. Вып. 12. С. 151–155.

[2] Более подробно этот анализ будет приведен в последующих соответствующих разделах настоящей работы.

[3] Более подробно о формах юридической конвергенции будет изложено в последующих разделах работы.

Когерентность права – это *непосредственная цель юридической конвергенции, обусловливающая высокую степень связанности и согласованности между элементами системы права, правом и системой социального и несоциального регулирования, а так же между национальными правовыми системами.*

Непосредственной целью содержание и устремления юридической конвергенции не исчерпываются.

Во-первых, сближенность и согласованность права не нужны сами по себе, а служат средством обеспечения изменения качества правового регулирования общественных отношений.

Во-вторых, изменение качества регулирования общественных отношений служит, как правило, обеспечению самых различных неюридических целей – от обеспечения стабильности государственной власти, экономической гегемонии до конвергенции стран и народов в политической, экономической и духовной сферах жизнедеятельности общества.

Например, занимаясь разработкой международных стандартов бухгалтерского учета, комитет FASB руководствуется следующими положениями. В конечном итоге, процесс глобализации приведет ко всемирному использованию для составления отчетов, отражающих как внутренние, так и международные финансовые операции, единого множества высококачественных стандартов бухгалтерского учета. Потребность в такого рода стандартах определяется желанием иметь высококачественную и сопоставимую в международном масштабе финансовую информацию, которая уже сейчас необходима владельцам капиталов для принятии решений на глобальном рынке акций. Комитет FASB считает, что прогресса в указанном направлении можно добиться с помощью повышения международной сопоставимости отчетности. Разумеется, при условии сохранения наивысшего качества стандартов бухгалтерского учета в Соединенных Штатах[1]. Фактически в данном случае цель юридической конвергенции – обеспечение глобализации в сфере бухучета.

Например, требует юридической конвергенции новое комплексное направление развития науки – так называемая NBIC-конвергенция.

NBIC-конвергенция – это объединение в конструкторско-технологический комплекс нано-, био-, инфо- и когнотехнологий, т. е. технологий управления сознанием. В принципе, название «NBIC-конвергенция» не совсем верно. В конвергенцию необходимо доба-

[1] Международные стандарты бухгалтерского учета: взгляд в будущее. Цели и задачи участия FASB в будущей международной системе бухгалтерского учета. URL: http://consulting.ru/ (дата обращения: 29.08.2011).

вить особый тип технологий оптимального природопользования, т. е. технологий конструирования и эксплуатации природных и искусственных ландшафтов. В этом случае мы получим уже не четыре, а пять элементов, которые необходимо объединить:

- нанотехнологии – для удобства последующего изложения обозначим их символом «Н»;
- биотехнологии – «Б»;
- информационные технологии – «И»;
- технологии управления сознанием – «К», т. е. «когно»;
- природопользовательские технологии, или технологии конструирования и эксплуатации природных (естественных, возникших без участия человека), искусственных (космическая станция, подводная лодка, «умный дом» и т. п.) и гибридных (городские конгломераты) ландшафтов, – «П».

С конструкторско-технологической точки зрения, интеграция, или конвергенция, пяти указанных типов технологий имеет смысл для решения одной, единственно возможной задачи: создания носителей совершенно новых видов сознания[1].

Требует юридической конвергенции и обеспечение экономического «подтягивания» некоторых стран до уровня Евросоюза. Например, экономическая конвергенция Болгарии и Евросоюза. Аналитики информируют, что у данной акции есть две, так сказать, ипостаси. Одна из них – это номинальная конвергенция; ее показателей – таких, как уровень цен, инфляция, годовые проценты по банковским займам, объем денежной массы и т. д., – очевидно, можно достичь без особых усилий. Гораздо сложнее осуществить (если не на все 100 %,то хотя бы приблизиться к европейским критериям) другую, реальную конвергенцию. В ее «состав» входят такие компоненты, как ресурсная отдача национальной экономики, участие в общеевропейском разделении труда, реальные доходы населения, его социальный статус и др.[2]

Таким образом, подводя итог юридической конвергенции можно заключить, что ***конвергенция в праве*** (***юридическая конвергенция)*** – *это процесс взаимодействия между элементами внутри системы права, между правом и иными регуляторами отношений в обществе, а также между правовыми системами различных государств, характеризующийся сближением, увеличением количества связей между эле-*

[1] Денисов А. А. «Узкое горло» стратегии NBIC-конвергенции // Экон. стратегии. 2009. № 7. С. 140–145.

[2] Бузин Н. Новая цель: конвергенция Болгарии с Евросоюзом // Рус. газ. URL: http://russkayagazeta.com/rg/gazeta/fullstory/celi/ (дата обращения: 02.07.2011).

ментами сближающихся объектов и степенью согласованности воздействия этих элементов на общественные отношения.

Цели юридической конвергенции могут быть разнообразными в зависимости от вида, формы, метода конвергенции, а также условий ее реализации взаимосвязи с другими видами конвергенции. Вместе с тем проявлены два относительно стабильных итога, к которым приводит юридическая конвергенция. Это когерентность права и обеспечение юридической конвергенцией неюридических явлений и процессов. Следовательно, ***цели юридической конвергенции*** можно определить как *прогнозируемые, юридически значимые результаты, на которые, как правило, направлен процесс юридической конвергенции и которые выражаются в максимальной когерентности (связанности) конвергирующих правовых явлений, а также в правовом обеспечении политических, экономических, духовных и иных неюридических связей и отношений.*

Темы эссе:

1. *Гармонизация права.*
2. *Правовая экспансия.*
3. *Конвергенция права и государства.*

Лекция 3. Общая характеристика дивергенции в праве

Деконвергенция права. Гражданская самоорганизация. Признаки дивергенции в праве. Понятие дивергенции права.

Дивергенция права как антипод его конвергенции может быть рассмотрена как сугубо теоретически, так и на вполне конкретном примере. Один из интересных примеров антиконвергенции права, позволяющий сделать теоретические обобщения, – это пример правового регулирования гражданской самоорганизации современного российского общества.

Сегодня различные способы самоорганизации граждан несут в себе огромный потенциал демократического развития России. Гражданская самоорганизация общества формирует относительно самостоятельный от государства социальный слой, который позволяет самостоятельно либо в кооперации с другими гражданами брать на себя решение своих и общих проблем, излишне не обременяя государство. Представляется, что процесс реформирования российского общества

невозможен без развитого гражданского общества, являющегося противовесом исключительной самостоятельности публичной власти, заставляющего ее функционировать в интересах свободного большинства населения. Государство должно формировать нормативно-правовую базу гражданского общества, поддерживать его институты, расширяя возможности их участия в государственных делах.

В научной литературе нет однозначного понимания гражданского общества. Но в целом преобладает мнение, что гражданское общество – это неполитические отношения в обществе, проявляющиеся через ассоциации и организации граждан, законодательно огражденные от прямого вмешательства государства[1]. Однако, несмотря на понятийную неопределенность, в последние годы термин «гражданское общество» стал символом новой панацеи от всех социальных болезней. Заявления о необходимости «создания гражданского общества» или о его «дальнейшем развитии» почти неизбежно присутствуют в типичном наборе политических программ и партийных платформ, заявлениях политических деятелей. Как считают некоторые ученые, есть все основания ожидать, что термину «гражданское общество» грозит повторение судьбы другого слогана, широко звучавшего в конце 1980-х – начале 1990-х гг. – «правовое государство»[2]. «Отсутствие консенсуса в отношении того, что понимать под «правовым государством», широкая интерпретация термина, использование его как популистского лозунга в политической демагогии ведет к откровенному нарушению самой концепции правового государства»[3]. Подобно тому, как безумная попытка осуществить построение «правового государства» и «рыночной экономики» за один прыжок привела к разрушению и государства, и экономики, точно так же спешная, непродуманная и оторванная от национальной специфики разворачивающаяся кампания по построению «гражданского общества» в России грозит иметь скорбные последствия[4]. Иными словами, гражданская самоорганизация общества, несмотря на привлекательность и нужность самой идеи, пока полностью не реализуется и в какой-то степени «пробуксовывает».

---

[1] Напр.: Энкарнасьон О. Г. Миссионеры Токвиля. Пропаганда гражданского общества и поддержка демократии. URL: http://old.russ.ru/politics/meta/20010220_toc.html ; Хлопин А. Д. Гражданское общество в России: идеология, утопия, реальность // Pro et Contra. 2002. № 1. С. 120 и др.

[2] Домрин А. Гражданское общество» в России // Новый Журн. 2003. № 233.

[3] Domrin A. Issues and Options in the Soviet Transition to the Rule of Law // Coexistence. A Review of East-West and Development Issues. Vol. 30. № 1 (March 1993).

[4] Домрин А. Указ. соч.

Не последнюю роль в данных процессах играет дивергенция права. Дивергенция права – это процесс, противоположный конвергенции права. Конвергенция в биологии – возникновение сходства в строении и функциях у относительно далеких по происхождению групп организмов в процессе эволюции, результат обитания в сходных условиях и одинаково направленного естественного отбора. В общественных науках конвергенция – одна из концепций западного обществоведения, считающая определяющей особенностью современного общественного развития тенденцию к сближению социально-политических систем, сглаживанию экономических, политических и идеологических различий между капитализмом и социализмом, их последующему слиянию. *Конвергенцию права* имеет смысл рассматривать как процесс взаимодействия отдельных элементов национальной правовой систем, а также между отдельными правовыми системами в форме повышения степени связанности и согласованности правового регулирования общественных отношений[1].

Юридическую дивергенцию, по аналогии с конвергенцией, можно рассмотреть как процесс «расхождения» правовых предписаний, вместе с тем это не означает исключительно коллизии законодательства. Для установления сущности дивергенции права обратимся в качестве примера к правовому регулированию процессов гражданской самоорганизации современного российского общества.

Законодательство об элементах и формах гражданской самоорганизации российского общества начало складываться лишь с начала 1990-х гг.[2], хотя в отдельных нормативных актах более раннего периода признавался специальный статус организаций, действующих в общественных интересах.

Конституцией РФ гарантирована свобода деятельности общественных объединений и право граждан на объединение (ст. 30). С принятием первой части Гражданского кодекса РФ и федеральных законов от 25 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях», от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях», от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» была сформирована нормативная основа гражданского общества.

---

[1] Подробнее об этом: Третьякова О. Д. Понятие правовой конвергенции // «Черные дыры» в рос. законодательстве. 2008. № 3. С. 39–43.

[2] Напр.: Закон РФ от 6 июля 1991 г. «О местном самоуправлении в РФ».

Действующее законодательство, несмотря на определенные недостатки, создавало предпосылки формирования гражданского общества в России. Содержащиеся в указанных законах нормы права достаточно согласованно регулировали отношения, связанные с некоммерческими организациями, органами местного самоуправления и т. д. Можно сказать, право первоначального периода развития гражданского общества в России находилось во внутренней и внешней конвергенции. Внутренняя конвергенция обусловливалась, с одной стороны, объединением требований права и закона (по сравнению с советским периодом развития права). С другой стороны, внутренняя конвергенция выражалась в систематизации правовых предписаний, регламентирующих деятельность гражданского общества. Внешняя конвергенция права выражалась в том, что отечественное законодательство «сблизилось» с общемировыми стандартами в области правового регулирования взаимодействия государства и гражданского общества.

Однако декларативность некоторых норм, регулирующих отношения в нарождающемся гражданском обществе, изменения в социальной структуре общества, смена приоритетов и ориентиров во внутренней и внешней политике, обусловили необходимость дополнительного правового регулирования отношений, возникающих в связи гражданской самоорганизацией российского общества. В связи с данными обстоятельствами на рубеже конца 90-х гг. XX в. и первого десятилетия XXI в. был издан еще целый ряд законов и подзаконных актов.

Программой социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу (2006–2008 гг.), утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 19 января 2006 г. № 38-р, среди приоритетных направлений развития организаций гражданского общества указывается модернизация законодательства, регулирующего деятельность различных элементов гражданской самоорганизации, в том числе, некоммерческих организаций.

Законодательство предусматривает более 20 различных организационно-правовых форм НКО. В отличие от коммерческих организаций организационно-правовые формы некоммерческих организаций не ограничены Гражданским кодексом РФ. В ближайшем будущем их число увеличится. Деятельность значительной части НКО регулируется отдельными законами, принятыми в разное время и в определенных аспектах, не вполне согласующимися друг с другом. Гражданский кодекс РФ регулирует лишь наиболее общие вопросы, касающиеся некоммерческих организаций, не затрагивая проблем их текущей деятельности.

Отражая развитие некоммерческого сектора, за 1996–2004 гг. был принят целый ряд дополнительных федеральных законов, развивающих базовое законодательство и регламентирующих деятельность различных видов НКО, таких как законы «О благотворительных организациях и благотворительной деятельности», «О государственной поддержке молодежных и детских общественных объединений», «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности», «О свободе совести и о религиозных объединениях», «О потребительских кооперативах» и т. д. Кроме того, в этой области было принято значительное число нормативных актов на уровне субъектов Федерации и органов местного самоуправления.

Активно идет развитие законодательства, регулирующего взаимодействие некоммерческих организаций и государственных органов. Широкий перечень способов конструктивного взаимодействия органов государственной власти и местного самоуправления с некоммерческими организациями указан в ст. 31 Федерального закона «О некоммерческих организациях», ст. 17 Федерального закона «Об общественных объединениях», ст. 18 Федерального закона «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях», а также предусмотрен Федеральным законом от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»[1]. Большое число форм государственной поддержки молодежных и детских общественных объединений предусмотрено гл. 2 Федерального закона «О государственной поддержке молодежных и детских общественных объединений». Участие некоммерческих организаций в реализации государственных и муниципальных заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд регулируется ст. 72 Бюджетного кодекса РФ, а также Федеральным законом от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд». Кроме того, Принципы реструктуризации бюджетного сектора в Российской Федерации в 2003–2004 гг. и на период до 2006 г., разработанные Министерством финансов РФ, включают нормы о государственном (муниципальном) социальном заказе[2].

---

[1] Рос. газ. 2003. 8 окт.

[2] Подробнее об этом: Правовое положение некоммерческих организаций // Доклад Общественной палаты Российской Федерации о состоянии гражданского обще-

Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (гл. 6) фактически предоставил возможность территориальным органам местного самоуправлении (поселковым сельским советам) осуществлять локальное правотворчество.

В целом, расширение законодательной базы помимо детализации регулятивного воздействия на отдельные механизмы и отношения, складывающиеся в сфере гражданской самоорганизации российского общества, повлекло и дивергенцию права, регулирующего отношения в данной сфере. Этому способствовали следующие обстоятельства.

Во-первых, дифференциация законодательства, регулирующего деятельность отдельных элементов гражданского общества (НКО, религиозных объединений, профессиональных союзов и т. д.), уже сама по себе является иллюстрацией дивергенции, так как детализация предполагает специализацию.

Во-вторых, предоставление права отдельным институтам гражданского общества осуществлять локальное правотворчество породило на практике множество курьезов и коллизий с региональным и федеральным законодательством.

В-третьих, это процессы так называемой «раскодификации», когда нормы гражданского кодекса, регулирующие деятельность НКО конкретизировались в целом ряде выше перечисленных законов и подзаконных актов.

С учетом анализа развития законодательства, регулирующего гражданскую самоорганизацию современного российского общества можно сконструировать признаки дивергенции.

Прежде всего, это форма взаимодействия права, в виде так или иначе внешне выраженного процесса, характеризующегося возникновением, изменением и прекращением внутренних и внешних связей права. Как видно из анализа, связи права носят диалектический характер и могут трансформироваться в свои противоположности (например, дивергенция может перерасти в конвергенцию и наоборот).

Юридическая дивергенция – это процесс, противоположный конвергенции права, выражающийся в расхождении форм организации правовых норм и их требований. Данная ситуация может возникать и в случае изменения конструкции самих норм права (норма-

---

ства в Российской Федерации. URL: http://www.socpolitika.ru/rus/ngo/activity /document252.shtml.

правило может трансформироваться в исходную норму; регулятивная – в охранительную; дозволение – в запрет и т. д.).

Юридическая дивергенция – это сложный процесс, который может осуществляться в различных формах. Можно наблюдать дивергенцию права и закона, когда в действующем законодательстве не учитываются или искажаются естественные и неотчуждаемые права и свободы человека, но при этом первоначально они должны составлять одно целое. Дивергенция права может осуществляться и форме десистематизации законодательства. В данном случае происходит либо формальное (на законодательном уровне), либо фактическое (путем принятия множества актов, регламентирующих тот же круг отношений) упразднение систематизированных актов. Дивергенция права может происходить и в результате расхождения требований права и иных социальных норм. При этом система социального регулирования не «разрывается», а лишь смещаются акценты регулятивного воздействия на поведение человека. Дивергенция может происходить и между национальными правовыми системами, которые в предшествующий период развития составляли одно целое или сближались (например, дивергенция правовых систем стран, ранее составлявших СССР).

Юридическая дивергенция – это процесс обратимый, так как в зависимости от различных обстоятельств может остановиться либо перерасти в свою противоположность – конвергенцию права. В связи с данным обстоятельством можно сказать, что дивергенция права носит поступательный характер и обусловливается всем спектром социально-политических и экономических условий функционирования общественной системы.

То же самое можно сказать о дивергенции права и некоторых социальных норм. Например, обычное право, которое сформировалось за счет санкционирования обычаев и придания им правового статуса, со временем существенно разошлось с требованиями обычаев, особенно в вопросах национальной самобытности. Иногда юридическая конвергенция между правом и обычаем, как отмечают некоторые исследователи, может породить еще и фактическую юридическую дивергенцию. Например, С. В. Сртлян утверждает, что законодательное закрепление права малочисленных народов в Российской Федерации на традиционный образ жизни формально перевело существующие обычаи и традиции, регулирующие данную группу общественных отношений, в разряд правовых обычаев и традиций. Однако в правоприменительной практике, как правило, юридическая сила данных ре-

гуляторов не признается[1]. Вместе с тем данный автор отображает в своей работе и необходимость юридической конвергенции. В свете построения правового государства и формирования развитого гражданского общества, указывает он, чрезвычайно важной является трансляция обычаев и норм традиционного права в законодательство, поскольку это позволит сделать нормы официального права более адекватными и справедливыми, с точки зрения регулирования традиционного образа жизни. В то же время в ходе указанного процесса нельзя допустить создания «местнического» законодательства, а также доминирования правовых обычаев и традиций одних этнических групп и народностей над другими[2].

В качестве юридической дивергенции можно рассмотреть и примеры дифференциации отраслей права. Например, в свое время уголовно-исполнительное право было составной частью уголовного права, земельное право – частью гражданского права и т. д.

Пример дивергенции правовых систем – это расхождение правовых систем государств, составлявших СССР с материнской правовой системой, в том числе и дивергенция права СССР и Российской Федерации.

Триумфаторы на Западе увидели в распаде СССР неизбежное торжество демократии, даже «конец истории». Другие, как позже выразился российский лидер Владимир Путин, оплакивали «величайшую геополитическую катастрофу века». Осколки Советского Союза лежат где-то между этими крайностями – сбитая с толку куча стран на территории одной шестой части суши Земли, так сильно отличающихся друг от друга, и перед лицом будущего, сулящего кому-то хорошие перспективы, а другим проблемы, о которых можно лишь догадываться[3].

Различные судьбы и перспективы стран бывшего СССР, как считают зарубежные исследователи, выглядят как историческая ирония: в то время как Советский Союз стремился к распространению единой идеологии по всему миру, его бывшая территория теперь так же разнообразна, как и сам мир[4].

Уже более 25 лет прошло с момента дивергенции, распада СССР. И все эти годы не утихают споры о его причинах. Версии об

---

[1] Сртлян С. В. Право и традиционный образ жизни : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Владимир, 2008. С. 7.

[2] Там же. С. 8.

[3] Соломонов А. Распад СССР: 20 лет спустя. URL: http://www.inosmi.ru/history/20110815/173353037.html. (дата обращения: 23.09.2011).

[4] Там же.

«амбициях республиканских лидеров, мечтавших о почетных караулах в зарубежных аэропортах» либо о разрушительных кознях американских спецслужб, пожалуй, не объяснят эту трагедию сотен миллионов граждан СССР, в одночасье лишившихся своего государства[1].

Эксперты назвали истинные (на их взгляд) причины дивергенции СССР и обозначили непоправимые ошибки советских руководителей, которые привели к нему. Например, Кирилл Панкратов – доктор философии (Эктон, Массачусетс, США) – видит причины дивергенции в следующем.

Основная причина, как считает он, конечно же, не заговор враждебных сил (при том что у СССР действительно были очень сильные враги, которые желали его уничтожения), а – исчерпание социоэкономической модели, по которой СССР развивался в течение нескольких десятилетий. Эта модель позволила ему очень быстро по историческим меркам построить урбанизированное индустриальное общество. Но она оказалась полностью неприспособленной к следующей трансформации – к современному потребительскому постиндустриальному обществу[2].

Павел Крупкин – кандидат физико-математических наук, научный руководитель Центра изучения Современности (Париж, Франция) – видит причины дивергенции СССР в том, что советское общество на своем излете попало в интересную ситуацию – сложившийся к 80-м гг. XX в. социальный порядок ***не устраивал ни одну*** сколько-нибудь активную группу населения. Вызванный таким положением общественный кризис сопровождался полной делегитимацией существовавшего социального порядка, что и позволило второразрядной местечковой номенклатуре западных и южных окраин страны прийти к власти через соответствующие этнические мобилизации и запустить процессы политического отделения. Советская же Средняя Азия была сброшена партийными агитпроповцами, оседлавшими «свою фортуну» в Москве. Они же поделили со своими коллегами из Киева и Минска и славянское ядро страны, завершив большевистский проект разделения русского народа[3].

Как видно из приведенных примеров, дивергенция (распад) СССР – дискуссионная проблема по сей день, но ни у кого не вызыва-

---

[1] Сибиряков С. Эксперты назвали причины распада СССР. URL: http://www.iarex.ru/articles11709.html (дата обращения: 29.04.2011).

[2] Там же.

[3] Там же.

ет сомнения, что формально-правовым (юридически дивергенционным) моментом распада СССР были так называемые Беловежские соглашения от 8 декабря 1991 г., подписанные высшими руководителями России, Белоруссии и Украины, о роспуске СССР и образовании Содружества независимых государств[1]. Иными словами, данные соглашения, с одной стороны явились актом юридической дивергенции, опосредующей политический распад СССР, а с другой стороны, эти соглашения фактически обозначили новый виток юридической конвергенции на постсоветском пространстве.

В качестве своеобразного примера юридической дивергенции можно назвать и правовое опосредование процессов изменения различных общественных отношений, например, расторжение брака, прекращение деятельности АО и ООО, роспуск политической партии и т. д.

В целом, в результате анализа различных проявлений юридической дивергенции можно обнаружить следующие закономерности.

Во-первых, юридическая дивергенция – это процесс, противоположный юридической конвергенции и выражающийся в расхождении (удалении) права, его элементов и правовых явлений.

Во-вторых, юридическая дивергенция может служить предпосылкой для дальнейшей конвергенции. Например, объединение частей бывшей Российской империи в СССР, наметившаяся в последние годы конвергенция стран СНГ и т. д.

В-третьих, юридическая конвергенция выражается и в правовом опосредовании процессов изменения и прекращения различных отношений.

В-четвертых, без юридической дивергенции достаточно сложно оценить масштабы и сущность юридической конвергенции, так же как невозможно познать, что такое «добро», без знаний о зле.

В-пятых, юридическая дивергенция в большей степени (нежели конвергенция) подвержена стохастическим процессам и может возникнуть относительно спонтанно (например, распад СССР).

Таким образом, юридическую дивергенцию можно определить, *как сложный и многосторонний процесс внутреннего и внешнего взаимодействия элементов права и правовых систем, выраженных в расхождении организации форм права, требований правовых норм, а также частей единых или близких правовых системы общества.*

---

[1] Беловежские соглашения // Энциклопедический словарь. URL: http://dic.academic.ru/dic.nsf/es/ (дата обращения: 02.09.2011).

Темы эссе:

1. *«Распад» современного права и его предписаний.*
2. *«Расхождения» в требованиях формально и естественного права.*
3. *Дивергенция в государственно-правовых процессах современности.*

Лекция 4. Методология юридического взаимодействия

Сущность и общая характеристика теории методологии. Методы и методология. Методы права. Методы правового регулирования. Методы юридического взаимодействия в виде конвергенции и дивергенции в праве.

Методология юридического взаимодействия, как и методология правовой науки в целом, может рассматриваться неоднозначно. Понятие методологии, да и сама она неоднократно становились предметом научного анализа[1], однако до сих пор нет четкости в этом вопросе. Не случайно один из известных отечественных специалистов в области методологии М. В. Рац утверждает: «Среди прочих странностей методологии есть и такая: никто не уполномочен выступать от ее имени, ибо каждый понимает ее по-своему»[2]. Поэтому, определяя методологию юридической конвергенции, представляется необходимым установить, прежде всего, операционное определение понятия методологии в целом, а также специфику правовой методологии.

В общем, не противоречиво, но не совсем однозначно определяется методология в справочной литературе. Во-первых, как учение о методах научного познания и как совокупность методов, применяемых в какой-либо науке[3]. Во-вторых, как система принципов и способов организации и построения теоретической и практической деятельности, а

---

[1] Среди наиболее значимых работ, посвященных данному вопросу, можно назвать следующие: Стефанов Н. Теория и метод в общественных науках. М., 1967 ; Андреев И. П. Проблемы логики и методологии познания. М., 1972 ; Лукич Р. Методология права. М., 1981 ; Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2001 ; Тарасов Н. Н. Методологические проблемы современного правоведения : автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2002.

[2] Рац М. В. Методология: младшая сестра науки или ее мать? URL: www.metodolog.ru/00334/00334.html.

[3] Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 2003.

также учение об этой системе[1]. В-третьих, методология – это алгоритм поиска цели, набор приемов, методов, средств, способов, принципов достижения цели: 1) теоретической цели – модели идеального знания (в заданных описанием условиях, например, скорость света в вакууме); 2) практической цели – программа (алгоритм) приемов и способов того, как достичь желаемой практической цели и не погрешить против истины или того, что мы считаем истинным знанием[2].

Как видим, в основном в справочной литературе понятие методологии преимущественно рассматривается с точки зрения учения о методе в сумме с методами, используемыми в той или иной деятельности, и не отражает в должной мере сущность рассматриваемого явления. С одной стороны, данная позиция «обедняет» методологию, с другой – приводит на практике к отождествлению методологии с методами, что вызывает научную дискуссию.

Так, А. И. Ракитов утверждал в свое время, что методологию следует рассматривать как самостоятельную науку[3]. У Р. Лукича методология расширяется до практической юридической деятельности, на которую направлено соответствующее правовое исследование[4]. К. Д. Петряев утверждает, что методология – это система существенных аспектов мировоззрения и теории (или ряд теорий), определяющих исследовательские принципы науки[5].

Тенденция к расширению понятия «методология» сохранилась и по сей день. Так, по мнению известного современного исследователя данного вопроса Д. А. Керимова, «методология — явление интегральное, объединяющее в себе ряд компонентов: мировоззрение и фундаментальные общетеоретические концепции, всеобщие философские законы и категории, обще- и частнонаучные методы»[6].

С. А. Лебедев утверждает, что «методологическое знание существует в двух основных формах: в виде методологических концепции, теорий и в виде отдельных методов, принципов, непосредственно входящих в саму структуру конкретно-научных теорий. Таким обра-

---

[1] Философский энциклопедический словарь. М., 1983.

[2] Википедия – свободная энциклопедия. URL: //ru.wikipedia.org.

[3] Ракитов А. И. К вопросу о структуре исторического исследования // Философские проблемы исторической науки. М., 1969. С. 162.

[4] Лукич Р. Указ. соч. С. 24.

[5] Петряев К. Д. Вопросы методологии исторической науки. Киев, 1971. С. 8.

[6] Керимов Д. А. Указ. соч. С.46.

зом, методологическое знание одновременно находится и вне частнонаучного знания, и внутри него»[1].

Из анализа разнообразных концепций методологии можно заключить следующее.

Во-первых, понятие методологии по объему не совпадает с понятием метода. Соотношение методологии и метода может быть представлено как диалектическое единство целого и части, системы и элемента, общего и отдельного.

Во-вторых, методология – это неотъемлемая часть какой-либо науки, при этом ее не следует смешивать и отождествлять с самой наукой. Думается, что методология является инструментом, средством науки; с другой стороны, она шире любой конкретной науки, так как может иметь междисциплинарный и общенаучный характер.

В-третьих, методология не исчерпывается самим учением и методами познания, сюда входят и другие явления: мировоззрение, принципы, понятия и категории, и т. д. Представляется, что данный перечень на сегодняшний день можно оставить открытым, он зависит от сферы применения методологии.

В-четвертых, составляющие методологию компоненты носят интегративный характер, тесно взаимодействуют и представляют собой систему. Среди элементов данной системы ведущее место занимают методы, применяемые исследователем, принципы и основные категории, а само учение о методе или методах, применяемых той или иной наукой, выступает в качестве итегрирующего средства данной системы.

В-пятых, у методологии, на основании прогнозируемых результатов, условно можно выделить три направления: специальное, междисциплинарное и общенаучное. Каждое обозначенное направление характеризуется относительно самостоятельным инструментарием. Вместе с тем данные направления реализуются в комплексе, так как нельзя получить относительно адекватный результат (объективные знания о предмете исследования) без реализации всех направлений методологического воздействия на изучаемую реальность. Например, изучая мозаику на стене, можно изучить отдельный осколок, увидеть его форму, оттенки и ближайшие к нему части и их взаимное расположение, отойдя немного от стены, мы уже можем изучить фрагмент общей мозаики, и только отойдя еще дальше, можно увидеть мозаику в целом, и понять замысел художника.

---

[1] Лебедев С. А. Роль индукции в процессе функционирования современного научного знания // Вопр. философии. 1980. № 6. С.87.

В-шестых, содержание методологии зависит от уровня познания. Теоретическому уровню свойственны принципы, методы, категории, направленные на создание отвлеченной картины исследуемого явления, и на данной основе формируются направления практической реализации теории. Практическому уровню свойственны элементы методологии, способствующие фиксации реальных свойств изучаемых предметов или явлений.

В-седьмых, содержание методологии зависит и от субъектов познания. Чем компетентней субъект, тем богаче исследовательский арсенал. Вместе с тем, чем меньше исходная база знаний у субъекта, тем смелее он берется за трудно решаемые задачи и часто достигает успеха.

В-восьмых, методология является базисом или основой любого исследования, т.к. качество результата зависит от качества содержания применяемой методологии. Это связано с верным выбором объекта и предмета исследования, способов исследования, последовательности их применения, адекватной интерпретацией и формулированием категорий и принципов.

В-девятых, методология – это своего рода путь к получению истинного знания об объекте и предмете исследования. Данный путь состоит из различных этапов. Логико-гносеологический анализ данного явления позволяет условно выделить три этапа: первоначальный, последующий и завершающий. На первоначальном этапе формируется первичное знание об объекте и применяются те части методологии, которые ответственны за это (как правило, это элементы практического уровня методологии, например, такие методы, как: наблюдение, измерение, эксперимент и т. д.). Последующий этап характеризуется применением аналитической методологии (формирование рабочих понятий, суждений, анализ и синтез и т. д.). На завершающем этапе формируются выводы исследования и для этого используются фактически все элементы методологии, главное место среди которых занимают само учение и мировоззрение исследователя.

В-десятых, методология – это субъективно-объективный комплекс, характеризующийся обоснованием и воздействием на какие-либо объекты при осуществлении не только теоретической, но и практической деятельности.

Исходя их приведенных умозаключений, сформулируем рабочее определение понятия методологии и рассмотрим составляющие ее основные элементы. Итак, в качестве операционного понятия определим ***методологию*** *как систему элементов, составляющих теорети-*

ческую основу и инструментарий исследования в той или иной области, а также систему способов практического воздействия на мыслимую или реально существующую действительность.

Определив понятие методологии, рассмотрим ее структуру. В качестве элементов строения методологии, предположительно, можно назвать следующие. Это: принципы познания, понятия и категории, методы исследования, мировоззрение исследователя и само учение о методах, средствах и их реализации. Кроме того, к методологии следует отнести и способы правового воздействия и взаимодействия.

Итак, первый элемент в представленной системе – это принципы, т. е. основополагающие идеи, руководящие начала познавательной деятельности. Исходя из этимологии данного термина, принципы можно подразделить на две группы: 1) принцип – основа чего-либо и 2) принципы – руководящие начала. В первом случае это основа существования самой методологии. Методологическая основа также предполагает наличие, по крайней мере, следующих взаимосвязанных компонентов: во-первых, это ее наиболее существенные свойства и дефиниция; во-вторых, предмет исследования; в-третьих, представления (схема) пути исследования; в-четвертых, возможность определения прогнозируемых результатов исследования; в-пятых, прогноз на реализацию результатов исследования в общественной практике и, наконец, в-шестых, достаточный уровень мировоззрения для осмысления и применения основ методологии.

Поскольку наука представляет собой сложный познавательный процесс, постольку он протекает по определенной логике, закономерные принципы которой используются в практике научно-исследовательской работы. Своеобразие этих принципов состоит в том, что: «а) они являются средством, с помощью которого реализуются требования научного анализа, направленного на решение данной задачи, б) теоретическое обоснование подобных принципов выходит за границы, задачи и возможности соответствующей науки, в которой они используются, и в) каждый такой принцип представляет то или другое теоретическое знание, которое играет роль метода»[1].

Исследование будет иметь научный статус только при условии его целесообразности, аргументированности, верифицируемости и относительной истинности его результатов. Отсюда процесс исследования предполагает осуществление последовательных операций: научная постановка проблемы, ее четкое формулирование; выдвижение альтер-

[1] Стефанов Н. Указ. соч. С. 129.

нативных идей о возможных путях решения проблемы; избрание оптимальной идеи, с помощью которой вероятнее всего достижимо решение проблемы; следование этой идее в ходе познания; поочередное использование всех других альтернативных идей в том случае, если первоначально избранная идея не решила проблемы; выход решенной проблемы на практику путем определения этапов действия.

Каждый из этих моментов, по справедливому утверждению Д. А. Керимова, нуждается в детализации. Так, выдвижение альтернативных идей о возможных путях решения проблемы предполагает выделение главных и отвлечение от второстепенных путей познания. Тем самым сокращается спектр альтернативных идей (принципов. – *О. Т.*). Избрав оптимальную идею, необходимо ее расчленить на более простые, так сказать, подыдеи, совокупность которых и образует «дерево подыдей». Последовательный анализ ветвей этого дерева позволит отобрать из них перспективные и отбросить малоэффективные или даже тупиковые. При этом плодотворность реализации подыдеи зависит от глубины анализа изучаемой проблемы. Оставшиеся ветви подвергаются аналитическому «просвечиванию», а аналитически освещенная их совокупность создает базу для синтеза – высшего напряжения исследовательской мысли. Осуществление синтеза открывает путь для решения проблемы. Если на этом пути не будет достигнут успех в решении проблемы, то придется ту же процедуру осуществлять со второй, третьей идеей и т. д. И так до тех пор, пока соответствующий путь не приведет к решению проблемы[1].

Иными словами, при реализации идеи или основы методологии, «включается» второй вариант принципа – руководящее начало. Данная часть принципа опосредует деятельность по реализации идеи и внедрение ее в практику. Сюда входят следующие компоненты: во-первых, это дифференцированное множество руководящих начал; во-вторых, аттракция и мерность разных начал, направленность их на достижение конечного результата; в-третьих, постадийность процедуры исследования; в-четвертых, обратная связь с принципами основами; в-пятых, оценка результата реализации методологии.

Итак, исследуемая реальность в ходе познания интерпретируется разумом человека, который в осуществлении познания «отталкивается» от принципов и к ним возвращается, исследуя познанный результат. И этот процесс познания осуществляется до тех пор, пока полностью не реализуются возможности сознания. Высказываемая

[1] Подробнее об этом: Керимов Д. А. Указ. соч. С. 93–95.

мысль о том, что познание может ограничиваться не только сознанием, но и самим объектом познания[1], представляются необоснованными. Как показывает практика существования общества, человека и самого познания, даже у известных объектов с течением времени и развитием науки открываются все новые и новые грани.

Следующий элемент структуры методологии – понятия и категории, – выступая в качестве элементов данной структуры, наряду с общими свойствами имеют свои особенности. Понятие – это простейшая форма мышления, отражающая наиболее существенные признаки предметов или явлений. Категория представляется в виде наиболее общего, фундаментального широкого понятия, имеющего существенное значение для той или иной области научного знания[2]. Любое определение, чтобы адекватно интерпретироваться, должно отвечать определенным правилам. Авторы «справочника по правописанию, произношению, литературному редактированию» выделяют четыре элемента, которые должны быть присущи дефиниции:

1) определяемое понятие, т. е. то, что определяется;

2) предикат – то, что говорится об определяемом;

3) родовой признак, т. е. качество, которое присуще ряду родственных предметов или явлений;

4) видовое отличие – качество, характерное только для данного определяемого понятия[3].

Применение понятий и категорий – это сложный познавательный акт, в ходе которого реализуются их теоретические и методологические функции[4]. Как формы мышления понятия и категории правоведения раскрывают сущностные стороны, связи правовых явлений и, будучи использованными в процессе научного познания, реализуют методологическую функцию на стадиях:

а) первоначальное накопление знаний об объекте государственно-правовой действительности. В данном случае идет процесс накопления знаний, а не осмысление их;

б) систематизация полученных результатов познания. В форме понятий и категорий отражаются существенные устойчивые стороны,

---

[1] Там же. С. 96.

[2] Большой энциклопедический словарь / под ред. А. М. Прохорова. М., 2000. С. 941, 509.

[3] Справочник по правописанию, произношению, литературному редактированию / Д. И. Розенталь и др. М., 1994. С. 362.

[4] Сырых В. М. Метод правовой науки (структура методов теоретического познания государства и права) : дис. … д-ра юрид. наук. М., 1981. С. 24.

связи правовых явлений. Из содержания понятий и категорий можно проявить способы, с помощью которых эти понятия были получены и которые надлежит применять для получения новых знаний;

в) интерпретация исследуемых явлений и определение путей их дальнейшего развития.

Реализация методологической функции понятий и категорий на стадиях первоначальной, систематизации и интерпретации осуществляется не произвольно, по усмотрению исследователя, а в соответствии с вышеприведенными правилами, и их соблюдение является обязательным условием для получения адекватного знания. Отсюда – любое понятие или категория при их неверном методологическом применении не откроют новых истин, а, наоборот, станут источником искажений, коллизий и конфликтов.

Вызывает возражение точка зрения о том, что категории не являются частью методологии[1]. Безусловно, понятийный аппарат нельзя отождествлять с методологией, он лишь небольшая часть ее, поэтому совершенно прав В. М. Сырых, который, применительно к правовой методологии, утверждает, что понятийный аппарат общей теории права в познании выступает в двух функциях: теоретической и методологической. Юридические понятия реализуют теоретическую функцию, если они используются для описания, объяснения и прогнозирования правовых явлений. Когда же понятия и категории выступают в качестве основы методологических правил, принципов, то они реализуют методологическую функцию. Но в этом случае результатом познания выступают не новые знания о праве, его закономерностях, а правила, принципы познания, которых нет в самом предмете исследования и отражающих его правовых понятиях. Именно эти правила, принципы в своей совокупности и составляют содержание такого компонента общей теории права, как метод[2].

Действительно, рассматривать понятия и категории в качестве специального или единственного метода правовой науки на том основании, что они отражают сущностные, закономерные стороны правовых явлений, – значит «обеднять» методологию.

Следующий элемент структуры методологии – так называемые иные средства, с точки зрения настоящего исследования, представляют собой *совокупность явлений, с помощью которых осуществляется*

---

[1] Гиргинов Г., Яноков М. Методология, как раздел гносеологии // Вопр. философии. 1973. № 8. С. 127–128.

[2] Сырых В. М. Указ. соч. С. 26.

процесс познавательной и иной деятельности, их осмысления, но которые не являются понятиями, способами либо принципами познания.

В качестве иных средств методологии следует рассматривать по содержанию две их группы: общие и специальные, по способу существования и фиксации: объективные и субъективные. В качестве общих проявляются: политическая, экономическая и духовная жизнь людей. Сферы жизнедеятельности общества оказывают решающую роль на познавательные процессы, следовательно, и на методологию. Достаточно вспомнить политическую борьбу с генетикой и кибернетикой, в советских учебниках для средней школы утверждалось, что физика – глубоко партийная наука и т. д. В советское время всегда отрицалось методологическое значение метафизики.

Специальные средства зависят от конкретной отрасли исследований и деятельности, например, в юриспруденции к специальным средствам методологии можно отнести юридическую политику, юридическую технику, технологию, юридическую стратегию и тактику.

Субъективные иные средства – это совокупность индивидуальных особенностей познания, обусловленных физическими и интеллектуальными параметрами лица. Иными словами, то, чем пользуется исследователь при познании, охватывается понятиями «методы» или «способы», а процесс их комбинации может рассматриваться в качестве иного субъективного средства.

Объективные иные средства познавательной и практической деятельности представляют собой явления, факторы относительно не зависящие от воли и сознания субъекта познания. То есть явления существуют сами по себе, но могут привлекаться к исследовательским процессам. Например, явление электричества или радиоактивности: мало кто до конца понимает, что это такое (особенно в первое время после их открытия), вместе с тем эти в целом не зависящие от воли и сознания человека факторы широко применяются в познавательных процессах.

Теперь о наиболее популярной части методологии – о методах познания. Метод – это наиболее эффективный путь, способ или комбинация способов достижения цели[1]. Метод имеет собственное содержание – совокупность способов, направлений познания, которые основываются на выявленных объективных закономерностях и ориентируют исследователя на получение новых объективно-истинных знаний. Вместе с тем, вопрос о том, что представляет собой метод и

[1] Большой энциклопедический словарь / под ред. А. М. Прохорова. С. 724.

из каких компонентов он состоит, в настоящее время является дискуссионным. В юридической литературе наметились три подхода: 1) одни авторы полагают, что метод общей теории права состоит из ее теоретико-понятийного аппарата; 2) по мнению других, в метод данной науки входят не только общие (логические) и специальные методы познания, но и теоретические принципы, понятия, категории; 3) суть третьего подхода выражается в том, что метод общей теории права составляют общие, специальные и частные приемы, способы научного познания. Понятия и категории, хотя и играют важную роль в познании, выступают основой методов, но в их содержание непосредственно не входят[1].

Обобщая названные точки зрения, можно резюмировать, что метод или методы познания тесно связны непосредственно с самим объектом, а также зависят и от субъекта. Вместе с тем есть типы сложившихся общенаучных методов, которые достаточно распространены и популярны у исследователей.

Одним из наиболее распространенных в последнее столетие в России можно назвать диалектический тип методов. С точки зрения диалектики считается, что теория и метод органически между собой связаны. Нет теории без метода, равно как нет метода без теории. Более того, метод по существу – та же теория, но обращенная к исследовательскому процессу, к поиску, обнаружению, приращению нового знания[2]. В этой связи можно заключить, что внешним образом противостоят друг другу не метод и теоретическая система, а метод (или система методов) и некоторые еще только подлежащие исследованию предметы. Более того, как считает, например, С. Н. Мареев, и сам метод лишь внешне противостоит предмету, поскольку внутреннее содержание предмета имеет свою собственную объективную имманентную логику, в соответствии с которой и осуществляется его познание. Поэтому-то и оказывается, что метод органически сливается с самой теорией предмета, снимается теорией и погружается в нее. Воплотившись в снятом виде в теории, погрузившись в нее, метод превращает эту теорию в основание для дальнейшего движения познания, в способ решения новых теоретических и практических задач. Отсюда, как считают представите-

---

[1] Тененбаум В. О. Введение в общую теорию государства. Саратов, 1970. С. 67 ; Ушаков А. А. Методология советского правотворчества // Сов. государство и право. 1979. № 12. С. 30 ; Бабаев В. К. Советское право как логическая система. М., 1978 ; Общая теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. М., 1994. С. 19.

[2] Подробнее об этом: Андреев И. Д. Указ. соч.

ли данной концепции, – диалектический материализм «не только в своей «методологической» части, а *весь,* от начала и до конца, есть *метод*[1].

Из сказанного следует, что диалектика, как учение о всеобщей связи и развитии, являясь методом исследования и объединяя познавательные возможности всех наук, умножает и обогащает исследовательский потенциал каждой из них. Эти интегративные качества диалектика обретает благодаря тому, что она неразрывно связана с логикой и гносеологией. Поэтому представляется вполне обоснованным (применительно к диалектическому подходу) мнение П. В. Алексеева, который утверждает: «Между диалектикой, логикой и теорией познания имеется полное тождество, когда в предмете философии... вычленяются только всеобщие законы развития; каждая из трех дисциплин в этом случае с полным правом может быть названа учением о всеобщих законах развития. Но за этими рамками они имеют свои предметные области, не покрываемые никакой другой; поэтому любая из них есть нечто большее, чем только наука о всеобщих законах развития. Если взять диалектическую логику, то она изучает всеобщие законы развития под углом зрения того нового, что можно извлечь из онтологического рассмотрения для способов и принципов познания»[2].

С точки зрения диалектического подхода структурно в методологии можно выделить несколько уровней, основными из которых являются: диалектико-мировоззренческий, определяющий главные направления и общие принципы познания в целом (высший уровень); общенаучный (междисциплинарный), используемый при познании особой группы однотипных объектов (средний); частнонаучный, применяемый в процессе познания специфики отдельного объекта (низший уровень), и, наконец, переходный от познавательно-теоретической к практически-преобразовательной деятельности, вскрывающей общие пути и формы внедрения результатов научных исследований в практику.

В целом, традиционный, диалектический тип методологии познания и реализации его результатов, особенно в юриспруденции, зарекомендовали себя позитивно, вместе с тем они иногда дают сбои, так как рассматривают исключительно явления закономерные, случайные же процессы «выпадают» из поля зрения методологии данного типа. Думается именно этим, например, обусловливается слабое

---

[1] Напр.: Мареев С. Н. Единство метода и системы в «Капитале» К. Маркса // Вопр. философии. 1983. № 5. С. 65, 72.

[2] Алексеев П. В. Предмет, структура и функции диалектического материализма. М., 1972. С. 133.

внимание исследователей права к ненормативному регулированию, имеющему весьма существенный элемент случайного.

Жизнь показала, что необходим новый тип методологии, в рамках которого ясно проявляются различные особенности явления. Именно на это претендует сейчас синергетика, использующая язык теории нелинейных динамических систем. С помощью синергетики описываются не только закономерные явления, но и случайные. В рамках синергетики существенное методологическое значение имеет редукционизм, как познавательный прием, заключающийся в сведении сложных многоуровневых объектов к простым, вместе с тем фундаментальным познавательным явлениям (например, к законам физики).

Интеграция наук на основе редукционизма, по мнению специалистов в данной области знаний, представляется возможной. Можно построить единую и непротиворечивую картину мира. Однако для этого необходимо подвергнуть ревизии ряд фундаментальных положений и понятий современной науки[1].

По мнению разработчиков методологических аспектов синергетики, для интеграции наук требуется пересмотр некоторых основных категорий и направлений научной разработки.

1. Ревизия понятия «причина». Именно благодаря неустойчивости «причиной» может стать «Его Величество» Случай. В синергетике случай выступает не как результат незнания предыстории процесса, а как символ истинного незнания, т. е. принципиальной невозможности учесть исчезающе малые влияния.

Ревизии подлежит и понятие «абсолютно замкнутая система». Оно понималось как предел незамкнутой системы, когда внешние воздействия исчезающе малы. В устойчивых системах такое понимание оправдано. В неустойчивых системах оно теряет смысл, поскольку возмущения нарастают со временем. При этом сама неустойчивость является внутренним свойством системы, но не следствием внешних возмущений. Случай же — лежит в основе генерации новой ценной информации.

2. Необратимость процессов во времени, или, иными словами, направление «стрелы времени». В современной науке фундаментальные законы сохранения связаны с симметрией. Так, сохранение импульса – следствие симметрии пространства, сохранение энергии – симметрии обращения времени. Именно поэтому фундаментальные

[1] Например: Князева Е. Н., Курдюмов С. П. Основания синергетики. СПб., 2002 ; Синергетическая парадигма / под ред. В. А. Копцика. М., 2002 ; Хакен Г. Тайны природы. Синергетика: наука о взаимодействии. М. ; Ижевск, 2003.

законы физики формулируются в виде гамильтоновых систем, где обратимость времени гарантирована. Необратимость времени влечет за собой несохранение энергии. Последнее противоречит всему тому, что мы знаем о нашем мире. С другой стороны, необратимость процессов во времени тоже явление фундаментальное, и от него тоже нельзя отказаться.

Неустойчивость позволяет разрешить это противоречие, поскольку именно она является «причиной» такого нарушения симметрии времени, которое не нарушает закона сохранения энергии и вместе с тем позволяет описать диссипативные процессы. При этом энергия разделяется на две части: свободную и связанную. Первая может переходить во вторую и при этом рассеивается (диссипатирует), но не исчезает. Связанная энергия может переходить в свободную лишь частично, что и составляет суть второго начала термодинамики.

3. Ревизия понятия бесконечно большого (и бесконечно малого) и введение понятия «гугол» (числа порядка 10 100 и большие). Последнее тоже чисто практическое утверждение о том, что физически реализуемые (наблюдаемые) величины такими числами выражаться не могут. Это утверждение, как практическое, сомнений не вызывало. Фундаментальное значение его было осознано позже, и опять же оказалось, что оно связано с неустойчивостью. Именно в неустойчивых процессах малые начальные отклонения (меньшие, чем «обратный гугол») приводят к большим последствиям. Пренебрежение этим фактом ведет к тому, что ряд математически строгих теорем оказывается в противоречии с не менее фундаментальными законами физики (в частности, со вторым началом термодинамики).

4. Неустойчивость является непременным условием генерации новой ценной информации. Воспринимать, хранить и передавать информацию можно и в устойчивых процессах. Более того, неустойчивость в этих процессах является только помехой. Однако создавать ценную информацию можно только в условиях неустойчивости[1].

Из изложенного следует, что неустойчивость существенно расширяет представления о мире и должна играть фундаментальную роль в миропонимании в том числе и в области юриспруденции. Иными словами, применимость редукционизма для юриспруденции возможна, но, думается, лишь при соблюдении определенных условий.

[1] Чернавский Д. С. О методологических аспектах синергетики // Синергетическая парадигма / под ред. В. А. Копцика. М., 2002. С. 58–59.

Во-первых, фундаментальные законы физики необходимы и достаточны для описания любого явления природы. Вместе с тем, фундаментальные явления юриспруденции относительны (достаточно вспомнить хоты бы проблему понятия права), следовательно, приводить государственно-правовую проблему необходимо очень осторожно, с учетом стабильности того или иного правового явления.

Во-вторых, юридический редукционизм должен базироваться на системе правовых аксиом, в итоге могут создаваться новые положения, не требующие доказательств. Однако дополнительные аксиомы приводят к переполнению системы и могут вступать в противоречие с основными постулатами. Тем не менее, именно этот вариант редукционизма может претендовать на описание всех правовых явлений, включая воздействие права на общественные отношения. При этом приходится вводить новые понятия, которые в исходной аксиоматике не содержатся.

В-третьих, применяя правовой редукционизм, следует учитывать и тот факт, что не только юриспруденция в качестве предмета своего исследования рассматривает государство и право, а также воздействие этих институтов на общественные отношения. Связующим звеном при осуществлении государственно-правового анализа выступает средство и конечный продукт – полезная для исследователя информация.

Думается, что в целом правовой редукционизм возможен и является составной частью интегрирующего фактора общенаучного, или, как его еще называют, физического редукционизма, а синергетика может рассматриваться в качестве части методологии юриспруденции.

На основе проведенного краткого анализа и сопоставления можно заключить, что диалектика рассматривает взаимную связь и развитие на основании относительно стабильных закономерностей, а синергетика рассматривает данные явления с учетом случайных и неустойчивых явлений. Иными словами, синергетика, рассматривающая в единстве и закономерное и случайное, с точки зрения ее авторов, шире, нежели диалектика, детерминирующая лишь закономерное[1].

И все же анализ синергетической литературы свидетельствует, что синергетика в методологическом плане акцентируется все же на случайных (стохастических) связях и процессах, поэтому без диалектического типа методов юридическое исследование пока невозможно. Отсюда – диалектика и синергетика – это взаимодополнительные и пересекающиеся методологические явления. Методологическое пересечение этих наук происходит в области системного подхода. В целом

[1] Князева Е. Н., Курдюмов С. П. Указ. соч. С. 26.

же, вероятно, основной объективной причиной появления различных неоднозначных толкований понятия «методология» является то обстоятельство, что человечество перешло в новую постиндустриальную эпоху своего развития, сопровождаемую такими явлениями, как: информатизация общества, глобализация экономики, изменение роли науки в обществе и т. д.[1]

Поэтому методология как система не сводится к составляющим ее компонентам, она имеет и свои собственные (конечно же, относительно самостоятельные) интегративные закономерности развития. Эти закономерности обусловливают то, что компоненты методологии, будучи объединенными в органически целостную систему, вступают в связи, отношения и взаимодействия между собой и тем самым приобретают Свойства, отличные от их единичного существования и действия: фундаментальные общетеоретические концепции пронизывают мировоззрение; методы познания, сохраняя относительную самостоятельность, вместе с тем выступают как учение о методах и соответствующих теоретико-гносеологических обобщениях; всеобщие философские законы и категории освещают применимость (или границы применимости) обще- и частнонаучных методов в конкретных исследованиях, в том числе и в сфере права.

Тем более к методам и методологии в целом можно отнести и способы практического воздействия на отношения в различных сферах деятельности. Дело в том, что сегодня методологию все чаще рассматривают очень широко – как учение об организации любой человеческой деятельности: и научной, и любой профессиональной деятельности, и художественной, и игровой и т. д. – с одной стороны. С другой стороны – и индивидуальной, и коллективной деятельности[2]. Безусловно, содержание деятельностей разное, но в принципах, в методах (способах), в организации практической деятельности и т. д. есть общие основы.

Применительно к праву также можно выделить теоретический и практический аспект методологии.

С точки зрения теории права, ее методология представляет собой относительно самостоятельный компонент данной науки, который ор-

---

[1] Новиков А. М. Предмет и структура методологии. URL: //www.methodo log.ru/.

[2] Подробнее об этом: Новиков А. М. Методология учебной деятельности. М., 2005 ; Новиков А. М., Новиков Д. А. Методология. М., 2007 ; Методология: вчера, сегодня, завтра / ред.-сост. Г. Г. Крылов, М. С. Хромченко. М., 2005.

ганически связан с теоретико-понятийным аппаратом, но не совпадает с ним непосредственно. Соотношение методологии и самой теории некоторые ученые (В. М. Сырых) видят в том, что правовые понятия, категории, выступающие основой правил, принципов познания права, которые формулируются в процессе модификации, приспособления общих и специальных методов применительно к специфике права[1]. Метод обеспечивает надлежащую реализацию теоретической функции правовой науки, поскольку вне методологически грамотной деятельности познающего субъекта теоретико-понятийный аппарат не может дать новых знаний и, следовательно, выступать в качестве методов научного познания; метод имеет собственное содержание – совокупность правил, принципов познания, которые основываются на выявленных объективных закономерностях и ориентируют исследователя на получение новых, объективно-истинных знаний.

Отсюда – наиболее эффективным способом приведения всего многообразия методов, используемых в сфере права, к определенному единству и согласованности является их систематизация. При этом система методов в юриспруденции может быть выявлена при помощи системного анализа, включающего в себя следующие теоретические и методологические положения:

1. Одним из условий установления существующих связей и зависимостей между применяемыми способами познания является осмысление процедуры познания, совершаемого исследователями с помощью этих методов.

2. Постадийность, поэтапность процедуры познания в правовой сфере. Связь между стадиями, этапами правового познания является иерархической и выражается в том, что каждый последующий, более высокий этап использует материалы, знания, полученные на предшествующих ему стадиях[2].

3. Иерархия стадий правового познания обусловливает такую же связь и между методами, используемыми на этих этапах, стадиях. С точки зрения диалектики, эти стадии и, следовательно, присущая им система методов выглядят следующим образом: а) познание единичного факта, б) научное обобщение, в) познание необходимости, г) познание внут-

[1] Сырых В. М. Указ. соч. С. 9.

[2] Еще Декарт в свое время рекомендовал проводить исследования поэтапно, деля затруднения на несколько частей (Декарт Р. Избранные произведения. М., 1950. С. 272).

ренней закономерности и на этой основе познание нового единичного факта – линия продвижения науки превращается тем самым в круг[1].

Однако, как справедливо замечается отдельными исследователями, особенности правовой реальности, рассматриваемой с позиции системного подхода, является то, что элементы этой мегасистемы разнородны. Это – и социальные системы, представляющие разновидность материальных систем, и системы абстрактные, то есть системы идеального порядка, являющиеся продуктом человеческого мышления[2]. Можно дополнить, что эти системы носят открытый характер, поэтому изучение их самих и их действия объединяет познание двух типов – диалектическое и синергетическое.

Вместе с тем, как справедливо отметил Д. А. Керимов, ни один из общенаучных принципов и подходов не имеет методологического значения вне предмета той науки, в которой он применяется или должен применяться, поскольку необходима еще его «переплавка», т. е. приспособление, конкретизация, уточнение в соответствии с объективной логикой развития того самого объекта, который познается специальной научной дисциплиной[3].

Сообразно указанному выше, не стоит полагать, что методология права располагает готовыми рецептами действий на все случаи жизни. Напротив, сама ориентация на поиск готовых (а тем более истинных) решений является «антиметодологической». Более того, методология предполагает ситуативность не только решений, но и применяемых при их выработке знаний, методов и средств. В этом состоит еще одно важное отличие методологии от науки: разрабатываемые и получаемые наукой знания, методы и средства рассчитаны на многократное использование, они если не вечны, то долговечны. Методология, разумеется, тоже может использовать накопленный опыт, но, апеллируя к наличным знаниям, готовым методам и средствам, методолог работает уже как ученый. Как методологу, ему положено ориентироваться на выработку новых, пусть и «одноразовых» (применительно к данному случаю) знаний, методов и средств[4].

Данное суждение известных специалистов в области методологии А. М. и Д. А. Новиковых вполне согласуется с методологией

---

[1] Гегель Г. В. Ф. Наука логики. М., 1998. С. 54–57.

[2] Павлова Ю. В. Правовая энтропия. Владимир, 2005. С. 6.

[3] Керимов Д. А. Указ. соч. С. 37.

[4] Новиков А. М., Новиков Д. А. О методологии. URL: //www.methodolog.ru/.

юридической практики в сфере воздействия права на общественные отношения.

Представляется, что методология воздействия права на общественные отношения в общем русле методологии юриспруденции, имеет свои специфические особенности и требует уточнения. Понятие «правовое воздействие» – наиболее широкая категория, охватывающая собой и правовое регулирование, и регламентацию человеческих взаимосвязей с помощью иных социальных норм.

Как отмечено выше, методология представляет собой комплексное явление, включающее в себя: принципы познания, понятия и категории, методы исследования и иные средства, а также мировоззрение исследователя и само учение о методах, средствах и их реализации.

Методология правового воздействия также имеет названные параметры, специфика проявляется не в структуре, а в арсенале методов, принципов и средств.

Во-первых, как справедливо отмечает В. М. Сырых, к методологии права относятся основные правовые понятия и категории[1], то же можно сказать и о методологии правового воздействия.

Во-вторых, сюда относятся основополагающие идеи, руководящие начала правового воздействия, т. е. принципы права, имеющие как объективный, так и субъективный характер[2].

В-третьих, сюда входят правовые и иные социальные нормы, опосредующие мерную регламентацию общественных отношений.

В-четвертых, в качестве специфического средства методологии правового воздействия можно назвать ненормативное регулирование.

В-пятых, имеет специфику и учение о правовом воздействии, т.к. оно имеет два направления: первое – посвящено изучению правового воздействия, вторая часть – практике реализации первой части, т. е. осуществлению регулятивного воздействия на отношения между людьми. В связи с данными обстоятельствами в дальнейшем первую часть будем именовать догмой правового воздействия, а вторую часть – его методикой.

В-шестых, специфичны и конкретные типы методов, применяемых при осуществлении правового воздействия. Догматической части методологии присущ весь арсенал методов применяемых в исследованиях, при этом изучение нормативного регулирования преимуще-

[1] Сырых В. М. Указ. соч. С. 24.

[2] Гегель Г. В. Ф. Указ. соч. С. 51–52.

ственно опосредуется по диалектическому типу, а ненормативного в целом – по синергетическому типу.

В-седьмых, методика, опираясь на догму, принципы и категории реализует правовое воздействие путем дозволений, запретов, позитивного обязывания, поощрений, рекомендаций, побуждений, понуждений и новаций.

В-восьмых, методологическая догма и методика правового воздействия могут в совокупности опираться на ту или иную правовую парадигму (например, разрешено все, что не запрещено), которая при ее использовании трансформируется в принцип. При этом, как справедливо указывает В. В. Шаханов, законодательство не всегда является формой объективации парадигм[1]. Думается, что данное суждение касается не только законов, но иных регулятивных средств.

Следовательно, в целом, ***методология права*** *– это система юридических учений, принципов, средств и способов организации теоретической и практической юридической деятельности.*

Юридическая взаимодействие, в том числе в виде юридической конвергенции это процесс, который происходит в результате реализации теоретической и практической юридической деятельности[2], следовательно, юридическая конвергенция во многом основывается на общей методологии права (в плане учения о методах, всеобщих и общенаучных методах и т. д.). Поэтому, по большому счету, можно ставить знак тождества между методологией права и методологией юридического взаимодействия, вместе с тем последней присущи и самостоятельные методы, которые рассмотрим подробнее.

Большинство методов юридического взаимодействия конвергенции зависят от направлений конвергенции или дивергенции (внешней, внутренней, связанной с иными социальными регуляторами). Вместе с тем есть и общие методы, например, метод *интерференции регулятивных предписаний.* В рамках данного метода правовые предписания различных правовых систем, а также внутри одной правовой системы «накладываются» друг на друга в виде унификации законодательства разных стран, систематизации внутреннего законодательства, в виде обобщения требований права и иных социальных норм в сознании субъектов правоотношений.

---

[1] Шаханов В. В. Правовые прадигмы : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Владимир, 2005. С. 22.

[2] Подробнее о процессах конвергенции права см.: Третьякова О. Д. Онтология конвергенции права. Владимир, 2008.

Для внешней юридической конвергенции-дивергенции характерны методы *правовой аккультурации (добровольной и принудительной). Добровольная* аккультурация и деаккультурация происходит в виде рецепции, заимствования, взаимное сближение на основе общих международных стандартов, расхождение - на основе национальных особенностей правовых систем, а также на образцах, выработанных взаимодействующими государствами и правовыми системами. *Принудительная* аккультурация и деаккультурация осуществляется в виде правовой экспансии, которая обеспечивается военным, экономическим и политическим давлением одного государства на другое. Кроме того, правовая экспансия может осуществляться за счет насильственного введения чужеродных правовых стандартов руководством государства или иными лицами, лоббирующими свои интересы.

Для внутренней юридической конвергенции и дивергенции наиболее характерны методы *правотворчества* (сближение или расхождение права и закона, сближение или расхождение поведения и норм, сближение или отдаление права и иных социальных регуляторов); методы *систематизации* законодательства (инкорпорация, кодификация, консолидация). Методы *реализации права* (соблюдение, исполнение, использование и применение), и т.д.

Анализ законодательства отечественных, зарубежных правовых систем, международного права позволил выявить и относительно устойчивые методы юридического взаимодействия, которые присущи практически любой ее форме.

В процессе исследования установлены две базовые группы таких методов. Первая группа – это методы, базирующиеся на общем воздействии на человека и общественные отношения. Это методы *добровольной (естественной)* и *принудительной* юридической конвергенции или дивергенции. В качестве добровольной юридической конвергенции рассматриваются случаи ненасильственной правовой аккультурации правовых систем, естественное сближение права и закона, права и социальных норм и т. д. Принудительная юридическая конвергенция на уровне правовых систем – это юридическая экспансия, а на уровне норм – это принудительная ассимиляция (поглощение) одних регуляторов другими.

Вторая группа методов – это специальные методы юридической конвергенции или дивергенции, но имеющие значение для всех ее форм. В качестве данных методов рассматриваются: методы *синхронизации - десинхронизации*, метод *комплементации - декомплемента-*

ции, методы *присоединения – отсоединения,* методы *поглощения - выделения*. Метод *синхронизации* рассматривается во взаимной корректировке сближающихся правовых элементов и регуляторов. Метод комплементации предполагает осуществление юридической конвергенции на основе зеркальных различий (по принципу ключ-замок). Метод присоединения означает присоединение сближающихся элементов без их изменений. Метод поглощения означает поглощение одного правового элемента или регулятора другим, но при этом черты поглощаемого элемента сохраняются в поглощающем элементе. Специальные методы юридической конвергенции – методы универсальные и применяются во всех ее формах.

Таким образом, методология юридического взаимодействия в виде конвергенции и дивергенции в праве может быть определена как основанное на общей методологии права *учение о способах организации деятельности различных субъектов по сближению или отдалению национальных правовых систем, а также по сближению или отдалению права и закона, права и иных социальных норм, систематизации и десистематизации права и его реализации в правомерном поведении.*

Темы эссе:

1. *Аттракторы и аддикторы в системе методологии в праве.*
2. *Эпистемология юридического взаимодействия.*
3. *Система принципов юридического взаимодействия в системе методологии права.*

Глава 2. МЕХАНИЗМ ЮРИДИЧЕСКОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ В ВИДЕ КОНВЕРГЕНЦИИ В ПРАВЕ

Лекция 5. Сущность механизма юридического взаимодействия в виде конвергенции в праве

Теория механизма в юридической науке. Механизм правового регулирования, механизм действия права. Механизм правового воздействия. Механизм конвергенции права.

Рассмотрение механизма юридической конвергенции изначально предполагает некое системное качество. Поэтому наиболее целесообразным при исследовании данного аспекта проблемы будет использование системного подхода, в свою очередь дополняемого методами структурного, функционального, а также исторического (в его как формационной, так и цивилизационной интерпретации) анализа.

Системный подход представляет собой методологическое направление, в основе которого лежит изучение объектов как систем[1]. Необходимость системных исследований объясняется возрастанием сложности и разнохарактерности предметов изучения. К таким сложным, многоплановым предметам принадлежит и проблема юридической экспансии. Системный подход является необходимым условием целостного исследования юридической экспансии.

Преимущество системного подхода состоит в возможности, во-первых, фиксировать недостаточность старых, традиционных предметов изучения и во-вторых, строить новые, задавая структурные и типологические характеристики этих предметов и таким образом способствуя формированию конструктивных исследовательских программ[2]. Так, само понятие юридической экспансии является новым для правовой науки, однако на современном этапе развития юридического знания многие особенности развития правовых систем не могут быть адекватно объяснены без введения такого понятия.

Не менее важно отметить, что системный подход не существует в виде строгой методологической концепции. Скорее, он остаётся не очень жёстко связанной совокупностью познавательных принципов, смысл которых состоит в соответствующей ориентации конкретных исследований. К таким принципам относят, в частности, комплексный

[1] Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 612.
[2] Там же. С. 613.

подход, сопоставление и синтез данных различных дисциплин, выявление уровней организации объекта и др.[1]

Применительно к актам юридической конвергенции системный подход позволяет, с одной стороны, определить структуру механизма сближающего юридического воздействия, с другой – раскрыть специфику взаимодействия имплантируемых элементов (будь то законодательные нормы, правоприменительная практика, правовые ценности либо доктрина) с их новой правовой *средой* – правовой системой общества-реципиента.

Первый аспект предполагает использование структурного анализа, который всегда проводится с позиции внутреннего аспекта системы[2]. Второй аспект может быть рассмотрен в рамках функционального подхода, изучающего отношения системы как целого с другими, лежащими вне её, объектами, т. е. со средой. Исходя из этого, функцией, или поведением, системы называют все то, что можно узнать о системе, не касаясь её внутреннего содержания, абстрагируясь от него. Структура системы полагается, как «черный ящик»[3].

Для данной модели имеет значение лишь отношение между «входами» и «выходами» системы, а её состав и структура во внимание не принимаются. «Вход» системы есть её способность воспринимать воздействие извне, а «выход» – способность реагировать на него[4]. Соответственно, причины конкретного характера реакции, кроющиеся в специфике внутренней структуры системы, исследователю неизвестны.

Построение модели «черного ящика» не является тривиальной задачей, так как на вопрос о том, сколько и какие именно, входы и выходы следует включать в модель, ответ не прост и не всегда однозначен. Дело в том, что всякая реальная система взаимодействует с объектами окружающей среды неограниченным числом способов. Строя модель системы, мы из этого бесчисленного множества связей отбираем конечное их число для включения в список входов и выходов. Критерием отбора при этом является целевое назначение модели, существенность той или иной связи по отношению к этой цели. То, что существенно, важно, включается в модель, то, что несущественно, неважно, – не включается. Именно здесь возможны ошибки. Тот факт, что мы не учи-

---

[1] Наянзин Н. Г. Системный анализ. Владимир, 1998. Ч. 1 : Системный подход. С. 7.

[2] Марков Ю. Г. Функциональный подход в современном научном познании. Новосибирск, 1982. С. 13.

[3] Там же. С. 14.

[4] Наянзин Н. Г. Указ. соч. С. 47.

тываем в модели, исключаем из рассмотрения остальные связи, не лишает их реальности, они всё равно действуют независимо от нас. И нередко оказывается, что казавшееся несущественным или неизвестным для нас на самом деле является важным и должно быть учтено.

В целом, с точки зрения системного подхода, механизм – это определенная система. Исследуя механизм юридической конвергенции, обратимся к близким по содержанию явлениям, таким, как механизм действия права и механизм правового регулирования

Термин «механизм действия права» имеет достаточно разветвленную трактовку обозначаемых им понятий. При этом имеющиеся концепции часто имеют разные по объему, смыслу, содержанию явления.

Теории механизмов действия права описывают различные (в зависимости от подходов) виды факторов. Некоторые из них отражают динамику их воздействия либо на создание норм права и их реализацию в деятельности (поведении) субъектов права, либо только на реализацию норм права в деятельности (поведении) этих субъектов.

В целом, анализируя отмеченные различными концепциями особенности механизма действия права, можно согласиться с мнением В. А. Ленчик, которая утверждает, что входящие в механизмы факторы взаимосвязаны и взаимообусловлены, являются системным образованием[1].

Следовательно, механизм действия права – это взятая в единстве совокупность факторов, воздействующих на создание норм права и их реализацию в деятельности (поведении) субъектов права, обеспечивающая законность и правопорядок в обществе.

Неоднозначность трактовок понятия «механизм действия права» привела к тому, что появилась необходимость его «привязки» к каким-либо процессам или явлениям.

