

ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

№ 5 / 2014

Журнал издается совместно с Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
НАУЧНО-ПРАВОВОЕ ИЗДАНИЕ. ЗАРЕГИСТРИРОВАНО В КОМИТЕТЕ РФ ПО ПЕЧАТИ. РЕГ. ПИ № ФС77-30776 ОТ 25 ДЕКАБРЯ 2007 г. ИЗДАЕТСЯ 2 РАЗА В МЕСЯЦ.

Главный редактор:

Исаев И.А., д.ю.н., профессор

Редакционный совет:

Аронов Д.В., д.и.н., профессор

Бабич И.Л., д.и.н.

Крашенинникова Н.А., д.ю.н., профессор

Луковская Д.И., д.ю.н., профессор

Мигушенко О.Н., д.ю.н., профессор

Нигматуллин Р.В., д.ю.н., профессор

Нижник Н.С., д.ю.н., профессор

Покровский И.Ф., д.ю.н., профессор

Рассказов Л.П., д.ю.н., д.и.н., профессор

Ромашов Р.А., д.ю.н., профессор

Сафонов В.Е., д.ю.н., профессор

Станкевич З.А., д.ю.н., к.и.н.

Степашин С.В., д.ю.н., профессор

Туманова А.С., д.ю.н., д.и.н., профессор

Хабибуллин А.Г., д.ю.н., профессор

Редакционная коллегия:

Бодунова О.Г., к.ю.н., доцент

Войтенков Е.А., к.ю.н.

Зенин С.С., к.ю.н.

Клименко А.И., к.ю.н., доцент

Недобежкин С.В., к.ю.н., доцент

Сигалов К.Е., д.ю.н., к.ф.н., доцент

Главный редактор

Издательской группы «Юрист»

Гриб В.В., д.ю.н., профессор

Заместители главного редактора

Издательской группы «Юрист»:

Бельх В.С., Ренов Э.Н., Платонова О.Ф.,

Трунцевский Ю.В., Федосенков Н.Н.

Научное редактирование

и корректура:

Швечкова О.А., к.ю.н.

Телефон редакции (495) 953-91-08

Плата с авторов за публикацию

статей не взимается.

Нормативность и власть: опыт прошлого

Исаев И.А. Рождение нормативности: консервативная гипотеза 3

Беззосова Я.В. Законы Наряды как источник процессуального права Древней Индии 9

Погодин А.В. Ситуационное право и правореализация 13

Оглезнев В.В. Герберт Харт *versus* Джордж Питчер: историко-философская реконструкция критических аргументов 17.

Баумштейн А.Б. Три самые известные концепции уголовного права России двух последних десятилетий 22

Денисенко В.В. Легитимность и государственное принуждение как характеристики сущности позитивного права 25

Соколов Т.В. Идея судебного права в советской юридической науке 29

Криминологические аспекты в истории права

Карпенко Т.А. Определение понятия «массовые мероприятия» в историческом аспекте 33

Капайкина О.Г. Особенности криминального банкротства в истории отечественного уголовного законодательства (XIX–XX вв.) 37

Павлушков А.Р. Преступность в среде духовенства в России XIX в. 41

Алексеев В.И. Нравственное и юридическое исправление осужденных в контексте стратегии уголовно-пенитенциарной системы: аспект соотношения (1879–1917 гг.) 46

Крюкова Н.И. Коррупция: ее сущность и исторические корни в России 52

Уваров И.А. К оценке криминологического значения современной криминальной идеологии 58

Адрес для корреспонденции:

115035, г. Москва,

Космодамианская наб., д. 26/55, стр. 7

E-mail: avtor@lawinfo.ru

Центр редакционной подписки:

(495) 617-18-88 (многоканальный)

Формат 170x252 мм. Печать офсетная.

Бумага офсетная № 1.

Физ. печ. л. — 5,0. Усл. печ. л. — 5,0.

Номер подписан в печать 12.02.2014 г.

Тираж 3000 экз. Цена свободная.

Подписной индекс:

Почта России — 10866;

«Объединенный каталог» —

85492 (на полуг.).

Также можно подписаться

на www.gazely.ru

Отпечатано в ООО «Национальная

полиграфическая группа»

Тел. (4842) 70-03-37

Полная или частичная перепечатка материалов без письменного разрешения авторов статей или редакции преследуется по закону.

Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки Российской Федерации для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора наук.

© Издательская группа «Юрист», 2014

новленное количество дней), институте обеспечительных мер (если ответчик не являлся на слушание дела, истец мог ограничить его свободу до вызова в суд и рассмотрения дела).