Так, например, В. П. Казимирчук ввел в научный оборот термин «*социальный механизм* действия права». Он рассматривал данный механизм как в узком, так и в широком смысле. К узкому значению социального механизма действия права В. П. Казимирчук относит рассмотрение процессов перевода правовых предписаний в реальное поведение субъектов права (доведение правовых норм и предписаний до всеобщего сведения постановкой в законах и правовых актах социально-политической цели, поддержку правом социально полезных образцов поведения, социально-правовой контроль). В широком

[1] Подробнее об этом: Ленчик В. А. Механизмы действия права : автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2002.

смысле социальный механизм включает все общественные явления, сопутствующие правовому регулированию[1].

Управленческий (организационный) механизм действия права рассматривается автором в двух аспектах:

1) управленческое воздействие права на общественные отношения;

2) влияние управления на реализацию права.

В первом случае описывается управленческий механизм действия права, раскрытый в работах И. Л. Дюрягина[2]. Здесь речь идет об управленческом воздействии на общество с помощью права различных социальных структур, в том числе государственных органов.

Во втором имеется в виду следующее:

1) организация управляющей системы (определение целей, функций, структуры этой системы, функциональных обязанностей сотрудников, расстановка сил и средств);

2) функционирование этой системы (информационно-аналитическая работа, выработка управленческих решений – нормативных и индивидуальных, организация исполнения решений вышестоящих органов, организация контроля за исполнением этих решений, оценка результатов, включая уточнение решений);

3) работа с кадрами (воспитание, обучение, расстановка по должностям и т. п.);

4) внешние связи управляющей системы (с населением, другими государственными органами, общественными организациями).

Непосредственный предмет правового регулирования составляет поведение человека, так как общественные отношения, регулируемые правом, существуют в определенном поведении людей, которое является главным предметом правового регулирования.

Отсюда особую важность приобретает *психологический механизм* действия права. Рассматривая его в аспекте правоприменения, В. В. Лазарев подчеркивает особое значение человеческих потребностей и выделяет внешние и внутренние факторы. Среди внешних факторов он указывает: систему правовых норм, общественное правовое сознание, общественное мнение, другие социальные нормы, экономические и политические условия, ценности культуры и др. К внутрен-

---

[1] Казимирчук В. П. Социальный механизм действия права // Сов. государство и право. 1970. № 10.

[2] Дюрягин И. Л., Пиголкин А. С. Правотворчество в советском Государстве. М., 1974 ; Дюрягин И. Л. Дискуссионные вопросы понятия правосубъектности // Проблемы правоведения : респ. межведомст. науч. сб. Киев, 1978. Вып. 37. С. 61–70 ; Его же. Гражданин и закон. 2-е изд., с изм. и доп. М., 1991. и др.

ним факторам В. В. Лазарев относит: знания, навыки, привычки, умения, способности, темперамент.

В. А. Ленчик, проведя системный анализ действия права, выводит *системный механизм* действия права, который охватывает как все стадии (этапы) действия права, так и все аспекты общественных отношений, влияющих, собственно, на правообразование, правотворчество и правореализацию[1]. На основании этого исследователь делает вывод, что необходимо вести речь не о социальном, не о психологическом, не о комплексном, а о системном «механизме действия права».

Подобный механизм действия права, по ее мнению, удовлетворяет следующим условиям:

1. Охватывает три стадии (этапа) действия права:

а) формирование правовых норм до закона (правообразование);

б) их закрепление в нормативных правовых актах (правотворчество);

в) претворение в жизнь этих норм в деятельности (поведении) людей (правореализация).

2. Учитывает все факторы, влияющие на всех трех указанных стадиях (этапах): экономические, социальные (в узком смысле термина), политические, идеологические, правовые, организационные и др.

3. Принимает во внимание не только факторы, оказывающие положительное влияние, но и воздействующие отрицательно.

4. Обеспечивает взаимосвязь и взаимозависимость системы таких факторов (учитывает действие факторов общесоциального, регионального и группового уровней).

5. Допускает не только целенаправленное воздействие (прежде всего государства) на правообразование, правотворчество и правоосуществление, но и «стихийное» влияние множества факторов на всех трех этапах действия права.

Отсюда следует, что системный механизм действия права – это взятая в единстве совокупность экономических, социально-политических, правовых и иных факторов, действующих на общесоциальном, региональном, групповом и индивидуальном уровнях на стадиях (этапах) правообразования, правотворчества, правореализации и определяющих, в конечном итоге, правомерность поведения субъектов общественных отношений, законность и правопорядок в обществе[2].

---

[1] Ленчик В. А. Указ. соч. С. 12.

[2] Там же. С. 14.

Близко к проблеме «механизма действия права» примыкает и, можно сказать, является ее частью проблема механизма правового регулирования.

Понятие и содержание механизма правового регулирования по сей день остаются дискуссионными явлениями. Прежде всего, коллизионен вопрос о понятии «механизм правового регулирования». Начало обсуждения данной проблемы было положено С. С. Алексеевым, который отмечал, что категория «механизм правового регулирования» определена в теории государства и права для показа момента движения, функционирования правовой формы[1]. Дело в том, что начиная с середины 1950-х и в 1960-е гг. юридическая наука сделала попытку отойти от гипнотизировавшей ее долгое время идеи нормы, характеризующей статику права. Исследования ведущих юристов того периода были посвящены действию права – вопросам правоотношений, служебной роли права в общественных отношениях, применения права. Именно на этой основе С. С. Алексеевым была синтезирована первая концепция механизма правового регулирования, с позиции которой последний был определен как «взятая в единстве вся совокупность юридических средств, при помощи которых обеспечивается правовое воздействие на общественные отношения»[2].

Поскольку в данное определение включен тезис о «всей совокупности юридических средств», оно приводило к слишком широкому пониманию механизма правового регулирования. Поэтому в других (более поздних) работах С. С. Алексеев уже определяет механизм правового регулирования как «взятую в единстве систему правовых средств, при помощи которой осуществляется правовое воздействие на общественные отношения»[3]. Как видим, в этом определении сочетание «вся совокупность» заменено словом «система». Однако оба приведенных выше определения имеют, на наш взгляд, общий недостаток – правовое регулирование определяется через правовое воздействие. В таком подходе изначально содержится неточность. Тем не менее, указанное определение механизма правового регулирования получило наибольшее признание в юридической литературе.

---

[1] Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966.

[2] Там же. С. 30.

[3] Алексеев С. С. Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 153 ; Его же. Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 9 ; Его же. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 317–318.

Из определения, предложенного С. С. Алексеевым, очевидно, что понятие «механизм правового регулирования», как и понятие «правовое регулирование», представляет собой важную общетеоретическую категорию, которая характерна для инструментальной трактовки права. Значение данной категории заключается в следующем: во-первых, она позволяет не только собрать вместе явления правовой действительности, связанные с нормативно-правовой регуляцией, решением жизненных ситуаций (нормы, правоотношения, юридические акты), обрисовать их как целостность, но и представить их в работающем и вместе с тем системном виде, то есть в виде динамической структуры. Во-вторых, высветить специфические функции, которые выполняют те или иные юридические «инструменты» в правовой системе, их особенности как правовых средств, показать их связь между собой, их взаимодействие[1].

Одновременно с концепцией С. С. Алексеева развивалась и другая, которая была разработана в соответствии с качественно новым подходом к проблеме определения механизма правового регулирования. В ее рамках В. М. Горшенев рассматривал механизм правового регулирования с позиции правовых форм деятельности органов государства и общественных организаций, то есть через правотворческую и правоприменительную деятельность соответствующих субъектов[2]. Он же, анализируя данную проблему уже с учетом позиции С. С. Алексеева, полагает, что назначение механизма правового регулирования состоит в переводе «нормативности права в упорядоченность общественных отношений»[3]. Следует отметить дуализм концепции механизма правового регулирования В. М. Горшенева, который, с одной стороны, предлагает рассматривать механизм правового регулирования как способ воздействия права, выраженный в правовых нормах (дозволениях и запретах), а с другой – как способ реализации права – фактически совершаемые субъектами права действия. Позиция В. М. Горшенева является одной из немногих, значительно отличающихся от подхода к механизму правового регулирования, предложенного С. С. Алексеевым. Большинство юристов рассматривают механизм правового регулирования так же, как С. С. Алексеев.

---

[1] Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 318.

[2] Горшенев В. М. Участие общественных организаций в правовом регулировании. М., 1963. С. 3.

[3] Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1972. С. 54–55.

Например, В. Н. Хропанюк определяет механизм правового регулирования как систему правовых средств, с помощью которых осуществляется упорядоченность общественных отношений[1].

А. В. Малько под механизмом правового регулирования понимает систему правовых средств, позволяющих наиболее последовательно и юридически гарантированно бороться с препятствиями[2]. В связи с этим А. В. Малько считает, что всякое управление направлено на достижение порядка в определенной системе, который достигается, как правило, в процессе преодоления стоящих на этом пути препятствий. Следовательно, назначение правового регулирования как важнейшего инструмента социального управления состоит в упорядочении определенной системы общественных отношений, которое осуществляется в процессе преодоления различных препятствий. Анализ концепции А. В. Малько позволяет, во-первых, определить, что же такое препятствие. Так, препятствием можно считать такой фактор, который служит преградой процессу упрочения социальных связей и противоречит правовым принципам и целям. Препятствия – это естественные и искусственные трудности, препоны, барьеры, тормозящие по тем или иным причинам управленческий процесс и мешающие удовлетворению правомерных интересов граждан и организаций.

Во-вторых, классифицировать разнообразие препятствий по различным основаниям:

1) в зависимости от того, поддается препятствующий фактор управлению или нет, их разделяют на два вида:

а) поддающиеся управлению (в качестве примеров могут выступать недостатки правоприменения, вполне устранимые в процессе управления и поддающиеся целенаправленной корректировке);

б) управлению не поддающиеся, к которым относятся, например, стихийные бедствия, природные явления, климатические условия, то есть препятствия, находящиеся вне возможностей, за пределами управления и создающие неблагоприятный фон для правового регулирования;

2) в зависимости от наличия или отсутствия определенных факторов при осуществлении управленческого процесса препятствия можно также разделить на два вида:

---

[1] Хропанюк В. Н. Теория государства и права. М., 1995. С. 341.

[2] Малько А. В. Механизм правового регулирования // Правоведение. 1996. № 3.

а) выражающиеся в наличии конкурирующих с управлением моментов, к которым относится, прежде всего, то, что прямо конкурирует с правовым регулированием, а именно – правонарушение;

б) выражающиеся в отсутствии необходимых для эффективного управления моментов, то есть такие моменты, отсутствие которых тоже превращается в препятствие. Другими словами, препятствием является не только то, что мешает (что присутствует), но и то, чего не хватает (что отсутствует). Так, отсутствие решающего юридического факта может выступать своеобразным препятствием для удовлетворения тех или иных интересов.

В целом, исходя из концепции А. В. Малько, механизм правового регулирования представляет собой систему правовых средств, организованных наиболее последовательным образом в целях преодоления препятствий, стоящих на пути удовлетворения интересов субъектов права. Данное определение подчеркивает тот факт, что отдельно взятые юридические инструменты не могут в полной мере обеспечить последовательного и юридически гарантированного преодоления препятствий. Отсюда вытекает объективная необходимость в таком устройстве правовых средств, которое создавало бы возможность для беспрепятственного удовлетворения интересов субъектов. Кроме того, правовое регулирование в процессе осуществления складывается из определенных этапов и соответствующих им элементов, обеспечивающих движение интересов субъектов к ценности. Каждый из этапов и юридических элементов механизма правового регулирования вызывается к «жизни» в силу конкретных обстоятельств, которые отражают логику правовой упорядоченности общественных отношений и особенности воздействия правовой формы на социальное содержание.

Приведенные точки зрения С. С. Алексеева, В. Н. Хропанюка и А. В. Малько объединяет взгляд на механизм правового регулирования как на «систему правовых средств», но в остальном их позиции расходятся. Так, С. С. Алексеев говорит о воздействии на общественные отношения, В. Н. Хропанюк – об упорядоченности общественных отношений, А. В. Малько – о преодолении препятствий на пути удовлетворения интересов субъектов права. Причиной этих разногласий является, на наш взгляд, слишком широкий подход к определению механизма правового регулирования как воздействия права на общественные отношения.

Однако в теории права существует и другая, еще более широкая точка зрения на решение данной проблемы. Л. Н. Завадская предлагает

противопоставить механизму правового регулирования более ценный механизм реализации права, включающий в себя механизм правового регулирования в качестве одного из элементов. При этом механизм правового регулирования понимается как система средств, с помощью которых осуществляется властное регулирование, а механизм реализации права представляется как система общественного контроля за государством, использующим механизм правового регулирования[1]. Подобный подход Л. Н. Завадской разделяется также В. С. Нерсесянцем.

В поисках решения проблемы соотношения права и закона В. С. Нерсесянц выделил иные аспекты данного вопроса, которые позволили ему по-новому взглянуть на предназначение механизма правового регулирования в жизни общества. Так, характеризуя процесс юридического регулирования, В. С. Нерсесянц справедливо отметил, что здесь мы видим диалектику единства, различия и взаимодействия права в статике (исходной абстрактно-общей формы) и права в динамике (конкретизация значения абстрактной нормы применительно к конкретному поведению конкретного лица в конкретных условиях)[2].

В соответствии с этим В. С. Нерсесянц пытается объяснить, как государством регулируются общественные отношения, при помощи каких юридических механизмов. На основании выдвинутых им предположений можно заключить, что перед механизмом правового регулирования стоят задачи обеспечения регулирования отношений на основе нормативных установлений, с помощью актов индивидуального регулирования в определенной юридической форме.

Интересной представляется точка зрения Н. И. Матузова, который различает трактовку механизма правового регулирования в узком и широком смысле слова. Механизм правового регулирования в узком смысле включает все то, без чего невозможно регулирование общественных отношений, а именно – жесткое и властное их нормирование государством, законом. В широком же смысле механизм правового регулирования охватывает всю совокупность правовых явлений, действующих в обществе и оказывающих то или иное влияние на сознание и поведение субъектов. Следовательно, Н. И. Матузов под механизмом правового регулирования (в узком смысле) понимает собственно механизм правового регулирования, в широком смысле – механизм правового воздействия.

Обобщая приведенные выше концепции трактовки механизма правового регулирования (несмотря на видимые разногласия между

---

[1] Завадская Л. Н. Механизм реализации права. М., 1992. С. 17.

[2] Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 477.

воззрениями С. С. Алексеева и его последователей и Л. Н. Завадской и В. С. Нерсесянца), необходимо отметить, что для них характерен широкий подход.

Учитывая данный недостаток, Т. Н. Радько предлагает придерживаться более узкого подхода при определении механизма правового регулирования, в соответствии с которым последний представляет собой систему правовых средств (элементов), осуществляющих одновременное взаимосвязанное регулирование общественных отношений определенного вида[1]. Т. Н. Радько уточняет, что регулирование является действием права, но не всей его системы и не в любых формах и направлениях, а именно регламентацией правовыми средствами определенного вида общественных отношений, осуществляемой в конкретной правовой ситуации. Это расстановка участников регулируемых отношений по их юридическим местам с помощью соответствующих правовых средств (правовых актов, правомочий, юридических фактов, обязанностей). А действие права в широком смысле (социальный механизм действия права) – это правовая ориентация, правовые установки, социальная среда, правовая информация, социальные последствия действия права и т. п.[2]

Множественность основных подходов к понятию и структуре механизма правового регулирования и правового воздействия на общественные отношения, на наш взгляд, свидетельствует о неразрешенности данной проблемы в современной правовой науке, а также о неполноте изложенных концепций. Опираясь на их анализ, хотелось бы отметить следующее.

Во-первых, понятие «механизм действия права» и понятие «механизм правового регулирования» в своей совокупности образуют «механизм правового воздействия» на отношения.

Во-вторых, механизм правового регулирования призван обеспечить практическую реализацию поставленных законодателем целей, гарантировать достижение запланированного в праве результата и, в конечном счете, обеспечить практическую реализацию интересов субъектов правовых отношений. Механизм правового регулирования – это специфический юридический «канал», соединяющий интересы субъектов с ценностями и обеспечивающий доведение процесса управления до определенного логического результата[3].

---

[1] Радько Т. Н. Теория государства и права. М., 2005. С. 578–579.

[2] Казимирчук В. П. Указ. соч.

[3] Малько А. В. Указ. соч. С. 57.

В-третьих, механизм правового регулирования представляет собой систему различных по своей природе и функциям средств, позволяющих достигать цели. Это – формальный признак, свидетельствующий о том, что данный механизм является не просто случайным набором различных юридических средств, объединенных произвольно в единую категорию, это – комплекс правовых элементов, взаимосвязанных общей целью в единую систему. Применение термина «механизм» не случайно, так как юридические средства, объединенные в одну систему, организованы особым образом, «выстроены» так, чтобы действовать согласованно, последовательно и поэтапно. Категория «механизм правового регулирования» призвана показать, как, посредством каких средств происходит специально-юридическое воздействие на общественную жизнь, какие этапы оно проходит.

В-четвертых, механизм правового регулирования – это организационное воздействие, позволяющее в той или иной степени достигать поставленных целей, т. е. результативности, эффективности. Подобно всякому иному управленческому процессу, правовое регулирование стремится к оптимизации, к действенности правовой формы, в наибольшей мере создающей режим благоприятствования (стимулирования) развитию содержания – полезных общественных отношений и, соответственно, их такого организующего ядра, как интересы.

В-пятых, механизм правового регулирования не является какой-то формальной, искусственной, чисто теоретической конструкцией. Напротив, главная черта, характеризующая его, – это его функциональная, динамическая сущность. Механизм правового регулирования есть механизм поэтапного «развертывания» объективного права вовне, в область реальных общественных отношений. В правовой системе общества он играет роль своеобразного явления, которое связывает право (должное) и жизнь (сущее), идеальные модели и реальные процессы и явления. Каждый элемент данного явления занимает свое особое место, выполняет специфические задачи и функции и в то же время включается в общую систему, способствуя, таким образом, достижению целей механизма в целом.

В-шестых, механизм правового регулирования собственно юридическими средствами не исчерпывается.

Исходя из представленных соображений, структура механизма правового регулирования представляется более дифференцированной и интегрированной с самым широким спектром общественных отношений и институтов. В качестве дополнительных средств, которые, на наш взгляд, безусловно, влияют на правовое регулирование и право-

вое воздействие в целом, входят в его механизм, следует учитывать (помимо правовых) иные социальные нормы. Современной наукой доказано, что право регулирует общественные отношения не изолированно, а в системе с моралью, обычаями, религиозными и корпоративными регуляторами, при этом правовые нормы занимают доминирующее и интегрирующее положение в этой системе[1]. Кроме того, как следует из интегративной концепции понятия права, оно не все выражено в законодательстве. Отсюда следует вывод, что если иные социальные нормы принимают участие в правовом воздействии на отношения между людьми, то, следовательно, они – дополнительный элемент механизма правового регулирования и составная часть более широкого явления – механизма правового воздействия. Для терминологической упорядоченности часть механизма правового воздействия, в которую входят только формально-правовые средства (прежде всего, нормы, содержащиеся в нормативно-правовых актах), следует относить к механизму правового регулирования.

В целом можно заключить, что анализ сущности понятия «механизм» применительно к действию права и правовому регулированию общественных отношений позволяет рассмотреть сущностные моменты и особенности механизма юридической конвергенции.

Следуя традиции определения механизма правового регулирования, представляется, что к механизму юридической конвергенции следует отнести всю совокупность социальных (в том числе собственно юридических) средств и факторов, влияющих на специфику результата юридического сближения (когеренции).

Для выявления элементов механизма юридической конвергенции были проанализированы правовые акты РФ, опосредующие внешнюю юридическую конвергенцию, всего было установлено более ста федеральных актов (законов, подзаконных актов, решений и определений судов РФ)[2]. Кроме того, были рассмотрены доклады Со-

---

[1] Напр.: Головкин Р. Б. Право в системе нормативного регулирования современного российского общества. Владимир, 1999 ; Нерсесянц В. С. Право в системе социальной регуляции общественных отношений. М., 1986 ; Пеньков Е. М. Социальные нормы – регуляторы поведения личности. М., 1972 ; Сидоренко Н. И. Социальные нормы и регуляция человеческой деятельности. М., 1995.

[2] Напр.: гл. X «Рассмотрение дел о соответствии Конституции Российской Федерации не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации» Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»; Федеральный закон от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» ; ст. 7 «Вопросы, регулируемые международным договором» Федерального конституционного закона от 17 декабря

вета Федерации Федерального Собрания РФ за 2007–2010 годы «О состоянии законодательства в Российской Федерации»[1].

В целом анализ теории и практики реализации механизма юридической конвергенции позволяет отметить следующие обстоятельства.

Во-первых, механизм юридической конвергенции тесно связан с механизмом действия права и механизмом правового регулирования, во многом на них основан.

Во-вторых, к механизму юридической конвергенции можно отнести любые правовые и даже неправовые средства, факты, с помощью которых осуществляются процессы сближения, описываемые юридической конвергенции.

В-третьих, анализ позволил проявить основные элементы механизма юридической конвергенции, которые, с одной стороны, являются универсальными, – это: формы, средства, методы, принципы, объекты, мера юридической конвергенции, с другой стороны, эти элементы являются основанием для обеспечения видового многообразия юридической конвергенции.

Таким образом, ***механизм конвергенции права (юридической конвергенции)*** *– это совокупность взаимосвязанных, взаимообусловленных форм, средств, методов, объектов, а также мер, обеспечивающих процесс юридической конвергенции и ее видовое многообразие.*

Темы эссе:

1. *Средства механизма конвергенции права*
2. *Субъекты механизма конвергенции права.*
3. *Объекты механизма конвергенции права*

2001 г. № 6-ФКЗ «О порядке принятия в Российскую Федерацию и образования в ее составе нового субъекта Российской Федерации»; Определение Верховного Суда РФ от 28 июля 2009 г. № 38-Г09-7; Определение Верховного Суда РФ от 1 июля 2009 г. № 37-о09-9 и др.

[1] Доклады Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации за 2007–2018 годы «О состоянии законодательства в Российской Федерации». М., 2008–2019.

Лекция 6. Субъекты юридического взаимодействия в виде конвергенции в праве

Субъекты правоотношений, связанных с конвергенцией права. Признаки субъектов конвергенции права. Понятие субъектов конвергенции права.

Субъекты, т. е. участники юридической конвергенции, безусловно, не являются элементом механизма юридической конвергенции, как не является водитель частью автомобиля, вместе с тем без субъектов механизм мертв, механизм не работает. Именно это обстоятельство обусловило обращение к данной проблеме.

Прежде всего, следует обратить внимание, что внутренняя и медиальная юридическая конвергенция, т. е. сближение права и закона, элементов системы права в виде кодификации, сближение нормативных и ненормативных правовых регуляторов, сближение права и иных социальных и несоциальных норм возможно лишь субъектами, наделенными правом осуществлять правотворческую деятельность. Субъекты правотворчества – это один из центральных вопросов теории права, вместе с тем сущность и особенности правосубъектности лиц, осуществляющих правотворческую деятельность, закрепляется в действующем законодательстве как России, так и зарубежных стран.

Например, в ч. 1 ст. 104 Конституции РФ указывается, что право законодательной инициативы принадлежит Президенту Российской Федерации, Совету Федерации, членам Совета Федерации, депутатам Государственной Думы, Правительству Российской Федерации, законодательным (представительным) органам субъектов Российской Федерации. Право законодательной инициативы принадлежит также Конституционному Суду Российской Федерации, Верховному Суду Российской Федерации и Высшему Арбитражному Суду Российской Федерации по вопросам их ведения.

Согласно ч. 1 ст. 99 Конституции Беларуси круг субъектов права законодательной инициативы четко определен. Это право принадлежит Президенту, депутатам Палаты представителей, Совету Республики, Правительству, а также гражданам, обладающим избиратель-

ным правом, в количестве не менее 50 тысяч человек и реализуется в Палате представителей посредством внесения проектов законов[1].

Иными словами, в приведенных примерах фактически приведен перечень субъектов правотворчества, имеющих право инициировать и осуществлять (в соответствующих формах) юридическую конвергенцию.

В некоторых современных нормативных актах содержатся прямые разъяснения о видах и роли субъектов правотворчества в создании правовых актов.

Например, ст. 3 Закона г. Москвы от 8 июля 2009 г. № 25 «О правовых актах г. Москвы» субъектами правотворчества признает: 1) жителей города Москвы, обладающих правом на участие в референдуме; 2) органы государственной власти (должностные лица). Жители города Москвы непосредственно участвуют в референдумах города Москвы по принятию законов города Москвы в порядке, установленном федеральными законами и законами города Москвы. Жители города Москвы имеют право на осуществление гражданской законодательной инициативы, а также иным образом участвуют в принятии нормативных правовых актов в порядке, предусмотренном законодательством города Москвы. Органы государственной власти (должностные лица) принимают (издают) правовые акты в пределах своей компетенции, определенной федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами города Москвы[2].

В целом, можно заключить, что применительно к структуре юридических отношений, в том числе и по созданию законодательства, а следовательно, и юридической конвергенции их участников обозначают субъектами, что является общепринятой теоретической позицией в юриспруденции. Тем самым подчеркивается социально-волевой характер юридических отношений, ибо они, прежде чем сложиться, проходят через сознание человека, утверждаются и развиваются под его контролем. Вместе с тем современные общественные науки всё реже оперируют понятием субъекта (особенно в межгосударственных отношениях) заменяя его на термины «агент», «актор» и

---

[1] Правотворческий процесс Республики Беларусь, его основополагающие принципы. Перечень субъектов, участвующих в процессе, их компетенция и механизм реализации полномочий, формы и методы взаимодействия друг с другом. Стадии правотворческого процесса : курс лекций. URL: http://www.webkurs ovik.ru/kartgotrab.asp?id=13545 (дата обращения: 20.09.2011).

[2] Вестн. Мэра и Правительства Москвы. 2009. № 41.

т. п. Данная ситуация объясняется возросшим влиянием в отечественной науке зарубежных, в первую очередь западных, теоретических концепций. На Западе подобная тенденция связана с отказом от единой методологии социальных исследований, ситуацией теоретического и методологического плюрализма, в рамках которой отвергается традиционная, восходящая к эпохе Просвещения и немецкой классической философии рационалистическая парадигма[1]. В результате рациональность и воля перестают рассматриваться в качестве основных характеристик индивида, всецело определяющих его поведение в обществе. Ведущая роль в детерминации поведения начинает отводиться таким свойствам, как интуиция, ментальность, габитус и т. п. Так, П. Бурдье предлагает в качестве основы для объяснения практики своих «агентов» не теоретическую концепцию, построенную для того, чтобы представить эту практику «разумной» или, того хуже, «рациональной», а описывает саму логику практики через такие её феномены, как практическое чувство, габитус, стратегии поведения. Габитус у Бурдье – это система диспозиций, порождающая и структурирующая практику агента и его представления. Он позволяет агенту свободно ориентироваться в социальном пространстве и реагировать более или менее адекватно на события и ситуации. Габитус «есть продукт характерологических структур определенного класса условий существования, т. е. экономической и социальной необходимости и семейных связей или, точнее, чисто семейных проявлений этой внешней необходимости (в форме разделения труда между полами, окружающих предметов, типа потребления, отношений между родителями, запретов, забот, моральных уроков, конфликтов, вкуса и т. п.)»[2].

В связи с указанной тенденцией, например, обозначение инициатора юридической конвергенции в форме юридической экспансии термином «субъект», на первый взгляд, представляется проблематичным, поскольку акцентирует внимание лишь на целерациональных и социально-волевых характеристиках действующего лица. На наш взгляд, в механизме мотивации поведения одинаково важны и целерациональные мотивы, и ментальность, и интуиция, и «габитус», приобретаемый в длительном процессе социализации индивида. Вместе с

---

[1] Коробейникова Л. А. Эволюция представлений о культуре в культурологии // Социол. исслед. 1996. № 7. С. 79–81.

[2] Bourdieu P., Passeron J.-C. La Reproduction. P., 1971. P. 50. Цит по: Бурдье П. Социология политики. М., 1993. С. 12–13.

[2] Там же.

тем, поскольку никакого синтетического термина, объединившего бы все эти характеристики, наукой пока не выработано, использование термина «субъект» в настоящем исследовании представляется вполне приемлемым. Внешняя юридическая конвергенция в форме сближения правовых систем в подавляющем большинстве случаев носит организованный и целенаправленный характер; тем не менее, чрезвычайно важно учитывать влияние иррациональных факторов как в процессе формулирования целей, так и в определении поведения, направленного на их реализацию. В то же время не исключаем возможности употребления здесь иных терминов, нежели «субъект», постольку, поскольку они встречаются в соответствующей литературе.

Теперь следует обратиться к исследованию индивидуальных и коллективных субъектов, которые участвуют во всех видах юридической конвергенции. Прежде чем очертить круг субъектов юридической конвергенции, необходимо ответить на вопрос, что, собственно, делает (индивидуальное или коллективное) лицо инициатором конвергирующего юридического воздействия. По нашему мнению, для «появления» субъекта юридической конвергенции необходимо наличие, по крайней мере, трех условий: 1) определенного (экономического, политического, религиозного, этнического и т. п.) интереса; 2) возможности реализовать такой интерес с помощью юридических средств и 3) доступа к указанным средствам.

Наибольшего разнообразия число субъектов юридической конвергенции достигло в современном рыночном обществе. Это связано с несколькими обстоятельствами. Во-первых, докапиталистическое общество характеризовалось относительным экономическим, политическим, религиозным и т. п. монизмом, тогда как в современных условиях политический, религиозный и идеологический плюрализм становится нормой существования социума. Во-вторых, значительно возросла роль права в системе социальных регуляторов. Практически любое социальное явление, будь то семья, творчество или политика, теперь имеет юридическое измерение. В-третьих, увеличилось число субъектов, имеющих доступ к соответствующим юридическим инструментам. Если в традиционном обществе государство в лице монарха обладало монополией на принятие юридически значимых решений, не дифференцировались регулятивно-контрольные и организационные механизмы, власть и закон, политика и право[1], то в современных условиях доступ к

[1] Кравченко И. И. Власть и общество // Власть: Очерки современной политической философии Запада. М., 1989. С. 52.

правотворчеству имеется у множества субъектов: Президента, министров, судей, депутатов, региональных и муниципальных правительств, политических партий, групп давления и т. п. Влиять на принятие политико-юридических решений могут не только публично-правовые образования, обладающие такой возможностью в силу принципа разделения властей, но и частные субъекты, выступающие от имени обособившегося от публичной сферы гражданского общества.

Аналогичная ситуация сложилась в настоящее время и в России, провозгласившей в Конституции 1993 г. принципы разделения властей, экономического, политического и идеологического многообразия, свободы совести и вероисповедания. В результате на сегодняшний день в социальном пространстве России представлена самая широкая гамма разнообразных интересов, борющихся между собой всеми доступными им способами, среди которых юридические занимают далеко не последнее место.

Особенно показателен в этом отношении пример субъектов Российской Федерации, осуществляющих правовое регулирование на своей территории в нарушение федерального законодательства. Дело в том, что Российская Конституция четко разграничила сферы ведения Федерации и ее субъектов, наделив федеральные и региональные законы, регулирующие отношения в этих сферах, равной юридической силой. В результате противостояние законов возможно лишь в случае, когда один законодатель внедряется в предмет ведения другого законодателя (юридическая экспансия). Например, Республика Башкортостан широко практикует принятие собственных законов по вопросам, урегулированным Российской Федерацией. Примеров тому более чем достаточно: Водный кодекс Республики Башкортостан, Земельный кодекс Республики Башкортостан от 22 марта 1991 г., Лесной кодекс Республики Башкортостан от 18 июня 1991 г., Жилищный кодекс Республики Башкортостан от 2 марта 1994 г. № ВС-22/32, Семейный кодекс Республики Башкортостан от 2 марта 1994 г. № ВС-22/34 и др. Кроме того, новая редакция Закона Республики Башкортостан от 29 февраля 1992 г. № ВС-10/28 «О действии законов и иных актов законодательства Российской Федерации на территории Республики Башкортостан», принятая в декабре 1998 г., устанавливает, что обязательными на территории Республики Башкортостан и подлежащими исполнению всеми органами государственной и местной власти, должностными лицами, гражданами и их объединениями являются федеральные законы, указы и распоряжения Президента РФ,

постановления и распоряжения Правительства РФ, нормативно-правовые акты министерств и ведомств Российской Федерации, *принятые по вопросам, переданным Республикой Башкортостан в ведение Российской Федерации!*[1]

В смысле совершенствования деятельности субъектов Федераций, а тем самым и совершенствования деятельности субъектов юридической конвергенции было бы целесообразно обратиться к зарубежному опыту, который некоторые исследователи считают весьма плодотворным и приемлемым для России. Так, Я. Ф. Исмагилова утверждает, что накопленный за рубежом за несколько столетий опыт разграничения предметов ведения и полномочий между Федерацией и ее субъектами имеет важное теоретико-практическое значение для построения в России современного демократического федеративного государства. И одним из факторов, способствующих построению правильной системы, основанной на сочетании централизации и децентрализации взаимоотношений Федерации и субъектов, является четкое разграничение полномочий в области правотворчества между Федерацией и субъектами. Однако общетеоретические проблемы права субъектов на собственное правотворчество не получили должного внимания ученых-юристов как в Российской Федерации, так и за рубежом. Вместе с тем роль правотворчества субъектов Федерации постоянно возрастает. Одной из составляющих подлинного федерализма является наличие у субъектов широких полномочий в решении государственных вопросов, в том числе и в сфере правотворчества. А такие полномочия, установленные Основными законами федеративных государств, вполне действенны и эффективны. И субъекты Федерации активно их используют, что является характерной особенностью развития федерализма на современном этапе[2].

Вместе с тем субъекты Федерации и ветви власти также способны вторгаться в пределы ведения друг друга. В этом смысле юридическую конвергенцию осуществил Верховный Суд США под председательством Д. Маршалла, когда в 1803 г. в деле *Marbury v. Madison* он присвоил судебной власти в целом и себе, в частности, прерогативу толковать Конституцию Соединенных Штатов и осуществлять

---

[1] Ермошин Г. Конституционный принцип федерализма и проблемы его реализации при создании единого правового пространства России // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. 1999. № 2(27). С. 31, 35–36.

[2] Исмагилова Я. Ф. Правотворчество субъектов Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2004. С. 4.

конституционный контроль. Несмотря на сохраняющееся по сей день недовольство исполнительной и законодательной ветвей власти, ни одна из названных ветвей уже не в состоянии вернуть себе верховенство в вопросах интерпретации конституционных положений[1].

Тенденция к увеличению числа субъектов, имеющих возможность участвовать в юридической конвергенции, характерна не только для внутренней жизни современных государств, но и для сферы международных отношений. В литературе справедливо указывается на глобальную политическую тенденцию, связанную с расширением состава и ростом многообразия политических акторов. Только за последние полвека количество государств – членов мирового сообщества возросло с 60 до 185[2]. «Но возрастание количества и неоднородности политических акторов касается не только государств. В наши дни в мировой политике наряду с государствами активно участвуют и другие действующие лица, усиливая давление на принимаемые в этой сфере решения и способствуя усложнению ее структуры: региональные администрации, сепаратистские и ирредентистские силы, религиозные движения, независимые профессиональные организации, экологические партии, транснациональные корпорации, политические объединения – все они способны оказывать непосредственное влияние на ход событий, не оглядываясь на национальные правительства»[3].

Социологи и политологи международных отношений все чаще говорят о возрастающей неадекватности традиционной государственно-центристской модели для объяснения этих новых тенденций. Йел Фергюсон выделяет следующие недостатки государственно-центристской модели[4]:

1. Антропоморфизация государств, при которой последние рассматриваются как унитарные акторы, каждый из которых преследует некий единый «национальный интерес». Вместе с тем «национальный интерес» следует рассматривать не как «рациональное» понятие, отражающее цель, а часто – как единственно достижимый компромисс, в основе которого лежат несовпадающие интересы различных бюрократических групп. «Совершенно очевидно,

---

[1] Напр.: Fisher L. American Constitutional Law. Durham, 1999. V. 1. P. 45–46.

[2] Цыганков П. Глобальные политические тенденции и социология международных отношений // Международные отношения: социологические подходы. М., 1998. С. 23.

[3] Там же.

[4] Фергюсон Й. Глобальное общество в конце двадцатого столетия // Там же. С. 201–207.

что различные министерства одного правительства проводят свою собственную внешнюю политику»[1]. Фактически линия поведения наиболее значительных государств почти никогда не бывает однородной, её раскалывают политические фракции, бюрократическое противоборство и политика групповых интересов.

2. Неисторический характер модели, сторонники которой сосредоточились на довольно идеализированной трактовке государственно-центристского «вестфальского рубежа» в европейской истории.

3. Некритическое восприятие юридического аспекта международных отношений, в результате чего принципу суверенитета приписывалось «гораздо больше, чем он того заслуживает». В действительности суверенитет лишь «придаёт статус, подобный аристократическому титулу, но не гарантирует ни средств для обеспечения безопасности, ни денег для развития экономики или даже просто для поддержания хозяйства».

4. Понимание государства как единообразной формы политической организации, в то время как для реального мира характерно большое многообразие этих форм… «Сегодня в мире насчитывается около 200 самых разных суверенных государств – от последней из оставшихся сверхдержавы до некоторых крошечных политических организмов, являющихся гораздо менее жизнеспособными, чем многие большие университеты (не говоря уже о фирмах)».

5. Положение о том, что государства олицетворяют собой наивысшую степень гражданской идентичности и лояльности. На деле индивиды, как правило, имеют множество идентичностей, большинство из которых может существовать до тех пор, пока не возникнут проблемы, вынуждающие их выбирать, в чём состоит их главная идентичность. Лояльность же – явление обмена и имеет тенденцию устремляться туда, где обеспечиваются материальные и психологические выгоды. Самая высокая лояльность обычно наблюдается по отношению к самому себе, семье и к таким расширенным видам самоидентификации, как религия или этническая общность. Лишь пока государство работает на них, обеспечивая их безопасность и благосостояние, оно также пользуется уважением и ему служат.

6. Разделение государственного и частного секторов в теории, в то время как на практике они всегда были тесно переплетены.

---

[1] Грум Д. Растущее многообразие международных факторов // Международные отношения: социологические подходы. С. 228.

В целом, говоря о международном аспекте юридической конвергенции, нельзя сводить его лишь к взаимоотношениям государств или правительств. Иногда очень небольшие группы людей, которые владеют достаточно ограниченными ресурсами и имеют незначительную поддержку, могут тем не менее иметь в своём распоряжении эффективные средства принуждения. По отношению к ним могут оказаться уязвимыми даже сверхдержавы. В качестве таких групп могут выступать не только государства, но и транснациональные корпорации: так, например, компания «Шелл» изменила политику Нигерии[1].

Сказанное необходимо учитывать при анализе как общемировых тенденций социокультурной динамики, так и влияния этих тенденций на ситуацию в России и других странах Восточной Европы. По справедливому замечанию И. Колесина, «социокультурная динамика – это не только динамика численностей, но и динамика духовных ценностей (эволюция сознания). Взаимодействие культур начинается с появления среди приверженцев ценностной системы А представителей другой системы – Б: тотчас вступают в действие социально-психологические факторы»[2]. Современные процессы глобализации характеризуются как динамикой численности (всё больше людей мигрируют с Востока на Запад), так и динамикой идей, среди которых далеко не последнее место занимают правовые идеи.

Начало крупнейшего в современной истории права процесса перемещения правовых идей связано с эпохой колониализма, в ходе которой страны Азии, Африки и Латинской Америки, находившиеся в колониальной зависимости от стран Запада, отчасти принудительно, отчасти добровольно «познакомились» с достижениями западной юриспруденции. Данный факт послужил мощнейшим стимулом правовых преобразований, осуществленных в этих странах после завоевания независимости. Окончание «холодной войны» ознаменовало собой новый этап юридической экспансии Запада на Восток, теперь уже в отношении стран Восточной Европы и России. Каковы действующие лица (субъекты) этого процесса?

Очевидно, инициаторами многочисленных актов юридической конвергенции в виде юридической экспансии в отношении России и стран бывшего социалистического лагеря являются, с одной стороны, иностранные и международные субъекты, с другой – разнообразные

[1] Грум Д. Указ. соч.

[2] Колесин И. Д. Подходы к изучению социокультурных процессов // Социол. исслед. 1999. № 1. С. 132.

действующие лица внутри указанных государств. К числу первых относятся как правительства западных стран (Конгресс США выделил немалые средства на оказание «технической помощи» так называемым «новым независимым государствам» (ННГ) на проведение в них внутренних изменений), так и различные межправительственные организации (Европейский Союз также внёс деньги), отдельные ведомства (Американское агентство международного развития (USAID) стало ведущей организацией по предоставлению технической помощи), международные организации и частные фонды. К процессу были подключены внутригосударственные некоммерческие организации: основным каналом, через который шла финансовая помощь для проведения конституционных преобразований в ННГ, была созданная при Американской ассоциации юристов Правовая инициатива для Центральной и Восточной Европы, которая предоставила консультационные услуги американских специалистов разработчикам конституций ННГ *pro bono* в объёме нескольких тысяч часов[1].

Основная трудность, связанная с использованием советов западных специалистов при проведении юридических преобразований в ННГ, состояла в том, что большинство американских советников абсолютно ничего не знали об истории и положении, не говоря уже о незнании языка стран, где разрабатывались новые конституции. И, как следствие этого, многие советы были абстрактными, неубедительными и этноцентристскими по тону и, следовательно, не были услышаны на другой стороне конституционного и национального водораздела[2].

Что касается субъектов внутри самих государств Восточной Европы, к их числу относятся как национальные правительства в целом, так и отдельные высокопоставленные должностные лица исполнительной власти, депутаты, отдельные политические партии, влиятельные бизнесмены и иные субъекты. В отношении названных действующих лиц нужно сделать два важных замечания.

Во-первых, очевиден *элитарный* характер данных субъектов. Подавляющее большинство населения стран, где осуществлялись соответствующие преобразования, не проявляло никакой инициативы, не поддерживало реформы, а подчас было настроено исключительно негативно по отношению к ним.

---

[1] Шарлет Р. Правовые трансплантации и политические мутации: рецепция конституционного права в России и в новых независимых государствах // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. 1999. № 2(27). С. 16–17.

[2] Там же.

Во-вторых, политика внедрения новых юридических институтов носила *прикладной* характер. Безусловно, часть реформаторов разделяла соответствующие западные ценности, но ещё большая часть видела в них лишь инструмент, способствующий экономическим преобразованиям. Эти ценности были восприняты в качестве ориентиров в процессе трансформации «не потому даже, что отсутствовали разработанные на месте альтернативы, но прежде всего в силу того факта, что именно эта комбинация западных стандартов и идеалов выдвигалась в качестве предварительного обязательного условия предоставления столь необходимой странам, находящимся в процессе трансформации, помощи и поддержки со стороны западных партнёров (частных компаний, банков, правительств, Европейского Сообщества, НАТО и МВФ) на двусторонней и многосторонней основе»[1].

М. Вебер считал, что социальное действие по своим мотивам может быть, в частности, целерациональным либо ценностно-рациональным. При этом ценностно-рациональное действие всегда подчинено «заповедям» или «требованиям», в повиновении которым видит свой долг каждый индивид. В отличие от него, целерационально действует тот индивид, чье поведение ориентировано на цель, средства и побочные результаты его действий, кто рационально рассматривает отношение средств к цели и побочным результатам и, наконец, отношение различных возможных целей друг к другу[2]. По аналогии с Вебером Клаус Оффе утверждает, что то, что было воспринято на Западе в «ценностно-рациональной» манере, в Восточной Европе диктовалось «прагматичной» рациональностью. Вследствие этого, однако, в восточноевропейских странах культурные основы новых институтов, их сознательное восприятие и разделяемая обществом философия поддержки этих институтов должны были формироваться следом за фактическим введением последних. Но до те тех пор пока не сложились соответствующий «дух народа» и политико-экономическая культура, на которые можно было бы опереться, мало что может обезопасить новые демократии и рыночные системы от возможных искажений, эрозии, оппортунизма и нарушений нововведенных правил[3].

---

[1] Оффе К. Культурные аспекты консолидации: заметки об особенностях посткоммунистической трансформации // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. 1998. № 1(22). С. 10.

[2] Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 628–629.

[3] Оффе К. Указ. соч. С. 10–11.

В целом можно заключить, что ситуация появления потенциального субъекта юридической конвергенции характеризуется наличием, по крайней мере, трех условий: 1) определенного (экономического, политического, религиозного, этнического и т. п.) интереса; 2) возможности реализовать такой интерес юридическими средствами и 3) доступа субъекта к указанным средствам.

Круг субъектов конвергенции правовых систем в форме юридической экспансии включает публичных и частных, коллективных и индивидуальных, внутригосударственных и международных действующих лиц.

Международное измерение юридической конвергенции на современном этапе характеризуется расширением круга ее субъектов, уменьшением в нем роли государств и возрастанием влияния негосударственных акторов. В теоретической сфере эта тенденция проявляется в отказе от традиционной государственно-центристской модели анализа международных отношений.

Во внутригосударственном юридическом пространстве России и стран Восточной Европы на сегодня соседствуют две тенденции: 1) увеличение числа субъектов юридической экспансии вследствие конституционного признания принципов разделения властей, экономического и политического многообразия; 2) навязывание политической (прежде всего правительственной) элитой наиболее многочисленной части общества не столько западных правовых идеалов и ценностей, сколько собственных проектов «ускоренной модернизации общества» с целью «догнать» Запад в экономическом и военном отношении.

Проведенный анализ позволяет заключить, что в современном обществе круг субъектов юридической конвергенции чрезвычайно широк. Он включает как государства в целом, так и отдельные государственные органы, политические партии, группы давления, классы, различные социальные группы, в том числе этнические, религиозные и сексуальные меньшинства, субъекты федерации, органы местного самоуправления, ветви власти, должностные лица, общественные внутригосударственные и международные организации, наконец, просто влиятельных индивидов.

Следовательно, ***субъекты юридической конвергенции*** *– это любые индивидуальные и коллективные лица, принимающие участие в инициации и осуществлении процессов всех видов и форм юридического сближения для решения широкого круга политических, эконо-*

мических, духовных и других задач, решение которых вызывает личный, групповой или общественный интерес.

Темы эссе:

1. *Субъекты, полномочные оказывать влияние на конвергенцию правовых систем.*
2. *Субъекты права и субъекты конвергенции права: общее и особенное.*
3. *Правосубъектость в механизме конвергенции права.*

Лекция 7. Объекты юридического взаимодействия в виде конвергенции в праве

Сущность объектов правового взаимодействия. Признаки объектов конвергенции права. Понятие объектов конвергенции права.

Объекты и предметы юридической конвергенции, также, как и субъекты, не являясь, по сути, элементами механизма юридической конвергенции, тем не менее, тоже прикосновенны к данному явлению, т.к. по поводу объектов и предметов, собственно, и возникает юридическая конвергенция.

В философии понятие «объект» употребляется преимущественно в гносеологическом смысле, обозначая то, на что направлена познавательная деятельность субъекта[1]. В. С. Жеребин называл объектом в философском аспекте то, что противостоит субъекту в его предметно-практической и познавательной деятельности[2].

Кроме того, объект понимается как предмет, явление, процесс или их отдельные стороны, существующие в реальной действительности, на которые направлена деятельность, мысль, чувство и т. д. Объект противостоит субъекту в его предметно-практической и познавательной деятельности[3].

В философской логике под объектом (от лат. objectum – букв. «брошенное перед чем-либо») понимается то, что воспринимается,

[1] Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. М., 1987. С. 465.

[2] Жеребин В. С. Противоречия при социализме и право. Владимир, 1972. С. 82.

[3] Глоссарий. РУ. URL: http://www.glossary.ru/cgi-bin/gl_sch2.cgi?ROh&lqy (дата обращения: 20.06.2011).

мыслится, обсуждается и обрабатывается, в отличие от субъекта (того, кто это воспринимает, мыслит, обсуждает и обрабатывает)[1].

Логико-философский термин «объект» имеет в лингвистике несколько классов употреблений. Он по-разному преломляется (а) в металингвистике (а именно, в философии и методологии языкознания) и (б) в естественно-языковой онтологии (в философии языка).

В металингвистике под объектом понимается то, что изучает лингвистика (речь идет об объекте лингвистики в целом или об объектах отдельных лингвистических дисциплин). В соответствии с принципами современной методологии науки (вслед за Г. П. Щедровицким) объект науки принято отличать от ее предмета. В частности, основной объект лингвистики (язык как система, как общественное явление и т. д.) не является наблюдаемым феноменом, доступным прямому изучению; основным предметом лингвистики является речь. Так, объектом славистики как лингвистической дисциплины является реально существовавший в древности праславянский язык и его потомки (живые и мертвые славянские языки), а ее основным предметом – славянская речь, т. е. доступное наблюдению множество письменных памятников на славянских языках (как живых, так и мертвых) плюс множество наблюдаемых речевых актов на живых славянских языках. Объект науки существует до самой науки и независимо от того, подвергся ли он изучению; предметом науки он становится только в результате сознательной деятельности ученых, причем не в полном объеме, а лишь в своей доступной наблюдению части (например, древний язык – в той мере, в какой он воплощен во множестве археологических находок)[2].

Юридическая наука оперирует термином «объект права». Так, по мнению В. К. Бабаева, «объект права – понятие весьма абстрактное. Объект права – это общественные отношения, которые могут быть предметом правового регулирования и требуют такого регулирования»[3].

Существует и более широкий подход, например, А. А. Черняков, считает, что объект права – это не только общественные отношения, но и правовые интересы субъектов в формах материальных либо нематериальных благ. Если говорить в общем, то данный термин за-

[1] URL: http://bruma.ru/enc/gumanitarnye_nauki/lingvistika/ (дата обращения: 11.06.2011).

[2] URL: http://bruma.ru/enc/gumanitarnye_nauki/lingvistika/.

[3] Теория государства и права : учебник / под ред. В. К. Бабаева. М., 1999. С. 425.

ключает в себе социальный интерес или предмет плюс возможное либо действительное право на него[1].

Корме того, в юриспруденции широко распространен термин «объект правоотношения», который трактуется как «то, на что направлено поведение его участников». К примеру, Ю. А. Денисов, В. Э. Краснянский и другие авторы утверждают, что объекты правоотношений чрезвычайно разнообразны. К ним могут быть отнесены материальные и духовные блага[2]. В этом же контексте Н. И. Матузов и А. В. Малько отмечают: «Объектом правового отношения выступает то, на что направлены субъективные права и юридические обязанности его участников, иными словами, то, ради чего возникает само правоотношение»[3].

По мнению А. А. Чернякова, логична и вполне допустима приложимость общей концепции объекта правоотношения применительно к его определению в отраслевом (единичном) смысле. Если говорить лаконичнее, то объект правоотношения – это не сам предмет, а право на него (право + предмет, обязанность + предмет). Думается, что данную ситуацию можно выразить таким термином, как правообъектность[4].

Как видим, в юриспруденции нет единства мнения об объектах в связи с правом и в связи сочетанием термина «объект» с другими терминами, тем более трудно однозначно определить содержание понятия «объект» в связи с юридической конвергенцией. Хотя стоит отметить такие попытки в других гуманитарных науках. Например, в социологии имеется определение конвергенции в связи с ее объектом. Конвергенция – нарастание сходства в развитии разных социальных объектов[5].

Понятие социальный объект вводит финский исследователь Юрий Энгстрем (сын психолога Ю. Энгстрема), исходя из того, что основой для формирования отношений и связей между людьми служат не общие формы деятельности, а конкретные объекты. По мнению

---

[1] Черняков А. А. Право, объект права и объект правового отношения: проблемы теории // Юрид. образование и наука. 2005. № 3.

[2] Денисов Ю. А., Краснянский В. Э. Социалистические правоотношения // Теория государства и права : учеб. для студентов юрид. специальностей высш. учеб. заведений. Изд. 2-е, перераб. и доп. / под ред. А. И. Королева, Л. С. Явича. Л., 1987. С. 422–423.

[3] Матузов Н. И. Правовые отношения // Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 528–529.

[4] Черняков А. А. Указ. соч.

[5] Социальный лексикон. URL: http://www.soclexicon.ru/konvergenciya (дата обращения: 02.06.2011).

Ю. Энгстрема, социальная сеть объединяет людей, но для объединения необходим катализатор, в роли которого выступает социальный объект, реальный и конкретный стимулятор связи. Автор использует метафору группы детей, играющих на берегу. Дети собираются вокруг конкретного объекта – мяча. Во всех успешных социальных сетях можно выделить этот паттерн присутствия социального объекта.

Следовательно, по мнению исследователя, социальный объект помогает понять, что связывает этих конкретных людей, а не других. Люди не связываются между собой непосредственно, они образуют связи через общие объекты. Успешные социальные сервисы позволяют людям создавать социальные объекты и добавлять к этим объектам собственные ценности[1].

Отечественные исследователи предтечи теории социальных объектов отмечали, что люди не говорят и не взаимодействуют просто так. Всегда существует повод, вокруг которого строится диалог: погода, подарок, план на завтра, фотография, знакомый, новость, фильм и т. п. Этот повод и есть социальный объект[2].

С учетом социологического значения конвергенции, можно построить и модель объектов юридической конвергенции.

Учет данных посылок при анализе юридической конвергенции позволяет разграничить объект и предметы последней.

В юридической литературе можно встретить, по крайней мере, две точки зрения на вопрос об объекте конвергенции права в рамках исследования правовой аккультурации, поскольку юридическая конвергенция опосредуется одной из форм правовой аккультурации. Во-первых, под объектом аккультурации понимают «любое юридическое явление (процесс, свойство и пр.), любой компонент правовой системы»[3]. Во-вторых, объектом правовой аккультурации иногда называют человека как носителя специфической правовой культуры[4].

Думается, что справедливы оба приведённых суждения. Возьмём на себя смелость уточнить их применительно к процессу конвергенции правовых систем в форме юридической экспансии. Поскольку последняя направлена на изменение правовой реальности, она не может быть осуществлена вне практической деятельности субъектов права. В. Н. Карташов отмечает: «Если объективное право служит

---

[1] Социальный объект. URL: http://letopisi.ru/index.php. (дата обращения: 02.06.2011).

[2] Социальные объекты в СМИ, рекламе и маркетинге URL: http://www.exlibris.ru/media/industry_overview/detail.php?ID=1391 (дата обращения: 02.06.2011).

[3] Карташов В. Н. Введение в общую теорию правовой системы общества. С. 44.

[4] Ковлер А. И. Указ. соч. С. 245.

формальным источником юридической энергии, правовое сознание – внутренней и идеальной детерминантой, правовые отношения – каналом (формой), направляющим юридическую энергию в определённое русло, то субъекты юридической деятельности, выступая в качестве материальных, энергетических и информационных носителей, своими действиями вырабатывают эту энергию и информацию, организуют их хранение и реализацию с целью удовлетворения личных и общественных потребностей и интересов»[1].

Что касается практической деятельности субъектов внешней юридической конвергенции такая деятельность по определению носит конфронтационный характер, принимает вид юридического противоборства. Современные юристы-антропологи единодушны в том, что цивилизационная и правовая аккультурация имеет характер конфликта культур[2].

Внутренняя и медиальная юридическая конвергенция также может возникнуть на основе конфликта правовых норм, правовых и иных нормативных предписаний. С другой стороны, и внутренняя, и медиальная, и внешняя юридическая конвергенция может осуществляться естественным путем на основе мягкого принуждения в виде рекламы удачных образцов юридических явлений, также под воздействием обстоятельств, вызывающих юридическую конвергенцию, например, необходимость быть полноценным субъектом права. То есть грань между добровольной и принудительной юридической конвергенцией весьма зыбка.

В связи с традицией понимания объекта как явления, по поводу которого возникают отношения субъектов, то можно предположить, что ***объект юридической конвергенции*** *– это определенная деятельность различных субъектов, направленная на сближение правовых систем и правовых норм, правовых актов и иных социальных предписаний.* ***Предметами юридической конвергенции***, как можно предположить, *будут являться различные виды деятельности в определенных сферах функционирования государства*. В этом смысле целесообразно рассмотреть конвергенцию на основе правовых видов деятельности (например, в сферах правотворчества, систематизации, интерпретации либо реализации права).

Представляется, что наибольший объем юридической конвергенции занимает правотворческая деятельность. Правотворчество в узком смысле этого слова (как законотворчество), отличается от правотворчества в широком значении, включающего наряду с деятельностью по

---

[1] Карташов В. Н. Введение в общую теорию правовой системы общества. С. 25–26.

[2] Ковлер А. И. Указ. соч. С. 248.

созданию законов судебную деятельность по формированию прецедентного права. Масштабность юридической конвергенции в сфере законотворчества объясняется тем, что «как раз законодательство, а не обычаи и судебные прецеденты, способно противопоставить себя» традиционным формам сознания и общения, закреплять новые отношения и устанавливать новые нормы поведения людей[1]. Данное свойство законодательства подчеркивается и Ю. А. Тихомировым, который рассматривает законы в качестве разновидности социальных решений в целом и правовых, в частности. По его мнению, «главное здесь – перевод решения, принятого на основе данных разных наук, на язык юридических категорий. Тем самым создается модель поведения»[2]. Э. Эллотт идет дальше, различая в зависимости от намерений законодателя «модельные» и «программные» законы. Первые, по его мнению, оставляют то или иное пространство индивидуальной (частной) правотворческой инициативе, цели которой не должны выходить за рамки плана самого законодателя. С помощью законов второго типа законодатель стремится кардинально перестроить общество по своему плану, не оставляя места для какого бы то ни было индивидуального юридического выбора в принципе[3].

Л. С. Явич различает в нормотворчестве законодателя три стороны: познавательную, аксиологическую и юридико-техническую[4]. Подобный подход представляется весьма продуктивным для целей настоящего исследования, так как позволяет рассмотреть принудительное юридическое воздействие на всех трёх уровнях законотворческой деятельности[5].

Первая сторона законотворчества предполагает выявление и анализ проблемы, постановку социальных целей, исследование с различных теоретических позиций социальных условий, в которых осуществляется законодательное регулирование, анализ зарубежного опыта и т. п.

К интересным выводам приводит рассмотрение юридической конвергенции в контексте определения законодателем социальных целей правового регулирования. Э. Эллотт выделяет шесть глобаль-

---

[1] Явич Л. С. Сущность права. Л., 1985. С. 115–116.

[2] Тихомиров Ю. А. Теория закона. М., 1982. С. 6.

[3] Allott A. The Limits of Law. L., 1980. P. 174.

[4] Явич Л. С. Указ. соч. С. 123.

[5] Аксиологический (ценностный) и юридико-технический аспекты будут рассмотрены в параграфе «Формы, методы и уровни юридической экспансии» в качестве уровней принудительного юридического воздействия в целом. Технический аспект юридической экспансии рассматривается в настоящем параграфе исключительно применительно к правотворческой деятельности.

ных целей, которые законодатель обычно пытается достичь, используя закон в его «программном» качестве[1]:

а) социальная интеграция (Unifying);

б) модернизация (Modernising);

в) секуляризация (Secularising);

г) реставрация (Regression);

д) либерализация (Liberalising);

е) мобилизация (Mobilising).

Достижение социальной интеграции (конвергенции) является настоятельной необходимостью для многих государств, освободившихся от колониальной зависимости либо отказавшихся от тоталитарных методов управления в пользу демократии. В юридической сфере данная цель, как правило, реализуется путем формирования *единого национального права.* Однако соответствующая законодательная политика неизбежно сопровождается конвергенцией правовых систем в форме юридической экспансии, поскольку немыслима без подавления «конкурирующих» систем права (обычного, религиозного, права субъектов федерации и т. п.).

Для подавляющего большинства стран, вступивших на путь модернизации в виде конвергенции, последняя означает вестернизацию того или иного толка (европеизацию, американизацию, использование английских, французских и т. п. правовых образцов). Ирония этого процесса заключается в том, что подобные заимствования на деле оборачиваются худшими вариантами юридической экспансии, поскольку традиционные (в том числе обычные) правовые установления подчас гораздо более соответствуют текущим нуждам общества, нежели навязанные ему «современные» западные модели.

Секуляризация и религиозная реставрация с одинаковой неизбежностью сопровождаются юридической конвергенцией светского и религиозного права в отношении друг друга. Характерный пример секуляризации – государственная политика атеизма, проводившаяся Советским Союзом. Ещё более яркий пример – подрыв позиций шариата в Турции в результате проведённых в XIX в. на французский манер кодификаций гражданского и торгового законодательства.

Политика либерализации, в том числе законодательной, сопровождается конвергенцией правовых систем в форме юридической экспансии в отношении консервативно настроенной части общества

[1] Allott A. Op. cit. P. 176–179.

либо (в случае с либерализацией экономики) приверженцев социалистических ценностей.

Наконец, поскольку мобилизация всегда означает смещение ценностных приоритетов от индивидуализма к интересам общества, пострадавшими от юридической экспансии могут себя посчитать собственники, в том числе предприниматели, представители «либерально настроенной интеллигенции» и иные члены общества, разделяющие индивидуалистические ценности.

На познавательном уровне законотворчества происходит (по крайней мере, должно происходить) сопоставление поставленных целей с условиями их реализации. Д. А. Керимов сформулировал некий идеал данного аспекта законотворчества, отметив, что «только на основе понимания того, что законодательство есть не что иное, как сознательное фиксирование, закрепление существующих общественных отношений, а во многих случаях и опережающее отражение того многообразия социального бытия, которое в нем в известном смысле моделируется и программируется, можно будет осуществлять законотворчество со знанием дела, целеустремленно и свободно»[1].

К сожалению, на деле социальная реальность редко получает адекватное отражение в законодательстве, «опережающее отражение», скорее, является чрезмерным опережением, а «передовые» нововведения зачастую представляют собой заимствования устаревшего юридического опыта, от которого за рубежом давно отказались. Яркий пример тому – Конституция России 1993 г. Этот документ, с одной стороны, содержит ряд в большой степени фиктивных норм (право на жизнь и федеративное устройство – только два примера), которые просто не могут быть реализованы в существующих экономических и культурных условиях в соответствии с замыслом законодателя. С другой стороны, чрезмерно либеральные конституционные формулировки в отношении собственности и, в частности, отсутствие упоминания о социальной функции частной собственности, представляют собой, по меткому замечанию В. Е. Чиркина, повторение «задов» уже пройденного западными странами этапа конституционного развития[2].

С последним утверждением тесно связана мысль А. Х. Саидова о новом подходе компаративистской науки (имеется в виду, прежде всего, наука сравнительного правоведения) к вопросу об использова-

---

[1] Керимов Д. А. Культура и техника законотворчества. М., 1991. С. 28.

[2] Чиркин В. Е. Российская Конституция и международный опыт // Государство и право. 1998. № 12. С. 6–8.

нии законодателем сравнительного права. По мнению ученого, «речь, как правило, идет не о том, чтобы предлагать законодателю готовые образцы и модели, взятые за рубежом, а об изучении зарубежного юридического опыта как позитивного, так и негативного плана»[1]. Вполне возможно, что юридическая наука и достигла теперь подобного уровня развития, чего, к сожалению, никак нельзя сказать о российской практике законотворчества. Быть может, дело как раз и заключается в том, что практики редко прибегают к помощи теоретического анализа при создании законов. Известно, например, что в России принята европейская система конституционного контроля. Однако модель комплектования Конституционного Суда, предусмотренная Законом РФ 1994 г., заимствована из США, где она используется для формирования Верховного Суда США – высшей инстанции в общей судебной системе этой страны и одновременно органа конституционного контроля[2]. При этом негативной стороной данной модели, в полной мере проявившей себя в политической и правовой практике США, является назначение судей исключительно исполнительной ветвью власти в лице Президента (при определённых консультациях с верхней палатой парламента), что способствует односторонней политизации Суда. Последствия применения данной модели в российских условиях не замедлили сказаться и были аналогичны американским. Заимствование опыта, негативность которого подтверждена двумя столетиями практики, можно объяснить либо слепотой законодателя в копировании иностранных образцов, либо сознательным стремлением достичь определённых политических целей в ущерб конституционному принципу независимости суда.

На юридико-техническом уровне опасность конвергенции правовых систем в форме юридической экспансии проявляется, прежде всего, в возможности допущения законотворческих ошибок. Законотворческая ошибка – разновидность правотворческой ошибки, которую В. М. Баранов определяет как «официально реализованное добросовестное заблуждение, результат неправильных действий нормотворческого органа, нарушающих общие принципы либо конкретные нормы социалистического правообразования, не соответствующих уровню и закономерностям государственно-необходимого развития

[1] Саидов А. Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира. М., 1993. С. 66.

[2] Овсепян Ж. И. Судебный конституционный контроль в РФ: проблемы деполитизации // Государство и право. 1996. № 1. С. 38.

регулируемой деятельности и влекущих путем издания ложной нормы неблагоприятные социальные и юридические последствия»[1].

В. М. Сырых считает, что, поскольку стадия выявления социальных и юридических закономерностей лежит за пределами непосредственно правотворческого процесса, целесообразнее говорить о законотворческой ошибке как таком отступлении «от требований законодательной техники или грамматики, которое снижает качество закона, вызывает затруднения в толковании содержания его нормативно-правовых установлений, препятствует их реализации в конкретных отношениях»[2].

Поскольку роль юридической конвергенции в совершении ошибок первого рода была рассмотрена выше, при анализе гносеологического уровня правотворчества, здесь остановимся на влиянии юридической конвергенции на ошибки законодателя в более узком, техническом смысле.

В. М. Сырых выделяет следующие виды юридических законотворческих ошибок: 1) ошибки в проектировании механизма правового регулирования; 2) пробелы; 3) избыточная нормативность; 4) нарушение стиля; 5) коллизии между отдельными законами и 6) фактографические ошибки[3].

Конвергенция правовых систем в форме юридической экспансии чаще всего результируется в ошибках первого вида, поскольку взятые из «чужой» правовой системы средства регулирования не всегда адекватны подлежащим урегулированию «почвенным» условиям и обстоятельствам. Как В. М. Сырых, так и Р. К. Надеев отмечают, что с учетом конкретных исторических условий в законопроект должны закладываться именно те правовые средства, которые позволяли бы нейтрализовать такие факторы, как невысокий уровень правовой культуры, правовой нигилизм, недостаточная активность должностных лиц исполнительных, контролирующих и правоохранительных органов. В противном случае эти факторы перевесят правовые средства и цель закона достигнута не будет[4].

Особенность ошибок такого рода заключается в том, что они не вытекают непосредственно из текста закона. Это скрытые и труднодока-

---

[1] Баранов В. М. Истинность норм советского права. Саратов, 1989. С. 357.

[2] Российское законодательство: проблемы и перспективы. М., 1995. С. 389.

[3] Там же. С. 390.

[4] Надеев Р. К. Правовое обеспечение законопроектной деятельности Государственной Думы. М., 1997. С. 29.

зуемые ошибки, которые проявляются в процессе исполнения, применения закона; их практически невозможно нейтрализовать даже на стадии разработки законопроекта, поскольку они основаны на предположениях законодателя, не подкреплённых должной эмпирической базой.

Для предупреждения ошибок этого вида следует направлять законопроект на научную экспертизу, проводить по нему парламентские слушания, а по возможности – локальный социально-правовой эксперимент, использовать социологические методы для прогноза необходимости и жизнеспособности разрабатываемого закона[1].

Не менее важно учитывать при анализе юридической конвергенции, вызываемые ею лингвистические трудности. Языковые проблемы возникают в любом случае соприкосновения правовых систем различных государств, а также при взаимодействии национального и международного права. Анализируя опыт работы Правового управления Аппарата Государственной Думы РФ, Н. А. Калинина отмечает, что при проведении лингвистической экспертизы законопроектов нередко приходится сталкиваться со своего рода «цитатами» из международного права, в которых встречаются значительные стилистические недочеты, порой чисто грамматического характера. В то же время устранять их на этом этапе невозможно, и это с неизбежностью ухудшает качество текстов законопроектов, отрицательно сказывается на языке законодательства в целом. В связи с этим Н. А. Калинина считает необходимым, чтобы проекты международных договоров Российской Федерации проходили тщательную предварительную не только правовую, но и лингвистическую экспертизу[2].

Проблема языковых юридических заимствований гораздо шире, нежели проблема неточности перевода. В литературе отмечается, что разумные, необходимые заимствования иностранной правовой терминологии, способствующие нормализации и углублению международно-правовых связей, контактов, интернационализации общественных процессов, жизненно необходимы. Однако включение того или иного иностранного термина в терминологическую систему конкретного нормативно-правового акта без соответствующей мотивации недостаточно корректно и неправомерно. В частности, следует проанализировать, есть ли нормативно-коммуникативная потребность в данном термине, какова его практическая значимость, насколько ясно,

[1] Там же.

[2] Калинина Н. А. Лингвистическая экспертиза законопроектов: опыт, проблемы и перспективы. М., 1997. С. 29.

оптимально и правильно обозначает он то или иное понятие, как семантически вписывается он в заданную терминологическую систему (общеправовую, межотраслевую, отраслевую), как взаимодействует с различными иными её семантическими элементами[1].

Следует избегать двух крайностей при переводе иностранных терминов на русский язык: с одной стороны, русифицировать их, а с другой – просто транслитерировать или транскрибировать (оставлять их в буквальном значении). В первом случае стремление во что бы то ни стало употребить русские термины может привести к искажению текста (в русском языке могут вообще отсутствовать эквивалентные понятия), во втором – транслитерация или транскрипция иностранных терминов, когда уже есть русские, лишь засоряет русский язык[2].

Зачастую незнание языка либо отсутствие соответствующей иностранной литературы мешает законодателю выбрать оптимальный вариант правового регулирования даже в том случае, когда зарубежный опыт содержит такой вариант. Чтобы проиллюстрировать это утверждение, А. Уотсон приводит в пример работу Шотландской Юридической Комиссии. По словам Уотсона, отсутствует какая-либо установленная процедура обращения Комиссии к зарубежному опыту при осуществлении законодательной реформы. Чаще всего, однако, Комиссия руководствуется в своей деятельности опытом стран Содружества (Австралии, Канады, Новой Зеландии), Совета Европы либо отдельных европейских стран, преимущественно Франции и Германии, а также скандинавских государств. Заимствованию опыта Соединённых Штатов мешает отсутствие в Шотландии необходимой литературы по американскому праву. Невнимание Комиссии к голландскому опыту, незаменимому, по мнению Уотсона, в вопросах регулирования договоров, деликтов и движимой собственности, объясняется тем, что никто из членов комиссии не знает голландского языка. А. Уотсон также отмечает, что при подборе персонального состава Комиссии и сотрудников ее правового аппарата квалификационные требования к ним не включали ни знаний сравнительного правоведения, ни владения языками[3].

---

[1] Язык закона / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1990. С. 101–104.

[2] Дыховичная М. Ю. Перевод американской управленческой лексики на русский язык // Тетради переводчика. М., 1983. Вып. 20. С. 62.

[3] Watson A. Legal Transplants An Approach to Comparative Law. 2d ed. Univ. of Georigia Pr., 1993. P. 91–92.

О том, к каким серьезным ошибкам могут привести упущения переводчика, свидетельствует и пример знаменитой реформы коллегий, проведенной Петром I. Так, на ранней стадии подготовки реформы, при рассмотрении Петром различных предложений один из представленных царю меморандумов содержал список из семи коллегий, аналогичных существовавшим в современной Петру Швеции. Однако в сделанных царём по результатам изучения меморандума заметках таких коллегий оказалось всего шесть. По заключению П. Милюкова, Пётр не включил одну из коллегий (именно статс-контору) в свой список, так как при переводе соответствующий заголовок был выпущен из текста, и описание статс-конторы слилось с описанием следующей по списку камер-коллегии[1].

Рамки настоящей главы не позволяют подробно рассмотреть правореализационную деятельность в целом и правоприменительную, в частности, как предмет юридической конвергенции. Но одно замечание сделать необходимо. Это замечание представляет собой ответ на вопрос, почему правоприменение становится объектом юридической конвергенции. Цель последней, как было неоднократно подчеркнуто, – изменить «чужую» правовую систему по образу и подобию «своей», поэтому наиболее логичным объектом принудительного юридического воздействия, казалось бы, должна являться именно деятельность по созданию права, а не по его реализации. Однако существенный момент заключается в том, что правоприменитель на деле «создает» право не реже, чем законодатель. Более того, право, созданное в процессе применения закреплённых в законе норм с гораздо большей долей определенности можно характеризовать как действующее в настоящий момент, в то время как законы часто представляют собой лишь «право на бумаге». Что же позволяет правоприменителю «творить» право? Не вызывает сомнения, что таким обстоятельством является имеющаяся у него свобода усмотрения.

Особенно ярко проявляется данное качество в деятельности судов. Общеизвестны слова К. Маркса: «Закон всеобщ. Случай, который должен быть определён на основании закона – единичен. Чтобы подвести единичное под всеобщее, требуется суждение. Суждение проблематично. Для применения закона требуется также и судья. Если бы законы применялись сами собой, тогда суды были бы излишни»[2].

---

[1] Peterson C. Peter the Great's Administrative and Judicial Reforms: Swedish Antecedents and the Process of Reception. Stockholm, 1979. P. 64.

[2] Цит. по: Правоотношения и их роль в реализации права. Казань, 1993. С. 52.

Рассматривая объективные и субъективные факторы культуры правосудия, А. Л. Ликас отмечает, что взаимодействие этих факторов обусловливается тем, что уровень законодательства, организационного руководства органами правосудия, материальная оснащенность суда и другие объективные условия приобретают статус фактора… правосудия не сами по себе, а лишь с момента их освоения культурно-познавательным, коммуникативным и идеологическим индивидуальным правосознанием конкретных судей…[1].

Ю. А. Тихомиров, анализируя литературу о пределах и формах судебного усмотрения, относит к таким формам определение судом в конкретных случаях объёма субъективных прав и обязанностей; выбор судом одного из нескольких предусмотренных законом решений; применение факультативных норм для замены основной нормы дополнительной; применение судом оценочных категорий, установленных законом в общем виде в гипотезе нормы; принятие решения, регламентирующего деятельность государственного органа, посредством общих формулировок[2].

Следует особенно подчеркнуть возрастающую роль судебного усмотрения в современных условиях, когда судебный прецедент начинает более или менее единодушно признаваться представителями юридической науки и практики источником права в странах не только англосаксонской, но и романо-германской правовой семьи[3]. Л. В. Смирнов считает, что подобная тенденция способствует повышению гибкости права, позволяет последнему «чутко» откликаться на быстро изменяющиеся потребности общественной жизни, приспосабливаться к новым реалиям[4]. Соглашаясь с таким утверждением, все же нельзя не отметить, что повышение уровня гибкости, а значит, и открытости правовой системы не только способствует ее устойчивости и увеличению адаптационных свойств, но и повышает риск проникновения в национальное право не вполне удачных правоприменительных решений, заимствованных судьей из зарубежной практики либо доктринальных источников.

Одним из наиболее значительных объектов юридической конвергенции правовых систем в форме юридической экспансии является

---

[1] Ликас А. Л. Культура правосудия. М., 1990. С. 48–49.

[2] Тихомиров Ю. А. Указ. соч. С. 237.

[3] Более подробно об этом см., например: Подольская Н. А. Прецедент как источник права в романо-германской правовой семье // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 1999. № 6 ; Смирнов Л. В. Деятельность судов Российской Федерации как источник права // Журн. рос. права. 2001. № 3.

[4] Смирнов Л. В. Указ. соч. С. 51.

правоинтерпретационная в широком смысле этого слова деятельность. Известно, что процесс интерпретации (или толкования) правовых норм включает две взаимосвязанные стороны: уяснение (как внутренняя деятельность) и разъяснение (для других субъектов) правовых установлений[1].

Логично предположить, что в качестве непосредственного объекта сближающего юридического воздействия чаще всего выступает именно деятельность по уяснению смысла и содержания права, которая тесно связана с непрерывно протекающим в течение всей жизни индивида процессом усвоения последним правовых принципов, ценностей и норм. Значимость данных процессов в качестве объектов юридической конвергенции объясняется тем, что в результате правовой социализации формируется система индивидуальных правовых установок, ценностей и убеждений, оказывающая мощное ориентирующее воздействие на юридически значимое поведение индивида.

В литературе различают несколько «каналов» социализации, неравнозначных по ценности и важности. Так, В. П. Казимирчук и В. Н. Кудрявцев выделяют социализацию посредством научения, передачи опыта и «символическую» социализацию. Первая основывается на приобретении познаний и усвоении правовых норм, вторая является плодом собственного социально-политического и правового поведения и деятельности личности, третья может происходить под влиянием оценок и реакций на них со стороны членов партийной группы, общественных движений, класса, общества в целом[2]. Н. А Бура наряду с правовой социализацией говорит о более узком понятии правового воспитания как специфической, специально организованной целенаправленной деятельности по формированию правового сознания[3]. Ряд авторов подчёркивает особую роль в процессе правовой социализации неофициальных источников информации, непосредственного взаимодействия людей в рамках ближайшего окружения, малых контактных групп, а также широкого распространения в межличностном групповом общении сложившихся стереотипов поведения[4].

Вместе с тем, на наш взгляд, в литературе еще недостаточно подчёркивается такой важнейший «канал» правовой социализации (и

---

[1] Более подробно о толковании норм права см., напр.: Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева. С. 457–467.

[2] Казимирчук В. П., Кудрявцев В. Н. Современная социология права. С. 108–109.

[3] Бура Н. А. Функции общественного правосознания. Киев, 1986. С. 58–59.

[4] Правовая система социализма. М., 1987. Ч. 2 : Функционирование и развитие. С. 161.

одновременно – юридической экспансии) как средства массовой информации. Современная ситуация характеризуется резким возрастанием роли данного вида информационного воздействия. Особое значение имеет переход от полиграфических средств межкультурных коммуникаций к аудиовизуальным. Психологи обратили внимание на то, что визуальная перцепция более эффективно и глубоко воздействует на психику человека благодаря расширению поля восприятия. Зрительный образ легче воспринимается, глубже воздействует на сознание и лучше запоминается, чем устные и письменные знаки. После того, как аудио- и видеотехника стала бытовой, жёсткому прямому облучению стало подвергаться само моральное ядро культуры. Средства массовой информации дают определённые культурные установки, распространяют эталоны поведения, формируют шкалу престижа, утверждают ценности и развивают потребности.

В современных условиях «чужая» информация агрессивной культуры потребляется огромными дозами. Эксперты ЮНЕСКО в области организации нового информационного порядка подсчитали, что на долю только США приходится сегодня более 65 % потока информации, циркулирующей в каналах коммуникаций всего мира[1].

В отличие от обыденного, теоретический уровень правоинтерпретационной деятельности менее подвержен стихийному влиянию со стороны средств массовой информации. Тем не менее масштабы юридической конвергенции на этом уровне весьма значительны. Вместе с тем данному аспекту взаимодействия правовых систем в юридической литературе внимания практически не уделяется. Вопросы влияния и взаимовлияния научных идей и концепций рассматриваются преимущественно в рамках исследования феномена преемственности в развитии политико-правовой мысли[2].

В действительности при анализе воздействия западной правовой доктрины на российскую юридическую мысль становится очевидным, что говорить о преемственности здесь было бы по крайней мере преувеличением. Традиционно российская теоретическая мысль обращалась к религиозным, моральным, но отнюдь не правовым проблемам. Как отмечал Б. А. Кистяковский в начале XX столетия, ни один из

---

[1] Василенко И. А. Политические процессы на рубеже культур. М., 1998. С. 38.

[2] Напр.: Луковская Д. И. Типы и формы преемственности в развитии политико-правовой мысли // Закономерности возникновения и развития политико-юридических идей и институтов. М., 1986 ; Ее же. Политические и правовые учения: историко-теоретический аспект. Л., 1985.

представителей российской юридической науки «не дал не только книги, но даже правового этюда, который имел бы широкое общественное значение и повлиял бы на правосознание нашей интеллигенции»[1].

В. С. Соловьёв, П. И. Новгородцев, С. Н. Булгаков писали о праве не как о юридическом феномене, а как о нравственном или религиозном явлении. Распространение западных правовых идей на российской почве всегда вызывало реакцию отторжения, особенно в среде славянофилов (А. С. Хомяков, И. В. Киреевский, К. С. и И. С. Аксаковы и ряд других). Славянофилы отрицали необходимость для России заимствовать западные формы государственного устройства, основанные на конституции, народном представительстве, борьбе политических партий и т. д.

Многие представители российской интеллигенции, таким образом, рассматривали распространение западных юридических идей как интеллектуальную экспансию в отношении России. Даже такие убежденные западники, как Б. Н. Чичерин и Б. А. Кистяковский, весьма осторожно подходили к вопросу о заимствовании Россией западных политических и юридических форм. Так, Б. Н. Чичерин писал: «Всякий, кто изучал условия политического быта, знает, что самое изящное чужеземное растение не пересаживается по произволу в новую среду: для него нужно приготовить почву; где ее нет, растение быстро погибнет»[2]. Б. А. Кистяковский также считал, что далеко не достаточным было бы просто заимствовать правовые идеи, «надо в известный момент жизни быть всецело охваченными ими». По мнению Б. А. Кистяковского, «нет единых и одних и тех же идей свободы личности, правового строя, конституционного государства, одинаковых для всех народов и времён, как нет капитализма или другой хозяйственной или общественной организации, одинаковой во всех странах. Все правовые идеи в сознании каждого отдельного народа получают своеобразную окраску и свой собственный оттенок»[3]. Позволим себе отчасти не согласиться с последним утверждением. По нашему мнению, идеи свободы и права едины для всего мира. Дело лишь в том, что актуальность для разных обществ эти идеи приобретают не одновременно, а по мере созревания в этих обществах реальных предпосылок демократизации, освобождения и юридизации общественной жизни.

---

[1] Кистяковский Б. А. В защиту права // Вехи. Свердловск, 1991. С. 122.

[2] Чичерин Б. Н. Политические и социальные идеалы // Власть и право: Из истории русской правовой мысли. Л., 1990. С. 55.

[3] Кистяковский Б. А. Указ. соч. С. 123.

Именно в силу отмеченного единства заимствованная идея может использоваться в качестве масштаба (или метода) научного анализа, однако гносеологическая программа исследований задаётся спецификой существующих в данном обществе социальных условий. М. Вайл блестяще показал эволюцию концепции разделения властей, которую развивали и использовали английские, американские и французские теоретики, каждый раз модифицируя основную идею ограниченного правления с учётом изменяющихся потребностей и обстоятельств[1]. Сегодня этот процесс приспособления и модификации продолжается в каждом государстве, и Россия, включив соответствующий принцип в Конституцию РФ, присоединилась к нему. Взяв общую канву, мы в ее рамках решаем собственные проблемы так же, как это делают другие западные страны. Так, если в Соединенных Штатах на первый план выступает вопрос о действии принципа разделения властей в условиях бюрократического государства[2], то для российской конституционной науки наиболее актуальным сейчас является поиск компромисса между необходимостью институционального разделения властей и требованиями обеспечения политического и социального единства в обществе.

Обобщая сказанное в отношении юридической доктрины, следует сказать, что сам по себе процесс распространения зарубежных (на сегодня преимущественно западных) теоретических идей и концепций на незападной (или частично вестернизированной) почве не является чем-то негативным. В ходе такого распространения, с одной стороны, проверяется научный потенциал западных подходов. Как верно отмечают Н. Н. Козлова и Н. М. Смирнова, не существует иного способа определения границ применимости теории или метода, нежели распространение их на новую предметную область[3]. С другой стороны, использование иностранных концепций позволяет нам под новым углом зрения взглянуть на свои проблемы и, возможно, прийти к новым выводам. Наконец, сами западные подходы могут быть модифицированы, дополнены и развиты представителями отечественной науки с учетом новых, незападных программ научного исследования.

Как видим, проблемы, возникающие при применении западных подходов в незападных условиях, связаны в основном не с самим

---

[1] Vile M. J. C. Constitutionalism and the Separation of Powers. Indianapolis, 1998. P. 21–22.

[2] Ibid. P. 385.

[3] Козлова Н. Н., Смирнова Н. М. Кризис классических методологий и современная познавательная ситуация // Социол. исслед. 1995. № 11. С. 12.

фактом такого применения, а с односторонностью этого процесса, когда абсолютизируется какой-либо один подход, а другие при этом игнорируются. Так произошло в России с марксизмом, тот же процесс можно было наблюдать в начале 90-х гг. XX столетия, когда идеи либерализма, естественных прав, правового государства заняли, по сути, доминирующие позиции в российской юридической науке и идеологии, а другим подходам не уделялось сколь либо значительного внимания. На сегодняшний день налицо попытки преодолеть такую односторонность, осмыслить западные ценности прежде всего с точки зрения цивилизационной специфики России. А для этого необходимо использование всей гаммы подходов, выработанных мировой наукой, в том числе имеющих незападное происхождение. Небогатый пока современный российский опыт доказывает плодотворность синтеза трех главных способов развития фундаментальных исследований, а именно: импорта концепций, развития прежних подходов и разработки новых авторских теорий[1].

Таким образом, если правотворчество является традиционной «сферой приложения» конвергенции, то роль правоприменения в оказании конвергирующего юридического воздействия в последнее время возросла. Это связано с расширением диапазона судебного усмотрения, вызванным, в свою очередь, признанием прецедента в качестве источника права в странах романо-германской правовой семьи.

Особое значение в современных условиях начинает приобретать юридическая конвергенция на уровне социализации личности, что связано с изменением стратегии господства агрессивной культуры, переходом от формально-институциональных к непосредственно личностным формам воздействия и контроля.

Наконец, юридическая конвергенция на уровне теоретических представлений является опасной и чреватой негативными последствиями лишь в том случае, когда в условиях односторонней идеологизированности научного знания лишь одно из привносимых направлений становится доминирующим, а альтернативные подавляются. В то же время в диаметрально противоположной ситуации научного плюрализма теоретическая мысль способна самостоятельно выработать адекватные ответы на давление извне, а также помочь в этом практикам (как законодателю, так и правоприменителю). Именно по-

[1] Кирдина С. Г. Импорт концепций, прежние подходы или новые самостоятельные теории? (О состоянии фундаментальных исследований в российской социологии) // Там же. 2001. № 8. С. 35.

этому в современных чрезвычайно сложных условиях межцивилизационных противостояний первоочередной необходимостью является укрепление связки теория–практика, мобилизация всего научного потенциала общества для выработки сложных, но адекватных современной ситуации решений.

В целом, опираясь на анализ подходов к понятию «объект» и исследований проявления форм и видов юридической конвергенции, объектом юридической конвергенции можно считать:

– разновидность объектов, опосредованных правом либо являющихся составной частью права;

– модель, разновидность общественных отношений, возникающих по поводу сближения правовых явлений;

– модель, связи, определенные интересы субъектов конвергенции;

– социальный объект либо их взаимосвязь на основе правовых предписаний;

– то, на что направлены субъективные права и обязанности субъектов юридической конвергенции.

Следовательно, объект юридической конвергенции – это деятельность по сближению различных правовых и с ними связанных неправовых явлений и возникающих по этому поводу общественных отношений, характеризующаяся направленностью на эту деятельность прав и обязанностей субъектов юридической конвергенции.

В качестве объектов юридической конвергенции можно рассмотреть, например, правотворческую деятельность, правоприменитетельную и правоинтерпретационную деятельность, внешне- и внутриполитическую деятельность, внешне- и внутриэкономическую деятельность и т. д.

При таком подходе предметами юридической конвергенции выступают сами правовые и неправовые явления, на которые направлено сближающее воздействие (правовые системы, правовые нормы, социальные нормы, правовые акты, правотворчество, правоприменение и т. д.) и возникающие при этом общественные отношения – правовые (внутригосударственные и международные) и неправовые отношения (политические, экономические и др.).

Темы эссе:

1. *Предметы и объекты конвергенции права.*
2. *Субстанциональные свойства объектов конвергенции права*
3. *Односторонне воздействие на объекты юридической конвергенции.*

Лекция 8. Формы, средства, принципы и виды юридического взаимодействия в виде конвергенции в праве

Формы конвергенции права. Средства конвергенции права. Принципы и виды конвергенции права.

Формы, средства и принципы юридической конвергенции – одни из главнейших элементов механизма юридической конвергенции. Вступая сами по себе и являясь самостоятельными, эти элементы механизма юридической конвергенции неразрывно связаны, поэтому и целесообразно рассмотреть их в определенном триединстве.

Прежде чем рассматривать форму юридической конвергенции, обратимся к истокам учения о форме. Одним из первых авторов, уделившим внимание данной проблеме, считается Аристотель (384–322 гг. до н. э.). Он рассматривает «форму» как парную категорию категории «содержание» и рассматривает их во взаимодействии на примере искусств. Выдвинутая им классификация искусств покоится на совместном рассмотрении формы и содержания. Различие между видами искусства Аристотель усматривает в том, что они воспроизводят различные предметы и стороны действительности различными средствами (краски, ритм и пр.) и способами (действие, рассказ и т. д.)[1].

С диалектической точки зрения, форма и содержание, прежде всего, – понятия соотносительные: как форма не может быть «чистой», а может быть лишь «содержательной» формой, формой, связанной неразрывно с содержанием, так и содержание не может быть бесформенным. По справедливому мнению Гегеля, содержание как таковое есть то, что оно есть, лишь благодаря тому, что оно содержит в себе развитую форму. В этом смысле «содержание есть не что иное, как переход формы в содержание, и форма есть не что иное, как переход содержания в форму»[2].

Диалектико-материалистическое понимание формы предполагает рассмотрение ее как развивающейся и становящейся структуры, необходимо, по мысли К. Маркса, «...генетически вывести различные формы...» и понять «...действительный процесс формообразования в его различных фазах» с учетом объективной субординации содержания и формы[3].

---

[1] Аристотель. Поэтика / пер., введение и примеч. Н. М. Новосадского. Л., 1927.

[2] Гегель Г. В. Ф. Лекции по эстетике // Соч. М., 1938. Т. 1. С. 224.

[3] Маркс К., Энгельс Ф. Теории прибавочной стоимости // Соч. 2-е изд. Т. 26, ч. 3. С. 526.

В целом анализ философской литературы позволяет выделить три основных значения категории «форма»:

– разновидность чего-либо («формы реализации законодательства»);

– проявление, выражение чего-либо вовне (внешняя форма);

– способ устройства, внутренней организации чего-либо (внутренняя форма).

В общетеоретической юриспруденции термин «форма» чаще всего используется для обозначения:

– формы государства (форма правления, форма государственного устройства, форма политического режима);

– формы осуществления государственной власти (правовые и не правовые);

– формы права (источники права);

– формы реализации законодательства (соблюдение, исполнение, использование и применение);

– правовой формы (правовая форма брака, правовая форма импичмента и т. д.);

– формы вины (умысел и неосторожность)[1].

Кроме того, С. С. Алексеев выделяет три формы существования юридической техники.

1. Юридическая техника выступает как совокупность средств и приемов нематериального, технического характера.

Средства и приемы здесь технические, потому что являются, так сказать, внешними инструментами и способами организации правового материала. Как и все техническое, они с одинаковым успехом используются при выработке, оформлении и систематизации многих и разных актов. Их значение по отношению к содержанию права служебное.

В то же время эти средства и приемы имеют нематериальный характер. Они выражены в определенных идеологических явлениях и категориях (юридических конструкциях, приемах изложения норм и др.).

2. Юридическая техника выражается в правилах (нормах), в соответствии с которыми она и используется. Ее средства и приемы действуют не сами по себе, не автоматически. Правильное и целесообразное использование технических средств и приемов закрепляется в правилах юридической техники, которые относятся к особой разновидности технических норм, касающихся области правового регулирования.

[1] Власенко Н. А. Теория государства и права. М., 2009.

Они могут быть выражены в нормативных актах, в том числе особых инструкциях по подготовке и оформлению законопроектов[1].

В отраслевом законодательстве термин «форма» используется для обозначения формы договора, формы налогового учета, формы счета-фактуры, формы расчетов, формы по учету ОС, формы НДФЛ, формы оплаты труда и других явлений[2]. Например, Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»[3] определяет правовые и экономические основы инвестиционной деятельности, осуществляемой в *форме* капитальных вложений, на территории Российской Федерации, а также устанавливает гарантии равной защиты прав, интересов и имущества субъектов инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений, независимо от *форм* собственности. Согласно ст. 1 данного Закона капитальные вложения – инвестиции в основной капитал (основные средства), в том числе затраты на новое строительство, реконструкцию и техническое перевооружение действующих предприятий, приобретение машин, оборудования, инструмента, инвентаря, проектно-изыскательские работы и другие затраты. Следовательно, форма рассматривается как определенные виды выраженной внешне деятельности.

Анализ использования категории «форма» применительно к юридическим явлениям позволил обратить внимание на следующие

---

[1] Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 2. С. 268.

[2] Напр.: Глава 16 «Формы и порядок проведения таможенного контроля» Гражданского кодекса РФ; ст. 2.2. «Формы вины» КоАП РФ; Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»; Закон Владимирской области от 2 сентября 2002 г. № 90-ОЗ «О государственной поддержке инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений, на территории Владимирской области»; Закон Владимирской области от 4 июля 2007 г. № 77-ОЗ «О типовой форме контракта с лицом, назначаемым на должность главы местной администрации по контракту»; Закон Владимирской области от 7 июля 2008 г. № 110-ОЗ «О форме предоставления мер социальной поддержки отдельным категориям граждан по оплате жилищно-коммунальных услуг, относящихся к полномочиям Российской Федерации, переданных органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации»; Закон Владимирской области от 28 апреля 2011 г. № 27-ОЗ «Об установлении льготы по тарифам на проезд обучающихся и воспитанников общеобразовательных учреждений старше 7 лет, учащихся очной формы обучения образовательных учреждений начального профессионального, среднего профессионального и высшего профессионального образования железнодорожным транспортом общего пользования в пригородном сообщении в 2011 году» и другие акты.

[3] Рос. газ. 1999. 4 марта.

существенные моменты. Чаще всего, когда речь идет о форме правового явления, имеется в виду форма как способ устройства. Однако здесь нужно обратить внимание на одно обстоятельство общефилософского характера. А именно на то, что, за исключением понимания формы как способа выражения вовне (внешней формы), за «формой» всегда стоит какое-либо целостное явление (при этом данное явление в одном отношении может рассматриваться как форма, а в другом – как содержание). Иногда за «формой правового явления» никакого целостного содержания нет. То, что обозначается как «форма правового явления», представляет собой, по существу, лишь набор основных параметров, позиций, которые необходимы для характеристики используемого правового явления в правовой теории или практике, и это явление может быть охарактеризовано как бы наиболее полно. Иллюстрацией изложенного тезиса является то, что применительно к форме правового явления не всегда могут быть выделены его виды, так как о таковых можно вести речь лишь применительно к целостным образованиям. И, действительно, если обратиться к конкретным проявлениям форм правовых явлений, то можно заметить, что в них ведется речь о видах формы права, видах формы государственного устройства, видах формы расчетов, и не ведется речь о видах самой формы, например, о видах формы государства. Тем не менее известны и такие правовые явления, которые, казалось бы, закрепляют виды форм правовых явлений, например, формы реализации законодательства, формы оплаты труда. Однако и в данных случаях речь идет о способах или средствах выражения, иными словами, форма, формы правовых явлений – это скорее основание для видообразования в праве. Хотя эта позиция и не бесспорна, в настоящей работе в дальнейшем исследование юридической конвергенции сконструировано именно с этой позиции.

Исходя из понятия и особенностей, исследованных в предыдущих разделах работы, юридическая конвергенция характеризуется как правовое явление, следовательно, все, что касается формы правовых явлений, присуще и юридической конвергенции. С учетом приведенного выше анализа юридической теории и законодательства выделим основные признаки формы юридической конвергенции.

Во-первых, форма юридической конвергенции – это отражение ее содержания – процесса сближения различных правовых объектов (явлений).

Во-вторых, форма юридической конвергенции зависит от вида процесса сближения правовых явлений (сближение права и закона,

сближение элементов системы права, сближение нормативных и ненормативных предписаний, сближение права и системы социальных регуляторов, сближение правовых систем различных государств).

В-третьих, форма юридической конвергенции, как и в общей теории формы, имеет три ипостаси. Однако типы обозначаемого ими содержания отличатся (внутренняя и внешняя форма), а третья форма отличается и по названию и типу выражаемого содержания. Выделяется три формы юридической конвергенции. ***Внешняя форма*** *выражает содержание в виде сближения правовых систем различных государств на глобальном уровне.* ***Внутренняя форма*** *выражает содержание в виде сближения элементов внутри правовой системы.* ***Медиальная (средняя) форма*** *выражает содержание в виде сближения элементов правовой системы с системой социальных и некоторых несоциальных регуляторов.* Медиальная форма юридической конвергенции обосновывается тем, что, с одной стороны, происходит сближение между двумя системами (правовой и социально-нормативно-ненормативной), а с другой стороны, это сближение происходит в рамках единой общественной системы, где правовая система и социально-нормативно-ненормативная системы выступают соответствующими подсистемами.

Таким образом, ***форма юридической конвергенции*** *– это проявление и выражение во вне процессов сближения различных правовых объектов (явлений) на глобальном (мегасистемном), внутрисистемном и подсистемном уровнях.*

Отдельные элементы формы, будучи отвлечены от целого, иногда рассматриваются как средства. В качестве правовых средств для создания модели общественного отношения законодатель обладает средствами языка и композиции социальных норм (т. е. соотнесения в сознании между собой элементов нормативного регулирования общественного отношения для более отчетливого выявления их значимости). Так, создание модели регулируемого общественного отношения характеризуется: 1) описанием свойств общественного отношения при помощи социальных, в том числе правовых норм; 2) проявлениями его свойств через поведение участников отношений; 3) раскрытием его свойств в действиях по изменению и прекращению отношения и т. д. Но ни средства языка, ни средства композиции социальных норм сами по себе не содержат ничего специфически юридического: и язык, и композиция социальных норм представляются более общими формами сознания, выражения и соотнесения мыслей вообще, а не

только правом регулировании общественных отношений. Следовательно, сами по себе средства языка и композиции социальных норм не являются тем, что мы называем формой правового освоения мира, его нормативно-образного отражения. Анализ средств языка и композиции социальных норм самих по себе не есть еще изучение формы; изучение формы есть изучение образов общественных отношений, воплощенных с помощью этих средств и отражающих осознанную действительность. Но последние становятся формой выражения общественных отношений, точнее – ее компонентами, переставая быть собственно «средствами» – в своей взаимосвязи, в связи со всем комплексом общественных отношений, т. е. своей специфической функцией – функцией создания их моделей. Модели общественных отношений, в том числе и правоотношений, немыслимы вне их языкового и нормативного обнаружения, но и средства языка, и средства регулирования получают значение формы общественных отношений лишь через созданные посредством них модели.

По этой же схеме происходит трансформация форм юридических явлений в правовые (юридические средства).

Как и многие юридические понятия, правовые средства сначала анализировались на отраслевом уровне – в сфере гражданского права, где рассматривались в качестве юридических способов решения субъектами соответствующих задач, достижения своих целей (интересов)[1].

Вместе с тем проблема правовых средств выступает прежде всего как общетеоретическая проблема. В теории права под правовыми средствами понимают институционные явления правовой действительности, воплощающие регулятивную силу права, его энергию, которым принадлежит роль ее активных центров[2].

С точки зрения А. В. Малько, в самом общем виде правовые средства – это правовые явления, выражающиеся в инструментах (установлениях) и деяниях (технологии), с помощью которых удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивается достижение социально полезных целей[3].

---

[1] Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984. С. 87. Также см.: Баринов Н. А. Имущественные потребности и гражданское право. Саратов, 1987. С. 64.

[2] Алексеев С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Сов. государство и право. 1987. № 6. С. 14.

[3] Малько А. В. Правовые средства: вопросы теории и практики // Журн. рос. права. 1998. № 8. С. 66–77.

Анализ теоретических и отраслевых исследований правовых средств позволяет выделить их признаки:

1) выступают формой обобщения правовых способов обеспечения правоотношений, достижения поставленных целей (в чем проявляется социальная ценность данных образований и в целом – права);

2) отражают волю использующих правовые средства (государства, законодательных органов, общенародную волю и волю отдельных лиц, как правило, должностных);

3) являются одним из основных элементов механизма правового регулирования и реализации функций права и государства;

4) влекут правовые последствия в виде установления, изменения или прекращения правоотношений, характеризуют степень эффективности правового регулирования;

5) обеспечиваются государственным принуждением и выбором субъекта, их использующего.

Многогранность правовых средств обусловливают возможность достаточно развернутой классификации. Дифференцируют правовые средства обычно по различным основаниям. Например, в зависимости от степени сложности их подразделяют на первичные (элементарные) и комплексные (составные). Если к первым относятся простейшие и неделимые предписания – субъективные права и юридические обязанности, поощрения и наказания, льготы и запреты и т. п., то ко вторым – комбинированные, состоящие в свою очередь из простейших – договор, норма, институт, правовой режим и пр. По выполняемой роли они делятся на регулятивные (дозволения) и охранительные (меры защиты); по предмету правового регулирования – на конституционные, административные, гражданские, уголовные и др.; по характеру – на материально-правовые (рекомендации) и процессуальные (иск); по значимости последствий – на обычные (штраф) и исключительные (смертная казнь); по времени действия – на постоянные (гражданство) и временные (премия); по виду правового регулирования – на нормативные (установленные в нормах права запреты) и индивидуальные (акт применения права, акт реализации прав и обязанностей); по информационно-психологической направленности – на стимулирующие (льготы) и ограничивающие (приостановления) и т. д.[1]

[1] Малько А. В. Правовые средства: вопросы теории и практики. С. 66–77.

Безусловно, данную классификацию можно продолжить. Например, представляется возможным классифицировать правовые средства в зависимости от источника права (правовые обычаи, судебные прецеденты и т. д.); в зависимости от методов воздействия (средства, опосредующие естественные методы, и принудительные), и т. д.

Вместе с тем, с учетом анализа правовых средств, стоит задача определить понятие особенности средств юридической конвергенции. Поэтому помимо представленного теоретического анализа правовых средств, были проанализированы законы, правовые акты и различные документы, которые в той или иной форме отражают юридическую конвергенцию (внутреннюю, медиальную и внешнюю).

Анализ средств, используемых при внутренней и медиальной форме юридической конвергенции, осуществлялся на основании изучения законодательства, регламентирующего правотворческие процессы и их результаты, а также способы фиксации этих результатов[1]. Всего проанализировано более пятисот федеральных и региональных актов[2].

Исследование показало общую тенденцию увеличения количества нормативно-правовых актов, например, если в 2004 г. Правительством РФ было внесено 67 законопроектов в Государственную Думу, то в 2007 г. –уже 116[3].

---

[1] Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (ст. 43.1 «Федеральный регистр муниципальных нормативных правовых актов»); постановления Правительства РФ от 29 ноября 2000 г. № 904 «Об утверждении Положения о порядке ведения федерального регистра нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации», от 10 сентября 2008 г. № 657 «О ведении федерального регистра муниципальных нормативных правовых актов» (вместе с Положением о ведении федерального регистра муниципальных нормативных правовых актов); закон Владимирской области от 18 декабря 2008 г. № 211-ОЗ «О порядке организации и ведения регистра муниципальных нормативных правовых актов Владимирской области» (ст. 8 «Передача Регистра для включения в федеральный регистр муниципальных нормативных правовых актов и его актуализация») и др.

[2] Анализ осуществлялся на основании информации, включенной в федеральный регистр нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации, а также на основании докладов Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации за 2005–2009 гг. «О состоянии законодательства в Российской Федерации». URL: http://www.council.gov.ru (дата обращения: 02.02.2011).

[3] Официальный сайт Совета Федерации. URL: http://www.council.gov.ru. (дата обращения: 02.02.2011).

На региональном уровне аналогичная картина. Количество правовых актов неуклонно увеличивается (см. таблицу[1]).

Количество принятых нормативно-правовых актов на региональных уровнях в 2000–2010 гг.

Регион	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Владимирская область	160	22	298	320	364	386	390	410	433	470	590
Центральный федеральный округ	4044	5263	5683	5910	6101	6710	7518	8416	9163	9550	9939

Увеличение количества правовых актов само по себе свидетельствует о процессах юридической конвергенции за счет сближения права и закона, издания смешанных актов, сближения права и иных социальных норм и т. д.[2]

Внешняя юридическая конвергенция анализировалась на предмет поиска ее средств на основании международных договоров и актов их ратификации, всего было проанализировано более ста договоров, актов[3]. Кроме того, на основании докладов Совета Федерации «О состоянии законодательства РФ» анализировались общие акты СНГ, свидетельствующие о внешней юридической конвергенции.

Проведенное исследование позволило определить особенности средств юридической конвергенции.

---

[1] Данные приведены по информации, включенной в федеральный регистр нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации.

[2] Более подробно акты, содержащие информацию о внутренней и медиальной конвергенции, будут исследованы в соответствующих разделах монографии.

[3] Например, федеральные законы от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» (ст. 14 «Ратификация международных договоров Российской Федерации»), от 15 апреля 1998 г. № 64-ФЗ «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации» (ст. 23 «Ратификация международных договоров Российской Федерации, касающихся культурного достояния Российской Федерации») и др.

Во-первых, часть средств юридической конвергенции является правовыми средствами (нормы права, акты реализации и т. д.), другая – неправовыми – экономическими, политическими и т. д.

Во-вторых, отражают волю субъектов юридической конвергенции (государства, государственных органов, общенародную волю и волю отдельных лиц, как правило, должностных);

В-третьих, являются одним из основных элементов механизма юридической конвергенции, реализации функций права и государства.

В-четвертых, влекут новые правовые состояния в виде когерентности, глобализации, систематизации права и т. д., характеризуют степень правовой системы.

В-пятых, обосновываются экономической, политической, духовной или какой-либо другой необходимостью их применения.

В-шестых, в качестве основных средств юридической конвергенции следует отметить следующие из них: правовые нормы, правовые акты, акты применения, социальные нормы, правотворчество, систематизация законодательства, экономика, политика и принципы юридической конвергенции.

Набор средств зависит от формы и условий юридической конвергенции, а принципы юридической конвергенции носят универсальный характер.

Кроме того, в качестве неосновных средств юридической конвергенции могут использоваться любые другие правовые и неправовые явления, способствующие процессам сближения вправе.

Таким образом, в качестве ***средств юридической конвергенции*** следует понимать *выраженные внешне правовые и неправовые явления, с помощью которых реализуется процесс юридической конвергенции, обеспечивается достижение когерентности права*.

Как уже отмечено выше, в качестве сквозного элемента механизма юридической конвергенции и универсального вида средств юридической конвергенции выступают принципы юридической конвергенции, т. е. основополагающие идеи и руководящие начала рассматриваемого процесса.

Принципы юридической конвергенции носят сквозной, всепроникающий характер и действуют как в процессах внутренней, так и в процессах внешней конвергенции. Прежде всего, в зависимости от определенности это принцип *планируемой* и принцип *спонтанной* юридической конвергенции.

Планируемая внешняя юридическая конвергенция осуществляется при взаимной договоренности между государствами, чьи правовые системы подлежат сближению. Планируемая внутренняя юридическая конвергенция основана на целенаправленной деятельности различных субъектов по систематизации законодательства, по реализации права, по сближению права и закона, права и иных социальных норм и т. д.

Спонтанная внешняя конвергенция может возникнуть при кросскультурном взаимодействии различных стран и народов либо при формировании национального законодательства с учетом мировых тенденций в области правового регулирования общественных отношений. Внутренняя спонтанная юридическая конвергенция может проявляться в форме систематизации при кодификации, при случайном сближении права и иных социальных норм, при реализации правомерного поведения, когда лицо основывает свое поведение на иных социальных нормах, при этом фактически реализует право.

Принцип *эффективности* правового регулирования при юридической конвергенции. Означает, что изначально деятельность, направленная на сближение национальных правовых систем, на систематизацию и на реализацию законодательства, обусловливается необходимостью совершенствования правового регулирования общественных отношений. На самом деле, эффективность правового регулирования может служить прикрытием для личных или государственных интересов.

Принцип *обоснованности* юридической конвергенции означает, что она должна, так или иначе, обосновываться социально-политическими, юридическими и экономическими аргументами и предпосылками.

Большинство методов юридической конвергенции, в отличие от ее принципов, зависит от направлений конвергенции (внешнего и внутреннего). Вместе с тем есть и общие методы, например, метод *интерференции регулятивных предписаний.* В рамках данного метода правовые предписания различных правовых систем, а также внутри одной правовой системы «накладываются» друг на друга в виде унификации законодательства разных стран, систематизации внутреннего законодательства, в виде обобщения требований права и иных социальных норм в сознании субъектов правоотношений.

Для внешней юридической конвергенции характерны методы *правовой аккультурации (добровольной и принудительной). Добровольная* аккультурация происходит в виде рецепции, заимствования, взаимного сближения на основе общих международных стандартов, а также на образцах, выработанных взаимодействующими государствами и право-

выми системами. *Принудительная* аккультурация осуществляется в виде правовой экспансии, которая обеспечивается военным, экономическим и политическим давлением одного государства на другое. Кроме того, правовая экспансия может осуществляться за счет насильственного введения чужеродных правовых стандартов руководством государства или иными лицами, лоббирующими свои интересы.

Для внутренней юридической конвергенции наиболее характерны методы *правотворчества* (сближение права и закона, сближение поведения и норм, сближение права и иных социальных регуляторов); методы *систематизации* законодательства (инкорпорация кодификация, консолидация), методы *реализации права* (соблюдение, исполнение, использование и применение).

Таким образом, принципы, по своей сути являясь и средствами, и определенными проявлениями формы, обусловливают весь процесс юридической конвергенции.

В целом, подводя итог проведенного исследования, можно заключить следующее:

Во-первых, формы, средства и принципы юридической конвергенции – одни из центральных элементов механизма юридической конвергенции.

Во-вторых, трихотомия форм, средств и принципов выражена в процессах юридической конвергенции не только с помощью правовых явлений, но и с помощью неправовых (политических, экономических и др.) явлений.

В-третьих, рассмотренные элементы тесно связаны между собой, взаимно влияют друг на друга вплоть до взаимоперехода, например, одна из форм деятельности государства, с помощью которой осуществляется юридическая конвергенция, – это правотворчество, т. е. правотворчество выступает и средством юридической конвергенции, одновременно правотворчество – и руководящее начало, выражающее сущность юридической конвергенции.

Рассмотрение основных элементов, а также предметов и объектов, методов позволяет построить операционную (рабочую) классификационную модель видов юридической конвергенции.

Классифицировать юридическую конвергенцию можно по трем основаниям: *предмет, метод* и *форма*.

По *предмету* целесообразно выделять *собственно правовую* и *неправовую, но опосредованную правом* юридическую конвергенцию. Собственно-правовая конвергенция делится: на *правотворческую, пра-*

вопримени́тельную и *интерпретационную* юридическую конвергенцию. Неправовая, но опосредованная правом конвергенция подразделяется: на *политическую*, *экономическую* и *духовную конвергенцию*.

В зависимости от *методов* можно выделить *добровольную* (*естественную*) юридическую конвергенцию, которая, в свою очередь, подразделяется на одностороннюю, двустороннюю, многостороннюю, и *принудительную* юридическую конвергенцию, которая подразделяется на объективную (под давлением естественно-природных обстоятельств) и субъективную (юридическая экспансия).

По *форме* можно выделить *внешнюю* юридическую конвергенцию (сближение между правовыми системами и сближение между другими системами, основанное на праве), *медиальную* юридическую конвергенцию (между правом и иными социальными регуляторами, между правом и несоциальными регуляторами) и *внутреннюю* юридическую конвергенцию (между правом и законодательством, между правовыми нормами внутри системы права, между нормативными и ненормативными правовыми регуляторами).

Темы эссе:

1. *Элементы форм юридической конвергенции.*
2. *Неправовые формы конвергенции в праве.*
3. *Типы конвергенции права*.

Лекция 9. Мера юридического взаимодействия в виде конвергенции в праве

Мера: сущность и значение для общественных отношений. Мера и норма в праве. Мера конвергенции в праве. Ограничения конвергенции права.

С учетом анализа сущностных свойств юридической конвергенции и ее практики[1] можно предположить, что одним из основных инструментов оценки и регулирования данных процессов выступает явление, обозначаемое категорией «мера».

[1] Проанализировано более 50 правовых актов РФ, направленных на ратификацию межгосударственных и международных, соглашений, отражающих процессы юридической конвергенции (прил. 1).

Категория «мера» широко используется различными гуманитарными науками, в том числе и юриспруденцией. Между тем, несмотря на широкое употребление рассматриваемого термина, объем понятий, им охватываемых, далеко не однозначен. Категория мера, как и многие другие научные категории, противоречива. С одной стороны, в силу абстрактности ее определения, например, как качественного количества[1], или середины между крайностями[2], использование ее в конкретно-научном исследовании затруднено. С другой стороны, именно абстрактный и универсальный характер этого понятия позволяет применять его ко всем предметам познания независимо от их природы и специфики. В этом смысле по уровню абстрактности и по степени общности категория мера сходна с такими категориями, как сущность, закон и т. д.[3] Разнообразие типов и классов мер приводит к многообразию дефиниций меры. Встречающиеся определения меры можно группировать: эмпирические, этимологические, генетические, логические и другие. Каждое из них имеет право на существование, поскольку охватывает грань или несколько граней меры, дающих то или иное выражение сущности, заключенное в мере.

Вообще мера как категория диалектики была введена в научный оборот в относительно завершенном виде еще Гегелем в его работе «Наука логики», где он ее определяет *как непосредственное единство количественного и качественного*[4]. Здесь же данный автор выводит признаки меры. Во-первых, по его мнению, мера есть определенное количество, которое имеет качественное значение. Ее дальнейшее определение заключается в том, что в ней самой, в себе определенной, выступает различие ее моментов, качественной и количественной определенности. Эти моменты сами определяются далее как целости меры, которые постольку существуют как самостоятельные, так как они по своему существу соотносятся друг с другом.

Во-вторых, мера, в общем, есть отношение специфических определенных количеств как самостоятельных мер. Но их самостоятельность в то же время по своему существу зиждется на количественном отношении и различии по величине. Следовательно, их самостоятельность становится переходом друг в друга. Мера тем самым

---

[1] Гегель Г. В. Ф. Мера // Наука логики. С. 359.

[2] Аристотель. Никомахова этика. Большая этика // Соч. М., 1984. Т. 4. С. 86, 92–93, 316–317.

[4] Подробнее об этом: Вахонина О. В. Мерные характеристики повседневности : дис. … канд. филос. наук. Ростов н/Д, 1997.

[4] Гегель Г. В. Ф. Мера. С. 358.

исчезает в безмерном. Но это потустороннее меры есть ее отрицательность лишь в себе самой.

В-третьих, мера может выступать в качестве обратного отношения иных мер, которые как самостоятельные качества по своему существу зиждутся на своем количестве и на своем отрицательном соотношении друг с другом, и тем самым оказывается, что они лишь моменты их истинно самостоятельного единства, которое есть сущность меры в целом[1].

Несмотря на объемность, работа Гегеля по исследованию меры ясности и лапидарности в понимание меры не внесла. До сего дня существует полисемия данного термина. Так, в современной справочной литературе мера трактуется в нескольких смысловых значениях: как единица измерения, как граница, предел проявления чего-нибудь, как средство осуществления чего-нибудь и, наконец, как старорусская единица измерения емкости сыпучих тел[2]. Безусловно, данная ситуация не только не разрешает проблемы определения объема рассматриваемого понятия, но и запутывает ситуацию. Здесь нарушается старое правило, которое в свое время изложил еще К. Маркс: «Определение меры само должно иметь меру, быть конкретно-всеобщим, т. е. представлять собой единство различных дефиниций, поскольку конкретное есть единство многих определений, их синтез»[3].

Если обобщить применительно к настоящему исследованию различные подходы к пониманию меры, то они сводятся к двум наиболее характерным. Один из этих подходов ограничивает понятие меры лишь сферой познания. При этом игнорируется тот факт, что знание меры есть отражение мерной организации самого бытия, одной из форм проявления бытия материальных объектов. В теоретическом мышлении мера является ступенью познания объективного мира, способствует выделению в изменчивых вещах устойчивых сторон, что определяет мерный характер теоретического познания. Наличие у меры онтологического содержания не позволяет свести ее к мертвой, застывшей дефиниции. В силу развития и неисчерпаемости мира само познание его приобретает характер бесконечного процесса, и не может найти отражение ни в какой завершенной системе знаний[4]. Другой подход рас-

---

[1] Там же. С. 358–359.

[2] Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского зыка. М., 2003. С. 350.

[3] Маркс К. Введение (Из экономических рукописей 1857–1858 годов). Метод политической экономии // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 12. С. 726.

[4] Вахонина О. В. Указ. соч.

сматривает меру и как сторону, аспект материальных объектов, и как отражение ее в виде идеальных, концептуальных моделей[1].

Опираясь на анализ представленных основных подходов, раскрывающих категорию «мера», применительно к настоящему исследованию можно сформулировать ее операционное определение.

Мера *– это субъективная категория, являющаяся отражением в сознании границ, в рамках которых анализируемое явление существует в относительной неизменности, где количественные изменения не влекут качественных, и служащая масштабом для измерения и оценки явлений мыслимой или реально существующей действительности.*

Представленное определение и само существо меры позволяют говорить о мерности процессов юридической конвергенции, возможности их оценки и регулирования. Проанализируем основные мерные параметры юридической конвергенции.

Прежде всего, обратимся к информационной составляющей юридической конвергенции. В данном случае, в общем виде, меру обычно определяют как информацию об изучаемом объекте с точки зрения определенной методологической установки, научного опыта. Мера в данном случае есть не что иное, как языковой аналог меры реального объекта[2]. Однако это не означает тождественность меры реального сближения правовых норм или правовых систем и их теоретического функционирования, поскольку анализ концептуальных мер имеет своим предметом нечто отличное от меры материальных предметов, отображаемой в данной концептуальной мере. Но в то же время сущность любой реальной меры не раскрывается иначе, как в понятиях. Наличие определенного соотношения между мерой юридической конвергенции как понятия и мерой реального сближения права (внутреннего или внешнего) позволяет избежать, с одной стороны, их отождествления, механического перенесения меры юридической конвергенции на понятие о мере данного явления. С другой стороны, оно отрицает полное противопоставление меры сближения права мере – понятии, фиксируя присутствие между ними определенной связи.

Следовательно, мера юридической конвергенции, с одной стороны, есть мера реального сближения права, определенным образом

---

[1] О концепции см.: Баранов В. М. Концепция законопроекта. Н. Новгород, 2003.

[2] Бачило И. Л., Лопатин В. Н. Основы теории информации // Информационное право. СПб., 2001. С. 34.

вычлененная субъектом действительности, а с другой – отражение меры юридической конвергенции в сознании этого субъекта.

Содержание меры является синтезом содержания категорий качества и количества[1]. Поэтому меру юридической конвергенции следует характеризовать через количественные и качественные элементы меры. В целом элементы качества и количества юридической конвергенции образуют систему, состоящую из внутренних и внешних сторон. Внешняя сторона меры юридической конвергенции включает в себя определенность, границу, конечность, отрицание, свойство. Внутренняя – элемент и структуру, непрерывность и дискретность, устойчивость и изменчивость, функциональное отношение между конвергирующими объектами (правовыми системами, нормами и т. д.). Перечень элементов качества и количества, входящих в содержание меры юридической конвергенции, не заменяет определение ее как «качественного количества», но учитывать все это в мерной определенности необходимо. Синтетическое содержание меры юридической конвергенции позволяет отличать ее не только от качества и количества, но и от всех других категорий правового взаимодействия. Мерная определенность юридической конвергенции отличается от употребляемого понятия качества тем, что мера есть точное и конкретное определение качества, сферы его существования, границ допустимых для него изменений. Это означает, например, что сближающиеся правовые системы образуют новое качество когерентности, но не теряют при этом качества самостоятельности. Поэтому анализ мерной определенности юридической конвергенции всегда качественно-количественный. Определение меры внутренней или внешней юридической конвергенции предполагает выявление всей совокупности качественных и количественных моментов в единстве.

Мера юридической конвергенции включает в свое содержание элементы и структуру, а также функциональное отношение между сближающимися правовыми объектами. Конечно, нельзя все многообразие юридических связей при юридической конвергенции сводить к одной причине, но нельзя отрицать и специфику количественных изменений, ведущих к новому качеству.

Исходя из статуса категории меры как понятия универсального, т. е. присущего всем предметам, процессам, отношениям и т. д., вы-

[1] Подробнее об этом: Шинкарук В. И. Качество и сущность // Вопр. философии. 1963. № 9. С. 134–146 ; Руткевич М. Н. О содержании категорий качества и количества // Взаимосвязь категорий. Свердловск, 1970. С. 48–60.

водим, что и элемент, и структура, и функция юридической конвергенции имеют свою меру, а значит – качественные и количественные моменты в единстве их мер. Следовательно, можно заключить, что изменение структуры юридической конвергенции при неизменном составе ее элементов не может рассматриваться как количественное изменение во всех проявлениях внутренней и внешней юридической конвергенции. Количество юридической конвергенции включает два момента: мощность множества юридических элементов взаимодействующих друг с другом (это один из видов количества – дискретный), который познается с помощью операций счета; и другой вид количества – степень проявленности сближения правовых объектов и их свойств, который познается с помощью процедур измерений. В качестве примера здесь можно рассмотреть степень общности норм в различных правовых системах регулирующих однотипные отношения. Если второй вид количества юридической конвергенции вывести за пределы понятия количества, тогда и получается, что изменение структуры юридической конвергенции при неизменном составе ее элементов само по себе ведет к изменению качества. Например, изменение структуры взаимодействия отечественной правовой системы с международным правом в постсоветский период, при сохранении количественных характеристик взаимодействующих элементов привело к качественному изменению правовой системы России (в нее вошли прецеденты Европейского суда по правам человека).

Если исходить из общего (а не частного) понимания количества как мощности множества взаимодействующих правовых объектов и степени проявленности их свойств, тогда вышеприведенное положение оказывается несостоятельным. Изменение структуры юридической конвергенции при неизменном количестве элементов есть количественные изменения, но уже в аспекте степени проявленности непрерывных свойств и признаков структуры как самой конвергенции, так и самих взаимодействующих правовых объектов (правовых систем, норм и т. д.). Например, структурные изменения в юридической конвергенции и морали в регулировании частной жизни (без общего увеличения количества норм) могут изменить его качество. Так, если право и мораль поменять местами (право будет регулировать внутреннее пространство частной жизни, а мораль – только внешнюю границу), качество и структура самой частной жизни изменится. Поэтому положение о том, что «количественные изменения являются при-

чиной качественных, а значит и мерных изменений», остается верным и выражает общую причинную обусловленность процессов развития.

В этой связи следует отметить тот факт, что не существует юридических структур самих по себе, а существуют юридические или правовые объекты с определенными структурами. Аналогичным образом и функция сближения правовых объектов соответствует определенной структуре как своему носителю. Поскольку мера юридической конвергенции есть определенный срез взаимодействия права и правовых систем, преломленный в сознании субъекта процесс (например, рецепция римского частного права), логика его исследования детерминируется предметно. Отсюда следует, что наиболее адекватно сущность меры юридической конвергенции может быть выражена как диалектическое единство качественной и количественной определенности с учетом конкретизирующих их моментов (свойства, отношения, границы, симметрии, гармонии и т. д.), а также специфики связи правовых объектов не только между собой, но и с социальной средой (например, количество взаимосвязей, конвергирующих в нескольких правовых системах правовых институтов). Не изучив частей и элементов, синтетически входящих в меру каждого правового объекта, в их взаимодействии, нельзя выделить меру юридической конвергенции ее устойчивых, существенных и необходимых связей, того, что характерно именно для данной меры. Не изучив также отдельных правовых объектов в их связи с процессом конвергенции, нельзя понять функции меры конвергенции, ее зависимость от меры конвергенции отдельного взаимодействующего правового объекта (например, отрасль права от сближения взаимодействующих правовых и иных социальных норм).

Функциональная зависимость свойств юридической конвергенции в целом и свойств взаимодействующих правовых объектов состоит в том, что качественная определенность целого (его свойства, граница и т. д.), зависит от количественного отношения, в котором находятся элементы целого, т. е. состава самой юридической конвергенции. Зависимость свойств целого и его элементно-структурных моментов составляет основное содержание закона взаимного перехода количественных и качественных изменений. Так, в свое время появление определенного количества общих норм Евросоюза привело к появлению права Евросоюза.

Этот закон диалектики, как известно, формулируется как такая зависимость качественных и количественных характеристик объекта

(в рассматриваемом случае – юридической конвергенции), при которой количественные изменения в механизме правового взаимодействия на определенном этапе, переходя определенную границу меры, приводят к качественным изменениям взаимодействующих правовых объектов. И обратно: новое качество порождает новые интервалы количественных изменений. По сути, закономерность перехода от старого качества, к новому через новое количество раскрывает функциональную зависимость качественных и количественных моментов юридической конвергенции.

Следовательно, главное значение меры юридической конвергенции – обеспечивать условия не только для воспроизведения меры отдельных взаимодействующих правовых объектов, но и для их развития, для перехода к новому типу целостности, новой мере. Поэтому функция меры юридической конвергенции есть интегрирующий фактор, благодаря которому мера формируется, сохраняется и развивается как целое. В данном случае, функция – это специфический способ проявления свойств меры юридической конвергенции во взаимодействии с другими мерами самих правовых объектов. Так, например, сближение права СССР с правом стран так называемого «соцлагеря» выполняло функцию интеграции политических систем и согласования регулирования общественных отношений на всем социалистическом пространстве.

Такой подход способствует пониманию меры как развивающейся стороны юридической конвергенции. Если брать отдельную меру взаимодействия правовых объектов вне процесса конвергенции, то мерообразующим началом в ней является единство качества и количества, выступающее в качестве инварианта меры. Подобное определение меры в полном объеме применимо только к статичным, неразвивающимся правовым явлениям. В этом случае функция есть способ взаимодействия качественных и количественных аспектов. Но мера юридической конвергенции изменяется во времени. Поэтому время должно считаться важнейшей характеристикой меры юридической конвергенции. Развитие меры юридической конвергенции заключается именно в изменении количества во времени. Приспособление меры юридической конвергенции к функции – одна из специфических особенностей развивающихся мер. Поэтому изменение меры конвергенции может совершаться не только скачками, дискретно, но и непрерывно. Это значит, что мера юридической конвергенции не только сохраняющаяся, устойчивая упорядоченность связей и отношений между правовыми объектами, но и сам процесс. Применительно к ис-

следованию юридической конвергенции, это процесс ее оценки и регулирования. Поэтому противоречие в бытии и регулировании юридической конвергенции, в сущности, есть противоречие между мерой и чрезмерностью. Здесь в качестве полярной категории меры выступает гегелевская категория «чрезмерность», «безмерность» – как процесс выхождения данной меры за пределы определенной области сохранения данного качества изменяющегося количества. Например, экономическое сближение США и России привело к изданию распоряжения Правительства РФ от 25 октября 2010 г. №1874-р, согласно которому продавать за рубеж государственное имущество получили право не только органы государства и государственные организации, но и частные лица[1].

Любая мера порождает специфическую чрезмерность, нарушая тем самым условия собственного существования мерной определенности. Мера как бы «наращивает» чрезмерное, а последнее приводит к качественному изменению, т. е. к другой мере, отрицающей прежнюю. Через «механизм» отрицания мера включает чрезмерность как часть в прогрессивном движении либо растворяется в чрезмерности, поглощается ею в регрессивном движении. Так, например, конвергенция частного и публичного права в советский период не только дозволяла государству вмешиваться в частную жизнь людей, но фактически обязывала это делать, так как «частное» фактически поглощалось «публичным».

Следовательно, мера юридической конвергенции утверждает себя в саморазвитии, в саморазвертывании своих тенденций вплоть до самоотрицания, что приводит к столкновению сущности меры юридической конвергенции с самой собой и переходу ее в другую меру.

Такова диалектика меры юридической конвергенции, основанная на понятиях «мера-безмерность». Она может рассматриваться как конкретизация законов диалектики и их необходимый момент. В частности, расширяется методологическое представление о мере. Если стороны противоречия меры правового объекта – качество и количество – различны только тем, что одна из них есть антитеза другой, то мера юридической конвергенции и ее безмерность различны и как симметричные противоположности (действительное – возможное).

В целом, опираясь на проведенный анализ, можно сформулировать определение понятия «мера юридической конвергенции».

[1] Рос. газ. 2011. 18 марта.

Мера конвергенции права (юридической конвергенции) *– это явление и его отражение в сознании, характеризующее масштаб и границы взаимодействия правовых предписаний, правовых систем и других правовых объектов, в рамках которых сближающиеся правовые объекты остаются относительно самостоятельными, не приобретая нового качества за счет чрезмерности их сближения.*

Юридическая конвергенция представляет собой процесс взаимодействия между национальными правовыми системами, а также между отдельными элементами самого права. Этот процесс характеризуется сближением, увеличением количества связей между элементами права и правовых систем, а также степенью согласованности воздействия этих элементов на общественные отношения. Следовательно, конвергенция права − это прежде всего процесс, а как всякий процесс, она конечна и ограничена. Юридическая конвергенция, будучи процессом установления связей (взаимодействия), ограничивается целым рядом факторов. «Ограничение есть грань, предел, рубеж; удержание в известных рамках, установленных границах; правило, ограничивающее какие-либо права, действия; стеснение определенными условиями; лимитирование сферы деятельности; сужение возможностей и т. п.»[1].

Для того чтобы определить параметры и понятие «ограничение юридической конвергенция», обратимся к проявлениям данного вида ограничений

Прежде всего, следует обратить внимание на тот факт, что ограничения зависят от формы юридической конвергенции. Внутренняя юридическая конвергенция, например, права и закона ограничивается автономным существованием права и закона; как только различия между правом и законом устраняются, юридическая конвергенция останавливается и устанавливается состояние когерентности права и закона. Когерентность права (от лат. cohaerens – находящийся в связи) *− это совпадение требований права и закона, реальная внутренняя и внешняя связанность правовых систем, являющаяся результатом правовой конвергенции*[2].

Внутренняя юридическая конвергенция в форме сближения законодательства ограничивается особенностями и типом правовой си-

---

[1] Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1998. Т. 2. С. 647–648 ; Словарь синонимов русского языка. М., 1986. С. 305 ; Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1988. С. 357.

[2] Подробнее см.: Третьякова О. Д. Когеренция правовых систем (на примере конституций США, Афганистана и Филиппин) // Конституц. и муницип. право. 2005. № 4.

стемы и степенью ее согласованности. Наиболее ярким «физическим» проявлением внутренней конвергенции законодательства выступает его систематизация в форме кодификации, однако такая форма не везде приемлема, например, в Великобритании в большей степени применяется систематизация в форме инкорпорации. Ограничения юридической конвергенции связаны и с динамикой общественных отношений, которая не позволяет в полном объеме стать праву и правовой системе когерентными. Иными словами, несмотря на ограничения конвергенции законодательства, она может практически осуществляться до тех пор, пока существуют противоречия в праве.

Внешняя конвергенция ограничивается политической волей и характеристиками взаимодействующих правовых систем. Рассмотрим эти ограничения на примере конвергенции элементов правовых систем, правовых систем США и Афганистана в вопросах осуществления власти и обеспечения прав человека.

В качестве конституционного принцип обеспечения прав и свобод берет свое начало, как представляется, с момента принятия в Англии Великой хартии вольностей (1215 г.). Великая хартия вольностей и по сей день считается одной из конституционных основ формирования представительного органа и защиты прав человека[1].

В качестве самостоятельного раздела группа норм об обеспечении прав человека появляется в первой кодифицированной Конституции – в Конституции Соединенных Штатов Америки. При этом в Конституции США отсутствует отдельная глава о правах и свободах граждан, которая есть в большинстве современных конституций (отчасти этот недостаток был устранен после принятия Билля о правах), поскольку создатели Конституции считали, что основные права указаны в преамбуле.

Как известно, Билль о правах – это общее название первых десяти поправок к Конституции, которые гарантируют отдельные личные права граждан и, соответственно, ограничивают полномочия государственных органов. Это следующие права:

1) свобода слова, свобода религии, свобода прессы, свобода собраний, право на подачу петиции;

2) право иметь оружие;

3) запрещение размещать солдат в частных домах без согласия владельца;

---

[1] Крылов Б. С. Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии // Конституции государств Европы. М., 2001. Т. 1. С. 492.

4) запрет произвольных обысков и арестов;

5) гарантии надлежащего уголовного процесса, право не свидетельствовать против себя, гарантии при реквизициях;

6) права обвиняемого, в том числе право на суд присяжных;

7) право на суд присяжных в гражданских делах;

8) запрет чрезмерных залогов и штрафов, жестоких и необычных наказаний;

9) перечисление прав в Конституции не должно трактоваться как умаление остальных прав;

10) полномочия, сохраняемые за штатами.

В целом, можно утверждать, что Конституция США отражает и закрепляет достаточно демократичную форму государственного правления и охраняет значительный круг прав и свобод человека, без реализации которых личность не может гармонично развиваться, что, в общем-то, и подтвердила более чем двухсотлетняя история этого кодифицированного нормативно-правового акта. Данный нормативно-правовой акт вполне обоснованно стал образцом для подражания при формировании конституций многих государств. Само правительство США, декларируя демократизм и высокое качество жизни личности в этой стране, не раз предлагало или насильственно насаждало свое конституционное устройство в странах третьего мира, мотивируя свою политику необходимостью следования идеалам демократии и обеспечения прав человека. Как правило, анализ формальной составляющей экспансии США – насаждаемой конституционным законодательством – свидетельствует о конвергенции правовых систем стран третьего мира в виде их «подтягивания» до конституционного образца США, т. е. вроде бы данная деятельность направлена на парадигмальную когерентность. На самом деле, как представляется, подобная оценка конвергенционных процессов не столь однозначна. Дело в том, что общепризнанная экспансивность США изначально предполагает фактическое субъектное неравенство участников взаимодействий с правовой системой США, поскольку США длительное время доминируют в международной политике и своих позиций сдавать не собираются. Следовательно, формирование идентичной правовой системы может породить формальное субъектное равенство, которое затем способно перерасти в фактическое равенство, совсем не выгодное для США. Поэтому думается, что когерентность правовых систем в данном случае осуществляется по другим типам.

Обоснуем данный тезис, проведя анализ взаимодействия правовой системы США с правовыми системами Афганистана и Филиппин, которые находились определенное время под политическим и экономическим влиянием США.

Прежде всего обратимся к анализу конституционного законодательства Афганистана, где присутствие США долгое время оставалось явно не выраженным.

Исторически до 1973 г., т. е. до государственного переворота Мохаммада Дауда, Афганистан являлся монархией. До 1923 г. государство представляло собой абсолютную монархию, а после конституционной реформы и принятия первой афганской Конституции в 1923 г. государство по своей форме преобразовалось в конституционную монархию. В 1973 г. монархия была упразднена, и Афганистан в принятой позднее по советскому образцу Конституции 1977 г. был провозглашен «демократической, независимой, единой Республикой»[1], хотя издержки монархизма сохранялись еще длительное время[2].

Согласно принятой под сильным влиянием США Конституции Афганистана (2004 г.), Афганистан становится демократической республикой. Об этом свидетельствуют следующие обстоятельства. Прежде всего это наименование государства: Исламская Республика Афганистан. Кроме того, в норме ст. 1 Конституции Афганистан провозглашается «исламским республиканским государством». Высшие органы государства (президент, парламент, правительство) являются выборными и сменяемыми, причем только парламент во всех без исключения республиках избирается непосредственно населением.

Современный Афганистан, согласно его Конституции, можно считать и президентской республикой. Во-первых, глава афганского государства – Президент – избирается непосредственно населением при получении более пятидесяти процентов голосов избирателей путем свободного, всеобщего, тайного, прямого голосования (ст. 61 Конституции). Во-вторых, президент обладает обширными полномочиями. Он стоит во главе государства и реализует свои полномочия в сферах исполнительной, законодательной и судебной власти в соответствии с требованиями Конституции (ст. 60 Конституции). Кроме того, президент фактически является главой исполнительной власти и руководит ответственным перед ним правительством (ст. 71 Конституции).

---

[1] Конституция Афганистана 1977 г. // Офиц. газ. 1977. № 360. Ст. 20.

[2] Подробнее об этом: Сикоев Р. Основной закон 2004 года в контексте афганского конституционализма // Азия и Африка сегодня. 2004. № 6.

В принятой Конституции Афганистана в 2004 г. блок прав и свобод, которому посвящена вторая глава под названием «Основные права граждан», в целом расширен по сравнению с предыдущими конституциями.

Согласно ст. 22 «граждане Афганистана в соответствии с законом имеют равные права и свободы», «все виды дискриминации и привилегий среди граждан Афганистана запрещены». Действующая Конституция провозгласила жизнь «божественным даром и естественным правом человека», а свободу - естественным правом человека, которое ограничивается только свободой других граждан и общественной целесообразностью, установленными законом (ст. 23-24). Среди прав и свобод, предоставляемых гражданам Конституцией, называются: активное и пассивное избирательное право (ст. 33), право на свободу слова (ст. 34), право на создание общественных объединений и политических партий (ст. 35), право собираться без оружия и проводить демонстрации (ст. 36), а также другие права.

Итак, если сравнить Конституцию Афганистана 2004 г. с Конституционным законодательством США, то можно обнаружить принципиальное сходство в организации верховной власти и наличии блока охраняемых прав и свобод. Вместе с тем принципиальное сходство и безусловную конвергенцию анализируемых правовых систем нельзя рассматривать как одновекторный вариант парадигмальной когерентности или глобализации. Представляется, что по отношению к формированию и осуществлению власти, а также способам обеспечения и фиксации основных прав и свобод результаты конвергенции различны.

Прежде всего скажем о власти. Формально-парадигмальная когеренция верховной власти, создание формы правления по американскому образцу фактически оборачивается вариантом экспансивного насаждения представителями администрации США в Афганистане конституционного строя, основанного на вертикальной централизованной системе, которая полностью контролировалась бы сформированными при непосредственном участии США высшими органами государственной власти (прежде всего Президентом и Правительством)[1].

Права и свободы в рассмотренных конституциях имеют содержательные различия, но принципиально подобны. Конвергенция в данном случае осуществляется в рамках общемирового процесса пра-

[1] Данный вывод вполне согласуется и с позицией некоторых специалистов в области конституционного права Афганистана (напр.: Виташов Д. С. Основы конституционного строя по Конституции 2004 г. // Конституц. и муницип. право. 2005. № 4).

вовой глобализации, основанной на интегративной аккультурации или транснациональной правовой парадигме[1].

В целом, подводя итог рассмотрению основ современного строя Афганистана, с уверенностью можно сказать, что, несмотря на то, что в целом действующая Конституция Афганистана 2004 г. отражает исторически сложившиеся особенности, присущие конституционному праву страны, в закрепленном ею конституционном строе страны прослеживаются результаты иностранного влияния, прежде всего Соединенных Штатов Америки.

На основе проведенного сравнительного анализа правовых систем США и Афганистана можно заключить, что ограничения в представленном варианте внешней юридической конвергенция связаны со следующими обстоятельствами.

Во-первых, конвергенция ограничивается фактом одностороннего «давления» политической и правовой системы США, основа которой была заложена более 200 лет назад, на формирующуюся правовую систему Афганистана. При всей своей экспансивности со стороны США влияние на правовую систему Афганистана ограничено сформированностью правовой системы донора.

Во-вторых, конвергенция правовых систем США и Афганистана ограничивается тем обстоятельством, что правовая система США относится к правовой семье общего права, а правовая система Афганистана в большей степени содержит признаки романо-германской правовой семьи.

В-третьих, сближение рассмотренных правовых систем ограничено культурными факторами, прежде всего религией.

В-четвертых, конвергенция рассмотренных правовых систем ограничивается искусственно − теми политическими силами в США и Афганистане, которые выступают противниками данных процессов.

Медиальная форма юридической конвергенции занимает промежуточное положение между внутренней и внешней формой конвергенции и характеризует, с одной стороны, межсистемное сближение меду правовой системой и социально-нормативной системой общества, а с другой стороны – сближение правовых норм и отдельных социальных регуляторов. Иными словами, ограничения медиальной

[1] Третьякова О. Д. Государственно-правовая имплантация как форма аккультурации. С. 151–155.

формы юридической конвергенции имеют черты ограничений внутренней и внешней формы[1].

В целом, ограничения в юридической конвергенция относительно объективны и зависят от многих факторов. Среди них решающее значение имеют: а) тип и форма сближающихся правовых систем; б) степень экономической и политической развитости государств их носителей; в) степень совершенства самой правовой системы с точки зрения юридической техники; г) практика реализации содержащихся в правовой системе предписаний; д) вид иной социальной нормы, сближающейся с правом, и т. д.

Таким образом, можно заключить, что ***ограничения конвергенции права (юридической конвергенции)*** *− это совокупность факторов и обстоятельств объективного и субъективного свойства, обусловленных мерой юридической конвергенции, препятствующих достижению чрезмерности и изменения ее качества.*

Темы эссе:

1. *Нормативность и мерность в конвергенции права.*
2. *Безмерное в конвергенции права.*
3. *Пределы конвергенции права.*

[1] Подробнее об ограничениях юридической конвергенции права и иных социальных нормах см. далее.

Глава 3. ВНУТРЕННЯЯ ФОРМА ЮРИДИЧЕСКОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ В ВИДЕ КОНВЕРГЕНЦИИ В ПРАВЕ

Лекция 10. Конвергенция права и закона

Соотношение права и закона. Признаки конвергенции права и закона. Закономерности конвергенции права и закона.

Один из важнейших видов внутренней юридической конвергенции – это сближение права и закона. Двадцать шестого августа 1789 г. во Франции Национальным собранием была принята Декларация прав человека и гражданина. Она юридически оформила идеи о важнейших естественных и неотчуждаемых правах и свободах человека и гражданина, принадлежащих каждому с рождения. Ее значение для дальнейшего развития и закрепления прав человека невозможно переоценить, а содержание интересно и сегодня[1].