Таким образом, законы Наряды являются собой памятник, демонстрирующий довольно высокий уровень становления правовой мысли в Древней Индии первых веков новой эры, это «своеобразная вершина развития древнего права Индии, прошедшего многовековой и сложный процесс формирования — от брахманских учебников-наставлений до судебныхников, затрагивающих почти все аспекты материального и процессуального права»⁹. Об уровне развития памятника свидетельствует и высокая оценка, данная ему известным французским ученым-юристом Рудольфом Дарестом, который сопоставил по значимости

законы Наряды с трудами выдающихся римских юристов Гая, Павла и Ульпиана¹⁰.

Литература

1. Jolly J. *Outlines of an History of the Hindu Law of Partition, Inheritance and Adoption*. Calcutta. 1885.
2. Kane P.V. *History of Dharmasāstra*. Vol. I. Poona. 1930.
3. Lingat R. *The classical law of India*. University of California Press. London. 1973.
4. Вигасин А.А., Самозванцев А.М. «Артхашастра»: проблемы социальной структуры и права / А.А. Вигасин, А.М. Самозванцев. М.: «Наука», 1984.
5. Дхармашастра Наряды / пер. с санскрита и комментарий А.А. Вигасина и А.М. Самозванцева; вступ. ст. А.А. Вигасина. М.: «Восточная литература», 1998.
6. Крашенинникова Н.А. Источники древнеиндийского права и их развитие в средневековой Индии / Н.А. Крашенинникова // Правоведение. 1980. № 1.

⁹ Крашенинникова Н.А. Источники древнеиндийского права и их развитие в средневековой Индии // Правоведение. 1980. № 1. С. 79.

¹⁰ Lingat R. *The classical law of India*. University of California Press. London. 1973. P. 102.

Ситуационное право и правореализация

*Погодин Александр Витальевич,
доцент кафедры теории и истории государства и права
Казанского (Приволжского) федерального университета,
кандидат юридических наук
osibaeva@mail.ru*

*В статье обосновывается необходимость введения в теорию и практику терминологической конструкции «ситуационное право», раскрывается содержание и функция ситуационного права в правореализации.
Ключевые слова: ситуационное право, когнитивное ситуационное право, правореализация.*

Situational law and enforcement of the right

*Pogodin Aleksandr Vital'evich,
assistant professor of the Chair of Theory and History
of State and Law of Kazan (Privolzhskij) Federal University, candidate of juridical sciences*

*The article proves necessity of entering in the theory and practice of such as «situational law», reveals the content and functions of situational law in law realization.
Key words: Situational law, cognitive situational law, law realization.*

В теории переход объективного права в право, которое возникает ситуационно, в рамках конкретного правоотношения или при определенных условиях вне конкретного правового отношения, принято обозначать через взаимодействие объективного и субъективного права. Однако при

более углубленном анализе эта традиционная (и неконструктивно-критически воспринимаемая современными исследователями) формула требует уточнения и дополнения. Рассмотрим поясняющий пример из правореализационной практики. Комплекс норм купли-продажи недвижимости — право-

вой институт ГК РФ — элемент объективного права. Как только конкретные субъекты на этой нормативной основе дорегулировывают ситуацию и составляют частный договор и другие юридические документы, то здесь ситуационно на формально-правовом уровне появляются не только субъективные права покупателя и продавца недвижимости, но более сложный комплекс — *ситуационное право*. Применительно к реализации норм права правильнее говорить о диалектике взаимодействия объективного и ситуационного права. В этом контексте вполне логично и уместно заметить: надо различать в рамках единого процесса *правотворчества* субъектов нормотворчества абстрактно-общих норм (объективное право — потенциальный регулятор как результат *общего нормативного правового регулирования*) и субъектов нормотворчества индивидуально-определенных норм (ситуационное право — реальный регулятор как результат *индивидуального нормативного правового регулирования*).

Понятие ситуационного права и его функция в правореализации. Реализация норм объективного права в сложной жизненной ситуации начинается с индивидуально-нормативного правового регулирования и с неизбежностью предполагает составление формально и содержательно безупречно-юридического документа, например, договора суррогатного материнства, договора кредитования, трудового договора, решения суда и т.п. Такие вторичные формы права — индивидуально-определенные правореализационные акты необходимы и обязательны для правореализаторов под угрозой правовой ничтожности деяния или гарантированной позитивной результативности его оспаривания¹. Ситуационно необходимый и обязательный юридический документ по содержанию и сущности не что иное, как: 1) нормативная модель конкретного правового отношения и одновременно вид и мера формально выраженной ситуационной социально-правовой свободы и ответственности личности; 2) закономерное продолжение интегрированно-го в практику объективного права, его функ-

ционально неотъемлемая часть, имеющая ситуационно-объективно-субъективную природу. Это и есть ситуационное право, объективное право в динамике, «живое» право — конкретное в виде индивидуально-определенных норм и непосредственное нормативное основание сложной реализации норм права. Еще древние римляне подметили: договор — закон для двоих; можно продолжить по аналогии и с учетом современной правореализационной практики: ситуационное право — закон для правореализаторов и для тех публичных и частных субъектов, в том числе представителей государства, кто призван обеспечивать, охранять и защищать его реализацию в рамках конкретного правового отношения.