Пожалуй, именно с тех пор ведется дискуссия о соотношении права и закона, и она продолжается по сей день. Право – это совокупность исторически возникших правил поведения, установленных государством в целях торжества принципов справедливости, равенства, гуманизма, а также регулирования общественных отношений. Закон - это нормативно-правовой акт, принятый в особом порядке органами законодательной власти, регулирующий важнейшие общественные отношения и обладающий высшей юридической силой. Проблема соотношения права и закона существовала практически всегда, с древнейших времен, с тех пор как сложилось право. Актуальность проблемы соотношения права и закона сводится к следующему. Существуют законы, соответствующие правовым критериям, которые и необходимо считать правовыми законами. Здесь право и закон совпадают. Но есть и такие законы, которые не отвечают правовым критериям и, значит, с правом не совпадают[2].

Соотношение права и закона – центральная проблема правоведения и правопонимания. Совпадают право и закон или нет, можно ли сводить право к законам (и другим нормативным актам) или нет – эти проблемы всегда были в центре внимания юридической науки и прак-

---

[1] Казанцев Д. Права человека: история развития // ЭЖ-Юрист. 2011. № 32.

[2] Право и закон: их понятие и соотношение. URL: //http://www.latyshev-va.ru/Pravo_i_zakon_ikh_ponjatie_i_sootnoshenie/index.html (дата обращения: 23.04.2011).

тики. В нашей стране долгие годы преобладал взгляд на право как на систему норм. И лишь в последнее время получает все больше признания тезис о несводимости права к нормам[1].

Вместе с тем вопрос о соотношении права и закона остается открытым. Так, например, известный отечественный правовед В. С. Нерсесянц писал, что под правом в его различении с законом имеется в виду сущность права – то, что объективно присуще праву, выражает его отличительную особенность как социальной нормы и регулятора особого рода и отличает право от не-права (от произвола, с одной стороны, от моральных, религиозных и иных социальных норм, с другой стороны), т. е. то, что не зависит от субъективной воли и произвола законодателя (правоустановительной власти). Под законом в его различении с правом имеется в виду официально-властное нормативное явление, т. е. явление, имеющее законную силу принудительно-обязательного правила (нормы). Термин «закон» здесь используется в собирательном смысле и охватывает все источники официально установленного (позитивного) права, поскольку все они представляют собой официально-властные явления (эмпирические тексты) нормативного характера, наделенные законной (принудительно-обязательной) силой[2].

В свою очередь, Р. З. Лившиц утверждал, что, каким бы ни был подход к праву, нужно признать, что любой закон, любой, надлежащим образом принятый нормативный акт, независимо от его содержания, подлежит исполнению. На стадии подготовки и принятия закона его правовая или неправовая природа может только предполагаться, выявляется же она в ходе реализации закона, в результате отношения к нему людей. Закон, отвечающий интересам людей, является для них правовым. Если закон отвечает интересам большинства людей в обществе, то он правовой для общества в целом на данном этапе его развития. В этом смысле правовой характер закона совпадает с его легитимностью. Один и тот же закон может быть правовым и неправовым на разных этапах развития общества[3].

О несовпадении права и закона говорят и практики. Так, Г. Жилин, судья Конституционного Суда РФ, пишет, что под углом зрения практического осуществления права на судебную защиту и при этом

---

[1] Лившиц Л. З. Право и закон // Теория Права. URL: http://pohodu.com/15.html. (дата обращения: 12.10.2011).

[2] Нерсесянц В. С. Философия права: либертарно-юридическая концепция**.** URL: http://www.libertarium.ru/1957 (дата обращения: 22.11.2010).

[3] Лившиц Л. З. Указ соч.

исходя из различия права как объективного регулятора общественных отношений и закона как формы выражения права, законы не всегда адекватно выражают право, в связи с чем от правовых необходимо отличать неправовые законы, которые законодателем не должны приниматься, а судами – применяться[1].

Представляется, что дискуссия о соотношении права и закона практически бесконечна, поэтому, чтобы определить исходные позиции конвергенции, обратимся к Конституции РФ. Согласно ст. 18 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. Следовательно, основной критерий сближения права и закона – степень отраженности в законодательстве прав и свобод человека.

Рассмотрим модель процесса сближения права и закона. Предполагается лишь субъективная составляющая данного процесса. Инициируется различными субъектами, как правило, – субъектами законодательной инициативы. Избираются, как правило, правовые средства, методы, объекты и предметы. Осуществляется на основе регулятивной деятельности государства в виде правотворчества (объект) в форме законотворчества (предмет) с использованием нормативно-правовых актов (средства) на основе собственных методов юридической конвергенции и методов правотворчества с непосредственной целью – достижение когерентности права и закона – и опосредованной (производной) целью – обеспечение естественных и неотчуждаемых прав и свобод.

Права человека – это тот интегрирующий фактор права и закона, который наглядно позволяет проявить процесс субъективной юридической конвергенции.

Во-первых, количественные показатели. Анализ советского законодательства[2] показывает, что в нем содержалось минимальное число законов и иных нормативных актов, опирающихся на права человека (содержались лишь в Конституциях СССР и союзных республик). В то же время, начиная с 1991 г., происходит количественный скачок (было принято более 1 000 нормативно-правовых актов различной юридической силы, отражающих права и свободы человека)[3],

[1] Жилин Г. Соотношение права и закона // Рос. юстиция. 2000. № 4. С. 8–10.

[2] Свод законов СССР. М., 1982.

[3] Анализ осуществлялся на основании информации, включенной в федеральный регистр нормативных правовых актов Российской Федерации

особенно в первой половине 1990-х гг. В конце 1990-х гг. наметился спад количества нормативно-правовых актов (за вторую половину 1990-х гг. было принято около 600 правотворческих актов, фиксирующих конвергенцию права и закона на основе отражения прав человека). Сначала нового тысячелетия вновь проявилась тенденция к ежегодному приросту нормативно-правовых актов различной юридической силы, в той или иной степени затрагивающих проблему прав человека (за 2000–2010 гг. было принято более 2 000 тысяч)[1].

Рост количества нормативно-правовых актов, отражающих в той или иной степени, права человека свидетельствует о неуклонной конвергенции права и закона.

Во-вторых, формальное сближение права и закона, зафиксированное в правовых предписаниях, представляет собой иногда лишь программу такого слияния, поэтому объектом конвергенции при тех же предметах (право и закон) выступает и правообеспечительная деятельность, направленная на охрану и защиту прав и свобод человека.

Охрана и защита прав человека – две стороны обеспечения реальной конвергенции права и закона. И хотя в литературе существует точка зрения о том, что защита и охрана – тождественные явления[2], представляется все же более обоснованным противоположное мнение. Думается, что понятие «охрана» включает в себя лишь систему мер, направленных на предотвращение нарушений прав человека. Иными словами, «охрана» сориентирована, главным образом, на недопущение возможных нарушений, а «защита» – на нейтрализацию уже существующих. Об этом свидетельствуют некоторые высказывания современных правоведов. Н. И. Матузов пишет о том, что охрана и защита субъективного права и охраняемого законом интереса – не одно и то же: охраняются они постоянно, а защищаются только тогда, когда нарушаются[3]. Не противоречит данной точке зрения и позиция А. С. Мордовца: под охраной понимается состояние правомерной реализации прав и свобод под контролем социальных институтов, но

[1] Исследование проводилось на основании докладов Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации за 2005–2009 годы «О состоянии законодательства в Российской Федерации».URL: http://www.council.gov.ru. (дата обращения: 02.02.2011).

[2] Гражданско-правовая охрана интересов личности. М., 1969. С. 3 ; Стоякин Г. Я. Понятие защиты гражданских прав // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Свердловск, 1973. С. 30–35.

[3] Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов, 1989. С. 130–131.

без их вмешательства[1]. Следовательно, «охрана» – это перспективный аспект деятельности государства по обеспечению права на неприкосновенность частной жизни человека, «защита» – ретроспективный. Думается, излишний акцент в защите приводит к тому, что государство в рассматриваемом случае борется лишь с последствиями, не воздействуя на угрозу правам и конвергенции в целом, а это отнюдь не улучшает ситуации с обеспеченностью прав и свобод человека. Думается, следует сконцентрироваться на охране прав, тогда потребуется и меньше их защищать.

И все представленные понятия не случайно переплетаются и отдельными авторами воспринимаются как единое целое. Дело в том, что как охрана без защиты, так и защита без охраны теряет свой смысл, так как непонятно, а что охранять? Представляется, что и охрана, и защита – два этапа единого, последовательного процесса – обеспечения частной жизни. Первая стадия данного процесса – это охрана частной жизни. Вторая стадия – защита прав человека. Третья – факультативная стадия – самозащита. Здесь следует обратить внимание на то, что третья стадия может стать второй, а вторая – третьей, все зависит от лица, чья частная жизнь защищается.

Рассмотрим стадии процесса обеспечения прав человека и конвергенции права и закона. Первая стадия данного процесса – охрана частной жизни, она регламентируется правом и выражается в установлении прав и системы запретов, направленных на предотвращение нарушения данного права.

Вторая стадия – защита прав человека – это одно из средств реального обеспечения ее функционирования в общественной системе. Конституцией Россия провозглашена демократическим, правовым государством, в котором человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а их признание, реализация и защита – обязанностью государства (ст. 2). Без соблюдения прав и понимания их как стандартов демократии невозможно бескризисное развитие конкретного государства[2]. Следовательно, на государство в лице его органов и должностных лиц возлагается обязанность по признанию, реализации и защите всех прав и свобод, установленных законодательством, в том числе и права на

[1] Мордовец А. С. Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. Саратов, 1996. С. 88.

[2] Мелешников А. В. Историко-правовые предпосылки согласования российской и европейской правозащитных систем // Европейская правозащитная система: Соотношение и проблемы гармонизации / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2003. С. 32–33.

неприкосновенность частной жизни. В свою очередь, этой обязанности корреспондирует право каждого требовать от этих органов и лиц защиты своих прав и свобод (право на защиту). Как уже отмечено выше, понятие «защита» многозначно и зачастую отождествляется с охраной.

Вместе с тем следует учитывать, что не все посягательства на права человека, носят характер правонарушений. В публичном праве для применения мер защиты в виде юридической ответственности действительно необходимо наличие правонарушения, характеризующегося с субъективной стороны виной как психическим отношением лица к совершаемому деянию и его последствиям. В частном же праве основанием защиты в виде ответственности является нарушение субъективного права и (или) законного интереса. При этом вина, определяемая в общем виде как непринятие необходимых мер для надлежащего исполнения обязательства, устанавливается законодателем в качестве дополнительного, факультативного условия применения мер ответственности для некоторых разновидностей гражданско-правовых отношений, обладающих специфическими особенностями (особым субъектным составом, характером отношений сторон и т. д.). Так, например, в соответствии с п. 3 ст. 401 Гражданского кодекса РФ лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. Но, если предприниматель является производителем сельскохозяйственной продукции, участвующим в договоре контрактации, то за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства он отвечает только при наличии вины (ст. 538 Гражданского кодекса РФ).

Кроме того, в гражданском праве также возможны случаи применения мер ответственности за правомерные действия. Так, например, в соответствии со ст. 782 Гражданского кодекса РФ исполнитель по договору возмездного оказания услуг вправе отказаться от исполнения обязательств по договору при условии полного возмещения заказчику убытков. Аналогичное правило закреплено ст. 978, 1003 Гражданского кодекса РФ. Основанием ответственности при этом также является нарушение субъективного права и (или) законного интереса, вызванное правомерными действиями. В вышеперечисленных случаях применение мер защиты направлено именно на восстановление нарушенных прав и законных интересов, но не на борьбу с правонарушениями.

Приведенное выше понятие защиты охватывает и ее процедуру. Эта точка зрения вполне согласуется и с законодательством. Например, в соответствии со ст. 11 Гражданского кодекса РФ защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд (далее: суд). Защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом.

В соответствии со ст. 12 Гражданского кодекса РФ защита права осуществляется следующим путем: признания права; восстановления положения, существовавшего до нарушения права; пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; признания оспоримой сделки недействительной и применения последствий ее недействительности и применения последствий недействительности ничтожной сделки; признания недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления; самозащиты права; присуждения к исполнению обязанности в натуре; возмещения убытков; взыскания неустойки; компенсации морального вреда; прекращения или изменения правоотношения; неприменения судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону; иными способами, предусмотренными законом.

Получается, что законодатель под защитой субъективного права, с одной стороны, понимает деятельность суда и административных органов по разрешению юридического дела (ст. 11 Гражданского кодекса РФ), а с другой стороны, под защитой понимается фактическая реализация способа защиты, предусмотренного законом, например, возмещение убытков, взыскание неустойки, признание права и т. д. (ст. 12 Гражданского кодекса РФ).

Глава 20 Гражданского кодекса РФ, фиксирующая защиту права собственности, связывает ее с противодействием нарушениям в данной сфере. В Конвенции о правах ребенка говорится о правовом характере защиты права и указывается, что «ребенок, ввиду его физической и умственной незрелости, нуждается в специальной охране и заботе, включая надлежащую правовую защиту»[1].

На основании конституционного принципа равноправия, закрепленного в ч. 2 ст. 6, ст. 19 Конституции РФ, правом на защиту обладает каждый гражданин независимо от обладания каким-либо специальным правовым статусом. Кроме того, это право, в силу сущности основных

[1] Международные акты о правах человека : сб. док. М., 1999. С. 306.

прав и в соответствии с ч. 2 ст. 17 Конституции РФ, неотчуждаемо и принадлежит каждому от рождения. При этом данное субъективное право может быть реализовано как самостоятельно, так и с помощью других лиц[1]. Следовательно, в целом вполне справедливо суждение о том, что не обеспеченное от нарушения необходимыми средствами защиты субъективное право является лишь декларативным правом. И реализация данного права может быть успешной лишь при добровольном уважении его со стороны членов общества, и приобретает в силу этого характер лишь морально обеспеченного права, покоящегося на сознании членов общества и авторитете государственной власти[2].

Анализ приведенных примеров, норм, обеспечивающих регулирование защиты прав человека, позволяет сказать, что все они направлены на обеспечение конвергенции права и закона в реальности, а не на бумаге.

Кроме нормативных (правовых актов) средств конвергенции права и закона на основании прав человека, используются средства мониторинга за обеспечением сближения права и закона. Например, в постановлении губернатора Владимирской области от 28 июня 2007 г. № 473 О порядке передачи проектов социально значимых нормативных правовых актов на общественную экспертизу в Общественно-политический Консультативный Совет при губернаторе Владимирской области, общественную комиссию по правам человека при губернаторе Владимирской области, другие общественные объединения с целью получения соответствующих заключений закреплен вариант обеспечения прав человека, в том числе конвергенции права и закона.

В соответствии с распоряжением Правительства РФ от 25 октября 2005 г. № 1789-р «О Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006–2008 годах», указом губернатора области от 12 февраля 2007 г. № 4 «О законодательной инициативе и нормотворческой деятельности в 2007 году», постановлением губернатора области от 15 марта 2006 г. № 186 «О программе административной реформы во Владимирской области в 2006–2008 годах» «в целях оперативного и максимально полного учета общественного мнения при разработке социально значимых нормативных правовых актов постановляю:

---

[1] Подробнее об этом: Бондарь Н. С. Права человека и Конституция России: Трудный путь к свободе. Ростов н/Д, 1996. С.186 ; Горшаков С. А. Стандарты Совета Европы по правам человека и российское законодательство. М., 2001. С. 162.

[2] Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1992. С. 96.

1. Утвердить положение о порядке передачи проектов социально значимых нормативных правовых актов на общественную экспертизу в Общественно-политический консультативный совет при Губернаторе Владимирской области, общественную комиссию по правам человека при Губернаторе Владимирской области, другие общественные объединения с целью получения соответствующих заключений согласно приложению»[1].

Иными словами, можно сказать, что приведенный указ губернатора Владимирской области – это образец противодействия возможному расхождению права и закона, и тем самым данный акт является средством обеспечения конвергенции исследуемых явлений.

В целом, можно отметить, что правотворчество как объект конвергенции права и закона в целом формально позволяет достичь результата конвергенции права и закона. Причем, как правило, предметы конвергенции синхронизируются без реального слияния, а в некоторых случаях конвергенция достигается опосредованно через иерархию правовых предписаний, которую «венчает» основной правовой закон – Конституция. Однако помимо правотворчества может оказывать влияние на конвергенцию права и закона и другой объект данного вида конвергенции – самоорганизация права.

Правовые предписания воздействуют на сознание и волю, но регулируют не сами эти психические процессы, а их результаты – объективно совершенные поступки. Объективная невозможность однозначно регламентировать психические процессы порождает феномен самоорганизации права на основе сближения права и закона через множественную реализацию их в сознании и поведении субъектов в условиях той или иной правовой ситуации. Можно сказать, что правовой порядок, как согласованность и упорядоченность общественных отношений, возникает в качестве следствия, во-первых, действия на сознание индивидов требований правовых предписаний, а во-вторых, самоорганизации права на основе поведения людей, его реализующих.

Изучение проблем самоорганизации права представляется крайне важным для повышения эффективности конвергенции права и закона в целом. Игнорирование указанной проблематики способствует повышению риска, неопределенности, вероятности в конвергенционных процессах того, что, естественно, негативно сказывается на степени когерентности права и закона.

[1] Владим. ведомости. 2007. 29 июня.

Наиболее ярко феномен самоорганизации проявляется в отраслях частного права. Так, В. В. Залесский отмечает, что «для гражданского права чрезвычайно важен процесс самоорганизации гражданских правоотношений, в значительной степени подверженный действию случайных, вероятностных факторов»[1].

Действующим началом процесса самоорганизации права на основе конвергенции права и закона, думается, будет юридический факт. Поэтому можно согласиться с мнением В. В. Залесского, который утверждает, что «придавая тем или иным обстоятельствам свойства юридического факта, законодатель несвободен – его действия обусловлены потребностями общества, складывающимися на определенном этапе его развития. Но отражают ли реальные (объективные) потребности общества решения законодателя о придании свойств юридического факта тем или иным обстоятельствам? Идеальных правовых норм не бывает, иначе не было бы необходимости в постоянном совершенствовании законодательства. Следовательно, в придании свойств юридического факта есть элемент случайности, прежде всего, в том, будет ли достигнута цель, поставленная законодателем и определенная во многом субъективно»[2]. Явление отрицательной самоорганизации права В. В. Залесский иллюстрирует на следующем примере. Законом о государственной регистрации юридических лиц достаточным юридическим фактом, с которым связывается возникновение юридического лица, объявлено предоставление пакета документов без предварительной их проверки. В результате появились сотни тысяч коммерческих юридических лиц, по существу, являющихся «мертвыми душами». Цель упорядочения процесса создания юридических лиц не была достигнута. Вероятность такого развития событий могла быть просчитана, но осталась неучтенной, произошла отрицательная самоорганизация системы, вызванная естественной для современного российского бизнеса неуемной жаждой наживы, направившей созидательный по своей природе процесс в нежелательном для экономики страны направлении[3].

Отметим, что явления самоорганизации права на основании конвергенции права и закона нельзя оценивать однозначно. В ряде случаев она выступает в качестве объективной необходимости для нормального, стабильного функционирования и развития общества. Так,

---

[1] Залесский В. В. Гражданское право М., 2007. С. 86.

[2] Залесский В. В. Указ. соч. С. 86.

[3] Там же. С. 86–87.

В. А. Сапун отмечает, что обновленная экономическая среда и вся ее хозяйственная система требует, прежде всего, гражданско-правовых начал и средств децентрализованного регулирования. Главная их цель – с помощью юридических механизмов и деятельности по их использованию обеспечить экономическую самостоятельность субъектов имущественных отношений, их независимость друг от друга, что откроет простор для проявления ими правовой активности в использовании автономных правовых средств децентрализованного регулирования. Рынок как элемент обновленной и здоровой экономической среды возможен только в качестве правовой связи свободных субъектов – собственников имущества. Каждый из них должен быть защищен и гарантирован, прежде всего, правовыми и экономическими средствами как от посягательств ведомств, так и диктата контрагентов, на что направлено введение в действие экономических законов: Гражданского кодекса РФ, законов «Об акционерных обществах», «О государственной поддержке малого предпринимательства в РФ», «О финансовых основах местного самоуправления в РФ», других актов, создающих правовую основу новой экономической среды как основополагающего элемента социального механизма действия права[1].

Вместе с тем феномен самоорганизации права характерен и для отраслей публичного права. В качестве примера в рамках конституционного права возможно назвать такое явление, как лоббизм, во многом по законам самоорганизации протекали отношения между федеральным центром и субъектами Федерации в начале и середине 90-х гг. XX в., известные широкой общественности как «парад суверенитетов».

Наиболее характерным примером влияния социальной среды на степень эффективности действия правовых норм является пример с либерализмом. Постсоветская Россия с большой симпатией отнеслась к тем новым идеям и ценностям, которые несла с собой парадигма либерализма. Искренняя вера в то, что они позволят преобразовать общество и достичь если не всеобщего благоденствия, то, по крайней мере, такого уровня развития, которое бы обеспечило свободное развитие личности и ее достойное существование в максимально сжатые сроки, подверглась серьезным испытаниям и, в конечном счете, обернулась если не их отторжением, то глубоким разочарованием. В настоящее время в юридической литературе предпринимаются попытки критически осмыслить либеральные ценности. Ни в коей мере не принижая их

[1] Сапун В. А. Теория правовых средств и механизм реализации права : дис. … д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 95.

значимости для общественной жизни, все более прослеживается тенденция наполнить их новым содержанием, которое бы в большей мере соответствовало требованиям настоящего времени[1].

Причины же скептического отношения к либерализму следует усматривать как раз в самоорганизации социальной среды, сущность которой будет ясна, если выделить типы сознания, исходя из степени их близости или отдаленности от идеального типа либерального сознания[2]. Как отмечают Б. Г. Капустин и И. М. Клямкин, для значительной части российского общества характерны нелиберальные типы сознания. Причем первый тип сознания отличается неприятием индивидуальной свободы как самоценности и ориентирован на равенство жизненного удела и коллективизм, а второй тип нелиберального сознания, хотя и признает ценность индивидуальной свободы, но понимает ее исключительно как свободу реализации собственного интереса, ограниченную не правом, а силой других людей и обстоятельств. По существу, речь здесь идет не об индивидуальной свободе, а об индивидуальном произволе. Для политической же элиты преимущественно было характерно сознание экономического либерализма, суть которого сводится к абсолютизации собственности и формального равенства. Учитывая это, вполне понятны безучастность и безынициативность значительной части российского общества (что в какой-то степени обусловило кризис в экономике), рост преступности и недостаточно развитая система социального обеспечения слабо защищенных слоев российского общества.

Б. Г. Капустин и И. М. Клямкин совершенно правы, когда отмечают, что «победа либерализма в одной или нескольких социальных группах при нелиберальности всего остального общества – это утопия. Такой либерализм неизбежно приобретает черты «нелиберального индивидуализма» или еще чего-то еще более близкого к «традиционно советскому» типу»[3].

Результатом самоорганизации права в виде сближения права и закона явилось некоторое отчуждение государства и общества. Так,

---

[1] Афанасьев А. 10 заповедей, разрушающих дремучие идеологеммы XVIII в., которые мы искренне считаем суперсовременными // Рос. газ. 2000. 26 февр. ; Ковлер А. И. Указ. соч. ; Теория государства и права на рубеже веков: проблемы и решения // Правоведение. 2000. № 1 ; Мартышин О. В. Справедливость и право // Право и политика. 2000. № 12 ; Чиркин В. Е. Российская Конституция и международный опыт.

[2] Более подробно о либеральных ценностях в сознании россиян см.: Капустин Б. Г., Клямкин И. М. Либеральные ценности в сознании россиян // Полис. 1994. № 1–2.

[3] Там же. С. 79.

А. Л. Андреев пишет, что «к середине 90-х гг. в стране сложилась весьма своеобразная ситуация: власть и общество жили своей собственной «частной» жизнью, существуя как бы в разных ценностно-смысловых измерениях и «соприкасаясь» лишь вынуждено и по сугубо конкретным поводам: выборы, сбор налогов, призыв в армию и т. п.»[1].

Иными словами, самоорганизация прав на основе прав человека привела к дивергенции власти и общества и фактически «расколола» СССР.

Основа самоорганизации права – это предоставление свободы субъектам правоотношений пользоваться своими правами.

По справедливому мнению Л. В. Афанасьевой, «закрепленное в законе право (свобода) человека по существу состоит из двух компонентов. С одной стороны, субъект имеет право выбора: использовать (и в каком объеме) или вообще не использовать свое право, а, во-вторых, при положительном решении этого вопроса он имеет право на осуществление активных действий (предъявление требования, осуществление самостоятельных действий или обращения за защитой)»[2]. В связи с этим есть основания говорить, во-первых, о субъектном и темпоральном (временном) аспектах самоорганизации, а во-вторых, о предметно-деятельностном аспекте.

Субъектный и темпоральный аспекты отражают вероятностно-статистическую сущность процесса самоорганизации права. Законодатель, закрепляя в законодательстве те или иные права, рассчитывает, что их реализация будет носить массовый, а не единичный характер. В то же время предугадать, кто и когда использует предоставленное право невозможно, да и бессмысленно.

Наибольший интерес представляет предметно-деятельностный аспект самоорганизации. В самом общем виде его содержание сводится к тому, что субъект посредством совершения активных действий, имеющих юридическое значение, получает возможность пользоваться определенным благом и удовлетворить в известной степени некоторые свои потребности и интересы. Можно сказать, что самоорганизация имеет место там, где отсутствуют тотальный контроль и внешнее принуждение и существует некоторая возможность выбора.

---

[1] Андреев А. Л. Самоорганизация социокультурной среды и трансформация политической системы: российские реформы с точки зрения синергетики // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 7, Философия. 2000. № 6. С. 84.

[2] Афанасьева Л. В. Нормы права и их действие : дис. … канд. юрид. наук. М., 2000. С. 118–119.

При этом, если обнаруживается совпадение между интересами и потребностями лица, с одной стороны, и теми интересами, которые выражают и защищают правовые нормы, с другой стороны, то самоорганизация приобретает правомерные формы. В то же время нельзя не отметить, что самоорганизация может приобретать и противоправные формы, в частности, такое возможно в случае злоупотребления правом (ст. 10 Гражданский кодекс РФ). Так, Гражданский кодекс РФ определяет злоупотребление правом как совершение действий исключительно с намерениями причинить вред другому лицу, использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, злоупотребление доминирующим положением на рынке. В качестве общего последствия злоупотребления правом в законодательстве установлена санкция – отказ в судебной защите права. В ст. 69 Семейного кодекса РФ содержится норма, предусматривающая лишение родительских прав в случае злоупотребления ими со стороны родителей.

Самоорганизация права происходит и за счет обращений граждан за защитой нарушенных прав, в том числе в Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ). Так, например, по решениям ЕСПЧ Российская Федерация выплатила истцам в 2002 г. 11 000 евро, в 2003 г. – 10 000 евро, в 2004 г. – 566 072 евро, в 2005 г. – 614 733 евро, 5 540 английских фунтов, 140 546 руб. 25 коп.[1]

Достаточно частое обращение в ЕСПЧ порождает определенные прецеденты, которые на сегодняшний день являются составной частью правовой системы России. Следовательно, самоорганизация права выражается и в создании юридических прецедентов, причем в нашей стране эти прецеденты, в основном, направлены на всемерное обеспечение прав человека, т. е. и на конвергенцию права и закона.

Таким образом, ***самоорганизация права*** *означает массовую деятельность различных субъектов, реализующих свои права, на основе этого осуществляется реальное воплощение конвергенции права и закона, за счет чего происходит качественный скачок, и право и закон становятся едиными в сознании, знаменуя конвергенцию права и сознания индивида. Кроме того, это и участие в деятельности по созданию правовых прецедентов.*

Тем не менее инициацию конвергенции права и закона в виде самоорганизации нельзя назвать объективной – она, как и правотвор-

[1] О Федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России» на 2007–2011 годы» : постановление Правительства Рос. Федерации от 21 сент. 2006 г. № 583 // Рос. газ. 2006. 1 нояб.

чество, осуществляется субъективно. Следовательно, стадиальная модель конвергенции права и закона будет реализовываться одинаково для всех объектов конвергенции. Эта модель по итогам исследования будет выглядеть следующим образом.

Как видно из проведенного исследования, предполагаемая лишь субъективная составляющая инициации данного процесса подтвердилась. Инициируется различными субъектами, при правотворчестве – субъектами законодательной инициативы, при самоорганизации – субъектами реализации прав и свобод. Используются, как правило, правовые средства, методы, объекты и предметы. Осуществляется на основе регулятивной деятельности государства в виде правотворчества или в виде самоорганизации права за счет его многократной реализации (объекты). Предметы конвергенции – право и закон. В качестве средств используются нормативно-правовые акты и акты реализации (и поведение, и документы). Методы – собственные методы юридической конвергенции – синхронизация без поглощения (и поведенческая, и документальная). Цель конвергенции права закона: непосредственная цель – достижение когерентности права и закона (образование максимального количества правовых законов – и прямых, и иерархических); опосредованная (производная) цель – обеспечение естественных и неотчуждаемых прав и свобод.

Таким образом, исследовав конвергенцию права и закона, автор пришел к выводу о необходимости ограничений и четкого научного, а также межведомственного контроля.

Во-первых, требует коррекции и контроля техника данного процесса конвергенции, так как иногда закрепленное право фактически лишь формально декларируется, государство его не в силах обеспечить, например, право на жизнь. Иногда смешиваются формы реализации законодательства, например, достаточно распространен призыв «соблюдать права», соблюдение – это пассивная форма реализации законодательства, следовательно если читать буквально данную формулировку, то она содержит призыв воздерживаться от реализации права.

Во-вторых, как установлено автором, конвергенция права и закона не исчерпывается правами и свободами, так как право, не выраженное в законодательстве, – это и некоторые нормы, по тем или иным причинам ставшие общеобязательными и в силу поддержки их определенными, как правило, высшими должностными лицами (например, нормативные высказывания Президента, Председателя Правительства, отдельных министров). Кроме того, не секрет, что исповедуемое кри-

минальными элементами так называемое «теневое право» (В. М. Баранов) в силу проникновения их в органы законодательной власти может из «теневого» превратиться в реальное законодательство.

В-третьих, неравномерность конвергенции права и закона, как показывает исторических опыт и анализ решений Европейского Суда по Правам Человека, приводит к ситуации, когда общественное отношение внутри государства решается на основе законодательства, удаленного от права больше, чем международное право, что подрывает престиж государства и может быть лишь частично справедливым.

В-четвертых, решения ЕСПЧ на основе реализации права на защиту своих прав у различных субъектов приводит к конвергенции права и закона за счет осознания человеком своих прав и возможности их защитить и за счет формирования на этой основе юридических прецедентов.

В-пятых, правотворчество как объект конвергенции права и закона, в целом, формально позволяет достичь результата конвергенции права и закона. Причем, как правило, предметы конвергенции синхронизируются без реального слияния, а в некоторых случаях конвергенция достигается опосредованно – через иерархию правовых предписаний, которую «венчает» основной правовой закон – Конституция.

В-шестых, формальное сближение права и закона, зафиксированное в правовых предписаниях, представляет собой иногда лишь программу такого слияния, поэтому объектом конвергенции при тех же предметах (право и закон) выступает и правообеспечительная деятельность, направленная на охрану и защиту прав и свобод человека.

В-седьмых, объекты конвергенции права и закона (правотворчество и самоорганизация права), несмотря на свои различия, характеризуют субъективную инициацию конвергенции.

Темы эссе:

1.*Соотношение национального закона и международного права.*

2. Конвергенция естественного и позитивного права.

3. противоречия конвергенции права и закона.

Лекция 11. Конвергенция нормативных и ненормативных правовых предписаний

Нормативное и ненормативное в праве. Смешанные правовые акты. Признаки конвергенции нормативных и ненормативных правовых актов. Закономерности конвергенции нормативных и ненормативных правовых актов.

Современная отечественная правовая система характеризуется большим количеством принимаемых нормативно-правовых актов. В последние годы была обновлена правовая база целых отраслей и институтов системы права России: жилищного, трудового, административного, уголовно-процессуального, гражданско-процессуального, арбитражно-процессуального, земельного, избирательного, наследственного и ряда других. Причем увеличение числа принимаемых нормативных правовых актов увеличивается как на федеральном уровне, так и на региональном и локальном уровнях[1].

Как установлено ранее, с помощью правотворческой деятельности осуществляются различные виды юридической конвергенции, в том числе и конвергенция нормативных и ненормативных правовых предписаний. Данный вид юридической конвергенции в целом проявляется через весь процесс правового регулирования общественных отношений. Правовые нормы ведь издаются с целью их реализации и упорядочения тем самым отношений между людьми. В большинстве случаев, для того чтобы реализовать нормативные правовые предписания, закрепленные в нормативно-правовых актах, требуется издание ненормативных правоинтерпретационных и правоприменительных актов[2]. Следовательно, формальное соотношение числа нормативных

---

[1] Ростова А. Г. Ненормативные правовые акты как основания возникновения, изменения и прекращения правоотношений : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Владимир, 2008. С. 3.

[2] Например, Приложение № 1 к Приказу МВД России от 21 ноября 2008 г. № 1006 «Об упорядочении подготовки ненормативных правовых актов» в качестве ненормативных актов МВД называет следующие предписания:

– международные договоры (соглашения) и иные международные правовые акты;

– межведомственные соглашения (соглашения с иными органами государственной власти и другими организациями);

– гражданско-правовые договоры, в том числе государственные контракты;

– типовые контракты о службе (по должностям, подразделениям);

– приказы, связанные с наложением дисциплинарных взысканий;

правовых актов и числа принятых на основе ненормативных (интерпретационных и актов применения) проявляет наличие процесса юридической конвергенции и позволяет определить степень когерентности правовых предписаний (нормативных и ненормативных).

Вместе с тем иногда конвергенция нормативных и ненормативных правовых предписаний проявляется сразу и наглядно – в случае издания законодателем так называемых смешанных (иногда называемых атипичными) правовых актов.

В словарях слово «атипичный» трактуется как нехарактерный для какого-либо явления[1]. Следовательно, ***смешанные (атипичные) правовые акты*** *– это государственно-властные предписания, обусловленные юридической конвергенцией, содержащие нормативные и ненормативные регуляторы общественных отношений, которые наиболее эффективно действуют лишь в состоянии когерентности.*

Одним из первых проблему «смешанных», «атипичных» правовых актов, в содержание которых включены не только нормативные предписания, но и элементы других видов правовых актов, обозначил выдающийся ученый С. А. Голунский. Он писал, что «нормы права отнюдь не исчерпываются абстрактными предписаниями, запретами и дозволениями, но включают в себя и многое другое, в частности постановку определенных задач и указание путей их разрешения»[2]. В теории права до настоящего времени не выработан единый подход к уяснению юридической природы смешанных актов, включающих в свое содержание как нормативные предписания, так и элементы

– приказы, связанные с временным отстранением от занимаемой должности;

– приказы, связанные с увольнением со службы (военной службы) по отрицательным мотивам;

– приказы по вопросам создания, реорганизации и ликвидации органов, организаций, учреждений, предприятий и подразделений;

– приказы по утверждению (изменению) штатных расписаний органа (подразделения);

– распоряжения по вопросам списания материальных средств;

– конкурсная документация и документация об аукционе, запрос котировок на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг;

– доверенности, выдаваемые руководителями органа (подразделения);

– распоряжения, приказы, касающиеся подготовки проектов нормативных правовых актов.

[1] Напр.: Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. М., 2000. С. 63 ; Бородулин В. И. Медицинский энциклопедический словарь. М., 2002. С. 112.

[2] Голунский С. А. К вопросу о понятии правовой нормы в социалистическом праве // Сов. государство и право. 1961. № 4. С. 26.

правореализации и юридического толкования. В. Н. Карташов относит такие документы к «смешанным юридическим актам», считая их «квазинормативным актам»[1]. Такая трактовка данного понятия приемлема, если провести аналогию с классификацией правоотношений, данных древнеримскими юристами. Они детально изучили контрактные и деликтные обязательства, а все иные обязательства, вытекающие из самых разнообразных жизненных ситуаций, анализировать и классифицировать не стали и назвали их обязательствами quasi ex contractu («как бы из договора») и quasi ex maleficio («как бы из правонарушения»). Отнесение смешанных актов к квазинормативным указывает на отсутствие подробного изучения данного вопроса в юридической науке, но не позволяет определить сущность понятия (как и у римских юристов), а лишь дает сравнение: кроме прочих, существуют также такие правовые акты, которые обладают теми или иными признаками различных видов юридических актов[2].

Другие авторы упоминают о смешанных актах только тогда, когда встречают в одном документе закрепление нормативных и правоприменительных элементов[3].

Представляется, что смешанные правовые акты являются самостоятельным видом юридических актов (наряду с нормативно-правовыми, интерпретационными, правореализующими, правоприменительными и т. д.). Обладая всеми основными чертами правовых актов, они занимают свое, особое место в механизме правового регулирования. Если содержание «обычных» юридических актов составляют однородные элементы – юридические нормы (нормативно-правовые акты), правовые разъяснения (интерпретационные акты), индивидуальные властные предписания (правоприменительные акты), автономные решения субъектов (правореализующие акты), то смешанные акты включают в себя совокупность элементов различных видов правовых актов, т. е. это акты, в которых происходит сочетание правовых свойств различных видов юридических актов. Правовой документ содержит, например, одновременно нормативно-правовые и индивидуально-

---

[1] Карташов В. Н. Теория государства и права. Начальный курс. Кострома, 2000. С. 67.

[2] Третьякова О. Д., Кивленок Т. В. Внутренняя конвергенция права: «атипичные» правовые акты. Владимир, 2006. С. 128.

[3] Пиголкин А. С. Юридическая терминология и пути ее совершенствования // Учен. зап. ВНИИСЗ. М., 1971. Вып. 24. С. 38 ; Мицкевич А. В. Акты высших органов Советского государства. М., 1967. С. 28 ; Самощенко И. С. Некоторые вопросы учения о нормативных актах социалистического государства // Правоведение. 1969. № 3. С. 32.

конкретные предписания, т. е. является нормативным и в то же время правоприменительным актом[1]. К указанным документам относится постановление Правительства РФ от 12 августа 2002 г. № 587 «О внесении изменений в Положение о правительственной комиссии по научно-инновационной политике и в ее состав». Нормативно-правовые и интерпретационные правила содержатся, например, в Федеральном законе от 20 марта 2001 г. № 26-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РФ в связи с ратификацией Конвенции о защите прав человека и основных свобод»[2].

Слово «смешанный» определяется Толковым словарем как «разнородный, представляющий собой смешение чего-нибудь, составленный посредством соединения элементов чего-нибудь разного»[3]. Смешивать − значит, по В. Далю, «сложить все в одно, […] кидая в беспорядке, без разбору»[4].

Близким, но не аналогичным по смыслу является понятие «комплексный», также используемое в юридической литературе применительно к правовому акту. Комплексные правовые акты тоже относят к «атипичным» правовым актам. Комплексным чаще всего называют документ, содержащий нормы различных отраслей права: «Кроме отраслевых актов, содержащих нормы одной отрасли права, существуют комплексные акты, содержащие нормы нескольких отраслей права»[5]; так, «действующий закон о банкротстве является комплексным актом, объединяющим нормы разной отраслевой принадлежности: гражданско-правовые, процессуальные, административные, социально-трудовые»[6]. Комплексом (от лат. complexus – связь, сочетание) считается «совокупность однородных предметов, составляющих одно целое»[7], «сочетание действий, явлений или свойств, составляющих одно целое»[8]. В комплексных актах сочетаются однородные элементы, т. е. взаимодействие элементов происходит «внутри» нормативно-правового, интерпретационного, правоприменительного или праворе-

---

[1] Третьякова О. Д., Кивленок Т. В. Указ. соч. С. 128.

[2] Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 13, ст. 1140.

[3] Толковый словарь русского языка / под ред. Д. Ушакова. М., 1996. Т. 4. С. 301.

[4] Даль В. Указ. соч. С. 157.

[5] Толстой Ю. К. Правовое регулирование хозяйственных отношений // Правоведение. 1984. № 3. С. 13.

[6] Чуча С. Ю. Трудовой кодекс не меняется, уровень гарантий прав работников снижается // Трудовое право. 2003. № 1. С. 12.

[7] Малый энциклопедический словарь. Репринт. воспроизведение изд. Брокгауза-Ефрона. М., 1997. Т. 3. С. 103.

[8] Современный словарь иностранных слов. М., 1993. С. 245.

ализующего акта. Например, Жилищный кодекс РФ содержит нормы административного и гражданского, материального и процессуального права. Но такая юридическая конструкция не колеблет саму природу правового акта данного вида. Комплексные акты не могут претендовать на особое место в механизме правового регулирования и не могут выделяться как особый вид правовых актов.

Смешанные правовые акты объединяют разнородные элементы, т. е. состоят из сочетания нормативно-правовых и правореализующих, нормативно-правовых и интерпретационных элементов и т. п.

Следовательно, понятия «смешанный» и «комплексный» различаются по степени однородности и упорядоченности элементов, входящих в единое целое. Поэтому смешанным договорам, которые законодатель выделил в отдельный вид договоров и дал их характеристику в ст. 421 Гражданского кодекса РФ, с нашей точки зрения, больше подходит понятие «комплексные договоры», так как в них, по определению, скомпонованы различные элементы одного вида правовых актов – правореализующих. Это единственный случай, когда законодатель назвал правовой акт смешанным и установил его регламентацию, но, к сожалению, название это в данном случаи юридически некорректно.

Смешанные юридические акты, по нашему мнению, являются самостоятельным видом правовых актов, т.к. представляют собой отдельный элемент системы правовых средств, при помощи которой обеспечивается результативное правовое воздействие на общественные отношения. Смешанные акты являются тем юридическим инструментом, с помощью которого удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивается достижение поставленных целей. Как любое правовое средство, смешанные акты представляют собой специфические юридические способы обеспечения интересов субъектов права; взятые в системе, они выступают важными «работающими частями» действия права, правовых режимов, правового регулирования в целом; имеют юридическую силу и поддерживаются государством[1].

Для уточнения особенностей процесса юридической конвергенции в виде сближения нормативных и ненормативных правовых предписаний выраженного в создании смешанных актов смешанных необходимо отметить следующие особенности смешанных актов, характеризующих процесс данного вида юридической конвергенции.

1. Смешанные правовые акты – это внешнее проявление процессов конвергенции нормативных и ненормативных правовых предпи-

[1] Третьякова О. Д., Кивленок Т. В. Указ. соч. С. 129–130.

саний, выражены в документальном виде, имеют специфические структуры, содержание и формы.

2. Смешанные правовые акты содержат в себе определенные юридические предписания. Причем в силу их специфики можно встретить переплетение различных видовых предписаний в одном правовом акте. Например, в Указе Президента РФ от 13 апреля 1996 г. № 536 «О создании Фонда по поддержке соотечественников за рубежом “Россияне”»[1] наряду с определением правового статуса Фонда и его компетенции (нормативно-правовые предписания), даны конкретные поручения администрации Президента и Правительству РФ (индивидуально-правовые предписания).

3. Смешанные правовые акты закрепляют результаты юридической конвергенции и видов юридической практики (правотворческой, правоприменительной, интерпретационной, правореализующей и т. д.).

4. Смешанные правовые акты принимаются строго установленными субъектами права и лишь по вопросам, входящим в их компетенцию. Так, судебные органы в ходе толкования права могут разъяснять содержание толкуемых норм права (т. е. принимать акты с интерпретационными и правоприменительными элементами), но создавать новые нормы права (т. е. нормативно-интерпретационные) они не правомочны.

5. Смешанные правовые акты обладают волевым характером. И воля эта всегда направлена на достижение определенных целей (когерентность правовых предписаний) и опосредованных юридических результатов (повышение эффективности регулирования общественных отношений).

6. Смешанные правовые акты являются важнейшим средством конвергенции нормативного и ненормативного в правовых предписаниях, правового воспитания и правовой пропаганды. Именно они более полно и точно по сравнению с обычными, «типичными» выражают волю субъектов права[2].

Современный период развития российского законодательства, например, можно охарактеризовать как «смутное время», которое проявляется в бесконечных изменениях и дополнениях нормативных актов, противоречивости законов, появлении новых «отраслей» права. Опыт правотворческой и правоприменительной деятельности показывает, что некачественные и противоречивые законы «подрывают авторитет из-

[1] Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 16, ст. 1836 ; 2003. № 47, ст. 4520.

[2] Третьякова О. Д., Кивленок Т. В. Указ. соч. С. 131–132.

давшего их органа и всего законодательства, порождают правовой нигилизм, трудно реализуются, обрастают массой разъяснений, ведомственных инструкций, которые сводят на нет суть основного акта»[1].

Многие юристы считают, что одним из способов решения указанных проблем может стать принятие Федерального закона «О нормативных правовых актах Российской Федерации»[2].

Предполагалось, что данный закон должен урегулировать следующие проблемы: определить правила законодательной техники, регламентировать обязательную всестороннюю экспертизу проектов нормативных актов (не только лингвистическую, но и логическую, научную, специальную), ввести единый терминологический словарь законодательства, создать основу для нормальной систематизации и кодификации законодательства, довести до логического конца теорию свода законов и внедрить ее в практику. Для надлежащего качества нормативных актов, как представляется, необходимо создать своего рода стандарты, которые будут отражать совокупность требований, предъявляемых ко всем нормативным актам, относящимся к определенному их типу, к их конкретной разновидности.

Проект Федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» был утвержден в первом чтении в Государственной Думе РФ. Однако после доработки в законопроекте осталось, к сожалению, много недостатков - неточности в формулировках, большое количество общих и отсылочных норм, положений, дублирующих содержание Конституции; предметом регулирования законопроекта являются отдельные элементы системы нормативных актов (законодательные и некоторые другие нормативные акты), а не вся система в целом. В связи с этим 12 мая 2004 г. проект закона «О нормативных правовых актах Российской Федерации» отклонен и снят с дальнейшего рассмотрения Государственной Думой[3]. По нашему мнению, закон о нормативно-правовых актах должен быть принят, но

---

[1] Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. С. 469.

[2] Казьмин И. Ф., Поленина С. В. «Закон о законах»: проблемы издания и содержания // Сов. государство и право. 1989. № 12. С. 3–9 ; Пиголкин А. С, Казьмин И. Ф., Рахманина Т. Н. Инициативный проект закона «О нормативно-правовых актах Российской Федерации» // Государство и право. 1992. № 7. С. 76–86 ; Тихомиров Ю. А., Рахманина Т. Н., Хабибуллин А. Г. Закон о нормативных правовых актах – актуальная повестка дня // Журн. рос. права. 2006. № 5 ; Юртаева Е. А. Закон о нормативных правовых актах и практика российского правотворчества // Там же и др.

[3] Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 21, ст. 1982.

необходим такой закон, который бы упорядочил всю систему действующих в России нормативно-правовых актов; установил стандарты, которые будут отражать совокупность требований, предъявляемых ко всем нормативным актам и к определенным их видам, обеспечил бы более высокие требования к их содержанию и форме; предусмотрел меры по улучшению научной обоснованности и повышению эффективности принимаемых правовых норм[1].

Выход из сложившейся ситуации нашли субъекты РФ: во многих регионах аналогичные законы разрабатываются, а в ряде субъектов они уже приняты. В качестве примеров можно привести законы, утвержденные в Воронежской, Белгородской, Иркутской, Челябинской областях, Республике Саха (Якутия), в Москве и других регионах.

Например, в Иркутской области принят закон от 17 января 1997 г. № 4-ОЗ «О законах и иных областных нормативных правовых актах»[2], в котором определяется система областных нормативно-правовых актов: Устав, законы, подзаконные нормативно-правовые акты, акты исполнительной власти и органов местного самоуправления. В Белгородской области принят закон от 29 июня 1996 г. № 72 «О правовых актах органов местного самоуправления и должностных лиц местного самоуправления»[3], который регулирует полномочия органов и должностных лиц, порядок принятия и вступления в силу правовых актов, а также в нем определяются виды правовых актов и ответственность за принятие неправомерных юридических актов. В Агинском Бурятском автономном округе действует Закон от 14 ноября 1997 г. № 29-ЗАО «О законах Агинского Бурятского автономного округа», посвященный только одному элементу нормативно-правовой системы округа. Нормы, касающиеся других ее элементов, не консолидированы и содержатся в других законах, посвященных организации государственной власти и местного самоуправления.

Следовательно, в отсутствии федерального закона о нормативных правовых актах этот пробел восполняет региональное законодательство (в пределах установленной Конституцией РФ компетенции). Законы о нормативно-правовых актах, принятые в субъектах Федерации, способствуют укреплению законности, совершенствованию участия представительных органов в создании и реализации права.

---

[1] Третьякова О. Д., Кивленок Т. В. Указ. соч. С. 136.

[2] Ведомости Законодат. Собр. Иркут. обл. 1997. № 6.

[3] Бюл. Белгор. обл. думы. 1996. № 15.

Важнейший компонент правовой системы общества – юридическая практика (правотворческая, правоприменительная, судебная, следственная и др.), осуществляемая в рамках правовых отношений. Возникновение, развитие и функционирование правовой системы общества невозможно без разнообразных видов юридической практики. В зависимости от характера и способов преобразования общественных отношений различают правотворческую практику, практику реализации (выделяя особый вид – практику применения права)[1], толкования и систематизации права. Смешанные правовые акты отражают связь нормативного регулирования и разных видов юридической практики.

В процессе правотворческой практики происходит разработка, издание и совершенствование (изменение или отмена) нормативно-правовых актов, в том числе смешанного типа.

Осуществление юридической деятельности по проведению правовых предписаний в жизнь (практика реализации права) является одной из составляющих основ конвергенции права и поведения. Качество документального закрепления любой ее разновидности (соблюдение, исполнение, использование или применение права) влияет на стабильность цивилизованного общества[2].

Правоприменительная практика представляет собой властную деятельность компетентных субъектов и направлена на вынесение персонально определенных, индивидуально-конкретных и обязательных решений, в том числе смешанного характера. Проявляет конвергенцию двух разнородных властных предписаний.

Практика систематизации связана с конвергенцией элементов системы права − в том числе смешанных актов − их упорядочением.

Интерпретационная практика направлена на уяснение и разъяснение правовых явлений (служит конвергенционным «мостом» между нормативным предписанием и реализаций права), устранение противоречий, неточностей и иных погрешностей в предписаниях (в том числе смешанного характера) с целью четкого и ясного правового регулирования общественных отношений.

Указанные особенности смешанных актов выделяют их из всей массы правовых актов.

Смешанные правовые акты, как показывает анализ конвергенции нормативных и ненормативных предписаний, неоднородны, можно проявить несколько их разновидностей. Остановимся на наиболее рас-

---

[1] Карташов В. Н. Теория государства и права. Начальный курс. С. 93.

[2] Третьякова О. Д., Кивленок Т. В. Указ. соч. С. 138.

пространенных: *нормативно-интерпретационных*, *нормативно-договорореализующих* и *нормативно-правоприменительных*.

Конвергенция нормативных предписаний и интерпретационных положений в одном документе не ведет к простому объединению признаков, присущих нормативно-правовым актам и актам толкования права. В результате такого сочетания формируется когерентность предписаний и появляется самостоятельный вид правового акта, обладающий специфическими признаками:

1. Нормативно-интерпретационные акты представляют собой средством конвергенции нормативных и ненормативных предписаний. Им присущи признаки: их содержание составляют когерентные юридические предписания, включающие в себя элементы нормативно-правового и интерпретационного актов; они служат внешней формой выражения и бытия юридических предписаний; издаются по вопросам, входящим в компетенцию строго установленных субъектов права; направлены на достижение определенных юридических последствий; носят обязательный для адресатов характер, который обеспечивается различными мерами, в том числе и средствами государственного воздействия; выступают в качестве регулятора поведения физических и юридических лиц и т. д.

2. Нормативно-интерпретационный акт может быть результатом как аутентического нормативного толкования, так и делегированного (легального). Однако в любом случае необходимо иметь в виду, что нормативно-интерпретационные акты принимаются не всеми, а строго определенными субъектами в пределах установленной компетенции. Так, судебные органы в ходе толкования права могут разъяснять содержание толкуемых норм права, но создавать новые нормы права (пусть даже производные от толкуемых норм) они не правомочны. Вторжение суда в область нормотворчества неизбежно приведет к нарушению баланса между различными ветвями власти, к подмене законодательной власти судебной. Нормативно-интерпретационные акты судебные органы принимать не вправе.

В ходе аутентического толкования орган, издавший нормативный акт, при его разъяснении в силу каких-либо обстоятельств (практика выявила неполную урегулированность объекта правового воздействия данного нормативного акта или погрешности в тексте документа повлекли неоднозначную трактовку правовых норм и т. п.) создает, изменяет либо отменяет определенные нормативно-правовые предписания. Например, Государственная Дума Федерального Собрания РФ

приняла постановление от 19 мая 1995 г. № 714-1 ГД «О порядке применения постановления Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации «Об объявлении амнистии в связи с 50-летием победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 гг.»[1], в котором разъяснила свою позицию по данному вопросу и внесла некоторые уточнения и дополнения нормативного характера.

В ходе делегированного (легального) толкования орган в соответствии с установленной компетенцией при интерпретации правовых актов, изданных другими органами, в силу определенных обстоятельств создает, изменяет или отменяет нормативно-правовые предписания. Например, приказ МНС России от 18 апреля 2003 г. № БГ-3-09/198 «О методических разъяснениях по порядку заполнения отдельных форм документов, используемых при государственной регистрации юридического лица»[2] разъясняет постановление Правительства РФ от 19 июня 2002 г. № 439 «Об утверждении форм документов, используемых при государственной регистрации юридических лиц, и требования к их оформлению»[3] и в пределах своей компетенции устанавливает нормативно-правовые предписания по данному вопросу.

Поскольку в результате принятия нормативно-интерпретационного акта вносятся изменения в сферу правового регулирования общественных отношений, ведомственные нормативно-интерпретационные акты должны быть зарегистрированы в Минюсте России. Так, например, постановление Минтруда РФ от 21 марта 1994 г. № 25 «Об утверждении разъяснения “О порядке индексации сумм возмещения вреда, причиненного здоровью работника трудовым увечьем”»[4] зарегистрировано в Минюсте России 29 марта 1994 г. (регистрационный № 532).

Классификация нормативно-интерпретационных актов может быть произведена по тем же основаниям, что и нормативно-правовых актов. Например, в зависимости от субъекта издания выделяются нормативно-правовые акты с интерпретационными элементами представительных органов власти (постановление Государственной Думы ФС РФ «О порядке применения постановления Государственной Думы «Об объявлении амнистии в связи с 50-летием победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 гг.») и исполнительных органов (постановление Минтруда и соцразвития РФ от 7 мая 2002 г. № 34 «Об

[1] Ведомости Федер. Собр. Рос. Федерации. 1995. № 14, ст. 563.
[2] Рос. газ. 2003. 22 мая.
[3] Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 26, ст. 2586.
[4] Бюл. норматив. актов м-в и ведомств РФ. 1994. № 6.

утверждении разъяснения “О порядке применения п. 4 ст. 5 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации”»[1]). Деление по адресатам предполагает, что существуют нормативно-интерпретационные акты, рассчитанные на всех лиц, находящихся на территории государства (например, постановление Минтруда и соцразвития РФ от 25 марта 2002 г. № 21 «Об утверждении разъяснения «О порядке применения п. 2 ст. 31 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации»[2]), или рассчитанные на отдельные категории лиц (например, постановление Минтруда и соцразвития РФ от 24 августа 2000 г. № 62 «Об утверждении разъяснений “О некоторых вопросах пенсионного обеспечения индивидуальных предпринимателей, применяющих упрощенную систему налогообложения”»[3]). Принимаются нормативно-правовые акты с интерпретационными элементами, действующие на всей территории страны (например, приказ МНС России от 18 апреля 2003 г. № БГ-3-09/198 «О методических разъяснениях по порядку заполнения отдельных форм документов, используемых при государственной регистрации юридического лица») или действующие в соответствующих регионах (например, постановление Минтруда РФ от 16 мая 1994 г. № 37 «Об утверждении разъяснения “О порядке установления и исчисления трудового стажа для получения процентных надбавок к заработной плате лицам, работающим в районах Крайнего Севера, приравненных к ним местностях, в южных районах Дальнего Востока, Красноярского края, Иркутской и Читинской областей, Республики Бурятия, в Республике Тува, Республике Хакассия”»[4]). Существуют и другие основания классификации: по субъектам издания, времени действия и т. п.

Правовые акты с договорореализующими элементами – это акты-документы, которые содержат как нормативные предписания, так и автономные решения лиц, их согласованные волеизъявления. Такие документы можно назвать нормативно-договорореализующими. Основной документ, который, по нашему мнению, относится к данным актам, – это нормативный договор, поскольку, с одной стороны, он создает общеобязательную основу и воздействует на большой круг субъектов (нормативно-правовой элемент), с другой стороны - позволяет субъектам осуществлять обособленные согласованные волеизъ-

[1] Рос. газ. 2002. 26 июня.
[2] Там же. 29 мая.
[3] Там же. 2000. 6 окт.
[4] Бюл. норматив. актов м-в и ведомств. 1994. № 9.

явления, приходить к взаимовыгодным совместным решениям (правореализующий элемент)[1].

В юридической литературе нет единого мнения о природе нормативного договора. Еще К. Бергбом, выделяя два типа международных договоров, предложил термины «rechtsgeschaftliche Vertrage» (договор-сделка) и «rechtnormative Vertrage» (нормативный договор). Договоры-сделки, по его мнению, являются единичными верховными актами государств и должны в целом рассматриваться как обязательственные договоры, поскольку создают или отменяют субъективные права государств. Нормативные договоры содержат общие, абстрактные нормы, в них государства являются не субъектами права, а «правообразующими факторами»[2]. Ф. В. Тарановский считал, что в нормативных договорах присутствует общность целей (установление общей нормы) и мотивов (сознание необходимости такой нормы), и в результате «договор нормативного типа создает объективную юридическую норму»[3].

С. С. Алексеев относит нормативные договоры к специфической разновидности совместных актов и определяет их как «совместные акты-документы, выражающие в своем нормативном содержании взаимное изъявление воли правотворческих органов, встречное принятие на себя каждым из них юридических обязанностей»[4].

Природу нормативного договора рассматривали и другие ученые[5]. Более верной, по нашему мнению, является позиция А. В. Демина, который сформулировал свое определение нормативного договора на основе анализа постановления Верховного Суда Российской Федерации от 27 апреля 1993 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении дел по заявлениям прокуроров о признании правовых актов противоречащими закону»: «Нормативный договор можно определить как договорный акт, устанавливающий правовые нормы (правила поведения), обязательные для многочисленного и формально неопределенного круга лиц, рассчитанный на неоднократное примене-

---

[1] Третьякова О. Д., Кивленок Т. В. Указ. соч. С. 153.

[2] Bergbom C. Staatsvertrage und Gezetze als Quellen des Volkerechts. Dorpat, 1877. S. 79, 81.

[3] Тарановский Ф. В. Энциклопедия права. Берлин, 1923. С. 152.

[4] Алексеев С. С. Общая теория права. С. 236.

[5] Александров Н. Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Учен. зап. ВИЮН. 1946. Вып. VI. С. 61 ; Мицкевич А. В. Указ. соч. С. 42 ; Лукашук И. И. Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997. С. 42–43 ; Магазинер Я. М. Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. 1998. № 3. С. 121 и др.

ние, действующий независимо от того, возникли или прекратились предусмотренные им конкретные правоотношения»[1]. Данное определение соответствует дефиниции «нормативно-правореализующий акт».

Если раньше нормативные договоры широко использовались в международном праве, где они являлись основным источником права, то в настоящее время принимается значительное количество нормативных договоров и во внутригосударственных отношениях. Нормативные договоры принято классифицировать по нескольким основаниям: «Можно вести речь: о федеративных договорах, о государственных договорах, о межрегиональных соглашениях, об учредительных договорах, об управленческих договорах, об общих договорах в экономической и социальной сферах, о межгосударственных соглашениях»[2]. В зависимости от формы правотворческой деятельности, при которой применяется договор, выделяют три группы нормативных договоров: а) между государственными субъектами права (непосредственное государственное правотворчество); б) между государственными и негосударственными субъектами права (совместное правотворчество); в) между негосударственными субъектами права (санкционированное негосударственное правотворчество)[3]. В качестве примеров договорных актов, относящихся к первой группе, можно привести межгосударственные договоры, ко второй – соглашения о социальном партнерстве, к третьей – коллективные договоры (в трудовом праве).

По критерию состава субъектов отмечают равностатусные и разностатусные (неравностатусные) договоры. Первые заключаются между субъектами права, обладающими формально или фактически равным правовым статусом (между государствами, между государственными органами). Вторые – между субъектами права, изначально не равными по своему статусу (между федеративным государством и его субъектом, между государственным органом и профессиональными союзами и т. п.). Как пишет А. С. Автономов, разностатусность участников договора отнюдь не означает их обязательного неравноправия в конкретных отношениях. Имеются ситуации, когда, к примеру, Российская Федерация и ее субъекты способны выступать в ка-

[1] Демин А. В. Общие вопросы теории административного договора. Красноярск, 1998. С. 84.

[2] Тихомиров Ю. А. Конституция, закон, подзаконный акт. М., 1994. С. 136.

[3] Иванов В. В. Некоторые вопросы теории нормативного договора // Право и политика. 2000. № 4.

честве равноправных договаривающихся сторон, соответствующие договоры могут заключаться в рамках ст. 72 Конституции РФ[1].

По предмету действия нормативные договоры можно разделить на учредительные (Соглашение о создании СНГ 1991 г.), статусно-компетенционные (Устав ООН 1945 г.), процессуальные (Конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г.).

В зависимости от действия во времени они делятся на срочные и бессрочные договоры. Нормативные договоры следует делить также по отраслевой принадлежности: международные, государственно-правовые («конституционно-правовые»), административные, финансовые, трудовые и т. д.

По критерию действия в пространстве нормативные договоры делятся на межгосударственные и внутригосударственные. В свою очередь внутригосударственные подразделяются на общегосударственные (Федеративный договор 1992 г.), межрегиональные (Договор об основах взаимоотношений Красноярского края и Эвенкийского автономного округа 1997 г.), внутрирегиональные (договоры между органами государственной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления).

Наиболее актуально в настоящее время развитие межгосударственного нормативного договора России и Беларуси от 8 декабря 1999 г. «О создании Союзного государства» (ратифицирован федеральным законом от 2 января 2000 г. № 25-ФЗ)[2].

Рассматривая общегосударственные нормативные договоры, необходимо отметить, что особо важное значение для нашей страны имеет Федеративный договор от 31 марта 1992 г. «О разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти РФ и органами власти суверенных республик в составе РФ»[3]. Именно такой вид юридического документа в то время не позволил нарушить согласованность экономической деятельности, нерушимость единого экономического пространства при очевидных намерениях некоторых субъектов федерации усиливать сепаратистские тенденции. Федеративный договор является своеобразной формой правовой консолидации и способствует укреплению целостности Российского государства. В соответствии с Федеральным зако-

[1] Автономов А. С. Правовая антология политики: к построению системы категорий. М., 1999. С. 84.

[2] Собр. законодательства Рос. Федерации. 2000. № 2, ст. 146.

[3] Федеративный договор: Документы. Комментарии. М., 1994.

ном от 4 июля 2003 г. № 95-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон “Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации”»[1] договоры о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации подлежат утверждению федеральным законом в течение двух лет со дня вступления в силу закона от 4 июля 2003 г. № 95-ФЗ.

Большую роль играют нормативные договоры и для развития регионального законодательства. Само понятие «региональное законодательство» до настоящего времени является дискуссионным. В. В. Гошуляк сам термин «региональное законодательство» считает неточным, поскольку «регион может совпадать с границами территории субъекта РФ, а может объединять территории нескольких субъектов», и поэтому предлагает применять термин «законодательство субъекта РФ».[2] Соглашаясь с мнением о большей точности последнего термина, М. Ф. Казанцев, тем не менее, считает их синонимичными, ввиду того, что, «когда говорят о регионах России, чаще всего подразумевают субъекты Российской Федерации. Такая тенденция становится все более отчетливой. Практика востребовала краткого прилагательного применительно к субъекту РФ, такого же краткого и удобного, как термины «федеральный» (применительно к Российской Федерации) и «муниципальный» (применительно к муниципальному образованию), и поэтому лучшего варианта, чем термин «региональный», она не нашла»[3]. Точка зрения М. Ф. Казанцева, на наш взгляд, является более логичной и доказательной.

В работе Ф. Р. Муратшина выделены следующие параметры регионального законодательства:

1. Законодательство субъекта Российской Федерации – это неотъемлемая часть правовой системы Российской Федерации. Данный принцип обусловлен самой природой федеративного устройства России, и на сегодняшний момент можно считать его аксиоматичным.

---

[1] Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 27, ч. 2, ст. 2709.

[2] Гошуляк В. В. Теоретико-правовые проблемы конституционного и уставного законодательства субъектов РФ. М., 2000. С. 28.

[3] Казанцев М. Ф. Законодательная деятельность субъектов РФ. Екатеринбург, 1998. С. 7.

2. Системность законодательства субъекта Российской Федерации. Необходимо отметить, что в большинстве субъектов РФ уже сформирован необходимый нормативно-правовой массив, обладающий такими качествами, как взаимосвязанность, целостность, структурированность и иерархичность.

3. Относительная самостоятельность законодательства субъекта Российской Федерации. Это положение основывается на том, что право юридического регулирования, закрепленное в Конституции РФ, невозможно без собственной, самостоятельной системы законодательства, причем самостоятельной относительно, так как эта система самостоятельна в сфере исключительной компетенции субъекта РФ, в сфере же совместного ведения приоритет остается за Федерацией[1].

В настоящее время к региональному законодательству предъявляется много претензий как со стороны федеральных структур, так и со стороны органов субъекта Федерации по вопросам качества подготовки нормативных актов, соблюдения необходимой процедуры при утверждении документа, принятия правовых актов в рамках установленной компетенции и т. д. Нормативный договор способствует решению данных проблем, так как его основными функциями являются:

– конкретизация и дополнение конституционных норм применительно к региональным условиям;

– юридическая база для принятия других правовых актов;

– исключение коллизий полномочий.

Например, Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Читинской области и Бурятского автономного округа от 27 июля 1995 г. был одним из первых актов такого рода. Целью заключения договора являлось осуществление согласованного и единого подхода к проблемам социально-экономического развития территорий обоих субъектов РФ. Статьи договора содержат основные принципы и порядок реализации взаимоотношений, объемы компетенции каждой из сторон, сферу совместного ведения и др., т. е. нормативный договор – нормативно-правореализующий акт – позволяет в полном объеме урегулировать отношения не только между государствами, но и между субъектами РФ.

Нормативно-правоприменительные правовые акты – это акты-документы, которые содержат как нормативные предписания, так и персонально-адресованные и индивидуально-определенные обяза-

[1] Муратшин Ф. Р. Правовые акты органов местной власти: состояние и проблемы // Информ. бюл. адм. Президента Респ. Башкортостан. 2000. № 2(8). С. 36.

тельные юридические предписания, т. е. нормативно-правоприменительные акты. Смешанные нормативные акты с нормативными и правоприменительными элементами принимаются достаточно часто. Так, законодательными органами ежегодно утверждается закон о бюджете на предстоящий год, в котором одновременно закреплены нормативные и индивидуальные предписания. Законы о бюджете принимаются как на федеральном, так и на региональном и местном уровнях. В законе последовательно проводятся в жизнь все принципы бюджетного регулирования и бюджетного контроля:

− единство бюджетной системы;

− разграничение доходов и расходов между уровнями бюджетной системы Российской Федерации;

– самостоятельность бюджета;

– полнота отражения доходов и расходов бюджета;

– сбалансированность бюджета;

– эффективность и экономность использования бюджетных средств;

– достоверность бюджета;

– целевой характер и адресность бюджетных средств.

Законы о бюджетах всех уровней (федеральных, региональных, местных), содержащие нормативные и правоприменительные элементы, признаются одними из наиболее важных документов, т.к. они регламентируют процедуру формирования и использования основного источника денежных средств для реализации экономических, политических, военных, административных и иных реформ на всех уровнях.

Но правовая природа таких правовых актов в юридической литературе до конца не исследована.

Существует несколько точек зрения по поводу того, к какому виду правовых актов отнести документ, включающий нормативные и индивидуально-определенные предписания. Сторонники универсального значения традиционной концепции правовой нормы как общего правила, построенного по схеме «если – то», утверждают, что раз то или иное предписание законодателя не представляет собой общего правила, рассчитанного на применение в неопределенном числе типичных случаев, каждый раз, когда будут налицо условия, указанные в гипотезе нормы, то это не правовая норма, а индивидуальный акт применения права[1]. А. В. Мицкевич предлагает считать акты с нормативными и индивидуально-конкретными предписаниями норматив-

[1] Теория государства и права. М., 1955. С. 345.

ными только в той их части, в какой они имеют правотворческий характер и в соответствии с этим являются носителями юридических предписаний[1]. А. Ф. Шебанов указывает, что «в практике государственных органов имеют место акты, которые содержат как правовые нормы, так и конкретные предписания по применению норм права в конкретно определенных отношениях. Такие акты по праву считаются нормативными актами»[2]. А. Ф. Шебанов предложил называть такие акты «нормативно-хозяйственными». С. А. Голунский считает: «Применение первого из этих доводов означает, что мы ставим знак равенства между, например, основными положениями такой важнейшей части законодательства, как законы о народохозяйственных планах, и такими индивидуальными актами, как выдача ордера на жилую площадь или решение о назначении пенсии гр. Х. Вряд ли это было бы правильно не только ввиду несоизмеримости общественного значения того и другого, но и потому, что акты применения права, как правило, исчерпываются однократным действием (или строго ограниченным числом действий) определенного лица или лиц, заранее известных. Реализация же таких актов, как, например, решения о постройке Братской электростанции, требует сложной и длительной, но в то же время строго согласованной деятельности очень большого числа лиц и организаций, не всегда заранее известных. В этом смысле и нормы такого типа имеют общий, а не индивидуальный характер»[3].

Думается, что законы о бюджетах и иные «нормативно-хозяйственные акты» являются нормативно-правовыми актами со специфически выраженными нормами и включают в свое содержание правоприменительные элементы. Следовательно:

1) нормативно-правовые и индивидуально-конкретные предписания, «смешиваясь» в одном правовом акте, не поглощают друг друга. В этой связи правомернее называть такой правовой акт нормативно-правоприменительным;

2) более высокая юридическая сила нормативной «части» смешанного акта по сравнению с индивидуальной не вызывает сомнения (независимо от объема нормативных и индивидуальных предписаний), что выражается:

---

[1] Мицкевич А. В. Указ. соч. С. 29.

[2] Шебанов А. Ф. Некоторые вопросы теории нормативных актов в связи с систематизацией советского законодательства // Сов. государство и право. 1960. № 7. С. 147.

[3] Голунский С. А. Указ. соч. С. 25.

– в принятии данного вида правового акта не всеми, а строго определенными субъектами, действующими в рамках своей компетенции;

– возможности использования для данного вида актов такого наименования, как закон.

Кроме того, нормативно-правоприменительный акт является формально-юридическим источником права, что дает ему определенные преимущества:

– издающие его органы имеют гораздо большие координационные возможности для выявления и отражения в праве не только общих интересов, но и групповых, индивидуальных;

– в силу традиционно сложившихся правил изложения содержания в совокупности с четкими конкретными требованиями, данный документ считается лучшим способом оформления устоявшихся норм применительно к индивидуальной ситуации;

– в силу своей четкости и определенности более прост в применении.

3) нормативная природа данного вида смешанного акта (независимо от объема нормативности) требует регистрации таких актов федеральных органов исполнительной власти в Минюсте России. Так, приказ МВД России, МИД России, Министерства транспорта РФ, Министерства путей сообщения РФ, ГТК РФ и Федеральной пограничной службы РФ от 11 ноября 2002 г. «О введении в действие миграционных карт»[1] зарегистрирован в Минюсте России 11 ноября 2002 г. под № 3908, поскольку является атипичным (смешанным) нормативно-правоприменительным актом: кроме правоприменительных предписаний, приложение № 1 к приказу (Положение о миграционной карте) устанавливает нормативно-правовые предписания, а приложение № 2 (форма миграционной карты) содержит нормативно-правовой рисунок.

В целом, обобщая анализ конвергенции нормативных и ненормативных предписаний на примере различных смешанных актов можно построить общую модель данного процесса.

1. Как показало исследование, обычно инициируют процесс данного вида конвергенции представители государственной власти, которые сами, как правило, задействованы напрямую в этом процессе (Президент, губернаторы, суды и т. д.).

2. В качестве объекта конвергенции выступает деятельность по конвергенции, которая охватывает правотворческую работу по созданию смешанных актов. Предметы сближения – это правовые нормы,

[1] Рос. газ. 2002. 13–14 нояб.

нормативные договоры и правоприменительные решения. В качестве средств в рамках данного вида юридической конвергенции используются смешанные, как правило, подзаконные акты, например, указы Президента. Процесс конвергенции осуществляется с использованием общих методов правотворчества и специальных методов синхронизации и присоединения сближающихся предметов друг к другу.

3. На третьей стадии сам процесс конвергенции нормативных и ненормативных предписаний может идти двумя путями: *традиционным* и *нетрадиционным*. Традиционный процесс – это процесс правового регулирования с последовательной сменой стадии создания правовых норм и стадией их реализации. Сближение здесь происходит за счет качества правотворчества и качества правореализующих актов, а также высокой степени дисциплины и высоким уровнем правосознания. Нетрадиционный путь конвергенции нормативных и ненормативных правовых предписаний распространен реже, но более наглядно проявляет рассматриваемый вид юридической конвергенции. Этот путь включает в себя предправотворческий и правотворческий этапы. На предправотворческом этапе осознается необходимость повышения качества правового регулирования общественных отношений, формируется идеальный план, ирреальная программа направления и типа и способа регламентации общественного отношения. На правотворческом осуществляется стандартная правотворческая процедура.

4. В результате правотворчества образуется когерентность нормативных и ненормативных правовых предписаний, выраженная в издании смешанного акта. Опосредованная цель данного вида юридической конвергенции – повышение эффективности регулирования общественных отношений.

Таким образом, исследование юридической конвергенции нормативных и ненормативных предписаний позволяет проявить некоторые закономерности и специфические особенности данного процесса.

Во-первых, конвергенция нормативных и ненормативных правовых предписаний. Данный вид юридической конвергенции в целом проявляется через весь процесс правового регулирования общественных отношений. Правовые нормы ведь издаются с целью их реализации и упорядочения тем самым отношений между людьми. В большинстве случаев для того, чтобы реализовать нормативные правовые предписания, закрепленные в нормативно-правовых актах, требуется издание ненормативных право-интерпретационных и правоприменительных актов. Следовательно, формальное, соотношение числа нормативных правовых актов и числа принятых на основе ненормативных (ин-

терпретационных и актов применения) проявляет наличие процесса юридической конвергенции и позволяет определить степень когерентности правовых предписаний (нормативных и ненормативных).

Во-вторых, юридическая конвергенция нормативных и ненормативных правовых предписаний формально проявляется в создании смешанных правовых актов. Смешанные правовые акты – это обусловленные юридической конвергенцией государственно-властные предписания, содержащие нормативные и ненормативные регуляторы поведения действующие наиболее эффективно лишь в состоянии когерентности.

В-третьих, нормативно-правовые и индивидуально-конкретные предписания, «смешиваясь» в одном правовом акте, не поглощают друг друга. В этой связи правомернее называть такой правовой акт нормативно-правоприменительным. При этом у нормативной части смешанного правового акта более высокая юридическая сила (независимо от объема нормативных и индивидуальных предписаний). Это выражается: в принятии данного вида правового акта не всеми, а строго определенными субъектами, действующими в рамках своей компетенции; возможности использования для данного вида актов такого наименования, как закон.

В-четвертых, смешанные правовые акты как форма конвергенции нормативных и ненормативных правовых предписаний, обладают следующими признаками: закрепляют результаты юридической конвергенции нормативных и ненормативных правовых предписаний; выражены в определенных документах и имеют специфические структуру, содержание и форму; содержат разнородные по своей юридической природе предписания; являются актами строго установленных законодательством субъектов права и принимаются по вопросам, входящим в их компетенцию; обладают сложным сознательно волевым характером; обеспечены, как правило, комплексными мерами государственного и иного воздействия; являются важнейшими средствами смешанного правового регулирования; отражают различные элементы правовой системы общества и виды юридической деятельности.

В-пятых, конвергенция нормативных и ненормативных правовых предписаний, выраженная в создании смешанных актов позволяет заменить издание нескольких актов с различными правовыми свойствами и элементами на комплексное регулирование (издание одного правового акта, в котором содержатся черты различных видов правовых актов).

Темы эссе:

1.*Типичные и атипичные правовые акты, и их конвергенция.*

2. Послание Президента России Государственной Думе в механизме конвергенции права.

3. Конвергенция федеральных и региональных правовых актов.

Лекция 12. Конвергенция элементов системы права

Структура системе права. Конвергенция правовых норм в правовые институты подотрасли и отрасли права. Закономерности конвергенции элементов системы права.

Логика развития человеческой цивилизации и исторический опыт явно демонстрируют нарастание конвергенции в отношениях и в правовом регулировании. Как уже отмечалось в первом параграфе первой главы, конвергенция права в современных условиях не может ограничиваться межсистемным взаимодействием в форме сближения составляющих национальные правовые системы элементов. При рассмотрении конвергенции права, помимо межсистемных связей, можно проявить и внутрисистемные взаимодействия, направленные на сближение отдельных элементов правовой системы и системы права.

Важным средством и примером юридической конвергенции права является кодификация законодательства. Как известно, кодификация (позднелат. codificatio, лат. codex – собрание законов и facio – делаю) – одна из форм систематизации законов и иных нормативных актов, регулирующих одну из областей общественных отношений. Кодификация – наиболее эффективная, высшая форма систематизации, в результате которой происходит отделение действующих норм права от недействующих, а также создаются совершенно новые нормы данной отрасли. Как правило, кодификация завершается созданием нового сводного (систематизированного) акта, построенного на единых принципах (чаще всего в виде кодекса)[1].

Кодификация – это один из видов внутренней формы юридической конвергенции элементов системы права (норм, правовых институтов, отраслей). Объектом конвергенции элементов системы права, так же, как и при сближении права и закона, выступает правотворчество. Предметы данного процесса – это элементы системы права.

[1] Кодификация // Юридический энциклопедический словарь. М., 1984. С. 137.

Процесс конвергенции состоит из издания законов, объединяющих (систематизирующих) по определенному плану отдельную отрасль или иную часть права государства. В процессе данного вида юридической конвергенции отбрасывается часть устаревшего нормативно-правового материала, внутренне увязываются и рубрицируются части нормативно-правовых актов, формируется когерентная структура кодифицированного акта со своим специфическим содержанием. Конвергенция элементов системы права на основе кодификации обычно сопровождается большой научной работой; создание некоторых кодексов становится важным этапом в развитии права данной страны, а иногда и права в целом. Такой сложный характер кодификационных работ объясняет, почему разработка и принятие важнейших кодифицированных актов в некоторых странах занимает до 20–30 лет[1].

История конвергенции элементов системы права на основе кодификации восходит ко времени падения Римской империи (V в.), когда стали предприниматься попытки конвергировать, систематизировать огромный правовой материал, накопленный римлянами за несколько столетий, сделать его когерентным для совершенствования правового регулирования общественных отношений и повышения удобства пользования как правоприменителями, так и обычным лицам. Главным итогом этих усилий стал Свод Юстиниана, подготовленный в Византии в VI в.[2] Римское право, являясь весьма разработанным для своего времени, дало почву для развития многим правовым системам. До принятия собственных кодифицированных норм многие государства пользовались римским правом, адаптируя его нормы под изменяющиеся общественные отношения. Тем не менее, несмотря на высокое качество, римское право с течением времени уже не могло удовлетворять потребностям общества. Многие европейские государства в этот период приступили к разработке собственных вариантов кодификаций законодательства. Значительные кодификационные работы проводились в Европе в период позднего средневековья и начала Нового времени. Вместе с тем характер этих конвергенций резко отличался от современных кодификаций.

Во-первых, создатели кодифицированных актов стремились охватить в них все национальное право, а не его отдельную отрасль,

[1] Кодификация // Словарь бизнеса. URL: http://www.vedomosti.ru/glossary/enc_law (дата обращения: 03.06.2011).

[2] Кодекс Юстиниана недоступен исследователям в переводе на русский язык и единственное издание его полного текста было произведено в 1954 г. на немецком и итальянском языках (Corpus iuris civilis. Vol. 2. Codex Iustinianus / Ed. Krueger. Berolini, 1954).

то есть предпринимались попытки конвергенции всей правовой системы права, а не элементов системы права.

Во-вторых, кодексы XII–XVIII вв. отличала казуистичность, крайне слабая степень реальной когерентности элементов правовой системы. Первой из таких кодификаций стали Семь Партид (исп. Siete Partidas) – всеобъемлющая кодификация, составленная в Кастилии (Испания) в 1256–1263 гг. и заложившая основы национального права Испании[1]. В середине XVII в. была осуществлена конвергенция элементов всей правовой системы русского права под названием Соборное уложение 1649 г.[2]

Примерно в тот же период были созданы два законодательных акта, два свода: Кодекс короля Христиана V, принятый в Дании в 1683 г. (Датский кодекс) (в 1687 г. его действие было распространено на Норвегию под названием «Норвежское право»), и Свод законов Шведского государства 1734 г. (Закон 1734 г.). Эти документы составили основу (модель) для последующего развития скандинавского права, оторванного от континентальной Европы[3].

В Европе переход к современной конвергенции элементов системы права в виде кодификации начался на рубеже XVIII–XIX вв. К этому периоду относится создание трех крупнейших гражданских кодексов: Общее земское право прусских провинций (1794 г.), сокращенно – Ландрехт, Австрийское гражданское уложение (1811 г.) и Французский гражданский кодекс (Кодекс Наполеона 1804 г.). Последний сыграл значительную роль в конвергенции правовых систем.

Закон 21 марта 1804 г. объединил 36 титулов в состав единого Гражданского кодекса французов. В 1807 г. он был назван Кодексом Наполеона. В 1816 г. Кодекс вновь получил название Гражданского. Однако в истории он справедливо остался как Кодекс Наполеона. Не принимая непосредственного участия в разработке, Наполеон четко понял необходимость кодекса для упрочения режима, активно руководил работой по его созданию, благодаря чему кодекс был разработан и принят в кратчайшие сроки. Кодекс сыграл огромную роль в упрочении буржуазных отношений во Франции. Он стал образцом для создания гражданских кодексов в Италии, Бельгии, Голландии, Польше,

---

[1] Кодификация. Словарь бизнеса. http://www.vedomosti.ru/glossary/enc_law. (дата обращения: 03.06.2011).

[2] Маньков А. Г. Соборное уложение 1649 г. Кодекс феодального права России. М., 1980.

[3] Шестакова Е. В. Международная практика применения модельного законодательства // Законодательство и экономика. 2006. № 2.

Швейцарии и других странах[1]. Разработчики Кодекса опирались на юридическую доктрину, активно использовали новое законодательство, сохранили некоторые положения французского обычного права, а также римского права. Влияние римского права отразилось на структуре Кодекса. Он построен по так называемой институционной системе.

Как видим, юридическая конвергенция на основе римских кодификаций имеет поступательный и в чем-то кумулятивный характер.

Главное отличие современной конвергенции на основе кодификации связано с тем, что в архаичных кодификациях сближались, унифицировались элементы правой системы, а в современных кодификациях происходит конвергенция элементов системы права.

В зависимости от правовых особенностей предписаний и воззрений, преобладающих в каждой отдельной стране, в различных государствах по-разному выглядят объем и система его норм. Новейшие примеры национальных кодификаций свидетельствуют о том, что постепенно расширяются легальные конструкции границ конвергенции элементов системы права за счет включения в него предписаний о «конфликте юрисдикций», процессуальном положении иностранных участников правоотношений (в том числе государств). По справедливому мнению А. С. Касаткиной, содержание кодификации итальянского, румынского, грузинского, украинского, тунисского, турецкого специальных актов, опосредующих кодификацию норм международного частного права, в полной мере отражает данный факт[2].

Международные кодексы[3] в процессах конвергенции приобретают роль катализаторов сближения правовых систем. Иногда их оценивают (например, Ю. А. Тихомиров) в качестве «универсальных регуляторов», все шире используемых для нормативной ориентации в процессе правотворчества и правоприменения[4]. Получается, что государства, с одной стороны, заинтересованы, а с другой стороны, «вынуждены» придерживаться общих тенденций сближения правовых систем, так как являются участниками различных международных ор-

---

[1] Подробнее об этом: Арисов Н. Н. Французский гражданский кодекс 1804 г. М., 1972.

[2] Касаткина А. С. Кодификация международного частного права Турции // Законодательство и экономика. 2011. № 2.

[3] В числе международных кодексов можно назвать: кодексы, создаваемые в рамках Европейского союза, рекомендательные кодексы различных международных структур, проект Типового мирового налогового кодекса, подготовленного в рамках Международной налоговой программы ООН и др.

[4] Тихомиров Ю. А. Международно-правовые акты: природа и способы влияния // Журн. рос. права. 2002. № 1. С. 105.

ганизаций, например, участники Организации Объединенных Наций (ООН), Всемирной торговой организации (ВТО), члены Международного валютного фонда (МВФ), действующие в рамках универсальных международных норм.

При этом процессы кодификации и конвергенции, в целом, не являются самоцелью, а представляются лишь «побочным продуктом» необходимости сотрудничества между государствами. Например, российское законодательство после вступления России в Совет Европы постепенно приводится в соответствие с международными правовыми стандартами. Сегодня кодекс все чаще становится своеобразной нормативной моделью в системе международного права, выступая определенным стандартом, посредством которого оказывается влияние на национальное право разных государств. Дело в том, что под воздействием глобальных процессов, происходящих в мировой социальной системе, формируется новая система ценностей и, соответственно, новые ценностно-нормативные регуляторы. Процесс все большего распространения «образцов», в том числе и в сфере законотворческой деятельности, дал возможность странам, входящим в мировую систему, существенно приблизиться к международным стандартам[1].

Краткий анализ истории кодификации позволяет заметить следующие обстоятельства.

Во-первых, неуклонное увеличение кодификаций уже само по себе свидетельствует о процессе юридической конвергенции.

Во-вторых, несмотря на тот факт, что некоторые кодификации имеют международный характер, по целям они являются внутренней формой юридической конвергенции, так как ее объектом будет выступать деятельность по сближению систематизации внутри правовой системы и системы права.

В-третьих, деятельность по сближению элементов системы права и правовой системы выражается иерархией понятий в зависимости от степени общности: «внутренняя форма юридической конвергенции» – «систематизация права» – «правотворчество в виде кодификации». Следовательно, уместна формулировка: внутренняя юридическая конвергенция в виде кодификации.

Внутренняя юридическая конвергенция права, как правило, совпадает с внутрисистемной целью кодификации – создание новых сводных унифицированных законодательных и иных нормативных актов (основ, кодексов, уставов, положений и т. д.). Эта деятельность строится на основе единых принципов путем отбора, пересмотра, от-

[1] Там же.

мены устаревших и противоречивых норм, выработки норм, восполняющих пробелы в правовом регулировании общественных отношений, а равно направленных на развитие этих отношений в соответствии с современными реалиями и задачами общества.

Следовательно, кодификация права – это одна из важнейших сторон внутренней конвергенции и правотворческой деятельности. Анализ действующего законодательства Российской Федерации и ее субъектов наглядно показывает, что в современных социально-экономических и политических условиях проводится достаточно большая по масштабам работа по созданию актов кодификации. При этом внутренняя юридическая конвергенция кодификацией не исчерпывается, поскольку совершенствование правового регулирования − это сложный процесс, в котором условно можно выделить два основных направления: а) текущее правотворчество и б) кодификацию. Различие между ними определяется прежде всего тем, что при текущем правотворчестве законодатель ставит главной целью решение назревших конкретных вопросов политической, экономической, культурной жизни, а при кодификации – отрасли законодательства[1]

Степень согласованности и сближения правовых норм при текущем правотворчестве достаточно сложно проследить, и порой это можно сделать лишь умозрительно. Кодифицированное правотворчество, наоборот, весьма наглядно демонстрирует «близость норм права» за счет объединения их в едином нормативно-правовом акте.

Вопросы кодификации права, а следовательно, и внутренней конвергенции права опосредуют процессы развития системы общественных отношений, поскольку эффективность и стабильность правовой системы Российской Федерации и других государств зависит от единообразия современных мировых стандартов правовых понятий, используемых в юридической регламентации различных видов деятельности. Процесс кодификации права происходит под воздействием следующих факторов:

а) объективно необходимо согласованное и сбалансированное правовое регулирование, предотвращающее социальные взрывы и потрясения;

б) кодифицированное право «восполняет пробелы» правового регулирования;

в) юридическая конвергенция в данном случае означает повышение эффективности правового воздействия на субъекты правоотношений.

---

[1] Студеникина М. С. Кодификация законодательства об административной ответственности // Рос. юстиция. 1996. № 8. С. 23.

Кодификация прав может выступать и средством конвергенции не только отраслевого законодательства. Так, ни для кого не секрет, что современный УПК РФ интегрировал в себе не только уголовно-процессуальные, но и материальные нормы уголовного права[1].

В настоящее время в России действуют более тысячи различных кодифицированных актов (кодексов, положений, уставов) на федеральном, региональном и муниципальном уровнях[2]. Изучение истории принятия этих актов позволило в третьей стадии процесса юридической конвергенции (стадия непосредственного сближения предметов конвергенции) выделить несколько этапов применительно к кодификации.

Эти стадии хорошо прослеживаются на примере совершенствования гражданского законодательства. Прежде всего, специальным нормативно-правовым актом может создаваться специализированный орган (Указ Президента РФ от 5 октября 1999 г. № 1338 «О Совете при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства» (вместе с Положением о Совете при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства). Как отмечено в Указе, Совет создается в целях приведения гражданского законодательства в соответствие с потребностями экономики и общественной жизни и его дальнейшего совершенствования[3].

Далее специальным нормативно-правовым актом поручается подготовка Концепции кодифицированного акта. Современная судебная реформа в сочетании с реформированием гражданского законодательства – принятие части первой ГК РФ (1994 г.), части второй (1995 г.), части третьей (2001 г.), а впоследствии – и части четвертой ГК РФ

---

[1] Подробнее об этом : Материалы Всероссийской научно-практической конференции «Мониторинг правового пространства и правоприменительной практики: методология и мировоззрение». М., 2004.

[2] Напр.: Налоговый кодекс РФ, Гражданский кодекс РФ, Кодекс РФ об административных правонарушениях, Трудовой кодекс РФ, Земельный кодекс РФ, Уголовный кодекс РФ, Уголовно-процессуальный кодекс РФ, Уголовно-исполнительный кодекс РФ, Водный кодекс РФ, Градостроительный кодекс РФ, Лесной кодекс РФ, Жилищный кодекс РФ, Воздушный кодекс РФ, Арбитражный процессуальный кодекс РФ, Бюджетный кодекс РФ, Гражданский процессуальный кодекс РФ, Семейный кодекс РФ, федеральные законы от 8 ноября 2007 г. № 259-ФЗ «Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта», от 10 января 2003 г. № 18-ФЗ «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации», от 8 марта 2011 г. № 35-ФЗ «Устав о дисциплине работников организаций, эксплуатирующих особо радиационно опасные и ядерно опасные производства и объекты в области использования атомной энергии», от 5 июля 2010 г. № 154-ФЗ «Консульский устав Российской Федерации» и др.

[3] Рос. газ. 1999. 12 окт.

(2006 г.) – ознаменовала новый этап в развитии и правовом обеспечении жизни граждан и государства как в стране, так и за рубежом.

Указом Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» Совету при Президенте по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства и Исследовательскому центру частного права при Президенте РФ было поручено разработать Концепцию развития гражданского законодательства в срок до 1 июня 2009 г.[1].

Следующий этап – это обсуждение концепции. В марте и апреле 2009 г. проект Концепции совершенствования гражданского законодательства был опубликован по частям в некоторых авторитетных юридических журналах, в частности, в Вестнике Высшего Арбитражного Суда РФ (2009, № 4), в приложении к ежемесячному юридическому журналу «Хозяйство и право» (2009, № 3), а также на сайте Исследовательского центра частного права при Президенте РФ[2].

И, наконец, собственно правотворческая стадия, в рамках которой принимается когерентный кодифицированный акт.

Юридическая конвергенция в форме сближения элементов системы права постоянно нарастает в связи необходимостью систематизации огромного массива отечественного законодательства. Т. Я Хабриева в одной из публикаций справедливо отмечает, что усиление внимания российских парламентариев к состоянию отечественного законодательства и обусловлено, главным образом, ростом числа принимаемых законодательных актов и процессом сближения правовой системы и правотворческого процесса России с соответствующими институтами развитых демократических государств[3].

Иными словами, состояние современного российского законодательства таково, что требуется дальнейшая конвергенция его элементов в виде кодификации.

Некоторые исследователи справедливо считают, что обозначенные выше тенденции вполне отчетливо проявляются и в законодательстве о социальном обеспечении. Объем нормативного материала в данной сфере постоянно увеличивается, при этом, несмотря на то, что многие группы общественных отношений теперь регулируются

---

[1] Фоков А. П. Судебная власть и о концепции по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства // Рос. судья. 2009. № 7.

[2] Сайт Исследовательского центра частного права при Президенте. URL: www.privlaw.ru.

[3] Хабриева Т. Я. Глобализация и законодательный процесс // Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации. М. ; Н. Новгород, 2007. С. 26–33

федеральными законами, объем подзаконного и ведомственного нормотворчества от этого не уменьшается. Социально-обеспечительное законодательство бессистемно, противоречиво и сложно в применении. Очевидно, что оно нуждается в серьезном и концептуальном пересмотре, результатом которого должен стать единый сводный отраслевой кодифицированный акт[1].

По оценке специалистов, современное банковское законодательство содержит сегодня около 8,7 тысячи нормативных актов. В некоторых случаях банковское законодательство входит в противоречие с другими отраслями права, а именно – с налоговым, таможенным законодательством и даже с гражданским. Отсюда – давно назрела необходимость соответствующим образом систематизировать и кодифицировать те документы, которые составляют основу функционирования системы финансов и кредита, что, в свою очередь, повысит защищенность гражданско-правовых отношений между кредитными организациями и их клиентами, устойчивость банков и стабильность функционирования всей банковской системы[2].

Назрел вопрос о принятии Избирательного кодекса Российской Федерации, который позволил бы кодифицировать как нормы общего характера (о составлении списков избирателей, формировании избирательных комиссий, финансировании выборов, предвыборной агитации), так и особенности подготовки и проведения федеральных, региональных и муниципальных выборов[3].

Перспектива разработки кодекса была признана «целесообразной» еще постановлением Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 23 ноября 1994 г. № 351-I ГД «О проекте Федерального закона “О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации”». На рассмотрение Государственной Думы группой депутатов даже был внесен проект кодекса[4]. Существуют региональные избирательные кодексы[5], но до сих пор данная важная совокупность законов, регулирующая весьма значимые отношения, связанные с формированием государ-

---

[1] Васильева Ю. В. Кодификация законодательства о социальном обеспечении: основы законодательства или кодекс? // Изв. вузов. Правоведение. 2009. № 4.

[2] Власов К. А. Вопросы необходимости кодификации банковского права Российской Федерации // Юрид. мир. 2009. № 6.

[3] Матейкович М. С. Федеральное избирательное законодательство нуждается в кодификации // Конституционное и муниципальное право, 2009, № 14.

[4] Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32, ст. 3317.

[5] Например, Избирательный кодекс Владимирской области.

ственной власти в России, не когерентна, что несколько затрудняет процедуры выборов.

В целом, исходя из анализа сближения элементов системы права, можно создать модель данного процесса.

1. Как показало исследование, обычно инициируют процесс данного вида конвергенции представители государственной власти, которые сами напрямую в этом процессе не задействованы. Однако на первой стадии этого вида юридической конвергенции могут участвовать ученые, юристы-практики, привлекая внимание к необходимости кодификации.

2. В качестве объекта выступает деятельность по конвергенции, которая охватывает деятельность по систематизации и деятельность по кодификации – непосредственно. Предметы сближения – нормы, правовые институты, подотрасли и отрасли. В качестве средств используются законы и подзаконные акты, например, указы Президента. В качестве специального средства применяется доктринальная экспертиза концепции и проекта закона. Процесс конвергенции осуществляется с использованием общих методов правотворчества и специальных методов синхронизации и частичного поглощения сближающимися предметами друг друга.

3. На третьей стадии, как уже указывалось, сам процесс конвергенции включает в себя несколько дополнительных этапов: а) создается специальный орган; б) формируется концепция кодификации; в) обсуждается концепция кодификации, г) осуществляется процесс кодифицированного правотворчества.

4. В результате правотворчества образуется когерентность внутри отрасли права или группировки отраслей права (например, частное и публичное право). Опосредованная цель данного вида юридической конвергенции – упорядочение, совершенствование законодательства в той или иной сфере общественных отношений.

Подводя итог изучению конвергенции элементов системы права, представляется необходимым сделать определенные выводы.

Во-первых, неуклонное увеличение кодификаций уже само по себе свидетельствует о процессе юридической конвергенции.

Во-вторых, несмотря на тот факт, что некоторые кодификации имеют международный характер, по целям они являются внутренней формой юридической конвергенции, так как ее объектом будет выступать деятельность по сближению систематизации внутри правовой системы и системы права.

В-третьих, деятельность по сближению элементов системы права и правовой системы выражается иерархией понятий в зависимости от степени общности: «внутренняя форма юридической конвергенции» – «систематизация права» – «правотворчество в виде кодификации». Следовательно, уместна формулировка: внутренняя юридическая конвергенция в виде кодификации.

В-четвертых, кодификация − это способ формального сближения правовых норм для сведения их в едином акте.

В-пятых, кодификация является способом согласования требований правовых норм.

В-шестых, кодификация позволяет «сблизиться» правовым нормам за счет правотворческой деятельности, выражающейся в снижении конфликтности и коллизионности норм.

Таким образом, в целом опираясь на приведенный выше анализ, вполне можно заключить, что кодификация законодательства – это один из мощнейших видов внутренней юридической конвергенции.

Темы эссе:

1. *Конвергенция правовых институтов.*
2. *Систематизация права как форма конвергенции права*
3. *Кодификация в механизме конвергенции права*

Глава 4. КОНВЕРГЕНЦИОННОЕ ЮРИДИЧЕСКОЕ ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ С СИСТЕМОЙ СОЦИАЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Лекция 13. Конвергенция права и морали

Характеристика элементов права, взаимодействующего с моралью. Характеристика морали, взаимодействующей с правом. Закономерности конвергенции права и морали.

Решение вопроса о юридической конвергенция права и морали зависит от исходных положений исследования, определяющих сами понятия этих феноменов. В настоящей работе не представляется возможным дать развернутый анализ понятий права и морали: в силу их объема они требуют специального исследования. Поэтому свои позиции относительно понимания права и определения сущностных характеристик морали ограничимся минимумом, необходимым для анализа процессов медиальной юридической конвергенции.

Что касается права, то, не углубляясь в изучение сопоставления различного рода противоречивых концепций, в исследовании конвергенции права и морали будем рассматривать право с точки зрения естественно-правового подхода. Иными словами, право в совокупности всех своих проявлений и институтов представляет собой качественно своеобразное и уникальное явление, не сводимое к властно-официальной форме закона. Такой подход позволяет определить право как форму (и меру) свободы и равенства, как источник и критерий справедливости.

Эта теоретическая позиция напрямую связывает в праве юридическое и моральное, поскольку предполагает, что морально-правовая по своей конструкции категория справедливости и лежит в основе «абстрактного определения права». Ведь справедливость требует, чтобы правовая норма была согласована с моральными представлениями о добром, законном, правильном. Конечно, проблема соотношения морали и права не сводится к постановке вопроса об отражении нормами права моральных установок общества. Эта проблема включает:

– объективно определяющие природу права его этико-аксиологические основания;

– стабилизирующие основания – через права человека (например, воздействие права на мораль);

– конфликтообразующие основания (совпадение-несовпадение моральных и правовых ценностей и т. п.).

Представляется, что естественно-правовое мировоззрение, признающее несовпадение права и закона, дает плодотворные возможности обсуждения этих проблем.

Во-первых, эта позиция создает возможность рассмотреть конвергенцию морали и права максимально полно. В данном аспекте можно учесть не только нормативные, но и неразрывно связанные с ними ненормативные, в частности, ценностные, проявления исследуемых регуляторов.

Во-вторых, при использовании этого подхода право (как мораль) может анализироваться в качестве развивающейся по своим (а не навязанным извне, например, государственно-властными институтами) законам общественной системы, которая впитывает в себя объективные закономерности социума.

Теперь о морали. В этической литературе сложилось несколько обоснованных точек зрения на природу и специфику морали. Представляется эффективным в методологическом отношении выделение двух осевых концепций понимания морали: *историко-системной и историко-генетической.*

Историко-системный подход критически относится к идее о том, что мораль представляет собой исключительно «форму общественного сознания». *Мораль здесь предстает как вид духовно-практического производства человека в качестве социально-нравственного существа*[1]. Такое представление о морали проводит линию на признание ее стороной человеческой жизнедеятельности, сквозным элементом всей (в том числе и юридической) общественной практики.

В исследованиях по этике подчеркивается, что именно с разными условиями духовно-практического «производства» связана целая серия «расколов» нормативной системы (между официальной и неофициальной моралью, между целесообразностью и нравственностью, между общественным мнением и совестью)[2]. Эти «расколы» порождают и многочисленные противоречия между разными нормативными системами, в том числе и теми, которые являются предме-

[1] Напр.: Бакштановский В. И., Согомонов Ю. В. Введение в теорию управления нравственно-воспитательной деятельностью. Томск, 1986 ; Бакштановский В. И., Ганжин В. Т., Согомонов Ю. В. Этика мораль, воспитание. Новосибирск, 1982.

[2] Бакштановский В. И., Согомонов Ю. В. Честная игра: нравственная философия и этика предпринимательства. Томск, 1992.

том нашего исследования. Например, между личностным восприятием морали и официальной обязательностью правовых требований, между чувством морального долга и рациональностью правовой нормы и т. д. Индивид оказывается одновременно как бы в нескольких «аксиологических мирах», воплощая в каждом из них разные, подчас несовместимые, оценки и устремления.

В целом, историко-системная модель объяснения морали исходит из философской традиции, представляющей мораль как сторону человеческой деятельности, основанную на дихотомии добра и зла. Вместе с тем она не учитывает регулятивного характера морали как существенного момента взаимосвязи ее с правом.

Историко-генетическая концепция представлена в работе Ю. В. Согомонова «Моральный феномен: трудности определения»[1] и нацелена на выявление предельно общих, родовых признаков морального феномена, и мораль здесь мыслится *как разновидность социальных регулятивов, форма социального контроля, имеющая специфическое содержание, форму, способы и методы осуществления требований общественной дисциплины.* Такое понимание морали определяет ее как безынституционный механизм регуляции массового общения людей и вообще всей социально организованной жизнедеятельности[2].

Полагаем, что историко-генетический аспект анализа природы морали как одного из важнейших и необходимых социальных регуляторов легко сопоставим с тем подходом к пониманию права, в котором обращается внимание, прежде всего, на его регулятивную функцию. Думается, что именно этим подходом объясняется основная тенденция современной отечественной литературы соотносить право и мораль как типы социальных регуляторов, виды социальных норм.

Этот подход сближает право и мораль на основании общности их регулятивных функций и присущей им нормативности, позволяет рассматривать их как однопорядковые феномены социальной организации[3] и объекты конвергенции. С методологической точки зрения, указанный поход тоже имеет свои преимущества, поскольку, дистанцируясь от сложного переплетения мировоззренческих и метафизических аспектов

---

[1] Согомонов Ю. В. Моральный феномен: трудности определения // Что такое мораль. М., 1988. С. 89.

[2] Там же. С. 78.

[3] Шальмин М. С. Нормы права в системе соционормативного регулирования: проблемы соотношения и взаимодействия : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 77.

морали и права, он позволяет сфокусироваться на их функциональном аспекте, упорядочить рассматриваемые явления логически и структурно.

Вместе с тем данный подход не учитывает весьма важных для понимания процесса конвергенции права и морали ценностных аспектов морали.

Обобщая изложенные подходы, можно отметить, что каждый из них имеет свои недостатки, не позволяющие его использовать в чистом виде для анализа предмета настоящего исследования. Поэтому, синтезируя основные достоинства этих концепций (ценностный и регулятивный аспекты), определим свою позицию относительно определения морали интегративным путем. Под моралью (нравственностью) в данной работе понимается *разновидность основанных на фундаментальных социальных ценностях нормативных регуляторов, обеспечивающихся силой общественного мнения.*

Следовательно, исходные позиции нашего анализа конвергенции права и морали можно определить как *естественно-правовой* тип правопонимания и интегративный *ценностно-регулятивный подход* к морали. При этом делается акцент на сближении систем правовых норм и совокупности морально-нравственных норм, вплоть до поглощения последних и смены их качества.

Далее обратимся к представлениям о *взаимодействии* права и морали. Термин «взаимодействие» имеет вполне определенную традицию своего употребления. Как правило, под взаимодействием понимаются не только взаимные связи, позитивное воздействие рассматриваемых систем друг на друга, но и любое активное отношение между ними, в том числе противостояние, разграничение, конфликт[1]. В результате взаимодействия происходит: 1) возникновение взаимодействующей системы связей; 2) утрата некоторых свойств части при вхождении в целое; 3) появление новой целостности новых свойств, обусловленных как свойствами основных частей, так и возникновением новых связей между ними[2].

При применении общенаучного представления о категории «взаимодействие» мы разделяем подход Я. З. Хайкина, полагающего неэффективным искать во взаимодействии права и морали причинно-

[1] Голубева Г. А. Взаимодействие морали и права (социально-философский анализ опыта советского общества). М., 1985. С. 208–209.

[2] Энгельгардт В. А. Познание явлений жизни. М., 1985. С. 208–209.

следственные связи, первичное и вторичное[1]. То есть связь между ними носит логический и генетический характер. Поэтому полагаем, что взаимосвязь морали и права можно рассмотреть по двум основным направлениям: *синхронизации и асинхронизации.* Эти два направления органически включают в себя и два других традиционно рассматривающихся в литературе аспекта: единство и различие права и морали. Юридическую конвергенцию права и морали характеризует лишь их синхронизация, следовательно, только ее и рассмотрим.

Термином «синхронизация» при рассмотрении юридической конвергенции права и морали обозначим результат процесса так называемого «позитивного» взаимодействия морали и права, в ходе которого образуется новая целостность, соединяющая в себе определенные аспекты взаимодействующих систем и приобретающая таким образом новые, самостоятельные черты.

Считается, что право исторически возникает как бы с целью дополнения морали, оно усиливает моральную регуляцию общества формально-определенными и заранее известными санкциями[2]. В современном обществе речь можно вести уже не только о дополнении, но и о взаимоподдержке права и морали. Примером служит оценка общественным сознанием поведения, нарушающего нормы права и морали (воровать не только противоправно, но и аморально). В этом случае моральное осуждение (санкция моральной нормы) дополняется правовыми санкциями, обеспечивающими определенность и неотвратимость наказания за проступок. Но и общественная мораль, в свою очередь, корректирует правовую квалификацию правонарушений с учетом оправдательных причин для его совершения, моральных качеств личности и т. д.

В литературе неоднократно подчеркивалось родство нормативных систем морали и права, выражающееся в появлении между ними поля взаимодействия, общих характеристик, совместных категорий и похожих закономерностей развития.

Категория *синхронизация* не только подчеркивает родство права и морали, но и раскрывает сущность механизма, преобразующего общие черты права и морали и создающего возможность их *однонаправленного* действия, которое помогает этим нормативным системам решать общую задачу – регулировать общественные отношения. Дан-

---

[1] Хайкин Я. З. Структура и взаимодействие моральной и правовой систем. М., 1972. С. 193.

[2] Напр.: Теория государства и права / под ред. В. В. Лазарева. М., 1995. С. 116.

ный термин подчеркивает, что при анализе этих систем невозможно абстрагироваться от их взаимопроникновения. Поэтому акцент в их исследовании должен быть сделан на самом процессе их взаимодействия и взаиморазвития, иными словами – их конвергенции.

Как установлено ранее, смысл рассматриваемого термина подчеркивает, что процесс взаимодействия между объектами конвергенции (в данном случае – правом и моралью) «в обе стороны» содержит как прямую, так и обратную связи. Поэтому можно подразделить взаимоподдерживающее отношение на две стороны: 1) воздействие морали на право; 2) воздействие права на мораль.

Эти два аспекта взаимосвязи не могут существовать в отрыве друг от друга. Право создает нормативно-организованную сферу деятельности для осуществления моральных притязаний человека, а мораль ориентирует общество на уважительное отношение к правовым ценностям. Подобная взаимообусловленность связана с тем, что право и мораль имеют похожие задачи – обеспечение стабильного функционирования общественной системы. Следовательно, в целом, право и мораль вступают во взаимодействие для обеспечения и защиты базовых ценностей современного общества.

Иными словами, анализ права и морали как синхронных феноменов позволяет обнаружить черты, объединяющие рассматриваемые нормативные явления.

Значительный вклад в исследование общности морали и права с точки зрения их нормативно-регулятивных функций был сделан в юридической и этической литературе советского периода[1]. Именно на этих источниках базируется характеристика представленных здесь общих черт права и морали, обеспечивающих их конвергенцию. Они следующие:

1. Общность корней, генезиса и эволюционных этапов развития морали и права.

2. Универсальная значимость права и морали, проявляющаяся в том, что они выступают как совокупность справедливых установлений, создающих условия для свободного осуществления разумной воли и обеспечения цивилизованных деятельности и общения. При этом мораль является всепроникающим нормативно-ценностным феноме-

[1] Напр.: Агешин Ю. А. Политика, мораль, право. М., 1982 ; Гринберг Л. Г. Взаимоотношение морали и права в социалистическом обществе. М., 1975; Лукашева Е. А. Право, мораль, личность. М.,1986 ; Нижичек В. И. Право и нравственность в социалистическом обществе. Иркутск, 1973 ; Ойгензихт В. А. Мораль и право: взаимодействие, регулирование, поступок. Душанбе, 1987 и др.

ном. Она распространяется и на исключительно моральные отношения (любви, дружбы, товарищества), и на специализированные, профессиональные сферы человеческой деятельности (политику, воспитание, предпринимательство и т. д.). Право же имеет четко ограниченный круг своего действия[1].

3. Структурная «совместимость». Известно, что «триединая» структура права (правовые нормы, правовые отношения, правовая культура) соответствует похожей структуре морали (моральные нормы, моральные отношения, моральная деятельность)[2].

4. Общность базовых категорий права и морали. Так, понятия справедливости и свободы, являющиеся основными категориями права, объясняют природу морали[3]. Возьмем, к примеру, знаменитую формулу софиста Протагора «Мера всех вещей – человек». Она относится и к праву (с его принципами формального равенства и свободы), и к морали (подчеркивает общегуманистический смысл любых человеческих отношений).

5. Общая сфера деятельности, т. е. общая совокупность совпадающих общественных и индивидуальных связей и отношений, на которые направлено действие морали и права. На этом общем для них «поле» они действуют совместно, подчиняясь одинаковым причинно-следственным зависимостям, и тем самым создают группу общественных отношений, на которые одновременно оказывают регулирующее воздействие и право, и мораль.

В современном обществе право и мораль не могут подменять друг друга, как это было в синкретичный период их развития. Поэтому теоретические попытки «развести» право и мораль по сферам их действия нельзя считать удачными, поскольку, как пишет Е. А. Лукашева, «они не имеют специфических предметно или пространственно обособленных сфер общественных отношений, а действуют в едином поле социальных связей»[4].

---

[1] Шальмин М. С. Указ. соч.

[2] О структуре морали и права см.: Хайкин Я. З. Указ. соч.

[3] О морально-правовой сущности категории «справедливость» см.: Мальцев Г. В. Социальная справедливость и право. М., 1977 ; Гринберг Л. Г., Новиков А. И. Критика современных буржуазных концепций справедливости. Л., 1977.

О понятии «свобода» и его значении для этики и правоведения см.: Теория общественного договора и кантовское моральное обоснование права // Философия права и современность. М., 1974 ; Соловьев Э. Ю. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992.

[4] Лукашева Е. А. Указ. соч. С. 71.

6. Право, как и мораль, является продуктом естественного развития социума, оно не привносится извне и не навязывается обществу властью. В этом смысле право и закон, как отмечалось ранее, разные, хотя и не существующие одно без другого понятия[1]. Возникновение и развитие права подчинено тем же общим закономерностям, что и развитие общественной морали. В этом смысле можно сказать, что право и мораль носят конвенциональный характер.

7. Право и мораль в определенной мере совпадают в своих ценностных основаниях. Другими словами, они содержат в себе не только подобные нормативные, но и тесно связанные с ними ненормативные регуляторы. Этот «пункт» нашего перечня наиболее спорен, поэтому остановимся на нем подробнее.

Уже упоминалось, что естественно-правовая традиция считает мораль, воплощенную в феномене морального, естественного права, ценностным критерием действующего права. Однако в этом положении есть некоторое противоречие. С одной стороны, распространение на право моральной оценки противоречит принципу автономии этих нормативно-регулятивных образований, поскольку допускает распространение критериев системы одного типа на оценку другой системы. С другой стороны, понятно, что право (как практически любая специфическая область человеческой деятельности) не может быть исключено из сферы морального оценивания.

Попытка преодолеть это противоречие как раз и содержится в суждении об общих базовых ненормативных ценностных основаниях. Ценностные основания рассматриваемых нормативных систем базируются на признании безусловной значимости человеческой личности, необходимости обеспечения нормальных условий ее бытия (свободы, справедливости, всеобщности). Ценностная общность проявляет себя и в том, что и право, и мораль защищают одинаковые объекты – жизнь, собственность, свободу и т. д.

Говоря о ценностях, фактически речь можно вести о трех видах ценностных образований[2]. Первый вид – так называемые абсолютные ценности, обеспечивающие исходные начала социальности. К таким относятся сами нормативные системы права и морали (кроме них –

---

[1] Нерсесянц В. С. Право: многообразие определений и единство понятия // Сов. государство и право. 1983. № 10. С. 26–35.

[2] В юридической литературе вопросы аксиологии права разработаны еще недостаточно полно. Напр.: Неновски Н. Право и ценности. М., 1987 ; Алексеев С. С. Право как ценность // Теория права. М., 1994 ; Пермяков Ю. Ценность права // Лекции по философии права. Самара, 1995.

культура, цивилизация, прогресс и т. д.). Ценностями второго рода являются общезначимые блага, полезности, являющиеся смыслом и условием жизни человека. Это – объекты, ценности-цели. Таковыми, например, являются жизнь, свобода, справедливость. Ценностью обладают и сами принципы, механизмы, институты, при помощи которых осуществляются и защищаются ценности первого рода. Это – ценности третьего вида – инструментальные ценности-средства, без которых ценности-цели не могут существовать. Именно ценности-средства и содержатся в правовых и моральных нормах (тогда как ценности-цели находятся в структуре морального и правового мировоззрения, т. е. в сфере ненормативного регулирования).

Совпадение ценностных приоритетов у морали и права имеет место на самом «верхнем уровне» ценностной иерархии, названным А. И. Титаренко объективированным в культуре и поведении «каркасом» ценностей, обеспечивающим известную бесперебойность воспроизводства образа жизни, «матрицу» всей духовной культуры эпохи[1]. Ценностные отличия права и морали накапливаются «сверху вниз»: на общий «каркас» абсолютных ценностей «нанизываются» конкретизированные в каждой нормативной системе общие значимости. На уровне ценностей-целей (например, потребности в обеспечении и защите жизни, свободы, собственности и т. д.) еще нет несовпадения. Но поскольку за каждой нормативно-ценностной системой здесь уже стоит свой инструментарий, то и акценты расставляются по-разному.

В праве общие ценности конкретизированы как ценности формального равенства, справедливости, заключающиеся в эквивалентности предоставлений и получений, деяний и воздаяний, свободы как первого условия осуществления правовых отношений. Как пишет В. С. Нерсесянц, основной принцип права, отличающий его от других видов социальных норм, – это принцип абстрактного, формального равенства фактически различных людей, выступающих в роли участников определенного круга общественных отношений. В этом формальном равенстве заключена свобода субъектов права, т. е. их формальная независимость друг от друга и единство применяемой к ним «перед законом и судом» меры (масштаба) свободы[2].

---

[1] Титаренко А. И. Нравственность как историческая система. Моральные системы как объекты структурно-исторического анализа // Методология этических исследований. М., 1982. С. 220.

[2] Нерсесянц В. С. Права человека в истории политической и правовой мысли (от древности до декларации 1789 г.) // Права человека в истории человечества и в современном мире. М., 1989. С. 22.

Структурировать моральные ценности и определить среди них доминантные – сложнее, этому сопротивляется сама природа морали, для которой характерно признание и «присвоение» всеобщих абсолютных законов индивидуальным моральным сознанием. Один из способов структурирования нормативно-ценностной системы морали был предложен А. И. Титаренко (выше упоминался сформулированный им первый «уровень» этой структуры – объективный каркас ценностей, обеспечивающий воспроизводство определенного типа культуры). Кроме него «по нисходящей» исследователем последовательно выделялись: а) исходная нравственная позиция (состоящая из доминирующих ценностей), которую занимают общность или группа во взаимоотношениях с другими субъектами нравственной жизни. На этом «уровне» образуются, функционируют моральные нормы, запреты, разрешения, принципы; б) типичные ситуации морального выбора и типичные нравственные коллизии; в) закрепленные в нравах эталоны и стереотипы поведения, стили жизни, некоторые обычаи, этикет; г) способы накопления и передачи нравственного опыта, в том числе от поколения к поколению; д) моральные требования к поведению и образу мыслей, своеобразный «код» общественного мнения; е) способ сохранения ценностей, общественные санкции одобрения, признания или осуждения[1].

Как видно из схемы А. И. Титаренко, структура морали очень сложна, ее «уровни» взаимосвязаны вежду собой и в то же время имеют самостоятельное значение, которое может быть конкретизировано отличным от «верхнего уровня» образом. Тем не менее в качестве объективных значимостей морали можно назвать ценности добра, справедливости (не обязательно эквивалентной, а подчас сострадательной и милосердной), ценность свободы как обязательного условия морального выбора.

Совпадение ценностного содержания морали и права на первых ступенях ценностной иерархии, как видим, постепенно конкретизируется на последующих ступенях, вплоть до проявления определенной синхронности (равноправие – милосердие, воздаяние – прощение и т. д.). Следовательно, выражение «мораль является ценностным критерием права» можно уточнить: не сама мораль (как автономная нормативная система) является критерием для оценки права, а общая гуманистическая ценностная направленность этих систем дает возможность применять общие (безусловно, моральные тоже) критерии для оценки правовой деятельности. Именно в этом проявляется конвергенция права и морали, при этом чаще всего декларируется метод

[1] Титаренко А. И. Указ. соч. С. 194–229.

синхронизации этих сближающихся регуляторов, на деле же достаточно часто происходит поглощение правом морали (например, в вопросах регулирования фундаментальных прав человека), встречаются и противоположные случаи, когда происходит чрезмерная конвергенция и мораль поглощает право (например, ст. 151 Гражданского кодекса РФ устанавливает возможность взыскания морального вреда)

Таким образом, конвергенция права и морали с помощью синхронизации не всегда эффективна и соразмерна необходимости. При этом взаимоотношения права и морали достаточно противоречивы и тесно связаны с ненормативным (ценностным) воздействием.

Право и мораль отражают те ценности, которые имеют общесоциальный характер и являются смыслом и условием жизни человека. Это ценности-объекты, ценности-цели. Таковыми, например, являются жизнь, свобода, справедливость. Ценностью обладают и сами принципы, механизмы, институты, средства, при помощи которых осуществляются и защищаются ценности первого рода. Именно ценности-средства и содержатся в правовых и моральных нормах, и они различны (тогда как ценности-цели находятся в структуре морального и правового мировоззрения, т. е. в сфере ненормативного регулирования, и они подобны). В связи с данным обстоятельством, ценности-средства, не должны синхронизироваться и отражаться в конвергенции права и морали. Конвергенция указанных регуляторов может привести к тому, что бескомпромиссные требования морали ужесточат правовое регулирование общественных отношений, так как мораль более бескомпромиссна (либо «хорошо», либо «плохо»), право же «знает» полутона: тяжкое деяние, менее тяжкое деяние и деяние, не представляющее большой общественной опасности.

Тем не менее, как показывает анализ отечественного законодательства, процесс конвергенции права и морали с помощью необоснованной синхронизации и поглощения одного регулятора другим встречается достаточно широко.

Данный процесс протекает в двух руслах: во-первых, через правосознание лиц, участвующих в правотворчестве (этот путь достаточно сложно верифицировать); во-вторых, через закрепление в текстах нормативных правовых актов различного рода упоминаний и ссылок на мораль (нравственность).

Ссылки на морально-нравственные нормы получили наибольшее распространение. В той или иной форме на моральные нормы

ссылаются около двухсот федеральных и региональных нормативных правовых актов[1].

Например, ст. 26 «Наименование и эмблема избирательного объединения» Закона г. Москвы от 6 июля 2005 г. № 38 «Избирательный кодекс города Москвы» в части второй закрепляет запрет использовать избирательному объединению в своей эмблеме символику, оскорбляющую или порочащую Государственный флаг Российской Федерации, Государственный герб Российской Федерации, Государственный гимн Российской Федерации, флаги, гербы, гимны субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, иностранных государств, религиозные символы и национальные чувства, нарушающие общепризнанные *нормы морали*.

Определение Верховного Суда РФ от 9 июня 2009 г. по делу № КАС09-242 устанавливает, что судья обязан в своей профессиональной деятельности и вне службы руководствоваться правилами поведения, установленными общепринятыми *нормами морали*.

Статья 20 Закона г. Москвы от 30 сентября 2009 г. № 39 «О молодежи» определяет направления профилактической работы по преодолению негативных явлений в молодежной среде в целях воспитания уважения молодежи к закону и *нормам морали*.

Как видно из приведенных примеров, на нормы морали имеются лишь ссылки, но эти ссылки оформлены фактически как бланкетные диспозиции правовых норм, и в силу этого упоминаемые моральные предписания обязательны для адресатов правовых предписаний. Однако «расплывчатость», формальная неопределенность морали, мно-

[1] Напр.: Конституция РФ; гл. 6 «Административные правонарушения, посягающие на здоровье, санитарно-эпидемиологическое благополучие населения и общественную нравственность» Кодекса РФ об административных правонарушениях; гл. 25 «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности» Уголовного кодекса РФ; ст. 169 «Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности» Гражданского кодекса РФ; Жилищный кодекс РФ; Семейный кодекс РФ; п. 1 «Федеральные государственные унитарные предприятия, осуществляющие производство продукции (работ, услуг), имеющей стратегическое значение для обеспечения обороноспособности и безопасности государства, защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан Российской Федерации» Указа Президента РФ от 4 августа 2004 г. № 1009 «Об утверждении Перечня стратегических предприятий и стратегических акционерных обществ»; Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»; федеральные законы от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных», от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», от 22 августа 1996 г. № 125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» и др.

жественность ее уровней приводит к тому, что интегрируемое с моралью правовое предписание превращается в фикцию либо может необоснованно его расширить.

Иными словами, приведенные примеры иллюстрируют, во-первых, варианты поглощения моралью права (в первых двух примерах, когда право прямо отсылает к моральному регулированию); во-вторых, приведенные варианты конвергенции характеризуют необоснованную синхронизацию ценностей – средств (третий пример). Варианты поглощения правом морали можно определить лишь по косвенным признакам, так как мораль существует в сознании, а реализуется в поведении и носит неписаный характер.

В целом, конвергенция права и морали неизбежна и позитивна. В любом случае творцы правовых предписаний опираются при конструировании правовых норм не только на знание права, но и на свои представления о добре – зле, справедливости – несправедливости, на укоренившиеся в сознании стереотипы ценностей, иными словами, этот процесс субъективен и не всегда очевиден.

Тем не менее прямые ссылки на иные (неправовые) социальные нормы должны быть установлены и измерены на соответствие необходимости регламентации тех или иных отношений рассмотренным путем. Мера конвергенции правовых и моральных норм в регулировании общественных отношений имеет теоретический и прикладной аспекты.

Во-первых, мера использования социальных норм в правотворчестве есть определенное количество самих социальных норм либо их регулирующих элементов, которое имеет качественное значение для правового предписания. Если коэффициент регулятивного эффекта от реализации комбинированного правового предписания повышается, т. е. правовые предписания лучше реализуются, чем до введения в них социальных норм, мера использования социальных норм может считаться адекватной, при этом она может быть расширена в количественном выражении используемых социальных регуляторов. Если же коэффициент регулятивного воздействия снижается либо коэффициент нейтрален, то количественные характеристики меры использования иных социальных регуляторов в правовых предписаниях целесообразно снижать. Следовательно, главное качественное свойство меры использования социальных норм в правовых предписаниях – это степень урегулированности общественных отношений правом.

Во-вторых, мера конвергенции права и морали, в общем, есть отношение специфических определенных количеств правовых и мо-

ральных норм как самостоятельных мер. Но их самостоятельность в то же время по своему существу основывается на количественном отношении и различии по величине. Следовательно, их самостоятельность становится переходом друг в друга. Мера комбинирования правовых и моральных норм в правовом регулировании общественных отношений по завершении удачной комбинации исчезает в безмерном новом интегрированном предписании. Но эта другая сторона меры есть ее отрицательность лишь в себе самой.

Таким образом, на основании изложенного предлагаем конвергировать с современным отечественным законодательством не сами моральные регуляторы, а декларируемые ими общесоциальные ценности. В связи с этим считаем целесообразным исключить из действующего законодательства прямое закрепление моральных регуляторов[1].

Темы эссе:

1. *«Моральность» конвергенции права.*
2. *Степень конвергенции права в праве.*
3. *«Минимум нравственности» как результат конвергенции права и морали.*

Лекция 14. Конвергенция права и религиозных норм

Характеристика религиозных норм, участвующих в конвергенции с правом. Правовая организация права и религиозных норм. Закономерности конвергенции права и религии.

Для выяснения специфики юридической конвергенции немаловажное значение имеет вопрос о сближении права и религиозных норм, которые являются одним из мощнейших регуляторов общественной жизни прошлого и современности.

Рассматривая особенности конвергенции этих явлений, целесообразно, прежде всего, определиться с понятиями «религия» и «религиозные нормы».

В религиоведении разработан ряд концепций религии: теологические (конфессиональные), философские, социологические, биологиче-

[1] Это предложение относится, в частности, к юридическим нормам, закрепленным в п. 3 ст. 55 Конституции РФ, ст. 151 Гражданского кодекса РФ и т. д.

ские, психологические, этнологические и др.[1] К религиозной тематике в своих трудах обращались мыслители самых разных эпох и направлений: П. А. Флоренский, К. Маркс и Ф. Энгельс, М. Вебер, З. Фрейд, В. Джеймс и др.[2]. Анализ названных, достаточно различных, точек зрения позволяет заключить, что они взаимосвязаны, влияют друг на друга, обмениваются определенными идеями, корректируя их в соответствии с собственными исходными посылками, и часто оказываются едиными в выделении конкретных свойств объекта исследования.

Как показывает опыт вышеназванных авторов, по отношению к религии однозначное определение сформулировать не представляется возможным. Поэтому мы в своем исследовании акцентируем внимание лишь на регулятивной ее стороне. В связи с этим понятие религии рассмотрим следующим образом.

Религия – это специфическая нормативно-догматическая социальная система, регулирующая деятельность (поведение) людей в сфере их отношений к друг другу, обществу в связи с трансцендентным (сверхприродным, сакральным)[3].

С этой стороной данного социального явления, в частности, связано и происхождение латинского слова «религия». Обычно ссылаются на две традиции, восходящие к античному периоду. У истоков первой стоит знаменитый древнеримский философ и юрист Цицерон, который определял религию как то, что предопределяет заботу и почтение по отношению к некой высшей сущности, которую обычно называют божественной, и связывал этот термин со словом relegere, что означает – постоянно размышлять (о богах), как бы перечитывать (тексты молитв). Он писал: «... те, которые над всем, что относится к почитанию богов, усердно размышляли и как бы перечитывали (relegerent), были названы религиозными (religiosi)»[4].

Второе этимологическое объяснение термина «религия» было предложено раннехристианским писателем Лактацием (III–IV в. н. э.),

---

[1] Основы религиоведения / под ред. И. Н. Яблокова. М., 1994. С. 13.

[2] Флоренский П. А. Столп и утверждение истины. М., 1990 ; Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 3. С. 146–159, Т. 23. С. 26–28, 140–146 ; Вебер М. Указ. соч. С. 366–368 ; Фрейд З. Будущее одной иллюзии // Фрейд З. Психоанализ. Религия. Культура. М., 1991. С. 53–54 ; Джеймс В. Многообразие религиозного опыта. М., 1910. С. 26–27.

[3] Давая данные определения, мы отнюдь не отрицаем правомерности других возможных определений религии, начиная с самого распространенного: религия – это вера в сверхъестественное (бога). Просто нас будет занимать, в основном, лишь данная, регулятивная, сторона религии.

[4] Цицерон. О природе богов // Цицерон. Философские трактаты. М., 1985. С. 124.

который выводил слово religio от слова religare (связывать: человека с богом, верующего с верующим).

В арабо-мусульманской культуре для обозначения анализируемого социального явления употребляется термин дин (ад-дин), имеющий несколько значений. Но основное из них, опять-таки, связано со сферой поведения, взаимоотношений людей (прежде всего – с высшими силами). Приведем разъяснение этого слова у известного мусульманского теолога XII в. аш-Шахрастани. Опираясь на аяты Корана, он писал: «Мы уже разъясняли значение (слова) дин, это – повиновение и покорность (Аллаху). Ведь Аллах всевышний сказал: «Поистине, религия перед Аллахом – покорность (ислам)» (Коран III, 17). Иногда оно встречается в значении «воздаяние». Говорят: «Как ты поступаешь, так и тебе будет воздано». Иногда оно встречается в значении «расчет в день возвращения и Страшного суда». Всевышний сказал: «... это – истинная религия» (Коран IX, 36; XII, 40; XXX, 29). Следовательно, исповедующий религию – предающийся, повинующийся, признающий воздаяние и расчет в день Страшного суда и возвращения»[1].

Следующий важный момент, на котором необходимо остановиться, прежде чем рассматривать конвергенцию права и религиозных норм, – это структура религии. Религия представляет собой сложное системное образование, в котором переплетены идеальная и материальная (практическая) деятельность, которая всегда рождает определенные отношения между людьми, часто оформляющиеся в специфические организационные формы (учреждения, институты). В философско-социологической литературе обычно выделяют четыре основных компонента религиозной системы: религиозное сознание, религиозный культ, религиозные отношения, религиозные организации и религиозные нормы[2].

Религиозное сознание или, точнее, религиозное мировоззрение – это совокупность осознанных или так или иначе сформулированных представлений верующих о Боге (и шире – о трансцендентном, сверхъестественном), о мире и месте в нем человека. Оно включает в себя как интеллектуальную (рациональную), так и эмоциональную составляющие.

Второй основной компонент религии – культ – является материально-практической реализацией религиозного сознания. Именно в культе (многообразных обрядах, ритуалах, таинствах, молитвах и

---

[1] Аш-Шахрастани. Книга о религиях и сектах. М., 1984. С. 49–50. Также см.: Ислам : энцикл. слов. М., 1991. С. 70.

[2] Напр.: Угринович Д. М. Введение в религиоведение. М., 1985. С. 87–89.

т. п.) верующие ищут связи с трансцендентным (Богом), пытаются воздействовать на него. «Внутреннее содержание культа составляет непрерывное общение с Божеством с помощью оказываемых средств, – отмечает современный католический теолог Р. де ля Грассери, – без культа можно знать о существовании Бога или богов, знать их приказания, но только посредством культа можно беседовать с Божеством»[1]. То есть без культа нет и подлинной, полнокровной религии. Только совершая ежедневную пятикратную молитву (ас-салат, намаз), верующий может считаться правоверным мусульманином. Этот момент приводит многих исследователей к греческому «дом Господень» и сохранившему этот смысл – храм, место для богослужения. Но у этого слова есть еще ряд значений, и, прежде всего, оно употребляется для обозначения организационной и иерархической структуры религиозного сообщества, разделенного в православии и католицизме на мирян и профессиональных служителей культа, клир. И лишь где-то на периферии смыслов слово церковь обозначает общину верующих, всех последователей вероисповедания.

В исламской культуре употребляется арабское слово «умма», имеющее только одно значение – религиозная община мусульман (сначала – живущих в Халифате, а потом вообще всех – вне зависимости от места жительства) и не содержащее в себе и намека на какие-либо иерархические структуры и организационные разделения правоверных.

И, наконец, религиозные нормы – это правила поведения, регулирующие отношения верующих между собой и отношения верующих с неверующими, и многие иные сферы человеческой деятельности, иногда практически все, как, например в исламе[2].

Рассмотрев структуру религии, можно заключить, что религиозная (как и правовая) регулятивная система включает в себя как нормативные, так и ненормативные регуляторы (с ведущей ролью первых). Определим это, рассмотрев конвегренцию правового и религиозного регулирования.

Как уже сложилось в нашем исследовании, конвергенцию нормативно-регулятивных явлений будем анализировать на основе способов конвергирующей связи права и религии.

---

[1] Цит. по: Угринович Д. М. Указ. соч.

[2] Гуль Ака Анвар. Право и религия (на примере Афганистана) : дис. … канд. юрид. наук. М., 1994. С. 23.

Анализ религиозных текстов Библии, Корана, Бхавад-Гиты[1] позволил выявить большое количество общественных отношений, регулируемых правом и религиозными нормами (брачно-семейные отношения, отношения, связанные с охраной жизни, здоровья, собственности, торгово-экономические отношения и даже – отношения к самой религии). В целом анализ религиозных текстов под обозначенным углом зрения позволяет характеризовать конвергенцию в виде с*инхронизации требований правовых и религиозных норм.* Согласование требований права и религиозных норм основано, в большинстве случаев, на их общности[2].

Прежде всего, это связано с тем, что оба явления выступают в виде социально-нормативных детерминант поведения человека. Иными словами, это – средства, воздействующие на один и тот же предмет – общественные отношения. Кроме того, правом и религиозными нормами регулируются самые различные отношения: жизни, чести, достоинства, семьи, труда и т. д.[3]

Религиозная нормативность проявляется в том, что идеи и представления о сверхъестественном, «божественной воле» и власти, выраженные в «священных книгах» (Библии, Коране и др.), реализуются верующими в качестве божественных установлений, заповедей. В религиозных нормах сформулированы правила поведения людей, предусмотрена определенная ответственность за их нарушение, они имеют обязательный императивный характер, их исполнение обеспечивается мерами принуждения, определенными санкциями.

Отсюда вытекает второй момент синхронизации, основанный на подобии регулятивных особенностей права и религии. И религиозные, и правовые нормы имеют логическую структуру: «если – то – иначе». И если гипотеза и диспозиция религиозных норм почти всегда проявлена, к примеру: «…и так во всем, как хотите, чтобы с вами поступали (гипотеза), так и вы поступайте с другими (диспозиция)»[4], то санкция почти всегда выявляется логическим путем: за невыполнение религиозного предписания следует божья кара. Примеры божиих кар широко освещаются в источниках религиозных норм. Среди

---

[1] Анализ проводился на базе сопоставления наличия религиозных норм, регулирующих отношения, регламентированные современным российским правом.

[2] Среди крупных философов, социологов и религиоведов данный поход разделяют такие мыслители и исследователи, как И. Кант, М. Вебер, А. Дж. Тойнби, К. Г. Юнг, Э. Фромм и др. Не чужд этот подход и правоведам (Тихонравов Ю. В. Религии мира. М., 1996. С. 13 ; Общая теория права / под ред. В. В. Лазарева. М., 1996. С. 113).

[3] Основы религиоведения. М., 1994. С. 58–59.

[4] Библия. М.,1993. С. 1112.

мер религиозного наказания, которые должны были бы исправить грешника, сделать впредь его поведение правильным, специфическое место принадлежит покаянию. Религиозное покаяние выступает одновременно и как мера наказания, и как способ исправления человека. В христианских государствах совершение покаяния предписывалось юридическими нормами. В России еще в прошлом веке церковное покаяние присоединялось к уголовным и другим наказаниям[1].

Одним из наиболее сильных наказаний в системе религиозного регулирования, связанных с правом, было отлучение (анафема). Отлучение, даже неполное, временное, было наказанием чрезвычайно тяжким, поскольку оно приводило к изоляции отлучаемого. Прожить же в традиционном обществе вне своей микросреды практически было почти невозможным: «Человек, отлученный от церкви, фактически оказывался поставленным не только вне общества, но и вне закона»[2].

Следующий момент конвергенции права и религиозных норм, основанной на общности регуляторов, заключается в том, что религиозные нормы по мере своего функционирования и развития иногда включает в себя и другие существующие в обществе нормы (нравы, обычаи и др.). Это происходит следующим образом. Во многих религиях нормы поведения верующих разрабатываются детально и скрупулезно. Например, в исламе точно оговорено, какой ногой паломник должен переступить порог Каабы в Мекке[3]. Детализированы также и религиозные предписания, которые необходимо соблюдать повседневно, которые вплетаются в бытовое поведение людей. В силу этого происходит постоянное взаимочередование жизненно необходимого для человека исполнения религиозно-культовых действий. Соблюдение религиозных норм, вплетенное в повседневность, таким образом, превращается в привычку, а затем – в обычай. В новом поколении выполнение религиозных предписаний воспринимается уже как обязательный элемент бытия, как традиция, характерная для данной социальной общности (христианин должен креститься перед едой, мусульманин должен совершать пятикратный намаз и т. д.). Как известно, обычай может стать правом[4], тем самым право приобретает религиозный статус, что придает ему усиленную ценность в глазах верующего человека. Отныне и обычай, и правовая норма начинают

---

[1] Русское православие в XX веке // Русское православие (вехи истории). М., 1989. С. 362–364.

[2] Миссионерская деятельность церкви (Вторая половина XIX – начало XX века) // Там же. С. 448–449.

[3] Ислам. М., 1986. С. 112–113.

[4] Гевцов Ю. И. Очерки теории и социологии права. СПб., 1996. С. 91–92.

выступать как божественное установление. Вследствие этого религия обретает дополнительную силу влияния на сознание человека и дополнительную возможность регулировать его поведение.

Институциональность анализируемых явлений – еще одна основа конвергенции права и религиозных норм. В развитых религиях религиозная институциональность проявляется, прежде всего, в том, что религиозные институты разрабатывают системы норм (шариат, церковное право, патриаршие послания, папские энциклики, церковные уставы), которые четко оформлены словесно, тщательно регламентированы. Эти нормативные предписания зачастую являются прообразом правовой институализации. Ни для кого не секрет, что заповеди «не убий», «не укради» и другие нашли свое отражение практически во всех правовых системах. Институализированные регуляторы ислама вообще неотделимы от мусульманского права[1]. Из приведенного примера проявляется еще одна тенденция конвергенции права и религиозных норм – это *поглощение* правом не противоречащих ему религиозных норм.

Однако нельзя сводить религиозное и правовое регулирование только к институционному. Их объединяет и наличие в их системах не только нормативных, но и ненормативных регуляторов. Они регламентируют деятельность и поведение через нормы, ценности, мотивы, цели и т. д. Что касается религии, то длительное функционирование ее в обществе приводит к тому, что регулярное соблюдение религиозных норм верующими приводит к превращению этих норм в достояние индивидуального сознания. Религиозные нормы, принятые субъектом, ставшие его внутренним миром, образуют для него основу поведения, мотив поведения. В этом случае исчезает вопрос о разграничении субъекта и объекта регулирования, поскольку индивид по доброй воле, без оглядки на внешние санкции и поощрения, следует в своем поведении предписаниям религии. Превращение религиозных предписаний и норм в ценностную позицию субъекта означает, что религия становится внутренним регулятором, побуждающим человека к совершению требуемых действий, например, к соблюдению правовых норм, отражающих общечеловеческие ценности.

Следующее, что роднит право и религию и позволяет говорить об их конвергенции, – это наличие контроля над реализацией их предписаний. Надо сказать, что процесс функционирования права и религии вызывает к жизни целую систему разных приемов, методов и способов обеспечения контроля над соблюдением предписаний, норм,

[1] Особенно при режиме государственной церкви.

правил, запретов[1]. При этом и религиозная, и правовая регуляции поведения носят сложный, многослойный характер. Религиозная система контроля принимает наиболее развитые формы в феодальном обществе, где религия с помощью института церкви утверждается как государственная[2]. То есть в ряде случаев контролирующие системы права и религии объединяются и поддерживают друг друга.

В целом, подводя итог анализу конвергенции права и религиозных норм, основанной на синхронизации и поглощении правом религии, можно резюмировать, что это – две пересекающиеся системы, функционирующие на основе их сходства и взаимопроникновения. Особо актуальны данные отношения в современной России. Имевшие место в прошлом попытки осуществить отчуждение личности от религии не могли не нарушить динамического равновесия, существующего между эмоционально-духовной и интеллектуально-рассудочной сферой человека. Жесткий идеологический прессинг, проводимый с помощью разных средств – от самых примитивных до самых утонченных, – долгие десятилетия вытеснял религиозное восприятие мира из индивидуального сознания, а вместе с ним девальвировал и социальную ценность религиозных норм. Мощное воздействие на сознание (и даже на подсознание) привело к тому, что и провозглашенная нынешней Конституцией РФ охрана прав и свобод человека в области свободы совести еще в недостаточной степени конвергентно праву. Такое положение во многом оказывается следствием остаточного идеологического давления на умы целых поколений российских граждан (включая, разумеется, как должностных лиц, так и людей, не обремененных властью).