На то, что в правореализационной практике абстрактно-общие нормы специально уполномоченным субъектом переводятся в состояние индивидуальных норм, обращали внимание различные ученые не только представители социологической школы права, но и сторонники нормативного понимания права, в частности Г. Кельзен. Он наряду с общей нормой закона выделяет также индивидуальную норму, которую создает судья в форме решения: «Судья, уполномоченный Законом, т.е. общей нормой, выносить решение в конкретных случаях, применяет закон к конкретной ситуации, и его решение представляет собой индивидуальную норму»². С данным утверждением вряд ли можно не согласиться. Однако индивидуальные нормы в процессе индивидуального нормативного правового регулирования создаются всеми частными и публичными правореализаторами, а не только судьями. Только в этом случае право становится реальным регулятором. Эти индивидуально-определенные нормы являются содержанием ситуационного права, облеченного в правовую форму того или иного юридического документа.

Ситуационное право — сравнительно новая теоретическая конструкция (категория) для юридической науки³. Эта категория методологически и логически обусловлена существующим теоретико-правовым знанием

¹ О первичных и вторичных формах права, а также более подробно о ситуационном праве см.: Погодин А.В. Элементы теории правореализации. Исследование практики взаимодействия частных и публичных субъектов, права, социокультурной среды. LAP LAMBERT Academic Publishing, 2012. 260 с.

² Теория государства и права : хрестоматия : в 2 т. / авт.-сост. В.В. Лазарев, С.В. Липень. М. : Юрист, 2001. Т. 2. С. 302.

³ Некоторые авторы используют терминологическую конструкцию «ситуативное право». Например, Шмитт К. утверждает: всякое право — это «ситуативное право». См.: Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 26.

и, самое главное, отражает реальные явления правореализационной практики. Поскольку: 1) в ситуационном праве фиксируются, получают социально-правовую предметно-практическую конкретизацию взаимные субъективные права и обязанности персонально поименованных сторон, ситуационные запреты и ограничения, ситуационные вид и мера юридической ответственности, объекты-ценности, средства-инструменты деятельности, необходимые для ее эффективного осуществления ресурсы, условия, сроки и порядок (процедура) деятельности, а в целом — формальный де-юре ситуационный социально-правовой статус конкретного частного и публичного правореализатора в состоянии статики. В случае реализации ситуационного права в конкретном правовом отношении возникает реальный де-факто ситуационный социально-правовой статус частного и публичного субъекта в состоянии динамики; 2) ситуационное право служит конкретным нормативно-правовым критерием определения частными и публичными правореализаторами, третьими лицами, представителями государства и социума правомерности и законности тех или иных действий-бездействий в ходе ситуационной правореализации и даже после ее завершения, а в случае деформации конкретного правового отношения, возникшего на основе ситуационного права, оно (ситуационное право) выступает в качестве вторичного формального источника права для назначения наказания со стороны специально уполномоченных субъектов, в конечном счете для установления той или иной юридической ответственности участника (участников) деформированного конкретного правового отношения. Иными словами, данный феномен как неотъемлемая часть права выполняет функции полноценного нормативного правового регулятора в конкретной сложной социальной ситуации.

Его (ситуационного права) роль и значение в функционировании права, в частности в правовом регулировании, особенно в части правореализации, трудно переоценить. Если ситуационное право качественное и реализуется в полном объеме (что бывает далеко не всегда), то оно способно обеспечить с эффектом высокой степени гарантированности социально-психологически-правовое взаимодействие участников сложной жизненной ситуации, т.е. на формально-правовом уровне

структурировать, легализовать и поддержать, а при необходимости охранять и защищать с помощью представителей правоохранительных и судебных институтов государства и общества ситуационную социальную коммуникацию, здоровье и жизнь ее участников, и создаваемые в ее пределе ценности, в том числе инновационную социальную коммуникацию⁴. И наоборот: если ситуационное право имеет дефекты, например, скрытые кабальные условия для стороны или третьих лиц, либо оно ненадлежащим образом оформлено, то это может спровоцировать конфликт, вызвать ситуационное социальное напряжение, возможно даже разрушить социально целесообразную коммуникацию и, как следствие, дискредитировать право.