На реализацию свободы совести и создания религиозных объединений влияет множество факторов, среди которых нельзя не учитывать как воздействие религии, так и проявления посттоталитарного синдрома. Следовательно, только комплексный подход позволит решить многоплановую проблему. Не следует недооценивать и то обстоятельство, что в России неуклонно растет число верующих, а потому целенаправленная и обоснованная конвергенция религиозных и правовых норм, как представляется, могла бы увеличить регулятивную силу последних. Вместе с тем, по нашему мнению, не следует излишне преувеличивать роль религиозных норм в ущерб правоохраняемым интересам.

Иными словами, сегодня в России сформировалась новая тенденция конвергенции права и религиозных норм.

---

[1] Правовой контроль обычно выражается в функционировании специальных органов государства.

[2] Мануйлова Д. Е. Церковь как социальный институт. М., 1978.

Анализ нормативно-правовых актов, затрагивающих вопросы религиозного регулирования, позволил выявить конвергенционный механизм в виде *поглощения религиозными* регуляторами правовых предписаний, в виде санкционирования правом религиозных норм. Ссылки на религиозные нормы стали достаточно распространены в современном отечественном законодательстве[1]. Некоторые религиозные нормы прямо включаются в законодательство России. Например, правила, устанавливающие обязательное празднование Рождества Христова и Светлой Пасхи[2].

В целом, использование различных религиозных регуляторов в правовом регулировании вполне позитивно. В любом случае творцы правовых предписаний опираются при конструировании правовых

---

[1] Федеральный закон от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»; Устав Кировской области от 27 марта 1996 г. № 12-ЗО; Закон г. Москвы от 6 июля 2005 г. № 38 «Избирательный кодекс города Москвы»; Заключение Уполномоченного по правам человека в РФ «О проверке соответствия Федерального закона “О свободе совести и о религиозных объединениях” международно-правовым обязательствам Российской Федерации»; Закон РФ от 25 октября 1991 г. № 1807-1 «О языках народов Российской Федерации»; постановление Конституционного Суда РФ от 28 июня 2007 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности статьи 14.1 Федерального закона “О погребении и похоронном деле” и Положения о погребении лиц, смерть которых наступила в результате пресечения совершенного ими террористического акта, в связи с жалобой граждан К. И. Гузиева и Е. Х. Кармовой»; постановление Правительства Санкт-Петербурга от 11 июля 2006 г. № 848 «О Программе гармонизации межэтнических и межкультурных отношений, профилактики проявлений ксенофобии, укрепления толерантности в Санкт-Петербурге на 2006–2010 годы (программа «Толерантность»)»; решение Верховного Суда РФ от 27 февраля 2006 г. № ГКПИ06-73 «Об оставлении без удовлетворения заявления о признании незаконным пункта 52 Инструкции о порядке выдачи, замены, учета и хранения паспортов гражданина Российской Федерации, утвержденной Приказом МВД РФ от 15.09.1997 № 605»; распоряжение префекта ЮВАО г. Москвы от 27 декабря 2007 г. № 2764 «Об окружной целевой программе «Духовно-нравственное воспитание и развитие детей и молодежи в Юго-Восточном административном округе города Москвы» на 2008–2010 гг.»; постановление Конституционного Суда РФ от 23 ноября 1999 г. № 16-П «По делу о проверке конституционности абзацев третьего и четвертого пункта 3 статьи 27 Федерального закона от 26 сентября 1997 года «О свободе совести и о религиозных объединениях» в связи с жалобами Религиозного общества Свидетелей Иеговы в городе Ярославле и религиозного объединения «Христианская церковь Прославления»; Определение Конституционного Суда РФ от 17 октября 2006 г. № 447-О «По жалобам граждан Жидкова Михаила Александровича и Пильникова Олега Сергеевича на нарушение их конституционных прав статьей 11 Федерального закона “Об альтернативной гражданской службе”» и др.

[2] 7 января – Рождество Христово в соответствии со ст. 112 Трудового кодекса РФ нерабочим праздничным днем. Православная Пасха – Светлое Христово Воскресение также официально признается праздничным нерабочим днем (п. 10-1 Закона С.-Петербурга от 13 мая 2009 г. № 210-44).

норм не только на знание права, но и на свои религиозные предпочтения. Вместе с тем прямое включение христианских религиозных норм в правовое регулирование, во-первых, противоречит установленному Российской Конституцией правового режима отделения церкви от государства; во-вторых, создает предпосылки религиозного конфликта в условиях поликонфессионального государства.

Таким образом, исследование конвергенции права и религиозных норм позволило сделать определенные выводы.

Во-первых, анализ соотношения религиозных текстов и современного законодательства России свидетельствует о наличии конвергенции между правом и религиозными нормами на основе метода синхронизации, т. е. согласования требований нормативных регуляторов в вопросах упорядочения общественных отношений.

Во-вторых, в вопросах совместной регламентации наиболее важных общественных отношений (охрана жизни, здоровья, собственности и т. д.) происходит поглощение религиозных норм правовыми, так как большинство современников обратится за защитой своих фундаментальных ценностей, скорее, к государству, нежели в церковь.

В-третьих, нарастающая в последние годы тенденция формирования правовых предписаний со ссылочными диспозициями, отсылающими к религиозным нормам, свидетельствует о поглощении религиозными нормами правовых регуляторов. Однако это лишь внешне выраженное формальное поглощение, пока большинство населения осознает, например, что празднование Рождества – это прежде всего религиозное предписание. Думается, что со временем, когда вырастет новое поколение участников правоотношений, данная норма, скорее всего, десакрализируется и будет иметь в правосознании исключительно правовой смысл.

В-четвертых, мера использования религиозных регуляторов в правовых предписаниях, в общем, есть отношение специфических определенных количеств социальных норм как самостоятельных мер. Но их самостоятельность в то же время по своему существу основывается на количественном отношении и различии по величине. Следовательно, их самостоятельность становится переходом друг в друга и в правовое предписание. Мера комбинирования правовых и религиозных норм в правовом регулировании общественных отношений по завершении удачной комбинации исчезает в безмерном новом интегрированном предписании. Но это другая сторона меры есть ее отрицательность лишь в себе самой.

В-пятых, отсутствие взаимоперехода мер, составляющих новое интегрированное, или псевдоинтегрированное, правовое веление, сформированное путем поглощения религиозным регулятором изначального права, иногда порождает чрезмерность требований государственно-властного предписания. Например, введение в правовые нормы напрямую морально-религиозных регуляторов снижает правовую вариативность и делает содержащиеся в нормах требования более жесткими и бескомпромиссными, т.к. религиозная мораль (да и любая другая мораль) не предполагает полутонов, ей присуща бинарность: плохо – хорошо, справедливо – несправедливо.

В этом смысле мера порождает специфическую чрезмерность, нарушая тем самым условия собственного существования мерной определенности. Мера как бы «наращивает» чрезмерное, а последнее приводит к качественному изменению, т. е. к другой мере, отрицающей прежнюю меру.

В-шестых, анализ международного сотрудничества в духовной сфере свидетельствует и о том, что конвергенция права и религиозных норм может происходить как в медиальной форме, когда правовые нормы сближаются с религиозными, так и во внешней форме, когда отечественная правовая система сближается с религиозными правовыми системами.

Темы эссе:

1. *Конвергенция «духовного» вправе и морали.*
2. *Конвергенция религиозных учений на основе конвергенции прав и религии.*
3. *Каноническое право, как результат конвергенции религии и права.*

Лекция 15. Конвергенция права и обычая

Характеристика обычая в механизме конвергенции права. Формы взаимодействия права и обычаев. Закономерности конвергенции права и обычаев.

Изучение процессов конвергенции права с иными социальными регуляторами позволило в качестве самостоятельного объекта юридической конвергенции выделить совокупность регуляторов, обозначаемых термином «обычай». Исходное определение понятия права для анализа конвергенции права и обычая установлено в части настоящей работы, посвященной конвергенции права и закона с точки зрения естественно-правового подхода.

Для установления наиболее общих закономерностей конвергенции права и обычаев обратимся поэтому вначале к анализу понятия «обычай».

Социальная жизнь, повсюду и в любой период существования человечества основывалась на той или иной форме организации. Большинство ученых признает, что на ранних ступенях развития общества в основе социальной организации лежали нормы, определявшие из поколения в поколение общие правила поведения отдельных индивидов[1]. Чаще всего подобные нормы называют обычаем. Под обычаем понимают правила поведения, которые в результате многократного применения входят в привычку людей и, таким образом, регулируют их поведение[2]. Вместе с тем общий термин «обычай» объединяет в содержании данного понятия круг явлений, которые сходны и близки по смыслу, но не тождественны[3]. По этому поводу в отечественной научной литературе можно выделить две господствующие точки зрения.

Во-первых, некоторые авторы (О. Э. Лейст, И. С. Зыкин, Н. И. Матузов и др.) склонны считать, что нельзя объединять под понятием «обычай» различного рода традиции, нравы, ритуалы, обык-

---

[1] Гофман А. Б., Левкович В. П. Обычай как форма социальной регуляции // Сов. этнография.1973. № 1. С. 15.

[2] Общая теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. М., 1996. С. 113 ; Головкин Р. Б., Мамчун В. В. Теория государства и права : конспекты лекций. Владимир, 1996. С. 42 ; Зыкин И. С. Обычай в советской правовой доктрине // Сов. государство и право. 1981. № 3. С. 128 ; Свечникова Л. Г. Понятие обычая в современной науке: подходы, традиции, проблемы (на материалах юридической и этнологической наук) // Государство и право. 1998. № 9. С. 98–102.

[3] Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1980. С. 83–84.

новения и т. д.[1] Другого мнения придерживаются В. И. Гойман, Т. Н. Радько, М. А. Супатаев и др., которые считают необходимым относить к обычаям вышеперечисленные нормативы[2].

Вторая позиция, на наш взгляд, более обоснована. Во-первых, все основные признаки обычаев присутствуют и в традициях, и в нравах, и в других выделяемых данным подходом нормах. Во-вторых, такая точка зрения вносит терминологическую ясность, позволяя рассматривать вышеперечисленные явления как видовые разновидности обычаев.

Традиция связана с нормами морали в том отношении, что традиционными становятся какие-либо действия, одобряемые моралью, а также в том, что лица, пренебрегающие этой традицией, заслуживают морального порицания. В то же время традиции имеют нечто общее с собственно обычаем: они опираются не только на поддержку общественного мнения, но и на психологические факторы, в частности, на чувство связи человека с окружающими, стремление следовать распространенному примеру, которому следуют все, на то, что психология называет «психическим заражением», подражанием и т. д. Традиции, так же, как и обычаи, регулируют устойчивые отношения. Но они носят, по мнению Т. В. Кашаниной, лишь поверхностный характер, поскольку не затрагивают какой-либо общественной закономерности, а больше относятся к внешней стороне поведения людей[3]. Можно утверждать, что отличает эти разновидности социальных регуляторов и срок их формирования: обычаи складываются, как правило, на протяжении нескольких поколений, традиции – за меньший срок. Однако, на наш взгляд, традиция со временем может превратиться в обычай. Поэтому позволим себе не согласиться со спорным утверждением Т. А. Кашаниной о том, что торжественное застолье по поводу заключения брака является традицией. Дело в том, что данное положение противоречит собственному суждению указанного автора о признаке, отличающем традицию от обычая: временной промежуток – смена не-

---

[1] Лейст О. Э. Право в системе социальных норм // Общая теория государства и права / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1994. С. 114–116 ; Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М.,1983. С. 17 ; Матузов Н. И. Понятие и классификация социальных норм // Теория государства и права / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малькова. С. 291.

[2] Гойман В. И., Радько Т. Н. Право в системе нормативного регулирования // Общая теория государства и права. М., 1996. С. 113 ; Супатаев М. А. Право современной Африки. М., 1988. С. 61.

[3] Кашанина Т. В., Кашанин А. В. Основы российского права. М., 1997. С. 50.

скольких поколений. Следовательно, попытки отделить обычай от традиции кажутся проблематичными и малообоснованными.

Ритуал – это обычай процедурного характера, закрепляющий сложившуюся практику проведения каких-либо торжественных мероприятий. Иначе ритуал можно определить как церемонию, демонстративное действие, имеющее целью внушить людям определенные чувства. Например, в медицине существует клятва Гиппократа, которую дают выпускники медицинских вузов. Ее ритуал опирается на старинные традиции и обычаи, веками утверждавшиеся среди лиц, профессионально занимающихся врачеванием.

От ритуалов и традиций отличаются обыкновения, или обычаи делового оборота, под которыми понимается устоявшаяся практика, сложившаяся в хозяйственной деятельности, а также в быту. Деловой обычай, придающий регулятивное значение повторяющимся фактическим отношениям, играет значительную роль в хозяйственных процессах, протекающих внутри страны и в межгосударственных отношениях, например, во внешней торговле. При противоречивом действии некоторых регуляторов в разных отраслях общественного производства, при образующемся в других областях «регулятивном вакууме» возникают деловые обычаи, соблюдение которых обеспечивается силой общественного мнения, пониманием эффективности их последствий и т. п. Новое российское законодательство прямо указывает на деловой обычай, как способ регулирования общественных отношений в сфере предпринимательской деятельности (п. 1 ст. 5 Гражданского кодекса РФ). Согласно постановлению Верховного Суда РФ № 6 от 1 июля 1996 г.: «Обычай делового оборота может быть применен независимо от того, зафиксирован ли он в каком-либо документе» (опубликован в печати, изложен во вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т. п.)[1]. Поэтому можно считать, что грань между деловым обыкновением и собственно обычаем весьма условна.

Помимо рассмотренных видов обычаев, в литературе встречаются и другие термины, обозначающие понятие «обычай»[2]. Например, обычай, который получает молчаливое или специальное призна-

[1] Сборник постановлений Верховного Суда РФ. М., 1996.

[2] Матузов Н. И. Право в системе социальных норм // Теория государства и права / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. С. 289 ; Кашанина Т. В. Социальные нормы и место права в их системе // Основы российского права. М., 1997. С. 50.

ние в международных и межгосударственных отношениях, также играет большую регулятивную роль и называется дипломатический этикет. Символические действия, сложившиеся в обществе и направленные на воспитательные, идеологические цели, можно называть обрядами. В отличие от ритуалов, они глубже проникают в психологическую сферу человека (например, обряд захоронения). К данной категории явлений, на наш взгляд, следует отнести и народные приметы, суеверия, которые тоже играют весьма существенную регулятивную роль (например, широко известна «плохая» примета, связанная с черной кошкой, перебежавшей дорогу).

В советское время в строительстве получили распространение своеобразные обычаи, когда так называемые гарантийные письма по устранению недоделок становились основанием для подписания актов сдачи-приемки строительства в срок. Нередко арбитражные суды вынуждены были рассматривать правовую природу гарантийных писем и не признавали их юридически значимыми. Но, тем не менее, эта практика продолжалась, так как отказ заказчика принять гарантийное письмо подрядчика и не подписывать акт сдачи-приемки работ грозил сохранением недоделок, срывом работ, перемещением работников и строительной техники на другие объекты. И этот реальный механизм весьма мощно обеспечивал действие такого обычая, как «гарантийное письмо».

Обычаями становятся нормы, соблюдение которых стало привычным в результате их относительно длительного существования. Однако данные стереотипы могут складываться и на основе, например, моральных норм, которые лежат, в том числе и в основе нравов (нравы – обычаи, имеющие моральное значение).

Термин «нравы», применяемый для обозначения особых правил поведения, которые, как считается[1], занимают промежуточное положение между обычаем и моральными нормами, производен от термина «нрав» и уходит корнями в отечественную историю. Согласно толковому словарю В. И. Даля, нрав – это, одна половина или одно из двух основных свойств духа человека: *Ум и нрав слитно образуют Дух* (душу, в высшем значении); ко *нраву* относятся, как понятия подчиненные: *воля, любовь, милосердие, страсти* и пр., а к уму: разум, рассудок, память и пр. Согласный союз *нрава* и *ума, сердца* и *думки,* образует стройность, совершенство духа; раздор этих начал ведет к упадку. В животном не может быть такого разлада: там *нрав и ум, во-*

[1] Лейст О. Э. Указ. соч. С. 115.

ля и рассудок, слиты нераздельно в одно в *побудке* (инстинкте); и человек должен достигать такого же единства, но высшим путем: убежденьем, обузданьем страстей и умничанья, сознанием долга[1].

Иными словами, нрав – это общее выражение свойств человека, постоянных стремлений воли и его характер (например: *нрав тихий, кроткий, буйный, крутой* и пр.). В этом значении *нрав* человека: *природный*, прирожденный, естественный, поскольку любой родится с известными наклонностями, расположеньем; и *выработанный,* сознательный и возрожденный, насколько человек успел согласовать в себе сознательное и бессознательное. Эти же позиции, исходя из анализа термина «нрав», и рассмотрение его множественного числа, позволяет говорить о массовых свойствах нрава и его регулятивном значении для общественных отношений. Получается, что нрав – это свойство целого народа, населенья, племени, не столько зависящее от личности каждого, сколько от условно принятого; житейские правила, привычки, обычаи, которые в данном случае внешне озвучиваются как *нравы*.

В связи с тем, что нравы имеют глубокие психологические корни, то они в какой-то мере учитывают и иногда отражают религиозные нормы. Например, если проанализировать наиболее значимые религиозные источники (Библию, Коран, Талмуд, Бхавад-Гиту и др.), то можно обнаружить в них проявление норм, которые можно условно обозначить как морализованные обычаи. Эти морализованные обычаи характеризуют уклад взаимоотношений в обществе, породившем религии отраженные в названных источниках. С одной стороны, в них описываются сложившиеся стереотипы поведения, с другой стороны, происходит моральная оценка и сакрализация этих образцов. Например: «Как ты поступаешь, так и тебе будет воздано»[2]. Эти морализованные обычаи и можно отнести к нравам.

Как видно, нравы, в отличие от «чистых» обычаев, содержат в себе элемент моральной либо религиозной оценки поведения человека. Это связано с расширенной этимологией термина «нрав», «нравы», либо расширенная этимология связана с объемностью нравов.

Немаловажную роль в формировании видовой совокупности обычаев играет и традиционный образ жизни. Традиционный образ жизни можно определить как исторически сформировавшуюся, передаваемую из поколения в поколение в рамках определенной социаль-

[1] Даль В. И. Толковый словарь живого русского языка.
[2] Коран. М., 2006. IX, 36, XII, 40, XXX, 29.

ной группы, основанную на ее социально значимом опыте систему форм жизнедеятельности людей, характеризующую типичные особенности их мышления и поведения в бытовой, профессиональной, общественно-политической и социокультурной сферах. Из определения традиционного образа жизни следует, что не только религия и право лежат в основе общественной нравственности, но и иные факторы, которые объединены в это собирательное понятие.

Вкратце проанализировав большинство сопутствующих термину «обычай» явлений, можно заметить следующее: все они основаны на сложившейся повторяемости процессов и явлений, разница заключается только в периоде, за который они сложились. Закрепляются эти нормы привычками и стремлением к подражанию. Видовой состав этих норм постоянно развивается. Например, Н. И. Матузов в своей работе «Право в системе социальных норм» в начале 1990-х гг. выделял лишь обычаи и традиции, а в конце 1990-х гг., в аналогичной работе, он уже указывал на нормы обычаев, традиций, привычек, деловых обыкновений, правил этикета, корректности, приличия, обрядов, ритуалов в системе социальных регуляторов[1]. В конце первого десятилетия XXI в. теоретиками права выделяется еще больше традиционных регуляторов[2], однако это не меняет их сути, и все они должны пока оставаться, на наш взгляд, под эгидой одного термина – «обычай».

В связи с указанными обстоятельствами представляется, что нравы, традиции, ритуалы, деловые обыкновения, этикет, обряды, приметы, гарантийные письма, традиционный образ жизни – все это – неотъемлемая часть обычаев, обладающая лишь достаточно ограниченной самостоятельностью. Поэтому их следует считать все же разновидностями обычаев, нежели отдельными видами социальных норм.

Обратимся к характеристике конвергенционного взаимодействия права и обычаев. Результат процесса конвергенции права и обычаев – это образование новой целостности, соединяющей в себе определенные аспекты взаимодействующих систем и приобретающей таким образом новые самостоятельные черты.

Известно, что исторически право возникло с целью своеобразного дополнения обычаев, оно усиливает обычную регуляцию общества формально-определенными и заранее известными санкциями[3]. В

---

[1] Матузов Н. И. Право в системе социальных норм // Общая теория права / под ред. В. К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 189 ; Его же. Понятие и классификация социальных норм. С. 290.

[2] Напр.: Рассказов Л. П. Классификация социальных норм // Теория государства и права. М., 2008. С. 239–245.

[3] Теория государства и права / под ред. В. В. Лазарева. С. 125.

современном обществе речь можно вести уже не только о дополнении, но и о конвергенции права и обычаев.

В научной литературе неоднократно подчеркивалось родство нормативных систем права и обычаев, выражающееся в появлении между ними поля взаимодействия, общих характеристик, совместных категорий и похожих закономерностей развития.

Категория «*юридическая конвергенция»* не только подчеркивает родство права и обычаев, но и раскрывает сущность этого механизма, преобразующего общие черты права и обычаев в возможность их *сближающего* действия, которое помогает этим нормативным регуляторам решать общую задачу – упорядочивать общественные отношения. Этот термин подчеркивает, что при анализе этих систем невозможно абстрагироваться от их взаимопроникновения. Поэтому акцент в их исследовании должен быть сделан на самом процессе их взаимодействия и взаиморазвития.

Даже семантика рассматриваемого термина подчеркивает, что процесс конвергенции между правом и обычаем идет «в обе стороны», содержит как прямую, так и обратную связи. Поэтому можно подразделить конвергенционное отношение на три вида: а) воздействие обычая на право; б) воздействие права на обычай; в) синхронизация встречного воздействия.

Эти аспекты взаимосвязи не могут существовать в отрыве друг от друга. Право создает нормативно организованную сферу деятельности для осуществления притязаний человека, а обычаи ориентируют общество на уважительное отношение к правовым ценностям. Подобная взаимообусловленность связана с тем, что право и обычаи имеют похожие задачи – обеспечение стабильного функционирования общественной системы. Следовательно, право и обычаи вступают во взаимодействие с целью обеспечения защиты базовых ценностей и стабильности современного общества.

Иными словами, анализ права и обычаев как конвергирующих феноменов позволяет обнаружить общие черты, объединяющие рассматриваемые нормативные явления.

1. Общность корней, генезиса и эволюционных этапов развития обычаев и права.

2. Универсальная значимость права и обычаев, проявляющаяся в том, что они выступают как совокупность справедливых установлений, создающих условия для свободного осуществления разумной воли и обеспечения цивилизованной деятельности и общения. При этом обычаи являются всепроникающими нормативно-привычными фено-

менами. Они распространяется и на нравно-ценностные и традиционные (в узком смысле) отношения (любовь, дружба, товарищество), и на специализированные, профессиональные сферы человеческой деятельности (политика, воспитание, предпринимательство и т. д.). Право же имеет четко ограниченный круг своего действия.

3. Структурная «совместимость». Известно, что триединая структура права (правовые нормы, правовые отношения, правовая культура) соответствует похожей структуре обычаев (обычные нормы, обычные отношения, обычная деятельность).

4. Общность базовых категорий права и нравов. Так, понятия нормативности и свободы воли, являющиеся основными категориями права, вместе с тем объясняют природу обычаев. Возьмем, к примеру, знаменитую формулу софиста Протагора «Мера всех вещей – человек». Она относится к праву (с его принципами формального равенства и свободы) и к обычаям (привычное мерило общественных отношений).

5. Общая сфера деятельности, т. е. общая совокупность совпадающих общественных и индивидуальных связей и отношений, на которые направлено действие права и обычаев. На этом общем для них «поле» они действуют совместно, подчиняясь одинаковым причинно-следственным связям, тем самым создавая группу общественных отношений, на которые, одновременно взаимодействуя, оказывают конвергирующее воздействие и право, и обычаи.

6. Право, как и обычаи, является продуктом естественного развития социума, оно не привносится извне и не навязывается обществу властью. В этом смысле право и закон, как отмечалось ранее, разные, хотя и не существующие одно без другого понятия. Возникновение и развитие права подчинено тем же общим закономерностям, что и развитие обычаев. В этом смысле можно сказать, что право и обычаи носят конвенциональный характер.

Наиболее наглядным примером сближения права и обычая является обычное право[1]. Если говорить о традиционных обычно-правовых нормах, то они, несомненно, отличаются большим разнообразием в пределах государства, что для самого государства являлось, скорее всего, проблемой, так как в своей законодательной деятельности оно стремилось к единообразию и формализованности норм, действующих на всей территории. Для населения же это имело, очевидно, положительное значение, так как обычно-правовые нормы учитывали культурно-нравственные особенности различных групп населения.

[1] Анализ основывался на исследовании исторических памятников обычного права «Русской правды» и «Салической правды».

Для обеспечения обязательности исполнения норм официального права государство располагает всеми необходимыми механизмами, к которым можно отнести судебную систему, правоохранительные органы и т. п. Однако само существование норм обычного права является доказательством того, что обязательность должна обеспечиваться не только какими-то государственными структурами, но и иными механизмами, тем более что остается вопрос о том, чем обеспечивается эта самая обязательность норм обычного права. Речь идет об определенной правовой культуре, поскольку это не просто то или иное отношение к праву, а прежде всего – уважительное отношение к его нормам. Лицо, обладающее правовой культурой, не только характеризуется определенным уровнем знания действующих норм, но и строит свое поведение в соответствии с ними. К тому же обладание определенной правовой культурой означает как выполнение требований норм, так и стремление к тому, чтобы им следовали и другие. Справедливо будет предположить, что основная масса населения обладает в первую очередь обычно-правовой культурой, так как знание официального права является очень низким, а уважение к обычаям и нравам, по которым жили отцы, во многих регионах как России, так и мира по-прежнему является более весомым, нежели к законам, а точнее, к тем лицам, которые на основании их осуществляют разбирательство[1].

Многие исследователи отмечают важную роль конвергенции права и обычая в формировании правовой системы. Это обстоятельство было подчеркнуто еще в средневековье. Так, например, Г. Брактон писал, что «...только в одной Англии действует неписаное право и обычай. Именно в этой стране право возникло из неписаного (обычая), получившего всеобщее одобрение в результате применения»[2]. А известный российский социолог и историк права М. М. Ковалевский в ряде своих публикаций, посвященных обычному праву горцев Северного Кавказа, также отмечал архаичность родовых и общинных отношений[3], которые впоследствии заменяются отношениями раннегосударственного типа с последующими изменениями правовой системы.

---

[1] Бреус И. С. Прошлое и настоящее обычного права: к вопросу о содержании термина // Олень всегда прав. Исследования по юридической антропологии / отв. ред. Н. И. Новикова. М., 2003. С. 156–158.

[2] Брактон Г. О законах и обычаях Англии // Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы. М., 1961. С. 143.

[3] Ковалевский М. М. Современный обычай и древний закон. Обычное право осетин в историко-сравнительном освещении. М., 1886 ; Его же. Поземельные и сословные отношения у горцев Северного Кавказа // Рус. мысль. 1883. кн. XII ; Его же. Первобытное право. М., 1886 ; Его же. Закон и обычай на Кавказе. М., 1890.

Иными словами, на примере формирования обычного права можно верифицировать конвергенцию права и обычаев с использованием специальных методов: *синхронизации и поглощения*. Метод синхронизации в обычном праве проявляется в устранении противоречий при конвергенции права и обычая, и новая норма обычного права является результатом конвергенции на паритетном начале. Поглощение – это метод конвергенции права и обычая, который применяется двояко: во-первых, это поглощение правом обычая, когда создается принципиально новая норма, замещающая обычай (достаточно редкий случай для обычного права); во-вторых, это поглощение обычаем правовых норм. Сегодня поглощение обычаем права характерно для местностей с традиционным укладом, с традиционным образом жизни.

Например, у коренных народов Средней Азии традиционный уклад жизни с присущими ему формами социальных и правовых отношений в значительной степени сохраняется по сей день. В составе СССР этим народам власти пытались навязать конвергенцию права на основе поглощения правом обычаев, однако среднеазиатское общество успешно подстроилось к новой системе отношений, интегрируя ее элементы и отчасти подменив ее традиционной[1]. В этот период отчетливо проявилась устойчивость и живучесть, особенно на бытовом уровне, традиционного образа жизни, иерархичных социальных связей, правовых отношений, основанных на нормах обычного права и шариата. И в настоящее время большинство населения Средней Азии – это преимущественно сельские жители, воспроизводящие традиционный, во многом архаичный, патриархальный уклад в быту. Да и городские жители коренных национальностей в большинстве – недавние выходцы из сельской местности[2].

Лидеры новых независимых государств Средней Азии, фактически организовав и осуществив внешнюю дивергенцию с Российским

---

[1] Бушков В. И., Микульский Д. В. История гражданской войны в Таджикистане. М., 1996. С. 133–146 ; Бушков В. И. Таджикский автод тысячелетия спустя // Восток. 1991. № 5 ; Чешко С. В. Распад Советского Союза. М., 1996. С. 216.

[2] Брусина О. И. Традиционализм в социальной жизни новых среднеазиатских государств и проблемы полиэтничного общества // Обычное право и правовой плюрализм : сб. ст. участников XI Междунар. конгресса «Обычное право и правовой плюрализм в изменяющихся обществах» (18–22 августа 1997 г. Москва, Россия). М., 1999. С. 83–86.

правом, тем самым обусловили медальную конвергенцию права и обычая на основе поглощения правовых норм традиционными. Помимо развития языка и культуры «титульных» народов речь шла и об учете в законодательстве, системе государственного управления «национальной психологии», основанной на коллективистских социальных традициях, а также – отдельных норм обычного и мусульманского права[1].

Исследование современных примеров конвергенции права и обычаев осуществлялось на основании действующего российского законодательства. В процессе работы установлено, что непосредственно на обычаи действующие федеральные и региональные правовые предписания ссылаются более чем в восьмидесяти актах[2]. Например, ст. 5 Гражданского кодекса РФ закрепляет понятие обычая делового оборота, под которым понимается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

Международные унифицированные правила для документарных аккредитивов напрямую закрепляют и обычаи в данной сфере общественных отношений. В ст. 1 Правил закрепляется, что настоящие унифицированные правила и *обычаи* для документарных аккредитивов, редакция 1993 г., публикация МТП № 500, применяются ко всем документарным аккредитивам, включая резервные аккредитивы в той мере, в которой эти Правила могут быть к ним применены. Они являются обязательными для всех заинтересованных сторон при отсутствии прямо выраженного соглашения об ином.

---

[1] Акаев А. Доклад на совещании глав местного самоуправления Кыргызской Республики // Слово Кыргызстана. 1994. 23 нояб. ; Дубнов А. Не реформатор, а реставратор (Беседа с Супьян Бек Шериповом) // Новое время. 1996. № 4.

[2] Напр.: Ст. 5 «Обычаи делового оборота» Гражданского кодекса РФ; ст. 3 «Обычаи морского порта» Федерального закона от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»; «Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов» (публикация Международной торговой палаты № 500); ст. 12 «Обычаи порта или конкретной торговли» Международных правил толкования торговых терминов; ст. 13 «Иностранные Законы и Обычаи» «Унифицированных Правил ICC для Межбанковского Рамбурсирования по Документарным Аккредитивам» (публикация Международной торговой палаты № 525); Федеральный конституционный закон от 25 декабря 2000 г. № 1-ФКЗ «О Государственном флаге Российской Федерации»; Налоговый кодекс РФ (часть вторая); Земельный кодекс РФ) и др.

Обычаи в форме традиций упоминаются более чем в 40 актах[1]. Например, в ч. 1 ст. 131 Конституции РФ утверждается, что местное самоуправление осуществляется в городских, сельских поселениях и на других территориях с учетом исторических и иных местных традиций.

Статья 9 УИК РФ, определяя сущность исправления осужденных, закрепляет, что исправление осужденных – это формирование у них уважительного отношения к человеку, обществу, труду, нормам, правилам и традициям человеческого общежития.

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

Ритуалы также упоминаются более чем в 30 законодательных источниках[2]. При этом на ритуалы нормы права не только ссылаются, но и четко фиксируют ритуал в тексте норм, что приводит к слиянию права и ритуала. Например, ст. 4 Федерального закона от 13 марта 1995 г. № 32-ФЗ «О днях воинской славы и памятных датах России»

---

[1] Конституция РФ; Уголовно-исполнительный кодекс РФ; Указ Президента РФ от 31 октября 2009 г. № 1233 «Об учреждении геральдического знака – эмблемы, флага и знамени Службы внешней разведки Российской Федерации» (вместе с Положением о геральдическом знаке – эмблеме и флаге Службы внешней разведки Российской Федерации, Положением о знамени Службы внешней разведки Российской Федерации); Указ Президента РФ от 31 мая 2006 г. № 549 «Об установлении профессиональных праздников и памятных дней в Вооруженных Силах Российской Федерации; Федеральный конституционный закон от 21 июля 2007 г. № 5-ФКЗ «Об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта Российской Федерации в результате объединения Читинской области и Агинского Бурятского автономного округа»; Федеральный конституционный закон от 25декабря 2000 г. № 3-ФКЗ «О Государственном гимне Российской Федерации»; Закон г. Москвы от 16 июня 1999 г. № 25 «О ремесленной деятельности в городе Москве»; ст. 8 «Петербургские традиции» Устава Санкт-Петербурга и др.

[2] Статья 4 «Порядок проведения воинских ритуалов» Федерального закона от 13 марта 1995 г. № 32-ФЗ «О днях воинской славы и памятных датах России»; Приложение № 2 «Ритуал подъема и спуска Государственного флага Российской Федерации, порядок его хранения, содержания и использования при отдании воинских почестей» Указа Президента РФ от 10 ноября 2007 г. № 1495 «Об утверждении общевоинских уставов Вооруженных Сил Российской Федерации» (вместе с Уставом внутренней службы Вооруженных Сил Российской Федерации, Дисциплинарным уставом Вооруженных Сил Российской Федерации, Уставом гарнизонной и караульной служб Вооруженных Сил Российской Федерации); Федеральные конституционные законы от 25 декабря 2000 г. № 1-ФКЗ «О Государственном флаге Российской Федерации», от 25 декабря 2000 г. № 3-ФКЗ «О Государственном гимне Российской Федерации»; Закон г. Москвы от 4 июня 1997 г. № 11 «О погребении и похоронном деле в городе Москве» и др.

прямо закрепляет порядок проведения воинских ритуалов[1]. Приложение № 2 к утвержденным Указом Президента РФ от 10 ноября 2007 г. № 1495 общевоинским уставам закрепляет ритуал подъема и спуска Государственного флага Российской Федерации[2].

В целом анализ конвергенционных связей права и обычаев проявил следующие закономерности. Во-первых, в основе конвергенции права и обычаев лежит нормативность и ее противоположность – ненормативность. Во-вторых, конвергенционные связи между правом и обычаем выступают в виде объективной закономерности регламентации функционирования социальной жизни и обладают своим собственным содержанием. Содержание конвергенционных связей права и обычая обусловливается жизненно важными собственными интересами и потребностями индивидов, которые опосредуются через нормативные и ненормативные регуляторы. В-третьих, конвергенция права и обычая носит диалектический характер и выражается в прямом и обратном воздействии социальных регуляторов друг на друга. В-четвертых, конвергенция права и обычая носит комплексный характер: с одной стороны, каждый объект конвергенции со стороны права может иметь конвергенционную связь сразу с несколькими видами регуляторов, обозначаемых термином «обычай» (ритуалы, нравы, традиции и т. п.), либо со всеми видами обычаев в целом, с другой стороны, прямое и обратное воздействие конвергирующих регуляторов на практике может выражаться в синхронизации или взаимопоглощении.

В-пятых, конвергенция права и обычая (как показал анализ современного законодательства) иногда может осуществляться и с помощью метода комплементарности (ключ-замок), когда сближение происходит путем корректировки отдельных структурных элементов нормы права и нормы обычая. Например, обычное право не устанавливает обязательного неотвратимого наказания, а принуждение может применяться и за нарушение нравственных норм (например, ст. 169 Гражданского кодекса РФ).

Темы эссе:

1. *Подобие и различия способствующие конвергенции права и обычаев.*
2. *Корреляционные связи права и обычаев.*
3. *Обычное право, как результат конвергенции права и обычаев.*

---

[1] Рос. газ. 1995. 15 марта.

[2] Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007. № 47, ч. 1, ст. 5749.

Лекция 16. Конвергенция права и корпоративных норм

Характеристика корпоративных норм, участвующих в конвергенции с правом. Конвергенция общественного и публичного, в конвергенции права и корпоративных норм. Закономерности конвергенции прав и корпоративных норм.

Исследуя конвергенцию права в современной России, нельзя не отметить глубокую и многофакторную ее связь с корпоративным упорядочением общественных отношений. Корпоративное регулирование в конвергенции с правом – сложная и практически неисследованная проблема[1]. Чтобы точнее определиться с особенностями конвергенции права и корпоративных норм, прежде всего, обратимся к анализу понятия «корпоративные нормы». Понятие права будем рассматривать, как и в предыдущих частях работы, с точки зрения интегративного правопонимания. Как известно, понятие «регулирование» шире, чем понятие «нормативное регулирование». В связи с этим представляется, что корпоративные нормы – составная часть более широкого воздействия – корпоративного регулирования.

Этимология термина «корпоративный» означает принадлежность чего-либо к какой-либо корпорации. Корпорация (от позднелат. corporatio) – это союз, объединение, сообщество[2]. Следовательно, с этимологической стороны, корпоративное регулирование – это система средств воздействия на поведение, присущих каким-либо объединениям.

Анализ отечественной литературы свидетельствует, что этимологический подход пронизывает все исследования, так или иначе касаю-

---

[1] По мнению В. М. Баранова, парадокс создавшейся в России ситуации заключается в том, что налицо качественное обновление и расширение корпоративного регулирования, но при этом нет желающих «работать» с этим объектом. Данный вид социального воздействия на общественные отношения оказался в ситуации, когда значительный рост числа различных общественных объединений (партий, движений, союзов, религиозных объединений, фондов, клубов, землячеств, гильдий и т. п.) привел к значительному увеличению его объема. При этом серьезного научного комплексного анализа изменившейся природы этих регуляторов, их взаимосвязей с юридическими не проводится (Баранов В. М. Корпоративные и правовые нормы: некоторые проблемы взаимодействия в современной России // Власть и общественность. Социальные аспекты взаимодействия. Н. Новгород, 1997. С. 135).

[2] Советский энциклопедический словарь. М., 1990. С. 641 ; Словарь иностранных слов. М., 1954. С. 367.

щиеся этой проблемы. При этом корпоративное регулирование и корпоративные нормы рассматриваются в них как тождественные явления[1].

Думается, такое единодушие, в общем, не свойственное правоведам, еще не свидетельствует о бесспорности проблемы, а скорее наоборот, говорит об отсутствии специальных исследований. Дело в том, что этимологическая концепция вызывает вопрос: следует ли сводить все корпоративное регулирование только к уставным нормам общественных объединений, определенным образом зарегистрированных, или это понятие шире и включает в себя другие регулятивы? Практически у всех авторов эта проблема остается открытой[2]. Вместе с тем в настоящее время существует множество общественных объединений граждан, где нормы носят нелегальный характер[3].

Разрешение этого вопроса лежит в плоскости разграничения понятий «корпоративное регулирование» и «корпоративные нормы». Как мы уже отметили, корпоративное регулирование шире корпоративно-нормативного. Следовательно, будем исходить из того, что к корпоративным нормам следует относить лишь в установленном порядке зарегистрированные нормы, а остальную их часть – к корпоративному регулированию вообще. Такая позиция обосновывается тем, что нелегальная часть регулирования поведения членов общественных объединений – это скорее обычаи в форме традиции, нежели корпоративные нормы. Данный вывод предопределяется следующим причинами: 1) нелегальные внутриорганизационные нормы, как правило, имеют неинституциональный характер; 2) реализуются в силу привычки; 3) основаны на подражании.

Отсюда следует, что корпоративное регулирование состоит из двух подсистем нормативного регулирования: корпоративных обычаев и собственно корпоративных норм, выраженных в уставах общественных объединений.

---

[1] Напр.: Лукьянов А. И., Лазарев Б. М. Советское государство и общественные организации. М., 1962. С. 61–62 ; Петров Г. И., Петров В. С. Социалистическая государственность и общественность // Правоведение. 1961. № 2. С. 18 ; Кравченко В. В. Общественные организации СССР на международной арене. М., 1969. С. 58 ; Комаров С. А. Общая теория государства и права. М., 1994. С. 136 ; Тарасов Н. Н. Теория государства и права. М., 1997. С. 248 ; Гойман В. И., Радько Т. Н. Указ. соч. С. 114 ; Лейст О. Э. Указ. соч. С. 111 ; Хропанюк В. Н. Указ. соч. С. 197 и др.

[2] Дело в том, что как бы, само собой разумеется, что корпоративные нормы, выраженные в уставах, должны в установленном порядке регистрироваться.

[3] Безопасность. 1992. № 1. С. 9.

В связи с тем, что соотнесение правовых и обычных регуляторов – это предмет отдельного анализа, в данном параграфе мы будем рассматривать взаимосвязь права только с собственно корпоративными нормами.

Этимологический подход к понятию «корпоративные нормы», как уже отмечалось, имеет свои издержки, «затеняющие» ряд существенных признаков этого явления. Поэтому считаем целесообразным разработать онтологическо-функциональную модель в дефиниции «корпоративные нормы».

Во-первых, следует конкретизировать предмет регулирования рассматриваемого явления. Большинство авторов исходит из того, что это отношения, складывающиеся в общественных объединениях[1]. Однако в общем русле данного подхода существуют и несколько иные взгляды. Так, например, Н. Н. Тарасов сформулировал понятие «корпоративные нормы» как «правила поведения, создаваемые в организованных сообществах, распространяющиеся на его членов и направленные на обеспечение организации и функционирование данного сообщества»[2].

На наш взгляд, в данной ситуации термин «организованное сообщество» слишком широк, так как им можно обозначить практически любую социальную организацию, даже государство. В связи с этим представляется целесообразным ограничить его негосударственной сферой. Следовательно, основной подход, стоящий на том, что корпоративные нормы – это правила поведения, регламентирующие внутриорганизационную деятельность общественных объединений, более точен.

В этом смысле корпоративные нормы, как правило, распространяют свое действие только на членов общественных объединений и регулируют отношения, непременно связанные с членством в этих организациях[3]. Характерная особенность норм общественных организаций как раз и состоит в регулировании внутриорганизационных отношений, отражающих деятельность самих объединений.

---

[1] Напр.: Гойман В. И., Радько Т. Н. Указ. соч. С. 114 ; Лейст О. Э. Указ. соч. С. 111 ; Хропанюк В. Н. Указ. соч. С. 197 и др.

[2] Тарасов Н. Н. Право в системе социального регулирования // Теория государства права. М., 1997. С. 255. На наш взгляд, термин «организованное сообщество» слишком широк, так как им можно обозначить практически любую социальную организацию, даже государство. В связи с этим представляется целесообразным ограничить его негосударственной сферой.

[3] Беляева Н. Общество от слова «общность» // Век 20 и мир. 1988. № 6. С. 24.

Вместе с тем нельзя не учитывать, что корпоративные нормы регламентируют и отношения, выходящие за пределы сугубо внутриорганизационной деятельности. Это имеет место в тех случаях, когда определенные органы государства полностью передают некоторые свои функции тем или иным общественным организациям. В этом случае отношения, ранее регулируемые правом, опосредуются соответствующими нормами общественных организаций. Так, с 1960 г. профсоюзы управляют санаториями, домами отдыха, курортами и некоторыми другими объектами, руководство которыми ранее осуществляло Министерство здравоохранения. В этих случаях профсоюзы играют роль органа исполнительной власти[1].

В связи с этим вряд ли можно согласится с мнением В. М. Корельского, который выделяет нормы, регламентирующие указанные внешние отношения, в особую разновидность норм общественных организаций и считает, что они сочетают в себе признаки как правовых, так и внутриорганизационных норм, но ни к одному из этих видов норм полностью не сводятся[2]. Осуществление полностью переданных общественным организациям функций органов государства не нуждается в мерах государственного принуждения, поэтому надобность в правовых нормах отпадает, и, следовательно, устанавливаемые общественными организациями в данных случаях нормы носят сугубо корпоративный характер.

Далее целесообразно ввести в определение рассматриваемого понятия уже отмеченное нами свойство корпоративных норм – их институциональность. На наш взгляд, именно институциональность данных регуляторов позволяет их выделить в самостоятельный вид социальных норм.

Кроме того, как представляется, в рассматриваемом определении, следует учитывать побудительные мотивы вступления людей в определенные организации[3]. В основе целей той или иной обще-

---

[1] Козлова Е. Вступая в ряды... (комментарий Федерального закона РФ об «Общественных объединениях») // Человек и закон. 1995. № 9. С. 52–56 ; О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности : федер. закон от 12 янв. 1996 г. № 10-ФЗ // Рос. газ. 1996. 20 янв.

[2] Корельский В. М. О характере норм, создаваемых общественными организациями // Сов. государство и право. 1963. № 9. С. 102.

[3] В законодательстве наряду с термином «общественные объединения» как тождественный ему используется термин «общественные организации». Так, в ч. 1 параграфа 15 ст. 117 Гражданского кодекса РФ определено: «Общественные и религиозные организации (объединения)».

ственной организации лежат интересы лиц, вступающих в эти организации. Интересы вызывают в сознании людей определенные мотивы волевой деятельности, приводящие к предмету того или иного интереса. Поэтому, прежде чем вступить в то или иное объединение, лицо анализирует все те требования, которые предъявляются к каждому ее члену, и лишь убедившись в соответствии данных требований личным интересам, принимает решение о вступлении в данную организацию. С этого момента индивидуальная воля каждого члена общественной организации подчиняется коллективной воле, воплощающей в себе общность целей и интересов всех членов данного объединения. «В общественных организациях, – пишет А. И. Щиглик, – преобладают отношения, носящие характер своеобразного соглашения между членами. Способ решения вопросов и осуществления деятельности организации становится независимым от влияния личных черт характера ее членов»[1]. Следовательно, устанавливаемые компетентными органами общественных объединений социальные нормы выражают общую (коллективную) волю членов данных организаций.

Целесообразно в рассматриваемом понятии отразить и принцип добровольности вступления в объединения, который обусловливает и порядок соблюдения норм общественных организаций. Как правило, они соблюдаются добровольно, что, впрочем, не исключает возможности применения в необходимых случаях мер корпоративного воздействия[2].

Все вышеизложенное позволяет определить указанный вид социальных норм следующим образом: *корпоративные нормы* представляют собой систему формально определенных правил поведения, специально устанавливаемых компетентными органами общественных объединений и обязательных для членов корпораций, выражающих коллективную волю членов указанных организаций, выступающих в качестве регуляторов внутриорганизационных и некоторых внешних (на основе функций, переданных органами государства) отношений, соблюдаемых на основе внутреннего убеждения и охраняемых мерами общественного, а в некоторых случаях – государственного воздействия.

---

[1] Щиглик А. И. Закономерности становления и развития общественных организаций в СССР. М., 1977. С. 230.

[2] Напр.: Ст. 4 Положения о слушательском самоуправлении Рязанского института права и экономики МВД РФ: утв. советом 12 мая 1988 г.

В связи с тем, что корпоративные нормы, выраженные в уставах и положениях, санкционируются государством, конвергенция их с правом носит специфический, по сравнению с другими социальными регуляторами, характер. Эта специфика заключается в том, что данные регуляторы внешне более конвергентны, нежели остальные. Основу конвергенции составляет *синхронизация регулирования. Асинхронные отношения* права и корпоративных норм незначительны, не носят атрибутивного характера и не выходят за рамки подобных коллизий между самими правовыми нормами. Поэтому рассмотрим конвергенцию права и корпоративных норм как отношения *синхронизации* с учетом их единства и различий.

Прежде других специфических черт, определяющих взаимодействие рассматриваемых регуляторов целесообразно отметить их «внешнюю похожесть», базирующуюся на институализации. По формальным признакам корпоративные нормы, как и правовые, текстуально закреплены в соответствующих документах, имеющих систематизированный характер. Главным примером такого документа является устав.

Согласно современному отечественному законодательству устав общественного объединения должен предусматривать: название, цели, организационно-правовую форму объединения; структуру, руководящие и контрольно-ревизионные органы; территорию, в пределах которой объединение осуществляет свою деятельность; условия и порядок приобретения и утраты членства объединения; права и обязанности его членов; компетенцию и порядок формирования, сроки полномочий; место нахождения руководящих органов объединения; порядок внесения изменений и дополнений в устав объединения; источники формирования денежных средств и иного имущества, права по управлению имуществом; порядок реорганизации или ликвидации объединения[1].

Следующим моментом, вытекающим из предшествующего и роднящим эти два института, является одинаковая структура правовых и корпоративных норм.

Применительно к основной массе норм права, их логическое строение в юридической литературе принято делить на три составные

[1] Временные правила регистрации уставов политических партий, общественных объединений в Министерстве юстиции РФ // Бюл. норматив. актов м-в и ведомств. 1994. № 12. С. 3–11 ; Прусакова Л. Общественные объединения: регистрация уставов, контроль и помощь // Сов. юстиция. 1993. № 19. С. 9–10 ; Об общественных объединениях : федер. закон от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 21, ст. 1930.

части: гипотезу, диспозицию, и санкцию[1]. Однако, как отмечается в современных исследованиях, данные структурные элементы (в зависимости от регулируемого общественного отношения) могут быть представлены не в полном объеме[2].

Исследование логического подразделения социальных норм имеет определенное значение, так как помогает усвоению содержания указанных норм. По сравнению с другими видами неправовых социальных норм, изучение структуры норм общественных объединений в какой-то степени облегчается тем, что они, подобно нормам права, имеют в основном писаный характер, что позволяет «вчитаться» в их содержание. При уяснении внутренней структуры корпоративных норм следует исходить, по нашему мнению, из того положения, что указанная структура представляет собой общую формулу, по которой строится всякое правило поведения, т. е. она содержит указание на условия, при наличии которых это правило подлежит реализации, и на последствия его нарушения.

Корпоративные нормы не только содержат конкретные правила поведения, но и указывают на те необходимые условия, при наличии которых указанные в нормах предписания могут быть реализованы. Как известно, подавляющее число норм общественных объединений исполняется добровольно, на основе методов убеждения и воспитания, но в определенных случаях требуется также применение некоторых форм принуждения. Указанные нормы должны, таким образом, содержать и определенный перечень мер на случаи невыполнения, нарушения предписаний указанных норм. Большинство социальных норм содержит не только определенное веление, но и суждение, построенное по формуле «если – то – иначе»[3]. В полной мере это относится и к нормам общественных организаций.

В качестве примера рассмотрим нормы самой массовой общественной организации трудящихся – профсоюзов. Основным нормативным актом профсоюзов, как и других общественных организаций, является их устав. Устав профессиональных союзов России определяет их общие цели и задачи, устанавливает права и обязанности их членов, организационное строение снизу доверху, порядок формирования их

---

[1] Пиголкин А. С. Нормы права // Общая теория права. М., 1995. С. 156.

[2] Напр.: Леушин В. И. Структура правовых норм // Теория государства и права. М., 1997. С. 281–283.

[3] Шипунова Т. В. Социальные нормы как фундамент культуры // Культура на пороге 3-го тысячелетия. СПб., 1996. С. 74.

средств, определяет права их органов как юридических лиц. Для того чтобы те или иные нормы данного устава были в состоянии выступать в качестве регулятора определенных отношений, они должны содержать конкретные правила общезначимого поведения, в них должны быть также указаны условия, при которых данные правила поведения реализуются. Кроме того, указанные нормы должны содержать ссылку на те последствия, которые могут наступить в случае нарушения соответствующих правил[1]. Так, например, ст. 3 «з» указанного устава гласит, что член профессионального союза обязан посещать профсоюзные собрания, выполнять общественные поручения профсоюзных органов[2]. Статья 12 за нарушение уставных положений предусматривает различные меры общественного воздействия вплоть до исключения из этой общественной организации[3]. Исходя из этого норму логически можно сформулировать следующим образом: «Если рабочий или служащий является членом профсоюза (условие – гипотеза), то он обязан посещать собрания профсоюзных органов (конкретное правило поведения – диспозиция), иначе к нему будут применены меры воспитания или общественного воздействия – порицание, предупреждение и т. д. (санкция)».

Вместе с тем анализ корпоративных норм свидетельствует, что они не всегда имеют трехэлементную структуру. Так, например, в большинстве норм общественных объединений нет нужды при их изложении словесно выделять гипотезу, если под условием действия этих норм подразумевается членство в тех или общественных организациях. В большинстве корпоративных норм нет и словесного выражения их санкций[4]. Это структурное подразделение вытекает, прежде всего, из принципа добровольности формирования и функционирования объединения. Следовательно, структура корпоративной нормы (как и правовой) – это ее строение, «...обусловленное фактическими общественными отношениями, характеризуемое наличием взаимосвязанных, взаимодействующих элементов, реально выраженное в нормативных актах»[5].

Следующий существенный элемент единства исследуемых явлений – принятие правовых и корпоративных норм по особой проце-

---

[1] О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности : федер. закон от 12 янв. 1996 г. № 10-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 3, ст. 148.

[2] Устав профессиональных союзов РФ. М., 1994. С. 151.

[3] Там же. С. 153.

[4] Шепелев В. И. Советское право и нормы общественных организаций в их взаимодействии и развитии : дис. … канд. юрид. наук. Ростов/Д, 1972. С. 41.

[5] Леушин В. И. Нормы права // Теория государства и права. М., 1997. С. 285.

дуре. Сходство в данном случае проявляется в двух направлениях – в процессе формирования норм и в его содержании. Как известно, стадиями законотворческого процесса являются: подготовка законопроекта; его обсуждение; принятие; обнародование[1]. Подобные стадии можно обнаружить и при приятии корпоративных норм. Вместе с тем эти стадии носят в большинстве своем неписаный характер. Так, например, устав профсоюзов упоминает только принятие норм[2]. Другие корпоративные акты вообще о них умалчивают[3]. Однако на практике члены общественных объединений при создании новой нормы следуют процедуре, подобной правотворчеству норм. Проект нормы разрабатывают, как правило, органы управления объединения. Обсуждается, принимается и обнародуется новая корпоративная норма на общем собрании, съезде, конгрессе[4].

Более ярко «высвечивается» подобие нормообразования рассматриваемых явлений в содержании этого процесса. Главной объединяющей чертой его является то, что принятие и правовых, и корпоративных норм основано на демократической процедуре голосования. Единственным различающим моментом в данной ситуации выступает то, что при принятии корпоративной нормы вправе голосовать все, на кого она будет распространяться, а при принятии правовой это можно сделать только в случае референдума.

В итоге можно заключить, что в основе конвергенционногго единства правовых и корпоративных норм лежит их институциональный характер, структура и особые процедуры нормообразования.

Различие между указанными видами норм состоит в следующем.

Во-первых, это касается предмета регулирования. Корпоративные нормы имеют иную природу, нежели право. Предметом их регулирования являются отношения, не урегулированные юридически (в силу невозможности или нецелесообразности такого регулирования). Они принадлежат к структурным единицам гражданского общества и отражают специфику последних[5]. В связи с этим важно отличать корпоративные нормы от юридических, содержащихся в локальных нормативно-правовых актах. Нормы, содержащиеся в локальных правовых актах, хотя действуют только внутри определенной организации,

---

[1] Пиголкин А. С. Правотворчество // Общая теория права. М., 1995. С. 208.

[2] Щиглик А. И. Указ. соч. С. 244.

[3] Напр.: Положение о слушательском самоуправлении Рязанского института права и экономики МВД РФ.

[4] Напр.: Ст. 12 Устава Международной Славянской академии. М., 1994.

[5] Тарасов Н. Н. Право в системе социального регулирования. С. 255.

являются юридическими, поскольку порождают права и обязанности, обеспеченные юридическими механизмами. Так, при нарушении положений учредительных документов акционерного общества, например, порядка распределения прибыли, заинтересованный субъект может обжаловать состоявшееся решение в суд[1].

Следующее отличие заключается в способах воздействия на регулируемые общественные отношения. Как известно, общественные организации[2] – это добровольные объединения, призванные удовлетворять определенные интересы и склонности своих членов. Если бы коллективная воля не отражала индивидуальную волю членов общественных организаций, то был бы подорван принцип добровольности соблюдения и исполнения устанавливаемых этими организациями норм, более того, общественные объединения не соответствовали бы своему назначению. Право, в отличие от корпоративных норм, регулирует гораздо больший объем разноплановых общественных отношений, поэтому основой его воздействия служит принуждение[3].

Отсюда следует еще одно отличие, проявляющееся в том, что нормы права выражают волю большинства населения, а корпоративные нормы выражают волю лишь определенного числа лиц, т. е. волю членов общественных объединений.

Как видим, различия правовых и корпоративных норм не столь велики, единство их глубже и всестороннее. Скорее всего именно поэтому взаимосвязь рассматриваемых регуляторов выступает в виде *синхронизации их формы и содержания.*

Исследуемый аспект взаимосвязи можно определить как влияние права на корпоративные нормы и обратное воздействие корпоративных норм на правовые.

Государство является ядром политической системы общества, в которую, как конкурирующая сила, органично входят и общественные объединения. На наш взгляд, именно этим соображением и обусловлено достаточно активное правовое воздействие на корпоративные нормы,

---

[1] Прусакова Л. Указ. соч. С. 10.

[2] Как было отмечено выше, в законодательстве наряду с термином «общественные объединения» как тождественный ему используется термин «общественные организации».

[3] Теоретические основы правового регулирования общественных отношений в Российской Федерации // Сев.-Кавказ. юрид. вестн. Ростов/Д, 1995. № 11. С. 88.

регулирующее деятельность общественных объединений[1]. Анализируя современное отечественное законодательство, можно отметить, что значительное место здесь занимают конституционные нормы.

Во-первых, Конституцией РФ определено право граждан на объединение (ст. 30).

Далее в ее тексте целый ряд положений определяет прямо или косвенно статус общественных объединений. Среди статей непосредственно-регламентирующего характера можно выделить следующие: 13, 14, 30, 31, 36. Нормы косвенно-регламентирующего характера изложены в ст. 19, 37, 39, 45, 46, а также 55 и 59.

Содержание этого права, основные его государственные гарантии, статус общественных объединений, порядок их создания, деятельности, реорганизации или ликвидации регулируются и отраслевыми нормативными актами, в частности: Федеральным законом «Об общественных объединениях», Гражданским кодексом РФ и другими законами об отдельных видах общественных объединений – политических партиях, профессиональных союзах (Федеральный закон «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности»), благотворительных фондах[2] и т. д. Другими словами, активная роль права по отношению к корпоративным регуляторам весьма велика.

Вместе с тем одной конкуренцией влияние права на корпоративные нормы не исчерпывается. Дело в том, что, являясь членом общественного объединения, человек становится принадлежностью, частью этой общественной системы, сознательно теряя нечто как личность, как персона. Но одновременно он остается гражданином государства, ему принадлежат все права и свободы, зафиксированные в Конституции РФ. И любое (прямое или косвенное, полное или частичное) ограничение этих прав в угоду интересам общественной организации – незаконно, аморально, антигуманно.

---

[1] Более подробно об общественных объединениях и их взаимодействии с государством см.: Ямпольская С. А. Общественные организации в СССР. М., 1972 ; Гатинян А. А. Некоторые проблемы правового статуса общественных организаций // Совершенствование правового регулирования общественных отношений : сб. науч. тр. Вып. 3. Калининград, 1973 ; Перевалов В. Д. О правосубъектности общественных организаций // Социально-психологические аспекты правового регулирования : сб. науч. тр. Свердловск, 1975. Вып. 42.

[2] О благотворительной деятельности и благотворительных организациях : федер. закон от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 33, ст. 3340.

Именно этим, помимо всего прочего, объясняется активное современное правовое воздействие на корпоративные нормы. То есть, законодательство направлено на пресечение указанных ограничений. Как справедливо заметил К. И. Бурдин, «право должно воздействовать на нормы общественных объединений путем «очерчивания» рамок действия последних незыблемыми границам и прав и свобод человека»[1].

Кроме того, право закрепляет форму выражения собственно корпоративных (уставных) норм, создавая соответствующие законодательные предписания. Например, Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»; Закон РФ от 19 июня 1992 г. № 3085-1 «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах) в Российской Федерации» и др.

Другая сторона конвергенции исследуемых явлений выражается в том, что корпоративные нормы, в свою очередь, «помогают» праву в регулировании некоторых отношений[2]. Отмеченная «помощь» касается, прежде всего, самих объединений. С помощью корпоративных норм, например, определяется правосубъектность указанных организаций. Некоторые общественные объединения выступают как участники государственно-правовых отношений. В период выборов депутатов партиям и другим общественным организациям принадлежит право выдвижения кандидатов в депутаты, а также назначение своих представителей в избирательные комиссии. Нормы уставов общественных объединений определяют, каким образом должно осуществляться это право, кто именно (съезд, конференция, центральный комитет) правомочен выдвигать кандидатов в депутаты, назначать членов избирательных комиссий[3].

От соблюдения уставных норм зависит также правомерность решений тех общественных объединений, которые наделены правом принимать участие в применении правовых норм (в случае наличия кворума на заседании профсоюзного комитета, давшего согласие на увольнение работника по инициативе предприятия[4]).

Аналогичные проблемы возникают при реализации правоспособности и дееспособности организаций, признаваемых законодательством юридическими лицами. Нормами устава определяется спе-

---

[1] Бурдин К. И. Социологические и организационно-правовые аспекты взаимодействия руководителя ОВД с общественными объединениями сотрудников : дис. …канд. юрид. наук. М., 1997. С. 78.

[2] Здесь идет речь об уже упоминавшихся профсоюзных нормах.

[3] Лейст О. Э. Указ. соч. С. 113.

[4] Комментарий к ст. 33 Кодекса законов о труде. М., 1995. С. 86.

циальная правоспособность общественной организации как юридического лица, то есть круг правоотношений, в которые она правомочна вступать. Этими нормами должны руководствоваться не только члены общественного объединения, но и все лица, вступающие с организацией в деловые переговоры и соглашения[1].

В целом конвергенция права и корпоративных норм, по сравнению с конвергенцией права и других социальных норм, наиболее показательна, т.к. она чрезмерна, и сближение на основе метода синхронизации приводит к изменению качества корпоративных норм, они иногда превращаются в правовые предписания, система которых на сегодняшний день именуется как корпоративное право. Корпоративное право понимается в двух смыслах:

1. В широком смысле корпоративное право – это совокупность юридических норм, регулирующих правовой статус, порядок деятельности и создания хозяйственных обществ и товариществ.

2. В узком смысле под корпоративным правом понимают систему правил, установленных собственником или администрацией коммерческой организации и регулирующих правоотношения внутри данной организации[2].

Дискуссия ведется относительно отраслевой принадлежности корпоративного права, иногда в современной российской доктрине его относят или к подотрасли гражданского[3], или к подотрасли предпринимательского права[4]. Также существует мнение, что это самостоятельная отрасль права.

Основные вопросы деятельности хозяйственных обществ регулируются законодательством (Гражданским кодексом РФ, законами об ООО и АО, указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ и другими нормативными актами государственных органов). Однако нельзя предусмотреть все параметры жизни компаний в законодательном порядке хотя бы потому, что они разнятся по сферам и видам деятельности, объему, кадровому составу и т. д. Вот почему многие вопросы ими регулируются самостоятельно, т. е. на так называемом «корпоративном» уровне. В процессе саморегулирования дея-

---

[1] Гатинян А. А. Указ. соч. ; Перевалов В. Д. Указ. соч.

[2] Хужокова И. М. Корпоративное право Российской Федерации : курс лекций. М., 2004. 12–14.

[3] Ломакин Д. В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М., 2008.

[4] Кашанина Т. В. Корпоративное право (Право хозяйственных товариществ и обществ) : учеб. для вузов. М., 1999.

тельности компаний используются, в основном, две формы правовых актов: 1) индивидуальные акты (например, решение общего собрания о выплате дивидендов за год, приказ Генерального директора о награждении некоторых работников АО ценными подарками, о предоставлении отпусков и др.); 2) нормативные акты (например, о порядке выплаты дивидендов по акциям АО, Правила внутреннего трудового распорядка ООО и др.)[1].

Среди указанных документов наибольшую значимость имеют так называемые «корпоративные» нормативные акты, издаваемые в компаниях по различным вопросам. Это – документы органов управления компании, содержащие «корпоративные» нормы, т. е. правила поведения, распространяющиеся только на коллектив данной организации. Эти акты как бы задают программу их деятельности, содержат корпоративные нормы, регулирующие внутренние отношения в организациях. Законодательство не устанавливает какого-либо перечня «корпоративных» нормативных актов, которые могут принимать компании.

По мнению специалистов в области корпоративного права, любой «корпоративный» акт, утвержденный в установленном порядке, имеет правовой характер и приобретает статус официального, т. е. юридически обязательного для участников организации, ее менеджеров, персонала и, более того, – органов государственной власти (в частности, для судов, которым, возможно, придется рассматривать споры по вопросам, урегулированным этими локальными нормативными актами)[2].

Правовой характер некоторых корпоративных актов, содержащих корпоративные нормы, признается Конституционным Судом РФ. Так, например, заявление гражданки Г. Н. Белюсовой, оспаривающей конституционность ст. 4 Положения о квалификационных коллегиях судей. По мнению заявительницы, оно противоречит ст. 120 (ч. 1) Конституции РФ. В ответ на это заявление Конституционный Суд РФ разъяснил: что касается Положения о квалификационных коллегиях судей, которое действовало на момент рассмотрения дела

[1] Царенко Ю. Корпоративное право. Если оно есть, то что это такое? URL: http://www.help-hr.ru/catalog/likbez/element.php?ID=1070 (дата обращения: 10.11.2011).

[2] Там же.

Г. Н. Белюсовой, то оно является *корпоративным нормативным актом* и в силу этого обязательным[1].

Таким образом, проведенный анализ выявил обстоятельства, на которые следует обратить внимание.

Во-первых, конвергенция права и корпоративных норм складывается, в основном, в русле метода синхронизации форм закрепления правовых и корпоративных норм.

Во-вторых, корпоративные нормы в угоду интересам общественной организации могут ограничить, на добровольной основе, права и свободы граждан (особенно это касается оппозиционной деятельности).

В-третьих, конвергенция права и корпоративных норм идет по пути чрезмерного приближения права к корпоративным нормам, меняющим качество последних. Корпоративные нормы становятся правовыми по форме, но все так же имеют корпоративное содержание.

Темы эссе:

1. *Конвергенция права в уставах общественных объединений.*
2. *Корпоративное право.*
3. *Конвергенция права и норм политических партий.*

[1] По делу о проверке конституционности ряда положений статей 6.1 и 12.1 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и статей 21, 22 и 26 Федерального закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» в связи с жалобами граждан Г. Н. Белюсовой, Г. И. Зиминой, Х. Б. Саркитова, С. В. Семак и А. А. Филатовой : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 28 февр. 2008 г. № 3-П // Рос. газ. 2008. 14 марта.

Глава 5. ЮРИДИЧЕСКОЕ ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ В ВИДЕ КОНВЕРГЕНЦИИ В ПРАВЕ

Лекция 17. Глобальные процессы конвергенции правовых систем

Глобалистика и конвергенция права. Глобальные процессы современности – как правоотношения. Правовая аккультурация. Закономерности конвергенции правовых систем современности.

Конвергенция права на глобальном уровне характеризует общемировые тенденции сближения правовых систем современности, а также общие тенденции в неюридическом, но опосредованном правом, сближении стран и народов.

Юридическая конвергенция данного уровня весьма сложна и неоднозначна: существует около двухсот стран в мире, связи их многообразны и разноплановы, разнообразны и производные цели данного вида конвергенции. Так, например, считается, что в число основных задач Евразийского экономического сообщества входят сближение и гармонизация национального законодательства, обеспечение взаимодействия правовых систем государств ЕврАзЭС с целью создания общего правового пространства в рамках Сообщества. Общее правовое пространство выступает средством обеспечения единого экономического пространства[1].

Тем не менее, вне зависимости от целей уже давно идут процессы конвергенции на глобальном уровне, фактически с начала дипломатических отношений между странами. Само наличие международного права свидетельствует об этих процессах. Юридическая конвергенция идет по разным направлениям[2] и затрагивает различные отношения, в связи данными обстоятельствами существует множество теорий и концепций, так или иначе отражающих эти процессы.

В основу исследования положим методы осуществления юридической конвергенции на глобальном уровне: добровольный (естественный) и принудительный. К *добровольной юридической конвергенции* отнесем все виды ненасильственного сближения в форме юри-

[1] Кручинин А. В. Методологические предпосылки интеграции трудового законодательства стран ЕврАзЭС // Рос. юрид. журн. 2011. № 5.

[2] Касаткина А. С. Указ. соч.

дической (правовой) аккультурации. В качестве принудительной юридической конвергенции рассмотрим вариант принудительной правовой аккультурации – юридическую экспансию.

В последней трети XX в. в юридической науке актуализировался вопрос об аккультурации в связи с государственно-правовыми явлениями, который проявился в исследованиях, посвященных изучению процессов становления, развития и конвергенции правовых систем. Вместе с тем нельзя сказать, что проблема себя исчерпала, скорее, наоборот, – кросскультурное взаимодействие народов требует дальнейшего изучения и детализации.

Термин «аккультурация» появляется прежде всего в зарубежных исследованиях по юриспруденции, посвященных изучению процессов становления, развития и взаимодействия правовых систем. Так, например, крупнейший французский исследователь Ж. Карбонье понимает под аккультурацией любой перенос одной культуры в другую, а сущность правовой аккультурации, по его мнению, соответственно, состоит в том, что «одна правовая система может быть как бы привита к другой»[1]. При этом для Ж. Карбонье не имеют значения способы, с помощью которых осуществляется данная имплантация. В качестве вариантов юридической аккультурации он приводит как рецепцию римского права в средневековой Европе, так и внедрение права метрополий на колонизируемых территориях и сохранение его после деколонизации.

Основатель юридической антропологии Н. Рулан, рассматривая взаимодействие традиционных правовых систем колониальной и постколониальной Африки с европейскими (французской и английской), определяет юридическую аккультурацию как «глобальную трансформацию, которую испытывает одна правовая система от контакта с другой правовой системой», причем этот процесс «предполагает использование различных по природе и силе воздействия средств принуждения»[2]. Подобное внимание Н. Рулана к «средствам принуждения» объясняется спецификой предмета его исследования – трансформацией в результате европейской колонизации и усиления экономического, политического и правового давления со стороны колонизаторов обычного права Черной Африки. Выявляя варианты правовой аккультурации, исследователь, тем не менее, отмечает и возможность применения ненасильственных средств правового воздействия. Сами

[1] Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 199.

[2] Rouland N. L'anthropologie juridique. P., 1990. Цит. по: Ковлер А. И. Антропология права. М., 2002. С. 247.