Именно через качественное ситуационное право регулятивный потенциал и юридическая сила норм объективного права материализуются, приобретают законченную ситуационно-объективно-субъективную структуру реально действующего регулятора, переводятся в стадию предреализации и становятся индивидуальной формально-определенной нормативной конструкцией — предпосылкой — условием и мерилем правомерности последующего поведения правореализаторов. От того, насколько оно (ситуационное право) соответствует духу и букве объективного права, прежде всего, соответствующему общерегулятивному правовому отношению, консолидированному интересу сторон, социальным условиям, зависит законность конкретного правового отношения и ситуационное социально-психологически-правовое качество жизни человека⁵.

Ситуационное право возникает и в простых правореализационных ситуациях, например, розничная купля-продажа, проезд в общественном транспорте, осознанное соблюдение в одностороннем порядке (вне конкретного правового отношения) запрета или ограничения и т.п. Здесь его форма-

⁴ Почепцов Г.Г. Теория коммуникации. М. — Киев, 2001. 656 с.

⁵ Теорию социально-правового значения и эффективности правоприменительного акта (по сути и фактически эффективность ситуационного права в форме правоприменительного акта как разновидности правореализационного акта) разработал В.В. Лазарев. См.: Лазарев В.В. Эффективность правоприменительных актов. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1975. 205 с.

лизация минимальная, поскольку оно существует главным образом как элемент правосознания конкретного субъекта — непосредственного участника ситуации, как **когнитивное ситуационное право** в виде интеллектуально-эмоционально программируемой и пригодной для воления модели поведения. Причем только в том случае, если правореализатор в процессе саморегуляции адекватно осознает свои и чужие субъективные права и обязанности, ситуационные запреты и ограничения, допустимые для использования в данной ситуации средства, правильно интерпретирует требования объективного права применительно к простой ситуации и готов ими руководствоваться. Когнитивное ситуационное право, вне всякого сомнения, появляется (в идеале должно появиться) и в сложной как публично-правовой, так и частно-правовой жизненной ситуации, но тут оно обязательно закрепляется в той или иной структурированной документарной форме. Причем с функционально-психологической точки зрения создание в той или иной правовой форме конкретного ситуационного права не просто акт саморегуляции субъекта, а более сложная совместная интеллектуально-эмоционально-волевая и вместе с тем социально-правовая деятельность субъектов-участников индивидуально-нормативного правового регулирования⁶.

Таким образом, право — это система абстрактно-общих норм, адресованных участникам конкретной социальной ситуации (правореализационная ситуация) и

их конкретизации в виде индивидуально-определенных норм ситуационного права. Такой контент-анализ права позволяет, во-первых, понять, каким оно может и должно быть на современном этапе модернизации, что важно, прежде всего, для субъектов правового нормотворчества абстрактно-общих норм; во-вторых, уяснить субъекту нормотворчества индивидуально-определенных норм, какова исходная нормативно-правовая основа той или иной социальной ситуации и создать безупречное с точки зрения юридической чистоты ситуационное право, актуальное для правореализатора, юриста-консультанта и правоприменителя; в-третьих, сформировать высокоразвитое профессиональное правопонимание юриста, в том числе ученого-юриста, поскольку такое правопонимание — необходимое теоретическое основание как для эффективной правореализационной деятельности, так и для исследования правореализации.

Литература

1. Безина А.К., Бикеев А.А., Сафина Д.А. Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих / А.К. Безина, А.А. Бикеев, Д.А. Сафина. Казань, 1984. 195 с.
2. Лазарев В.В. Эффективность правоприменительных актов / В.В. Лазарев. Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1975. 205 с.
3. Погодин А.В. Элементы теории правореализации. Исследование практики взаимодействия частных и публичных субъектов, права, социокультурной среды. LAP LAMBERT Academic Publishing, 2012 / А.В. Погодин. 260 с.
4. Почепцов Г.Г. Теория коммуникации / Г.Г. Почепцов. М. — Киев, 2001. 656 с.
5. Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс / В.Д. Сорокин. М., 2003. 235 с.
6. Теория государства и права : хрестоматия : в 2 т. / авт.-сост. В.В.Лазарев, С.В. Липень. М. : Юристъ, 2001. Т. 2. 604 с.
7. Шмитт К. Политическая теология / К. Шмитт. М. : КАНОН-пресс-Ц, 2000. 336 с.

⁶ Анализ индивидуального правового регулирования достаточно подробно исследован учеными-юристами. См., напр.: Безина А.К., Бикеев А.А., Сафина Д.А. Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих. Казань, 1984. 195 с.; Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс. М., 2003. 235 с.