виды[1] юридической аккультурации Н. Рулан ставит в прямую зависимость от характера протекаемых процессов:

1) если общество-реципиент принимает чужой «закон», божественный характер которого делает его бесспорным (например, распространение мусульманского права), то следует говорить о принудительной аккультурации;

2) если абсолютное (идеальное) право присутствует в природе и соответствующая данному случаю степень аккультурации касается тех обществ, где их собственное право изменяется в пользу этого более совершенного права (например, рецепция римского права в Западной Европе), то правовая аккультурация имеет ассимиляционный характер;

3) если же абсолют закона находится в рамках идеологического выбора, то соответствующая ему степень аккультурации затрагивает те общества, которые изменяют свою правовую систему в угоду внешней модели (например, развивающиеся страны социалистической ориентации) и имеет место аккультурация, осуществляемая путем введения нового толкования понятия[2].

Опираясь на мнение Б. У. Морса[3], Н. Рулан определяет следующие возможные варианты соотношения туземного права с правом страны-колонизатора:

1) сотрудничество, проявляющее себя в тех регионах, где суды и колониальное право применяется одновременно и к колонистам, и к местному населению во всех сферах, в то время как местное право используется только на территориях, обжитых исключительно автохтонами;

2) интеграция, свидетельствующая о более высокой ступени подчинения местного права и связанная с включением последнего в право колонизатора во всех сферах, где не существует явных противоречий;

3) «отбрасывание» местного права в силу его «примитивности»;

4) подражание колонизатору и воспроизводство местными судами западных правовых моделей[4].

Данная классификация определяет юридическую аккультурацию не только как процесс, но и как результат взаимодействия право-

---

[1] По Н. Рулану – «степени» правовой аккультурации (Рулан Н. Юридическая антропология. М., 2000. С. 189–190).

[2] Рулан Н. Указ. соч. С. 189–190.

[3] Morse B. W. Indigenous Law and State Legal Systems: Conflict and Compatibility. Dordrecht, 1988. P. 101–120.

[4] Рулан Н. Указ. соч. С. 194–196.

вых систем колонии и метрополии, что представляется важным для нашего исследования.

Следует отметить также и тот факт, что Н. Рулан размежевывает процессы правовой аккультурации и ассимиляции, поскольку, если в процессе кросскультурного взаимодействия не происходит синтеза правовых систем донора и реципиента, а, наоборот, местное право полностью замещается новым, импортируемым, то необходимо говорить не об аккультурации, а о декультурации[1].

Как было отмечено выше, в отечественной литературе к проблеме аккультурации в праве, так или иначе, обращались такие авторы, как В. Н. Карташов, А. И. Ковлер, С. А. Софронова, Е. А. Тверякова, В. А. Глухов, А. Е. Абрамов и др.

Так, по мнению В. Н. Карташова, правовая аккультурация представляет собой как процесс воздействия правовых систем друг на друга, так и результат такого воздействия[2]. Исходя из этого, результат юридической аккультурации может быть как благоприятным (имплантируемый элемент приживается в новой правовой среде), так и неблагоприятным (происходит отторжение привносимого юридического явления)[3].

А. И. Ковлер под правовой аккультурацией предлагает понимать процесс «прививки» чуждых элементов западной цивилизации традиционным обществам, причем речь идет не об отдельных «заимствованиях» (рецепции), а о целенаправленном изменении внешними силами культуры-оригинала[4]. Исходя из такого понимания правовой аккультурации, А. И. Ковлер выявляет ее пути и формы. Среди путей юридической аккультурации им особо выделяются:

1) британский, связанный с привнесением в правовой быт колонизируемых народов новой судебной практики и приспособление местного обычного права к задачам эффективного административного управления;

2) французский, характеризующийся сломом старых традиций и норм и приданием правовому статусу аборигенов индивидуального характера, что сопровождалось сведением к минимуму так называемых коллективных прав;

---

[1] Рулан Н. Указ. соч. С. 191.

[2] Карташов В. Н. Указ. соч. С. 43.

[3] Там же. С. 43.

[4] Ковлер А. И. Указ. соч. С. 246.

3) исламский, который обеспечивал усвоение законов шариата покоренными Арабским халифатом и позже Османской империей народами[1].

Но, следуя данной логике, можно было бы выделить и испанский, португальский, российский и другие пути аккультурации. Думается, что определение путей юридической аккультурации (являющихся, по существу, направлениями движения к заданной цели) напрямую связано с рассмотрением тех частей «правовой материи» (догм права, правового содержания и правовых идей), которые подверглись трансформации в результате контакта правовых систем. То есть, в рассмотренном случае речь ведется не столько о путях, сколько о способах правовой аккультурации.

Формами правовой аккультурации у А. И. Ковлера выступают записи обычаев и их кодификация в новом духе путем введения нового толкования понятий, ограничение юрисдикции «туземных» судов или их запрещение[2]. Вместе с тем выявление только этих форм неспособно отразить всю многогранность изучаемого феномена. Это понимает и сам исследователь, отмечая, что антропология права только начинает разрабатывать свой метод изучения правовой аккультурации[3]

Через категории процесса и результата определяет правовую аккультурацию Е. А. Тверякова[4]. Она подчеркивает, что правовая аккультурация представляет собой универсальное понятие, характеризующее любой перенос тех или иных юридических форм в иную правовую среду[5]. Соответственно, ее формами будут являться и юридическая экспансия, проводимая насильственными методами, и рецепция, связанная с добровольным восприятием элементов правовой системы общества-донора[6].

С. А. Софронова интерпретирует понятие правовой аккультурации как добровольный, по преимуществу, юридический обмен[7]. Она считает, что об аккультурации речь может идти лишь в случае усвоения элементов правовой культуры страны-донора реципиентом[8]. То

---

[1] Там же. С. 246.

[2] Ковлер А. И. Указ. соч. С. 247–248, 256.

[3] Там же. С. 249.

[4] Тверякова Е. А. Указ. соч. С. 13.

[5] Там же. С. 37.

[6] Там же. С. 14–15.

[7] Софронова С. А. Правовое наследие и аккультурация в условиях правового прогресса общества : автореф. дис. …канд. юрид. наук. Вологда, 2000. С. 11.

[8] Там же. С. 11.

есть С. А. Софронова также предлагает рассматривать правовую аккультурацию и как процесс взаимодействия правовых систем, и как результат данного взаимодействия.

В. А. Глухов, рассматривая правовую аккультурацию в форме рецепции норм христианского права законодательством Киевской Руси, определяет ее как частичный перенос и адаптацию норм христианского права к восточнославянским языческим обычаям[1].

А. Е. Абрамов акцентирует внимание на аккультурации как на виде юридического взаимодействия двух или более культур, вступивших в непосредственный продолжительный контакт. Однако, как считает данный исследователь, не всякое юридическое взаимодействие можно признать правовой аккультурацией: последнюю он оценивает не только с точки зрения протекания процессов культурного (в частности, правового) обмена, но и с позиции их результативности.

Исходя из выше сказанного в рамках названной концепции под правовой аккультурацией понимается такое юридическое взаимодействие, которое:

1) протекает на протяжении длительного времени;

2) приводит к частичной или полной трансформации одной или нескольких правовых систем, вступивших в контакт (другими словами, может быть как односторонним, так и двусторонним актом).

Под правовой (юридической) аккультурацией А. Е. Абрамов предлагает понимать процесс продолжительного взаимодействия правовых систем, предполагающий использование (в зависимости от культурно-исторических условий) различных по природе и силе воздействия методов, необходимым результатом которого является изменение первоначальной правовой культуры (или отдельных ее элементов) одного или обоих вступивших в контакт обществ[2].

Безусловно, каждая из изложенных точек зрения имеет свои достоинства и недостатки, противоречия, но вместе с тем они имеют некоторые общие свойства и признаки, позволяющие сформулировать определение исследуемого явления:

1) правовая аккультурация – это процесс взаимодействия различных правовых систем;

---

[1] Глухов В. А. Генезис правосознания: развитие церковной юрисдикции по уголовно наказуемым деяниям в российском государстве XIV – XVII вв. Псков, 2006. С. 9.

[2] Абрамов А. Е. Правовая аккультурация (на примере Испании в период Римской республики) : автореф. дис. …канд. юрид. наук. Владимир, 2005. С. 9.

2) правовая аккультурация – это результат взаимодействия различных правовых систем;

3) субъекты взаимодействия могут быть равноправными и неравноправными;

4) правовая аккультурация может осуществляться в различных формах и различными методами;

5) кросскультурное взаимодействие может осуществляться в двустороннем и многостороннем порядке.

С учетом анализа представленных концепций и установленных на их основе признаков можно выработать схему оценки результатов аккультурации. Предлагаем следующий вариант данной схемы.

Во-первых, следует установить формальные изменения, произошедшие в правовой системе реципиента. Думается, что говорить об аккультурации только как о процессе без ее результата некорректно. В противном случае рассматриваемое явление превратилось бы в относительно замкнутое, стохастическое и динамическое явление, на практике же подобного не происходит.

Во-вторых, необходимо определить, что произошедшие изменения в правовой системе реципиента явились результатом влияния именно правовой системы рассматриваемого донора, а не следствием других фактов. В данном случае устанавливается причинная связь между культурным воздействием и его результатом.

В-третьих, следует применить формальный показатель усовершенствования правовой системы реципиента. Из теории систем известно, что о развитии системы свидетельствует увеличение количества ее элементов и подсистем.

В-четвертых, применительно к правой системе как показатель повышения культурного уровня правовой системы следует рассматривать степень обеспечения реализации основных прав и свобод человека.

В-пятых, о совершенствовании правовой системы свидетельствует повышение уровня юридической техники (т. е. должен увеличиться арсенал ее средств, приемов, категорий, и т. д.).

Исходя из анализа современных концепций и схемы оценки результатов кросскультурного конвергенционного правового взаимодействия, ***правовую аккультурацию*** можно рассмотреть *как метод конвергенции правовых систем, результатом которого является их когерентность и обеспечение сближения стран и народов в политической экономической и духовной сферах жизнедеятельности.*

В целом, кажется, что аккультурация несколько выходит за рамки юридической конвергенции, так как может выступать как двусто-

ронний процесс, предусматривающий не только влияние правовой системы донора на реципиента, но и обратное влияние. Например, многие правовые системы современного Запада восприняли модель правового планирования экономической деятельности, культивированную в нашем обществе в советский период его развития. Однако приведенный пример говорит об обратном: юридическая конвергенция – это процесс сближения правовых систем, а не одностороннего приближения одной правовой системы к другой.

Что касается видов юридической конвергенции в форме правовой аккультурации, то предлагаем, основываясь на глобальных, комплексных характеристиках государств, начинать классификацию аккультурации с двух типов:

1) западный тип конвергенции правовых систем в виде правовой аккультурации;

2) восточный тип конвергенции правовых систем в виде правовой аккультурации.

В рамках предложенных типов уже проще рассматривать специфику и виды правой аккультурации. Конечно, и в этом случае невозможно избежать сложностей и противоречий, но все же предложенный подход упростит проблему.

Вместе с тем следует отметить и возможности надтиповых вариантов конвергенции правовых систем в виде правовой аккультурации. Прежде всего, следует сказать о поливекторном взаимодействии правовых систем, о комплексном их взаимовлиянии. В данном случае речь идет о культурной интеграции в мировом масштабе, когда формируются на международном уровне глобальные меры поведения человека и прививаются в национальные правовые системы. Наиболее ярким примером такой деятельности явилось международное закрепление стандартов прав человека, которые были транслированы в право большинства современных государств. Следовательно, права человека – это объединяющий различные правовые системы фактор, создаваемый по согласованию с государствами-членами ООН международным сообществом. С учетом данного тезиса можно вести речь об еще одном варианте юридической конвергенции правовых систем – об образцовой (международной) юридической конвергенции в виде интегративной или синтетической правовой аккультурации.

Образцовая (международная) юридическая конвергенция в виде *интегративной или синтетической правовой аккультурации – это процесс восприятия национальными правовыми системами общих принципов, норм и стандартов международного права, их экстрапо-*

ляция либо адаптация и реализация во внутригосударственных правоотношениях. Думается, что данный вид юридической конвергенции правовых систем предполагает несколько этапов ее осуществления.

Первый этап характеризуется изучением положительного опыта в правовой регламентации какого-либо вида общественных отношений в отдельных государствах. Данной деятельностью могут заниматься как отдельные государства – инициаторы создания синтетических норм, так и международные организации (например, Совет Европы или ООН).

Второй этап – это интерпретация данного опыта, сопоставление его с общемировыми тенденциями и перспективами. На этом этапе опытные модели могут полностью копироваться, полностью отвергаться либо перерабатываться. Кроме того, при отсутствии необходимых национальных образцов могут разрабатываться принципиально новые правила и стандарты.

Третий этап предусматривает продвижение синтезированных новых норм в национальные правовые системы. Это может осуществляться на добровольной основе, особенно, если в разработке и принятии международных актов государство принимало участие, либо в той или иной принудительной форме (с помощью экономического, политического или религиозного давления).

Четвертый этап – ратификация международных актов соответствующими государствами и ввод содержащихся в них стандартов в национальную правовую систему. Данный этап может быть реализован двумя путями: либо прямое действие норм международного права (как, например, в России в вопросах обеспечения прав и свобод (п. 4 ст. 15 Конституции РФ), либо принятие соответствующих национальных правовых актов.

Можно выделить и еще один факультативный, пятый этап – ассимиляция международных норм внутренним законодательством. В данном случае международные нормы провозглашаются, издаются, но на практике подменяются местными нормами, которые фактически их блокируют. Может возникнуть и вариант фактической блокады, когда синтетически нормы просто не реализуются субъектами права (граждане не используют права, не выполняют обязанности, государственные органы не применяют данные нормы). Данный этап характерен для нашего общества, где многие простые граждане живут по принципу, обозначенному еще Л. Н. Толстым (надо жить не по закону, а по совести). В качестве примера можно привести блокаду прямого действия Конституции РФ.

Примером международной юридической конвергенции как вида добровольной аккультурации можно назвать процессы создания и признания различными странами модельных законов.

Рассматривая данную тему в современных условиях, необходимо учитывать историческую фабулу развития и формирования модельного законодательства. Особый интерес в этой связи приобретает рассмотрение общепризнанных принципов, содержащихся в международных модельных актах, а также тенденции их развития и имплементации. В международной практике применяются различные средства унификации и гармонизации законодательства.

Попытки создания модельного законодательства можно наблюдать в различных странах мира. Однако тенденции унификации национального законодательства посредством модельного законодательства требуют детального изучения и систематизации. Можно рассматривать практику применения модельного законодательства в зарубежных странах в следующей последовательности:

– единообразные акты США;

– использование в ряде бывших колоний в качестве типовых законодательных актов законодательства колонизаторов;

– внедрение собственного типового законодательства наряду с используемым колониальным законодательством на примере Канады и Австралийского союза;

– рассмотрение попытки унификации законодательства посредством модельных актов в странах Латинской Америки;

– унификация права в Скандинавских странах;

– возможность использования модельного законодательства в странах ЕС;

– использование международными организациями модельного законодательства;

– модельные акты профессиональных объединений и организаций[1].

Рассмотренный видовой анализ правовой аккультурации, помимо выдвижения надтипового ее уровня, приводит к неизбежному выводу о том, что на практике юридическая конвергенция в виде правовой аккультурации невозможна без задействования государственных институтов. Следовательно, при анализе конвергенции правовых систем нельзя лишь ими ограничиваться, необходимо вести речь о государственно-правовой конвергенции в виде аккультурации, т. е. о кросскультурном взаимодействии государства и права различных обществ.

[1] Шестакова Е. В. Указ. соч.

Наиболее значимы следующие аспекты и условия государственно-правовой конвергенции в виде добровольной аккультурации.

Во-первых, отбор (селекция) наиболее эффективных (с точки зрения реципиента) моделей государственных институтов и их деятельности.

Во-вторых, восприятие и адаптация донорского правового регулирования, охватывающего деятельность механизма государства, в том числе и заимствованных его элементов.

В-третьих, немаловажное значение для реализации государственно-правовой конвергенции имеет личное восприятие инноваций и правовой статус лиц, имеющих возможность существенно влиять на государственно-правовую жизнь общества.

В-четвертых, трансформация и перерождение воспринятых элементов государства и права.

В-пятых, восприниматься могут в отдельности элементы как государства, так и права, но при обязательном участии всей государственно-правовой системы общества – реципиента.

Исходя из анализа свойств и специфики правовой аккультурации, можно заключить, что ее непременным атрибутом является государство общества донора и общества – реципиента. Отсюда – применительно к настоящему исследованию существует вариант юридической конвергенции в виде ***государственно-правовой аккультурации*** и проявляется в форме *культурного взаимовлияния народов, выражающегося в конвергенции правовых систем на основе наиболее эффективных государственно-правовых моделей устройства общества с целью наиболее совершенного обеспечения поддержания его жизнедеятельности.*

В целом, проведенное исследование свидетельствует о сложности и многогранности юридической конвергенции в форме относительно добровольного внешнего сближения правовых систем. Предложенный вариант трактовки правовой аккультурации, несомненно, не свободен от изъянов и упущений, вместе с тем, как представляется, рассмотрение аккультурационных процессов как варианта внешней формы юридической конвергенции является весьма перспективным с точки зрения исследования данных процессов в конкретных регионах.

Теперь обратимся к насильственному типу конвергенции правовых систем - к юридической экспансии.

В справочной литературе встречается несколько значений термина «экспансия» (от лат. expansio – расширение, распространение). Современные словари иностранных слов, в частности, трактуют экспансию либо как «расширение сферы влияния государств, обще-

ственных групп, организаций, осуществляемое насильственными или какими-либо другими средствами»[1], либо как просто «расширение, распространение чего-либо за первоначальные пределы»[2] вне зависимости от способа такого распространения. Интересно, что английское слово «expansion» (буквально – расширение, распространение) в еще меньшей мере подразумевает насилие, навязывание или иное принудительное воздействие на объект. В современном английском языке глагол «to expand» синонимичен в различных контекстах словам «надуваться», «расплываться»[3], то есть просто увеличиваться в размерах. Смысл данного термина вполне нейтрален.

В русском языке, напротив, слово «экспансия» приобрело ярко выраженную негативную смысловую окраску. Несмотря на то, что словари, как правило, упоминают термин «экспансия» и в его нейтральном значении, как характеризующий некое спонтанное явление (например, экспансия эпидемии)[4], в большинстве случаев экспансия связывается именно с насильственными действиями: захватом, аннексией и т. п.

Соответственно, юридическая (правовая) экспансия характеризуется в литературе как явление скорее негативное, чем позитивное, в основе которого лежит принуждение, а не добрая воля взаимодействующих субъектов. Так, В. Н. Карташов понимает под юридической экспансией насильственную юридическую ассимиляцию, навязывание (порой весьма жёсткое) правовой системы (законодательства, процессуальных форм, судебной практики и т. п.) одного государства в правовую жизнь другой страны (региона)[5].

В качестве формы принудительной конвергенции права юридическая экспансия противопоставляется в отечественной юридической литературе правовой аккультурации, интерпретируемой как добровольная форма конвергенции правовых систем. Отмечается, в частности, что основное различие этих двух явлений заключается в методах, способах, средствах юридического влияния, что правовая экспансия, в отличие от правовой аккультурации, носит вынужденный характер, является следствием внешней политической и военной агрессии[6].

---

[1] Васюкова И. А. Словарь иностранных слов. М., 1999. С. 626 ; Современный словарь иностранных слов. М., 1992. С. 704.

[2] Там же.

[3] Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English. Oxford, 1974. P. 298.

[4] Крысин Л. П. Толковый словарь иноязычных слов. М., 1998. С. 817.

[5] Карташов В. Н. Введение в общую теорию правовой системы общества. С. 47.

[6] Софронова С. А. Правовое наследие и аккультурация в условиях правового прогресса общества : автореф. дис. … канд. юрид. наук. С. 11.

Следует отметить тот факт, что с окончанием эпохи колониализма методы прямого юридического навязывания все чаще уступают место различным формам косвенного давления. При этом «объектами воздействия», или вынужденными реципиентами в механизме юридической экспансии, становятся не только бывшие колонии, но и любые юридически независимые, однако слабые в экономическом отношении страны. Характерны в этом отношении высказывания З. Бжезинского: «В век самого широкого распространения демократических форм правления американский политический опыт все больше служит стандартом для подражания. Распространяющийся во всем мире акцент на центральное положение написанной конституции и на главенство закона над политической беспринципностью, неважно, насколько приуменьшенное на практике, использует силу американского конституционного образа правления»[1]. Упоминание о силе в данной цитате вовсе не случайно. Бжезинский продолжает гораздо более откровенно: «Поскольку подражание американскому пути развития постепенно пронизывает весь мир, это создает более благоприятные условия для установления косвенной и на вид консенсуальной американской гегемонии». Казалось бы, подражание добровольно, «асимметрия в сфере власти и влияния» незаметна, а гегемония консенсуальна, хотя бы на вид. Однако наивным было бы полагать, что американское руководство способствует распространению в мире западных ценностей в исключительно альтруистических целях. В век Интернета и телевидения вовсе не обязательно прибегать к военной агрессии, чтобы обеспечить гегемонию и навязать влияние. Если бывший советник по национальной безопасности американского президента откровенно ставит в своей книге вопрос, какой должна быть Россия, чтобы соответствовать интересам Америки, и что и как должна Америка для этого делать[2], то подобный отнюдь не благостный настрой можно с полным основанием считать позицией американского руководства (справедливости ради, сказанное в большей мере нужно отнести к республиканской партии в период нахождения ее у власти).

С точки зрения теории, безусловно, важно иметь представление о том, что юридическая конвергенция может носить добровольный и принудительный, а также вынужденный характер. Однако необходимо помнить об относительности подобных классификаций, имеющей

[1] Бжезинский З. Великая шахматная доска. Господство Америки и ее геостратегические императивы. М., 1999. С. 38–39.

[2] Там же. С. 64.

место в силу чрезвычайной сложности юридической действительности, которую такие классификации стремятся описать. Один и тот же факт юридической конвергенции может одновременно характеризоваться и как рецепция, и как правовая экспансия, в зависимости от позиции заинтересованного лица. Равным образом то, что является добровольным заимствованием со стороны государства, может представлять собой акт юридической экспансии по отношению к определенной части общества, и наоборот.

Ярким примером конвергенции правовых систем в форме юридической экспансии, осуществляемой одной группой внутри общества по отношению к другой группе, может служить аграрная реформа, а в ряде стран – политика «индивидуализации», приватизации общинных земель коренного населения. Такие преобразования характерны, в частности, для африканских государств (Кении, Камеруна, Туниса), освободившихся от колониальной зависимости[1]. Цель реформ, проводимых государством (и в его лице – прокапиталистически настроенной частью общества), – форсированное создание капиталистического землевладения. Политика государства и находящихся у власти либеральных кругов в таком случае вступает в явное противоречие с интересами иных социальных групп: крупных земельных владельцев феодального типа, а также традиционалистски настроенной части общества, заинтересованной в сохранении общинного землевладения. Как в любом случае юридической экспансии, навязывание, в том числе законодательное, определенных правил игры вызывает у таких групп реакцию неприятия, отторжения.

Сила подобной реакции может быть чрезвычайно велика. Об этом свидетельствует пример ряда государств (Кения, Малайзия), законодательство которых одновременно сохраняет традиционалистские принципы (например, закрепляя землю только за теми лицами, которые в состоянии доказать свое право на нее в соответствии с обычным правом и т. п.), «как бы консервирует прежние границы «племенного» земельного фонда, оберегает его заповедный статус, создает своеобразный питомник «туземного» капитализма»[2].

В этом смысле весьма показателен пример недавних событий в исламском мире.

---

[1] Гражданское и семейное право развивающихся стран / под ред. В. К. Пучинского, В. В. Безбаха. М., 1989. С. 94–95.

[2] Там же. С. 96.

В странах, где господствует ислам, процессы юридической конвергенции, опосредующей политику и в духовную жизнь, особенно заметны за счет общности религиозно-правового регулирования. Отдельного внимания заслуживает юридическая конвергенция политико-правовых систем мусульманских стран в вопросах урегулирования различных социальных конфликтов, особенно проявившихся в 2010–2011 гг.

В декабре 2010 г. начались народные волнения в Тунисе. Тунисская молодежь сначала протестовала против низкого уровня жизни и безработицы, а затем стала выдвигать и политические лозунги.

Четырнадцатого января 2011 г. в стране произошла «жасминовая» революция. В результате насильственной смены власти президент Зин аль-Абидин бен Али бежал из Туниса с семьей в Саудовскую Аравию и на следующий день был отрешен от должности Конституционным советом страны. Власть перешла к премьер-министру, а затем к спикеру парламента. В стране было сформировано временное правительство национального единства. Новые власти страны разрешили все запрещенные прежде политические партии и объявили амнистию политзаключенным.

На фоне народного восстания в Тунисе в Иордании 14 января начались массовые демонстрации против экономической политики правительства и роста цен. Так, 28 января в столице страны Аммане около трех тысяч демонстрантов, собравшихся в центре города после пятничной молитвы, потребовали проведения «политических реформ» в стране и отставки правительства Самира ар-Рифаи.

Акции протеста организованы влиятельным оппозиционным «Фронтом исламского действия» и насчитывающими более 200 тысяч членов профсоюзами.

Первого февраля король Иордании отправил в отставку правительство страны и назначил нового премьер-министра. Однако акции продолжаются, несмотря на объявленные властями меры, направленные на улучшение условий жизни населения.

А 25 января в Египте начались массовые акции протеста с требованием реформ и отставки 82-летнего президента Хосни Мубарака, который правит страной 30 лет. В результате столкновений есть погибшие и пострадавшие. 31 января президент Египта сменил кабинет министров, но демонстранты настойчиво требовали отставки самого Мубарака. В пятницу, 11 февраля, Хосни Мубарак подал в отставку с поста главы государства после 18 дней народных волнений. Уходу Мубарака предшествовала деградация экономической и социальной

ситуации, обвал в системе внутренней безопасности страны. Президент передал власть Высшему совету вооруженных сил Египта, который возглавляет министр обороны Хусейн Тантави.

«Цепная реакция» акций протеста против действующих политических режимов в арабском мире добралась до Бахрейна – небольшой монархии в Персидском заливе. Первая несанкционированная демонстрация в Бахрейне прошла 13 февраля в шиитской деревне Карказан, расположенной на юге столичного района Манама.

Кроме того, в Ливии с 15 февраля в результате действий ливийских сил безопасности и разгула преступности погибли уже сотни человек, тысячи получили ранения. Мировое сообщество призвало власти Ливии немедленно прекратить насилие в стране. Многие страны начали эвакуацию своих граждан из охваченной восстанием Ливии[1].

Йемен, Тунис, Египет, Судан, Ливия, взрывоопасная ситуация в других исламских странах. Массовые волнения в исламских странах, беспорядки разрастаются, и даже те страны, которые десятилетиями казались образцом спокойствия, погружаются в хаос уличных шествий, погромов, столкновений с полицией.

Существует мнение, что в основе всего происходящего – социально-экономические причины, выживание на грани нищеты, а также психологическая усталость от правителей, которые держатся за власть десятилетиями. Достаток с Запада не пришел, но средства коммуникации, телевидение и интернет Восток достали. Появилась возможность сравнить свою жизнь и посмотреть на Европу. Отсюда миграция, которая захлестнула Запад. Ее никакими мерами не остановишь, на плотах переплывут. Массовые волнения в исламских странах при современных средствах коммуникации и средневековом уровне жизни были неизбежны. Сегодня нет ни одного стабильного исламского государства, хотя недавно казалось, что это самый спокойный регион[2].

Представляется, что беспорядки в исламском мире социально-экономическими причинами не исчерпываются. Думается, что немаловажным обстоятельством, обусловливающим современную нестабильность в данных странах, является конвергенция между политико-правовыми режимами в вопросах регулирования взаимоотношений власти и населения, а также взаимоотношения мусульман и не-мусульман.

---

[1] Хроника Беспорядков в исламских странах. РИА Новости. URL: http://www.rian.ru/infografika/20110207/330330265.html (дата обращения: 04.03.2011).

[2] Лесков С. Лучший джихад – сказать правду. Что происходит в исламском мире, каковы корни вспыхнувших массовых бунтов // Изв. 2011. 1 марта.

Анализ конституционно-правового регулирования в Египте, Йемене, Тунисе, Судане, Ливии[1], применительно к исследованию конвергенции правовых систем мусульманских стран, позволяет сделать вывод о том, что не только экономика, но и специфика конвергенционных процессов в правовом и ином социальном регулировании в рассматриваемых странах тоже имеет отношение к дестабилизации общественно-политической ситуации в регионе.

Во-первых, безусловно, существенным обстоятельством регулирования и порождения беспорядков, а также весомым конвергирующим фактором в данной ситуации является ислам, исповедование которого поддерживается во всех перечисленных странах на конституционно- правовом уровне. Например, ст. 1 Конституции Туниса провозглашает, что Тунис свободное, независимое и суверенное государство; его религия – Ислам, язык – арабский, государственный строй – Республика; ст. 2. Конституции Египта тоже закрепляет, что Ислам – государственная религия, арабский язык – официальный язык государства. Основой законодательства являются положения мусульманского права – шариата.

Во-вторых, в подавляющем большинстве охваченных беспорядками мусульманских странах имеет место языковая конвергенция, обусловливающая правовое и политическое сближение. В рассматриваемых государствах государственным языком (или одним из государственных языков) является арабский язык. Например, ст. 2 Ливийской конституционной декларации устанавливает, что арабский язык – официальный язык государства. Подобные нормы имеются и в Конституциях Египта (ст. 2), Туниса (ст. 1) и других мусульманских государств.

Во-вторых, во всех рассмотренных конституциях декларируется ценность прав человека и направленность деятельности государства на их обеспечение. В большинстве стран гарантируется неприкосновенность личности и свобода совести, обеспечивается свободное отправление религиозных культов, при условии, что оно не нарушает общественного порядка, равенство перед законом. Гарантируется и осуществляется на условиях, определяемых законом, свобода мнений, слова, печати, публикаций, собраний и ассоциаций. Гарантируется неприкосновенность жилища и тайна переписки, за исключением чрезвычайных случаев, предусмотренных законом, и др. права и сво-

[1] Анализ осуществлялся на основе текстов Конституций Египта, Йемена, Туниса, Судана, Ливии // Конституции стран мира. URL: http://worldconstitutions.ru/archives/ (дата обращения: 03.03.2011).

боды. Например, в Конституции Туниса правам и свободам уделяется внимание в статьях с пятую по четырнадцатую. В конституции Египта права и свободы закрепляются в третьем разделе Конституции со ст. 40 по ст. 57. В Конституционной декларации Ливии палитра прав и свобод немного скромнее и закреплена в статьях с 11 по 15.

В-четвертых, все исследованные основные законы мусульманских стран в той или иной форме закрепляют демократический политический режим, различные политические свободы. Так, например, в ст. 1 Конституции Туниса закрепляется государственный строй в форме республики, а в ст. 4 раскрывается содержание этого строя: Свобода, Порядок, Справедливость. В конституции Египта о демократии речь идет в ст. 1, 3 и 4.

И, наконец, что немаловажно, фактически все страны, где господствует ислам, признают практически на равных с правом иное социальное регулирование, а нормы ислама даже первичны по отношению к праву. Наиболее ярко выражена эта позиция в Конституции Египта, где в ст. 12 указывается, что соблюдение норм морали и их защита, развитие самобытных египетских традиций, забота о развитии религиозного воспитания, нравственных и национальных ценностей, сохранении исторического наследия народа, научных данных, социальных норм поведения и общественной этики является обязанностью общества в рамках, предусмотренных законом. Государство обязано руководствоваться этими принципами и укреплять их.

В целом перечисленные особенности и факторы обеспечивают конвергенцию правовых систем данных стран, но и порождают общие проблемы регулировании общественных отношений и возникновения социальных противоречий.

С одной стороны, верховенство морально-религиозного регулирования над правом приводит к тому, что происходит не столько конвергенция правовых систем, сколько синхронизация политической и духовной составляющих данных стран. С другой стороны, доминирование иных социальных регуляторов создает «бомбу» замедленного действия: ведь все, что зафиксировано в праве, если оно противоречит исламу, можно и не выполнять!

Кроме того, повсеместное закрепление и пропаганда демократии в этих странах приводит к перекосу в правосознании в сторону примата субъективных прав в ущерб юридическим обязанностям. Возникает своеобразный дуализм: когда интересы лица совпадают с правом, оно реализует правовые предписания, когда, его интересы всту-

пают с правом в коллизию, то лицо может использовать другую регулятивную систему.

На особенность конвергенции политических и правовых систем мусульманских государств с неизбежностью влияет и тот факт, что ислам является наиболее политизированной религией, которая предписывает нормы шариата в общественной и экономической жизни. Ислам – это образ жизни, не только религия. Любой выходец с Востока проносит знание основ ислама через всю жизнь, чего о христианах не скажешь. Пророк Мухаммед был не только религиозным реформатором, но и талантливым политиком и военачальником, аналога в других религиях нет. Веками условия жизни на Востоке были настолько тяжелы, что в условиях вечного дефицита воды и земли только сильный правитель мог обеспечить выживание народа. В итоге авторитарная власть сохранилась на Востоке, когда Запад уже признал ее неэффективность[1].

В результате в исследуемых странах попытки строительства правового общества потерпели неудачу. Осталась одна идея – ислам и ее носитель арабский язык. При этом следует иметь в виду, что право – более «гибкий» инструмент, нежели мусульманские регулятивные предписания. В исламе не было реформы, как в христианстве, которое было адаптировано к новому времени. Кроме того, ислам исторически основан на общинности и тотальных запретах на проявление индивидуализма. В христианстве и иудаизме запреты тоже были, но постепенно смягчились и отпали.

Следовательно, решающим фактором конвергенции политических и правовых систем в мусульманских странах, где в последнее время резко обострилась ситуация во взаимоотношениях власти и народа, является антагонизм между традиционной деспотической властью, поддерживаемой регулятивной системой шариата, и заимствованными у Запада демократическими идеалами и принципами, воплощенными в правовом регулировании данных стран.

Данный вывод вполне согласуется с практикой беспорядков (революций) в исламском мире. Наиболее острые столкновения происходят в Ливии. Случившееся там кровопролитие уже сыграло печальную роль, предрешив неизбежную радикализацию процесса. Ведь до Ливии были две успешные революции (в Тунисе и в Египте), которые прошли по вполне умеренным сценариям. В сущности, в обоих случаях были никакие не революции, а просто некоторая смена образа закостеневшей власти – при сохранении и общего характера режима, и его внешних

[1] Лесков С. Указ. соч.

политических и экономических обязательств. На соответствие этому же шаблону стали настраиваться и власти, и «улицы» сопредельных государств. Но отказ Каддафи уйти, начатая им гражданская война и свирепая реакция мирового сообщества поломали этот умеренный, компромиссный шаблон; теперь и повстанцы соседних стран не захотят довольствоваться сменой образа, и правители не захотят мирно уйти – большая кровь и огромный хаос становятся все неотвратимее[1].

Неуклонная политико-правовая конвергенция мусульманских стран – это весьма заметное явление. Курс на дальнейшее сближение и объединение исламского мира даже закреплен конституционно во многих мусульманских государствах, например, в статье первой Конституции Египта прямо указывается, что египетский народ является частью арабской нации, который стремится к достижению ее полного единства. В ст. 1 Ливийской конституционной декларации постулируется, что ливийский народ – часть арабской нации. Его цель – полное арабское единство. Иными словами, юридическая конвергенция обеспечивает полное сближение мусульманских стран в единое сверхгосударство.

Представляется, что данная тенденция беспокоит Западную цивилизацию[2] и, по-видимому, повсеместные беспорядки на арабском Востоке и в Африке – это попытка Запада преодолеть мусульманскую политико-правовую конвергенцию.

Вместе с тем использование регулятивных (между нормами ислама и правом) и социально-экономических коллизий (между Западным образом индивидуального экономического существования и Восточными стереотипами) для дестабилизации ситуации в регионе конвергенции нисколько не препятствует. Дело в том, что, несмотря на беспорядки, языковая, духовная и регулятивная составляющая конвергенции мусульманских государств сохраняется, и даже наличие самих беспорядков по сходным сценариям – это свидетельство продолжающейся конвергенции мусульманских государств.

Исследование специфических особенностей юридической конвергенции мусульманских государств позволяет заключить следующее. Во-первых, несмотря на беспорядки в регионе, процесс сближения мусульманских государств в правовой и иных сферах жизнедеятельности общества продолжается. Во-вторых, думается, беспорядки

---

[1] Привалов А. В ближневосточной лотерее никто не выиграет. URL: http://news.rambler.ru/9163322/ (дата обращения: 01.03.2011).

[2] Не-американские революции. URL: http://7news.in.ua/ukraine/65930/ (дата обращения: 01.03.2011).

в мусульманских странах не только не разрушат конвергенционные процессы в этих государствах, но вполне могут их стимулировать.

В целом, анализ юридической конвергенции в виде добровольной и принудительной аккультурации (экспансии) на глобальном уровне позволяет построить общую, относительно универсальную модель данных процессов.

1. Как показало исследование, инициация процесса данного вида юридической конвергенции имеет двусторонний характер: с одной стороны, это государства с более развитой культурой и правовой системой, с другой – это государства с менее развитой культурой и правовой системой. В рамках этого дуализма инициацию могут осуществлять как отдельные лица, так и определенные социальные группы и отдельные лица (как правило, лидеры государств и движений).

2. В качестве объекта конвергенции выступает деятельность по конвергенции, которая охватывает политическую или экономическую деятельность и основанное на ней правотворчество в виде имплантации элементов международного права или правовых систем зарубежных государств. Предметы сближения – это правовые системы в целом или их отдельные элементы. В качестве средств в рамках данного вида юридической конвергенции используются модельные международные акты, общие унифицированные акты, внутригосударственные нормативно-правовые акты. Процесс конвергенции осуществляется с использованием общих методов юридической конвергенции: добровольная и принудительная (юридическая экспансия) аккультурация, а также методы правотворчества и специальных методов гармонизации, комплементации, синхронизации, поглощения и присоединения сближающихся предметов друг к другу.

3. На третьей стадии сам процесс конвергенции правовых систем может идти двумя путями: путем международных и межгосударственных соглашений и путем добровольного или вынужденного заимствования элементов других правовых систем.

4. В результате правотворчества образуется когерентность правовых систем, выраженная в обновлении правовой системы реципиента, либо подчинении ее международной иерархии. Опосредованная цель данного вида юридической конвергенции – политическое, экономическое и духовное сближение стран и народов до состояния когерентности (глобализации).

Таким образом, анализ юридической конвергенции на глобальном уровне в виде сближения правовых систем на основе доброволь-

ности (юридическая аккультурация) и принудительности (юридическая экспансия) позволяет выделить ее специфические особенности.

Во-первых, юридическая конвергенция на глобальном уровне носит объективно-субъективный характер. Данная ситуация, с одной стороны, обусловленная естественно-географическими условиями и общим уровнем развития конвергирующих факторов (транспорт, связь, телевидение, Интернет, и т. д.), с другой стороны – экономико-политическими, религиозными притязаниями различных государств, лидеров и организаций.

Во-вторых, исследование показало, что на глобальном общемировом уровне юридическая конвергенция приобрела небывалые масштабы перемещения юридических идей между различными правовыми системами, которое имеет, по крайней мере, два теоретических следствия:

1) все меньшую роль начинают играть географические и культурные различия, традиционно лежавшие в основе выделения романо-германской (континентальной) правовой системы и (англо-американской) системы общего права. Поэтому в настоящее время корректнее говорить не о существовании четкой границы между этими двумя правовыми семьями, а о формировании единой «западной традиции права»[1];

2) восточный мир (этим условным термином обозначим афро-азиатские страны, а также государства Восточной Европы и Россию – обширный регион, который принято в социокультурном плане противопоставлять Западу) все больше испытывает влияние упомянутой западной правовой традиции, воспринимая в различных формах модели как континентального, так и англо-американского происхождения. Поэтому все более проблематичным становится отнесение российской правовой системы к романо-германскому типу права.

В-третьих, юридическая конвергенция правовых, политических, этносоциальных систем – это неотъемлемая черта современных процессов взаимодействия между странами и народами. Каждая из существующих ныне политико-правовых и этносоциальных систем представляет собой результат не только внутреннего развития, но и долговременного культурного взаимодействия[2]. Ускорение и углубление интеграционных процессов ставят современные государства и интернациональные организации всех уровней перед необходимостью выработки

[1] Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 505.

[2] Подробнее о теории политико-правовой конвергенции: Третьякова О. Д., Баженова Е. А. Конвергенция в праве: юридическая экспансия. Владимир, 2011.

оптимальной модели международного правового сотрудничества, позволяющей наиболее безболезненно внедрить зарубежный опыт в национальную (включая и российскую) правовую систему.

В-четвертых, с учетом анализа двух вариантов конвергенции правовых систем и установленных на их основе специфических особенностей предлагаю схему оценки процессов юридической конвергенции правовых систем.

1. Следует установить формальные изменения, произошедшие в правовой системе реципиента. Думается, что говорить о конвергенции правовых систем только как о процессе без ее результата некорректно. В противном случае рассматриваемое явление превратилось бы в относительно замкнутое, стохастическое и динамическое явление, на практике же подобного не происходит.

2. Необходимо определить, что произошедшие изменения в правовой системе реципиента явились результатом влияния именно правовой системы рассматриваемого донора, а не следствием других фактов. В данном случае устанавливается причинная связь между конвергенционным воздействием и его результатом.

3. Следует применить формальный показатель усовершенствования правовой системы реципиента. Из теории систем известно, что о развитии системы свидетельствует увеличение количества ее элементов и подсистем.

4. Применительно к правой системе за показатель повышения культурного уровня правовой системы следует принимать степень обеспечения реализации основных прав и свобод человека.

5. О совершенствовании правовой системы свидетельствует повышение уровня юридической техники (т. е. должен увеличиться арсенал ее средств, приемов, категорий и т. д.).

Темы эссе:

1. *Конвергенция правовых систем в обеспечении мировой безопасности.*
2. *Конвергенция правовых систем в вопросах обеспечения прав человека.*
3. *«Нефтяная» конвергенция правовых систем.*

Лекция 18. Конвергенция правовых систем в Европе

Общая характеристика конвергенции права в Европе. Характеристика правовой конвергенции стран ЕС. Закономерности конвергенции правовых систем в Европе.

Процессы юридической конвергенции весьма многообразны и зависят от формы конвергенции. Для внешней формы юридической конвергенции на региональном уровне, имеется ряд специфических особенностей. Рассмотрим эти особенности на примере исследования конвергенции правовых систем в Европе.

Прежде всего, говоря о Европе, необходимо отметить, что конвергенция правовых систем носит ярко выраженный экономический и обусловленный им политический характер. В условиях юридической конвергенции и глобализации в целом концентрация капитала путем международных слияний и поглощений стала движущей силой развития мировой экономики. В начале XXI в. этот процесс нашел свое наиболее яркое проявление в Европейском союзе (ЕС). В борьбе за мировое лидерство с США и Японией ЕС предпринимает активные действия по усилению международной конкурентоспособности компаний государств-членов, в первую очередь создавая благоприятную правовую почву для трансграничной конвергенции компаний в рамках формируемого внутреннего рынка ЕС. Не случайно на Лиссабонском саммите, прошедшем в марте 2000 г., была поставлена цель превратить европейскую экономику в наиболее конкурентоспособную во всем мире к 2010 г.[1]

Исторически процессы конвергенции компаний стали формироваться в странах с развитой экономикой, в результате чего эти процессы получили достаточное отражение в зарубежном законодательстве. Нормативные акты, регулирующие данные процессы, разработаны как в отдельных странах, так и в наднациональном законодательстве стран Европы, а именно в актах ЕС. Характерным примером служит Директива ЕС от 21 апреля 2004 г., касающаяся публичных предложений о приобретении, которая регулирует основные принципы и способы конвергенции путем слияния и поглощения компаний. Она устанавливает единые правовые нормы в отношении контроля и регулирования агрессивной конвергенции компаний в рамках ЕС.

[1] Калашников Г. О. Слияние и поглощение компаний по праву Европейского союза. М., 2007. С. 20.

При этом каждое европейское государство имеет свое национальное законодательство, устанавливающее процедуры слияния и поглощения компаний, ответственность за нарушения его норм в случаях осуществления недружественного поглощения[1]. Иными словами, экономические факторы являются отправными для конвергенции правовых систем Европы, а конвергенция правовых систем обусловливает конвергенцию национальных и транснациональных компаний.

Политическая конвергенция в Западной Европе началась после окончания Второй мировой войны. Фундамент юридической конвергенции был заложен Всеобщей декларацией прав и свобод человека и гражданина (1948 г.), образованием Совета Европы и последующих европейских соглашений. Здесь уместно назвать Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г.) В этой конвенции прямо указывается на политико-правовую конвергенцию правовых систем Европы: целью Совета Европы является достижение большего единства между его членами, и одним из средств достижения этой цели является защита и развитие прав человека и основных свобод[2].

Юридическая и политическая конвергенция стран Европы обусловила возникновение международной европейской организации «Совет Европы» и «права Совета Европы». «Правом Совета Европы» условно называют документы, вырабатываемые в рамках Совета Европы – международной организации, в уставных документах которой в качестве целей наряду с содействием более тесному «европейскому сплочению» (см. конвергенции) и укреплению мира провозглашены:

– правовое обеспечение прав и свобод человека;

– содействие осознанию и развитию европейской культурной самобытности;

– поиск совместных решений социальных проблем (национальные меньшинства, ксенофобия, нетерпимость, защита окружающей среды, биоэтика, СПИД, наркомания и т. п.);

---

[1] Марков П. А., Бальжинимаева Ж. Ц. Регулирование слияний и поглощений по праву Европейского союза // Право и экономика. 2010. № 12.

[2] Конвенция о защите прав человека и основных свобод : заключ. в г. Риме 4 нояб. 1950 г. : вместе с Протоколом [№ 1] (подписан в г. Париже 20 марта 1952 г.), Протоколом № 4 об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и первый Протокол к ней (подписан в г. Страсбурге 16 сент. 1963 г.), Протоколом № 7 (подписан в г. Страсбурге 22 нояб. 1984 г.) // Бюл. междунар. договоров. 2001. № 3.

– развитие политического партнерства с новыми демократическими странами Европы;

– помощь странам Центральной и Восточной Европы в проведении политических, законодательных и конституционных реформ и т. п.

Сегодня Совет Европы – одна из наиболее авторитетных и представительных организаций, объединяющая в своем составе 40 европейских государств (в том числе и Россию) – больше, чем любая другая европейская международная организация[1].

Кроме того, весомым фактором юридической конвергенции стала деятельность ЕСПЧ.

Российская Федерация также ратифицировала Конвенцию о защите прав человека и основных свобод в 1998 г. и Протокол № 14 Конвенции – в 2010 г. Согласно ст. 19 Конвенции в целях обеспечения соблюдения обязательств, принятых на себя Высокими Договаривающимися Сторонами по настоящей Конвенции и Протоколам к ней, учреждается ЕСПЧ, который работает на постоянной основе. Согласно ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» Российская Федерация в соответствии со ст. 46 Конвенции признает ipso facto и без специального соглашения юрисдикцию ЕСПЧ обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации[2]. Это свидетельствует о конвергенции правовой системы России и Европейского права.

Вместе с тем рассмотренные примеры политической конвергенции, обусловливающие юридическую конвергенцию, нисколько не снижают важности экономических факторов конвергенции государственно-правовых систем Европы, обусловливающей экономико-политическую конвергенцию в виде образования нового сложного государства (государственного образования) – Европейского союза. Сложные государства – это государства, состоящие из самостоятельных государств или государственных образований[3]. Представляется, что создание сложных госу-

---

[1] Мяснянкин В. Н. Проблемы прямого применения в Российской Федерации «права Совета Европы» // Право и политика. 2006. № 6.

[2] Протоколы к Европейской конвенции // Официальный портал Европейской Конвенции о защите прав человека. URL: http:// www.echr.ru/ convention/ protocols.htm. (дата обращения: 04.08.2011).

[3] Об этом еще в XIX в. писал Б. Н. Чичерин (Чичерин Б. Н. Сложные государства // Курс государственной науки. М., 1894).

дарств осуществляется на основании конвергенции правовых систем, следовательно, этот процесс сближения политических и правовых систем можно назвать *государственно-правовой конвергенцией*.

Рассмотрим для примера государственно-правовую конвергенцию в Европе новейшего времени.

Седьмого февраля 1992 г. в результате государственно-правовой конвергенции в Европе был создан Европейский союз. Создание данного союза основывалось на многостороннем Договоре о создании Европейского Союза[1]. Данный договор явился отправным моментом формирования сложного государства – Евросоюза. Кроме того данный договор является основой конвергенции права правовых систем стран, входящих в Евросоюз.

Договор знаменует собой новый этап в процессе создания как никогда ранее сплоченного союза народов Европы, в котором принимаемые решения направлены на наиболее полное удовлетворение потребностей граждан.

Союз учреждается на базе Европейского сообщества, дополненного сферами политики и формами сотрудничества в соответствии с настоящим Договором. Его задача состоит в том, чтобы организовать с помощью методов, характеризуемых сплоченностью и солидарностью, отношения между государствами-членами и между их народами[2].

Принятие Договора об образовании Европейского союза обусловило формирование когерентного правового образования – права Европейского союза.

Данный феномен, появившийся в ходе процесса конвергенции правовых систем в рамках Европейских сообществ и Европейского союза, является результатом деятельности наднациональных международных институтов ЕС. Это особая правовая система, возникшая в результате конвергенции международного права и внутригосударственного права государств – членов Европейского союза. Право ЕС – это результат добровольной правовой аккультурации, оно обладает относительно самостоятельной и обособленной нормативной базой. Автономность европейского права обеспечивается практикой деятельности ЕСПЧ.

Термин «право Европейского союза» вошел в употребление с начала 90-х гг. XX столетия, с момента появления Европейского союза. Правовой массив, сложившийся до этого, обозначался как «право

---

[1] Договор о Европейском Союзе : подписан в г. Маастрихт 7 февр. 1992 г. // Единый европейский акт. Договор о Европейском союзе. М., 1994. С. 45–246.

[2] Там же.

Европейских сообществ», «право Европейского сообщества», «европейское право», хотя последнее понятие не всегда имеет совпадающее значение по отношению к понятию «право Европейского союза». В литературе часто рассматривается понятие «право Европейского союза» как синоним более широкого понятия «европейское право», используемого в узком смысле[1].

Анализ источников регулирования правоотношений в Евросоюзе, с точки зрения конвергенции правовых систем, позволяет выделить следующие особенности права Евросоюза.

Во-первых, право Евросоюза – это система правовых предписаний, синтезированных на базе национальных правовых систем в результате их конвергенции.

Во-вторых, право Евросоюза – это система правовых предписаний, регулирующих отношения между государствами – членами Евросоюза, а также между гражданами государств – участников Евросоюза.

В-третьих, от понятия «право Евросоюза» следует отличать понятие европейского права. Понятие европейского права шире и включает все предписания, регламентирующие отношения, складывающиеся на Европейском пространстве.

В-четвертых, образование права Евросоюза не означает окончания конвергенции правовых систем Европы, так как полной когерентности права (согласованности) в Европе не наступило, имеются противоречия между членами Евросоюза, а также регулярно поднимается вопрос об увеличении количества стран – участников указанной организации.

С учетом названных особенностей право Евросоюза – *это относительно когерентная региональная правовая система, образованная в результате процессов конвергенции национальных правовых систем стран – участниц Евросоюза, регулирующая общественные отношения внутри данной организации государств и имеющая тенденцию к конвергенции с другими правовыми системами, не вошедшими в Евросоюз.*

На основании анализа понятия права Евросоюза и предшествующих образованию данного государства документов можно выделить три основных этапа государственно-правовой конвергенции в Европе.

Первый этап – это 1944–1950 гг. – инициируется окончанием Второй мировой войны в Европе и победой над гитлеровской Герма-

[1] Горниг Г., Витвицкая О. А. Право Европейского Союза. М., 2005. С. 5.

нией и ее союзниками. Этот этап длится до начала формирования так называемого первичного общеевропейского права[1].

Здесь следует отметить ряд событий и актов, обусловивших государственно-правовую конвергенцию в Европе. Прежде всего, это юридически оформленное протоколом Соглашение между правительствами СССР, США и Соединенного Королевства о зонах оккупации Германии и об управлении «Большим Берлином» от 12 сентября 1944 г.[2]

Далее Ялтинская (Крымская) конференция союзных держав (4–11 февраля 1945 г.) – встреча лидеров стран антигитлеровской коалиции – СССР, США и Великобритании, посвященных установлению послевоенного мирового порядка[3].

Все решения Ялты в общем и целом касались двух проблем.

Во-первых, требовалось провести новые государственные границы на территории, еще недавно оккупированной Третьим рейхом. Одновременно нужно было установить неофициальные, но общепризнанные всеми сторонами демаркационные линии между сферами влияния союзников – дело, которое было начато еще в Тегеране.

Во-вторых, союзники прекрасно понимали, что после исчезновения общего врага вынужденное объединение Запада и большевиков потеряет всяческий смысл, а поэтому следовало создать процедуры, гарантирующие неизменность проведённых на карте мира разграничительных линий.

В Ялте была также подписана Декларация об освобожденной Европе, определившая принципы политики победителей на отвоеванных у противника территориях. Она предполагала, в частности, восстановление суверенных прав народов этих территорий, а также право союзников совместно «помогать» этим народам «улучшать условия» для осуществления этих самых прав. В декларации говорилось: *«Установление порядка в Европе и переустройство национально-экономической жизни должно быть достигнуто таким путем, который позволит освобождённым народам уничтожить последние*

---

[1] Там же. С. 6.

[2] Протокол Соглашения между правительствами СССР, США и Соединённого Королевства о зонах оккупации Германии и об управлении «Большим Берлином» от 12 сентября 1944 г. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki (дата обращения: 02.11.2011).

[3] Советский Союз на международных конференциях периода Великой Отечественной войны 1941–1945 гг. : сб. док. М., 1979. Т. 4 : Крымская конференция руководителей трех союзных держав – СССР, США и Великобритании (4–11 февраля 1945 г.).

следы нацизма и фашизма и создать демократические учреждения по их собственному выбору»[1].

В рамках первого этапа государственно-правовой конвергенции в Европе следует отметить и Потсдамскую (Берлинскую конференцию). Потсдамская конференция проходила с 17 июля по 2 августа 1945 г. во дворце Цецилиенхоф в Потсдаме. На повестке дня стояли проблемы послевоенного устройства мира. В конференции принимали участие главы правительств СССР, США и Великобритании. По результатам переговоров был учрежден Совет министров иностранных дел Соединенного Королевства, СССР, Китая, Франции и США. На совет возлагалась задача по составлению мирных договоров и выработка предложений по урегулированию территориальных споров[2].

Основной правовой документ, принятый на конференции и характеризующий конвергенцию права, – это Протокол Берлинской конференции трех великих держав (подписан в г. Берлине 1 августа 1945 г.)[3].

Второй этап государственно-правовой конвергенции в Европе начинается с 1951 г. и продолжается до образования Евросоюза в 1992 г. Конвергенционные правовые акты, принятые между странами Европы, получили название так называемого первичного права Евросоюза. К первичному праву традиционно относятся все учредительные договоры, то есть: Парижский Договор об учреждении Европейского объединения угля и стали 1951 г., Римский Договор, учреждающий Европейское Сообщество 1957 г., Римский Договор, учреждающий Евратом 1957 г., *Маастрихтский Договор* о Европейском Союзе 1992 г. Помимо названных к данному периоду можно отнести и соглашения, принятые позднее, дополняющие и изменяющие их. Это такие договоры, как: Брюссельский Договор, учреждающий единый Совет и единую Комиссию Европейских сообществ (Договор о слиянии) 1965 г., Бюджетный Договор 1970 г., Бюджетный Договор 1975 г., Единый европейский акт 1986 г., *Амстердамский Договор* об измене-

[1] Итоги ялтинской 1945 года конференции союзных государств антигитлеровской коалиции. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki (дата обращения: 02.11.2011).

[2] Потсдамская конференция. URL: http://www.kadis.ru/columns/column.php?id=54873 (дата обращения: 02.11.2011).

[3] Протокол Берлинской конференции трех великих держав : подписан в г. Берлине 1 августа 1945 г. // Советский Союз на международных конференциях периода Великой Отечественной войны 1941–1945 гг. Т. 4.

нии Договора о Европейском Союзе, Ниццский Договор, одобривший очередные изменения учредительных договоров Союза 2001 г.[1]

Все указанные акты обусловливают и государственную, и правовую конвергенцию стран Европы. Некоторые договоры даже непосредственно в тексте содержат информацию о нацеленности первичного права на конвергенцию между странами Европы в различных сферах жизнедеятельности. Так, например, ст. 2 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества (Рим, 25 марта 1957 г.) закрепляет, что формируемое европейское сообщество ставит своей задачей содействовать, путем создания общего рынка и прогрессирующего сближения экономической политики государств-членов, гармоничному развитию экономической деятельности во всем Сообществе, непрерывному и сбалансированному росту, возрастающей стабильности, ускоренному повышению уровня жизни и более тесным связям между государствами, которые оно объединяет[2].

Третий этап государственно-правовой конвергенции знаменуется формированием общего, или вторичного, права Евросоюза. К актам вторичного права относятся акты, издаваемые институтами ЕС, а также все другие акты, принимаемые на основе учредительных договоров. Наличие общих актов, регламентирующих деятельность Евросоюза как единого государственного образования, свидетельствует о создании сложного государства, сложной формы государственного устройства.

При этом следует обратить внимание на тот факт, что реализация третьего этапа государственно-правовой конвергенции в Европе помимо образования нового сложного государства породило дивергенционные процессы в политике, экономике и правовой сфере в странах Евросоюза.

Неравномерность экономического развития стран, входящих в Евросоюз, мировой экономический кризис породили противоречия в Европе, которые вылились в забастовки, манифестации, попытки выхода из ЕС[3].

Данные проблемы выразились и в случаях отказа от дальнейшей конвергенции права в странах ЕС. Например, проблема неприятия ев-

---

[1] Горниг Г., Витвицкая О. А. Указ. соч. С. 6 ; Ильин Ю. Д. Лекции по истории и праву Европейского Союза. URL: http://www.studylaw.narod.ru/ilin/ilin 5.htm. (дата обращения: 02.11.2011).

[2] Договоры, учреждающие европейские сообщества. М., 1994. С. 95–288.

[3] В Европе нарастают центробежные дивергенционные процессы, обусловленные неравномерным экономическим развитием стран ЕС, а также длящимся экономическим кризисом. Напр.: Саммит G20: Греция спутала все карты. URL: http://news.rambler.ru/11633675/ (дата обращения: 03.11.2011).

ропейцами «Конституции для Европы». Договор о Конституции для Европы, который 18 июня 2004 г. приняли руководители 25 государств – членов ЕС, состоит из 448 статей, более чем 400 страниц. Тем не менее, данный документ не получил поддержки во многих европейских странах[1]. В этом смысле вполне справедливо замечание директора европейских программ в Честем-хаусе – Королевском институте международных отношений (RIIA) Р. Уитмена, который отметил, что провал «Европейской Конституции» на референдумах во Франции и Нидерландах, пробуксовка с бюджетом ЕС на 2007–2013 гг., явное превалирование национальных интересов над общеевропейскими, теракты в Лондоне, неразбериха вокруг выборов 2005 г. в Германии – все это ввергло ЕС в глубочайший кризис[2].

Имеются проблемы с коллизиями верховенства права ЕС над национальным правом. Анализ практики деятельности Суда ЕС позволяет согласиться с мнением некоторых исследователей о том, что Суд ЕС поставил право сообщества принципиально выше национального. В случае коллизии национальное право им прямо признано неприменимым без каких-либо условий. Его приоритет узаконивался им по отношению к национальному праву каждой ступени, включая конституции[3]. При этом в действующем договоре об учреждении ЕЭС 1957 г. нет нормы о приоритете права ЕС. И это дает государствам законное право на традиционную имплементацию и контроль за всеми международными договорами[4].

В целом, можно резюмировать, что государственно-правовая конвергенция не беспредельна и противоречива, этот процесс продолжается и требует дальнейшего всестороннего исследования. Тем не менее, уже из проведенного анализа можно предложить модель конвергенции правовых систем Европы.

1. Как показало исследование, инициация процесса данного вида юридической конвергенции имеет многосторонний характер – это страны, входящие в Евросоюз и страны, стремящиеся в нем оказаться. В рамках этого процесса инициацию могут осуществлять как отдельные лица, так и определенные социальные группы, и отдельные лица (как правило, лидеры государств и движений).

---

[1] Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and Treaty establishing the European Community, signed et Lisbon, 13 December 2007. URL: www.europa.eu.

[2] Эксперт. 2005. № 42(488). С. 82–83.

[3] Клёмин А. В. О соотношении национального и европейского права // ЕврАзЮж. 2010. № 2(21).

[4] Там же.

2. В качестве объекта конвергенции выступает деятельность по конвергенции, которая охватывает политическую или экономическую деятельность и основанное на ней правотворчество в виде создания общих правовых предписаний, а также приведение в соответствие национального законодательства. Предметы сближения – это правовые системы в целом или их отдельные элементы. В качестве средств в рамках данного вида юридической конвергенции используются модельные общеевропейские акты, договоры и соглашения, внутригосударственные нормативно-правовые акты. Процесс конвергенции осуществляется с использованием общих методов юридической конвергенции: в основном, добровольная аккультурация, а также методы правотворчества и специальные методы гармонизации, комплементации, синхронизации, поглощения и присоединения сближающихся предметов друг к другу.

3. На третьей стадии сам процесс конвергенции правовых систем может идти двумя путями: путем международных и межгосударственных соглашений и путем добровольного или вынужденного приведения своих правовых систем в соответствие с правовой системой Евросоюза.

4. В результате правотворчества образуется когерентность правовых систем, выраженная в образовании права Евросоюза. Опосредованная цель данного вида юридической конвергенции – политическое, экономическое и духовное сближение стран и народов до состояния, обусловливающего возможность противостояния политической и экономической экспансии США.

Поведем итоги исследования юридической конвергенции в Европе.

Во-первых, государственно-правовая конвергенция в Европе относительно объективна, так как современное развитие коммуникаций, связи, транспорта неизбежно сокращает расстояния и, естественно, сближает страны и народы.

Во-вторых, юридическая и политическая конвергенция стран Европы обусловила возникновение международной европейской организации «Совет Европы» и «права Совета Европы».

В-третьих, государственно-правовая конвергенция ведет к образованию сложных государственных образований или сложных государств.

В-четвертых, государственная конвергенция в Европе основывалась на конвергенции права в виде формальных общих правовых предписаний. Вместе с тем формально-правовая конвергенция была обусловлена политическими договоренностями.

В-четвертых, полной государственно-правовой когерентности (стабильности и согласованности) между странами ЕС не наступило, о чем свидетельствуют волнения и беспорядки в европейских странах.

В-пятых, можно сказать, что кризис в Европе – это кризис конвергенции между странами ЕС в политической, экономической и правовой сфере.

В-шестых, государственно-правовая конвергенция только в странах Западной Европы без конвергенции с правом и странами Восточной Европы представляется неэффективной и кризисной.

Темы эссе:

1. *Формы конвергенции правовых систем Европы.*
2. *«Брексит» Великобритании из Евросоюза – как закономерность конвергенции правовых систем Европы.*
3. *Нефть и газ как материальная основа Конвергенции правовой системы России и Евросоюза.*

Лекция 19. Конвергенция правовых систем стран Содружества Независимых Государств

Общая характеристика СНГ. Законодательство стран СНГ. Закономерности конвергенции правовых систем стран СНГ.

Конвергенция правовых систем стран содружества независимых государств (СНГ) в целом протекает в русле глобальной конвергенции правовых систем, но имеет свои особенности.

Не случайно в Концепции внешней политики России отмечается, что развитие региональной и субрегиональной интеграции происходит на пространстве Содружества Независимых Государств (СНГ), в Евро-Атлантическом и Азиатско-Тихоокеанском регионах, Африке и Латинской Америке. Интеграционные объединения приобретают все большее значение в мировой экономике, становятся существенным фактором региональной и субрегиональной безопасности, включая миротворчество. Кроме того, в этом же документе обосновывается необходимость эконмической конвергенции СНГ. В концепции указывается, что Россия активно использует возможности региональных экономи-

ческих и финансовых организаций для отстаивания интересов Российской Федерации в соответствующих регионах, уделяя особое внимание деятельности организаций и структур, способствующих укреплению интеграционных процессов на пространстве СНГ[1].

В принципе каждая из существующих ныне правовых систем представляет собой результат не только внутреннего развития, но и − не в меньшей степени − долговременного внешнего культурного воздействия. Ускорение и углубление интеграционных процессов ставят современные государства и интернациональные организации всех уровней перед необходимостью выработки оптимальной модели международного правового сотрудничества, в том числе и на территории бывшего СССР между странами СНГ.

За последние почти двадцать лет СНГ разработало солидную нормативно-правовую базу. Это почти 1,5 тысячи международных договоров и соглашений, подписанных в рамках советов глав государств и правительств, гораздо больший массив двусторонних соглашений, свыше 270 модельных законов, кодексов, рекомендаций, принятых Межпарламентской Ассамблеей государств – участников СНГ[2].

Иными словами, несмотря на распад СССР и последующее обособление стран – участниц СНГ, процессы, происходящие в правовой сфере между данными странами, можно охарактеризовать как юридическую конвергенцию**.**

Рассмотрим особенности конвергенции и возникающую на этой основе когерентность правовых систем стран – участниц СНГ.

Одна из первых вех, характеризующих процесс конвергенции правовых систем стран СНГ, – это соглашение стран СНГ от 9 октября 1992 г. «О принципах сближения хозяйственного законодательства государств – участников Содружества»[3].

Основной целью соглашений провозглашается развитие сотрудничества в области сближения, т. е. конвергенции, хозяйственного законодательства. Статья 1 Соглашения прямо предписывает сторонам проводить работу по сближению законодательства, регулирующего хозяйственную деятельность.

---

[1] Концепция внешней политики Российской Федерации : утв. 12 июля 2008 г. № Пр-1440. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения:22.08.2011).

[2] Мониторинг практики сближения правовых систем государств – участников СНГ // Доклад Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации за 2009 год «О состоянии законодательства в Российской Федерации». М., 2010. С. 224.

[3] Бюл. междунар. договоров. 1993. № 10.

Сближение хозяйственного законодательства осуществляется с учетом заключенных Сторонами по соответствующим проблемам соглашений в рамках Содружества и международных договоров, которые имеют приоритет по отношению к национальному законодательству Сторон (ст. 6 Соглашения).

При проведении работы по сближению хозяйственного законодательства Стороны исходят из общепризнанных норм международного права, а также принципов, положенных в основу сближения законодательства стран с развитой рыночной экономикой (ст. 7 Соглашения).

Не случайно одним из первых актов, характеризующих конвергенцию правовых систем стран СНГ, явилось хозяйственное соглашение. Дело в том, что сближение законодательства способствует развитию экономического сотрудничества. Объективной предпосылкой сближения законодательства является сближение экономических систем. Современные экономические системы характеризуются как смешанная экономика. Однако объективной предпосылки мало. Нужно, чтобы правотворчество было адекватно требованиям и особенностям смешанной экономики[1].

В русле экономического сближения, опосредованного юридической конвергенцией, стоит отметить Соглашение стран СНГ от 15 апреля 1994 г. «О создании зоны свободной торговли», где обосновывается, что государства – участники данного Соглашения, подтверждая свою приверженность свободному развитию взаимного экономического сотрудничества, внедряя в практику принципы рыночной экономики, действуя в направлении последовательной реализации положений Договора о создании Экономического союза (24 сентября 1993 г., Москва), договорились, в том числе, и о гармонизации и (или) унификации законодательства Договаривающихся Сторон в той мере, в какой это необходимо для надлежащего и эффективного функционирования зоны свободной торговли[2].

В целом, как показывает анализ правовых актов СНГ, конвергенция правовых систем и формирование единого правового пространства СНГ идет все эти годы по двум направлениям: первое направление – это формирование общего права Содружества и второе направление – это унификация законодательства стран – участниц

[1] Мамутов В. К. Сближение хозяйственного законодательства как фактор обеспечения экономического сотрудничества// Бизнес. Менеджмент. Право. 2007. № 2. С. 22.

[2] Бюл. междунар. договоров. 1994. № 9.

Содружества. Оба эти направления тесно взаимосвязаны. При этом право Содружества является, в известном смысле, координатором в процессе сближения национальных правовых систем. Общее право Содружества включает в себя общепризнанные принципы и нормы международного права, учредительные документы, многосторонние, двусторонние договоры, нормоустанавливающие решения по толкованию норм права Экономического суда СНГ, решения главных органов Содружества[1]. Следовательно, унификация и создание общего права характеризуют гармонизирующую конвергенцию правовых систем стран СНГ.

Особой ипостасью гармонизирующей конвергенции правовых систем стран СНГ является создание модельных законов.

Так, например 27 октября 2010 г. в Санкт-Петербурге состоялось очередное заседание Постоянной комиссии Межпарламентской Ассамблеи государств (МПА) СНГ по правовым вопросам. Комиссия рассмотрела вопрос «О проекте модельного Кодекса о судоустройстве и статусе судей для государств – участников СНГ». На заседании комиссии было отмечено, что происходящее углубление интеграционных процессов в странах СНГ характеризует сближение национальных правовых систем этих государств[2], в том числе законодательства о судебной власти и судоустройстве. Анализ конституционных принципов правосудия государств Содружества показал, что в основном они совпадают, поскольку отражают общепризнанные принципы и нормы международного права[3]. Иными словами, модельные законы СНГ направлены на унификацию и сглаживание «шероховатостей» между правовыми системами. Об этом свидетельствует сентенция Комиссии МПА СНГ о том, что в конституциях некоторых государств не имеется указания на общепринятые начала судоустройства, такие как участие граждан в отправлении правосудия, осуществление судебной власти посредством различных видов судопроизводства, гарантии независимости судей и т. д.[4]

---

[1] Требков А. А. Право СНГ: проблемы развития и совершенствования : выступление на Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 15-летию Экон. суда СНГ. URL: http://www.unionlawyers.ru/international/dok4.html (дата обращения: 29.09.2011).

[2] То есть характеризует конвергенцию.

[3] Протокол заседания Постоянной комиссии МПА СНГ по правовым вопросам (27 октября 2010 г.). URL: http://www.vkp.ru/104/105/285.html (дата обращения: 29.09.2011).

[4] Там же.

В процессе работы Комиссии также упрощен текст закона путем унификации терминов, применяющихся в Кодексе. Принципы осуществления правосудия выделены в отдельную главу и дополнены, более подробно раскрыты социальные гарантии судей и порядок реализации неприкосновенности судей, а также полномочия и порядок организации различных видов судов, закон дополнен разделом об органах судейского сообщества, раскрыта их компетенция и порядок действия[1].

С учетом рассмотренного примера, можно заключить, что Модельные законы СНГ – это формальное, внешнее проявление когерентности правовых систем стран СНГ.

Кроме общего законодательства происходит конвергенция в отдельных отраслях. Например, в число основных задач Евразийского экономического сообщества входят сближение и гармонизация национального законодательства, обеспечение взаимодействия правовых систем государств ЕврАзЭС с целью создания общего правового пространства в рамках Сообщества. Общее правовое пространство выступает средством обеспечения единого экономического пространства, которое, по мнению ряда авторов, требует интеграции трудового права[2].

Осуществляется юридическая конвергенция на основании гармонизации в рамках СНГ по вопросам потребительского права. В более общей форме гармонизацию можно определить как способ, обеспечивающий формирование общих основ правовой политики сотрудничающих государств в отдельных областях общественной жизни или сферах экономики; это процесс, направленный на сближение (конвергенцию) права разных государств и устранение или уменьшение различий в нем[3].

Предпосылки конвергенции на основе гармонизации были положены еще во времена Советского Союза, когда 22 мая 1991 г. был принят Закон СССР «О защите прав потребителей», который, однако, в связи с распадом СССР так и не вступил в силу. В условиях образования СНГ в ряде республик были приняты законы о защите прав по-

---

[1] Протокол заседания Постоянной комиссии МПА СНГ по правовым вопросам (27 октября 2010 г.).

[2] Головина С. Ю., Кучина Ю. А., Перминов Ю. В. Сравнительно-правовой анализ трудовых кодексов государств – членов ЕврАзЭС: проект доклада // Проблемы и перспективы развития правового сотрудничества в рамках ШОС, ЕврАзЭС и партнерских отношений с ЕС : докл. исполн. ком. к третьей сессии конгр. Екатеринбург, 2009. С. 25.

[3] Клетченкова М. М. Указ. соч.

требителей, для которых союзный Закон стал моделью. К таким республиканским законам можно отнести:

– Закон УССР от 12 мая 1991 г. «О защите прав потребителей», введенный в действие на территории Украины с 1 октября 1991 г.;

– Закон Казахской ССР от 5 июня 1991 г. «О защите прав потребителей», введенный в действие с 1 января 1992 г.;

– Закон РФ от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей»;

– Закон Республики Кыргызстан от 28 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей»[1].

Развивается конвергенция права СНГ в области технического регулирования. Фактором, определяющим необходимость совершенствования механизмов управления хозяйственной деятельностью, в частности, законодательства о техническом регулировании, является интенсификация интеграционных процессов на постсоветском пространстве. На проведенной в марте 2010 г. международной конференции «Техрегулирование 2012. Инструментарий формирования Единого экономического пространства» министр промышленности и торговли РФ В. Христенко отметил, что интеграционное движение на постсоветском пространстве имеет два понятных вектора. Первый - это интеграция в ЕврАзЭС. Решением Президентов Белоруссии, Казахстана и России определены задачи в сфере технического регулирования в рамках формирования Единого экономического пространства. Соответствующий план действий предусматривает подготовку соглашения о единых принципах и правилах в этой сфере и принятие единых технических регламентов ЕврАзЭС. Второй вектор – гармонизация норм между Россией, Белоруссией и Казахстаном, с одной стороны, и Евросоюзом – с другой[2].

Опосредуются конвергенцией права и вопросы безопасности. Так, в РФ создана специальная межведомственная комиссия Совета Безопасности Российской Федерации по проблемам СНГ, которая образована в целях реализации возложенных на Совет Безопасности Российской Федерации задач по обеспечению национальных интересов Рос-

[1] Там же.

[2] Система правовых актов в сфере технического регулирования в условиях формирования Единого экономического пространства / Калмыкова А. В. [и др.] // Журн. рос. права. 2011. № 6.

сийской Федерации в отношениях с государствами – участниками Содружества Независимых Государств[1].

На Комиссию возлагаются следующие функции:

а) подготовка предложений и рекомендаций Совету Безопасности, касающихся обеспечения национальных интересов Российской Федерации в отношениях с государствами – участниками СНГ;

б) анализ и прогнозирование развития отношений Российской Федерации с государствами – участниками СНГ, в том числе выявление внешних угроз национальным интересам Российской Федерации, подготовка соответствующих предложений и рекомендаций Совету Безопасности;

в) рассмотрение проектов межгосударственных целевых программ, направленных на развитие отношений Российской Федерации с государствами – участниками СНГ, оценка их эффективности, подготовка соответствующих предложений и рекомендаций Совету Безопасности;

г) участие в подготовке материалов по вопросам укрепления отношений Российской Федерации с государствами – участниками СНГ;

д) подготовка предложений и рекомендаций Совету Безопасности по совершенствованию взаимодействия федеральных органов государственной власти с органами Содружества Независимых Государств, Организацией Договора о коллективной безопасности, Евразийским экономическим сообществом, а также с другими межгосударственными организациями, созданными в рамках Содружества Независимых Государств, в области обеспечения международной и региональной безопасности;

е) анализ информации по вопросам урегулирования конфликтов и проведения миротворческих операций в государствах – участниках СНГ;

ж) рассмотрение предложений по совершенствованию системы коллективной безопасности, развитию военного и военно-технического сотрудничества, взаимодействию в сфере охраны границ, предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций и преодолению их последствий, борьбе с преступностью в рамках СНГ и т. д.[2]

Как видим, при конвергенции правой системы России предусмотрены им защитные механизмы, которые предотвращают возможные негативные последствия от сближения правовых систем. При

[1] Вопросы Совета Безопасности Российской Федерации : указ Президента Рос. Федерации от 6 мая 2011 г. № 590 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 19, ст. 2721.

[2] Вопросы Совета Безопасности Российской Федерации.

этом было бы целесообразным ввести в полномочия данной комиссии еще одно направление – технико-юридичская экспертиза сближающегося законодательства России и стран СНГ, так как при конвергенции правовых систем СНГ следует учитывать возможность появления при адаптации чужих элементов в собственной правовой системе законодательных ошибок.

Законодательные ошибки в отечественном праве как следствие конвергенции отечественной правовой системы с правовыми системами «дальнего» и «ближнего» зарубежья возникали, в большинстве своем, в период радикальных перемен в нашем обществе, начиная с распада СССР, и, к сожалению, возникают по сей день. Поспешный отказ от отработанных технологий правового регулирования советского периода нашей истории, автоматическое копирование западных образцов привели к тому, что многие реформы «пробуксовывают» и требуют дополнительной юридической регламентации по преодолению допущенных законодательных ошибок.

Порождают ошибки и процессы, характеризующие конвергенцию современных правовых систем в виде унификации права[1]. Но при этом следует иметь в виду, что хотя унификация права – явление относительно объективное, являющееся характерной чертой современного правового развития, однако это не должно вести к полной утрате национальной самобытности, при этом и «особость» национального права не должна мешать его развитию с учетом конвергенции правовых систем.

С учетом изложенных обстоятельств условно подразделим имеющиеся (тайные и явные) законодательные ошибки, возникшие в отечественной правовой системе вследствие ее конвергенции с правовыми системами Запада, на *первичные* и *производные*.

Первичные законодательные ошибки возникают, как правило, из-за поспешности принятия и на основании прямого или частичного копирования зарубежных образцов без должной обработки и учета условий российской действительности. В качестве примера достаточно вспомнить принятие Конституции РФ, которая обсуждалась всего один

[1] Подробнее об унификации см., напр.: Саидов А. Х. Унификация права как форма сближения национальных законодательств // Влияние международного права на национальное законодательство : материалы заседания междунар. шк.-практикума молодых ученых-юристов (Москва, 24–26 мая 2007 г.) / под ред. Т. Я. Хабиревой и Ю. А. Тихомирова. М., 2007. С. 21–30.

месяц и которая была спроектирована с учетом Конституций Франции и Германии, а также норм Всеобщей декларации прав человека.

Поспешность в интегрировании зарубежного опыта и, как следствие этого, законодательные ошибки и провалы реформ на постсоветском пространстве отмечают и зарубежные ученые[1]. Провалы и ошибки, особенно первичные, неизбежны, если не учитывать отечественные традиции, ментальность, специфику Восточного типа государства в России, в некотором смысле чуждого Западным приоритетам. Не случайно еще Монтескье причислял климат, почву, плодородие земли к обязательным элементам практического действия права[2].

В связи с данным обстоятельством, думается, необходимо обеспечить такое сближение правовых и, прежде всего, конституционных норм, с зарубежным законодательством, которое гарантировало бы адекватное функционирование государства и общества в рамках традиционных ценностей России.

Бесспорным остается тот факт, что конституционные нормы являются базисом для выстраивания системы производных норм отношений в любом государстве. Поэтому остановимся на некоторых примерах законодательных ошибок конституционного характера. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 81 Конституции РФ одно и то же лицо не может занимать должность Президента Российской Федерации более двух сроков подряд. В конституции США, нормы которой в регулировании данного отношения можно считать прообразом для нашей Конституции, зафиксировано, что должность Президента США одно и то же лицо не может занимать более двух сроков (ст. 2)[3]. Иными словами, согласно нашей Конституции одно и то же лицо принципиально может занимать должность президента более двух сроков. Данное положение – один из краеугольных камней демократии – сменяемость лидера, главы государства, должностного лица была заложена еще во времена действия римского права, согласно нормам которого, например, претор мог занимать должность только один раз и только на один год.

Другой пример: в соответствии со ст. 1 Конституции РФ Российская Федерация – Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления. В целом позитивная

---

[1] Напр.: Stiglitz. What I learned at the World Economic Crises // The New Republic. 2000. April ; Книпер Р. Возможности и границы сотрудничества в области права // Журн. зарубеж. законодательства и сравн. правоведения. 2007. Вып. 4. С. 38–49.

[2] Цит. по: Книпер Р. Указ. соч. С. 47.

[3] Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты. М., 1993.

формулировка может вызвать интерпретационные проблемы, связанные с трактовкой термина «правовое государство». Более удачной представляется формулировка подобной нормы в Конституции Германии. Основной закон (ст. 20.28) провозгласил ФРГ правовым, федеративным, демократическим, республиканским и социальным государством. Эти определения встречаются и в других конституциях зарубежных стран. Однако для Конституции ФРГ, одной из первых в Европе, отличительной чертой стало провозглашение концепции правового государства. Подобная норма имеется и в других зарубежных актах (например, в ст. 1 Конституции Испании 1978 г.), но здесь она носит более завершенный характер. «Правовое государство» в соответствии с Конституцией ФРГ (ст. 28) означает, что все органы и институты, публичные и частные, обязаны подчиняться праву. Существующие органы конституционного контроля на общегосударственном уровне и в землях следят за соблюдением норм Основного закона[1].

Далее, согласно ч. 1 ст. 4 Конституции РФ, суверенитет Российской Федерации распространяется на всю ее территорию. Наряду с этим республики в составе Федерации признаются государствами (ч. 2 ст. 5 Конституции РФ), что также ставит вопрос о наличии у них неких суверенных прав. Правовому статусу субъектов РФ посвящены также нормы ст. 5 и 66 Конституции РФ.

Анализ перечисленных положений свидетельствует о том, что конституционная модель суверенитета заключает в себе нерешенное противоречие в вопросе о субъектах осуществления верховной власти в России. С одной стороны, это, безусловно, сама Федерация, но с другой – соответствующее толкование может выявить и других субъектов, обладающих суверенитетом. Правда, в настоящее время правовая позиция Конституционного Суда РФ по данному вопросу состоит в том, что субъекты Российской Федерации не обладают суверенитетом[2]. В результате существующая конституционно-правовая конструкция статуса республик в составе Российской Федерации свелась к модели «несуверенного» или «полусуверенного» государства.

---

[1] Конституции зарубежных государств : учеб. пособие / сост. В. В. Маклаков. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2003.

[2] По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 7 июня 2000 г. № 10-П // Рос. газ. 2000. 21 июня.

Проблема суверенитета на конституционном уровне характерна не только для России. По нашему мнению, она нигде до сих пор окончательно не решена ни на теоретическом, ни на практическом уровнях. Соответственно, до сих пор окончательно не прояснен правовой статус субъектов федерации. Конституции многих федеративных государств (к примеру, США и Канады) вообще обходят вниманием данный вопрос, однако правовая система этих стран такова, что в ее рамках господствуют воззрения о суверенитете как о совокупности предметов ведения и полномочий, которую можно разделить между федерацией и ее субъектами. Мексиканские штаты, например, свободны и суверенны во всем, что относится к их внутренним делам (ст. 40 Конституции Мексики). Швейцарские кантоны «суверенны, поскольку их суверенитет не ограничен Федеральной конституцией» (ст. 3 Конституции Швейцарии): «Конфедерация гарантирует кантонам их территорию, их суверенитет в пределах, установленных ст. 3 их конституции, свободу и права народа, конституционные права граждан и полномочия, которые народ предоставил властям» (ст. 5 Конституции Швейцарии).

В ряде конституций встречается и такая конструкция: субъекты федерации провозглашаются государствами, штатами (от англ. state) либо республиками. Кроме России к этой категории можно отнести США и Бразилию. Согласно Конституции Бразилии «политическое административное устройство Федеративной Республики Бразилия включает в себя Союз, Штаты, Федеральный Округ и Муниципалитеты, и все они автономны» (ч. 1 ст. 18). В бывшей Югославии союзная республика являлась государством, суверенным в вопросах, не отнесенных Конституцией к компетенции Союзной Республики Югославии (ст. 6 Конституции Югославии).

И еще один пример первичной ошибки. Статья 20 Конституции РФ закрепила, что каждый имеет право на жизнь. Не отрицая ценности жизни, хотелось бы заметить, что подобная формулировка (с технико-юридической стороны) не совсем удачна. Известно, что правоотношение возникает на основании правовых норм. Получается, что если убрать данную норму, то человек бы и не жил вовсе. Кроме того, известно, что субъективное право обеспечивается обязанным лицом и государством. В данном случае данное право не может быть обеспечено, так как люди смертны. Формулировка правового обеспечения жизни в зарубежных конституциях выглядит не столь категорично. Так, ст. 32 Конституции Италии закрепляет положение о том, что республи-

ка охраняет здоровье как основное право личности и основной общественный интерес и гарантирует бесплатное лечение для неимущих. Никто не может быть принужден подвергаться определенным медицинским мерам иначе, как по постановлению закона. Статья 2 Конституции Французской республики гласит, что цель каждого государственного союза составляет обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека. Таковой является безопасность личности.

Производные законодательные ошибки еще более многочисленны и тоже могут наносить вред регулируемым общественным отношениям. Так, например, ошибочное введение в Конституцию РФ моральных ограничителей прав человека (ст. 55) породило ситуацию, когда отраслевое законодательство, продублировав данную норму, повлекло порочную юридическую практику. Например, ст. 169 Гражданского кодекса РФ, предусматривающая конфискацию имущества за нарушение норм нравственности, породила ситуацию, когда по инициативе налоговых органов появилась в арбитражных судах масса дел по этой «безнравственной статье», когда к ответственности привлекались лишь участники налоговых отношений[1]. И этот перечень производных ошибок можно продолжать далее. В ряду конвергенционных законодательных ошибок можно отметить и законодательное изменение роли прокуратуры, и необдуманные изменения в уголовно-процессуальном кодексе, и реформу образования.

Рассмотрим специфику стадиальной модели конвергенции правовых систем СНГ.

1. Как показало исследование, инициация процесса данного вида юридической конвергенции имеет многосторонний характер – это страны, входящие в Содружество независимых государств. В рамках этого процесса инициацию могут осуществлять как отдельные лица, так и определенные социальные группы и отдельные лица (как правило, лидеры государств и межгосударственных образований СНГ).

2. В качестве объекта конвергенции выступает деятельность по конвергенции, которая охватывает политическую или экономическую деятельность и основанное на ней правотворчество в виде создания общих гармонизированных правовых предписаний, а также приведение в соответствие законодательства стран – участниц СНГ. Предметы сближения – это правовые системы в целом или их отдельные элементы. В качестве средств в рамках данного вида юридической кон-

[1] Подробнее об этом: Куликов В. Мораль с конфискацией // Рос. газ. 2008. 16 апр.

вергенции используются модельные акты СНГ, договоры и соглашения, внутригосударственные нормативно-правовые акты. Процесс конвергенции осуществляется с использованием общих методов юридической конвергенции: в основном добровольная аккультурация, а также методы правотворчества и специальных методов – преимущественно гармонизации, а также комплементации, синхронизации сближающихся предметов друг к другу.

3. На третьей стадии сам процесс конвергенции правовых систем может идти двумя путями: путем межгосударственных соглашений СНГ и путем добровольного или вынужденного приведения своих правовых систем в соответствие с правовой системой СНГ при доминантной роли России.

4. В результате правотворчества образуется когерентность правовых систем, выраженная в образовании права СНГ. Опосредованная цель данного вида юридической конвергенции – политическое, экономическое и духовное сближение стран и народов бывшего СССР до состояния, обусловливающего возможность, с одной стороны, противостояния политической и экономической экспансии США и Европейского союза.

В целом, конвергенция правовых систем стран СНГ очевидна, но неоднозначна, для успешной ее реализации и достижения максимально возможной когерентности она должна соответствовать определенным параметрам. Во-первых, последовательное развитие конвергенции права в рамках СНГ невозможно без опоры на общие и не противоречащие им национальные правовые акты, которые имеют в своей основе широкую социальную базу.

Во-вторых, механизмы конвергенции правовых систем будут эффективны в том случае, если они отвечают интересам большинства членов СНГ, а также народов этих государств.

В-третьих, фундамент конвергенции правовых систем в рамках СНГ должно составлять взаимовыгодное экономико-хозяйственное сотрудничество: «Интерес к сохранению и углублению хозяйственных связей определяется все более жесткой конкуренцией стран Содружества на мировом уровне. Одного лишь расширения географии внешних связей государств – участников Содружества уже недостаточно для эффективной защиты национальных экономик. Мировой опыт показывает, что региональная интеграция способна эффективно отвечать на вызовы глобализации. Потенциал СНГ может успешно реализовываться лишь при условии своевременной адаптации к гео-

политическим и геоэкономическим реалиям, скоординированном участии в решении мировых экономических проблем[1]».

В-четвертых, эффективность конвергенции правовых систем стран СНГ зависит также и от создания и совершенствования защитных механизмов, предотвращающих рецидивы дивергенции правовых систем, происходящие преимущественно из-за политико-экономических конфликтов между странами СНГ.

В-пятых, конвергенционные процессы между правовыми системами стран СНГ, осуществляемые в русле корреляции путем создания общего законодательства и на этой основе унфикационной модели когерентности, можно расширить за счет комплементарной конвергенции. Особенно когда не удается согласовать все интересы участников СНГ. Думается, пусть будет разное законодательство, но результат регулирования должен быть взаимовыгоден и образовывать единство.

В условиях стремительного развития технического прогресса и жесткой конкуренции неизбежно возникают как новые формы сотрудничества, так и различные конфликтные ситуации. Все это потребует формирования защитных механизмов – эффективных правовых и организационных институтов. Следует отметить, что в русле происходящих перемен взаимоотношения членов Содружества строятся на все более прагматичной, взаимовыгодной основе, что отвечает их национальным интересам, общему стремлению соответствовать реалиям времени.

Темы эссе:

1. *СНГ как результат конвергенции права.*
2. *Унифицированные акты СНГ.*
3. *Экономические основы конвергенции правовых систем стран СНГ.*

[1] Вишняков В. Г. Содружество Независимых Государств: не размывание, а качественное укрепление // Журн. рос. права. 2004. № 12.

Глава 6. НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ЮРИДИЧЕСКОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ В ВИДЕ ДИВЕРГЕНЦИИ В ПРАВЕ

Лекция 20. Дивергенция права и закона

Проблемы соотношения права и закона. Особенности дивергенции права и закона. Дивергенция права и закона с позиции либертарной теории правопонимания.

Право в различных своих сущностях и проявлениях является основным регулятором общественных отношений в большинстве известных истории типах обществ, оно неразрывно связано с обществом и практически всегда выступает причиной или следствием всех социальных практик. Взаимозависимость права со всеми группами общественных отношений обуславливает высокий уровень его динамики и гибкости, что, в свою очередь, позволяет праву сохранять актуальность и пригодность в нестандартных и экстремальных обстоятельствах. Идеальный вариант взаимодействия динамических процессов общества и права предполагает незамедлительное реагирование обеих систем на происходящие в них качественные преобразования. Неразрывная связь общества и права приводит к формированию сложных процессов, которые влияют на специфику и полноту урегулированности общественных отношений правовыми нормами. К числу таких юридически значимых явлений относится юридическая дивергенция, под которой понимается процесс, взаимодействия элементов права, правовой системы и системы социального регулирования, выраженные в расхождении права и закона, организации форм права, регулятивной направленности права и иных средств регулирования общественных отношений либо единых или близких частей национальных правовых систем. Юридическая дивергенция является сложной, в том числе, и в части многообразия возможных форм объективации. Так, на основе теоретического обобщения представляется возможным говорить о следующих формах юридической дивергенции: дивергенция права и закона; десистематизация законодательства; расхождение

требований права и иных средств регулирования общественных отношений; юридическая дивергенция между национальными правовыми системами. В рамках данного исследования рассмотрим подробнее особенности расхождения права и закона в контексте различных традиций понимания права.

Правопонимание – категория базовая, образующая, как для теоретической науки, так и для юридического образования. Сложно охватить всю полноту автономно существующих как профессиональных, так и обывательских позиций в рамках исследования не ориентированного специально. Тем не менее, многовековые научные и философские изыскания послужили относительно полному оформлению ряда базовых концепций понимания сущности, значения и ценности права. Очевидно, что особенности социокультурных сред в своем территориальном и историческом многообразии не позволяют сформировать единую позицию относительно понимания права абсолютно лишенную противоречий. Исключение из каждого правила, уникальные социальные феномены, разность ментальности и идеалов обуславливают наличие противоположных правовых позиций ученых, мыслителей, практиков и обывателей, сталкивающих своих носителей ввиду антагонистических несоответствий содержания. Одним из основных типов правопонимания является стественно-правовая концепция. Идея естественного права в различных вариациях прошла все этапы исторического развития от античности до современности. Школы, течения, направления в рамках теории юснатурализма разнообразны, однако при поверхностных внешних различиях, в своем содержании они сводятся к одному – к наличию объективно существующего идейного умозрительного права, которому различными способами противопоставляется официальный закон. Юснатуралистический тип правопонимания уходит корнями глубоко в историю. Юристы Древнего Рима называли естественное право вечным, исходящим из самой природы разума человека [8]. Аристотель, подчеркивая естественность сущности права, говорил о нем как о результате применения прескриптивного закона. По Аристотелю право – конечный результат, однако и позитивному полисному закону предшествует закон естественный, существующий объективно. Естественно-правовая концепция средневековья несмотря на приобретение теологического

окраса, является продолжателем ряда положений классического юснатурализма. Так Августин говорит о праве как о совокупности нормативных велений, отвечающих требованиям справедливости, Фома Аквинский определяет право через категорию равенства[1] [1].

Для естественно-правового типа правопонимания Нового времени свойственен индивидуалистический подход, т.е. отождествление права с правами и свободами человека, которые происходят из природы естественного права [2][2].

Пафос юснатуралистического типа правопонимания Нового времени заключен в возведении естественного права в разряд идеала, образца для формирования и формулирования права позитивного. Для юриспруденции XX в. и современного периода юснатуралистические идеи стали основой формирования так называемых либертарных концепций понимания права. В отечественной теории юриспруденции само понятие понимание права относительно новое. Большое влияние на оформление данной категории оказала дискуссия, организованная в рамках круглого стола «О понимании Советского права», проведенного в 1979 г.[3][4].

В докладах, представленных участниками впервые в новом свете обсуждались вопросы соотношения свободы и права, права и закона, месте законодателя в правотворчестве. Так в рамках данного круглого стола В.С. Нерсесянц обратил внимание, что роль законодателя заключается вовсе не в творческой деятельности по созданию, сотворению или изобретению права, а лишь в формулировании права уже объективно существующего[4] [7]. Концепция понимания права

---

[1] Батиев Л.В. Эволюция правопонимания от античности до нового времени (тезисы к истории философии права) // Государство и право. Юридические науки. – № 2. – 2014. – С. 20-27

[2] Скоробогатов А.В. Типология правопонимания: сравнительно-правовой анализ // Актуальные проблемы экономики и права – № 4 (8). – 2008. – С. 147-151.

[3] . Евдеева Н.В. Концепции правопонимания в контексте понимания юридической научной теории // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. № 7-2. 2014.

[Электронный ресурс] Режим доступа:
https://cyberleninka.ru/article/n/kontseptsiipravoponimaniya-v-kontekste-ponimaniya-yuridicheskoy-nauchnoy-teorii

[4] Нерсесянц В.С. (ИГП АН СССР). Выступление на Круглом столе «О понимании советского права» // Советское государство и право. 1979 № 7. С. 70-72.

В.С. Нерсесянца, представленная в 1979 г. строилась на постулировании первичности права перед законом, а также критике формирующегося широкого подхода к определению права. Критическое отношение ученый аргументировал не принципиальностью предмета полемики приверженцев узконормативного и широкого подходов к пониманию права. По мнению В.С. Нерсесянца включение в понятие права таких элементов как правоотношение, правосознание и субъективное право оставляет сторонников широкой трактовки правопонимания в границах законодательства, поскольку перечисленные выше элементы являются лишь производными от норм закона. Сам автор рассматриваемого доклада право определял, как меру свободы, а закону отводил роль транслятора данной меры. Так он отмечал, что: «творческая роль закона и в то же время его социальная ценность, регулятивная значимость состоят в адекватном, ясном и определенном формулировании в виде норм законодательства уже сложившихся или явно складывающихся (здесь уместен и учет тенденций дальнейшего развития) форм и норм права (мер свободы)»[1] [7].

Идеи В.С. Нерсесянца получили детальное оформление в рамках либертарно-юридической теории. В свете ознакомления с теориями приверженцев либертарных концепций правопонимания целесообразно упомянуть институциональную теорию В. А. Четвернина. Он также отмечает несостоятельность отождествления официальных юридических текстов о нормах права с непосредственно правовыми нормами. В рамках разработанной им теории описывается два крупных блока возможных вариантов понимания права и отношения к праву.

Первый вариант представлен потестарной парадигмой мышления, которая предполагает описание сущности права с позиции его силовой природы, а также функционирования силовых механизмов обеспечения и принуждения. Подвергая критике данную модель, а, следовательно, и концепцию юридического позитивизма и его крайнюю форму – легизм, данный исследователь подчеркивает, что приверженцы рассматриваемой парадигмы приписывают праву некие магические свойства, позволяющие прескриптивным текстам одномо-

[1] Нерсесянц В.С. (ИГП АН СССР). Выступление на Круглом столе «О понимании советского права» // Советское государство и право. 1979 № 7. С. 70-72.

ментно с их написанием создавать объективные социальные нормы поведения индивидов[1] [9].

Либертарная же парадигма мышления, прежде всего, отрицает формализм. Автор анализируемой теории отмечает, что: «С либертарно-юридической точки зрения «формалистический институционализм» может оказаться изучением институтов фиктивных моделей, которым в реальности мало, что соотвествует»[2] [10]. Вместе с тем, В.А. Четвернин в своих изысканиях делает акцент на взаимообусловленности свободы и права. Он обозначает, что исторически право появляется вместе с появлением свободы индивида. Оставляя состоятельность и противоречивость юснатуралистических и либертарных концепций понимания права на суд узких специалистов, рассмотрим возможные варианты материализации дивергенции закона и права в рамках указанных научных и философских парадигм.

Либертарная парадигма правопонимания отказывает в возможности смешения понятий закона и права. Как уже отмечалось, либертарианцы изучение формальных предписаний в своей системе относят в сферу легистики – науки об официальных текстах, законах. Термин «юриспруденция» по мнению приверженцев данной концепции несправедливо используется для обозначения легистики, и своим предметом имеет более широкий круг социальных явлений. С позиции либертарной теории правопонимания о дивергенции закона и права можно говорить, при возникновении социальных явлений, в которых со скрупулезной точностью исполняются формальные предписания.

Истории известно немало случаев, в которых исполнение закона вело к явному попиранию объективного права. Ярким примером могут выступить законы Третьего рейха. Идеология Германии гитлеровской эпохи, в общем и целом, отрицала понятия либертарианского духа. Один из юристов Третьего Рейха К.Шмитт работая над концеп-

---

[1] Четвернин В.А. Открытая лекция: «Правопонимание». Ростов на Дону. 2016. [Электронный ресурс] Режим доступа: https://www.youtube.com/watch?v=H5FDE9e6O84 (доступ получен: ноябрь 2018).

[2] Четвернин В.А. Институциональная теория права [Электронный ресурс] Режим доступа: https://www.hse.ru/data/2010/02/20/1232122347/300%2025.02.pdf (доступ получен: ноябрь 2018 2016

цией всемогущего государства отмечал, что: «…Такое государство не должно допускать деятельности внутри страны антигосударственных сил, которые бы мешали ему осуществлять свои государственные функции или раскалывали его. Оно не намеренно давать в руки своих собственных врагов и разрушителей новые средства власти, помогать им подрывать свои позиции с помощью ссылок на такие понятия, как «либерализм», «правовое государство» и тому подобное»[1] [6]. Ярким примером, подтверждающим обозначенное, является содержание Нюрбергских расовых законов, принятых специально созванной сессией рейхстага в 1935 г.

Так Закон о гражданстве рейха от 15.09.1935 г. содержал положение, согласно которому гражданином рейха мог являться только подданный немецкой или родственной ей крови. Также закон закреплял, что только гражданин рейха наделялся всеми политическими правами. Первое распоряжение от 14.11.1935 г. к указанному закону в § 4 конкретизировало, что гражданином рейха не могли являться евреи. Евреи, согласно указанному распоряжению, не имели права голоса по политическим вопросам, лишались права замещения публичной должности. Тем же числом датируется принятие Закона о защите немецкой крови и немецкой чести, который запрещал заключение брака, а также внебрачные связи между евреями и подданными немецкой или родственной крови.

Кроме того, в § 4 Закона содержался запрет на поднятие евреями флага рейха и использование цветов государственного флага[2] [5]. Выше представлены положения реальной законодательной практики в истории человечества. Истории известно множество аналогичных санкционированных политической волей суверена бесчеловечных

---

[1] Кутарев О. Ю. О соотношении понятий легальности и легитимности в лексиконе юристов третьего рейха // ИСОМ. 2010. №1. URL: http://cyberleninka.ru/article/n/osootnoshenii-ponyatiy-legalnosti-i-legitimnosti-v-leksikone-yuristov-tretiego-reyha (дата обращения: 23.05.2016)

[2] Закон о гражданстве рейха и закон о защите немецкой крови и немецкой чести [«Нюрнбергские законы»], 15 сентября 1935 г., и два первых распоряжения к ним, 14 ноября 1935 г. [Электронный ресурс] Режим доступа: http://www.1000dokumente.de/index.html/index.html?c=dokument_de&dokument=0007_nue&object=translation&l=ru (доступ получен: май 2016

прецедентов (например, «охота на ведьм» в Западной Европе в конце XV-XVII вв., геноцид армян в Османской империи в 1915 г., и др.).

Очевидно, что подобные законы и приказы, педантично предписывающие механизм формирования отрицательно окрашенных социальных последствий сложно назвать «правыми» или «правильными» с точки зрения элементарных представлений о свободе и справедливости. Можно ли в таком случае именовать их правом? Таким образом, с позиции либертарианской концепции понимания права дивергенция права и закона возникает всегда, когда официальное право в той или иной степени не реализует требования права объективного, сущностного. Данное обстоятельство позволяет оценивать юридическую дивергенцию в форме расхождения права и закона, как с негативной, так и с позитивной стороны. С одной стороны, расхождение закона и права предполагает попирание базовых идей справедливости, с другой стороны – обратный процесс расхождения права и закона может выступить инструментом балансирования возникающих противоречий.

Темы эссе:

1. *Проблемы соотношения права и закона*
2. *Основы лебертарной парадигмы правопонимания*
3. *Дивергенция права и закона в условиях современного общества.*

Лекция 21. Дивергенция и конвергенция в праве при формировании комплексных юридических образований

Сущность и значение «комплексности» в юридических исследованиях. Конвергенция в комплексных исследованиях. Дивергенция в комплексных исследованиях.

Комплексность как категория, относимая к большинству сфер человеческой жизнедеятельности, имеет высокий конструктивный потенциал и позволяет обеспечить всестороннее разрешение различных задач, стоящих перед данными сферами. В юридической науке

категория «комплексность» применима как для отдельных юридически значимых ситуаций, носящих казуальный характер, так и для устойчивых теоретических парадигм, подвергающихся глубокой оценке и дискуссионному осмыслению. К числу последних, безусловно, относится научная характеристика, как теоретическая, так отраслевая и прикладная, так называемых комплексных правовых образований, которые по оценке специалистов являются значимым инструментом воздействия государства на систему отношений в обществе.

Действительно, новые формы общественных отношений, возникающие под влиянием научно-технических инноваций, достаточно часто нуждаются в упорядочении при помощи совершенно различных по природе и способу функционирования регуляторов правового характера. Интеграция таких элементов в качественно функционирующий механизм предполагает обязательное соблюдение критерия «комплексности», который предопределяет, что такое объединение в своем объективном выражении не будет являться простым заимствованием одной отраслью права нормы из другой отрасли.

Характеристика простого межотраслевого обмена в качестве комплексного на сегодняшний день уже подвергалась критике в теоретико-правовой науке[1]. Кроме того, увлеченность науки выделением комплексных отраслей права оценивается и с позиции риска для формальной определенности правовой науки[2].

Вместе с тем, несмотря на наличие достаточно аргументированных критических позиций о природе и целесообразности указанных элементов, необходимо принимать во внимание и объективную составляющую обособления комплексных правовых образований. Достаточно часто комплексные отрасли и институты складываются не просто для удобства научных изысканий или под влиянием непосредственных правотворческих преобразований, но и объективно – в результате функционирования юридической практики. Говоря о предпосылках возникновения комплексного подхода в науке в целом Н.

[1] Потапенко Е. Г. Комплексные образования в системе российского права // Изв. Сарат. ун-та Нов. сер. Сер. Экономика. Управление. Право. 2013. №3-1. С. 357-361

[2] Тонков Е.Е., Синенко В.С. Комплексные отрасли права: плодотворная идея или отказ от формальной определенности в правовой науке? // Вестн. Воронежского гос. ун-та. Серия: право. – 2016. – № 2 (25). – С. 53-75.

Алексеев справедливо отмечает, что: «Появление новых подходов — всегда результат крупных сдвигов социокультурной жизни, свершающихся в ней изменений. И нельзя просто так придумать новый подход за кабинетным столом; в индивидуальной творческой работе оформляется лишь то, что начало прорастать, приобрело некоторую жизненность»[1].

Термин «комплексность» имеет латинское происхождение и означает системность, полноту и взаимосвязанность чего-либо, например, анализа или планирования[2]. Наряду с системностью комплексность как философская категория является формой интеграции научных знаний. Как в рамках первого, так и в рамках второго происходит объединение таких значимых элементов, как средства и методы, которые могут принадлежать к различным наукам и выполнять широкий спектр научных функций[3].

Тенденция к формированию комплексных подходов в различных областях научного знания восходит ко второй половине прошлого столетия и связана с общей тенденцией усложнения изучаемых объектов, прежде всего, в сфере естественных и психологических наук. Особое значение категория «комплексность» во взаимосвязи с категорией «системность» приобрела и в социотехнике[4].

Эта общая тенденция не могла обойти стороной и юридическую науку. Еще в 1947 г. анализируя общественно-исторические типы страхования, В.К. Райхер обратил внимание научного сообщества на необходимость разграничения в системе права отраслей основных и комплексных[5]. И, не смотря на то, что современники указанного автора в целом данной позиции не поддержали, приводя различную ар-

---

[1] Алексеев Н. Комплексный подход: узлы дискурса // Аналитический портал «Гуманитарные технологии» [Электронный ресурс] Режим доступа: https://gtmarket.ru/laboratory/expertize/5261 (дата обращения: январь 2019)

[2] Национальная юридическая энциклопедия [Электронный ресурс] Режим доступа: http://determiner.ru/termin/kompleksnost.html (дата обращения: январь 2019)

[3] Бакулина М.С. Системный и комплексный подходы: сходства и различия // Вестник КГПУ им. В.П. Астафьева. 2011. №2. С. 168-173

[4] Алексеев Н. Комплексный подход: узлы дискурса // Аналитический портал «Гуманитарные технологии» [Электронный ресурс] Режим доступа: https://gtmarket.ru/laboratory/expertize/5261 (дата обращения: январь 2019)

[5] Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования М.: Изд-во академии наук СССР, 1947. С.190.

гументацию ее несостоятельности, акцент В.К. Райхера привлек внимание исследователей в области права к данной философской и межнаучной категории. Так, например, С.Н. Братусь отказывал в наличности существования комплексных отраслей права, аргументируя это тем, что каждая отрасль права должна соответствовать определенному виду отношений в обществе. При этом анализ работ данного автора позволяет сделать вывод о том, что он не отрицает наличия, например, комплексных правовых актов, комплексных систематизаций нормативного материала, комплексных учебных дисциплин и юридических наук [1].

Взаимосвязь комплексности и системности не случайно упомянута ранее в данной работе. На наш взгляд, она является ключевой применительно к вопросам идентификации отдельных элементов системы права. Традиционное и достаточно упрощенное понимание комплексности правовых образований, в частности отраслей права, без сомнения имеет высокую практическую значимость, и в наибольшей степени подходит для организации правоприменительного процесса и образовательных целей.

Позиционирование в качестве комплексной отрасли некоторой системы источников – норм, разделов, правовых актов, регулирующих определенный предмет, позволяет выстроить соответствующую практику взаимодействия правовых предписаний, содержащихся в различных, в том числе и по степени иерархии, источниках, выработать определенные типовые правоприменительные стратегии, сформировать методические рекомендации.

Такой подход позволяет избежать однонаправленности, линейности правового регулирования, ситуаций, в которых осуществляется ограничительное толкование права, неполное применение всего спектра правовых предписаний, предусмотренного законодателем для однородной группы общественных отношений. А.Ю. Коваленко в этой связи справедливо призывает отказаться от линейного принципа рассмотрения отраслей права и обратить больше внимания на системный, объемный способы понимания и сущности всех отраслей права[2].

---

[1] Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М. , 1963. С.121-123.

[2] Коваленко А.Ю. Комплексные отрасли права на современном этапе развития системы российского права // Baikal Research Journal. 2013. №4. С. 27.

Развивая мысль данного автора, можно прийти к выводу, что любая отрасль права отчасти является комплексной, поскольку динамика современных общественных отношений практически не оставляет тех источников права, которые бы не вступали во взаимодействие с элементами системы права, формально принадлежащими к иной отрасли права. Однако в данном случае возникает риск стирания границ общепризнанного отраслевого деления, что в свою очередь обращает к проблеме уже упомянутой ранее – к риску нивелирования формальной определенности правовой науки.

Вместе с тем, на наш взгляд любая комплексная отрасль права, осознанная правовой доктриной и юридической практикой, неизменно обладает потенцией к самостоятельности и обособленности. Поскольку комплексность правового регулирования предполагает задействование большого количества элементов различных отраслей, увеличение объективной социальной значимости регулируемых данной совокупностью, приводит к оформлению собственного предмета, который, несмотря на наличие соответствующей дискуссии, все-таки является признанным критерием обособления самостоятельной отрасли права. При этом, в сущности, в своем объективном выражении процесс оформления комплексной отрасли в самостоятельную схож с процессом формирования новой отрасли права. Как справедливо отмечают Н.В. Блажевич и И.Н. Блажевич: «Мы полагаем, что процесс перехода «потенциальной» отрасли права в отрасль права «реальную» с процессом образования «новой» отрасли права имеет лишь терминологическое различие, поскольку и в том и в другом случае (если это разные случаи!) процессы должны сопровождаться одинаковыми явлениями: признанием доктриной, появлением самостоятельной нормативной базы, выделением специфических методов»[1].

Вместе с тем, важным является тот факт, что оформление новых обособленных отраслей и переход комплексных отраслей в самостоятельные, обособленные происходят «на фоне» объективных конвергенционных и дивергенционных юридических процессов. Явления юридической конвергенции и юридической дивергенции имеют про-

[1] Блажевич Н. В., Блажевич И. Н. Генезис новых отраслей права: теоретико-методологический анализ // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2012. №4 (22). С. 13.

тивоположенное по содержанию значение, однако тесно взаимосвязаны между собой, и, как правило, функционируют последовательно и циклично.

В теории права явление юридической конвергенции определяется как: «процесс взаимодействия элементов внутри системы права, права и иных регуляторов отношений в обществе, а также правовых систем различных государств, характеризующийся сближением, увеличением количества связей между элементами сближающихся объектов и определенной степенью согласованности воздействия этих элементов на общественные отношения»[1].

В свою очередь противоположенный юридической конвергенции процесс юридической дивергенции являет собой взаимодействие элементов права, правовой системы и системы социального регулирования, выраженное в расхождении права и закона, организационных форм права, регулятивной направленности права и иных средств регулирования общественных отношений, либо единых и близких частей национальных правовых систем[2].

Результатом процессов сближения (конвергенции) общественных отношений, принадлежащих к различным сферам жизнедеятельности социума, является оформление нового специфического предмета социального регулирования. В том случае, когда сформированный предмет имеет особое значение с позиции функционирования государства и общества, предмет становится юридически значимым, и, соответственно, оформляется в предмет правового регулирования. «Конвергированный» (объединенный) предмет правового регулирования в данном случае имеет комплексный характер и объективно отражает все особенности своих составляющих, принадлежащих к различным сферам общественных отношений.

Вместе с тем, рассуждения в указанном направлении приводят к тому, что достаточно часто комплексная отрасль отличается от самостоятельной исключительно собственной новизной, неоконченной оформленностью общественных отношений. Иными словами, для

---

[1] Третьякова О.Д. Юридическая конвергенция : дис. … д-ра юрид. наук. Владимир, 2012. С. 11.

[2] Митропан И.Ю. Понятие и содержание юридической дивергенции // Вестн. Владим. Юрид. Ин-та. – 2018. – № 2 (47). – С. 189.

большинства комплексных отраслей, «комплексность» является переходной, этапной. Мы установили, что комплексная отрасль характеризуется наличием «комплексного» предмета правового регулирования. В этой связи очевидной становится теоретико-правовая проблема отсутствия объективного обоснованного критерия комплексности предмета правового регулирования.

Например, В.П. Талимончик относит к числу комплексных предметов правового регулирования «Интернет». При этом данный автор поясняет, что комплексность заключается в объединении «разнообразных общественных отношений в единой социально-технической системе, созданной в процессе развития глобальной компьютерной сети и предназначенной для осуществления массовой информации и коммуникации»[1].

К числу комплексных отраслей права юридическая наука также относит транспортное право. Так В.М. Корякин обосновывает комплексно-отраслевой характер данной сферы законодательного регулирования наличием собственного предмета правового регулирования общественных отношений, складывающихся в области транспортной деятельности, «самостоятельного оригинального метода», специфические черты, которые заключаются в «органическом сочетании императивного и диспозитивного методов», а также наличием комплексной совокупности специализированных нормативных правовых актов[2].

Интересными в это связи также представляются размышления А.И. Абрамова, который отмечает, что: «Критерием для выделения комплексных отраслей законодательства признается та или иная деятельность, регулируемая нормами разных отраслей права, в идеале систематизиованных в самостоятельном кодифицированном акте»[3].

Теоретическая и отраслевая юридическая наука выделяет большое число комплексных обособленных образований, именуя их от-

---

[1] Талимончик В.П. Международно-правовое регулирование отношений информационного обмена. М.: Юридический центр Пресс, 2011.С 45.

[2] Корякин В.М. К вопросу об институционализации транспортного права в качестве комплексной отрасли российской правовой системы // Транспортное право. 2015. № 2. С. 10 - 13

[3] Абрамова А.И. Кодификация российского законодательства: современность и перспективы развития // Журнал российского права. 2016. № 12. С. 27 – 38

раслями. Приведенные примеры не значительны в количественном соотношении, но в целом иллюстрируют традиционно предлагаемые авторами критерии и основания выделения комплексных отраслей права. Вместе с тем, на наш взгляд классическое теоретическое понимание, и отраслизации и комплексности, приводят к определенным логическим несогласованностям.

Дело в том, формально комплексные предмет и метод можно «диагностировать» и в классических отраслях права, самостоятельность и обособленность которых не вызывает сомнений у научной аудитории. Так, например, объемная отрасль гражданского права как никакая иная комплексная отрасль объединяет разнообразные общественные отношения. Системность и объем данных общественных отношений с позиции формулирования логических суждений обусловливают тот факт, что общий предмет правового регулирования отрасли гражданского права также можно определить в качестве комплексного, «конвергированного».

Аналогичным образом и симбиоз императивного и диспозитивного методов правового регулирования нельзя определить в качестве основы к формированию уникального метода правового регулирования конкретной комплексной отрасли права. Данная позиция не выдерживает критики, прежде всего, потому что дуализм метода правового регулирования также свойственен классически выделяемым отраслям права. А.В. Сумачев исчерпывающим образом аргументировал границы диспозитивного метода в уголовно-правовом регулировании. Так, например, данный автор усматривает проявление диспозитивных начал в уголовном праве в направлении реализации прав и исполнения обязанностей субъектами без обращения к властному субъекту – государству[1].

Предложенные размышления не имеют цели отрицания состоятельности категории «комплексная отрасль права» и перспектив ее научного существования. Повторимся, на наш взгляд, формирование и функционирование комплексных отраслей права имеет место в российской системе права и тесно связано с процессами юридической конвергенции и юридической дивергенции. Указанные процессы яв-

[1] Сумачев А.В. Диспозитивность в уголовном праве: теоретико-прикладной акцент. Автореферат дис. …д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 10-11.

ляются своеобразными точками бифуркации применительно к комплексной отрасли права. Так, ранее по тексту, уже был описан механизм проявления первого в части образования объединенного, «конвергированного» предмета правового регулирования. Что же касается процессов юридической дивергенции, которые возникают при функционировании комплексной отрасли, в рамках системы права, «живой правовой среды», то они имеют более негативную юридическую составляющую и обязательно должны отслеживаться наукой и практикой. Фактически юридическая дивергенция проявляется, когда данная комплексная отрасль права «разрастается», что предопределяет рассистематизацию сферы законодательного регулирования. В данном случае доктрина и законодатель могут оценивать сферу законодательного регулирования как комплексную отрасль, а правоприменитель сталкиваться с совершенно несистемным, разрозненным и противоречивым правовым регулированием. Так в определенной мере данные последовательные циклы «пережило», на наш взгляд, административное процессуальное право, а в процессе «проживания» данных стадий пребывает гражданское исполнительное право.

В этой связи, очевидно, что научная дискуссия в части идентификации теоретической природы комплексной отрасли права, нуждается в переориентации направлений со спора о сущности, на выявление определенных критериев, сигналов второй точки преломления, которая из комплексной отрасли права производит дивергированную, несистемную совокупность источников, непригодную для нормальной правореализационной практики.

Все вышеперечисленное обусловливает потребность диагностики (в рамках научных исследований) критериев самостоятельности комплексной отрасли и уровней ее несистемности, дивергенционности. В качестве критериев несистемности, вследствие юридической дивергенции, можно назвать следующие характеристики, которые начинают проявляться в рамках комплексной отрасли права: высокий уровень коллизионности комплексной отрасли; одновременная избыточность в регулировании одного направления, при критичной пробельности другого; высокий уровень дублирования правовых предписаний (как текстуального, так и смыслового); наличие большого ко-

личества «околонормативных» источников регулирования (письма с официальной позицией), и пр.

Таким образом, теоретико-правовое рассмотрение комплексных отраслей права с позиции процесса их формирования и перехода в самостоятельное состояние позволяет оценить практическую составляющую указанной категории. Вместе с тем, представляется возможным обратить внимание на необходимость исследования отраслей права с «конвергированным» предметом правового регулирования, с целью выявления дивергенционных рисков, приводящих к рассистематизации источников в рамках определенной комплексной отрасли.

Темы эссе:

1. *Комплексная конвергенция: сущность и особенности*
2. *Комплексная дивергенция: закономерности возникновения и реализации*
3. *«Комплексность» как правовое явление*

.

Контрольные вопросы

1. Теории конвергенции в социальных, экономических и правовых науках.
2. Понятие и признаки «юридическая конвергенция».
3. Понятие и признаки «правовая глобализация».
4. Понятие и признаки «гармонизация законодательства».
5. Понятие и признаки «правовой аккультурации».
6. Цели юридической конвергенции.
7. Причины юридической дивергенции.
8. Понятие и признаки «юридическая дивергенция».
9. Процесс юридической дивергенции.
10. Результаты юридической дивергенции.
11. Понятие методологии научного исследования.
12. Принципы познания, понятия и категории юридической конвергенции.
13. Методы исследования юридической конвергенции.
14. Механизм действия права.
15. Сущность механизма правового регулирования.
16. Механизм юридической конвергенции.
17. Виды субъектов юридической конвергенции.
18. Характеристика отдельных субъектов юридической конвергенции (государства в целом, отдельные государственные органы, политические партии, группы давления, социальные группы, субъекты федерации, органы местного самоуправления, должностные лица, общественные организации и др.).
19. Объекты юридической конвергенции.
20. Предметы юридической конвергенции.
21. Различные виды деятельности в определенных сферах функционирования государства (правотворчества, систематизации, интерпретации, реализации права).
22. Внешняя, внутренняя и медиальная (средняя) форма юридической конвергенции.
23. Средства юридической конвергенции.
24. Принципы юридической конвергенции.
25. Виды юридической конвергенции.
26. Понятие меры.
27. Мера юридической конвергенции.
28. Ограничение юридической конвергенции.

29. Процесс сближения права и закона.

30. Правотворчество как объект конвергенции права и закона.

31. Самоорганизация права как объект конвергенции права и закона.

32. Понятие смешанных (атипичных) правовых актов.

33. Виды смешанных правовых актов (нормативно-интерпретационных, нормативно-договорореализующих и нормативно-правоприменительных).

34. Кодификация как вид внутренней формы юридической конвергенции.

35. Взаимодействие права и морали.

36. Виды взаимодействия права и морали (дополнение, взаимоподдержка).

37. Процесс взаимодействия между правом и моралью.

38. Понятия «религия» и «религиозные нормы».

39. Синхронизация права и религии.

40. Санкционирование правом религиозных норм.

25. Воздействие обычая на право.

41. Воздействие права на обычай.

42. Синхронизация встречного воздействия обычая на право.

43. Синхронизация права и корпоративных норм.

44. Добровольный (естественный) метод осуществления юридической конвергенции на глобальном уровне.

45. Правовая аккультурация и государственно-правовая аккультурация.

46. Принудительный метод осуществления юридической конвергенции на глобальном уровне.

47. Модель конвергенции правовых систем Европы.

48. Формирование единого правового пространства СНГ.

49. Конвергенция в отдельных отраслях права стран Содружества Независимых Государств.

50. Защитные механизмы национальных правовых систем.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Ускорение и углубление интеграционных процессов ставят современные государства и интернациональные организации всех уровней перед необходимостью выработки оптимальной модели международного правового сотрудничества, позволяющей наиболее безболезненно внедрить зарубежный опыт в национальную (включая и российскую) правовую систему.

Взаимодействие правовых систем на современном этапе развития правовой науки трактуется по-разному, существует целая гамма понятий и обозначающих их терминов: правовая аккультурация, правовая глобализация, правовая рецепция, правовая экспансия и т. д. Безусловно, все названные понятия в той или иной степени характеризуют взаимодействие правовых систем, однако всех нюансов различных правовых взаимосвязей не рассматривают.

В целях обогащения теории взаимодействия правовых систем изучены явления, которое обозначены в работе как правовая (юридическая конвергенция и правовая (юридическая дивергенция). В лекционном курсе излагается процесса взаимодействия между элементами внутри системы права, между правом и иными регуляторами отношений в обществе, а также между правовыми системами различных государств, характеризующийся сближением, увеличением количества связей между элементами сближающихся объектов и степенью согласованности воздействия этих элементов на общественные отношения, а также расхождением, разделением системы права и правовых ситем.

Кроме того, в процессе работы достигнуты следующие результаты и установлены следующие обстоятельства.

1. Разработана и апробирована в процессе исследования относительно универсальная стадиальная модель юридической конвергенции и дивергенции.

Процесс юридической конвергенции – это совокупность взаимосогласованных этапов сближения юридических и на их основе не юридических явлений для достижения целей юридической конвергенции.

Первая стадия – инициация процесса конвергенции – осуществляется, как правило, заинтересованными лицами либо (что значительно реже) возникает спонтанно – за счет возникновения определенных

обстоятельств (например, бурное развитие связи и транспорта в XX в. обусловило всеобщее сближение стран и народов – глобализацию).

Вторая стадия – это выбор субъектами юридической конвергенции средств методов, определение объектов и предметов конвергенции.

Третья стадия – осуществление конвергирующих действий субъектами с помощью определенных средств методов и предметов.

Четвертая стадия – достижение целей юридической конвергенции (например, когерентность права, образование единого экономического пространства и т. д.).

В качестве иллюстрации рассмотрим, например, сближение права и закона. Инициируется различными субъектами, как правило, субъектами законодательной инициативы. Избираются, как правило, правовые средства, методы, объекты и предметы. Осуществляется на основе регулятивной деятельности государства (объект) в форме правотворчества (предмет) с использованием нормативно-правовых актов (средства) на основе дозволений, запретов, позитивных обязываний, поощрений и рекомендаций (методы) с непосредственной целью – достижение когерентности права и закона и опосредованной (производной) целью – обеспечение естественных и неотчуждаемых прав и свобод.

Пятая стадия обратный процесс расхождения элементов правовой системы и права в целом, т.е. дивергенция

2. Исследован антипод юридической конвергенции – юридическая дивергенция, или дивергенция права. В целом, в результате анализа различных проявлений юридической дивергенции можно обнаружить следующие закономерности.

Во-первых, юридическая дивергенция – это процесс, противоположный юридической конвергенции и выражающий в расхождении (удалении) права его элементов и правовых явлений.

Во-вторых, юридическая дивергенция может служить предпосылкой для дальнейшей конвергенции. Например, объединение частей бывшей Российской империи в СССР, наметившаяся в последние годы конвергенция стран СНГ и т. д.

В-третьих, юридическая конвергенция выражается и в правовом опосредовании процессов изменения и прекращения различных отношений.

В-четвертых, без юридической дивергенции достаточно сложно оценить масштабы и сущность юридической конвергенции, так же, как невозможно познать, что такое «добро», без знаний о зле.

В-пятых, юридическая дивергенция в большей степени (нежели конвергенция) подвержена стохастическим процессам и может возникнуть относительно спонтанно (например, распад СССР).

Таким образом, юридическую дивергенцию можно определить как сложный и многосторонний процесс внутреннего и внешнего взаимодействия элементов права и правовых систем, выраженных в расхождении организации форм права, требований правовых норм, а так же частей единых или близких правовых системы общества.

3. Методология юридического взаимодействия, как и методология правовой науки в целом может рассматриваться неоднозначно. Как установлено работе, методология юридического взаимодействия может быть определена как основанное на общей методологии права учение о способах организации деятельности различных субъектов по сближению национальных правовых систем, а также по сближению права и закона, права и иных социальных норм, систематизации права и его реализации.

4. Механизм юридического взаимодействия имеет общие и особенные черты и свойства. В целом, в результате анализа теории и практики реализации механизма юридической конвергенции можно отметить следующие обстоятельства.

Во-первых, механизм юридического взаимодействия тесно связан с механизмом действия права и механизмом правового регулирования, во многом на них основан.

Во-вторых, к механизму юридического взаимодействия можно отнести любые правовые и даже неправовые средства, факты, с помощью которых осуществляются процессы сближения, расхождения.

В-третьих, анализ юридического взаимодействия проявляет основные элементы механизма юридического взаимодействия, которые, с одной стороны, являются универсальными, это: формы, средства, методы, принципы, объекты, мера юридической конвергенции, с другой стороны, эти элементы являются основанием для обеспечения видового многообразия юридической конвергенции.

Таким образом, механизм юридического взаимодействия – это совокупность взаимосвязанных, взаимообусловленных форм, средств,

методов, объектов, а также мер, обеспечивающих процесс конвергенции и дивергенции права и их видовое многообразие.

5. Объекты и предметы юридического взаимодействия, также, как и субъекты, не являясь, по сути, элементами механизма юридического взаимодействия, тем не менее тоже прикосновенны к данному явлению, так как по поводу объектов и предметов, собственно, и возникает юридическое взаимодействие в виде конвергенции или дивергенции права. В целом, опираясь на анализ подходов к понятию «объект» в исследованиях проявления форм и видов конвергенции и дивергенции права, объектами юридического взаимодействия можно считать:

1) разновидность объектов, опосредованных правом, либо являющихся составной частью права;

2) модель, разновидность общественных отношений, возникающих по поводу сближения – расхождения правовых явлений;

3) модель связи, определенные интересы субъектов конвергенции илидивергенции;

4) социальный объект либо взаимосвязь объектов на основе правовых предписаний.

5) то, на что направлены субъективные права и обязанности субъектов юридической конвергенции или дивергенции.

Следовательно, объект юридического взаимодействия – это деятельность по сближению (отдалению) различных правовых и связанных с ними неправовых явлений и возникающих по этому поводу общественных отношений, характеризующаяся направленностью на эту деятельность прав и обязанностей субъектов юридического взаимодействия.

6. Формы, средства и принципы юридического взаимодействия – одни из главнейших элементов механизма юридической конвергенции. Выступая сами по себе и являясь самостоятельными, эти элементы механизма юридического взаимодействия неразрывно связаны, поэтому и целесообразно рассмотреть их в определенном триединстве.

Форма юридического взаимодействия в виде конвергенции или дивергенции права, как и в общей теории формы, имеет три ипостаси. Однако типы обозначаемого ими содержания отличаются (внутренняя и внешняя форма), а третья форма отличается и по названию, и типу выражаемого содержания. Выделяется три формы юридического взаимодействия. Внешняя форма выражает содержание в виде сближения

(расхождения) правовых систем различных государств на глобальном уровне. Внутренняя форма выражает содержание в виде сближения (расхождения) элементов внутри правовой системы. Медиальная (средняя) форма выражает содержание в виде сближения (расхождения) элементов правовой системы с системой социальных и некоторых несоциальных регуляторов. Медиальная форма юридической конвергенции или дивергенции обосновывается тем, что с одной стороны происходит сближение (расхождение) между двумя системами (правовой и социально нормативно-ненормативной), а с другой стороны это сближение (расхожждение) происходит в рамках единой общественной системы, где правовая система и социально-нормативно-ненормативная системы выступают соответствующими подсистемами.

Таким образом, форма юридического взаимодействия – это проявление и выражение вовне процессов конвергенции - дивергенции различных правовых объектов (явлений) на глобальном (мегасистемном), внутрисистемном и подсистемном уровне. Отдельные элементы формы, будучи отвлечены от целого, иногда рассматриваются как средства.

Проведенное исследование позволило определить особенности средств юридического взаимодействия.

Во-первых, часть средств юридического взаимодействия является правовыми средствами (нормы права, акты реализации и т. д.), другая неправовыми – экономическими, политическими и т. д.

Во-вторых, отражают волю субъектов юридической конвергенции (государства, государственных органов, общенародную волю и волю отдельных лиц, как правило, должностных);

В-третьих, являются одним из основных элементов механизма юридического взаимодействия, реализации функций права и государства.

В-четвертых, влекут новые правовые состояния в виде когерентности, глобализации, систематизации права и т. д., характеризуют степень правовой системы.

В-пятых, обосновываются экономической, политической, духовной или какой-либо другой необходимостью их применения.

В-шестых, в качестве основных средств юридического взаимодействия следует отметить следующие: правовые нормы, правовые акты, акты применения, социальные нормы, правотворчество, систе-

матизация законодательства, экономика, политика и принципы юридической конвергенции.

Набор средств зависит от формы и условий юридического взаимодействия, а принципы юридического взаимодействия носят универсальный характер.

Кроме того, в качестве неосновных средств юридического взаимодействия могут использоваться любые другие правовые и неправовые явления, способствующие процессам сближения в праве.

Таким образом, в качестве средств юридического взаимодействия следует понимать выраженные внешне правовые и неправовые явления, с помощью которых реализуется процесс конвергенции или дивергенции права, обеспечивается достижение когерентности или декогерентности права. В качестве сквозного элемента механизма юридического взаимодействия и универсального вида средств конвергенции и дивергенции права выступают принципы юридического взаимодействия, т. е. основополагающие идеи и руководящие начала рассматриваемого процесса.

Рассмотрение основных элементов, а также предметов и объектов, методов позволяет построить операционную (рабочую) классификационную модель видов юридического взаимодействия.

В основание классификационной модели заложим три основания классификации: *предмет, метод* и *форма* юридической конвергенции.

По *предмету* юридического взаимодействия целесообразно выделять *собственно правовую* и *неправовую, но опосредованную правом* конвергенцию или дивергенцию права. Непосредственно, юридическое взаимодействие делится на: *правотворческое*, *правоприменительное* и *интерпретационное* юридическое взаимодействие. Неправовая, но опосредованная правом юридическое взаимодействие подразделяется на *политическую*, *экономическую* и *духовную конвергенцию или дивергенцию*.

В зависимости от *методов* можно выделить *добровольную* (*естественную*) конвергенцию или дивергенцию права, котораяые, в свою очередь, подразделяется на одностороннее, двустороннее и многостороннее, взаимодействие и *принудительную конвергенцию или дивергенцию права*, которые подразделяется на объективное (под давлением естественно-природных обстоятельств) и субъективное юридическое взаимодействие.

По *форме* юридическое взаимодействия можно выделить *внешнюю* конвергенцию или дивергенцию права, *медиальную* юридическое взаимодействие (между правом и иными социальными регуляторами, между правом и несоциальными регуляторами) и *внутреннее* юридическое взаимодействие (между правом и законодательством, между правовыми нормами внутри системы права, между нормативными и ненормативными правовыми регуляторами).

7. Определена мера юридического взаимодействия. С учетом анализа сущностных свойств юридического взаимодействия, его практики можно предположить, что одним их основных инструментов оценки и регулирования данных процессов выступает явление, обозначаемое категорией «мера». Мера юридического взаимодействия – это явление и его отражение в сознании, характеризующее масштаб и границы взаимодействия правовых предписаний, правовых систем и других правовых объектов, в рамках которых сближающиеся правовые объекты остаются относительно самостоятельными, не приобретая нового качества за счет чрезмерности их сближения.

Юридическое взаимодействие представляет собой процесс возникновения прямых и обратных связей между национальными правовыми системами, а также между отдельными элементами самого права. Этот процесс характеризуется сближением (удалением), увеличением (снижением) количества связей между элементами права и правовых систем, а также степенью согласованности (рассогласованности) воздействия этих элементов на общественные отношения. Следовательно, юридическое взаимодействие – это, прежде всего, процесс, а как всякий процесс, оно конечно и ограничена. Ограничения юридического взаимодействия − это совокупность факторов и обстоятельств объективного и субъективного свойства, обусловленных мерой конвергенции или дивергенции права, препятствующих достижению чрезмерности и изменения ее качества.

В целом, можно заключить, что исследование юридического взаимодействия – важная составляющая правовой науки и юридической практики, важный процесс, характеризующий развитие и саморазвитие права в современных условиях.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1.*Азаров, А.* Права человека международные и российские механизмы защиты / А. Азаров, В. Ройтер, К. Хюфнер. – М. : Моск. шк. прав человека, 2003. – 560 с.

2. *Алексеев, С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения / С.С. Алексеев. – М. : НОРМА, 2001. – 752 с.

3. *Алексеев, С. С.* Избранное / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 2003. – 480 с.

4.*Аннерс, Э.* История европейского права / Э. Аннерс. – М. : Наука, 1996. – 395 с.

5.*Афанасьев, А. Н.* Глобализация силы или глобализация права? / А. Н. Афанасьев // Юрид. мир. – 2008. – № 3. – С. 20–22.

6.*Байтин, М. И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М. И. Байтин. – Изд. 2-е, доп. – М. : Право и государство, 2005. – 544 с.

7. *Баранов, В. М.* Гармонизация законодательства как общеправовой феномен / В. М. Баранов, М. А. Пшеничнов // Журн. рос. права. – 2009. – № 6. – С. 568–580.

8. *Баранов, В. М.* Теневое право : монография / В. М. Баранов ; Нижегор. акад. МВД России. – Н. Новгород, 2002. – 166 с.

9.*Вебер, М.* Избранные произведения / М. Вебер. – М. : Прогресс, 1990. – 808 с.

10. *Головкин, Р. Б.* Морально-правовое регулирование частной жизни в современной России / Р. Б. Головкин ; Владим. юрид. ин-т Минюста России. – Владимир, 2004. – 380 с.

11. *Головкин, Р. Б.* Право в системе нормативного регулирования современного российского общества / Р. Б. Головкин ; Владим. юрид. ин-т Минюста России. – Владимир, 1999. – 164 с.

12. Интеграционные процессы на постсоветском пространстве: проблемы и тенденции их развития / отв. ред. Е. Д. Фурман. – М. : ИЭ РАН, 2009. – 328 с.

13. *Капустин, А. Я.* Европейский союз: интеграция и право: монография / А. Я. Капустин. – М. : Изд-во РУДН, 2000. – 436 с.

14. Конституция Российской Федерации : [принята всенар. голосованием 12 дек. 1993 г. : с учетом поправок, внес. Законами Рос. Федерации о поправках к Конституции РФ от 30 дек. 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 дек. 2008 г. № 7-ФКЗ] // Рос. газ. – 2009. – 21 янв.

15. *Коршунов, Н. М.* К вопросу о социальной сущности конвергенции частного и публичного права / Н. М. Коршунов // Вестн. Сарат. гос. акад. права. – 2011.– № 1(77). – С. 8–10.

16. *Лукич, Р.* Методология права / Р. Лукич ; пер. с сербохорв. В. М. Кулистикова ; под ред. и вступ. ст. Д. А. Керимова. – М. : Прогресс, 1981. – 304 с.

17. *Малько, А. В.* Эффективность правового регулирования / А. В. Малько // Правоведение. – 1990. – № 6. – С. 61–66.

18. *Мальцев, Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы / Г. В. Мальцев. – М., 1999. – 419 с.

19. *Пашков, А. С.* Эффективность действия правовых норм / А. С. Пашков, Л. С. Явич. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1977. – 143 с.

20. *Пилипенко, Н. В.* Диалектика необходимости и случайности / Н. В. Пилипенко. – М. : Мысль, 1980. – 263 с.

21. *Поленина, С. В.* Законотворчество в Российской Федерации / С. В. Поленина. – М. : Изд-во ИГиП РАН, 1996. – 146 с.

22. *Пшеничнов, М. А.* Гармонизация российского законодательства: проблемы теории и практики. – Н. Новгород, 2011. – 539 с.

23. *Радько, Т. Н.* Методологические вопросы познания функций права / Т. Н. Радько. – Волгоград, 1974. – 150 с.

24. *Радько, Т. Н.* Функции права // Общая теория права : курс лекций / Т. Н. Радько. – Н. Новгород, 1993. – 281 с.

25. *Синюков, В. Н.* Российская правовая система. Введение в общую теорию / В. Н. Синюков. – М. : Норма, 2010. – 672 с.

26. Современные буржуазные теории о слиянии капитализма и социализма : критич. анализ. – М. : Наука, 1970. – 244 с.

27. *Сорокин, В. Д.* Правовое регулирование: предмет, метод, процесс / В. Д. Сорокин // Правоведение. – 2004. – № 4. – С. 34–45.

28. *Султанов, И. Р.* Воздействие интеграционных объединений на сближение и унификацию национальных законодательств / И. Р. Султанов // Право и государство: теория и практика. – 2009. – № 12. – С. 119–122.

29. *Тихомиров, Ю. А.* Вводить мониторинг права / Ю. А. Тихомиров // Право и экономика. – 2004. – № 3. – С. 3–6.

30. *Тихомиров, Ю. А.* Теория закона / Ю. А. Тихомиров. – М. : Наука, 1982. – 256 с.

31. *Тихомиров, Ю. А.* Юридическое проектирование: критерии и ошибки / Ю. А. Тихомиров // Журн. рос. права. – 2008. – № 2. – С. 3–9.

32. *Толстик, В. А.* Иерархия российского и международного права / В. А. Толстик. – М. : Юрайт, 2001. – 128 с.

33. *Толстик, В. А.* Системное толкование норм права / В. А. Толстик, Н. Л. Дворников, К. В. Каргин. – М. : Юриспруденция, 2010. – 136 с.

34. *Третьякова, О. Д.* Внутренняя конвергенция права: «атипичные» правовые акты / О. Д. Третьякова, Т. В. Кивленок. – Владимир : ВГПУ. 2006. – 215 с.

35. *Третьякова, О. Д.* Государственная аккультурация в Афганистане конца XIX – начала XX века / О. Д. Третьякова // «Черные дыры» в рос. законодательстве. – 2007. – № 3. – С. 438–440.

36. *Третьякова, О. Д.* Законодательные ошибки как следствие конвергенции правовых систем / О. Д. Третьякова // «Черные дыры» в рос. законодательстве. – 2008. – № 4. – С. 38–41.

37. *Третьякова, О. Д.* Когеренция правовых систем (на примере конституций США, Афганистана и Франции) / О. Д. Третьякова // Рос. следователь. – 2008. – № 10. – С. 37–40.

38. *Третьякова, О. Д.* Конвергенция в праве: юридическая экспансия / О. Д. Третьякова, Е. А. Баженова. – Владимир : ВИТ-принт, 2011. – 232 с.

39. *Туманова, А. С.* Рецепция европейского права в формировании законодательных основ функционирования общественных организаций в Российской империи / А. С. Туманова // Гражд. о-во в России и за рубежом. – 2011. – № 1. – С. 32–36.

40. Устав Совета Европы // Бюл. междунар. договоров. – 1997. – № 5. – С. 12–21.

41. *Фаизов, Г. Б.* Ислам и государство: единство, противоборство, конвергенция : монография / Г. Б. Фаизов. – Уфа : БГПУ, 2010. – 116 с.

42. *Хабриева, Т. Я.* Глобализация и законодательный процесс / Т. Я. Хабриева // Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации : сб. ст. / под общ. ред. С. В. Полениной, В. М. Баранова, Е. В. Скурко. – Н. Новгород, 2007. – С. 26–33.

43. *Халфина, Р. О.* Критерии истинности в правовой науке / Р. О. Халфина // Сов. государство и право. – 1974. – № 9.– С. 20–28.

44. *Чумаков, А. Н.* Глобализация. Контуры целостного мира / А. Н. Чумаков. – М. : ТК Велби : Проспект, 2005. – 432 с.

Учебное издание

ТРЕТЬЯКОВА Ольга Дмитриевна
ГОЛОВКИН Роман Борисович
НОВИКОВ Михаил Васильевич
и др.

ТЕОРИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ:
КОНВЕРГЕНЦИЯ И ДИВЕРГЕНЦИЯ В ПРАВЕ

Курс лекций

Издается в авторской редакции

Подписано в печать 26.07.19.
Формат 60×84/16. Усл. печ. л. 18,60. Тираж 500 экз.
Заказ
Издательство
Владимирского государственного университета
имени Александра Григорьевича и Николая Григорьевича Столетовых.
600000, Владимир, ул. Горького, 87.